

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO V • NÚMERO 19
JULHO – SETEMBRO 2014

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

LUÍS SILVA MORAIS • PAULO DE SOUSA MENDES

presidência do conselho científico

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação

CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo

JOÃO E. GATA • JORGE SIMÕES • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL


ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano V • Número 19

julho – setembro 2014

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 76-80

3000-167 Coimbra, Portugal

T: 239 851 904

F: 239 851 901

editora@almedina.net

www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00

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

MAIO 2016

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 infrator.

ÍNDICE

7 EDITORIAL

15 DOCTRINA

17 Doutrina geral

19 João Confraria – *Perspetivas de mudança na regulação das comunicações*

53 João Espírito Santo Noronha – *Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária*

85 Lúcio Tomé Feteira – *Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento*

179 Dossier temático

Contratação pública

181 António Ferreira Gomes/Ana Sofia Rodrigues – *Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues*

213 Nuno Cunha Rodrigues – *O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública*

225 Raquel Carvalho – *As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos*

253 LEGISLAÇÃO

255 Legislação nacional

255 Legislação nacional de regulação – julho a setembro de 2014

263 JURISPRUDÊNCIA

265 Comentário de Jurisprudência

265 *Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente* – Margarida Caldeira

273 Jurisprudência Geral

273 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a setembro de 2014

275 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a setembro de 2014

279 BIBLIOGRAFIA

281 Novidades Bibliográficas

283 EVENTOS

285 NOTAS CURRICULARES

291 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

293 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Luís Silva Morais

Paulo de Sousa Mendes

Com o presente número, a *C&R* atinge o limiar dos vinte números publicados no contexto de um projeto lançado há seis anos. Esse motivo, por si só, bem como a *intencionalidade* aqui claramente assumida do Dossier Temático sobre *contratação pública e concorrência* deste N.º 19, incluindo um artigo, em coautoria, do Presidente da Autoridade da Concorrência, justificam um balanço global da experiência deste projeto científico e editorial, que reputamos original. A essas razões poderemos acrescentar o facto circunstancial de o primeiro signatário deste Editorial e Codiretor da *C&R* terminar agora o seu mandato na Direção da Revista, o que abre aqui também espaço para algumas reflexões transversais acerca deste projeto.

With the current Number C&R is in the threshold of reaching twenty numbers published in the context of a project that was launched six years ago. For that very reason and also for the intentionality of the special thematic file covered in this No. 19 of public procurement and competition, including an article co-authored by the President of the Portuguese Competition Authority, it is pertinent to take stock of the overall experience of this original scientific and editorial project. To those reasons we may add the circumstantial fact that the first signatory of this Editorial and Co-Diretor of C&R is now ending his

Num tempo de extrema aceleração histórica como o que vivemos, seis anos representam um intervalo de tempo considerável. De facto, a segunda década do século XXI testemunhou a passagem de uma crise bancária internacional para uma crise dos mercados de dívida soberana – profundamente interligada com a primeira crise –, o que não podia deixar de originar transformações importantes da regulação económica, especialmente no tocante à regulação e supervisão do sector financeiro. Tal conduziu também a uma *mudança de paradigma* na UE – cuja importância e repercussões ainda estão longe de ter sido apreendidas –, traduzida na criação da chamada União Bancária Europeia e União Europeia do Mercado de Capitais. Acresce que, neste contexto de instabilidade, o papel do direito e da política de concorrência foi severamente posto à prova, ainda que se possa admitir neste momento que a tentação para alguma espécie de ‘benign neglect’ em termos de aplicação efetiva do direito da concorrência tenha acabado por ser largamente evitada à escala mundial (especialmente na Europa, onde se impõe assinalar uma aplicação efetiva acrescida das regras de controlo dos auxílios de Estado, *maxime* no sector bancário, a qual, por seu turno, suscita questões muito sensíveis de interação entre

mandate in the Direction of the Review, something that also leaves room for a set of comprehensive thoughts about this project.

In a time of historic acceleration six years represent a considerable span of time. In fact, the second decade of the twenty first century has witnessed the evolution from an international banking crisis to a sovereign debt markets crisis – deeply intertwined with the first crisis – leading to important transformations of economic regulation, especially regulation and supervision of the financial sector. It also led in the EU to a paradigm shift – the importance and repercussions of which we are still far from apprehending – with the launching of the so called European Banking Union and European Capital Markets Union. Furthermore, in this context of turmoil the role of competition law and policy has been severely tested, although it may be considered at this stage that the temptation of some sort of ‘benign neglect’ in terms of enforcement of competition law has been largely avoided worldwide (particularly in Europe with accrued enforcement of state aid control rules, maxime to the banking

esse regime e requisitos razoáveis e equilibrados de supervisão e regulação sectorial do sistema financeiro).

Outra área crucial em que se verifica uma interação fundamental entre princípios e regras de concorrência e outras áreas do Direito é, sem sombra de dúvida, a contratação pública. Tal como é justamente salientado no artigo de António Ferreira Gomes e Ana Sofia Rodrigues, a contratação pública representa uma área vital, tomando em consideração a parcela substancial da atividade económica que lhe corresponde em múltiplos Estados (como acontece em Portugal e na generalidade dos Estados-membros da UE). Nesse quadro, a disseminação de práticas colusivas no domínio da contratação pública pode conduzir a gravíssimas perdas de eficiência económica, em detrimento dos contribuintes. Justifica-se, pois, sobremaneira um enfoque renovado e acrescido das autoridades de concorrência no escrutínio desse tipo de práticas colusivas e de todas as formas de distorção da concorrência e falta de transparência em mercados de contratação pública, se possível em cooperação e diálogo ativo com o universo das próprias entidades adjudicantes e com outros organismos públicos, tais como tribunais de contas envolvidos na fiscalização financeira externa daquelas entidades adjudicantes (ou entidades

sector, which, in turn, raises sensitive issues of interplay between such rules and reasonable and balanced requirements of sectoral supervision and regulation of the financial system).

Another crucial area in which a fundamental interplay between competition rules and principles and other bodies of law takes place is undoubtedly public procurement. As rightly stated in the Article of António Ferreira Gomes and Ana Sofia Rodrigues public procurement represents a vital area bearing in mind the substantial share of economic activity it accounts for in numerous countries (as it happens in Portugal and throughout EU Member States). As such, the dissemination of collusion practices in the field of public procurement may lead to huge losses of economic efficiency in detriment of taxpayers. This more than justifies a renewed focus of competition authorities in the close monitoring of those collusion practices and all forms of distortion of competition and lack of transparency in public procurement markets, if possible in cooperation and active dialogue with procurement related entities and other public bodies, such as courts of auditors involved in external financial control

congêneres não jurisdicionais como os denominados ‘*audit offices*’ em jurisdições anglo-saxónicas).

Tal exigirá também possivelmente uma nova compreensão hermenêutica de alguns dos parâmetros nucleares dos regimes de contratação pública da UE e das correspondentes regras nacionais aplicáveis em Portugal e em outros Estados-membros da UE, com uma abordagem menos formalista ou ‘administrativista’ e enfatizando uma equilibrada leitura substantiva dos princípios e conceitos-chave que subjazem a essas regras e que se apoiam, em alguma medida, em princípios de concorrência. Considerando estes desafios, propusemo-nos aqui promover uma discussão alargada desta matéria da contratação pública e concorrência, formulando ao mesmo tempo o voto de que o Dossier Temático incluído neste número, que integra para além da significativa participação de António Ferreira Gomes (e da coautora do artigo *Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues*) importantes artigos de Nuno Cunha Rodrigues e Raquel Carvalho, lance as bases para um futuro debate acrescido neste domínio.

Como sempre, a secção de Doutrina Geral foi concebida de maneira a abarcar transversalmente questões-

of public entities submitted to the public procurement requirements (or related entities, such as audit offices in anglo-saxon jurisdictions).

That also requires possibly a new hermeneutical understanding of some of the core parameters of EU public procurement rules and the corresponding national rules applied in Portugal and in other EU Member States, with a less formalistic or ‘administrative’ approach and emphasizing a balanced substantive reading of key concepts and principles underlying such rules and that rely, to some extent, on competition principles.

*Considering those challenges, we have committed ourselves to promote a widespread discussion on this broad topic of public procurement and competition, with the vow that the Special thematic file included in this No. comprehending beside the significant participation of António Ferreira Gomes (and the co-author of the Article *Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues*) important Articles of Nuno Cunha Rodrigues and Raquel Carvalho, will provide the seeds for further debate in this field.*

-chave quer de regulação económica sectorial, quer de direito e política de concorrência, incluindo artigos selecionados em função da relevância na atual agenda internacional regulatória e de concorrência das matérias analisadas nos mesmos. Esta perspetiva mista e transversal é especialmente evidenciada no presente número, com artigos de João Confraria, João Espírito Santo Noronha e Lúcio Fêteira, cobrindo, respetivamente, as matérias correspondentes a mutações em perspetiva na regulação do sector das comunicações eletrónicas, ao ‘*private enforcement*’ do direito da concorrência na sequência da recente Diretiva n.º 2014/104/UE (a ser proximamente transposta para o ordenamento jurídico Português) e aos processos de ‘*enforcement*’ do direito da concorrência em países em desenvolvimento (com as particularidades que estes comportam).

Permitimo-nos aqui salientar que os dois primeiros autores *supra* referidos renovam assim contributos continuados ou já de longa data para o projeto da *C&R*, num caso através da análise sistemática crítica continuada, por parte de João Confraria, da regulação económica, tendo como ponto de partida um seu artigo de publicação recente na Revista e incidindo agora a sua abordagem numa outra mudança de paradigma com a qual estamos

As always, the General Doctrine Section is conceived in a way that comprehends in a transversal manner key issues both of sectoral economic regulation and competition law and policy, with Articles selected on account of the relevance in the international regulatory arena of the topics covered therein. This mixed approach is very much epitomised in the current No., with Articles of João Confraria, João Espírito Santo Noronha and Lúcio Fêteira, covering, respectively, the topics of prospective changes in the regulation of electronic communications sector, private enforcement of competition law in the wake of the recent Directive No. 2014/104/UE (to be transposed to Portuguese law in the near future), and the enforcement of competition law in developing countries (with the particularities that may involve).

*We take the liberty of emphasizing that the first two authors are here renewing longstanding contributions to the *C&R* project, with João Confraria prolonging his systematic critical analysis of economic regulation from the standpoint of the Article he published recently in *C&R* and dealing here with another change of paradigm we are facing in economic*

presentemente confrontados em sede de regulação económica (no domínio das comunicações electrónicas). No caso de João Espírito Santo Noronha, impõe-se destacar a contribuição resultante da sua participação no N.º 1 que lançou este projeto da C&R.

Este espírito de continuidade é também assumido a propósito do artigo, já referido, de António Ferreira Gomes, que contribuiu igualmente para o N.º 1 da C&R.

Dentro do mesmo espírito de continuidade, seja-nos permitido concluir, parafraseando aqui o artigo de Harry First (em coautoria) publicado no número precedente da C&R, invocando deste modo, não por acaso, outro dos autores que contribuiu para o N.º inaugural da C&R, no sentido de que assume a maior importância no presente evitar uma abordagem meramente ‘tecnocrática’ do direito e política de concorrência, reforçando, pelo contrário, as instituições de defesa da concorrência, no quadro de uma economia de mercado a ser compatibilizada com valores sociais essenciais e mediante o seu envolvimento e participação profunda no próprio processo democrático de governo das nossas sociedades e de definição das suas grandes opções de política económica e social.

Se a C&R contribuiu, ao longo destes últimos seis anos, para promover

regulation (in this case in the field of electronic communications). In the case of João Noronha we should emphasize that he was one of the contributors to the No. 1 of C&R that launched this project.

This spirit of continuity is also felt in the case of the aforementioned Article of António Ferreira Gomes who was a contributor to No. 1 of C&R as well.

Within the same spirit of continuity, allow us to conclude quoting here approximately from the Article co-authored in the preceding No. of C&R by Harry First – coincidentally, another contributor to the inaugural No. of C&R – on the importance of avoiding a mere “technocratic” approach to competition law and policy, strengthening on the contrary the institutions of antitrust, the market economy seen as compatible with key social values, and in a way deeply embedded with the democratic branches of government themselves and the very fabric of the key economic and social choices inherent to such government.

If C&R in the course of these last six years has contributed to foster this kind of competition culture, than the efforts involved in the project and its original

este tipo de *cultura de concorrência*, então poderá considerar-se que os esforços envolvidos no projeto e sua conceção terão sido recompensados e, no momento em que um dos membros fundadores da Direção da Revista se despede do projeto, formula-se um voto no sentido da prossecução continuada, nos planos que se mostrem mais adequados, desses esforços em prol de tal *cultura de concorrência*.

conception are rewarded and, at a time of farewell of part of the founding Direction of the Review, we make the vow for a further pursuit, at the most adequate levels, of those efforts.

C&R

DOCTRINA

Doutrina Geral

DOCTRINA GERAL

PERSPETIVAS DE MUDANÇA NA REGULAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES

João Confraria*

ABSTRACT: This paper surveys the main trends of Portuguese regulation since the beginning of liberalization of telecommunications and postal markets and discusses current options concerning the future scope and institutional design of regulatory activity. It is argued that in electronic communications markets major issues will be to define the scope of ex ante regulation to promote competition in an oligopolistic framework, given the development of potentially symmetric oligopolies, as well as to design a global regulatory framework in digital markets, including the relationships between electronic communications network operators and over the top operators. Net neutrality may also be considered in this framework. It is also argued that asymmetric and symmetric regulation of access to ducts should be maintained and adapted to market changes, given its impact on investment costs. Ex ante regulation to solve market failures as asymmetric information, negative externalities and coordination problems will be maintained, as it happens in spectrum management, or reinforced, as in cybersecurity. Recent changes in postal markets regulatory framework are presented and potential changes are discussed. Universal service in electronic communications and postal markets need to be adjusted. It is argued that current concepts are increasingly apart from social needs and future reform should be considered. A different problem will be to select the authorities in charge of implementing the regulatory framework. It is suggested that the role of Anacom will be adapted and different cases for the development of relationships with other regulatory authorities are discussed.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Comunicações eletrónicas: da regulação do monopólio ao problema dos oligopólios. 2.1. Fim do monopólio da telefonia fixa. 2.2. Promoção da concorrência. 2.3. E agora? 3. Os mercados postais. 3.1. Fim do monopólio das correspondências. 3.2. Controlo limitado do poder de mercado. 4. O serviço universal. 5. Regulação de poder de mercado e regulação de mercado. 6. Quem regula? 7. Conclusão.

* Universidade Católica Portuguesa. Autoridade Nacional de Comunicações.

Agradeço comentários a uma versão preliminar deste trabalho do Prof. Hélder Vasconcelos, do Dr. Carlos Costa, da Dra. Carla Sequeira, do Dr. João Peixoto e do Eng.º Luís Manica. As opiniões apresentadas, assim como eventuais erros ou omissões, são da exclusiva responsabilidade do autor.

1. INTRODUÇÃO

Desde o início do processo de liberalização das comunicações na União Europeia, há mais de três décadas, a atividade reguladora sempre se adaptou às profundas transformações entretanto verificadas nos mercados. Neste trabalho essa adaptação é sistematizada em fases, definidas de acordo com o momento da liberalização e com o peso na atividade reguladora dos objetivos de controlo de poder de mercado e de promoção da concorrência. Discutem-se cenários de desenvolvimento do atual quadro legal de regulação e das autoridades reguladoras que o implementam.

Nos mercados de comunicações eletrónicas, discutidos na secção 2, são consideradas três fases. Na primeira, iniciada nos anos 1980 e terminada com a liberalização plena da telefonia fixa, em 2000, os objetivos fundamentais foram regular o monopólio tradicional e iniciar o processo de liberalização, com o licenciamento de operadores móveis, de dados e de televisão por cabo. Deu-se a transferência para a administração pública de funções reguladoras, típicas do Estado e então exercidas por uma empresa pública, então designada Correios e Telecomunicações de Portugal (CTT), como a gestão do espetro radioelétrico. Para o efeito foi criado em finais dos anos 1980 um instituto público com funções de assessoria ao governo e com algumas competências reguladoras, que aumentaram na década seguinte, no sentido de promover na regulação maior independência das empresas públicas e do Governo, o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP).

A segunda fase abrange a primeira década e meia do século XXI. Com mercados liberalizados, sem restrições legais à entrada, a não ser as que derivavam de direitos de uso de frequência radioelétricas, esteve centrada na regulação de operadores com poder de mercado significativo, ou posição dominante. O seu marco mais importante é constituído pelas Diretivas publicadas em 2002 e transpostas entre nós em 2004, pela Lei das Comunicações Eletrónicas. Foi reforçada a regulação independente do Governo, em 2001, quando o ICP foi transformado em autoridade reguladora independente, ICP-Anacom. Esta fase pode considerar-se concluída. O início do seu fim talvez se possa situar na decisão tomada em finais de 2007 pela Portugal Telecom (PT) de se separar do seu negócio de televisão por cabo, o que deu origem a uma nova empresa, a Zon, fora do grupo PT, reduzindo as posições de dominância que detinha e criando novas estruturas nos mercados de comunicações eletrónicas. Para o mesmo efeito contribuíram outras operações de concentração e de investimento. As mais importantes são a concentração da Zon e da Optimus, os inves-

timentos feitos em redes de banda larga fixas e móveis e em redes de próxima geração, a entrada em larga escala da Vodafone na banda larga fixa e o acordo livremente firmado entre a PT e a Vodafone para a partilha de acesso a fibra ótica. Em consequência, na maior parte dos mercados prevalecem atualmente oligopólios onde a dominância não é evidente, embora posições dominantes persistam em circunstâncias específicas, que justificam a manutenção da tradicional regulação assimétrica. No entanto, é claro que as posições dominantes individuais se encontram muito reduzidas e o seu controlo deixou de ter na regulação o peso que tinha desde o ano 2000.

Um problema que atualmente se discute, para os próximos anos, é o das vantagens e dos inconvenientes da regulação de oligopólios onde, apesar de não haver posições dominantes individuais, se considere que não se verificam condições de concorrência efetiva, ou que existem limites à concorrência. Além disto, discutem-se novos temas, talvez mais importantes para a regulação das comunicações eletrónicas e que são independentes dos conceitos tradicionais de dominância, como a cibersegurança e a neutralidade de rede, assim como medidas práticas e efetivas de proteção dos utilizadores. Do ponto de vista da autoridade reguladora há várias perspetivas de evolução. É nesta fase que atualmente nos encontramos. O quadro legal é ainda basicamente o da fase anterior mas tende a ser reconhecida a sua falta de ajustamento à realidade atual. Já se verificaram algumas mudanças, como a redução dos mercados relevantes na Recomendação dos Mercados Relevantes de 2013 e há outras que se avizinham, ao nível da neutralidade da rede, na sequência do acordo 30 de junho de 2015 entre o Parlamento Europeu e o Conselho para a sua regulamentação. Um prazo mais longo é necessário para uma revisão global do quadro regulamentar, já iniciada com a Comunicação da Comissão de 2015 sobre uma Estratégia do Mercado Único Digital (MUD) para a Europa.

O setor postal, analisado na secção 3, partiu de uma posição aparentemente semelhante à das telecomunicações. Nos anos 1980 era também um setor monopolizado, com os serviços prestados pela empresa pública CTT, que também aqui tinha funções de assessoria ao Governo e de representação internacional do Estado. Tal como nas telecomunicações, no início da reforma do setor postal estas funções foram transferidas para o ICP. Mas a trajetória de liberalização foi muito diferente. A nível europeu o processo de liberalização veio a ser consagrado só com a Diretiva Postal de 1997 – e foi entendido de uma forma progressiva, mantida pela Diretiva de 2002. Em 2008, com a revisão da Diretiva Postal, foi estabelecido o calendário para a liberalização plena. Entre

nós, esta Diretiva foi transposta pela Lei Postal de 2012, que corresponde ao fim da primeira fase de regulação do setor.

Na atual fase de liberalização plena nos mercados postais, iniciada em 2012, também há uma diferença muito grande em relação ao que sucedeu em fase análoga da liberalização da telefonia fixa. Os poderes de intervenção da autoridade reguladora no sentido de promover a concorrência e de controlar o exercício de poder de mercado ou de dominância são menores. Aplicam-se a um conjunto de serviços mais reduzido e as condições de acesso à rede postal do antigo monopolista estão definidas pela Diretiva e pela Lei Postal em termos mais genéricos. No entanto, em Portugal como noutros países, os antigos monopolistas postais permanecem com quotas de mercado muito elevadas nos seus negócios tradicionais de correspondências. Mais elevadas certamente do que aquelas detidas pelos antigos monopolistas de telefonia fixa, alguns anos depois da liberalização plena. Na avaliação deste facto devem ter-se em conta também as transformações em curso nos mercados postais. O negócio tradicional de correspondências começou cair em volume a partir de 2003-2004, tendência de queda que se mantém, embora com alguns sinais de poder vir a estabilizar. Daqui resultam algumas condições de adaptação diferentes das dos antigos monopolistas de telefonia fixa no momento da liberalização que se podem sintetizar como um mercado menos atraente, pelo menos para candidatos à entrada, e um quadro legal menos exigente – para o antigo monopolista.

Numa área diferente, o serviço universal de comunicações eletrónicas e o serviço postal universal foram um objetivo fundamental da regulação a longo do período aqui considerado. O tema é analisado na secção 4, em que se argumenta que os conceitos atuais de serviço universal estão desajustados e carecem de revisão, mais urgente nas comunicações eletrónicas. É certo que as Diretivas entendem o serviço universal como algo dinâmico, que se deve adaptar às realidades de mercado de cada momento, mas concretizar estes processos de adaptação por via legislativa tem demorado.

Caracterizada a evolução regulativa a partir dos problemas de liberalização, de controlo de posições dominantes, promoção da concorrência e serviço universal, importa ter presente que a regulação de comunicações inclui muitos outros aspetos. Ou dito de outro modo, procura responder a outras falhas de mercado. Historicamente as atividades de regulação associadas à gestão e utilização do espetro radioelétrico sempre constituíram um aspeto fundamental da intervenção reguladora do Estado nas comunicações eletrónicas e absorveram a maior parte dos recursos utilizados. Nada existe atualmente que

faça supor uma alteração deste estado de coisas e a gestão do espectro radioelétrico continuará no núcleo da regulação das comunicações. No entanto, como acima se notou, áreas novas têm surgido, nos últimos anos, e vão certamente contribuir para moldar o desenvolvimento futuro do setor, nomeadamente num quadro de proteção dos utilizadores finais de comunicações eletrónicas. Destas, as mais importantes serão as de cibersegurança, incluindo problemas de proteção de dados e de privacidade, e de neutralidade de rede. Estas novas áreas são discutidas na secção 5.

Discutir regulação não é só definir o que há para regular. É também dizer quem vai regular. O ICP, depois ICP-Anacom e atualmente Anacom, tem sido a autoridade reguladora dos mercados de comunicações, sem prejuízo da intervenção pontual que têm tido outras entidades consoante as respetivas competências legais, e em boa parte dos casos em articulação com a Anacom. Num contexto de mudança no conteúdo da regulação, é analisado na secção 6 o papel futuro da Anacom. Em conclusão, na secção 7, sintetizam-se perspetivas da regulação e do papel da autoridade reguladora.

2. COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS: DA REGULAÇÃO DO MONOPÓLIO AO PROBLEMA DOS OLIGOPÓLIOS

2.1. Fim do monopólio da telefonia fixa

De finais dos anos 1980 à liberalização plena, em 2001, os principais problemas de regulação foram o controlo de poder de mercado na telefonia fixa e a liberalização progressiva através do licenciamento de redes e serviços móveis e de dados, os serviços de redes privativa de voz e as redes e serviços de televisão por cabo.

Importava resolver um problema prévio. Os CTT, que eram operador postal em todo o país e de telecomunicações fora de Lisboa e do Porto¹, desempenhavam funções de assessoria ao governo e de representação internacional do Estado, além de terem competências alargadas na gestão do espectro radioelétrico. Manter esta posição dos CTT não era compatível com o licenciamento de novas redes e serviços, em que certamente os próprios CTT estariam interessados. Foi então criado um instituto público, o ICP, em 1989, herdando as atribuições dos CTT relacionadas com o exercício da autoridade do Estado. Um efeito desta decisão foi abrir o caminho para que em matérias

1 Em que operava uma outra empresa pública, Telefones de Lisboa e Porto (TLP).

como fixação de preços máximos deixasse de haver uma decisão do Governo apoiada somente na posição de uma empresa diretamente interessada como prestadora de serviços. Em 1992 foi estabelecido um modelo de regulação de preços de serviços telefónicos por convénio entre o ICP, a Direção Geral de Concorrência e Preços e as empresas operadoras, com ratificação da decisão final pelo Governo.² O convénio dizia respeito aos principais serviços, como os de telefonia fixa e de circuitos alugados, além de outros como o telex, o telégrafo e o serviço móvel marítimo. Não era um modelo de regulação, em sentido próprio, pois a existência do convénio significava que as medidas em causa tinham que ter o acordo dos regulados. Mas podia ser entendido como uma mudança relativamente a uma situação anterior em que, embora o poder de estabelecimento de preços estivesse atribuído ao Governo, este dependia de assessoria que lhe era prestada por uma empresa interessada, pois no âmbito da administração direta do Estado não havia nenhum organismo que pudesse realizar essa função de assessoria. Ao mesmo tempo, permaneceu um poder direto de intervenção do governo nos serviços, como os de interligação com as redes móveis, não cobertos pelo convénio.

Os poderes do ICP foram reforçados com o contrato de concessão de 1995 e, sobretudo com a transposição das diretivas de Oferta de Rede Aberta (ORA). Em matéria de preços e de qualidade de serviço nos serviços de retalho, nos circuitos alugados e na interligação a transposição das Diretivas ORA, em finais dos anos 1990 assegurou ao ICP competências próprias de decisão. Embora existisse um poder de tutela do Governo, como seria de esperar em relação a um instituto público, a atribuição de competências próprias de decisão ao ICP foi um passo fundamental para a regulação independente no setor, considerando as duas dimensões da independência que então se discutiam: a independência em relação aos operadores e a independência em relação ao Governo. A primeira era então mais urgente e, evidentemente, não estava assegurada pelo regime de convénio.

2.2. Promoção da concorrência

A eliminação de barreiras legais à entrada nas comunicações fixas de voz não significava que passasse a existir imediatamente concorrência efetiva entre vários operadores de redes alternativas. Havia problemas a resolver.

² A PT resultou da fusão, em 1994, dos TLP e da operação de telecomunicações dos CTT e depois, em 1995, da CPRM – Companhia Portuguesa Radio Marconi.

Em primeiro lugar, e em Portugal, considerou-se que importava definir condições equilibradas de acesso de todos os operadores fixos às habitações e às redes telefónicas internas dos edifícios. Naturalmente, até então a PT tinha o monopólio destes acessos. O problema foi resolvido com um novo quadro legal para as instalações de telecomunicações em edifícios, em 2001, e mais tarde alargado às urbanizações, que reforçou o poder do ICP-Anacom e que serviu também de base à elaboração de novos regulamentos técnicos para adaptar as redes internas dos edifícios às novas tecnologias.

A nível europeu e numa perspetiva mais global sobre o mercado, entendeu-se que o anterior monopolista de cada país tinha em muitos mercados uma posição dominante suficientemente forte para limitar ou impedir a concorrência, a menos que fosse imposta regulação adicional adequada. Essa regulação adicional impunha basicamente o direito de acesso dos candidatos à entrada à rede e a elementos da rede do antigo monopolista. Concretizou-se sobretudo através das Diretivas de 2002. Assim, a promoção da concorrência tinha dois pilares: as redes alternativas à do antigo monopolista e a prestação de serviços de telecomunicações concorrentes com os do antigo monopolista com base no acesso à sua própria rede.³

A ideia de que o acesso à rede era importante para a promoção da concorrência já vinha da década anterior. Os operadores móveis e de dados tinham iniciado a prestação de serviços alugando circuitos ao monopolista da rede fixa, mesmo depois de terem sido autorizados a deter infraestruturas próprias. Além disto, o regime de acesso indireto, através do qual cada utilizador final podia escolher o operador que lhe prestaria o serviço de transmissão de chamadas a longa distância, correspondia a um direito de acesso dos operadores alternativos aos utilizadores finais, utilizando as redes locais do antigo monopolista. No quadro legal português, previa-se ainda no contrato de concessão de 1995 o acesso, mediante acordo, dos novos operadores, em particular dos operadores de redes de distribuição de televisão por cabo, às condutas e postes geridos pelo monopolista. No entanto, estando previsto um regime de negociação, inicialmente os seus termos estavam naturalmente desequilibrados a favor da

3 Com base nos direitos de acesso à rede poderia haver empresas a prestar serviços de telecomunicações aos consumidores e utilizadores sem deterem infraestruturas próprias. No entanto, estas duas modalidades de concorrência podem ser entendidas como complementares. Desde logo, porque muitas empresas entraram no mercado com algumas infraestruturas próprias, que complementavam a utilização de infraestruturas do antigo monopolista para aceder ao utilizador final. Numa versão mais elaborada, a complementaridade aceita-se com a “hipótese” da escada de investimento.

empresa monopolista – os outros operadores é que precisavam das condutas e, sem acesso, teriam de as construir, o que representava um investimento substancial e desnecessário, pois regra geral havia capacidade excedentária nas condutas existentes.

Com as Diretivas de 2002, transpostas pela Lei das Comunicações Eletrónicas de 2004, estes princípios, algo incipientes, foram reforçados e enquadrados num modelo de regulação coerente. Por um lado, afirmou-se o primado da regulação grossista sobre a retalhista, tendo em vista criar condições adequadas de concorrência com base no acesso às redes, quando necessário, permitindo que os preços aos consumidores finais fossem desregulados e resultassem da concorrência entre os vários operadores. Além disto, o princípio geral foi o de regulação de operadores com posição dominante nos mercados relevantes, basicamente definidos em Recomendações da Comissão Europeia. Quer os mercados quer as medidas de regulação podiam ser definidos a nível nacional ou a nível local, procurando-se limitar a regulação somente aos mercados geográficos e de produto em que se não verificassem condições de concorrência efetiva.

Com este quadro legal foram mantidas obrigações de acesso com preços orientados para os custos e regulação da qualidade de serviço no acesso indireto, no acesso à rede de circuitos alugados e na desagregação do lacete local e foram impostas obrigações análogas no acesso grossista em banda larga.

No que diz respeito às terminações de chamadas, considerou-se que cada empresa era monopolista nas suas próprias terminações e assim sujeitas a várias obrigações específicas, designadamente a regulação de preços de terminação. Integraram-se assim num modelo de regulação coerente todas as terminações. No quadro legal anterior as terminações no antigo monopolista estavam sujeitas à imposição de obrigações de orientação dos preços para os custos, mas o mesmo não sucedia com os operadores móveis. Esta assimetria tinha sido imposta para promover a atividade dos operadores móveis, quando esta se iniciava, mas não se justificava numa altura em que o volume de tráfego móvel era superior ao volume de tráfego fixo.

Além disto, a nível interno, uma revisão em 2003 do contrato de concessão de 1995, estabeleceu um quadro legal que permitiu uma regulação de acesso à rede de condutas bem mais exigente para o antigo monopolista, em matéria de preços e de qualidade de serviço. Este quadro de regulação assimétrica de condutas, isto é, de imposição ao antigo monopolista de dar acesso às suas condutas, sem que aquele tivesse direito de acesso às condutas de terceiros, foi

complementado, em 2009, por um quadro legal de acesso simétrico a condutas, postes e outras infraestruturas aptas para o alojamento de redes de comunicações eletrónicas. O peso dado à regulação do acesso a condutas foi em Portugal bem maior do que na generalidade dos países e contribuiu muito para descer os custos de investimento em redes de próxima geração.

2.3. E agora?

O progresso tecnológico criou diferentes convergências, a partir da primeira, nos primórdios da liberalização, entre as tecnologias da informação e as das comunicações. As redes de próxima geração, de fibra ótica e de televisão por cabo, levaram à integração no mesmo acesso físico de ofertas de serviços de voz, Internet e centenas de canais de televisão. Por esta via desenvolveu-se uma oferta comercial de cabazes de serviços, combinando voz e internet, ou voz, internet e televisão, com base em redes fixas e móveis, que têm estado na origem do crescimento das vendas de serviços de comunicações eletrónicas, substituindo o serviço fixo telefónico de voz fixa, que acabou por ser um dos componentes do pacote de serviços, porventura o de valor mais reduzido.

Dos dois pilares da liberalização, o acesso à rede do antigo monopolista e as redes alternativas, são atualmente as redes alternativas que prevalecem como a fonte mais importante de concorrência, ainda que dependam do acesso a elementos de rede do antigo monopolista, como as condutas, em geral, e, em casos particulares, os circuitos alugados, o lacete local e os acessos de banda larga.

Para isto terá contribuído também a expressão relativamente fraca da oferta de televisão digital terrestre entre nós, pois fez com que o acesso a uma gama diversificada de conteúdos televisivos, além dos canais tradicionais de radio-difusão, só se pudesse concretizar através de acessos de televisão por cabo, de fibra ótica ou, no início do processo pelo menos, de acessos ADSL. No entanto, é também claro que a oferta de cabazes destes serviços tem sido aproveitada pelos operadores para atrair diferentes grupos de consumidores e alargar a penetração dos serviços. E é neste sentido que se entende a progressiva integração de serviços móveis de voz e de acesso à Internet nos cabazes oferecidos aos consumidores. Para os operadores de redes de cabo e de fibra ótica, a oferta de serviços móveis valoriza as suas ofertas tradicionais com base nas redes fixas. Em resposta, os operadores móveis não podiam deixar de oferecer serviços com base em redes de fibra ótica ou de televisão por cabo para poderem manter os seus clientes e os valores dos seus negócios.

Assim, criaram-se as condições para movimentos de concentração e de investimento que levaram à criação de oligopólios com empresas de dimensão relativamente semelhante e para a redução de estruturas de mercado com posições dominantes individuais. No mercado português estes movimentos tiveram um impacto significativo. São de salientar, na última década, a formação da Zon na sequência da decisão da PT de se separar completamente do seu negócio de televisão por cabo, a fusão entre a Zon e a Optimus, a entrada da Vodafone nas redes fixas de banda larga e o acordo de partilha de rede livremente firmado entre a PT e a Vodafone.

Esta evolução para oligopólios com empresas de dimensão semelhante e para a redução de estruturas de mercado em que se reconhecem posições dominantes não é exclusivamente portuguesa. A sua dimensão europeia é dada pela Recomendação de Mercados Relevantes de 2013, que reduziu o número de “mercados relevantes” de sete para quatro. Além dos casos tradicionais das terminações fixas e móveis em que se considera que cada operador tem poder de monopólio sobre o conjunto das terminações que controla, só se mantém os mercados relevantes de acesso a infraestruturas de banda larga, ativas ou passivas. E ainda assim, é possível, e muitas vezes desejável, uma definição geográfica de mercados de base local ou regional, ou, no quadro de uma definição nacional de mercados, a imposição de remédios numa base geográfica local ou regional. Ou seja, além destes casos específicos, a Comissão Europeia acaba por considerar que na generalidade dos mercados não se verificam posições de dominância – e, em princípio, haverá condições de concorrência efetiva.⁴

Assim, a regulação com origem na falha de mercado “monopólio” ou “posição dominante” abrange um número cada vez menor de mercados. Significa isto a criação de condições para que a regulação setorial do poder de mercado tenda a desaparecer? A resposta a esta pergunta não é ainda evidente.

Pode argumentar-se que em alguns mercados de oligopólio não existem condições estruturais para uma concorrência efetiva e pode haver necessidade de regulação por, pelo menos, dois motivos. O primeiro corresponde aos casos de dominância conjunta e já está coberto pelo atual quadro regulamentar. Mas a prova de dominância conjunta tem sido um problema difícil de ultrapassar para reguladores nacionais. O segundo corresponde a uma abordagem inova-

4 Não se sabe se houve aumento ou diminuição de posições dominantes conjuntas. Nem se sabe bem até que ponto são importantes. As autoridades reguladoras nacionais não têm sido bem sucedidas a demonstrar a existência de dominância conjunta.

dora em termos de regulação *ex ante*. Seria considerar que há oligopólios onde permanecem obstáculos à concorrência efetiva, ainda que se não verifiquem relações de dominância. O problema aqui será identificar adequadamente os obstáculos que podem existir à concorrência efetiva e demonstrar que a remoção desses obstáculos exige regulação setorial *ex ante*, não podendo ser conseguida através da aplicação da legislação de defesa da concorrência. Neste sentido, o Berec considerou recentemente, num relatório preliminar de 2015 sobre a análise de oligopólios e a regulação, que as modificações introduzidas em 2004 nos testes para avaliação de concentrações, no sentido de identificar situações que podem criar obstáculos significativos à concorrência efetiva, constituíam um precedente útil. Se este tipo de testes da existência de obstáculos significativos à concorrência efetiva vier a ser adotado para a identificação de falhas de mercado que justifiquem regulação *ex ante* reforça-se a relação entre os critérios de análise da regulação setorial *ex ante* e os critérios presentes na aplicação da legislação de defesa da concorrência, neste caso do Regulamento de Concentrações. Situação análoga se verificou até agora com a definição de mercados relevantes e a identificação de posições dominantes ou de poder de mercado significativo.

Em sentido contrário pode admitir-se que na ausência de dominância não há falha de mercado que justifique regulação setorial e que a hipótese do Berec é fonte de substanciais riscos e custos regulativos.

Em qualquer caso tudo indica que a intervenção reguladora *ex ante* para promover a concorrência e controlar o poder de mercado terá na regulação setorial futura das comunicações eletrónicas europeias um peso muito inferior ao que tem tido desde o início do processo de liberalização.

Em Portugal teremos também esta tendência, talvez até mais acentuada do que noutros países, mas com uma diferença importante. Como se referiu, através de um quadro regulativo específico, desenvolveu-se a regulação do acesso a condutas e a postes, seja numa base de regulação assimétrica, baseada na existência de dominância, seja numa base de regulação simétrica, através da qual as mesmas obrigações são impostas a todos os que oferecem espaço em condutas para a construção de redes de comunicações eletrónicas. Esta regulação permite grandes reduções de custos na construção de novas redes. Em nossa opinião, deverá ser mantida e adaptada, para que na construção de redes se garanta a todos o acesso a todas as infraestruturas aptas para o efeito, evitando-se a duplicação de investimentos. Isto deve acontecer para qualquer um dos cenários de regulação acima considerados. Trata-se de uma opção

nacional de regulação abrangente pois envolve a regulação assimétrica do acesso a condutas e postes da PT e a regulação simétrica do acesso a condutas, postes e outras infraestruturas aptas ao alojamento de comunicações eletrônicas de outros operadores de telecomunicações, dos municípios e de outras empresas, como as concessionárias de estradas e autoestradas, que detêm redes de condutas muito extensas.

Com as ofertas de conteúdos e aplicações em redes de próxima geração, pode haver novas fontes de dominância. Quando um consumidor contrata o acesso a uma rede de comunicações eletrônicas obtém imediatamente acesso a um grande número de aplicações, de conteúdos e de serviços disponíveis na Internet disponibilizados por um grande número de empresas, algumas delas designadas como *over the top* (OTT), que vão desde empresas como a Google, Facebook ou Amazon, com valores de mercado superiores aos das maiores empresas de comunicações eletrônicas, a outras de dimensão muito reduzida. As relações negociais ao longo da cadeia de valor dão-se assim entre entidades muito desiguais. Neste contexto, podemos perguntar-nos se os operadores de comunicações eletrônicas têm possibilidades de ter uma relação comercial adequada ao investimento em redes de próxima geração ou se, pelo contrário, são vítimas do poder de mercado de alguns dos grandes motores de busca, das principais redes sociais, de grandes empresas de *software*, de empresas populares de comércio eletrónico ou de grandes fornecedores de conteúdos. Aliás, algumas destas entidades fornecem serviços sobre as redes que concorrem com os serviços produzidos pelas empresas de comunicações eletrônicas.⁵ Nestes casos, importa analisar a eventual existência de falhas de mercado, ou pelo menos, garantir que a regulação setorial não desequilibra as relações negociais ao longo da cadeia de valor. Por exemplo, nas análises de mercados de serviços de comunicações eletrônicas deveriam ser incluídos os serviços produzidos por alguns operadores OTT.

Em sentido contrário, pode argumentar-se que sem regulação os operadores de redes de comunicações eletrônicas têm a capacidade de controlar o acesso dos seus clientes à informação, em limite permitindo a cada um acesso de acordo com o seu próprio lucro no fornecimento dessa informação. É natural que na ausência de regulação uma empresa procure condicionar o acesso dos

5 No mesmo sentido, também se fala da queda da capacidade comercial das empresas de comunicações eletrônicas relativamente aos fabricantes de equipamentos terminais. O valor da marca de alguns destes fabricantes pode ser suficientemente forte para conseguirem reter a maior parte ou a totalidade dos excedentes de mercado nas vendas dos equipamentos.

seus clientes à Internet consoante o lucro que esse acesso origina. Por exemplo, pode o acesso ser gratuito, ou ser pago através de uma assinatura mensal de valor relativamente reduzido, sempre que o assinante queira aceder a conteúdos que são propriedade da própria empresa, ou de empresas com ela relacionadas e com quem tenha contratos mais vantajosos. Para acesso a outros tipos de conteúdos, que não sejam sua propriedade ou que sejam objeto de contratos menos vantajosos para si, pode o operador da rede de acesso pretender cobrar mais, reduzindo na prática a quantidade procurada desse tipo de conteúdos. Ou seja, em limite poderá um operador de redes condicionar completamente o acesso a conteúdos na Internet, em função do lucro que tenha com cada um deles. É neste contexto que se coloca um dos grandes temas de regulação na atualidade, o problema da neutralidade de rede. Diz-se que regulação que proíba políticas desse tipo, proibindo a discriminação de preços ou de qualidade de serviço no acesso a vários tipos de conteúdos, obrigando os operadores de rede a tratar do mesmo modo todos os tipos de tráfego, é uma regulação que implementa princípios de neutralidade de rede.

Há políticas de discriminação de qualidade de serviço que são razoáveis e até necessárias, quando definidas em função da natureza do tráfego ou quando há congestionamento de tráfego. Por exemplo, quando a capacidade disponível não permite dar igual prioridade a todos os tipos de tráfego, é razoável que se dê maior prioridade à transmissão de um jogo de futebol em direto do que à transmissão de uma base de dados. Um ligeiro atraso na transmissão dos dados não prejudicará, em princípio, o consumidor, mas o mesmo não sucede com atrasos na transmissão do jogo. Assim, no domínio da neutralidade de rede estão em discussão pelo menos duas questões fundamentais: permitir a discriminação de preços ou de qualidade de serviço em função das oportunidades de lucro, ou, não a permitindo, definir os casos e os modos em que, na presença de congestionamento, um operador de redes pode dar prioridade a alguns tipos de tráfego – prioridade não em função do lucro mas sim da natureza do tráfego, entendida na perspetiva do utilizador final.

O poder de um operador de rede fazer discriminação de preços ou de qualidade de serviço, em detrimento do utilizador final, não é o único poder de discriminação que existe na utilização de redes de comunicações eletrónicas. Existe também o poder de um fornecedor de serviços OTT discriminar o acesso a conteúdos em função do lucro. Por exemplo, um motor de busca pode dar prioridades diferentes a conteúdos diferentes em função dos pagamentos que recebeu dos respetivos fornecedores. Isto é, o acesso a conteúdos

na internet acaba por estar condicionado por políticas comerciais, mesmo num contexto estrito de neutralidade de rede tal como é normalmente considerada.

Um tema em discussão é saber se estas relações desequilibradas na cadeia de valor podem justificar a necessidade de intervenção reguladora *ex ante*. Os conceitos de dominância e os critérios de análise utilizados na regulação da concorrência permanecem como critérios úteis para essa avaliação.

De forma mais geral, importa ainda ter presente que muitos mercados em que operadores de redes de comunicações eletrónicas estão envolvidos na prestação de serviços ao utilizador final têm a natureza de mercados multilaterais – sobre os quais parece haver consenso de que são muitas as falhas de mercado possíveis, mas menores serão as ideias sobre os modos de as corrigir.

3. OS MERCADOS POSTAIS

Na área dos serviços postais podemos distinguir duas fases do ponto de vista da regulação do poder de monopólio e da promoção da liberalização. Os anos de 2012 e 2013 podem ser entendidos como momentos de viragem numa trajetória de evolução que se iniciou em finais dos anos 1980.

3.1. Fim do monopólio das correspondências

Na primeira fase de regulação dos mercados postais permaneceu uma área reservada no negócio principal de correspondências, que, apesar de ser progressivamente reduzida, só foi eliminada em 2012. O motivo para a persistência desta área reservada era assegurar o financiamento do serviço universal. Para os serviços objeto do serviço universal poderia ser imposta uma regulação de preços orientados para os custos.

Durante este período foi reforçada a capacidade de intervenção do ICP. Em 1999 foi publicada a Lei de Bases dos serviços postais e em 2000 celebrado um contrato de concessão entre o Estado e os CTT. Foi estabelecido o papel do ICP como entidade reguladora, definindo-se os seus poderes regulamentares, de fiscalização e sancionatórios, além dos que já lhe eram atribuídos desde a origem, de assessoria ao Governo e de representação do Estado em organismos intergovernamentais.

No entanto este reforço de poderes foi menor e mais lento do que tinha sido nas telecomunicações. Ainda se previa em 1999 uma regulação de preços com base em convénios celebrados entre o ICP, enquanto entidade reguladora segundo a Lei de Bases dos Serviços Postais e enquanto representante do concedente segundo o contrato de concessão, a concessionária e a Direção

Geral do Comércio e Concorrência. Para a qualidade de serviço previa-se um convénio entre a empresa e o ICP. Este regime de convénio não era uma novidade. Desde 1992 os preços dos serviços postais, tal como os de telecomunicações, eram estabelecidos por convenção celebrada entre os operadores, o ICP e a Direção Geral de Concorrência e Preços. No entanto estava prevista com uma intervenção adicional do Governo, através da ratificação da convenção pelos ministros com a tutela das comunicações e da concorrência. Essa intervenção direta do Governo desapareceu, o que vem em linha com um reforço institucional do ICP, sem prejuízo dos poderes de tutela que se mantinham.

3.2. Controlo limitado do poder de mercado

Os critérios de preço e de peso que delimitavam desde 1999 a área reservada foram progressivamente revistos até à liberalização (quase) total que se deu com a Lei Postal de 2012 e com o contrato de concessão de 2013. Deixou de haver limites de preços ou de peso para a prestação dos serviços de correspondência em regime de concorrência e assim acabaram os exclusivos na generalidade das correspondências, consagrando-se a liberdade de acesso à atividade postal. Manteve-se uma área reservada muito reduzida, que inclui o correio registado utilizado em procedimentos judiciais ou administrativos, assim como o serviço de vales postais, a emissão e venda de selos com a menção “Portugal” e a colocação na via pública de marcos e caixas de correio.

A liberalização plena levou a uma mudança profunda no quadro legal. O regime de convénio acabou com a Lei Postal de 2012, que reforçou os poderes do ICP-Anacom, introduzindo nos serviços postais um quadro regulativo propriamente dito, que não exigia o acordo da empresa regulada. No entanto, em sentido contrário, foi significativamente reduzido o âmbito dos serviços aos quais a Anacom pode impor uma regulação de preços orientada para os custos. Num cenário de liberalização plena era necessário ponderar a necessidade de continuar a haver regulação de preços. Havia dois problemas. O primeiro era a necessidade de controlar ou não o poder de mercado da concessionária num mercado liberalizado. Era um problema importante, designadamente pela persistência de quotas de mercado da concessionária muito elevadas (superiores a 90%) em serviços como os prestados às empresas que poderiam ser considerados atraentes para a concorrência. O segundo era em parte o contrário do primeiro. Como prestadora do serviço universal a concessionária prestava alguns serviços com preços retalhistas abaixo do custo médio total, para promover a acessibilidade ao público desses serviços. Aqui

importaria ver se era razoável permitir à concessionária subidas de preços em alguns serviços, que poderiam ser muito elevadas, para eliminar o prejuízo nesses serviços. Da opção final seguida, consagrada em 2013, com o contrato de concessão e uma revisão da Lei Postal de 2012, talvez se possa dizer que nela terá tido mais peso a segunda preocupação do que a primeira. Tal como em alguns países europeus, foram reduzidos os poderes de imposição de preços orientados para os custos, sobretudo nos serviços às empresas, a remetentes de envios em quantidade ou a intermediários responsáveis pelo agrupamento de envios de vários utilizadores, que correspondem a uma parcela muito significativa do tráfego postal. Mantiveram-se esses poderes num conjunto de serviços relativamente reduzido, em que avultavam casos como os do correio normal (que apesar do nome tem um pequeno peso no serviço postal, dizendo respeito sobretudo às correspondências entre indivíduos e a uma parte das correspondências com origem nas empresas, fora do quadro contratual dos envios em quantidade) e os dos jornais e publicações periódicas. Finalmente, foi definido um quadro geral de acesso às redes postais, com efeitos a fazer-se sentir, porventura, a longo prazo.

Esta opção de reduzir os poderes do regulador deve ser ponderada também no quadro da queda do negócio tradicional de correspondências, em volume, que se observa desde 2003-2004. À primeira vista os operadores postais vivem situações parecidas com as já enfrentadas pelos operadores de redes fixas de telecomunicações, que viram cair o seu negócio tradicional de voz e o substituíram por negócios em crescimento, como os pacotes de serviços de banda larga, de que a voz fixa faz parte, embora represente uma parcela pequena do valor criado. Nos mercados postais os negócios em crescimento têm sido sobretudo os de encomendas e do correio expresso. Mas há diferenças. Desde logo porque na área do correio expresso grandes operadores internacionais sempre tiveram uma quota de mercado importante. Além disto, o correio expresso não integra como oferta particular o correio tradicional. É entendido como um serviço de valor acrescentado e pode dizer-se que se dirige a necessidades distintas daquelas satisfeitas pelos serviços tradicionais de correspondências e de encomendas. Daqui resultam algumas condições de adaptação diferentes das dos antigos monopolistas telefónicos. O mercado postal será menos atracente do que era a telefonia fixa no momento da liberalização, o que talvez contribua para que haja menos entradas e se mantenha muito elevada a quota de mercado do antigo monopolista. Ao mesmo tempo há um quadro regula-

mentar menos exigente, designadamente em termos de controlo de poder de mercado através da imposição de preços orientados para os custos e de regras de acesso à rede do antigo monopolista.

Finalmente, de modo autónomo relativamente a opções sobre regulação de preços, clarificou-se um problema que tinha a ver com o encerramento e com os horários dos estabelecimentos postais. Em 1999 tinha sido definido um regime restritivo para a concessionária: a criação e o encerramento de estabelecimentos postais, assim como alterações do seu horário de funcionamento dependiam de acordo do ICP-Anacom. O regime foi atenuado em 2003, reduzindo-se às estações, e, em 2006, o encerramento e as alterações de horário dos estabelecimentos postais deixaram de estar dependentes do acordo do ICP. Para salvaguardar os interesses dos utilizadores mantinha-se uma obrigação geral do Estado de providenciar para que a densidade dos pontos de acesso correspondesse às necessidades existentes. Em 2013, no contrato de concessão clarificou-se esta matéria atribuindo-se aos CTT a responsabilidade de definir objetivos de densidade de rede postal e de ofertas mínimas de serviços e ao ICP-Anacom o poder de se opor, de modo fundamentado, e de impor a obrigação da sua revisão.

O futuro da regulação postal deverá depender da evolução do tráfego, da manutenção, ou erosão, de posições de dominância e, eventualmente, de falhas de mercado que se encontrem nos mercados postais em crescimento e que justifiquem intervenção regulativa. Há alguns indícios sobre este tipo de preocupações na Comunicação da Comissão sobre o mercado Único Digital (MUD), designadamente em relação a uma presumível falta de transparência de preços no correio expresso transfronteiriço que poderá ser suscetível de prejudicar o desenvolvimento do comércio eletrónico. No mesmo sentido se pode referir um inquérito promovido pela Comissão em maio de 2015 sobre a conduta comercial das empresas envolvidas no comércio eletrónico e na entrega de encomendas transfronteiriças.

4. O SERVIÇO UNIVERSAL

O serviço universal corresponde a um objetivo de equidade ou de cidadania, procurando-se garantir que todas as pessoas tenham acesso a determinadas redes ou a determinados serviços. Pode ser fonte de ineficiências, por exemplo, se esse acesso for garantido a preços inferiores ao seu custo marginal e, neste sentido, pode afastar-se do objetivo tradicional da regulação que é promover a eficiência no mercado.

O serviço universal é muito recente, numa perspetiva histórica. A sua consagração legal como direito dos utilizadores data de 1995 no caso das comunicações eletrónicas e de 1999 no caso dos correios. Atualmente o conjunto dos serviços a que se pretende garantir o acesso encontra-se definido na Lei das Comunicações Eletrónicas de 2004, revista em 2009, e na Lei Postal de 2012, refletindo as exigências estabelecidas nas Diretivas da União Europeia. Basicamente trata-se de serviços tradicionais. E isto pode ser um problema, pois num quadro de mudanças tecnológicas aceleradas, serviços tradicionais deixam rapidamente de ser utilizados pelos utilizadores finais que preferem serviços mais modernos. Assim, corre-se o risco de se estar a garantir a todos os utilizadores finais o acesso a serviços que a maioria não usa regularmente, ou usa cada vez menos – ou não quer!

No caso das comunicações eletrónicas o risco é evidente. Atualmente procura-se, em primeiro lugar, garantir o acesso a uma rede de comunicações eletrónicas, para serviços de voz e com um débito mínimo garantido de acesso à Internet, que é o do serviço telefónico tradicional (56 kbs). Esta opção foi tomada talvez com o objetivo de reduzir os custos de prestação do serviço universal e, como a seleção do prestador se fez por concurso público, também para aumentar o número de potenciais concorrentes, pois com uma exigência de débitos mais elevados seria mais reduzido o número de empresas capazes de prestar o serviço pretendido. No entanto, esta garantia de acesso a uma rede, dada pelo Estado através do serviço universal, não será de grande interesse para a generalidade dos utilizadores, que procuram débitos de acesso à internet muito mais elevados.

O serviço universal de comunicações eletrónicas inclui ainda o acesso a um serviço de listas telefónicas e de informação do assinante e o acesso a uma rede de postos públicos em todo o território. A importância dos postos públicos tem vindo a diminuir. Com a generalização dos acessos aos serviços móveis os consumidores necessitam menos de postos públicos. E estes garantem simplesmente o acesso a um serviço de telefonia vocal, e não a serviços mais populares como o acesso à Internet, ou serviços de mensagens, o que sugere também algum desfasamento entre a disponibilidade de serviços garantida pelo Estado e as necessidades dos consumidores. Analogamente, a garantia de disponibilidade de listas telefónicas gratuitas e o acesso a um serviço informativo parece ser cada vez menos interessante para os consumidores, tendo em conta que os números disponíveis nas listas telefónicas são uma pequena parte (menor do que 20%) dos números de telefone ativos, o que sugere que os próprios

assinantes não estão interessados em que o seu número conste das listas. Por outro lado, o aumento das comunicações através do correio eletrónico ou de aplicações na Internet reduz também, em termos relativos, a importância das listas telefónicas para a generalidade dos utilizadores.

Em síntese, o acesso à internet em condições adequadas de preços e qualidade parece ser hoje mais importante para a maior parte dos consumidores e das empresas do que as prestações tradicionais do serviço universal. Deve dizer-se que se tem procurado garantir a disponibilidade de acesso à internet através de algumas medidas fora do quadro tradicional do serviço universal. Entre nós, por exemplo, através da promoção de redes de próxima geração em zonas rurais, ou da introdução de obrigações específicas de cobertura de redes móveis como contrapartida pela atribuição de direitos de uso de frequências radioelétricas.

Mas, de forma geral, importa repensar o serviço universal e as suas prestações, ajustando-os à evolução do mercado e dos padrões de consumo de comunicações eletrónicas. A questão essencial será talvez a de definir o débito mínimo no acesso à internet que, sendo o caso, se procure garantir a todos. O débito mínimo deve ser definido de modo flexível, em função das tecnologias e das necessidades dos utilizadores. Por exemplo, se se pretende que os contribuintes paguem os impostos através da internet, então o débito mínimo de acesso à internet a garantir através de um novo conceito de serviço universal deveria ser o débito mínimo que permitisse a um contribuinte cumprir as suas obrigações fiscais através da internet em condições adequadas.

Dúvidas sobre a adequação do atual serviço universal às necessidades da sociedade também existem no caso dos serviços postais. Neste caso, procura-se atualmente garantir a todos o acesso a um serviço de envio de correspondências até 2 kg de peso, de encomendas postais até 10 kg de peso e de catálogos, livros, jornais e outras publicações até 2 kg de peso, de envios registados e de envios com valores declarados, assim como um serviço de entrega de encomendas com origem noutros países da União Europeia até 20 kg. Assim entendido, o serviço universal deve incluir uma entrega e recolha diária de correspondência e de todos os demais serviços que integram o serviço universal. Tradicionalmente foi prestado com base num preço uniforme em todo o território nacional, independentemente da origem e da distância entre a origem e o destino dos objetos postais. Finalmente, os indicadores de densidade da rede postal devem ser estabelecidos para assegurar o serviço universal num quadro de sustentabilidade económica.

Ora, como já se referiu, verifica-se desde os anos de 2003-2004 uma transformação no nível e na estrutura do tráfego postal que é determinada pelo desenvolvimento das comunicações eletrónicas e do comércio eletrónico. Por um lado, observa-se uma queda contínua do número de correspondências postais, eventualmente agudizada pela crise económica. Essa queda diz respeito à correspondência postal originada nas famílias ou nas empresas, substituída por comunicações eletrónicas, como o correio eletrónico, serviços de mensagens de voz e imagem e as comunicações com base em aplicações disponíveis na internet. Em sentido contrário, tem-se verificado um crescimento acentuado do tráfego de encomendas, incluindo o do correio expresso, impulsionado pelo desenvolvimento do comércio eletrónico.

Esta transformação estrutural do tráfego postal cria pressões sobre o serviço universal na sua forma atual. Por dois motivos. Em primeiro lugar, a queda do volume de tráfego das correspondências, que têm constituído a grande parte do tráfego postal, suscita dúvidas sobre a necessidade de garantir a todos, com um prejuízo económico, um serviço que é menos utilizado do que no passado, isto é, de que a sociedade, no seu conjunto, precisa menos. Isto, tendo sempre presente que, para muitos, o serviço de correspondências continua a ser um serviço essencial. É o que sucede designadamente com populações infoexcluídas, que utilizam pouco a internet, ou com empresas com clientes que, por razões várias incluindo legais e de cibersegurança, preferem a correspondência tradicional ao correio eletrónico.

Em segundo lugar, o desenvolvimento do comércio eletrónico e o crescimento do serviço de encomendas pode ser fonte de novas necessidades em termos de acesso à rede postal, diferentes das tradicionais. É mais importante ter a possibilidade de recolher encomendas em locais e horas convenientes para os consumidores – que, muitas vezes, não são as horas tradicionais de atendimento dos estabelecimentos postais que integram as ofertas mínimas normalmente integradas no serviço universal.

Por estes motivos, pode haver dúvidas sobre a adequação do serviço postal universal às condições atuais nos mercados postais e que sugerem a necessidade de uma reformulação no futuro. Essa reformulação pode até passar pela designação de diferentes prestadores para diferentes partes do serviço universal. Por exemplo, se se pretender garantir a continuidade de um serviço de recolha e envio de correspondências em todo o território e, por outro lado, garantir a existência de pontos de entrega de encomendas em locais e horários acessíveis ao público, pode ser útil fazer concursos diferentes dirigidos, na prática,

a empresas diferentes. Uma empresa postal tradicional seria um candidato natural para prestar um serviço universal de recolha e envio de objetos postais. Mas para garantir um hipotético serviço de pontos de entrega em todo o território em locais e com horários adequados à generalidade das pessoas, pode haver mais empresas interessadas, como supermercados, centros comerciais ou estações de serviço – empresas tradicionalmente afastadas do negócio postal.

5. REGULAÇÃO DE PODER DE MERCADO E REGULAÇÃO DE MERCADO

Nas secções anteriores abordou-se sobretudo o papel da atividade reguladora a corrigir falhas de mercado como o monopólio natural e alguns oligopólios naturais e na garantia de um objetivo que é sobretudo político, o serviço universal.

No entanto, importa ter presente o que muitas vezes é esquecido, ou ignorado: a regulação dos mercados de comunicações eletrónicas sempre envolveu outras áreas, ou de forma mais precisa, sempre procurou identificar e corrigir outras falhas de mercado além das que estão na origem de falta de concorrência.

Nesta perspetiva, o aspeto mais importante e permanente da intervenção do Estado no setor tem sido a gestão de um bem de domínio público, as frequências radioelétricas, afetando-as aos diferentes serviços e atribuindo e garantindo direitos de uso aos prestadores de serviços. O Estado exerce aqui uma função de coordenação de atividades que o mercado dificilmente asseguraria, ao mesmo tempo que garante e fiscaliza o exercício dos direitos atribuídos, um pouco à semelhança da garantia que através das funções de polícia dá aos direitos de propriedade privada. No fundo, fornece um bem público.

Em relação com a gestão do espetro radioelétrico, o Estado tem desempenhado um papel adicional na promoção da normalização de equipamentos, na definição de regras adequadas ao funcionamento dos terminais telefónicos, assim como na garantia da compatibilidade eletromagnética de equipamentos eletrónicos. Aqui o papel da regulação é sobretudo corrigir problemas de assimetria de informação entre os consumidores e os fabricantes e comerciantes de equipamento. Um papel semelhante, de correção de assimetrias de informação, é desempenhado pelo Estado com a definição de regulamentos de instalações de telecomunicações em edifícios residenciais, através dos quais se procura garantir, aos consumidores que compram casas, que estas têm redes internas aptas para a instalação de equipamentos terminais (e.g. telefones, computadores, televisões) e para a sua ligação às redes públicas.

É de prever que estas funções se mantenham no núcleo da regulação nos mercados de comunicações eletrónicas. Porventura, com alguma estabilidade

de objetivos e instrumentos, ainda que com as adaptações necessárias para responder ao progresso tecnológico, à criação do Mercado Único Europeu e a um maior interesse dos estados nacionais em obter receitas adicionais com a atribuição de direitos de uso de frequências radioelétricas.

No entanto, é atualmente evidente a necessidade de desenvolver a atividade reguladora do Estado em outras áreas. A cibersegurança será talvez a mais importante dessas áreas, incluindo questões de privacidade e proteção de dados pessoais e empresariais.

A cibersegurança pode começar por ser entendida como um problema de disponibilidade de um bem público, a segurança pública no ciberespaço. Ou seja, à disponibilidade de garantias relativas aos direitos de propriedade sobre os bens e serviços transacionados através do comércio eletrônico equivalentes às que se verificam no comércio tradicional. Do mesmo modo que podemos circular nas cidades e comprar ou vender bens e serviços, com a ideia de que está razoavelmente garantida pelo Estado a segurança de pessoas e bens, através do bem “segurança pública”, também deveremos poder comprar e vender através da Internet com uma razoável segurança de que não somos roubados. Para o efeito o Estado tem um papel a promover uma “cibersegurança pública”. Por analogia com o bem público “segurança nacional”, pode ainda dizer-se que o Estado tem um papel na prevenção e organização da defesa contra ataques externos que comprometam a “cibersegurança nacional”.

Numa perspetiva mais associada tradicionalmente à regulação económica, os problemas de cibersegurança podem também ser entendidos como fonte de duas falhas de mercado adicionais. Em primeiro lugar, como externalidades negativas. Por exemplo, se uma entidade numa rede de comércio eletrônico descuida a sua segurança, isso prejudica todas as outras. Em segundo lugar, como problemas de assimetria de informação. Quando um consumidor subcreve um serviço de acesso à Internet, ou compra bens e serviços através da internet, tem menos informação sobre as condições de segurança associadas ao acesso ou às transações eletrónicas específicas em que está envolvido, do que o prestador do serviço de acesso à Internet ou do que as empresas que lhe prestam os serviços de comércio eletrónico.

É claro que problemas deste tipo existem desde os anos 1990, quando a internet se começou a generalizar. No entanto hoje são considerados como muito mais importantes do que eram. Ao fim de duas décadas e meia de transformação acelerada dos setores de tecnologias de informação e de comunicações, é claro que sob a designação de comércio eletrónico se encontram formas

de realizar transações que pessoas e empresas utilizam cada vez mais e que são fonte de importantes ganhos de eficiência nas nossas economias. As falhas de mercado existentes prejudicam o desenvolvimento do comércio eletrónico e a eficiência da economia. Assim, não surpreende que esta seja uma das áreas fundamentais de regulação previstas na Comunicação da Comissão sobre o MUD. Falhas na privacidade e na proteção de dados pessoais e empresariais, quebras na segurança de informação têm consequências económicas (e sociais) potencialmente devastadoras.

Como já se disse a propósito da regulação do poder de mercado, as comunicações integram-se atualmente numa cadeia de valor bastante complexa, que tem tido vários nomes ao longo do tempo. Agora é popular a expressão “mercados digitais”. Os mercados de comunicações são um subconjunto dos mercados digitais. Mercados postais podem ser incluídos, por via do comércio eletrónico e da necessidade de haver serviços eficientes de encomendas e de correio expresso, incluindo serviços nacionais e transfronteiriços.

O problema global é promover a eficiência no conjunto dos mercados digitais. Isto envolve temas como os direitos de propriedade intelectual ou a tributação do comércio transfronteiriço, normalmente não associados às comunicações eletrónicas. Ou outros, mais próximos das comunicações eletrónicas, como a eventual proibição de práticas como o *geo blocking*⁶ ou a *promoção da interoperabilidade em áreas como a telemedicina, transportes, ambiente ou energia*. Ou seja, a regulação dos mercados de comunicações tem de passar a ser vista como parte de um quadro de regulação bastante que abrange todos os mercados digitais.

6. QUEM REGULA?

Discutidas as atividades a regular, há que identificar quem vai ter o trabalho de o fazer, isto é, as autoridades reguladoras relevantes. Nas comunicações, como sucede na generalidade dos mercados, o exercício do poder regulador do Estado não tem que residir todo na mesma entidade. Diferentes países têm tido diferentes opções. Por exemplo, a autoridade que assegura a gestão do espetro pode ser diferente da autoridade que assegura o controlo do poder de mercado. Entre nós optou-se pela concentração da maior parte dos poderes de regulação do Estado nos mercados de comunicações na Anacom, sem prejuízo da intervenção pontual que, consoante as respetivas competências legais, e em

⁶ Práticas comerciais de empresas que vendem serviços *online* através da qual negam o acesso a *websites* localizados noutros Estados Membros.

boa parte dos casos em articulação com a Anacom, têm tido outras entidades como a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a Autoridade da Concorrência, a Direção Geral do Consumidor, a Fundação para a Ciência e a Tecnologia ou a Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Nos cenários de mudança que se discutiram é de prever a manutenção de alguns poderes de regulação, a criação ou o reforço de outros e ainda, a sua redução ou eliminação em circunstâncias justificadas. O primeiro caso diz respeito a todas as atividades relacionadas com a gestão do espectro radioelétrico. Foi uma área fundamental, talvez a mais importante, na génese do ICP e é de prever que continue a ser uma área nuclear da Anacom. No domínio da gestão do espectro muitas decisões são tomadas a nível internacional, seja pela necessidade de coordenação entre países com fronteiras comuns, seja pelas necessidades próprias dos transportes internacionais ou, de forma mais geral, pelas vantagens que para a indústria de equipamentos e para os utilizadores resultam da harmonização em grandes regiões do uso de faixas de frequências. É possível que a nível europeu se procure densificar a coordenação que atualmente já existe, tendo em vista aprofundar a coordenação de procedimentos nos próprios métodos e calendário de atribuição de frequências a determinados serviços. Esperam-se daqui ganhos de eficiência principalmente na indústria produtora de equipamentos. Se assim for, será de esperar das autoridades reguladoras nacionais da União um maior esforço de coordenação, entre elas e, eventualmente, com os órgãos próprios da União, designadamente a Comissão.

O segundo caso discutido nas secções anteriores tem a ver com novas áreas de regulação como a cibersegurança, onde à Anacom já foram atribuídas algumas competências próprias. Talvez pela própria natureza da cibersegurança, que se relaciona com a segurança pública e com a segurança nacional, parece claro que as necessidades de intervenção do Estado não serão preenchidas somente pela Anacom e, em muitos aspetos, a atividade da Anacom será subsidiária da de outras entidades, designadamente na área da Defesa Nacional. Significa isto a integração da Anacom num sistema mais alargado de regulação e de política de segurança, eventualmente, numa rede de entidades públicas, nacionais e europeias, com poderes em matéria de segurança no ciberespaço.

As medidas previstas na Comunicação sobre o MUD, destinadas a fomentar o comércio eletrónico e a competitividade de serviços digitais prestados em áreas como a medicina, os transportes, a energia ou o meio ambiente, significam

regulação adicional e vão certamente envolver diferentes entidades públicas, mas está por ver qual o papel que nessa regulação adicional pode vir a ser atribuído às autoridades reguladoras de comunicações.

A densificação do conceito de neutralidade de rede é um assunto relativamente recente a nível europeu e pode também vir a estar na origem de poderes adicionais de intervenção dos reguladores nacionais. Aqui tem interesse verificar se essa densificação se faz em torno de conceitos de defesa da concorrência ou se, pelo contrário, se baseia sobretudo em princípios políticos que se pretendam salvaguardar. Neste último caso, os poderes do regulador poderão eventualmente ser definidos numa ótica estrita de regulação setorial, com critérios próprios, independentes da regulação horizontal da concorrência, o que não sucederia, evidentemente, no primeiro caso referido. O acordo de 30 de Junho de 2015 entre o Parlamento e o Conselho parece ir neste sentido.⁷

A relação da regulação setorial com a regulação da concorrência é também evidente quando se discutem as possíveis falhas de concorrência efetiva nas cadeias de valor em que se integram os operadores de comunicações eletrónicas, os fornecedores de aplicações e os de conteúdos, independentemente do poder de mercado dos operadores de redes de comunicações eletrónicas. Na análise de falhas de mercado e na aplicação das medidas regulativas que se justifiquem é de prever que, pelo próprio âmbito geográfico de atuação das empresas, pois é a uma escala potencialmente global que aplicações e conteúdos são disponibilizados, a Comissão Europeia possa vir a ganhar uma capacidade acrescida de intervenção, tendo em vista garantir o mercado único de serviços, evitando diferentes abordagens de diferentes autoridades nacionais. O problema é saber se a legislação de defesa da concorrência é considerada suficiente para resolver quaisquer problemas de falta de concorrência efetiva ou se, pelo contrário, se justifica regulação setorial. Pelos motivos apontados esta terá possivelmente uma dimensão europeia, ficando por ver a contribuição para o assunto dos reguladores setoriais nacionais.

O desenvolvimento das redes de banda larga, e dos serviços e aplicações oferecidos, levou também a uma transformação do mercado de conteúdos e, em particular, dos mercados de comunicação social. Os conteúdos fazem cada vez mais parte cadeia de valor em que se integram as comunicações eletrónicas.

⁷ No entanto, pode ser difícil deixar de equacionar os problemas de neutralidade da rede fora do quadro de uma análise concorrencial. São problemas que dizem respeito ao poder de mercado e às possibilidades de discriminação que existem ao longo de uma determinada sequência vertical de produção – e, neste sentido, são integráveis em problemas tradicionais de regulação da concorrência.

Por outro lado, as redes IP e a internet são uma fonte de rutura na comunicação social tradicional. A imprensa e a radiodifusão sonora e televisiva mudaram com a disponibilidade permanente *online* de informação e filmes, com a diversidade de experiências de consumo de conteúdos ou ainda com as mudanças nos processos de obter informação originadas pelas redes sociais e que questionam os conceitos tradicionais de jornalismo. Estas transformações podem ser utilizadas para defender algum tipo de aproximação entre a regulação das comunicações e a regulação da comunicação social. Essa aproximação já é uma realidade desde há muito dada a necessidade de coordenar decisões regulativas no licenciamento de operadores de radiodifusão sonora e televisiva.

Em síntese, na perspetiva do desenvolvimento futuro de uma autoridade reguladora das comunicações podemos identificar as seguintes tendências:

- i.** Redução da necessidade de intervenção reguladora nas comunicações eletrónicas, em boa medida como resultado do sucesso da liberalização. A atual Recomendação dos Mercados Relevantes, que reduz de 7 para 4 o número de mercados relevantes (sendo dois os das terminações fixas e móveis), é um bom exemplo desta tendência. No mesmo sentido, mas de modo diferente, no setor postal reduziu-se o conjunto dos serviços sujeito a obrigações de orientações para os custos.
- ii.** Maior interligação entre os princípios e critérios de controlo de poder de mercado e de promoção da concorrência utilizados na regulação setorial e os utilizados na regulação da concorrência.
- iii.** Aprofundamento da coordenação de decisões entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão Europeia, podendo haver um aumento da capacidade de intervenção da Comissão, em áreas como a gestão do espetro radioelétrico ou a cibersegurança.
- iv.** Aumento de situações em que problemas de regulação da comunicação social podem envolver uma avaliação da dominância e das opções tecnológicas nos mercados de comunicações eletrónicas.
- v.** Densificação das relações entre as entidades com poder regulador nos mercados digitais.
- vi.** Manutenção das funções de regulação associadas à gestão do espetro radioelétrico no núcleo da atividade reguladora, assim como as associadas ao serviço universal.
- vii.** Reforço das atribuições em matéria de neutralidade de rede e de cibersegurança.

- viii.** Manutenção e reforço da regulação de acesso a condutas, postes e outras infraestruturas incluindo a gestão de um sistema de informação centralizado que permita o acesso rápido à informação sobre as condutas disponíveis, qualquer que seja a entidade que as gere.

Dadas as quatro primeiras tendências, podemos perguntar-nos se o resultado final não conduz à utilidade ou necessidade de uma fusão de reguladores. O problema é complexo e cada uma das “fusões” que em abstrato poderiam ser consideradas exigiria uma análise casuística, tendo presente a realidade institucional portuguesa. No entanto, de um modo simplificado, podemos tentar sistematizar algumas das principais linhas de avaliação que podem ser tidas em conta.

Uma eventual “fusão” entre a Autoridade de Concorrência (AdC) e a Anacom é muitas vezes referida partindo dos dois primeiros pontos acima referidos. Argumenta-se a seu favor que contribuiria para uma maior coerência na aplicação dos princípios básicos de defesa da concorrência e, além disso, evitaria duplicação de custos.

O primeiro argumento é razoável. Na atividade da Anacom relacionada com a promoção da concorrência os conceitos e métodos de análise são baseados nos conceitos e métodos de análise da regulação da concorrência, com as devidas adaptações. Por exemplo, quando se trata da definição de mercados relevantes e da identificação de posições de dominância. No entanto, estas vantagens devem ser ponderadas com o que se perde com uma eventual “fusão” e que é a especialização em comunicações eletrónicas e coordenação e troca de informação imediata que atualmente se dá entre as unidades orgânicas que lidam com o poder de mercado e a promoção de concorrência e as unidades orgânicas de base tecnológica. O segundo argumento, de poupança de custos, não parece ter grande fundamento. Está-se a falar só de uma parte da atividade da Anacom, a que se relaciona com o controlo do poder de mercado e com a promoção da concorrência. Ficariam fora da “fusão” áreas de atividade como a gestão do espetro, a cibersegurança ou as redes internas dos edifícios. O mesmo sucederia com outras áreas como o serviço universal e a defesa do consumidor, por exemplo, reclamações e resolução alternativa de litígios, onde não está em causa a aplicação de critérios baseados na regulação da concorrência. Ou seja, permaneciam fora da “fusão” a maior parte das atividades que a Anacom atualmente realiza. A “fusão” seria sobretudo uma transferência de recursos de algumas unidades orgânicas da Anacom para a AdC, não sendo as

poupanças evidentes. Em particular não haveria poupança de custos comuns, de estrutura, pois continuaria a ser necessário haver duas organizações.⁸

No entanto, sempre se poderia perguntar se faria sentido manter a Anacom, tal qual existe atualmente, designadamente como autoridade reguladora independente. Ora, não é evidente que uma eventual transferência para a AdC de algumas das funções de regulação que a Anacom realiza pusesse necessariamente em causa os motivos que levaram à sua integração no conjunto das autoridades reguladoras cobertas pela Lei-quadro de 2013. No entanto, e independentemente de análise mais aprofundada, seria sempre fundamental ter presente a origem da Anacom, enquanto instituto público, o ICP, criado em 1989. O ICP integrou desde logo boa parte dos funcionários que nos CTT trabalhavam nas áreas relacionadas com a gestão do espetro radioelétrico, como era natural, pois eram eles que tinham os conhecimentos especializados necessários para o efeito. Este facto está na origem da opção de criação de um instituto público dotado de autonomia financeira e administrativa face à alternativa de criar uma direção geral integrada na administração direta do Estado. Esta última hipótese seria incompatível com a retenção dos funcionários dos CTT, dado que nos CTT as diferenças nos níveis salariais e as perspetivas de carreira eram melhores do que na administração direta do Estado. Também se terá considerado que estando a gestão do espetro tradicionalmente integrada num modelo de gestão baseado numa autonomia significativa em relação ao governo, seria difícil passar a integrá-la na administração direta do Estado.⁹

8 Num cenário mais complexo, como o que foi falado entre nós, há 2 anos, de “fusão” de várias entidades reguladoras com a AdC, havia que duplicar este tipo de exercício, para exercícios semelhantes de avaliação dos custos e benefícios de transferir para a AdC as áreas de regulação de preços de autoridades como a ERSE, a ANAC, a ERSAR ou a AMT.

9 Não existia na administração direta do Estado nenhum órgão com funções de assessoria ao Governo desde finais do século XIX, quando a Direção Geral dos Correios e Telégrafos foi transformada numa Administração Geral, para estar dotada de maior flexibilidade de gestão, necessária para o desempenho das suas funções. Durante a maior parte do século XX, até 1967, a Administração Geral dos Correios e Telégrafos, depois Administração Geral dos Correios Telégrafos e Telefones, acumulou as funções de operador, com as de gestão e fiscalização do espetro radioelétrico e com as de assessoria ao Governo e de representação internacional do Estado. As funções de assessoria ao Governo incluíam as funções reguladoras, pois propunha ao Governo não só as taxas a cobrar pelos seus serviços como as taxas a cobrar pelos serviços prestados pelos dois outros principais monopolistas, a Companhia Anglo Portuguesa de Telefones, concessionária em Lisboa e no Porto, e a Companhia Portuguesa Radio Marconi, concessionária de comunicações telegráficas e de cabos submarinos intercontinentais. Em 1967 a Administração Geral foi transformada numa empresa pública, CTT, que continuou a desempenhar basicamente as mesmas funções. Na transformação em empresa pública um dos fatores considerados foi a necessidade de garantir a competitividade salarial com as outras empresas do setor. Ou seja, no setor de comunicações tem-se optado por organizações mais flexíveis do que as integradas na administração direta do Estado para o exercício de funções de Estado como a gestão do espetro radioelétrico ou a assessoria ao Governo.

A segunda via de transformação institucional seria a de formação de um regulador europeu, na sequência do terceiro grupo de argumentos acima apresentado. O problema deve ser ponderado a partir dos custos envolvidos e dos benefícios previstos. Quanto a estes últimos é de admitir que haja casos em que uma regulação europeia seja necessária para que se obtenham os ganhos de eficiência de mercado tão grandes quanto possível. Por exemplo, no caso da itinerância internacional de chamadas é muito provável que só uma regulação europeia tome as medidas teoricamente mais eficientes, dado que do ponto de vista das autoridades nacionais pode fazer sentido promover preços elevados, pois, se os mercados nacionais forem concorrenciais, os lucros assim obtidos podem ser utilizados para reduzir os preços do tráfego nacional, numa espécie de efeito *waterbed* virtuoso.¹⁰ Assim, demonstrada que fosse a necessidade de regulação europeia para determinadas funções, faria sentido admitir uma estrutura, a que se pode chamar “regulador europeu”, a quem fossem atribuídas essas funções. Ponderando os custos, importaria que essa estrutura fosse, ela também, tão eficiente quanto possível. Neste contexto, tendo em conta a existência de pessoal especializado nas autoridades nacionais, seria sempre de equacionar a realização do trabalho por quadros das autoridades nacionais destacados para o efeito ou pelas próprias autoridades nacionais mediante solicitação do “regulador europeu”. Ou seja, seria de prever um modelo de mobilidade de funcionários entre as autoridades nacionais e o regulador europeu e de delegação de competências do regulador europeu nas autoridades nacionais, para a realização de funções específicas a nível europeu ou nacional. Seria de explorar o potencial deste tipo de regras de funcionamento para reduzir custos e para interessar os reguladores nacionais, e os seus colaboradores, na exploração das vantagens que em alguns casos poderia vir a ter uma regulação a nível europeu.

Finalmente, e na sequência do quarto grupo de argumentos, temos o caso de uma eventual “fusão” entre a Anacom e a ERC, como consequência da proximidade que existe entre os mercados de conteúdos, comunicação social em particular, e os das comunicações eletrónicas. Essa proximidade verifica-se na radiodifusão, devido à utilização de frequências radioelétricas, e na internet, pelas ruturas que pode gerar na imprensa escrita e nos mercados de conteúdos televisivos e radiofónicos. De novo havia que ponderar o efeito desta medida

10 Com isto não se está a dizer que a atual regulação da itinerância internacional de chamadas, definida a nível europeu, garanta a eficiência na utilização de recursos. É até possível que não o faça, tanto mais que é muito influenciada por conflitos distributivos entre os países do Norte, que são fonte da maior parte dos turistas e preferem preços baixos e os países do Sul, que os recebem, e preferem preços altos.

nos custos de regulação e na qualidade da regulação. Neste caso, ao contrário dos anteriores, poderia haver alguma redução de custos fixos na medida em que se constituísse uma única autoridade, integrando as atividades atualmente desempenhadas pela Anacom e pela ERC. No entanto, seria de ponderar também o eventual aumento dos custos de coordenação, pela junção de atividades de regulação que apesar da proximidade são bastante diferentes entre si.

Em termos de qualidade de regulação, parece claro que poderia haver maior celeridade em alguns processos de licenciamento de radiodifusão sonora e televisiva. No entanto, haveria que ver se esses ganhos não poderiam ser obtidos de forma mais simples, mas, sobretudo, haveria que identificar rigorosamente as falhas de mercado existentes cuja resolução seria mais bem feita através de uma entidade reguladora única.

Questão muito importante a analisar relaciona-se com o que podemos considerar a natureza diferente das duas autoridades. A Anacom é uma autoridade reguladora cuja existência se baseia neste momento em disposições de duas das Diretivas de 2002, a Diretiva Quadro e a Diretiva Autorizações, transpostas pela Lei das Comunicações Eletrónicas, assim como na Lei-quadro de 2013. Na sua essência a Anacom é orientada para melhorar o funcionamento do mercado, ou seja para corrigir falhas de mercado, que como se referiu, incluem a dominância, externalidades negativas, assimetrias de informação, falhas de coordenação e bens públicos. Haverá algumas exceções, como o serviço universal, que confirmam a regra.¹¹ Ou seja, a Anacom protege bens económicos e a sua atividade tem um valor económico. Aliás, este valor até é quantificável. Por exemplo, podemos calcular a perda de valor nos mercados de comunicações que ocorreria se não houvesse concorrência, ou se não houvesse coordenação na atribuição de espectro radioelétrico e fiscalização das licenças atribuídas.

A ERC é diferente. Tem a sua razão de ser na Constituição da República e na Diretiva de 2010 sobre Serviços de Comunicação Social Audiovisual. É uma entidade que protege um bem diferente, que pode ser considerado “meta económico”. Compete-lhe assegurar o respeito por direitos como a liberdade de imprensa, o direito à informação, a independência face aos poderes político e económico e o confronto das diversas correntes de opinião. Salvo melhor

11 O serviço universal tem vindo a ser considerado como uma opção política, com base em critérios de cidadania ou de equidade, e não de eficiência. No entanto, não tem que ser sempre assim. O serviço universal pode ser também uma forma de corrigir falhas de mercado. Isto é, obrigar uma empresa, o prestador de serviço universal, a oferecer o serviço a clientes e em áreas que sem obrigações de serviço universal não seriam servidas, pode aumentar a eficiência no mercado.

opinião, estes bens não são simples bens económicos. Para muitos não faria sentido atribuir um valor económico à liberdade de imprensa, pois fazer isso seria dar um valor económico à alternativa, a falta de liberdade, o que ofenderia os valores em que se baseiam as sociedades democráticas modernas.¹²

Isto significa que ERC e Anacom são entidades que têm, pelo menos em parte, objetivos e métodos de análise diferentes. Em limite, saberes e culturas organizacionais bem diferentes, que poderiam ser fonte de substanciais problemas de coordenação que numa eventual fusão não podem deixar de ser ponderados. O que se deveria fazer quando se considerassem as diferenças nas bases legais de cada uma das autoridades. Tendo a ERC independência e atribuições diretamente previstas no art. 39.º da Constituição da República, numa eventual fusão seria certamente por aqui que se teria de começar.

Nestes cenários, mais prováveis e imediatas serão as quatro últimas das tendências acima apresentadas.

Nos mercados digitais será necessária maior coordenação de funções entre diferentes autoridades, no domínio própria das atribuições de cada uma. Haverá porventura um desenvolvimento de situações que hoje já se verificam na proteção dos direitos dos utilizadores de comunicações. É de esperar a manutenção ou o reforço do poder da autoridade reguladora das comunicações em áreas que não estão relacionadas com o controlo do poder de mercado, mas sim com a correção de outras falhas de mercado, tão ou mais importantes, como assimetrias de informação, externalidades ou problemas de coordenação e de bens públicos. Essas áreas são sobretudo a gestão do espetro, a neutralidade de rede e a regulação do acesso a condutas e postes.

7. CONCLUSÃO

Na discussão da atividade reguladora do Estado importa definir o que há a regular e quem vai regular.

Quanto ao primeiro aspeto, nas comunicações eletrónicas parece haver atualmente um desajustamento entre a realidade de mercado e o quadro legal de regulação. Num novo quadro legal espera-se a manutenção da intervenção reguladora na gestão das frequências radioelétricas, e um reforço na promoção da cibersegurança e da neutralidade de rede, num quadro alargado de proteção

12 Em abstrato e numa perspetiva utilitária, pode entender-se a liberdade como um bem económico cuja quantidade poderia variar, através da regulação, em função do seu valor económico. Não se segue aqui essa abordagem, que não parece ser a seguida pelo legislador. Investigação adicional é necessária para uma apreciação mais rigorosa do tema.

dos utilizadores. Já no que diz respeito ao controlo do poder de mercado permanecem duas opções em aberto: uma redução progressiva da intervenção reguladora à medida que se reduzem as posições de dominância individual, em linha com o que se tem observado nos últimos anos, ou a implementação de uma regulação setorial *ex ante* de oligopólios, onde, mediante testes apropriados, se conclua que não existe concorrência efetiva. No caso português, qualquer destas duas vias é compatível com um reforço da regulação simétrica do acesso a condutas e a postes, modo prático de reduzir os custos de investimento em rede. Uma outra área onde importa alterar o quadro legal é a do serviço universal. Sendo uma opção política, pode-se evoluir no sentido de acabar com ele, caso se entenda que o mercado garante o acesso a todos, ou que não é importante garantir o acesso a todos. Em alternativa, pode-se transformar o conceito, implementando um serviço universal de banda larga mais adequado às necessidades e às redes e serviços atualmente disponíveis.

Nos mercados postais a regulação é justificada para garantir o serviço universal. O controlo do poder de mercado verifica-se através de preços orientados para os custos numa parte relativamente pequena do negócio postal. O atual quadro legal não carece de mudança tão urgente como o das comunicações eletrónicas. No futuro a regulação de poder de mercado pode perder relevância a menos que o antigo monopolista permaneça com quotas de mercados muito elevadas, caso em que pode vir a justificar-se uma intervenção reguladora adicional no sentido de promoção da concorrência. De qualquer modo, a atividade reguladora do setor postal estará centrada no serviço universal. Mais ajustado às realidades de mercado do que o serviço universal de telecomunicações, o serviço postal universal pode, no entanto, necessitar de reforma, em função da evolução do comércio eletrónico e dos padrões de utilização das redes e serviços postais.

Quanto ao segundo aspeto, o de se saber quem vai regular, não se vêem razões para que se deixe de concentrar na Anacom a maior parte das funções reguladoras nos mercados de comunicações eletrónicas. Parece haver duas vias de evolução para a Anacom, em função do papel que o controlo do poder de mercado e a promoção da concorrência venham a ter na regulação setorial *ex ante*. Se se mantiverem como objetivo fundamental da regulação, é de esperar que se mantenha a atividade reguladora com uma configuração semelhante à atual, e aprofundando-se o seu relacionamento com a regulação da concorrência. Se os objetivos de controlo de posições dominantes e de promoção da concorrência perderem importância, a Anacom continuará a regular um

número muito limitado de mercados relevantes de comunicações eletrónicas, e tenderá a ter a sua atividade mais centrada na gestão do espetro, na cibersegurança e na neutralidade de rede, num quadro geral de proteção dos utilizadores. Em qualquer caso deve reforçar-se a sua articulação com a Comissão Europeia e com as outras autoridades reguladoras europeias, num quadro de maior harmonização regulativa tendo em vista o mercado único.

Questão diferente é saber se as suas funções reguladoras podem ser exercidas com configuração organizacional diferente, designadamente através de “fusões” entre autoridades reguladoras nacionais ou com a evolução para um regulador europeu. Não há soluções evidentes para isto. Sugeriram-se vias de análise. Um pouco no espírito do objetivo tradicional da regulação, a promoção da eficiência, conviria que qualquer reforma fosse baseada numa análise adequada dos seus benefícios, designadamente em termos da qualidade da regulação, e dos seus custos, em particular no que diz respeito às poupanças que realisticamente se podem esperar.

LITIGÂNCIA JURÍDICO-PRIVADA E DIREITO
DA CONCORRÊNCIA – A DIRETIVA N.º 2014/104/UE,
DE 26 DE NOVEMBRO DE 2014: DIVULGAÇÃO
DE ELEMENTOS DE PROVA, EFEITOS DAS DECISÕES
NACIONAIS, PRAZOS DE PRESCRIÇÃO
E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

*João Espírito Santo Noronha**

ABSTRACT: *The implementation of an effective private enforcement system of EU competition law has been a European Commission concern since the delivery of the Courage judgment (2001). In December 2001 Directive 2014/104/EU “[...] on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law Provisions of the Member States and of the European Union” was published. The Member States must transpose the directive by 2016. With this Article we make, on the one hand, the historical excursus that culminated in the adoption of the directive, and on the other hand, a first sectorial analysis on the articulation of the normative directive set with domestic law, both civil and of civil procedure.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito da concorrência, ilícito e reação da *esfera pública*. 3. Direito da concorrência e litigância privada. 4. O estado da questão do *private enforcement* do direito da concorrência na consideração doutrinária sobre os meios fornecidos pelo ordenamento nacional e a análise jurisprudencial. 4.1. O âmbito material. 4.2. Jurisprudência e meios processuais. 5. A diretiva *private enforcement* e a responsabilidade civil. 5.1. Divulgação de elementos de prova. 5.1.1. Articulação com o direito interno. 5.2. Efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária. 5.2.1. Efeitos das decisões nacionais. 5.2.1.1. Aproximações do direito nacional. 5.2.1.2. Conclusão setorial. 5.2.2. Prazos de prescrição. 5.2.3. Responsabilidade solidária. 6. Conclusão.

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

1. INTRODUÇÃO

Foi aprovada no final de 2014 a Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro – tendo sido publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (doravante, JOUE) de 5 de dezembro de 2014 –, “relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”. No plano doutrinário, e por razões que serão adiante melhor explicitadas, o diploma deverá ficar para a posteridade como *Diretiva Private Enforcement*¹.

O objeto da Diretiva (art. 1.º) é: (i) o estabelecimento de *certas regras, necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação* (n.º 1); (ii) assegurando uma proteção, para as pessoas que sofram tais danos, equivalente em toda a União (n.º 1); e, (iii) o estabelecimento de regras de articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades de concorrência e a aplicação dessas mesmas regras pelos tribunais nacionais, em ações de indemnização que corram perante os mesmos (n.º 2).

A Diretiva é *encabeçada* por uma extensa lista de 56 *considerandos*, comportando ainda o estabelecimento de 24 conceitos (art. 2.º).

A Diretiva entrou em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no JOUE, isto é, em 16 de dezembro de 2014, devendo os Estados-Membros transpô-la para os respetivos ordenamentos até 27 de dezembro de 2016 (art. 21, n.º 1).

2. DIREITO DA CONCORRÊNCIA, ILÍCITO E REAÇÃO DA ESFERA PÚBLICA

I – Não está no âmbito do presente escrito, pela sua limitada dimensão, a explicitação das grandes linhas temáticas do Direito da Concorrência, designadamente a da teleologia que lhe subjaz, que não é consensual, nem no plano histórico-espacial nem doutrinário. Sobre o lugar ocupado pelo direito da concorrência no ordenamento jurídico, como parte do *Direito Económico*, louvamo-

1 Na numeração de artigos de diplomas legais utiliza-se o ordinal até nove e o cardinal de dez em diante, por tal corresponder ao modo gramaticalmente correto de o fazer (cfr. Cunha & Cintra, 2010: 374), pelo que nos afastamos da tradição legislativa portuguesa, que não temos por justificada.

-nos no trabalho de António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques².

No sistema jurídico nacional, a tutela da concorrência, entendida como bem público, opera essencialmente em duas áreas materiais: a da proibição de certas práticas – denominadas, no Capítulo II do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (doravante, RJC)³, *práticas restritivas da concorrência* – e a do controlo de operações de concentração de empresas (Capítulo III do RJC). O presente escrito centra-se apenas na área temática das práticas restritivas da concorrência.

Certas práticas passíveis de serem adotadas por operadores de mercado, ou associações dos mesmos, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no mercado nacional⁴, são proibidas e passíveis de sancionamento. A afetação do – de um – mercado nacional pode, simplesmente, limitar-se a esse âmbito, mas pode o mercado nacional ser afetado, numa situação de conjunto, com mercados de Estados-Membros da União. Em princípio, a primeira das identificadas situações só suscita a aplicação da lei nacional da concorrência (arts. 9.º, 11 e 12 do RJC⁵); a segunda, porque se verifica afetação do comércio entre Estados-Membros, suscita também a aplicação das regras materiais de concorrência da União Europeia: para o que aqui interessa considerar, os arts. 101 (práticas de colusão) e 102 (práticas unilaterais) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante, TFUE)⁶.

2 Santos, Gonçalves & Marques, 2014: 21.

3 Trata-se do quarto regime jurídico nacional de proteção da concorrência; o primeiro foi aprovado pelo DL n.º 422/83, de 3 de dezembro, no âmbito de Programa do IX Governo Constitucional, que incluía a “[...] a elaboração de uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus” (do preâmbulo), antecipando a adesão de Portugal à, então, Comunidade Económica Europeia. O segundo regime jurídico nacional de proteção da concorrência foi aprovado pelo DL n.º 371/93, de 29 de outubro e, o terceiro, pela Lei n.º 18/2003, de 11 de junho.

4 A terminologia é diretamente *importada* do art. 9.º, n.º 1, do RJC. Os *operadores de mercado* referidos no texto são, na terminologia legal, *empresas*, cuja noção, para efeitos jus-concorrenciais, é estabelecida no art. 3.º, n.º 1, do RJC: “[...] qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consiste na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independente do seu estatuto jurídico e do seu modo de funcionamento”.

5 A proibição contida no art. 12 (abuso de dependência económica é de inspiração francesa e não tem correspondência no direito da União Europeia).

6 A Comissão Europeia emitiu *Linhas de Orientação* sobre o conceito de *afetação do comércio* contido nos – então – arts. 81 e 82 (2004/C 101/07). Este documento esclarece que o critério da afetação do comércio entre os Estados-Membros é independente da definição do mercado geográfico relevante, pelo que o comércio entre Estados-Membros pode ver-se afetado mesmo em casos em que o mercado relevante é nacional ou infranacional.

II – O direito nacional da concorrência é *moldado*, desde a adesão de Portugal à, então, Comunidade Económica Europeia (1985) sobre o da União Europeia, que, no que respeita a práticas restritivas da concorrência tem sede no TFUE, em particular nos arts. 101 e 102 [Secção 1 (*As regras aplicáveis às empresas*) do Capítulo I (*As regras de concorrência*) do Título VII (*As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações*)].

O antecedente histórico-comparativo do art. 101 do TFUE reside, nas comunidades europeias, no art. 65 do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (de 1951; doravante, Tratado CECA), relativo a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas no âmbito do mercado comum por ele instituído; o referido artigo 65 está sistematicamente incluído no Capítulo VI (*acordos e concentrações*) do Título III (*disposições económicas e sociais*)⁷.

No tratado CEE, a matéria dos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas entre empresas – aí, no enquadramento da *incompatibilidade com o mercado comum instituído por esse tratado* – surge no art. 85, sendo também de destacar o surgimento de uma nova proibição, no art. 86 (agora, art. 102 do TFUE), da exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial dele.

III – No ordenamento jurídico da União são, assim, proibidos, porque tidos por *incompatíveis com o mercado interno*: (i) *os acordos entre empresas*, (ii) *as decisões de associações de empresas* e (iii) *as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno* (art. 101, n.º 1, do TFUE), proibição que, todavia, é excecionada, em moldes

7 Tratado CECA, art. 65: “1. São proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que, no mercado comum, tendam direta ou indiretamente a impedir, restringir ou falsear o funcionamento normal da concorrência e que, em especial, tendam a: a) Fixar ou determinar preços; b) Restringir ou controlar a produção, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados, os produtos, os clientes ou as fontes de abastecimento./2. A Alta Autoridade autorizará, contudo, para determinados produtos, acordos de especialização ou acordos de compra e venda comum, se considerarem: a) Que esta especialização ou estas compras ou vendas em comum contribuem para uma melhoria considerável da produção ou distribuição dos referidos produtos; b) Que o acordo em causa é essencial para obter esses efeitos sem que a sua natureza seja mais restritiva do que o necessário para atingir aquele fim; e/c) Que o acordo não é suscetível de dar às empresas interessadas o poder de determinar os preços, controlar ou limitar a produção ou a distribuição de uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum, nem de os subtrair a uma concorrência efetiva de outras empresas no mercado comum. [...] /4. Os acordos ou decisões proibidos pelo n.º 1 do presente artigo são nulos, não podendo ser invocados perante qualquer órgão jurisdicional dos Estados-Membros [...]”.

particulares (*declaração de inaplicabilidade* da regra do n.º 1) no n.º 3 do art. 101 do TFUE.

Também proibidas pelo Direito da União são as práticas de exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial do mesmo, na medida em que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, tidas, igualmente, por incompatíveis com o mercado interno.

Estas proibições – suscetíveis de gerar a aplicação de sanções aos infratores [cfr. o atual art. 103, n.º 2, *a*), do TFUE] – foram sendo desenvolvidas por direito derivado da União, bem como por *soft law* da Comissão Europeia, naquilo que constitui hoje um complexo conjunto jurídico, e concretizadas pelo *case law* dos Tribunais da União, o Tribunal de Justiça e, depois de 1989, o Tribunal de Primeira Instância.

As referidas proibições centram-se na afetação do comércio entre Estados-Membros, sendo, portanto – e compreensivelmente – inaplicáveis a práticas de mercado que não tenham impacto transfronteiriço, na medida em que não estará aí em causa uma incompatibilidade com o almejado mercado interno, comum aos membros da União.

IV – As proibições de certas práticas de mercado, constantes dos arts. 9.º (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas) e 11 (abuso de posição dominante) do RJC espelham, portanto, em termos puramente nacionais, as proibições dos arts. 101 e 102 do TFUE. Na verdade, no âmbito de aplicação do RJC cabem todas as práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos, mas com ressalva das obrigações internacionais do Estado Português (art. 2.º, n.º 2, do RJC), em particular as que resultam da integração na União Europeia; é que uma prática restritiva da concorrência que ocorra em território nacional ou que neste tenha ou possa ter efeitos pode revelar efeitos transfronteiriços no âmbito da União Europeia, afete, ou não, mercados de outros Estados-Membros (*supra*) e, sendo o caso, estará verificada a previsão do art. 101 ou 102 do TFUE, sendo que a Comissão Europeia pode avocar a instrução de processos por infração aqueles preceitos do Tratado, nos termos do regulamento de execução dos atuais arts. 101 e 102 (Regulamento do Conselho n.º 1/2003, art. 11, n.º 6; trata-se do segundo regulamento de execução destas normas, que sucede ao Regulamento do Conselho n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962⁸).

8 Publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias (doravante, JOCE) n.º 204/62, de 21 de fevereiro de 1962.

O respeito das regras nacionais de concorrência é assegurado pela Autoridade [nacional] da Concorrência (doravante, AdC), que, para o efeito detém, entre outros, poderes sancionatórios (art. 5.º, n.º 1, do RJC)⁹, sendo de salientar que a sindicância do respeito dessas regras é também realizada por órgãos judiciais, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em primeira instância, e um Tribunal da Relação, em segunda instância, em sede de recurso de decisões, designadamente sancionatórias, da AdC (art. 84, n.ºs 1 e 3, e 89, n.º 1, todos do RJC)¹⁰.

A aplicação dos arts. 101 e 102 do TFUE é também da competência das autoridades nacionais da concorrência e dos tribunais nacionais, nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003, que impõe a aplicação das normas do Tratado sempre que forem aplicadas pelas autoridades nacionais normas internas paralelas, na medida em que as práticas em questão afetem as trocas entre Estados-Membros; essa competência é *dobrada* pelo RJC, no seu art. 68, n.º 1, b), que qualifica como contraordenação, punível com coima, a violação dos arts. 101 e 102 do TFUE.

Uma prática colusiva ou uma prática unilateral realizadas por um operador de mercado que violem o regime jurídico nacional da concorrência ou as regras de concorrência da União¹¹, constituem ilícitos, que, no particularismo do direito nacional, são contraordenacionais: a violação dos arts. 9.º, 11 e 12 do RJC, bem como dos arts. 101 e 102 do TFUE *constitui contraordenação punível com coima* [art. 68, n.º 1, a) e b), do RJC]; embora sem o *enquadramento contraordenacional*, a mesma solução resulta para a violação dos arts. 101 e 102 do TFUE em procedimento instruído pela Comissão Europeia (art. 23, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003).

9 Os Estatutos da AdC encontram-se, atualmente, aprovados pelo DL.º 125/2014, de 18 de agosto; os seus poderes sancionatórios encontram-se elencados no art. 6.º, incumbindo-lhe, nesse âmbito, *identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação de concorrência nacional e da União Europeia, nomeadamente em matéria de práticas restritivas da concorrência e de controlo de operações de concentração de empresas, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções e demais medidas previstas na lei.*

10 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão constitui, nos termos da Lei da Organização do Sistema Judiciário [Lei n.º 63/2013, de 26 de agosto (doravante, LOS)], um tribunal judicial de primeira instância de competência territorial alargada; trata-se de um tribunal de competência especializada, ao qual compete conhecer das questões relativas a recurso de decisões, despacho e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação, da AdC, entre outras entidades (arts. 83 e 112 da LOS).

11 E note-se que nem todas as práticas colusivas serão, efetivamente, proibidas, em razão da exceção de *balanço económico positivo* (art. 10 do RJC e n.º 3 do art. 101 do TFUE).

O enquadramento sancionatório da violação das regras materiais da concorrência, encabeçado em entes públicos, é realizado na prossecução da defesa do interesse público de um processo concorrencial que siga os puros impulsos do mercado – também dentro de alguns limites de interesse público –, isto é, não induzido ou falseado, e tem, simultaneamente, a função de punir, relativamente aos agentes infratores, a prática em causa, e a função de dissuadir outras eventuais violações, em relação aos restantes, pela possível cominação de uma sanção.

Do enquadramento sancionatório dos comportamentos violadores das regras materiais da concorrência beneficiam, pois, os agentes de mercado – embora não apenas eles e, segundo uma visão atual e corrente (teoria da promoção da eficiência económica e do bem estar dos consumidores), nem sequer principalmente eles – numa perspetiva, não individualizada, mas de consecução do *bem comum*. Vale isto por dizer que aquele enquadramento sancionatório é alheio ao eventual dano individualizado que possa ter ocorrido na esfera jurídica de alguém, em resultado de um ilícito de concorrência, sendo tal problemática alheia à competência das autoridades públicas que têm por missão a defesa da concorrência e o sancionamento dos eventuais ilícitos que ocorram neste domínio.

No âmbito da União Europeia, a *desconexão* da defesa da concorrência com a temática do dano individualizado que possa ter sido sofrido em consequência do ilícito explica-se com a origem histórica do respetivo direito da concorrência, que, surgindo em primeiro lugar no Tratado CECA (art. 65¹²) e transitando depois para o Tratado CEE (arts. 84 e 85¹³), constituiu instrumento de integração dos mercados que estavam em causa em cada um deles, continuando hoje essa função na União Europeia, tendo como ponto de referência o mercado único dos Estados-Membros. Nessa perspetiva, o que estava em causa era procurar garantir que a pretendida integração dos mercados não fosse frustrada por práticas dos agentes neles intervenientes com intuítos de artificial fragmentação. E, por isso, no estabelecimento de um regime de concorrência para o espaço jurídico-geográfico das Comunidades Europeias – hoje, União Europeia – nada foi estabelecido relativamente ao ressarcimento do dano individualizado que possa resultar de ilícito concorrencial.

Quanto aos Estados-Membros, o princípio do primado do direito comunitário conduziu, naturalmente, à reprodução desse regime em termos puramente

12 *Supra*, II, neste número.

13 *Supra*, II, neste número.

internos, isto é, relativamente a práticas de afetação limitada aos respetivos mercados nacionais, devendo, para este efeito, assinalar-se que até ao início de vigência do Regulamento n.º 1/2003, só a Comissão Europeia detinha competência para a aplicação administrativa das regras de concorrência constantes dos tratados, nos termos do Regulamento do Conselho n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962 (publicado no, então, JOCE, de 21 de fevereiro do mesmo ano). Como salienta Serafim Froufe, a notificação à Comissão das *ententes* projetadas pelas empresas não constituía uma obrigação das empresas, mas antes um ónus, cuja não realização impedia, por um lado, que pudessem beneficiar do regime de isenção individual do n.º 3 do art. 85 (art. 4.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17/62), e, por outro lado, podia sujeitar as empresas em causa à instrução de um processo de infração ao n.º 1 do art. 84 (art. 3.º, n.º 1, do referido regulamento), bem como à aplicação de coima (art. 4.º, n.º 1, do mesmo regulamento)¹⁴.

3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA E LITIGÂNCIA PRIVADA

I – No lastro do que ficou dito no número anterior, suscitava-se, em tese geral, a questão de saber se o ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, de contornos puramente internos – resultantes, portanto, de condutas apenas violadoras de regimes nacionais de concorrência – ou comunitários – ou seja, violadores, também ou apenas, do direito da União, poderia ser obtida pelos lesados.

Aos Estados-Membros ficava, naturalmente, aberta a definição de regimes relativos ao ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos concorrenciais *puramente internos*, isto é, como tal definidos pelos direitos nacionais.

No que respeita ao ressarcimento de danos resultantes da violação das normas da União que protegem a concorrência, pode afirmar-se que o *turning point* da atenção da Comissão Europeia para a problemática conhecida como *private enforcement* do direito da concorrência (contraposta ao *public enforcement*) se deu com a prolação do Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Courage v. Crehan* (2001), que se tornou no *landmark* em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência¹⁵.

14 Froufe, 2010: 13.

15 Relevantes para a apreciação das tendências jurisprudenciais da União nesta matéria são também os Acórdãos *Manfedi* (casos C-295/04 a C-298/04), *Pfeiderer* (caso C-360/09), *Otis* e outros (caso C-199/11), *Donau Chemie* (caso C-536/11) e *Kone* (C-557/12).

É doutrinariamente corrente a tradução da expressão inglesa *enforcement* por *aplicação impositiva*¹⁶. Segundo cremos, uma tal expressão é linguisticamente agnóstica e não serve um propósito científico. Preferimos, pois, um outro tipo de linguagem descritiva: relativamente ao Direito da Concorrência, entendemos que as expressões inglesas *public enforcement* e *private enforcement* devem traduzir-se, respetivamente, por *aplicação por iniciativa de entidades públicas* e *aplicação no âmbito de litigância privada*¹⁷.

II – O ciclo evolutivo do direito da União Europeia que agora culmina na Diretiva n.º 2014/104/UE tem cerca de quinze anos, podendo afirmar-se que o seu ponto de partida é constituído pelo Acórdão do Tribunal de Justiça no caso *Courage v. Crehan* (C-453/99), de 2001, que tem origem num pedido do *Court of Appeal* britânico de uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do – originário – art. 85 do Tratado CE, para efeitos de decisão de litígio pendente naquele tribunal do Reino Unido.

Os contornos particulares do litígio pendente perante o tribunal britânico não relevam para o objeto do presente escrito. Da decisão do Tribunal de Justiça cumpre salientar os seguintes aspetos: (i) em termos prévios, o Tribunal reafirmava a doutrina do efeito direto horizontal dos – originários – arts. 85, n.º 1, e 86 do Tratado CE, criando direitos na esfera jurídica dos particulares, cuja tutela é função das jurisdições nacionais; (ii) reafirmava ainda a doutrina dos Acórdãos *Simmmenthal* (1977) e *Factortame* (1989): aos tribunais nacionais encarregados de aplicar as disposições do direito comunitário cabe garantir a plena eficácia daquelas normas e proteger os direitos que as mesmas conferem aos particulares, eventualmente em ações que visam a reparação de dano provocado por um contrato ou comportamento suscetíveis de restringir ou falsear o jogo da concorrência; (iii) afirmou que não pode *a priori* excluir-se que tais ações judiciais sejam instauradas por alguém que seja parte num contrato contrário às regras da concorrência; e, por último, (iv) que, na ausência de legislação comunitária sobre a matéria, caberia aos Estados-Membros designar os órgãos judiciais internos competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos que para os cidadãos resultem do efeito direto do direito comunitário.

16 Assim, por exemplo, entre outros, Correia, 2008: 1754 e 1755.

17 No mesmo sentido, Ashton & Henry, 2013: 3.

No que importa aqui salientar, conjugado que foi o efeito direto do, então, art. 85, n.º 1, do Tratado CE (atual art. 101, n.º 1, do TFUE) com a doutrina dos Acórdãos *Simmmenthal* e *Factortame*, estavam lançadas as bases para que as proibições contidas no art. 101, n.º 1, fossem reconhecidas, em ações instauradas perante tribunais nacionais, como fonte de suportação de um dano sofrido por alguém, em consequência da sua violação por outrem, com a precisão de que, em condições de *inferioridade negocial*, se reconhecia – também – como *lesado* alguém que fosse parte num contrato do qual resultassem efeitos anti-concorrenciais.

Não tendo o direito da União um enquadramento processual para a matéria, nem o Tribunal de Justiça jurisdição para dirimir litígios entre sujeitos privados, este Tribunal deixou no referido Acórdão duas vias de solução: por um lado, afirmou a jurisdição dos tribunais nacionais dos Estados-Membros para dirimir litígios entre particulares fundados na violação das regras europeias de concorrência e, por outro lado, reafirmou a solução de que competia aos Estados-Membros a determinação do direito processual aplicável às ações fundadas em direitos subjetivos estabelecidos pelo Tratado, no enquadramento dos princípios da equivalência (tais regras não podem ser menos favoráveis do que as que se aplicam a ações similares fundadas em direito material interno) e da efetividade (tais regras não podem tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo direito comunitário).

III – Nos Estados Unidos da América, a aplicação do direito da concorrência tem uma feição simultaneamente pública e privada.

No âmbito público, essa aplicação pertence, a nível federal, ao *Department of Justice* – funcionalmente equivalente ao Ministério da Justiça de um Estado unitário – e à *Federal Trade Commission*, uma autoridade administrativa de regulação, criada pelo Congresso.

O *Department of Justice* compreende uma divisão especializada em direito da concorrência (a *Antitrust Division*), que tem a seu cargo a imposição das proibições contidas nas *sections* 1 e 2 do *Sherman Act*.

Nessa jurisdição, a temática do *private enforcement* foi objeto de determinações legais, de nível federal, tão cedo quanto 1914, no *Clayton Act*, cujo § 4 permite a qualquer pessoa que tenha sofrido danos por prática proibida pelas *antitrust laws* o recurso aos tribunais, para obtenção de indemnização em montante do triplo dos danos sofridos (*threefold the damages*), bem

como do montante das custas judiciais e da quantia *razoável* de honorários devidos a advogados e, em certos casos, juros. O *private enforcement* americano constitui, aliás, o propulsor fundamental dos *antitrust cases* dessa jurisdição; em 2001 estimou-se que noventa por cento dos *antitrust cases* tinham origem em *private enforcement*¹⁸;

Na medida em que o *Sherman Act* criminaliza os comportamentos que proíbe, o *Department of Justice* tem competência para esta promoção criminal, que, em termos práticos, apenas exerce relativamente a “[...] claras e intencionais violações que envolvam atividades evidentemente ilegais, antes de mais ‘atividade de cartel *hardcore*, como por exemplo fixação de preços, conluio de licitação e divisão de mercados’¹⁹; relativamente a violações do direito *antitrust* que se mostrem menos graves, não nitidamente ilegais ou mais difíceis de provar, o *Department of Justice* faz a respetiva *perseguição* nos termos da competência, que também detém, de *civil enforcement*²⁰.

Ao nível dos estados federados americanos é preciso referir que quase todos dispõem de legislação própria de proteção da concorrência, que, *grosso modo*, dobra, em termos internos, a legislação federal sobre a matéria²¹.

Se é frequente a afirmação doutrinária de que muitos dos *landmarks* em matéria de decisões judiciais sobre direito *antitrust* foram obtidos pelas agências federais e estaduais que têm a cargo a deteção e o sancionamento de práticas proibidas, em sequência de elementos probatórios ou de decisões obtidos no âmbito de litigância privada, também não deixa de corresponder à verdade que muitas ações que visam o ressarcimento de danos verificados por práticas proibidas pelo direito da concorrência são *follow-on* ou *piggy-back actions*, isto é, ações judiciais movidas na esteira de decisões, criminais ou civis, por violação do direito *antitrust*, movidas pelas agências governamentais, no que assume especial relevo a determinação, da *section 5* do *Clayton Act* e das paralelas normas de direito estadual, de que uma decisão final em procedimento movido pelo Governo Federal nos termos da legislação *antitrust* que estabeleça uma violação da mesma constituirá, em relação ao demandado, e para efeitos de

18 Ashton & Henry, 2013: 2 e n. 7, citando DTI, “A World Class Competition Regime”, Jul. 2001, Cap. 8, para. 1.

19 BRODER, 2005: 167, citando o *Status Report: A summary overview of the Antitrust Divisions’s Criminal Enforcement Programme (February 1, 2004)* (trad. nossa).

20 *Idem*, 174.

21 Cfr. Wilson, Austin, Cooper, Farmer & Papageorge, 1988: 99.

ação que lhe seja movida para ressarcimento de danos originados nos mesmos factos, prova *prima facie*, o que dispensa o demandante de demonstrar os factos constitutivos do direito invocado e a ilicitude dos mesmos.

IV – A problemática do *private enforcement* do direito da concorrência da União Europeia captou a atenção das instituições europeias, em particular da Comissão, e da doutrina; no que respeita à primeira, pela conceção, muitas vezes por si afirmada, de que um sistema eficaz de ressarcimento de danos provocados por condutas proibidas pelo direito da concorrência constitui uma segunda forma de prosseguir os objetivos – comuns ao *public enforcement* – de impedir práticas anticoncorrenciais e proteger empresas e consumidores dessas mesmas práticas, bem como dos danos por elas causados.

O *lastró* do qual viria a resultar a Diretiva n.º 2014/104/UE compõe-se, na essência, de três elementos: (i) antes de mais, a decisão *Courage v. Crehan*, numa tripla vertente: (a.) o recordado efeito direto horizontal dos originários arts. 85, n.º 1, e 86 – correspondentes aos atuais arts. 101, n.º 1, e 102 do TFUE; (b.) a determinação, nessa decisão também recordada, de que aos tribunais dos Estados-Membros com competência para aplicar o direito comunitário no âmbito das respetivas jurisdições cabe assegurar o pleno efeito das regras comunitárias, protegendo os direitos que as mesmas confirmam aos indivíduos; (c.) a determinação, por último, de que, na ausência de regras comunitárias sobre a matéria, é incumbência dos Estados-Membros, estabelecer as necessárias regras processuais para o exercício dos direitos subjetivos diretamente decorrentes do ordenamento comunitário, no enquadramento dos princípios da equivalência e da efetividade; (ii) a assunção, pela própria Comissão – embora já na sequência do afirmado pelo Tribunal de Justiça na decisão *Courage v. Crehan* (26 e 27) –, de que um sistema eficaz de *private enforcement* do direito da concorrência da União constitui um poderoso instrumento ao serviço do cumprimento das proibições constantes dos – agora – arts. 101, n.º 1, e 102, ambos do TFUE, pela forte função dissuasora que tem dos comportamentos aí previstos e, nessa medida, contribui para uma concorrência efetiva e não falsada no mercado interno, espaço económico integrado da União; (iii) a tomada de consciência, através da análise comparada da situação do *private enforcement* do direito da concorrência da União no espaço jurídico interno dos Estados-Membros, da verificação de *raquitismos* e assimetrias: se em alguns Estados-Membros se verificou alguma expressão aplicativa do direito da concorrência da União (eventualmente em concurso com direito interno da concorrência), embora

sem relevo que pudesse merecer destaque, em outros Estados-Membros, essa expressão mostrava-se escassa ou nula.

No contexto da atenção prestada pela Comissão ao tema do *private enforcement*, podem citar-se como documentos particularmente relevantes para a formação da Diretiva n.º 2014/104/UE: (i.) o *comparative report* preparado por Denis Waelbroeck, Donald Slater e Gil Even-Shoshan (Ashurst), intitulado *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, de 31 de agosto de 2004; (ii.) o *Livro Verde – Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio Antitrust* [SEC (2005)1732/COM/2005/0672], da Comissão, preparado com o objetivo de “[...] identificar os principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das ações de indemnização [...]”, convidando os interessados à apresentação de observações sobre as questões colocadas, “[...] por forma a determinar se é necessário e adequado adotar medidas a nível comunitário para melhorar as condições de introdução [*sic*, na versão em língua portuguesa] de ações independentes e de seguimento”; e, (iii.) o Relatório Final CEPS/EUR/LUISS, intitulado *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, de 21 de dezembro de 2007.

Em 25 de abril de 2007, o Parlamento Europeu adotou uma resolução [2006/2207(INI)], na qual convidou a Comissão a preparar um *Livro Branco*, contendo propostas concretas para facilitar a instauração de ações para reparação de danos originados em infrações às regras europeias da concorrência, independentes de uma prévia decisão de *public enforcement* (*‘stand alone’ actions*), ou de sequência de prévia decisão de *public enforcement* (*‘follow on’ actions*).

A Comissão adotaria um *Livro Branco* (sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust) em 2008; sobre a base do anterior Relatório Final CEPS/EUR/LUISS estabeleceu-se o documento complementar *Impact Assessment Report* [SEC (2008) 405].

No *Livro Branco*, a Comissão formulou propostas “[...] de política geral e medidas específicas com o objetivo de garantir “[...] que todas as vítimas de infrações ao direito comunitário da concorrência tenham acesso a mecanismos eficazes que lhes permitam ser plenamente indemnizados pelos danos que sofreram”; pouco depois da sua adoção, a Comissão procurou, no final do mandato da Comissária Kroes à frente da DG-COMP, aprovar uma proposta de Diretiva sobre a matéria – que ficou conhecida como *Draft Directive* – que, todavia, viria a ser retirada.

A implementação de um regime de *private enforcement* da União viria a ser alavancado pela própria modernização do *public enforcement* dos atuais artigos 101 e 102 do TFUE, pela substituição do Regulamento n.º 17, de 6 de fevereiro de 1962, pelo Regulamento n.º 1/2003, que modificou substancialmente o modo de aplicação das regras de concorrência da União. O intervalo de oito anos que medeia entre a *Draft Directive* e a aprovação da proposta de Diretiva apresentada pela Comissão ao Conselho, que viria a tornar-se a Diretiva n.º 2014/104/UE, prendeu-se fundamentalmente com as dificuldades enfrentadas pela questão das ações coletivas em matéria de *enforcement* do direito da concorrência, que, surgindo na primeira (arts. 4.º e 5.º: respetivamente, *group actions* e *representative actions*), viriam a ser eliminadas na segunda²²⁻²³. Quanto às ações coletivas, a Comissão adotaria uma recomendação e uma comunicação em junho de 2013 [*on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law* (2013/396/EU)].

4. O ESTADO DA QUESTÃO DO *PRIVATE ENFORCEMENT* DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA CONSIDERAÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE OS MEIOS FORNECIDOS PELO ORDENAMENTO NACIONAL E A ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1. O âmbito material

No contexto do ordenamento português, a suscetibilidade de ressarcimento de danos sofridos por alguém em consequência de atos violadores das normas – vigentes em território nacional – que, em termos jus-concorrenciais, proibem certos comportamentos das *empresas*, no sentido em que a expressão releva para o Direito da Concorrência²⁴, foi equacionado pela doutrina²⁵, destacando-

22 No mesmo sentido, Ashton & Henry, 2013: 145: “[i]n terms of the interrelationship between the Commission’s legislative proposal and the issue of collective action, the Commission has, as expected, removed the late from the former, it being widespread knowledge that the presence of provisions on collective action was the principal reason for the strong political resistance in certain quarters to the draft Directive in 2009.”

23 Por isso mesmo, não consideramos no presente escrito a temática da interação das *ações coletivas* (*lato sensu*) com o *private enforcement* do direito da concorrência (sobre a questão, cfr., entre nós, com enquadramento legal reportado a 2008, Correia, 2008: 1778 e ss.).

24 Cfr., por exemplo, o art. 3.º do RJC.

25 Cfr., entre outros, Correia, 2008: 1747-1789; Leitão, 2007; num plano abstrato, não diretamente relacionado com o ordenamento português, mas com interesse, cfr. Morais, 2014: 109-140.

-se, numa perspetivação enquadrada pelo instituto da responsabilidade civil, a monografia de Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Proteção e danos puramente patrimoniais* (Almedina, Coimbra, 2009), que suscita a consideração das normas, de direito público, que proibem certos comportamentos, por atentarem contra a preservação da concorrência – livre e não falseada, identificada, *qua tale*, como bem público – como *disposições [legais] destinadas a proteger interesses alheios*, modalidade da ilicitude prevista no art. 483, n.º 1, do Código Civil (doravante, CC), resolvendo-a positivamente²⁶. No mesmo escrito, a autora reflete sobre as dificuldades suscitadas à ressarcibilidade de danos patrimoniais puros, originados numa modalidade particular de normas de proteção, no contexto de um sistema delitual centrado na violação de direitos absolutos e que supõe o preenchimento da cadeia de pressupostos do surgimento da obrigação de indemnizar, que vão do polo da demonstração da ilicitude ao da prova do dano, passando pela culpa e pelo nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido²⁷, bem como pela análise do ónus da prova da culpa e do dano²⁸.

Não se justificaria aqui – pelo limitado âmbito do presente escrito – a realização de análise própria relativa ao detalhe de adaptação a que deveria ser sujeito o sistema de imputação do dano a uma esfera jurídica alheia àquela que o sofreu, nos termos de um instituto de responsabilidade civil essencialmente centrado na violação de direitos absolutos, que quisesse garantir o êxito do ressarcimento de danos originados na violação das normas – de proteção – originárias do direito da concorrência, que proibem certos comportamentos, por atentatórios da concorrência livre e não falseada. Ademais, a harmonização do direito interno dos Estados-Membros, visada com a aprovação da Diretiva n.º 2014/104/UE, repousa sobre a verificação da insuficiência, em geral, dos ordenamentos internos, no estado atual, para garantir um resultado de plena ressarcibilidade de danos causados por infrações ao direito da concorrência da União e, de caminho, infrações aos direitos nacionais da concorrência²⁹.

26 Leitão, 2007: 737.

27 Leitão, 2007: 738-239: “[o] direito privado, assente predominantemente na técnica da jussubjetivização, atribui, por regra, um espaço de liberdade aos indivíduos. Saliencia-se, por isso, uma rutura com o seu paradigma liberal quando deixam de se corporizar verdadeiros direitos subjetivos, através de normas permissivas, e se constroem, em disciplinas de Direito público, normas impositivas e proibitivas que protegem determinados interesses que passam a ser recebidas pelo sistema delitual.”

28 Leitão, 2007: 575 e ss.

29 A Comissão justifica esta extensão do âmbito da Diretiva relativamente ao que estritamente resultaria da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência (da União) no considerando 14: atenta a aplicação paralela dos dois *níveis normativos* pelas autoridades

Um debate sobre se as normas que protegem a concorrência livre e não falseada constituem, ou não, normas de proteção, para efeitos do art. 483, n.º 1, do CC, só tem agora sentido até à transposição Diretiva n.º 2014/104/UE: a diretiva determina a imputação dos danos consequentes a práticas jus-concorrencialmente proibidas à esfera jurídica do lesante [*rectius*, de *um lesante*, em função das possibilidades abertas pela responsabilidade solidária³⁰].

4.2. Jurisprudência e meios processuais

No contexto de uma análise jurisprudencial, é de assinalar o estudo de Leonor Rossi e Miguel Sousa Ferro, *Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law*, publicado no n.º 10 desta revista³¹, que, nessa parte, produziu um levantamento jurisprudencial sistematizado nos seguintes termos: (i) casos nos quais “foi discutido” (= *was discussed*) o direito da concorrência; (ii) casos nos quais a relevância do direito da concorrência foi excluído; e, (iii) casos nos quais a aplicação do direito da concorrência foi suscitada, mas não discutida (= *was raised but not discussed*).

Assinale-se também, no plano da determinação dos meios processuais idóneos à formulação de um pedido de condenação de alguém na indemnização de danos causados a outrem em consequência de um comportamento violador do direito da concorrência, que SÉRVULO CORREIA, já em 2008, firmara o claro pressuposto de que os mesmos apontavam para a ação declarativa comum³², daí decorrendo que a ordem de tribunais competente para conhecer tal pedido seria a dos tribunais comuns³³.

nacionais de concorrência, nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, “[n]o interesse do bom funcionamento do mercado interno e com vista a uma maior segurança jurídica e a condições mais equitativas para as empresas e os consumidores, convém que o âmbito de aplicação da presente diretiva seja alargado às ações de indemnização com base na infração ao direito nacional da concorrência, quando este for aplicado nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003”, admitindo que a aplicação de diferentes regras de responsabilidade civil aos dois níveis normativos afetasse “[n]egativamente a posição dos demandantes no mesmo processo e o âmbito dos seus pedidos e constituiria um obstáculo ao funcionamento adequado do mercado interno”.

30 *Infra*, 5.2.3.

31 Rossi & Ferro, 2012: 91-141.

32 Correia, 2008: 1774.

33 O art. 40, n.º 1, da LOS), determina que os tribunais judiciais têm competência para as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional, sendo, portanto, a sua competência jurisdicional genérica e residual relativamente à de outras ordens jurisdicionais.

Os tribunais judiciais ou comuns produzem as suas decisões no enquadramento de uma subestrutura ordenadora-normativa própria: o direito processual civil³⁴⁻³⁵. Nas vésperas do início da vigência da Diretiva n.º 2014/104/UE seria esse o direito processual aplicável à dedução de uma pretensão indemnizatória fundada num dano ocorrido por violação do direito da concorrência, da União e/ou nacional, sendo que a diretiva nenhum desvio trouxe a tal paradigma.

5. A DIRETIVA *PRIVATE ENFORCEMENT* E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A Diretiva 2014/104/UE comporta quatro áreas temáticas essenciais: (i) a divulgação de elementos de prova (Capítulo II); (ii) os efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária (Capítulo III); (iii) a repercussão dos custos adicionais (Capítulo IV); e, (iv) a quantificação dos danos (Capítulo V), no enquadramento geral de um reconhecido direito subjetivo, assegurado a pessoas singulares e coletivas, à reparação integral dos danos que lhes sejam causados por infrações ao direito da concorrência (art. 3.º, n.º 1)³⁶. Neste escrito e por razões de contenção do objeto de análise, limitamo-nos às temáticas (i) da divulgação de elementos de prova e (ii) dos efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária, sendo certo, também, que o tema da repercussão dos custos adicionais justifica, do nosso ponto de vista, dogmatização autónoma, que procuraremos realizar em futuro próximo.

As infrações que estão em causa correspondem a comportamentos violadores dos arts. 101 e 102 do TFUE, mas também das normas do direito interno da concorrência que visam predominantemente o mesmo objetivo que os referidos preceitos da União e que são aplicados em paralelo com o direito desta,

34 Este padrão é, todavia, suscetível de comportar desvios; a título de exemplo, veja-se a determinação do art. 92, n.º 1, do RJC: das decisões da AdC proferidas em procedimento administrativos a que se refere o próprio regime [*maxime* no âmbito do controlo de operações de concentração de empresas (arts. 36 a 59)] cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que, embora integrado na ordem dos tribunais judiciais (art. 112 da Lei n.º 62/2013), aplicará, neste caso, direito processual administrativo (Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

35 Para uma noção de *direito processual civil*, cfr., entre vários outros, Almeida, 2010: 20.

36 Muito embora a noção de *dano* seja intuitiva para o senso comum, não é demais lembrar que a expressão tem, em direito, um significado técnico: cfr., entre outros, Cordeiro, 2012, 979: “[e]m Direito, o dano ou prejuízo traduz-se na supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento”.

nos termos do art. 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 [art. 2.º, 1) e 3) e art. 3.º, n.º 1]; no caso do direito português, aponta-se aqui aos arts. 9.º (*acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas*) e 11.º (*abuso de posição dominante*), ambos do RJC.

Sobre a reparação dos danos sofridos por alguém em consequência de uma infração ao direito da concorrência, com o âmbito já determinado, cumpre notar que a Diretiva *private enforcement* se, por um lado, se funda numa função reconstitutiva plena da situação em que estaria colocado o lesado se a infração se não tivesse verificado, abrangendo, portando danos emergentes, lucros cessantes e juros (art. 3.º, n.º 1)³⁷, recusa, por outro lado, uma função indemnizatória punitiva *lato sensu*, o que implica que o limite quantitativo da indeminibilidade se situe no dano efetivamente sofrido pelo lesado.

O que está, portanto, em causa na suportação dos danos pela esfera jurídica do infrator, é, pois, o instituto geral da responsabilidade civil, que pode ser definida como *a ocorrência jurídica na qual um dano registado numa esfera é imputado a outra; a imputação faz-se através de uma obrigação: a obrigação de indeminização*³⁸.

Em sede de responsabilidade civil, a imputação do dano pode ocorrer a vários títulos, sendo o mais antigo, e compreensível no plano da adesão ao sentimento comum de justiça, o da ilicitude: quem praticar ato ilícito e, com isso, cause dano em esfera jurídica alheia, deve indemnizar o lesado. A evolução histórica do instituto viria a mostrar uma tendência expansiva, alargando-se o mesmo à imputação de danos decorrentes, não da prática de facto ilícito, mas de atividades perigosas para terceiros, de que certas pessoas recolham os benefícios (*responsabilidade pelo risco*, cuja essencial explicação histórica remonta à massificação produtiva ocorrida com a revolução industrial) e à imputação de danos decorrentes de factos lícitos (*responsabilidade por facto lícito* ou *pelo sacrifício*), na medida em que, apesar de juridicamente permitido o ato danoso, se afigurou justo que não fosse a esfera do lesado a suportar o dano.

37 Sobre a distinção entre dano emergente e lucro cessante, cfr., entre outros, Cordeiro, 2012: 979: “[...] danos emergentes e lucros cessantes [...] [existem] conforme [...] derivem da supressão de utilidades ou, pelo contrário, correspondam à não obtenção de vantagens que, de outra forma, seriam aguardadas”.

38 A noção é recolhida de Cordeiro, 2012 981.

5.1. Divulgação de elementos de prova

No que que respeita à área temática da divulgação de elementos de prova (Capítulo II; arts. 5.º a 8.º), saliente-se, antes de mais, a verificação de uma regulação segmentada entre elementos de prova considerados apenas no contexto de uma ação de indemnização, sem qualquer conexão com processos de uma autoridade nacional da concorrência (art. 5.º) e elementos de prova considerados em conexão com processos de uma autoridade nacional da concorrência (art. 6.º).

Quanto ao primeiro segmento normativo, o essencial a reter do conjunto normativo do art. 5.º é a regra que constitui o respetivo *vértice piramidal*: (n.º 1) os Estados-Membros asseguram que, nos processos relativos a ações de indemnização na União, e a pedido do demandante que apresentou uma justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido de indemnização, os tribunais nacionais possam ordenar ao demandado ou a um terceiro a divulgação dos elementos de prova que estejam sob o seu controlo, sob reserva das condições estabelecidas no presente capítulo.

Salienta-se aqui: (i) a proteção essencial do interesse do demandante, procurando, com esta determinação, ultrapassar as dificuldades na demonstração dos elementos que, à luz do direito nacional, sejam os relevantes para firmar um direito do mesmo a ser indemnizado, destacando-se, em relação ao direito interno português, a demonstração do facto ilícito e da culpa do agente; (ii) que essa possibilidade, que deve ser conferida aos tribunais nacionais, no exercício de poder jurisdicional relativo a ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência, comporta *reservas*, ou, o que é o mesmo, deverá ser balizada dentro de certos parâmetros, que, no essencial, têm em conta interesses legítimos do demandado, diversos do próprio interesse patrimonial em evitar a responsabilização (art. 5.º, n.ºs 3, 4 e 5).

A divulgação de elementos de prova pelo demandado, ordenada por um tribunal, obedece a um regime especial caso se trate de elementos probatórios incluídos no processo de uma autoridade de concorrência, regime esse consubstanciado no conjunto normativo do art. 6.º; esse regime especial traduz-se, em particular: (i) na ponderação de elementos adicionais, relativamente ao regime de base (art. 5.º, n.º 3; limitação dos elementos de prova ao que for proporcional), e que constam do n.º 4 do art. 6.º; (ii) na sustação do poder jurisdicional de ordenar a divulgação de certas categorias de elementos probatórios, que só podem ser divulgados depois de a autoridade de concorrência ter concluído o seu processo, por decisão ou outro meio (art. 6.º, n.º 5); (iii) na proteção,

em absoluto, de divulgação das declarações de *clemência*³⁹ e das propostas de transação⁴⁰, exceto se revogadas [art. 6.º, n.ºs 5, c), e 9].

Os aspetos assinalados em primeiro e segundo lugares prendem-se com a necessidade de garantir que a obtenção de meios probatórios pelos interessados para efeitos de *private enforcement* não prejudica a eficácia do *public enforcement* do direito da concorrência.

Uma das principais preocupações desde sempre evidenciada pela Comissão, no desenvolvimento que viria a desembocar na Diretiva *private enforcement* foi a que uma iniciativa legislativa nesta matéria não viesse a saldar-se pelo prejuízo do instituto correntemente designado por *clemência* ou *programa de clemência* (entre nós, o instituto, que tinha regulação formalmente autónoma até à aprovação do vigente RJC, viria a ser nele integrado, constituindo objeto do seu capítulo VIII e tem a designação técnica de *dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras da concorrência*⁴¹), considerando o seu particular significado para a deteção de cartéis, por um lado, e que o maior fluxo de ações de indemnização por infrações às regras da concorrência decorre da infração de cartel⁴². A preocupação é compreensível: sujeitando-se o infrator a responsabilidade civil pelos factos ilícitos que voluntariamente deu a conhecer a uma autoridade de concorrência ou cuja veracidade aceita em sede de transação, os institutos da clemência e da transação, se poderiam continuar a apresentar vantagens do ponto de vista do *public enforcement*, mostrariam, no âmbito do *private enforcement*, uma séria desvantagem, que pode, em termos de volumetria económica, superar em muito a vantagem assinalada. O risco de que a *clemência* e a transação deixassem, assim, de se mostrar *compensadores* para os infratores – com prejuízo do *public enforcement* do direito da concorrência – foi, portanto, afastado com a solução de ser vedado que um tribunal nacional possa, para efeitos de ações indemnização, em momento algum, ordenar a divulgação de declarações de *clemência* e de propostas de transação (art. 6.º, n.º 6).

Saliente-se ainda que, relativamente a elementos de prova incluídos no processo da autoridade de concorrência que não correspondam às catego-

39 Cfr. o Capítulo VII do RJC, dispondo o regime jurídico da dispensa ou redução de coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência (vulgata: *clemência*).

40 Cfr. os arts. 22 e 27, ambos do RJC.

41 Entre nós, continua a constituir referência, sobre este regime, o escrito de Silveiro, 2012: 252-281.

42 Cfr. o considerando 26 da Diretiva n.º 2014/104/UE.

rias anteriormente referenciadas, a divulgação pode ser ordenada a qualquer momento, em ações de indenização, o que significa, portanto, que esse poder jurisdicional não é susgado, ao contrário do que sucede com as categorias de documentos referidos no n.º 5 do art. 6.º (cfr. o n.º 9 do mesmo artigo), bem como que uma ordem de divulgação de documentos dirigida à própria autoridade da concorrência, incluídos no seu processo, é subsidiária da ordem que, para o mesmo efeito, possa ser dirigida a uma parte ou a um terceiro, que os possa fornecer de modo razoável (art. 6.º, n.º 10).

Resta assinalar, neste domínio, que a diretiva impõe aos Estados-Membros que assegurem que os tribunais possam impor de forma efetiva sanções às partes, a terceiros e aos seus representantes legais nos casos – entre outros – de incumprimento de uma ordem de divulgação de elementos de prova promovida de um tribunal nacional ou de recusa de a cumprir e que as sanções a aplicar sejam dissuasoras; entre essas sanções incluem-se, quanto ao comportamento de uma parte numa ação de indenização, a possibilidade de extrair conclusões processuais que lhes sejam desfavoráveis, como a de “presumir que os factos controvertidos ficaram provados” ou julgar, total ou parcialmente, improcedentes os meios de defesa (art. 8.º).

5.1.1. *Articulação com o direito interno*

A articulação dos aspetos focados no número anterior com o direito interno, se, por um lado, mostra um desvio às regras gerais de distribuição do ónus da prova (art. 342 do CC), manifestamente consagrado para ultrapassar as muitas dificuldades na recolha de prova que pode enfrentar a pessoa lesada por um comportamento de uma empresa violador do direito da concorrência, nacional e da União, para efeitos de demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil, mostra também, e por outro lado, uma convergência parcial e tendencial quanto às consequências processuais que podem ser extraídas se, ordenando-se a uma das partes a exibição de documentos, esta se recusar a fazê-lo [arts. 429, 430 e 417, n.ºs 1 e 2, todos do Código de Processo Civil (doravante, CPC)].

Assinale-se, também, a existência no direito interno de um regime que pode ser visto, em termos gerais, como funcionalmente próximo daquele que, para o especial âmbito da responsabilidade civil decorrente de infrações às regras da concorrência, deverá ser criado através da transposição da diretiva; trata-se das regras constantes do art. 545 e, *ex vi* do mesmo, do art. 544, ambos do CC, que têm uma manifestação processual própria nos arts. 1045 a 1047 do CPC.

No que respeita, particularmente, à articulação da diretiva com o RJC, não parece que o regime do art. 81 deste último necessite de ser alterado, muito embora seja necessário *acobertar* as propostas de transação para efeitos do art. 6.º, n.º 6, da diretiva, que poderá partir de um *ajuste* no art. 32 (publicidade do processo e segredo de justiça), em particular o n.º 5, e no art. 33 (*acesso ao processo*).

5.2. Efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária

5.2.1. Efeitos das decisões nacionais

Nos termos do art. 9.º, n.º 1 da Diretiva n.º 2014/104/UE, *os Estados-Membros asseguram que uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais, ao abrigo do artigo 101 ou 102 do TFUE ou do direito nacional da concorrência*⁴³.

O n.º 2 do art. 9.º reporta-se ao valor probatório a atribuir, perante um tribunal nacional, às decisões definitivas que, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo, sejam proferidas [pelas autoridades competentes de outro] Estado-Membro, pelo que fica, assim, clarificado, que a norma desse n.º 1 se reporta a decisões definitivas de autoridades nacionais da concorrência, ou de tribunais de recurso de decisões daquela, do próprio Estado-Membro em cujo tribunal corra a ação de responsabilidade civil visando a indemnização por violação das regras da concorrência, da União ou nacionais.

5.2.1.1. Aproximações ao direito nacional

O aspeto considerado no antecedente n.º 5.2.1. aproxima-se do regime do valor da sentença transitada em julgado, salientando-se aqui o teor do art. 619,

43 Assinale-se, quanto às decisões da Comissão em matéria de *public enforcement*, que nos termos do art. 16, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003: “[q]uando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos [101 ou 102] do Tratado que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustentar a instância. [...]”. A regra foi, obviamente, concebida na perspetiva de uma apreciação jurisdicional de *public enforcement*, mas parece-nos que deve ser, igualmente, aproveitada para as ações de indemnização por violação do direito da concorrência.

n.º 1, do CPC, nos termos do qual, *transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida do mérito da causa, a decisão sobre a relação material controvertida fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 580 e 581, sem prejuízo do disposto nos artigos 696 a 702.*

Resulta desse preceito legal que a decisão judicial que, incidindo sobre o mérito da causa, considere demonstrada a existência de um comportamento violador do direito da concorrência, da União ou nacional, é obrigatória *fora do processo* no qual foi proferida.

Num estrito plano processualista-civil poderia, em tese geral, debater-se se essa *obrigatoriedade* abrange mais do que a parte dispositiva da decisão (eventualmente aplicando uma sanção que seja de confirmação, total ou parcial, de uma prévia decisão da AdC), alargando-se, igualmente aos seus fundamentos, *área* na qual repousa a consideração de se haver verificado um comportamento violador do direito da concorrência⁴⁴. Essa discussão, efetivamente realizada pela doutrina processualista (âmbito do caso julgado material), não pode ser aqui tida, nem tal teria cabimento no âmbito limitado deste escrito.

Na verdade, e perante o que agora se determina no n.º 1 do art. 9.º da Diretiva n.º 2014/104/UE, a referida discussão seria, neste âmbito, totalmente inútil: a correta transposição da norma da União implicará o estabelecimento de uma solução normativa interna que, no pressuposto da verificação de uma decisão da AdC que haja declarado uma infração ao direito da concorrência, nacional apenas ou também da União, e que seja definitiva – isto é, que seja já insuscetível de recurso⁴⁵ – ou de decisão judicial que, em via de recurso da decisão administrativa venha a ser proferida pelo tribunal competente⁴⁶, que seja, igualmente, definitiva, imponha o valor probatório da mesma, quanto a dar por demonstrada(s) a(s) infração(ões) em causa, para efeitos da decisão de um pedido de indemnização por danos ocasionados pela(s) mesma(s) instaurada perante os tribunais nacionais.

A solução jurídica com origem no direito da União desonera, assim, o demandante de uma autónoma demonstração de que a(s) infração(ões) ao direito da concorrência da União e/ou nacional se verificou(aram) – e, portanto,

44 Com preocupação próxima, Correia, 2008: 1784.

45 O que pode ocorrer por mais do que um motivo: (i) a caducidade do direito de impugnar a decisão da AdC (art. 87, n.º 1, do RJC); (ii) a confirmação judicial da declaração administrativa de verificação da infração por decisão judicial transitada em julgado, que pode provir do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 88, n.º 1, do RJC) ou, em via de recurso da decisão deste, do Tribunal da Relação.

46 *Idem.*

de que o(s) facto(s) em causa é(são) ilícito(s) e de que tem(êm) uma conformação dolosa ou negligente, conforme o caso – se antes se tiver verificado uma decisão administrativa (no caso português, da AdC) ou de um tribunal de recurso que, sendo já definitiva, haja declarado uma infração ao direito da concorrência, nacional apenas ou também da União.

A solução da Diretiva n.º 2014/104/UE suscita, assim, três notas. Antes de mais, não configura verdadeiramente uma exceção às regras nacionais comuns de distribuição do ónus da prova relativamente ao demandante (art. 342, n.º 1, do CC), porque não inverte a normal oneração através do estabelecimento de uma presunção técnico-legal, nem a libertação ou dispensa desse ónus (art. 344, n.º 1, do CC); na perspetiva da proteção da posição do demandante, está muito para além dela; na verdade, ao estabelecer que “[...] uma infração ao direito da concorrência declarada por decisão definitiva de uma autoridade nacional da concorrência ou por um tribunal de recurso seja considerada irrefutavelmente estabelecida para efeitos de ação de indemnização intentada nos seus tribunais nacionais ao abrigo do artigo 101 ou do artigo 102 do TFUE ou do direito nacional da concorrência”, a diretiva (art. 9.º, n.º 1) desonera o demandante da demonstração de que o comportamento que imputa ao demandado – e que foi antes imputado numa decisão administrativa ou judicial definitivas – é ilícito e é culposo: esses pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito estão estalecidos à partida; nessa medida, recai apenas sobre o demandante um ónus de alegação do ilícito como causa de pedir da indemnização, que demonstra através de prova pré-constituída, recaindo sobre ele, apenas, o ónus da prova do dano e do nexo de causalidade entre o comportamento ilícito e o dano (art. 342, n.º 1, do CC).

Como segunda nota assinala-se que não existe prejudicialidade da decisão administrativa/judicial que declare, definitivamente, a existência de infração às regras da concorrência, da União e/ou nacionais, relativamente à pendência de ações nas quais se requer a condenação em indemnização fundada na infração: a diretiva garante um direito à reparação dos danos “[...] a qualquer pessoa[,] singular ou coletiva [,] [...] independentemente de ser previamente declarada a infração por uma autoridade de concorrência” (considerando 13); isto significa, assim, que numa ação *stand alone* não constitui exceção dilatória a inexistência de uma prévia decisão administrativa/judicial que declare, definitivamente, a existência de infração às regras da concorrência, da União e/ou nacionais⁴⁷,

47 Próximo, Correia, 2008: 1776.

não obstante se entender que, se na pendência dessa ação se vier a verificar ter sido instaurado inquérito pela AdC, nos termos do art. 17, n.º 1, da LdC [não tendo sido o mesmo arquivado nos termos do art. 24, n.º 3, b), do RJC⁴⁸], tem o juiz titular do processo a que corresponda a ação cível de indemnização a faculdade de suspender a instância, até que seja proferida a decisão do processo iniciado pela AdC, nos termos do art. 272, n.º 1, do CPC⁴⁹⁻⁵⁰.

48 Saliente-se, a tal propósito, que o regime jurídico de transposição da diretiva deverá, a nosso ver, articular as ações *stand alone* com o disposto nos arts. 24, n.º 3, c) e d), da LdC.

49 Também o possível resultado *absolutório* naquilo que seja a decisão final de um processo contraordenacional iniciado pela AdC por infração às regras dos arts. 101 e 102 do TFUE e/ou dos arts. 9.º e 11 do RJC [cfr. antes de mais, o art. 24, n.º 3, b)] deverá ser articulado com o regime jurídico de transposição da diretiva no caso das ações *stand alone*; uma decisão da AdC, em sede de inquérito ou de instrução [art. 29, n.º 3, d), do RJC] que dê como não demonstrada a verificação de uma infração, nos termos já enunciados, por parte de uma empresa *visada*, ou uma decisão, no mesmo sentido, de um tribunal de recurso, em impugnação de decisão administrativa da AdC, que tivesse dado a infração por verificada, será, seguramente, fator de forte persuasão no sentido de ser vencido o demandante, mas não podem, em diverso sentido, desconsiderar-se dois aspetos: (i) que o demandante apresente a juízo meios de prova diversos dos considerados pela AdC ou pelo tribunal de recurso; (ii) que, ainda, que o demandante apresente os mesmos meios de prova que foram considerados pela AdC ou pelo tribunal de recurso, faça deles o tribunal comum diversa ponderação, o que, atento o princípio da independência dos tribunais judiciais, têm que admitir-se como entrando na esfera do permitido (próximo, Correia, 2008: 1776, n. 49, sustentado que “O ato de arquivamento significa apenas uma recusa de proceder. Não tem por efeito típico criar certa jurídica sobre o carácter legal da prática”). A propósito do(a) *visado(a)* seja-nos permitido aqui exercer contraditório a Silva, 2014: 12 e ss., quanto a uma invocada derrota de uma tese com “[...] zelo implacável [...]” pelo RJC, de criação de um estatuto processual: a preocupação que manifestei, em escrito de 2010, foi a de que fosse legalmente criado um estatuto para os *investigados* (para utilizar um expressão *agnóstica*), que clarificasse direitos e deveres processuais, tornando-os seguros e, assim, insuscetíveis de constituírem objeto de litigância e incerta decisão judicial; a promoção dessa situação de incerteza – ou, pelo menos, de indefinição legal – só serve os interesses de quem, em sede de *public enforcement*, entenda que os (bons) fins justificam todos os meios, ainda que desleais, ou, em sede de defesa, de quem usa de qualquer argumento, razoável ou absurdo, para criar dilações processuais; a tudo isto é indiferente a *evolução semântica* de *arguido* para *visado*, porque as palavras não são suscetíveis de operar *magia jurídica*: as meras palavras não têm a virtualidade de modificar a substância dos problemas. Compreende-se, por motivos que são conhecidos, que Silva apresente a defesa dos “[...] anos de prática decisória da AdC” (p. 31); para a sustentar invoca, aliás, “[...] o entendimento pacífico das instâncias judiciais de controlo das decisões daquela Autoridade”, para o que cita o significativo número de duas decisões (!); esta pronúncia suscita-nos as seguintes considerações: o RJC é parte de um sistema jurídico de matriz romano-germânica, no qual vigora o princípio da independência da magistratura judicial; demasiado contacto com o *case law* europeu não deve fazer-nos olvidar de que, exceto em via de recurso, um tribunal ou um juiz nacionais não estão sujeitos aos critérios de decisão de outros e podem, eles próprios, alterar os seus critérios de decisão; à incerteza da *opinio iuris* é preferível a certeza da existência de um critério legal expresso. Eis as razões pelas quais, *de iure condendo*, continuamos a manter a opinião formulada em 2010: em caso algum se aceita que as ambiguidades legais sejam objeto de promoção em sede de *opinio iuris*, o que só favorece interesses processuais ilegítimos.

50 A questão da prejudicialidade das decisões da AdC relativamente a ações de *private enforcement* havia sido analisada, em 2008, por Sérvulo Correia [2008: 1776], sustentando, então, o A. que “[...] no caso de improcedência [da] [...] ação própria do controlo jurisdicional da administração (*judicial review*) ou da sua não propositura dentro do prazo legal, a decisão da Autoridade da Concorrência terá de ser respeitada pelos outros tribunais”; não obstante concordarmos com a conclusão do A. – e no contexto do direito

A terceira nota prende-se com os efeitos que, no contexto geral do *private enforcement* do direito da concorrência perante os tribunais comuns nacionais possa ter uma decisão da AdC tomada nos termos do art. 10, n.º 3, do RJC, *inversa* de decisão que declare a existência de uma infração às regras da concorrência e que seja definitiva.

A questão suscitada não tem cobertura no âmbito da Diretiva n.º 2014/104/UE, conhecendo-se já uma manifestação doutrinária (SÉRVULO CORREIA), no sentido aparente da vinculatividade para os tribunais comuns da decisão da AdC, em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência, com o argumento de que tal decisão tem o efeito típico de “[...] criar certeza jurídica sobre o carácter legal da prática”⁵¹; permitimo-nos discordar: o efeito vinculativo sustentado pelo referido autor assenta num juízo da AdC, que pode, eventualmente, ser contraditado por meios de prova que esta não considerou na sua decisão, e que podem estar ao alcance do demandante, sendo que o tribunal é livre na sua apreciação probatória – que na falta de preceito legal expresso, que não é imposto pela diretiva, não se subordina à efetuada pela AdC –, o que, aliás, é a solução conforme aos princípios gerais da independência da magistratura judicial e da livre apreciação da prova produzida em juízo.

5.2.1.2. Conclusão setorial

Apesar de as soluções jurídicas suscitadas ao ordenamento interno pela necessidade de transposição do disposto no art. 9.º, n.º 1, da Diretiva n.º 2014/104/UE não nos parecerem globalmente antagónicas aos princípios gerais que, internamente, ordenam a matéria da distribuição do ónus da prova e de não ter sido aqui realizada uma abordagem material do possível – e provável – antagonismo da diretiva aos princípios do âmbito do caso julgado material⁵², a verdade é que o particularismo dessas soluções, *vindouras*, de direito interno compagina-se mal com a introdução de *redes de especialidades* dentro de diplomas de âmbito tão geral como o CC ou o CPC para o *microscópico*

interno anterior à Diretiva n.º 2014/104/UE – não é deslocado admitir alguma resistência judicial à mesma, sobretudo em situações em que a definitividade da decisão da AdC ocorra sem impugnação judicial, escorada nas considerações do princípio da independência da magistratura judicial e da determinação constitucional dos tribunais como órgãos de soberania; é, portanto, solução juridicamente muito mais segura aquela que, agora, deverá ser o resultado da transposição para o direito interno da norma do art. 9.º, n.º 1, da diretiva.

51 Correia, 2008: 1776, n. 49.

52 Que é sugerido por Correia, 2008: 1784.

âmbito das ações visando indenização por infração ao direito da concorrência. Este entendimento é de *matriz puramente negativa* (*como não deve ser feito*); a formulação de uma matriz positiva (*como deve ser feito*) será ensaiada no âmbito de conclusões gerais, a final.

5.2.2. Prazos de prescrição

Estabelece-se no art. 10 da Diretiva n.º 2014/104/UE um regime relativo às regras a que o direito interno dos Estados-Membros deve subordinar a prescrição “[...] para intentar ações de indenização” (n.º 1) por danos provocados por infrações às regras da concorrência, da União e/ou nacionais; a norma está referida a uma atuação processual, mas, verdadeiramente, o que está em causa é a substância do direito à reparação dos danos. Trata-se, portanto, de um regime de prescrição alheio ao que, no art. 74 do RJC, pode encontrar-se para o *public enforcement* do direito da concorrência.

Em termos civis, a prescrição constitui “[...] um efeito jurídico da inércia prolongada do titular do direito no seu exercício, e traduz-se em o direito prescrito sofrer na sua eficácia um enfraquecimento consistente em a pessoa vinculada poder recusar o cumprimento ou a conduta a que esteja adstrita. Se o credor, ou o titular do direito, deixar de o exercer durante certo tempo, fixado na lei, o devedor, ou a pessoa vinculada, pode recusar o cumprimento, invocando a prescrição”⁵³. O seu regime jurídico geral consta dos arts. 300 a 327 do CC, compreendendo o estabelecimento de um prazo ordinário (20 anos; art. 309), prazos reduzidos relativamente a certos direitos de caráter periódico (cinco anos; art. 310), um regime particular de prescrição presuntiva e regimes de suspensão e de interrupção do prazo prescricional. A responsabilidade civil conta com um regime de prescrição especial, constante do art. 495 do CC.

O n.º 1 do art. 10 da Diretiva n.º 2014/104/UE, por um lado, determina, que os Estados-Membros deverão assegurar um conjunto de regras relativas à prescrição do direito à indenização e, por outro lado, faz o enunciado das questões que as mesmas disciplinam (e que constituem a *tessitura* dos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo): (i) início do curso do prazo; (ii) duração do prazo; e, (iii) interrupção e suspensão do prazo.

Desse regime a fixar para a prescrição do direito à indenização do dano sofrido por infração às normas da concorrência, salienta-se, por um lado, um conjunto de circunstâncias, de verificação cumulativa, sem cujo conhecimento,

⁵³ Vasconcelos, 2014: 380.

ou razoável presunção de conhecimento, por parte do lesado, o curso do prazo não se inicia (n.º 2) e, por outro lado, a solução apontada caso uma autoridade nacional de concorrência “[...] tom[e] medidas no âmbito de uma investigação ou de um processo relativo a uma infração [...] com a qual a ação de indemnização esteja relacionada”: os direitos nacionais devem assegurar que o prazo de prescrição sofre – consoante os sistemas nacionais – a ação de uma causa de suspensão ou de interrupção, que só cessa o seu efeito, no mínimo, um ano após ter sido proferida decisão em matéria de infração e de se ter tornado definitiva ou depois de o processo ter sido de outro modo concluído (n.º 4); a construção gramatical da regra é complexa, mas o seu sentido é meridianamente claro: iniciando a autoridade nacional um procedimento relativo a um indício de infração, o prazo prescricional que eventualmente se encontra já a correr (por se terem já verificado todas as circunstâncias a que alude o n.º 2) deixará de correr e só será retomada a contagem após decisão definitiva (da autoridade que instaurou o procedimento ou de instância de revisão da sua decisão), seja a mesma no sentido de declarar uma infração ou não; o recomeço da contagem do prazo terá que garantir, no mínimo, o intervalo de um ano, contado desde o momento em que a referida decisão se tornou definitiva.

Os Estados-Membros devem ainda assegurar um prazo mínimo de prescrição de cinco anos do direito à indemnização pelo dano sofrido.

Num contexto comparativo do que acaba de referir-se com o regime comum da prescrição, bem como com o regime especial da mesma em sede de responsabilidade civil, podem analisar-se aspetos de compatibilidade, parcial ou total, como é caso do disposto no art. 306, n.º 1 (início do curso da prescrição), e no art. 309 (prazo ordinário de prescrição, que é de 20 anos), mas também de desconformidade, como é o caso da regra do art. 495 (prazo de prescrição do direito de indemnização: três anos contados do conhecimento do direito pelo lesado), todos do CC. Não é, todavia, concebível, que um regime tão complexo quanto o do art. 10 da diretiva possa acomodar-se dentro do CC sem indesejáveis distorções sistemáticas deste e com prejuízo da desejável ampla generalidade dos regimes que a ele se acolham.

5.2.3. Responsabilidade solidária

Determina-se no art. 11, n.º 1, da Diretiva n.º 2014/104/UE que os Estados-Membros asseguram que as empresas que infringem o direito da concorrência por meio de um comportamento conjunto sejam solidariamente responsáveis pelos danos causados pela infração [...]; cada uma dessas empresas fica obri-

gada a reparar integralmente os danos, e o lesado tem o direito de exigir reparação integral de qualquer uma delas até ser indemnizado na íntegra.

A esta norma central, o referido art. 10 permite o estabelecimento de exceções em relação a pequenas e médias empresas (n.º 2), que podem ver o âmbito da sua responsabilidade civil limitado ao universo dos seus próprios adquirentes, diretos e indiretos (o que lhes evita responsabilidade perante o universo de todos os lesados), se se verificarem condições de muito reduzidas quotas de mercado e a responsabilidade solidária perante todos os lesados conduziisse a um risco de inviabilidade económica e desvalorização total de ativos. Atente-se, todavia, no facto de a exceção conferida pelo n.º 2 do art. 11 comportar *contraexcepções*, constantes do n.º 3 do mesmo artigo.

Uma limitação da responsabilidade aos danos provocados a certos lesados está também prevista para as empresas que, em sede de *public enforcement*, hajam beneficiado de dispensa de coima (art. 11, n.º 1), que se amplia ao universo da totalidade dos lesados quando “[...] não puder ser obtida reparação integral [através da reparação imposta] às outras empresas implicadas na mesma infração ao direito da concorrência” [al. b)]. Com esta solução, a União procura firmar um equilíbrio entre a efetividade do *public enforcement* (cfr. o art. 6.º, n.º 6, da Diretiva) e o direito à reparação integral dos danos aos lesados, em sede de *private enforcement*, na qual se denota, todavia, alguma prevalência do último⁵⁴, uma vez que a proteção máxima da eficiência do primeiro passaria, ou por excluir a reparação dos danos aos lesados pelo infrator que beneficia de clemência ou por separar em absoluto a sua responsabilidade civil da dos restantes participantes na infração (responsabilidade conjunta); ao contrário, a Diretiva n.º 2014/104/UE estabeleceu a responsabilidade solidária da empresa que beneficia de *clemência*, cujo limite mínimo se situa na lesão gerada nos seus adquirentes ou fornecedores, diretos ou indiretos, e, o máximo, nas lesões sofridas pelo universo dos lesados.

A transposição deste conjunto de regras para o direito interno nacional não deverá gerar dificuldades de maior, atento o disposto nos arts. 513 e 497, ambos do CC, todavia, e em consonância com o que já se referiu, a outro propósito, é indesejável que o mesmo não venha a integrar o regime civil da responsabilidade por facto ilícito, em razão do prejuízo que trará à ampla generalidade dos regimes que a ele se acolham.

54 Cfr. o considerando 38 da Diretiva n.º 2014/104/UE.

5. CONCLUSÃO

Concluindo se dirá que a análise aqui efetuada quanto aos regimes estabelecidos pela Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, sobre (i) a divulgação de elementos de prova, (ii) os efeitos das decisões nacionais; e, (iii) os prazos de prescrição e a solidariedade da responsabilidade, em matéria de *private enforcement* do direito da concorrência aconselha, em sede de transposição das mesmas para o direito interno – e atentos os seus particularismos, fragmentários em relação a diversas regulações gerais, civis e processuais civis –, que a mesma seja efetuada em diploma autónomo, fundado numa unidade normativa orgânico-funcional, que o ligue à particularidade da responsabilidade civil decorrente do ato ilícito que corresponde a uma infração ao direito da concorrência, nacional e/ou da União, o que será, igualmente, conseguido optando-se pela inclusão da matéria em capítulo próprio, aditado ao vigente RJC.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de
2010 *Direito Processual Civil*, Vol. I, Coimbra: Almedina.
- ASHTON, David & HENRY, David
2013 *Competition Damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham/UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar.
- BRODER, Douglas F.
2005 *A guide to US Antitrust Law*, London: Thompson/Sweet & Maxwell.
- CORDEIRO, António Menezes
2012 *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.
- CORREIA, J. M. SÉRVULO
2008 “Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais civis”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra: Almedina.
- CUNHA, Celso & CINTRA, Luís F. Lindley
2010 *Nova gramática do português contemporâneo*, 19.^a ed., Edições João Sá da Costa.
- FROUFE, Serafim Pedro Madeira
2009 *A reforma do direito comunitário da concorrência: o sentido descentralizador e/ou recentralizador do Regulamento CE nº 1/2003*, Universidade do Minho, Braga.
- LEITÃO, Adelaide Menezes
2009 *Normas de Proteção e danos puramente patrimoniais*, 2007, disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/166/2/16651_2_-_tese.pdf (publicação: Coimbra: Almedina).
- MORAIS, Luís Silva
2014 “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe: Legal Issues”, in Lowe, Marquis, Editors, *European Competition Law Annual 2011 – Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing.
- SILVA, Miguel Moura e
2014 “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 35, jan.-mar, pp. 9-45.
- ROSSI, Leonor & FERRO, Miguel Sousa
2012 *Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law, Concorrência & Regulação*, n.º 10, Ano 3, abr.-jun., pp. 91-141.
- SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão

2014 *Direito Económico*, Coimbra: Almedina, 7.^a ed.

SILVEIRO, Fernando Xarepe

2012 *O regime jurídico da clemência na nova lei da concorrência: novas valências, novos desafios*, *Concorrência & Regulação*, n.º 1, Ano 3, abr.-jun., pp. 252-281.

WILSON III, Thomas M., AUSTIN, Page I., COOPER, Ellen S., FARMER, Susan Beth & PAPAGEORG, Thomas A.

1988 *Antitrust federalism: the role of state law*, ABA [s.1].

ENTRE EFICIÊNCIA E DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NOS PAÍSES EM VIAS DE DESENVOLVIMENTO*

Lúcio Tomé Feteira

ABSTRACT: The present article espouses the idea that there is no such thing as a “one size fits all” solution for the design and implementation of competition law in developing countries. In that light, the successful application of competition law in developing countries hinges on a number of specific factors that, although not exclusive to such jurisdictions, are found in greater abundance in developing countries. While recognising that developing countries are afflicted by particular concerns that should not be ignored by competition law, this article pleads in favour of introducing specific adjustments rather than turning competition law into a blunt and rather ineffective development tool.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A Globalização do DdC (e os seus descontentes). 2.1. O consenso de Washington e a expansão do DdC. 2.2. Críticas à expansão do DdC. 2.3. O déficit de aplicação do DdC. III. Os Países em Vias de Desenvolvimento e o DdC. 3.1. Os países em vias de desenvolvimento. 3.2. Função do DdC nos países em vias de desenvolvimento. IV. Perspetiva Interna (i): Configuração (*Design*) do DdC. 4.1. Introdução. 4.2. Configuração (*Design*) das normas jusconcorrenciais. V. Perspetiva Interna (ii): Implementação (*Enforcement*) do DdC. 5.1. Considerações gerais sobre a implementação do DdC. 5.2. Arquitetura institucional: os diferentes modelos institucionais. 5.3. Garantias no desempenho das funções. 5.4. O papel da ENDC na *competition advocacy*. VI. Perspetiva Externa: os Limites à Eficácia do DdC. 6.1 Introdução. 6.2. As tentativas de criação de um DdC global. VII. Conclusão.

* O presente artigo corresponde à adaptação do relatório apresentado no âmbito do programa de pós-doutoramento na especialidade de ciências jurídico-económicas levado a cabo durante o ano académico 2013/2014 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob a orientação do Prof. Doutor Luís D. S. Morais. Os elementos legislativos, jurisprudenciais e doutrinários referidos no texto encontram-se atualizados à data de 31 de dezembro de 2014, constituindo a mesma data o termo de referência para a interrupção da investigação. Atenta a dimensão do relatório optou-se por incluir a listagem da principal bibliografia utilizada, podendo as demais referências ser obtidas junto do autor através do endereço de e-mail lucio.feteira@fd.unl.pt

I. INTRODUÇÃO

Independentemente da posição que se tome relativamente à adequação do sistema de defesa da concorrência vigente nos EUA e na UE à realidade dos países em vias de desenvolvimento, o *antitrust* norte-americano e o Direito da Concorrência (DdC) europeu permanecem pontos de referência incontornáveis. Além do seu papel enquanto modelos inspiradores das legislações de defesa da concorrência, aspeto mais frequentemente referido pela literatura, as experiências norte-americana e europeia são igualmente valiosas a, pelo menos, três outros títulos que cumpre meramente enunciar a título introdutório.

Desde logo, a discussão sobre os desafios à configuração e implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento justifica-se, *de jure condendo*¹, na medida em que da adoção e aplicação de normas de defesa da concorrência resultem benefícios para estes países. Ainda que se possa discutir a sua natureza e, porventura com maior pertinência, o horizonte temporal em que esses benefícios surtirão efeitos palpáveis, a premissa subjacente à discussão é a de que o DdC pode ter um contributo positivo a dar aos países em vias de desenvolvimento, contributo esse que passa necessariamente pelo aspeto económico mas que, segundo se crê, se projeta igualmente numa dimensão mais lata de promoção e tutela da liberdade económica individual. Ainda que este último aspeto não seja frequente invocado na literatura que se tem ocupado do tema, a sua pertinência encontra um paralelo histórico nas raízes intelectuais do *antitrust* nos EUA² e do DdC na Europa³, embora tal não dispense uma reflexão autónoma em sede de países em vias de desenvolvimento. A correlação entre liberdade política e liberdade económica (e o papel do DdC na tutela desta última), aliada ao facto de o DdC não dever ser indiferente às consequências da concentração do poder económico⁴, mormente em razão das transferências de riqueza resultantes de comportamentos restritivos da concorrência⁵, não se

1 *De jure condito* a questão muitas vezes não se coloca na medida em que a adoção de um regime de defesa da concorrência resulta da vinculação dos Estados a obrigações assumidas no âmbito de acordos e tratados internacionais, como tem sucedido amiúde com os países em vias de desenvolvimento.

2 Sobre este ponto ver, em geral, Peritz, 2008: 10. Para uma visão global do desenvolvimento do DdC nos EUA, ver Morais, 2009a: 59 ss.

3 Nesta matéria é incontornável a referência ao pensamento Ordoliberal. Sobre a matéria, ver por todos Gerber, 1998; e também Patel & Schweitzer, 2013.

4 Embora a dispersão do poder económico não seja – ou não deva ser – por si só um objetivo do DdC, as consequências associadas à concentração do poder económico não devem ser ignoradas pelo DdC.

5 Sobre o papel deste aspeto no contexto da aprovação do *Sherman Antitrust Act*, ver Morais, 2009a: 69.

afiguram despiciendas no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Com efeito, estes exibem um conjunto de características comuns (elevados índices de pobreza, acentuadas assimetrias sócio-económicas, consideráveis níveis de concentração económica, dimensão da economia informal, etc.) que agravam o impacto das restrições da concorrência e que conferem particular relevo à interação entre a liberdade política e a liberdade económica individual. Em concreto, pretende-se aludir à circunstância de a tutela da liberdade económica ser não apenas portadora de um conjunto de benefícios económicos imediatos (acréscimos de bem-estar para os consumidores e para a sociedade em geral) e mediatos (crescimento económico, maior competitividade, diminuição da taxa de desemprego, redistribuição da riqueza) indispensáveis ao exercício da liberdade individual⁶, mas poder também contribuir decisivamente para a promoção da mobilidade económica dos indivíduos no seio da sociedade em que se inserem e para a sua emancipação (*empowerment*) através de uma efetiva participação na vida económica⁷.

A experiência europeia evidencia, além da estreita ligação entre a defesa da concorrência e a tutela da liberdade económica individual, dois outros aspetos que se julga de relevo para os países em vias de desenvolvimento. O primeiro remonta à experiência histórica que constituiu a tentativa falhada de moldar o DdC alemão do pós-guerra à imagem e semelhança do *antitrust* norte-americano⁸, cuja referência nesta sede serve para corroborar a ideia transversal da inexistência de um modelo único de DdC (neste particular, *'one size [does not] fit all'*) e alertar para os riscos inerentes a qualquer tentativa de 'exportar' em bloco o DdC dos países desenvolvidos sem atender a particularismos do contexto político, sócio-económico e cultural dos países destinatários. O segundo prende-se com o papel do projeto europeu – o qual, recorde-se, começou por ser um projeto de integração económica – na implantação e consolidação do DdC na Europa, papel esse que é a vários títulos irreproduzível mas do qual se retiram, julga-se, algumas ilações úteis para os desa-

6 Como bem refere Stiglitz, 2001: “[s]trong competition policy is not just a luxury to be enjoyed by rich countries, but a real necessity for those striving to create democratic market economies”. Já os estudos empíricos sobre o papel do DdC nos processos de democratização apontam para a sua relevância *indireta* através da elevação do nível de vida das populações; sobre este ponto, ver o estudo empírico de Petersen, 2013: 593-636.

7 Neste sentido ver, por exemplo, Drexler, 2012: 249-251 e Fox, 2012: 280-286.

8 Sobre esta tentativa gorada e a tumultuosa pré-história da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), ver Murach-Brand, 2004. Noutro quadrante geográfico, refira-se a tentativa de implantação do *antitrust* no Japão do pós-guerra; sobre o assunto ver, por exemplo, Gerber, 2010: 143-151.

fios que os países em vias de desenvolvimento enfrentam na configuração e implementação de um sistema de defesa da concorrência, mormente no que respeita às potencialidades oferecidas por projetos de integração económica regional para a introdução de regras de defesa da concorrência de âmbito supranacional que permitam superar algumas das fragilidades inerentes ao DdC de âmbito nacional⁹.

Feita esta introdução, o objetivo do presente artigo é retomar e aprofundar reflexões iniciadas noutra sede¹⁰, visando com isso ensaiar uma abordagem mais abrangente à temática da aplicação do DdC nos países em vias de desenvolvimento a partir de dois eixos: o da configuração (*design*) e o da implementação (*enforcement*) das normas de DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento. De entre as possíveis abordagens ao tema, optou-se por uma abordagem uma análise macroscópica e jurídico-económica do DdC nos países em vias de desenvolvimento – em alternativa ao estudo aprofundado de alguns exemplos (*case studies*) – por se julgar que esta opção, ainda que não isenta de riscos, proporciona uma reflexão mais abrangente – e tanto quanto se conhece inédita no panorama da literatura jurídica nacional – dos problemas fundamentais do DdC nos países em vias de desenvolvimento.

A globalização do DdC, ou seja, a expansão sem precedentes do número de regimes de defesa da concorrência ocorrida a partir da segunda metade da década de oitenta do século passado, constitui o ponto de partida – e de certo modo a justificação – da investigação que suporta o presente artigo (§ 2). Com efeito, foi com a expansão do DdC que numerosos países em vias de desenvolvimento se viram pela primeira vez confrontados com o desafio de introduzir nos respetivos ordenamentos jurídicos normas de defesa da concorrência e de se dotarem de uma estrutura institucional – na maior parte dos casos criada *ex novo* – apta a aplicá-las. Por outro lado, a generalização do DdC ocorre num contexto mais vasto de implementação de um conjunto de políticas económicas, financeiras e fiscais vulgarmente designado como *consenso de Washington* (secção 2.1). Circunstancialismos vários ditaram que a

9 Sobre o papel positivo dos projetos de integração regional na introdução de normas de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento ver, por todos, Drexler, Bakhoun, Fox, Gal & Gerber, 2012.

10 Tomé Feteira, 2013: 91-118. Tratou-se de uma breve reflexão sobre a temática do DdC nos países em vias de desenvolvimento a partir da análise da interligação entre desenvolvimento, transferência de tecnologia e DdC e no contexto de um projeto académico mais abrangente subordinado à temática “Human Rights and New Technologies”/“Direitos Humanos e Novas Tecnologias” (vide Cunha, Andrade, Lixinski & Feteira, 2013).

adoção das políticas que integravam o consenso de Washington – e entre as quais se encontrava precisamente a política de concorrência – suscitasse viva oposição da parte de alguns setores, oposição essa que se estendeu ao DdC e que se traduziu no entendimento de que o mesmo seria supérfluo se não mesmo prejudicial aos países em vias de desenvolvimento (secção 2.2)¹¹. Em todo o caso, uma análise mais ponderada da realidade revela que, pese embora a expansão do DdC, poucos são os países que efetivamente o aplicam (secção 2.3), pelo que a *damnatio memoriae* que se estendeu ao DdC carece porventura de real justificação.

A compreensão das razões por detrás deste déficit de implementação (§ 3) obriga-nos a delimitar com maior precisão a realidade multiforme dos países em vias de desenvolvimento (secção 3.1, sub-secção 3.1.1), socorrendo-nos do extenso trabalho desenvolvido pela análise económica do direito (*law & economics*) com o intuito de surpreender os traços fundamentais que caracterizam estes países e cuja relevância para a configuração e implementação do DdC justifica a referência que lhes é feita nesta sede (secção 3.1, sub-secção 3.1.2). Não sendo seguramente a única via, o recurso à análise económica do direito afigura-se uma via privilegiada para identificar elementos comuns aos países em vias de desenvolvimento que se situam para além da dispersão geográfica e da multiplicidade cultural e sócio-económica que os caracteriza e cujo impacto na configuração e implementação do DdC não deve ser subestimado. A delimitação da realidade constituída pelos países em vias de desenvolvimento contrapõe-se não só à dos países desenvolvidos, mas também à dos países subdesenvolvidos. A implantação do DdC nestes últimos afigura-se pouco viável – se não mesmo contraproducente –, desde logo pela ausência de um conjunto de pré-condições que possibilitem a introdução de regras de concorrência com uma mínima probabilidade de sucesso (secção 3.2). A referência a estas pré-condições torna-se assim necessária como ponto de partida para a implantação de normas de defesa de concorrência.

Identificados os traços essenciais dos países em vias de desenvolvimento, impõe-se analisar o seu impacto na configuração e implementação do DdC seja numa perspetiva *interna* (§§ 4-5), a qual compreende a questão *configuração* (§ 4) e a da *implementação* (§ 5) do DdC, seja numa perspetiva *externa*

11 Sintetizada na ideia de que a implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento equivalia a “giving a silk tie to a dying man” (Godek, 1992: 20). O autor acrescentava ainda: “It is superfluous; a starving man has much more immediate needs. And if the tie is knotted to tightly he won’t be able to eat what little there is available to him” (*idem, ibidem*).

(§ 6), a qual convoca a questão dos limites da eficácia do DdC. A separação de perspectivas, assim como a distinção entre configuração e implementação, tem um valor meramente analítico, isto é, não visa traduzir nenhuma ordem de prioridade ou de precedência mas tão-somente permitir maior clareza na exposição dos obstáculos com que se debatem os países em vias de desenvolvimento na introdução e efetiva implementação do DdC (secção 4.1). Assim, a perspectiva interna começará pela análise da questão dos *objetivos* a prosseguir pelo DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento (secção 4.2, subsecção 4.2.1), debate que gravita em torno dos polos *eficiência e/ou desenvolvimento*. Seguem-se algumas considerações de *legística* em torno da elaboração das normas (secção 4.2, subsecção 4.2.2), procurando levar em consideração debilidades institucionais de diversa ordem que condicionam a interpretação e aplicação das mesmas no contexto dos países em vias de desenvolvimento. No que à parte *substantiva* respeita, isto é, os *comportamentos* anticoncorrenciais (secção 4.2, subsecção 4.2.3) e as *estruturas* de mercado (secção 4.2, subsecção 4.2.4) visados pelas normas jusconcorrenciais, impõem-se considerações mais detalhadas, tendo em conta as características dos países em vias de desenvolvimento, bem como os problemas jusconcorrencais que os afetam com maior premência, a começar pela ausência de uma cultura de concorrência. A análise é necessariamente genérica, fiel à máxima de que não existe um *one size fits all*, mas ainda assim dá por adquiridos alguns elementos invariáveis que podem constituir um ‘ponto de Arquimedes’ na tarefa de dotar um país em vias de desenvolvimento de um regime de defesa da concorrência. A análise das condicionantes internas terminará com uma breve incursão pela temática das *sanções* (secção 4.2, subsecção 4.2.5), mormente a sua natureza e determinação.

A perspectiva interna prosseguirá com a análise das condicionantes à *implementação* do DdC (§ 5), no âmbito da qual se focarão dois aspetos essenciais respeitantes ao perfil da entidade encarregue da defesa da concorrência: a estrutura institucional e as garantias no exercício da função de defesa da concorrência (secção 5.1). No âmbito da *estrutura institucional* passar-se-ão em revista as principais opções no respeitante à arquitetura institucional, referindo-se as suas principais vantagens e desvantagens no contexto dos países em vias de desenvolvimento (secção 5.2). No que respeita às *garantias*, importa referir um conjunto de mecanismos cuja implementação se revela indispensável ao exercício transparente, independente e eficaz da defesa da concorrência (secção 5.3). Atenta a generalizada ausência de uma cultura de concorrência nos países

em vias de desenvolvimento, a *competition advocacy* constitui um importantíssimo elemento da política da concorrência e uma das funções mais importantes que a autoridade competente para a defesa da concorrência deverá ser chamada a desempenhar, razão pela qual merecerá uma referência autónoma nesta sede (secção 5.4).

Segue-se a análise das condicionantes *externas* à aplicação do DdC (§ 6), as quais repousam na tensão entre o âmbito territorial de aplicação dos ordenamentos nacionais – ainda que com importantes atenuações nos países desenvolvidos – e o carácter multijurisdicional de muitas práticas anticoncorrenciais (secção 6.1), mormente as mais gravosas para os países em vias de desenvolvimento. Uma resposta cabal aos desafios colocados pela limitação territorial do DdC passaria pela criação de um quadro normativo de aplicação global – um verdadeiro Direito internacional da concorrência (*global antitrust*) – o qual, todavia, não existe nem se perspectiva que venha a existir num futuro próximo. Ainda assim, cumpre fazer referência a um conjunto de tentativas de âmbito *multilateral*, à cabeça das quais se destaca a introdução de normas de direito da concorrência em sede de OMC, que visaram a criação de um conjunto de normas de DdC à escala internacional (secção 6.2, subsecção 6.2.1), bem como outras tentativas, desta feita pela via *unilateral*, para atingir o mesmo desiderato (secção 6.2, subsecção 6.2.2). Mais recentemente tem-se vindo a afirmar uma ‘terceira via’, a qual passaria pela cooperação entre países em vias de desenvolvimento no contexto de projetos de integração económica regional (secção 6.3), via essa promissora mas cujos resultados e potencial devem ser analisados de forma realista.

Concluído este percurso, cumpre extrair conclusões, tarefa que será levada a cabo em sede de considerações finais (§ 7).

II. A GLOBALIZAÇÃO DO DDC (E OS SEUS DESCONTENTES)

2.1. O *consenso de Washington* e a expansão do DdC

Até à década de 70 do século passado, as normas jusconcorrenciais permaneciam fundamentalmente ligadas a duas grandes jurisdições: os EUA e a (então) Comunidade Económica Europeia (e por via desta última, aos Estados-Membros que a compunham). Este estado de coisas é explicável pela conjugação de dois fatores: no plano internacional, o fracasso de diversas tentativas que tiveram por escopo a criação de um Direito internacional da concorrência, as quais remontam ao esforço malgrado de instituir a Organização Interna-

cional do Comércio através da Carta de Havana (1948)¹² e prosseguiram ao longo de décadas sempre com resultados assaz limitados¹³; no plano nacional, e salvo honrosas exceções (pense-se nos casos Canadá e Japão, nomeadamente)¹⁴, a ausência generalizada de uma cultura de concorrência fora do espaço dos EUA e da CEE, o que explica a circunstância de o DdC ter permanecido largamente irrelevante fora destas jurisdições até há poucas décadas atrás.

Foi tão-somente no período entre a segunda metade da década de 80 e a primeira metade da década de 90 do século XX que se começou a assistir a uma expansão sem precedentes à escala global do número de regimes de defesa da concorrência¹⁵. Este fenómeno revestiu-se de duas características inéditas: de um ponto de vista *quantitativo*, o número de países que adotaram normas de defesa da concorrência cresceu exponencialmente de pouco menos de trinta na primeira metade da década de 70 para cerca de setenta em finais de 1996, ultrapassando atualmente a centena¹⁶. De um ponto de vista *qualitativo* a adoção de regimes de defesa da concorrência deixou de ser um (quase) exclusivo dos países desenvolvidos – como sucedeu até à primeira metade da década de 80 – alargando-se a numerosos países em vias de desenvolvimento espalhados pela América Latina, África e Ásia¹⁷. O alargamento sem precedentes do DdC à escala global, passando a incluir um número significativo de países em vias de desenvolvimento, suscitou problemas específicos resultantes do choque entre normas concebidas e aplicadas num contexto socioeconómico, cultural e político que era a vários títulos diverso ou mesmo estranho

12 A associação entre os esforços de liberalizar o comércio mundial e de instituir um conjunto de normas que versasse sobre a defesa da concorrência ao nível internacional prosseguiu, com intermitências, até ao ano de 2004, altura em que a OMC deixou cair o segundo objetivo em prol da obtenção de progressos no primeiro. Sobre este ponto Drexler, 2004: 425-431.

13 O ponto será retomado infra em § 6. Sobre o assunto veja-se por todos Gerber, 2010: 33 ss.

14 Para uma panorâmica do DdC em ambos os países, ver os respetivos capítulos da autoria de Iacobucci, Trebilcock & First e Shiraishi in Fox & Trebilcock, 2013: 109-148 e 231-265. A história do DdC no Japão oferece vários pontos de reflexão a propósito da resistência da cultura local – no caso vertente, uma cultura que privilegia a cooperação e se mostra avessa ao conflito social – à implantação do DdC.

15 Sobre a proliferação do DdC nos países em vias de desenvolvimento ver os dados compilados por Kronthaler, 2007: 26-29. Referindo-se especificamente ao facto de o fenómeno datar dos anos 80, o Autor reporta-se a um estudo de 1998, referindo que “79% of these laws were enacted subsequent to 1980, and of these, 61% in or after 1990” (Kronthaler, 2007: 26). Sobre as razões que levaram a esta ‘explosão’ do DdC à escala global, ver Gerber, 2010: 74 ss.

16 Kronthaler, reportando-se a um estudo de 2005, refere um total de 102 países (Kronthaler, 2007: 27), mas dados mais recentes compilados por Kovacic apontam para um número superior a 120.

17 Ver os dados fornecidos em Kronthaler, 2007: 27-28.

aos países em vias de desenvolvimento. Inicialmente estes aspetos pouca ou nenhuma atenção mereceram¹⁸, circunstância que muito contribuiu para que amiúde a adoção de normas de defesa da concorrência não se concretizasse na sua efetiva aplicação, ou seja, em várias jurisdições as normas de defesa da concorrência permaneceriam, por razões de diversa ordem, letra morta. Como bem refere Kovacic:

*“Adopting moribund competition laws with no means or realistic strategy for effective implementation is not a harmless exercise. In transition economies, the process of drafting and enacting hollow legal commands consumes precious human and political capital that otherwise might be used to solve pressing problems of transition. Establishing unenforceable or erratically applied laws increases uncertainty and risk for private entrepreneurs operating in what are already precarious and unpredictable business conditions. For the public, empty legal reforms feed cynicism about the rule of law and the value of economic and political decentralization.”*¹⁹ [ênfase em itálico nosso]

Considerando que a esmagadora maioria destes sistemas jurídicos não tinha até então qualquer cultura da concorrência, compreende-se que a introdução de normas jusconcorrenciais se tenha ficado a dever, pelo menos num primeiro momento, a fatores essencialmente *exógenos*. Estes fatores ditaram a adoção, quando não mimetização, de normas de defesa de concorrência diretamente inspiradas no DdC dos países desenvolvidos, no contexto de um conjunto mais vasto de políticas económicas genericamente designadas como o *consenso de Washington*²⁰. Na sua versão original, o *consenso de Washington* referia-se a um conjunto de dez políticas económicas que mereciam a concordância do poder político e das instituições financeiras em Washington – *et pour cause* da maioria dos países desenvolvidos – e cuja adoção pelos países menos desenvolvidos foi

18 À parte de alguns estudos pioneiros, dentre os quais cumpre distinguir os contributos de William E. Kovacic, o interesse da literatura jurídica pelo tema é recente. Para além das obras mencionadas ao longo destas páginas, importa referir as monografias editadas no âmbito da coleção *Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht*, da responsabilidade do Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law [atualmente Max Planck Institute for Innovation and Competition] de Munique e publicadas sob a chancela da editora Stämpfli, as quais se ocupam amiúde de questões relacionadas com a implantação do DdC em países em vias de desenvolvimento.

19 Kovacic, 1998: 404.

20 Sobre a história do “*consenso de Washington*” e as ideias por detrás do mesmo contada por um dos seus mentores, ver Williamson, 2004a.

fortemente encorajada no contexto da sua adaptação à economia de mercado após o fim da Guerra Fria. Entre estas políticas económicas incluíam-se a privatização e desregulação da economia, ou seja, a abertura à concorrência de setores até então vedados à mesma e a redução de barreiras à entrada e saída do mercado²¹.

Independentemente do bem-fundado das suas intenções iniciais, a expressão *consenso de Washington* viria a tornar-se “*the center of fierce ideological controversy*”²², na medida em que a mesma seria associada ao monetarismo, a políticas macroeconómicas de estímulo à oferta (*supply-side economics*) e à redução do Estado às suas funções mínimas essenciais, três ideias caras à vaga neoliberal do início dos anos 80²³. Ainda que poucos tenham sido os governos que efetivamente implementaram a totalidade das políticas que integravam o *consenso de Washington* e ainda que os resultados obtidos tenham variado, na memória coletiva o *consenso de Washington* e as políticas que o integravam (incluindo a de concorrência) permaneceram associados ao agravamento da pobreza e das assimetrias sócio-económicas nos países em vias de desenvolvimento²⁴.

Importa também referir que o contexto em que se deu a adoção de sistemas de defesa da concorrência nos países menos desenvolvidos correspondeu menos à persuasão das elites políticas e tecnocráticas sobre o bem-fundado do DdC e mais à negociação de um conjunto mais vasto de medidas de privatização e

21 Outras políticas incluíam (i) disciplina fiscal, (ii) reorganização das prioridades da despesa pública, (iii) reforma fiscal, (iv) liberalização da taxa de juro, (v) adoção de uma taxa de câmbio competitiva, (vi) liberalização do comércio, (vii) liberalização do influxo de investimento direto estrangeiro (*foreign direct investment*) e (viii) distribuição e tutela de direitos de propriedade (*property rights*); ver Williamson, 2004a: 3-4; e também Williamson, 2004: 3-11.

22 Williamson, 2004a: 1. Como o próprio Autor reconhece (Williamson 2004a: 5), a versão original do *consenso de Washington* incluía, pelo menos, duas políticas que estavam longe de ser consensuais mesmo em Washington: a liberalização do mercado financeiro desacompanhada da implementação de mecanismos de supervisão; e a política para a taxa de câmbio, à qual Washington parecia preferir opções mais extremadas de controlo estrito ou liberalização cambial. Por outro lado, batizar o consenso como sendo *de Washington* – quando na verdade se tratava de medidas adotadas pela maioria dos membros da OCDE e com largo sucesso – alimentou críticas de que o que estaria em causa era tão-somente um exercício de imperialismo económico (Williamson 2004a: 6).

23 Refutando a associação da versão original do *consenso de Washington* a estas políticas, ver Williamson, 2004a: 2 e 7, embora o Autor reconheça que a expressão se tornou polissémica e que uma das suas aceções – porventura aquela que se tornou mais comum – é indissociável do neoliberalismo ou, como os seus adversários mais encarniçados lhe chamam, do fundamentalismo de mercado (Williamson, 2004a: 7). Ver também a referência e a resposta às críticas de *Stiglitz* e *Rodrik* em Williamson, 2004: 13-17.

24 Referindo-se à falta de implementação das políticas recomendadas pelo *consenso de Washington* na América Latina, ver Peña, 2006: 733 (“*It is important to point out that these recommended policies have not been fully implemented by any of the region’s governments and their impact has varied in each country*”).

desregulação num contexto de ajuda – quando não de emergência – financeira ou liberalização do comércio e cuja aceitação pelos países beneficiários da ajuda financeira constituía condição prévia e necessária para o acesso à mesma ou para a integração em blocos económicos mais vastos²⁵. No seu conjunto, estas medidas visavam a liberalização, desregulação e privatização da economia dos países beneficiários, três ideias caras ao *consenso de Washington*.

Além da sua associação ao *consenso de Washington* e do contexto específico em que alguns dos regimes de defesa da concorrência foram adotados, uma terceira razão contribuiu igualmente para a hostilidade que a expansão do DdC suscitou em alguns quadrantes. Com efeito, a introdução de regimes de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento obedeceu na maioria dos casos a uma lógica de mimetização dos regimes vigentes nos países desenvolvidos, descurando ou não curando suficientemente das especificidades locais e da sua relevância para a implementação de um novel corpo de regras e de instituições²⁶. Os efeitos desta mimetização foram tanto mais gravosos quanto, na maioria dos casos, a mesma não foi precedida de qualquer esforço pedagógico dirigido a criar nas sociedades locais uma *cultura de concorrência*. Este aspeto reforçou o ‘exotismo’ das regras de defesa da concorrência e sedimentou a perceção de que se tratava de uma imposição externa mais do que uma inovação portadora de reais benefício para as populações locais. Em todo o caso, à ideia de que o DdC era uma imposição externa juntou-se outra, de contornos semelhantes: a de que os problemas de concorrência seriam eles próprios problemas ‘importados’, ou seja, resultariam da atuação de multinacionais, pelo que o DdC ou seria desnecessário ou não passaria de um instrumento para as mesmas multinacionais acederem com maior facilidade aos mercados locais²⁷. Ironicamente, são precisamente as características dos países em vias de desenvolvimento que agravam o impacto das práticas anticoncorrenciais e tornam as regras de defesa da concorrência tanto mais necessárias. Neste sentido, refere Frédéric Jenny:

25 Sobre este ponto, distinguindo entre os elementos internos e externos (pressão e/ou influência), que motivaram a adoção de regimes de defesa da concorrência um pouco por todo o lado, ver Gerber, 2010: 69-72.

26 Neste sentido, ver as críticas de Rodriguez & Menon, 2010.

27 Frédéric Jenny menciona, neste contexto, a contraposição ‘nós’ (empresas e consumidores dos países em vias de desenvolvimento) versus ‘eles’ (empresas dos países desenvolvidos) referindo, a justo título, que embora as multinacionais sejam responsáveis pela sua quota-parte de práticas restritivas da concorrência, “they are not, by a long shot, the only source of anticompetitive practices affecting developing countries” (Jenny, 2006: 133-134).

“In fact, there are reasons for believing that *less developed economies are more, rather than less, vulnerable to anti-competitive practices than developed economies*. The reasons include the existence, in many such countries, of some or all of the following conditions: (i) high “natural” entry barriers due to poor business infrastructure, including distribution channels; (ii) regulatory and licensing regimes that unnecessarily impede the entry and success of new entrepreneurs; (iii) inadequate investment in the institutions of competition law and policy, and supporting learning and advocacy activities and fora; (iv) asymmetries of information in both product and credit markets; and (v) a greater proportion of local (non-tradable) markets (Stiglitz 2007; Anderson and Jenny 2005; Dutz 2002). For these reasons, the citizens of developing and least developed countries are, in many cases, more vulnerable to anti-competitive practices than those in developed countries, and have an acute need to be protected against cartels, abuses of dominant position and anti-competitive mergers.” [ênfase em itálico nosso]²⁸

2.2. Críticas à expansão do DdC

Neste contexto não é surpreendente que a forma como decorreu a implementação de regimes de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento entre as décadas de 80 e 90 do século passado tenha suscitado oposição da parte de muitos países em vias de desenvolvimento²⁹ e a crítica de uma parte da literatura que se tem ocupado deste tema.

A oposição dos países em vias de desenvolvimento pode ser estruturada em torno de quatro argumentos principais a que importa aludir brevemente³⁰: (i) a incompatibilidade entre o DdC e outras estratégias de desenvolvimento económico; (ii) a existência de soluções sucedâneas da política de concorrência; (iii) a preponderância de outros objetivos em detrimento da política de concorrência; e (iv) as dificuldades associadas à configuração e implementação do DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Na medida em que a última das objeções se prende com os obstáculos à configuração e implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento, matéria que será objeto de referência própria em momento posterior, importa aludir seletivamente às demais

28 Anderson & Müller, 2013: 5.

29 Sobre o impacto do *consenso de Washington* e os desenvolvimentos desde então verificados nas políticas de concorrência na América Latina, ver Peña, 2006: 741 ss.

30 Sobre este ponto ver, por todos, Kronthaler, 2007a: 32-57; e também Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 22 ss. Para uma sistematização alternativa, embora largamente coincidente, ver Kovacic, 2001: 286-290.

objeções já articuladas uma vez que um tratamento exaustivo das mesmas excederia largamente o âmbito do presente artigo³¹.

No que respeita (i) à alegada *incompatibilidade entre o DdC e outras estratégias de desenvolvimento*, aponta-se como exemplo a necessidade de proteger as *indústrias nascentes*, as quais necessitariam de tempo para se prepararem e adquirirem experiência para poderem enfrentar a concorrência internacional³², esquecendo-se porém que a falta de concorrência interna tem precisamente o efeito oposto e que o DdC não serve apenas para reprimir condutas anti-concorrenciais mas também para proteger os agentes económicos dos efeitos dessas condutas. Refere-se também que a pequena dimensão do mercado pode justificar alguma tolerância relativamente a um determinado grau de *concentração económica* bem como à necessidade de as empresas domésticas adquirirem alguma dimensão para poderem competir internacionalmente³³, esquecendo-se no entanto que uma política de concorrência adequadamente desenhada deverá tomar estes fatores em linha de conta na medida em que os mesmos resultem efetivamente de especificidades locais, tais como a reduzida dimensão do mercado³⁴. Por fim, refira-se ainda o argumento de que a tolerância relativamente a determinados níveis de concentração económica – seja sob a forma monopólios, seja de oligopólios – seria o ‘preço’ a pagar por parte de países cujos sistemas financeiros não funcionam de forma eficiente e que por isso ‘forçariam’ as empresas a crescer pela via *endógena*. A tolerância relativamente a estruturas monopolistas ou oligopolistas seria, assim, a forma de incentivar as empresas a investirem, sendo que deste investimento resultaria crescimento económico³⁵. No entanto, também aqui não parece que o DdC constitua qualquer obstáculo ao desenvolvimento, desde logo porque na ausência de um ambiente concorrencial não há qualquer garantia que o inves-

31 Para um tratamento desenvolvido da matéria com base em elementos empíricos, ver Kronthaler, 2007 e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005.

32 Ver Kronthaler, 2007a: 35-36; e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 24-25.

33 Estaria aqui em causa a questão das economias de escala e da necessidade de promover ‘campeões nacionais’; ver Kronthaler, 2007a: 36-38 e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 25-30. Em maior detalhe sobre esta problemática da configuração e aplicação do DdC nas pequenas economias de mercado, ver por todos Gal, 2003.

34 Sobre este ponto, ver Gal, 2003: 13 ss. Embora seja importante notar que, segundo Gal, as implicações em matéria de política de concorrência devem ser limitadas a aspetos específicos relacionados com a dimensão e a estrutura do mercado; ver Gal, 2003: 47-57.

35 Sobre este argumento, ver Kronthaler, 2007a: 39-41; e Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 32-33 e 37-38.

timento – a ser feito – seja efetivamente fonte de crescimento económico e de acréscimo de bem-estar para a sociedade. Por outro, debilidades institucionais como a ausência ou ineficiência do sistema financeiro e as consequências que daí advêm, podem e devem ser integradas nas ponderações a realizar em sede de DdC.

Quanto a (ii) *possíveis substitutos da política de concorrência*, referem-se por vezes as políticas de regulação setorial, de liberalização do comércio externo ou de privatização e desregulação³⁶. No entanto, se desacompanhadas de regras que garantam a defesa da concorrência, cada uma destas políticas pode engendrar comportamentos restritivos da concorrência ou ver os seus efeitos benéficos ser minada por estes, razões tanto mais plausíveis para que a sua implementação seja acompanhada da aplicação de regras de defesa da concorrência³⁷. Desde logo, a regulação setorial não visa combater comportamentos anticoncorrenciais, operando antes em setores onde a concorrência não é possível ou que foram recentemente liberalizados³⁸, razão pela qual estas políticas se configuram como complementares e não como sucedâneos. Embora a liberalização do comércio externo tenha o efeito de abrir a economia à concorrência internacional e, por essa via, expor as empresas domésticas à concorrência externa, importa lembrar que a mesma não dá resposta a três problemas fundamentais: o da concorrência em setores de bens não-transacionáveis ou relativamente a bens cujos custos transação (e.g. custos de transporte) inviabilizam a concorrência internacional; a possibilidade de as empresas domésticas e o Estado erigirem outras barreiras à entrada de tipo não-aduaneiro que substituam as barreiras aduaneiras; e a possibilidade de as empresas estrangeiras adotarem comportamentos restritivos da concorrência, porventura com a colaboração de empresas domésticas. Ora, a resposta a estes problemas convoca a intervenção corretiva do DdC. Por fim, a implementação de políticas de privatização e desregulação se desacompanhada de uma política de concorrência incorre no sério risco de engendrar monopólios privados (que se limitam a tomar o lugar dos monopólios públicos anteriormente existentes) e de incentivar a adoção de comportamentos anticoncorrenciais tomando por base a posição de vantagem com que partem. Por todas estas razões, a política de concorrência não deve

36 Ver Kronthaler, 2007a: 46-49; e também Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 39-43.

37 Neste sentido, ver Kovacic, 2001: 290-297.

38 Sobre a problemática da regulação, ver por todos Paz Ferreira & Morais, 2009: 7-38.

ser encarada como um *sucedâneo* de outras políticas, mas antes um necessário *complemento* das mesmas.

Por fim, no que respeita à (iii) *prioritização de outros objetivos* – reforma institucional, políticas sociais, estabilização do sistema político, entre outros³⁹ –, a verdade é que a política de concorrência deve ser encarada como complementar e catalisadora destes objetivos. A política de concorrência, em particular na sua dimensão de promoção de uma cultura de concorrência (*competition advocacy*)⁴⁰, pode desempenhar um papel importante num contexto de reforma institucional (momento de consolidação da economia de mercado)⁴¹, de implementação de políticas sociais e de estabilização política, devendo para esse efeito tomar em consideração o contexto local. Para ilustrar a afirmação e sem prejuízo de posteriores desenvolvimentos, julga-se que a implantação de uma política de concorrência nos países em vias de desenvolvimento deve passar pela *prioritização* – tanto mais necessária quanto os recursos humanos e financeiros forem mais escassos – dos problemas jusconcorrenciais que afetam de forma aguda as camadas mais carenciadas da população, a exemplo das restrições da concorrência que afetam bens de primeira necessidade, contribuindo assim para uma maior visibilidade dos benefícios da concorrência e para o seu enraizamento na sociedade.

A problemática da sobreposição entre a política de concorrência e outras políticas não deve ser confundida com uma questão diversa, ainda que contígua, a qual se prende com o conjunto de condições mínimas das quais depende a implementação do DdC. Quer-se com isto dizer que só faz sentido discutir a eventual sobreposição de políticas verificadas que estejam determinados requisitos mínimos – de que se dará conta *infra*⁴² – dos quais depende a implantação do DdC e que o devem necessariamente preceder. Aquém deste patamar mínimo – situação em que tipicamente se encontram os países menos desenvolvidos – afigura-se-nos prematuro discutir a implantação de um sistema de defesa de concorrência, sem prejuízo de esforços de sensibilização que se empreendam neste sentido.

39 Ver Kronthaler, 2007a: 50-52; e, em maior detalhe, Emmert, Kronthaler & Stephan, 2005: 43-48.

40 Na definição proposta pela *International Competition Network (ICN)*: “*Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition.*” (ICN, 2002: 25).

41 Kovacic, 2001: 297-298.

42 Ver § 3.

No que respeita às críticas provenientes da literatura que se tem ocupado da temática da política de concorrência nos países em vias de desenvolvimento⁴³, as mesmas reconduzem-se genericamente à ideia de que a implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento corresponde, em maior ou menor grau, a uma cedência a pressões externas ou, numa linguagem mais ideológica⁴⁴, aos interesses (capitalistas e imperialistas) dos países desenvolvidos, os quais se esforçariam por ‘exportar’ o DdC sob uma capa politicamente neutra, enfatizando pretensos benefícios económicos mas omitindo os inerentes custos sociais. Ora, sendo inegável que a adoção de regras de defesa da concorrência pelos países em vias de desenvolvimento também é do interesse dos países desenvolvidos na medida em que proporcione um quadro regulatório estável propiciador de certeza e segurança jurídicas⁴⁵, a crítica enunciada peca por simplismo ao ignorar os benefícios que resultam para os países em vias de desenvolvimento e ao fixar-se em dois aspetos que não são determinantes nem devem ser generalizados: por um lado, a circunstância de alguns países em vias de desenvolvimento serem ‘pressionados’ a adotar regras de defesa da concorrência, seja no contexto de pedidos de auxílio financeiro a instituições internacionais (mormente o Banco Mundial ou o FMI), seja no âmbito de acordos de liberalização do comércio, como parte integrante de um conjunto mais alargado de medidas que visam a privatização e liberalização da economia⁴⁶; por outro lado, o facto de todos os regimes de defesa da concorrência se inspirarem, em maior ou menor grau, nos dois principais sistemas de defesa da concorrência atualmente existentes, o *antitrust* norte-americano e o DdC europeu. É que se é verdade que a introdução de normas de defesa da concorrência tem em alguns casos resultado de um conjunto de medidas acordadas com instituições financeiras internacionais, não se pode ainda assim

43 Ver por todos e com amplas referências bibliográficas, Rodriguez & Menon, 2010; e Godek, 1992. Esta literatura abrange fundamentalmente três disciplinas: o Direito, a Economia e a Ciência Política.

44 Nesta linha, ver Wigger, 2005; e, mais recentemente, Buch-Hansen & Wigger, 2011.

45 Efetivamente, o ambiente de *incerteza* que impera em muitos países em vias de desenvolvimento e cuja fonte reside em múltiplos fatores como o clima de instabilidade política, a debilidade das instituições, o predomínio da economia informal, a corrupção, etc. apresenta-se muito adverso aos agentes económicos e constitui um forte incentivo a que estes se socorram de instituições *informais* que preenchem a ausência das instituições *formais*. Nesta perspetiva, refira-se o papel dos cartéis como mecanismo de garantia do cumprimento de obrigações contratuais referido em Richman, 2013: 155 ss. A questão da importância de um quadro regulatório estável remete-nos, num contexto mais abrangente, para a importância das instituições (“*humanly devised constraints that shape human interaction*” na definição de Douglass C. North) para o progresso económico.

46 Sobre este ponto ver, *inter alia*, Marcos, 2006.

tomar o todo pela parte; pense-se, desde logo, nos chamados BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul)⁴⁷. Embora ultrapasse largamente o escopo do presente trabalho a análise das razões que levaram cada um dos países que integra os BRICS a introduzir regras de defesa da concorrência no seu ordenamento jurídico⁴⁸, cumpre referir que entre estas figuram seguramente objetivos estratégicos de atração de investimento estrangeiro e maior participação no comércio internacional e, genericamente, nos benefícios da globalização. Por outro lado, não é correto restringir às instituições internacionais financeiras o esforço no sentido da difusão do DdC. Pense-se no trabalho desenvolvido pelas Nações Unidas⁴⁹ e, no seio desta, pela UNCTAD⁵⁰, no sentido da promoção da política de concorrência como um instrumento de crescimento e desenvolvimento económico, bem como no auxílio por estas prestado aos países em vias de desenvolvimento na implementação de regras de defesa da concorrência.

No que toca à mimetização dos regimes de defesa da concorrência dos países desenvolvidos, importa lembrar que a ausência generalizada de uma *cultura de concorrência* nos países em vias de desenvolvimento conjugada com a escassez de recursos humanos e financeiros desaconselha, quando não inviabiliza, que estes países enveredem por experimentalismos ao invés de colherem os frutos da experiência de outras jurisdições. Em todo o caso, desse facto não resulta a imutabilidade das normas adotadas, nem tão-pouco que a aplicação das normas se processe de forma idêntica à das jurisdições donde as mesmas foram ‘importadas’. Aliás, é mesmo desejável que o sistema jurídico revele capacidade de adaptação e evolução face à realidade económica subjacente e que a aplicação das normas tenha em conta os particularismos do país em causa. Ainda assim, as críticas endereçadas à implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento que vêm na mesma a transposição acrítica das normas de defesa da concorrência para países que não dispõem do enquadramento insti-

47 Para uma panorâmica do DdC nos BRICS, ver Rudomino, Regazzini & Emch, 2012.

48 Ver Rudomino, Regazzini & Emch, 2012. Para um estudo empírico dos fatores que influenciam a decisão de introduzir e aplicar o DdC nos países em vias de desenvolvimento, ver Kronthaler, 2007a: 55-87.

49 United Nations, ‘The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices’, Resolution adopted by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices on 22 april 1980 and Resolution 35/63 adopted by the General Assembly at its thirty-fifth session, on 5 december 1980.

50 Ver, por exemplo, UNCTAD, *Competition Policy for Development: A Report on UNCTAD's Capacity Building and Technical Assistance Programme*, NY/Genebra, 2004.

tucional nem dos instrumentos necessários para as aplicar⁵¹ poderão ser parcialmente justificadas, mas não servem para desqualificar a utilidade do DdC *in toto*.

2.3. O déficit de aplicação do DdC

Conquanto a expansão do DdC tenha assumido proporções à escala global, a verdade é que em muitos casos este fenómeno se traduziu na mera adoção de normas de defesa da concorrência desacompanhada da sua efetiva aplicação. O grau de implantação do DdC nos países em vias de desenvolvimento tem sido variável e espelha a própria diversidade destes países, mas os dados relativos à sua efetividade não são particularmente encorajadores⁵². Os estudos empíricos realizados até à data, entre os quais se contam o relatório anual do *World Economic Forum*⁵³ e diversas contribuições da literatura da especialidade⁵⁴, revelam uma correlação entre o grau de desenvolvimento económico (medido em termos de PIB per capita) e o êxito na implementação da política de concorrência. Tomando por boas a fiabilidade dos dados empíricos e a metodologia utilizada⁵⁵, podemos encontrar diversas explicações para este déficit de implementação entre as quais o subfinanciamento das entidades

51 Nesta linha, ver Rodriguez & Menon, 2010 cuja argumentação se centra numa dupla crítica à introdução do DdC nos países em vias de desenvolvimentos e subdesenvolvidos, a qual reputam de (i) desnecessária e (ii) pernicioso. *Desnecessária* na medida em que os autores questionam a complementaridade entre liberalização do comércio e defesa da concorrência, reputando de prematura a adoção de regras de DdC quando a via da liberalização do comércio não foi ainda devidamente explorada. E *pernicioso* porquanto os países menos desenvolvidos tenderão não só a acumular ‘falsos positivos’ na aplicação do DdC, como carecem da necessária infraestrutura institucional para a efetiva aplicação do DdC.

52 Sobre este ponto, incluindo referências aos dados quantitativos extraídos do relatório anual (2004) do *World Economic Forum* sobre competitividade, ver Rodriguez & Menon, 2010: 49-54; e Kronthaler, 2007a: 29-31.

53 O WEF publica anualmente o relatório ‘The Global Competitiveness Report’, o qual avalia o grau de competitividade de 144 economias baseado em 12 pilares, cada um deles composto por um conjunto de indicadores. Entre os pilares da competitividade inclui-se o da eficiência do mercado de bens, o qual inclui entre os seus indicadores o grau de eficácia da política de concorrência, a qual é avaliada de 1 (não promove a concorrência) a 7 (promove eficazmente a concorrência). Os dados referentes ao período 2014-2015 encontram-se disponíveis em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/>.

54 Ver, por exemplo, Kronthaler, 2007a; e Dutz & Vagliasindi, 2000: 762-772.

55 Alertando para a questão, ver Rodriguez & Menon, 2010: 55 (“*The practice of using perceptions-based surveys either individually or as an input into a composite measure, has raised concerns including questions about the basic validity of the surveys, inter-rater reliability and sensitivity to external biases as well as to the inferences drawn.*”).

encargues da defesa da concorrência, a falta de experiência na aplicação do DdC e a normal evolução da curva de aprendizagem institucional⁵⁶, a ausência de empenho na implementação das regras de defesa da concorrência, seja por desinteresse uma vez atingido o objetivo pretendido (por exemplo, obtenção de financiamento internacional), seja por incapacidade institucional para fazer melhor ou diferente⁵⁷.

A inegável proximidade temporal e de contexto entre a expansão à escala global de regimes jusconcorrenciais e as políticas associadas ao *consenso de Washington* concorreram para a preponderância do *antitrust* norte-americano entre os modelos de DdC exportados para os países em vias de desenvolvimento. Porém, tal proximidade acabou por se revelar perniciosa e, de certa maneira, inquinou a implantação do DdC em países cuja tradição na matéria era escassa ou, frequentemente, inexistente. No entanto, assacar responsabilidades ao DdC pela verificação de resultados economicamente indesejáveis e mesmo socialmente dolorosos nos países em vias de desenvolvimento não se afigura plausível, desde logo porque a imputação deveria recair sobre as medidas de ajustamento macroeconómico acordadas no mesmo contexto em que foram implementadas regras de defesa da concorrência, mas destas bem distintas. Por outro lado – e este é o ponto que servirá de mote para as páginas que se seguem –, a concreta produção dos efeitos benéficos associados ao DdC não resulta automaticamente da sua introdução no ordenamento jurídico. Desde logo, há que atender a *condições mínimas* sem as quais a adoção e aplicação de regras de defesa de concorrência não será possível nem, porventura, desejável. Mesmo que estas condições se encontrem reunidas, os resultados obtidos com a aplicação do DdC não são de modo algum indiferentes à concreta configuração (*design*) das normas jusconcorrenciais, nem à forma como estas são implementadas (*enforcement*). Neste particular, afiguram-se inteiramente justificadas as críticas à mimetização pelos países em vias de desenvolvimento dos regimes de defesa da concorrência adotados pelos países desenvolvidos⁵⁸.

56 Ou seja, tratando-se de uma matéria nova para a esmagadora maioria dos países em vias de desenvolvimento, seria apenas natural que a absorção do DdC se processasse de forma gradual, correspondendo assim ao início da curva de aprendizagem. Sobre este ponto, ver as críticas formuladas por Rodriguez & Menon, 2010: 59.

57 Referindo-se criticamente à desatenção dos países desenvolvidos e das instituições internacionais relativamente às graves debilidades institucionais dos países em vias de desenvolvimento no que toca à implementação do DdC ver, entre outros, Kovacic, 2000: 513-537.

58 Neste sentido, ver Rodriguez & Menon, 2010.

Porém, ao invés de se condenar liminarmente a expansão do DdC, deve antes atentar-se no crescente consenso sobre a necessidade de as normas e respectivos mecanismos de implementação serem capazes de refletir e responder às especificidades dos países em vias de desenvolvimento, sem com isso desvirtuarem os objetivos precípuos da defesa da concorrência. Nesta linha de raciocínio, importa começar por circunscrever as características dos países em vias de desenvolvimento que justificam um tratamento diferenciado em sede de DdC, para a partir daí passarmos em revista as razões pelas quais a introdução de regras de defesa da concorrência se afigura benéfica para aqueles países. Estes pontos serão objeto do capítulo que se segue.

III. OS PAÍSES EM VIAS DE DESENVOLVIMENTO E O DDC

3.1. Os países em vias de desenvolvimento

a) *Questão terminológica*

A par da expressão “*países em vias de desenvolvimento*”⁵⁹, a literatura sobre a implementação de regimes de defesa da concorrência fora do contexto dos países desenvolvidos ou industrializados utiliza igualmente outras expressões tais como “*economias em transição*”⁶⁰, “*pequenas economias de mercado*”⁶¹ ou ainda “*novas jurisdições de direito da concorrência*”⁶². Pese embora estas expressões apresentem diversos pontos de contato, a verdade é que cada uma delas enfatiza um aspeto particular sem que exista necessariamente uma sobreposição entre os conceitos. Assim, enquanto a referência a *pequenas economias de mercado* enfatiza a questão da dimensão da economia de mercado independentemente do grau de desenvolvimento económico dos respetivos países, a expressão *economias em transição* remete-nos para um conjunto de países – a maioria deles com baixos índices de desenvolvimento económico – nos quais se operou a passagem de uma economia coletivizada de tipo socialista ou, mais genericamente, caracterizada pela forte intervenção do Estado, para uma economia de mercado. Já a alusão a *novas jurisdições de direito da concorrência* sublinha o aspeto temporal

59 Ver, por exemplo, Rodriguez & Menon, 2010; Kronthaler, 2007a; Cook, Fabella & Lee, 2007; e Drexel, Bakhoun, Fox, Gal & Gerber, 2012.

60 Ver Kronthaler, 2007a.

61 Neste sentido, ver Gal, 2003.

62 Whish & Townley, 2012.

relativo à introdução de normas jusconcorrenciais, sem nada adiantar sobre a dimensão da economia ou sobre o grau de desenvolvimento económico. Para ilustrar o diferente alcance destas expressões tome-se o caso de Israel, país que embora integre a categoria das pequenas economias de mercado, não é enquadrável em nenhuma das demais categorias⁶³, ao invés da África do Sul (simultaneamente uma nova jurisdição de DdC e uma economia emergente) e da Checoslováquia em 1990 (uma economia em transição, que posteriormente deu origem a dois países, correspondendo a cada um deles uma pequena economia de mercado).

A expressão *países em vias de desenvolvimento* oferece diversas vantagens relativamente a possíveis sucedâneos, a primeira das quais é a sua utilização generalizada pela literatura. Acresce tratar-se de uma expressão cuja abrangência supera a das demais sem, no entanto, cair no risco de se tornar uma designação anódina (como sucede com a referência às *novas jurisdições de direito da concorrência*). Uma terceira vantagem é a de colocar o acento tónico na vertente do *desenvolvimento*, aspeto que se afigura crucial quer para compreender algumas das reivindicações/críticas feitas pelos países que se encontram num estado intermédio de desenvolvimento e da literatura que sobre este tema se tem debruçado, quer para analisar as potencialidades e limitações do DdC nestas jurisdições. Sucede, porém, que a expressão *países em vias de desenvolvimento* não está isenta de dificuldades ou imune a críticas, as quais importa desde já reconhecer. Desde logo, a definição do que se deva entender por países em vias de desenvolvimento, ou melhor, a seleção dos critérios aptos a medir o grau de desenvolvimento de um país, não deixa de suscitar alguns reparos. Nesta matéria é hoje amplamente reconhecida a necessidade de conjugar critérios estritamente ligados ao crescimento económico – como o rendimento *per capita* ou o PIB⁶⁴ – com outros critérios ligados ao desenvol-

63 Para uma panorâmica do DdC em Israel, ver o relatório preparado pela OCDE no contexto da adesão de Israel àquela organização: “Competition Law and Policy in Israel 2011”, *Competition Law and Policy Reviews* (disponível *online* em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/governance/competition-law-and-policy-in-israel-2011_9789264097667-en#page1).

64 Tradicionalmente utilizado pelo Banco Mundial, embora atualmente conjugados com outros critérios, como se retira dos indicadores de desenvolvimento mundial (*World Development Indicators*) atualizados anualmente pela instituição (a edição de 2014 está disponível *online* em: <http://data.worldbank.org/products/wdi>); também pelo Fundo Monetário Internacional utiliza critérios económicos em conjugação com outros critérios mais abrangentes, nomeadamente no âmbito do relatório anual “World Economic Outlook” (a edição de 2014 encontra-se disponível *online* em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/index.htm>).

vimento humano – como a esperança média de vida e os níveis de literacia⁶⁵ – para aferir o grau de desenvolvimento de um país. Subjacente a este alargamento de perspetiva está uma visão mais abrangente de desenvolvimento económico – a qual tem vindo a ser defendida por diversos economistas entre os quais cumpre destacar o nome de *Amartya Sen*⁶⁶ – que não se resume aos indicadores económicos tradicionais relativos ao crescimento económico mas envolve igualmente uma componente de desenvolvimento humano e de equidade na distribuição da riqueza. No entanto, ainda que conjugando critérios de crescimento económico e critérios de desenvolvimento humano, a verdade é que a expressão *países em vias desenvolvimento*⁶⁷ não deixa de compreender um conjunto vasto e multiforme de países, no âmbito da qual poderíamos distinguir três subcategorias: a dos países recentemente industrializados (que inclui mas não se esgota nos BRICS), a dos países que raíam o limiar do subdesenvolvimento e, por exclusão de partes, a dos demais países em vias de desenvolvimento. Ainda assim, estes países partilham um conjunto de características que tem sido objeto de estudo por parte da literatura económica, com especial destaque para a da área da análise económica do direito (*law and economics*), características cuja dimensão e intensidade variam em função do país em causa (tenderá a ser menos acentuada nos países recentemente industrializados e, dentro destes, nos que integram os BRICS, por contraposição aos que se encontram no limiar do subdesenvolvimento) mas que importa identificar e analisar brevemente atenta a sua relevância global para a implementação do DdC.

65 Como referido na página do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, “[t]he Human Development Index (HDI) is a summary measure of average achievement in key dimensions of human development: a long and healthy life, being knowledgeable and have a decent standard of living. The HDI is the geometric mean of normalized indices for each of the three dimensions” (fonte: <http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>). Os dados referentes a 2014 encontram-se disponíveis em: <<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-index-hdi>>.

66 Ver, por exemplo, Sen, 2011. Sobre o contributo de Amartya Sen para uma noção abrangente de desenvolvimento, ver Paz Ferreira, 2004: 91-94.

67 De resto, importa referir que a amplitude da expressão “*países em vias de desenvolvimento*” tem permitido a sua utilização estratégica em função do objetivo e do contexto em que é utilizada. Tal tem sucedido, por exemplo, no domínio da liberalização do comércio internacional, atentos algumas vantagens associadas ao estatuto de país em vias de desenvolvimento. Sobre este ponto ver, por todos, Matsushita, Schoenbaum & Mavroidis, 2006: 764.

b) Características dos países em vias de desenvolvimento e DdC

Pese embora a sua diversidade, é possível identificar um conjunto de características – ou limites⁶⁸ – de ordem sócio-económica, política e cultural, que são largamente partilhadas pelos países em vias de desenvolvimento mas cuja amplitude naturalmente varia de país para país em função do seu posicionamento na escala do desenvolvimento. Na maioria dos casos trata-se de características que não estão ausentes dos países desenvolvidos (pense-se no fenómeno da corrupção, por exemplo), embora a sua dimensão e intensidade ganhe proporções diversas nos países em vias de desenvolvimento. Além de nos permitirem identificar uma realidade suficientemente homogénea – sem com isso se pretender obliterar as especificidades de cada país –, estas características permitem-nos igualmente perceber as especificidades partilhadas por um conjunto de países e que explicam em grande medida as dificuldades percecionadas na configuração e implementação de normas jusconcorrenciais. A análise das implicações destas características no que tange à configuração e implementação de um regime de defesa da concorrência será relegada para um momento posterior⁶⁹, sendo certo que o sucesso de qualquer regime de defesa da concorrência sempre dependerá do conhecimento que demonstrar relativamente à realidade económica, política e social subjacente⁷⁰.

Uma primeira característica prende-se com a *dimensão da economia informal* nos países em vias de desenvolvimento. A economia informal abrange todas as transações que se processam à margem do quadro regulatório existente – requisitos legais para o exercício de determinada atividade económica, normas laborais, fiscais, comerciais, societárias, etc. – e que por isso escapam aos mecanismos de controlo que recaem sobre a economia formal, entre os quais o DdC. Por outro lado, a dimensão da economia informal tem uma outra consequência que dificulta a configuração e a implementação do DdC, a qual se prende com

68 A propósito da implementação do DdC na América Latina, Julián Peña fala em quatro tipos de 'limites': *culturais* (falta de cultura de concorrência, forte intervenção do Estado mesclada com corporativismo institucionalizado e protecionismo, valores sociais e comportamento no mercado), *políticos* (desconfiança nos mercados e preferência por ganhos políticos de curto-prazo), *económicos* (pequenos mercados altamente concentrados, forte presença da economia informal e insuficiência e pouca fiabilidade dos dados disponíveis sobre o mercado) e *institucionais* (falta de autonomia das autoridades da concorrência, dificuldade de combinar competências investigatórias e decisórias e dificuldades sentidas pelos tribunais na reapreciação das decisões das autoridades da concorrência); ver Peña, 2012: 236-251.

69 Ver infra §§ 4-5.

70 Também neste sentido, referindo a necessidade de avaliar as questões jusconcorrenciais mais prementes no contexto dos países em vias de desenvolvimento, ver Fox, 2006-2007: 224-226; e também Kovacic, 2001: 301-302.

a dificuldade em recolher dados económicos fidedignos, os quais se mostram indispensáveis à correta aplicação do DdC⁷¹.

Outra característica dos países em vias de desenvolvimento prende-se com a precariedade das *infraestruturas*, as quais muitas vezes pecam pela sua vetustez, inadequação ou insuficiência. Em causa estão não apenas infraestruturas públicas de saneamento, transporte, distribuição de energia e telecomunicações, mas também infraestruturas privadas ligadas à produção e distribuição de bens e serviços⁷².

Além disso, é frequente os países em vias de desenvolvimento (mesmo aqueles que não integravam o bloco dos países socialistas) caracterizarem-se por uma *forte presença do Estado na economia*, seja intervindo diretamente enquanto agente económico através da produção de bens ou a prestação de serviços, seja intervindo de forma indireta através de medidas de fomento, planeamento ou regulação económica em geral⁷³. Esta característica confere uma dimensão muito relevante às restrições da concorrência oriundas do Estado, dado incontornável na configuração do DdC.

Uma consequência indireta da forte presença do Estado é a existência de uma *densa teia regulatória* que atrasa e encarece a circulação dos fatores de produção⁷⁴. Regras excessivamente burocráticas ou complexas nos domínios do direito comercial, societário, laboral, tributário, da insolvência, etc. acabam por elevar os *custos de transação* muito acima do que é usual nos países desenvolvidos e gerar incentivos para comportamentos oportunistas por parte de funcionários e burocratas, os quais se fazem valer de assimetrias de informação e do deficiente funcionamento das instituições para conseguirem extrair rendas adicionais sob o pretexto de facilitar o processamento das transações.

Outro fenómeno frequentemente presente nos países em vias de desenvolvimento é o da *instabilidade política*, ou seja, a predominância de governos de curta duração. Consequentemente, existe um incentivo adicional para que estes governos capitalizem ganhos políticos de curto prazo – de duração

71 Sobre as características dos países em transição para uma economia de mercado e o seu impacto na política de concorrência, ver Kovacic, 2001: 301-310; e também, embora com um enfoque mais específico nas condições que afetam diretamente a aplicação do DdC, Kovacic, 1997-1998: 417-428.

72 Sobre a matéria, ver o estudo empírico apresentado por Oliveira & Fujiwara, 2006: 627-629.

73 Sobre este ponto veja-se Kovacic, 1994-1995: 1203-1206. Para uma distinção entre os diversos tipos de intervenção do Estado na economia, ver Ziekow, 2007: 59 e ss.

74 Ver, entre outros, Gesner & Fujiwara, 2006: 627-629.

inferior ao ciclo eleitoral – em detrimento de políticas de longo prazo (como sucede com a política de concorrência) cujos frutos não estariam ao seu alcance colher. Outra consequência da instabilidade política é a maior suscetibilidade a pressões de interesses privados⁷⁵, seja pelo incentivo em apostar em ganhos de curto prazo, seja pela perspectiva de assegurar rendimentos futuros na transição para o setor privado.

O *sistema judicial* dos países em vias de desenvolvimento também apresenta um conjunto de debilidades, as quais incluem morosidade na administração da justiça, falta de recursos humanos e financeiros, inadequada formação técnica e permeabilidade a influências externas (ausência de garantias de transparência, politização da justiça, corrupção, etc.)⁷⁶.

Importa ainda aludir aos elementos culturais, ou seja, à forma como a concorrência e o mercado são percebidos pela população em geral. Aparte da existência de alguma *desconfiança relativamente ao funcionamento do mercado*, fruto da tutela prolongada exercida pelo Estado sobre a economia⁷⁷, dificilmente encontraremos um *juízo de censura social* relativamente a comportamentos restritivos da concorrência ou recetividade à implantação do DdC. Seja pela total ausência de uma cultura de concorrência associada à juventude do sistema de economia de mercado, seja pela presença de valores sociais que privilegiam o coletivo, a harmonia social, a confiança, a estabilidade e a aversão ao risco⁷⁸, a proibição e sanção de restrições à concorrência poderá esbarrar na incompreensão da população em geral. Ou seja, não basta haver ‘oferta’ de DdC, é igualmente necessário fomentar uma ‘procura’ do DdC por parte do público em geral (consumidores, trabalhadores, empresários), sob pena de as normas de defesa da concorrência não passarem de letra-morta⁷⁹. Ainda sobre este último ponto e a título introdutório de considerações mais desenvolvidas⁸⁰, cumpre referir a importância atribuída por estudos empíricos às

75 Sobre este ponto, ver Dabbah, 2010: 464-465.

76 Sobre os problemas que afligem o sistema judiciário nos países em vias de desenvolvimento ver Cabrillo & Fitzpatrick, 2008: 236-247.

77 A este propósito, ver Kovacic, 1994-1995.

78 Sobre a interação entre a cultura local e a política de concorrência, ver Cheng, 2012: 205-220. Para uma visão mais abrangente e profunda da interação entre cultura, mercado e DdC, ver Fikentscher, 2004.

79 Neste sentido, ver Chowdhury, 2012: 67-90.

80 Ver infra §§ 4 e 5.

condições em que se processa a adoção de legislação de defesa da concorrência⁸¹. Entre os fatores decisivos para o sucesso dos transplantes legais refere-se o *modo* como decorre o processo de transplante, nomeadamente a forma *gradual* como o mesmo decorre e a *familiaridade ou receptividade* da comunidade local às normas recebidas do exterior⁸². De resto, crê-se que a implantação *gradual* do DdC se deve estender a diversos domínios (*comportamentos* restritivos da concorrência e *estruturas* propiciadoras de tais comportamentos) e mesmo à *estrutura institucional* que implementa as normas de defesa da concorrência, como adiante se dará conta.

3.2. Função do DdC nos países em vias de desenvolvimento

a) *Pré-condições para a implementação do DdC*

Independentemente da concreta configuração das normas de defesa da concorrência, a sua implementação carece da verificação prévia de um conjunto de requisitos mínimos – *pré-condições* – que se prendem com o quadro institucional envolvente (quadro regulatório, sistema judicial, administração pública, etc.) no qual a entidade incumbida da defesa da concorrência irá operar⁸³. As *pré-condições* de que agora se cuida correspondem a requisitos mínimos sem os quais muito dificilmente a adoção do DdC – independentemente da matriz seguida – terá possibilidades de vingar com os efeitos desejados⁸⁴. Em bom

81 Ver, por exemplo, Berkowitz, Pistor & Richard, 2007: 165-195. Curiosamente, os Autores concluem que o tipo de família jurídica de onde provêm as normas transplantadas desempenha um papel menor no sucesso do transplante.

82 Berkowitz, Pistor & Richard, 2007: 165-195. Defendendo também que a adoção de regras de defesa da concorrência se processe de forma *gradual*, implicando um encadeamento de fases sucessivas (criação de instituições e sua consolidação, com um enfoque em atividades complementares à aplicação do DdC; definição de prioridades na aplicação do DdC e sua implementação), ver Kovacic, 1998: 430-446.

83 Ou seja, do que agora se cuida é das instituições *lato sensu*, tal como Douglass C. North as definiu (ver supra nota n.º 45), deixando para momento ulterior o enfoque sobre a instituição incumbida da defesa da concorrência (ver infra § 5). Mas Eleanor Fox refere-se a “*institutional design*” neste último sentido mais restrito; ver Fox, 2009-2010: 473.

84 Alguns autores alertam para a possibilidade de a introdução de regras de defesa da concorrência poder converter-se numa *barreira não-aduaneira* ao comércio, assim como numa forma de o poder político extrair *rendas adicionais* dos agentes económicos através de, por exemplo, uma aplicação seletiva das regras de concorrência. Neste sentido ver, entre outros, Rodriguez & Menon, 2010: 135-136: “*We believe that the fundamental competition problem in developing economies is domestic interest groups’ ability to easily influence government to raise or establish nontariff barriers in response to liberalization policies*”, mais concretamente “[w]hat we argue here is that political pressure or rent-seeking activities, which attempt to influence competition policy decisions directly or indirectly, can subvert the efforts of the enforcement agency in order to serve particular interest groups or single firms”.

rigor, trata-se de *pré-condições* que respeitam não apenas à adoção de qualquer sistema de defesa de concorrência mas também à implantação duradoura da economia de mercado⁸⁵. Estas *pré-condições* têm merecido particular atenção da análise económica do direito⁸⁶, sobretudo na perspetiva do binómio Direito/desenvolvimento ou, de uma forma mais explícita, na perspetiva do Direito como instrumento de desenvolvimento económico⁸⁷. Na sua formulação jurídica, estas *pré-condições* não se recondzem a um mero conjunto de princípios e regras com dignidade constitucional que versam sobre questões fundamentais relativas à ordem económica – o que equivaleria à noção de *Constituição económica* na sua vertente meramente *formal*⁸⁸ –, mas veiculam antes uma escolha constitucional abrangente que não se reconduz apenas às normas com dignidade constitucional compreendendo a opção fundamental por uma economia fundada nas transações privadas (economia de mercado), incluindo igualmente, a consagração dos mecanismos constitucionais e infra-constitucionais que lhe dão forma e a concretizam⁸⁹. Ora, estas *pré-condições* traduzem igualmente um conjunto de mecanismos infra-constitucionais, mormente institutos de direito privado (direito de propriedade, liberdade contratual e responsabilidade civil), que asseguram o funcionamento da economia de mercado e garantem ao DdC condições mínimas de operacionalidade. Precisamente pelo facto de a generalidade de os países menos desenvolvidos não reunir estes mínimos – não sendo de excluir que alguns países em vias de desenvolvimento não reúnam igualmente este conjunto de *pré-condições* –, a literatura da especialidade tende a

85 Como é referido em Anderson & Müller, 2013: 5, citando Stiglitz: “Indeed, it is arguable that the promotion of “market-oriented reforms” without such legal and institutional safeguards is a self-defeating strategy that risks undermining support for globalization and the market economy worldwide”.

86 Ver, por exemplo, Cooter & Schaefer, 2012.

87 Para uma panorâmica das diversas abordagens da literatura ao binómio Direito/desenvolvimento, as quais não se esgotam na análise económica do direito e algumas estão mesmo nos seus antípodas, ver Prado, 2010. Da perspetiva económica, ver Lianos, Mateus & Raslan, 2013: 35-51. Para uma perspetiva global sobre a interação entre Direito e desenvolvimento, mormente na perspetiva do “direito ao desenvolvimento”, ver Paz Ferreira, 2004: 153-200.

88 Sobre o assunto, com numerosas referências à literatura de direito económico (Sousa Franco, 1983), Afonso Vaz, 1998, Paz Ferreira, 2001, entre outros) e de direito constitucional (Moreira, 1979, Gomes Canotilho, 2003, Miranda, 2004, Gomes Canotilho & Moreira, 2007, entre outros) que se tem ocupado da matéria, ver Alves Pardal, 2014: 93 ss.

89 Trata-se de uma aceção de *Constituição económica* tributária do pensamento ordoliberal a qual, afastando-se da perspetiva neutral do mesmo conceito adotada pela Constituição de Weimar (1919), lhe confere um determinado conteúdo (correspondente à opção da coletividade por uma economia de mercado) julgado socialmente benéfico, seja pelo acréscimo dos níveis de bem-estar, seja pela tutela da liberdade individual. Sobre estes pontos, ver Gerber, 1998: 245-246.

desaconselhar a adoção de um regime de defesa da concorrência naqueles casos. Partindo dos contributos de *Glaeser* e *Shleifer* em sede de teoria da regulação, *Mateus*⁹⁰ propõe uma classificação tripartida do nível de desenvolvimento institucional assente na ponderação de três fatores: (i) nível de influência dos interesses privados (*vested interests*) sobre a definição da política económica, (ii) nível de eficiência da administração pública e sistemas regulatórios e (iii) nível de eficiência do sistema judicial. Os países menos desenvolvidos situar-se-iam no nível mais básico de desenvolvimento institucional – o nível 1 –, o qual não ofereceria condições institucionais mínimas para a implantação do DdC, devendo antes nestes casos ser dada prioridade à aposta na promoção de uma cultura de concorrência no âmbito do comércio externo e das políticas industriais⁹¹.

A implantação de um sistema de defesa da concorrência pressupõe a existência de uma *economia de mercado*, ou seja, de um sistema económico fundado na propriedade privada que proceda à alocação de bens e serviços através do mecanismo do preço e do funcionamento das regras da oferta e da procura. No entanto, uma vez que a economia de mercado não se institui por decreto, ou seja, não se basta com meras proclamações constitucionais ou infraconstitucionais – ainda que a sua consagração constitucional e legal seja desejável –, é necessário o concurso de pelo menos três condições adicionais. A primeira é a existência de um sistema que tutele a criação e a circulação de riqueza através do reconhecimento e proteção de *direitos de propriedade (property rights)*⁹². Por outro lado, a circulação de riqueza requer não apenas a instituição e tutela de direitos de propriedade, mas também a criação e manutenção de um sistema que garanta, de forma célere e segura, a realização de *transações* entre agentes económicos: a liberdade contratual em todas as suas manifestações (liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo)⁹³. Para que tal suceda, é igual-

90 Ver Mateus, 2010: 275-300; e também Mateus, 2013: 115-136.

91 Mateus, 2013: 115-136.

92 A terminologia empregue não pretende remeter apenas para o direito de propriedade e demais direitos reais de gozo no sentido romano-germanístico, mas antes para a expressão mais abrangente empregue pela literatura económica: “A *property right* is the exclusive authority to determine how a resource is used, whether that resource is owned by government or by individuals. Private property rights have two other attributes in addition to determining the use of a resource. One is the exclusive right to the services of the resource [...]. Finally, a private property right includes the right to delegate, rent, or sell any portion of the rights by exchange or gift at whatever price the owner determines (provided someone is willing to pay that price).” (Alchian, ‘Property Rights’, in AAVV, *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponível online em: <<http://www.econlib.org/library/Enc/PropertyRights.html>>)

93 Sobre o princípio da liberdade contratual e as suas manifestações no contexto do direito civil português ver, *inter alia*, Almeida Costa, 2000: 205 ss.

mente indispensável o concurso de uma terceira condição, a saber, a existência de um mecanismo institucional apto a garantir o cumprimento dos contratos e a dirimir litígios de forma independente, imparcial e célere – o *sistema judicial*⁹⁴ –, o que pressupõe a existência de mecanismos legais que permitam responsabilizar as pessoas singulares e coletivas pelas suas ações e omissões, mormente em sede contratual e extracontratual (a responsabilidade civil). Estas três pré-condições garantem, na sua globalidade, um mínimo de *estabilidade e fiabilidade* das instituições fundamental para que os agentes económicos possam criar e fazer circular a riqueza através da economia *formal*, isto é, sem ter de recorrer a expedientes que lhes permitam compensar ou substituir as debilidades institucionais⁹⁵. Em regra, os países em vias de desenvolvimento reúnem estas três pré-condições, embora o façam em grau variável conforme o seu posicionamento na escala de desenvolvimento económico, o que explica de resto que a persistência da economia informal seja um dos traços caracterizadores daqueles países ou que o sistema judiciário apresente as debilidades acima descritas.

b) Potenciais benefícios do DdC para os países em vias de desenvolvimento

Ainda que se verifiquem as condições institucionais mínimas para a introdução de regras de defesa da concorrência e antes de avançar para a questão da concreta configuração e implementação destas regras nos países em vias de desenvolvimento, importa esclarecer quais os *benefícios* expetáveis resultantes da adoção de normas de defesa da concorrência. Nesta matéria, convém alargar a análise à interação entre a *política de concorrência*, a qual integra não apenas o DdC e a promoção de uma cultura de concorrência (*competition advocacy*), com outras políticas que visam liberalizar o mercado e que têm um impacto direto ou indireto na concorrência, tais como as políticas de desregulação, privatização e liberalização do comércio externo⁹⁶.

94 Sobre a importância do sistema judicial para o desenvolvimento económico, ver Cabrillo & Fitzpatrick, 2008: 1-3.

95 Sobre este ponto, cfr. Marcos, 2006: 6-8. É de ressaltar a afinidade entre estas pré-condições e os princípios *constitutivos* e *regulatórios* que sustentam a economia de mercado na ótica do pensamento ordoliberal, mormente de *Walter Eucken*; sobre o assunto, ver Gerber, 1998: 232 e ss.

96 Por vezes as expressões “direito da concorrência” e “política da concorrência” são utilizados de forma sinónima (v.g. Motta, 2004), mas no contexto dos países em vias de desenvolvimento afigura-se mais útil adotar uma perspectiva mais ampla de política de concorrência e considerá-la na interação com outras políticas. Neste sentido ver, entre outros, Stewart, Clarke & Joeekes, 2007.

Importa começar por referir que, embora a correlação empírica entre a intensidade na implementação do DdC e o ritmo de crescimento económico não seja unívoca, existem, ao invés, bases sólidas que permitem concluir pela existência de uma correlação positiva entre o empenho dos países na promoção de políticas que visam estimular a intensidade da pressão concorrencial e os resultados económicos obtidos⁹⁷. Em particular, a literatura mais recente na área da economia do desenvolvimento (*development economics*)⁹⁸ tem enfatizado o papel da concorrência na construção e consolidação de instituições que favorecem o crescimento económico, bem como a correlação positiva entre concorrência e desenvolvimento⁹⁹.

À cabeça dos benefícios económicos associados à introdução de regras de concorrência a literatura económica costuma identificar os ganhos de *eficiência*, quer na sua vertente *estática* (maximização dos ganhos de produtores e consumidores num determinado momento temporal), quer *dinâmica* (maximização dos ganhos de produtores e consumidores ao longo do tempo), os quais se traduzem no aumento do nível de bem-estar dos consumidores (*consumer welfare*)¹⁰⁰ e da sociedade em geral (*total welfare*). No entanto, a produção destes benefícios ocorre num horizonte de longo prazo próprio da implementação de uma política de concorrência – algo que nem sempre é tido na devida conta¹⁰¹ – através da atuação persistente e bem-sucedida da entidade encarregue da defesa da concorrência, cujo *track-record* é fundamental não só para a sua credibilização mas também para que o DdC produza um efeito dissuasor sobre os

97 “Much to the chagrin of competition law enforcement officials, it must be said that there are no convincing macroeconomic studies demonstrating the existence of a positive and strong correlation between the intensity of competition law enforcement and the rate of economic growth (in developed or developing countries). However, there is a fair amount of evidence that countries which engage in proactive competition policies designed to increase the intensity of competitive pressures (open trade and investment policies, regulatory reform etc.) tend to fare better than other countries.” (Jenny, 2006: 110-111). Importa referir que, de entre as possíveis explicações para esta constatação empírica, o Autor aponta para a dificuldade de medir o grau de intensidade na implementação do DdC, especialmente tendo em conta que os correspondentes resultados apenas se produzem no *longo prazo* (Jenny, 2006: 110-111).

98 Para uma visão global da literatura sobre economia do desenvolvimento, ver Paz Ferreira, 2004: 45 ss.

99 Sobre estes dois aspetos, ver Lianos, Mateus & Raslan, 2013: 45-50.

100 Sobre os conceitos de eficiência *estática* e eficiência *dinâmica* ver, por exemplo, Schwalbe & Zimmer, 2009: 3-10.

101 Como bem refere Kovacic (Kovacic, 1997-1998: 408), os países desenvolvidos por vezes parecem presumir que os países em vias de desenvolvimento já dispõem da estrutura institucional necessária à aplicação do DdC, enquanto parecem esquecer a sua própria experiência na implementação de regras de defesa da concorrência e o tempo que a mesma exigiu.

infratores e para o próprio enraizamento de uma cultura de concorrência junto do público em geral¹⁰². Embora a preocupação central subjacente ao DdC seja, direta ou indiretamente, o impacto negativo das práticas anticoncorrenciais na eficiência e consequentemente no bem-estar dos consumidores e da sociedade em geral, o DdC no contexto dos países em vias de desenvolvimento não deve ser indiferente ao impacto *redistributivo* das práticas anticoncorrenciais¹⁰³. Se os comportamentos restritivos da concorrência têm implicações na *transferência de riqueza* dos consumidores para os produtores, decorre desse facto que a aplicação do DdC tem necessariamente um impacto na correção dessas transferências¹⁰⁴. Esse impacto do DdC pode assumir múltiplas formas. Mencionem-se, a título de exemplo, a delimitação do âmbito de aplicação das normas de defesa da concorrência (uma isenção pode servir para sancionar uma transferência de riqueza tida por desejável), a apreciação substantiva dos comportamentos à luz das normas de defesa da concorrência (a deteção e apreciação de um comportamento pode ter por base uma transferência de riqueza tida por socialmente indesejável) ou a seleção do tipo de justificações aceites pelo DdC (razões de ordem social ou ambiental podem ser aceites como justificações para certos comportamentos anticoncorrenciais)¹⁰⁵. Poder-se-ia ainda acrescentar que o impacto *redistributivo* das restrições da concorrência pode ser tomado em consideração na determinação do montante e destino das sanções pecuniárias aplicadas à(s) empresa(s) infratora(s)¹⁰⁶. Estas considerações servem para ilustrar o ponto de que, se as questões redistributivas não estão ausentes do DdC

102 Neste sentido, ver Jenny, 2006: 111.

103 A literatura, especialmente a económica, demonstra um compreensível comedimento em entrar por considerações *normativas* de ordem *redistributiva*, preferindo referir-se às perdas de eficiência (estática e dinâmica) ocasionadas pelos comportamentos anticoncorrenciais e, apenas indiretamente, ao impacto de tais comportamentos na transferência de riqueza entre agentes económicos. Ver, por exemplo, Motta, 2004: 38-89. De todo o modo, as questões redistributivas não têm de estar ligadas a questões de ordem política ou social no sentido de se impor aos agentes económicos um determinado comportamento concorrencial tendo em vista a obtenção de um determinado resultado redistributivo; veja-se o tratamento da questão, alinhando questões redistributivas e de eficiência, em Lande, 1982: 65-151.

104 Focando a importância deste aspeto no desenvolvimento do modelo norte-americano de DdC, ver Morais, 2009a: 69.

105 Neste sentido, ver Odudu, 2007: 605-621. Reportando-nos apenas ao contexto europeu, pense-se na não aplicação do DdC à negociação coletiva através da sua exclusão do âmbito das “atividades económicas”, na proibição do abuso de posição dominante sob a forma de preços excessivos cobrados aos consumidores ou na justificação de práticas anticoncorrenciais à luz de considerações ambientais. Sobre estes pontos ver, em geral, Mestmäcker & Schweitzer, 2014.

106 Trata-se uma solução seguida pela lei sul-africana de defesa da concorrência. Para maiores detalhes, ver Bonakele & Mncube, 2012.

nos países desenvolvidos, por maioria de razão dir-se-á que, atentos os níveis de concentração económica e as significativas assimetrias sócio-económicas, a implantação do DdC nos países em vias de desenvolvimento não se poderá fazer, *rectius* não se poderá fazer de forma *eficaz*, à margem de considerações sobre o impacto redistributivo das práticas restritivas da concorrência e das consequências negativas para o bem-estar dos consumidores¹⁰⁷.

Alargando agora a perspetiva sobre os potenciais benefícios do DdC a outras políticas que com este podem interagir de modo particularmente frutuoso, importa começar pela liberalização do comércio externo. Com efeito, a experiência tem demonstrado existir uma interação entre comércio livre¹⁰⁸ e livre concorrência que se manifesta não apenas no círculo virtuoso entre ambos (o livre comércio fomenta a concorrência interna e as regras de concorrência favorecem o livre comércio), como no papel do DdC na prevenção e repressão de comportamentos anticoncorrenciais adotados – pelo menos formalmente – por privados e que substituem as barreiras aduaneiras (direitos aduaneiros) e não-aduaneiras (restrições quantitativas, quotas, etc.) erigidas pelos Estados¹⁰⁹. Tais comportamentos anticoncorrenciais consubstanciam barreiras privadas ao comércio internacional, pelo que sem a sua efetiva repressão os benefícios económicos associados à liberalização do comércio não poderão ser plenamente aproveitados pelos países em vias desenvolvimento¹¹⁰. Pense-se na hipótese de uma empresa ou conjunto de empresas domésticas restringir o acesso de empresas estrangeiras ao sistema de distribuição¹¹¹ ou ainda, agora na pers-

107 Sobre a questão, ver Ezrachi, 2013: 199-211.

108 Por “comércio livre” referimo-nos genericamente à liberalização do comércio internacional e não especificamente a um particular estágio de integração económica no seio de blocos regionais (união aduaneira, zona de comércio livre, mercado comum, mercado interno, união económica e monetária). Sobre o assunto ver, por exemplo, Behrens, 1981: 8; e também Porto, 2009: 215 ss. Sobre o contributo da OMC para o desenvolvimento económico, ver Paz Ferreira, 2004: 307-333.

109 Sobre estes aspetos, ver Fox & Arena, 2010: 451-452; e também, na perspetiva da inclusão de normas de defesa da concorrência em sede de OMC, ver Hoekman & Mavroidis, 2002.

110 Aliás, e como bem refere Gal, a liberalização do comércio pode mesmo reforçar a necessidade de adoptar normas de defesa da concorrência “*as the liberalization process has entailed in many developing economies the displacement and closing down of many small and medium local enterprises, and has led to market dominance of a few firms through unilateral or coordinated conduct (Khemani 1996, 107)*” (Gal, 2004: 4).

111 O exemplo teve, de resto, tradução na queixa apresentada pelo Governo norte-americano em representação da Kodak contra um conjunto de medidas regulatórias adotadas pelo Japão cujo efeito prático era restringir o acesso ao mercado japonês de película e papel fotográfico produzidos pela Kodak, permitindo assim que a principal concorrente desta – a japonesa Fuji – induzisse os distribuidores japoneses a não comercializarem produtos importados, entre os quais os da Kodak. O resultado prático da legislação

petiva inversa, na hipótese do chamado cartel de exportação, cuja atuação concertada visa aumentar o preço dos produtos ou serviços transacionados nos mercados de exportação¹¹². A situação poderá ser ainda mais complexa se pensarmos em comportamentos anticoncorrenciais *híbridos*, isto é, comportamentos omissivos ou comissivos adotados pelo Estado e que visam encobrir ou encorajar comportamentos restritivos da concorrência adotados por privados¹¹³. Pense-se, por exemplo, em situações de apoio – financeiro, regulatório – aos campeões nacionais ou na cartelização por iniciativa ou imposição estadual. A *complementaridade* entre a política de liberalização do comércio e a de defesa da concorrência tem sido evidenciada nos diferentes processos de integração económica regional, embora não constitua necessariamente a sua única força motriz. O exemplo porventura mais evidente e bem-sucedido é o da União Europeia, a qual começou por ser um projeto de integração económica regional – a Comunidade Económica Europeia – e setorial – a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e a Comunidade Europeia da Energia Atómica – e na qual o aprofundamento da integração dos mercados tem repousado no binómio liberdades de circulação/defesa da concorrência¹¹⁴. Ora, a preocupação de assegurar a defesa da concorrência no contexto de projetos de integração económica regional não se cinge ao espaço europeu – refira-se, a título de exemplo o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)¹¹⁵, a Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (ECOWAS/CEDEAO), o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA) ou a Comunidade Andina¹¹⁶ –, embora

japonesa era, no entender do Governo norte-americano que não mereceu o apoio do Painel que dirimiu a disputa comercial, anular ou restringir os benefícios decorrentes do GATT. Os elementos relativos a este caso (DS44 – *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*) encontram-se disponíveis em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds44sum_e.pdf.

112 Ver Hoekman & Mavroidis, 2002: 9-14.

113 Sobre este ponto, ver Fox & Arena, 2010: 452.

114 Sobre a interação entre o aprofundamento da integração económica e as regras de defesa da concorrência, ver Baquero Cruz, 2002.

115 As normas de defesa da concorrência do MERCOSUL constavam originalmente do Protocolo de Fortaleza (1996), entretanto substituído pelo Acordo de Defesa da Concorrência no Mercosul (Mercosul/CMC/Dec. n.º 43/10, disponível *online* em: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/index_en.html). Sobre as regras de concorrência no Protocolo de Fortaleza ver Tomé Feteira, 2010: 291-316.

116 Sobre a interação entre a política de concorrência e os fenómenos de integração regional, com especial incidência nos países em vias de desenvolvimento, ver os contributos reunidos em Drexl, Bakhoun, Fox, Gal & Gerber, 2012 (2012).

a liberalização do comércio no seio de blocos regionais não constitua a única motivação para a introdução de regras de defesa da concorrência¹¹⁷.

Importa ainda aludir a dois pontos adicionais que militam a favor da necessidade dos países em vias de desenvolvimento introduzirem normas de defesa da concorrência no contexto de políticas que interagem de perto com a política de concorrência. O primeiro desses pontos prende-se com as alterações estruturais na economia provocadas pelas políticas de *privatização e desregulação* e que carecem de ser complementados com a adopção de normas que previnam a substituição dos monopólios públicos por privados¹¹⁸. O segundo ponto prende-se com os efeitos diretos e indiretos da *onda internacional de fusões e aquisições*¹¹⁹ que remonta à segunda metade da década de noventa do século passado: por um lado, a aquisição de empresas domésticas por multinacionais pode suscitar problemas relacionados com o abuso de uma eventual posição dominante no mercado doméstico; por outro lado, mesmo nos casos em que a concentração não afeta diretamente o país em vias de desenvolvimento, a mesma poderá ainda assim ter um impacto negativo na contestabilidade de mercados onde empresas domésticas pretendam entrar¹²⁰.

IV. PERSPETIVA INTERNA (I): CONFIGURAÇÃO (*DESIGN*) DO DDC

4.1. Introdução

A adoção de regras de defesa da concorrência em jurisdições com pouca ou nenhuma tradição na matéria requer especiais cuidados quer na fase da (i) *configuração (design)* das normas, quer na da sua (ii) *implementação (enforcement)*. Importa antes de mais clarificar que as especificidades da configuração e implementação de normas de defesa da concorrência são atribuíveis ao contexto sócio-económico, político e cultural – institucional *lato sensu* – e não propriamente à análise económica *positiva* que lhe está subjacente¹²¹.

117 Ver infra § 6.

118 Neste sentido, ver Singh, 2002: 8-9; e também du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 11-14.

119 Singh, 2002: 12-15. Neste sentido, ver também Gal, 2004: 4.

120 Os efeitos diretos e indiretos nos países em vias de desenvolvimento das fusões e aquisições internacionais levantam outro tipo de questões que serão abordadas infra (§ 6) e que se prendem com a necessidade de adoptar mecanismos internacionais de cooperação, harmonização ou convergência, no quadro multilateral ou unilateral, para lidar com os aspetos multijurisdicionais das práticas anticoncorrenciais.

121 No mesmo sentido, embora em contexto diverso, ver Gal, 2003: 46 e ss.

A razão de chamar à colação a destrição entre as dimensões *positiva* e *normativa* da ciência económica¹²² visa confinar o debate económico em torno do DdC nos países em vias de desenvolvimento ao campo da *normative economics* (dever-ser), salvaguardando assim o campo da *positive economics* (ser). A destrição entre ambas as dimensões e respetivo alcance pode ser ilustrado através dos seguintes exemplos: enquanto as leis da oferta e da procura funcionam do mesmo modo nos EUA, em França, na China ou no Togo (*positive economics*)¹²³, já será passível de debate se o DdC nos países em vias de desenvolvimento deve prosseguir unicamente o bem-estar (total ou dos consumidores, dependendo da versão) e/ou outros fins *imediatos* usualmente arredados das considerações da *mainstream economics*, como a promoção do desenvolvimento e o combate à pobreza (*normative economics*)¹²⁴. Ambas as questões são importantes e estão interligadas, mas o debate em torno de cada uma delas é de natureza diversa, pelo que razões de clareza analítica recomendam a sua destrição e análise em momentos diversos. Assim, enquanto a questão *normativa* deve ser abordada no contexto da configuração das normas de defesa da concorrência, uma vez que é nesta sede que a questão dos *fins* deverá ser primordialmente abordada, a questão *positiva* deve ser guardada para o momento da implementação do DdC porquanto é nesta fase que se colocam com maior acuidade as questões relativas à análise económica que deve suportar a aplicação do DdC. Com efeito, é em sede de implementação do DdC que sobressaem as debilidades institucionais que afligem os países em vias de

122 Introduzida por *John Neville Keynes* [pai de John Maynard Keynes] na obra *The Scope and Method of Political Economy*, a distinção compreendia originalmente três elementos: “a *positive science*...[,] a *body of systematized knowledge concerning what is*; a *normative or regulative science*...[,] a *body of systematized knowledge discussing criteria of what ought to be*...; an *art*...[,] a *system of rules for the attainment of a given end*” (citado por Milton Friedman, “The Methodology of Positive Economics”, reimpresso in Hausman, 2008: 145).

123 Ou, como refere, Bakhoun: “A *hard-core cartel or an abuse of dominant position has the same effects on consumer welfare regardless of whether it takes place in a developed or in a developing jurisdiction, a small market economy or a large economy, in a national or regional market. Pursuing efficiency in its static and dynamic approach makes economical sense for a developed and a developing economy*” (Bakhoun, 2011: 498).

124 Não significa, todavia, que estes fins não sejam ponderados enquanto fins *mediatos* do DdC. Sobre as opções normativas subjacentes à abordagem preponderante da *welfare economics* e a necessidade de distinguir entre as dimensões *positiva* e *normativa* na ciência económica, ver Hausman & McPherson, 2008: 226 ss. Embora o debate esteja atualmente mais pacificado, cumpre relembrar que as vias para o desenvolvimento económico nem sempre passaram pela *mainstream economics*; exemplo disso foi a corrente *desenvolvimentista* (na qual pontificam nomes como Raúl Prebisch e Celso Furtado) que medrou na América Latina na segunda metade do século transato. Sobre a evolução e ‘pacificação’ da *development economics*, ver Lianos, Mateus & Raslan, 2013.

desenvolvimento, as quais abrangem desde a escassez de recursos humanos e financeiros necessários à adequada aplicação das normas de concorrência pela entidade nacional de defesa da concorrência (ENDC)¹²⁵ até à impreparação do sistema judicial para apreciar ou reapreciar (dependendo do modelo institucional selecionado)¹²⁶ as questões jusconcorrenciais. Deste modo, enquanto a dimensão *normativa* convoca questões sobre os *fins* do DdC, questões que têm de ser primeiro ponderadas no momento em que as normas são criadas embora não deixem de se projetar no momento da sua interpretação e aplicação, a dimensão *positiva* prefigura-se no momento legiferante mas manifesta-se com maior urgência na fase de *implementação* das normas, porquanto é neste momento que os operadores jurídicos se deparam com maior premência com a necessidade de analisar os comportamentos ou as estruturas do mercado à luz da análise económica.

Nas linhas que se seguem tratar-se-á, em primeiro lugar, da *configuração* das normas de defesa da concorrência, começando por uma ponderação dos *objetivos* que o DdC deve prosseguir, matéria que fundamentalmente nos remete para o (suposto) binómio *desenvolvimento v. concorrência*. Tratada esta questão, importa identificar os *comportamentos* e as *estruturas* que as normas de defesa da concorrência visam, respetivamente, reprimir e prevenir. No que respeita aos *comportamentos* anticoncorrenciais, importa distinguir (i) as diversas formas de cooperação entre empresas restritivas da concorrência (acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, na terminologia do artigo 101.º do TFUE ou contratos, combinações e conspirações restritivas do comércio, na terminologia da secção 1 do *Sherman Antitrust Act*) e (ii) os comportamentos unilaterais, seja em sede de monopolização ou tentativa de monopolização (secção 2 do *Sherman Antitrust Act*), seja em sede de abuso de posição dominante (artigo 102.º do TFUE).

No domínio da *implementação* do DdC, o escopo e a dimensão do presente trabalho aconselham a que nos centremos na questão da arquitetura *institucional* da ENDC, embora não se desconheça que esta se integra em, e interage com, uma rede mais vasta que engloba instituições políticas, jurisdicionais e administrativas. Dentro dos aspetos institucionais respeitante à ENDC avulta

125 Ainda que porventura a designação não seja a mais feliz, a utilização do acrónimo tem a vantagem de evitar repetições excessivas da expressão. Em todo o caso, procurou-se uma designação tão neutral quanto possível para abarcar múltiplas possibilidades de configuração da referida entidade.

126 Sobre esta questão, que será abordada infra, ver Trebilcock & Iacobucci, 2002: 361-394.

a problemática da configuração e funcionamento desta entidade e que se traduz em questões como a opção entre um sistema integrado do tipo europeu – em que a decisão e execução cabe num primeiro momento à ENDC – ou um sistema que requeira a intervenção de uma autoridade judicial (especializada ou não) para a execução da decisão proferida pela entidade administrativa¹²⁷. Por outro lado, avultam questões relativas às salvaguardas que devem rodear a arquitetura institucional – qualquer que ela seja – e a atuação da ENDC no contexto dos países em vias de desenvolvimento.

A sequência pela qual as questões foram enunciadas traduz uma ordem lógica na análise do problema mas não necessariamente a hierarquia dos problemas. Como referido anteriormente, a circunstância de numerosos países em vias de desenvolvimento terem adotado normas de defesa da concorrência que pouca ou nenhuma relevância prática têm parece apontar para a preponderância dos problemas relativos à *implementação*¹²⁸, mas a verdade é que esta problemática é indissociável das questões que se prendem com a *configuração* dos sistemas de defesa da concorrência. Atenta a rejeição de uma perspetiva “*one-size fits all*” do DdC, que de resto hoje já muito poucos perfilham¹²⁹, pretende-se tão-somente avançar pistas de reflexão para possíveis soluções para os diversos problemas que os países em vias de desenvolvimento enfrentam no âmbito da configuração e implementação do DdC tomando por base um conjunto de características que estes, em maior ou menor grau, partilham.

4.2. Configuração (*Design*) das normas jusconcorrenciais

a) *A questão dos objetivos do DdC: desenvolvimento e eficiência*

A oposição entre *desenvolvimento* e *eficiência* como objetivos do DdC tem a sua origem nas reticências manifestadas por alguns países em vias desenvol-

127 A primeira opção corresponde ao modelo do DdC europeu e o segundo ao do *antitrust* norte-americano; sobre estas opções, ver Fox & Trebilcock, 2010: 5-6.

128 A atestar a enorme relevância prática do problema da *implementação* do DdC, vejam-se os numerosos estudos realizados pela ICN sobre temas como a eficácia da ENDC's, *capacity building* e a implementação da política de concorrência. Estes estudos encontram-se disponíveis em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>.

129 Mesmo a visão ‘absolutista’ de George L. Priest (Priest, 2013: 79-89) em favor do ‘*one size fits all*’ (no caso em apreço, o *antitrust* norte-americano) assume um caráter intencionalmente provocatório e, mais do que defender a existência de *uma* versão de DdC adequada a todos os países, o autor questiona a adoção de versões *light* do DdC sem o correspondente suporte teórico e empírico que sustente as especificidades dos países em vias de desenvolvimento e que suporte a exequibilidade e justificação de tal modelo.

vimento à introdução de normas de defesa da concorrência num contexto de liberalização do comércio mundial. Com efeito, a ligação do DdC ao processo de liberalização do comércio mundial prende-se não apenas com o contexto em que os países em vias de desenvolvimento adotaram normas de defesa da concorrência (como pré-condição para a implementação de acordos de comércio livre ou de integração económica regional ou para o acesso a recursos financeiros disponibilizados por instituições internacionais), mas também pela relevância que o tópico da concorrência assumiu nas negociações que decorreram sob a égide da OMC as quais, ainda que tivessem ficado muito aquém de instituírem um direito internacional da concorrência (*global antitrust law*), não deixaram de ter alguma tradução prática em diversas normas¹³⁰. Compreende-se assim que, num primeiro momento, tenham sido os países em vias de desenvolvimento a articular a oposição entre desenvolvimento e eficiência no âmbito da sua oposição à ‘importação’ de normas de defesa da concorrência de benefícios tidos por incertos, no contexto já de si adverso de liberalização do comércio internacional e cuja implementação requeria, na esmagadora maioria dos casos, um investimento considerável na criação de uma estrutura institucional de raiz¹³¹. Em causa estaria a alegada incompatibilidade entre um DdC virado para a promoção da eficiência e estratégias de desenvolvimento que passariam, por exemplo, pela proteção de indústrias nascentes e de campeões nacionais, pela subvenção das exportações como forma de promoção do crescimento económico e redução da dependência económica exterior ou pela proteção das empresas estatais e para-estatais como instrumento de intervenção económica e solução para putativas falhas de mercado¹³². Em causa estariam ainda os custos sociais do DdC resultantes da eliminação de empresas economicamente ineficientes e do consequente aumento da taxa de desemprego no curto prazo (“custos de ajustamento”)¹³³.

130 Exemplo disso é o artigo 40.º do Acordo TRIPS sobre práticas anticoncorrenciais relativas a direitos de propriedade intelectual com um efeito restritivo sobre o comércio e na transferência e disseminação de tecnologia. Sobre a matéria ver Tomé Feteira, 2013: 104-108.

131 Referindo-se às razões extrínsecas (*leverage* negocial) e intrínsecas (má experiência com o Acordo TRIPS; custos associados à introdução de regras de concorrência) para a oposição dos países em vias de desenvolvimento à instituição de regras de concorrência mais abrangentes no seio da OMC, ver Drexler, 2004: 435-437.

132 Sobre estes pontos, ver Kronthaler, 2007a: 32-46.

133 Kronthaler, 2007a: 51-52.

No âmbito dos países em vias de desenvolvimento, a discussão em torno destes dois objetivos aparentemente contraditórios – eficiência e desenvolvimento – tem sido articulada em termos de saber se o DdC deve prosseguir objetivos estritamente económicos, o que na perspetiva dominante da *welfare economics* significa eficiência¹³⁴, ou se deve incluir também objetivos não económicos¹³⁵. No caso dos países em vias de desenvolvimento os objetivos não económicos refletem naturalmente os problemas que os afligem com maior acuidade e incluem a redistribuição da riqueza, o combate à pobreza, a diminuição de assimetrias sócio-económicas, a promoção do emprego, etc.¹³⁶. Afigura-se, no entanto, que a discussão em torno da dicotomia desenvolvimento/eficiência ganha em ser perspetivada não como uma simples manifestação das preocupações que afligem os países em vias de desenvolvimento – as quais devem perpassar qualquer DdC que pretenda afirmar-se como um corpo de normas efetivamente aplicado –, mas como o reflexo de um debate mais abrangente que tem acompanhado a história do DdC e que consiste na conciliação entre valores *liberdade e igualdade* sob a égide do DdC¹³⁷. Ora, nesta perspetiva, a visão do *antitrust* que tem prevalecido nos EUA desde a década de 70 sob a influência da Escola de Chicago e com as correções introduzidas pelas correntes pós-Chicago¹³⁸ privilegia claramente a liberdade em detrimento da igualdade ao identificar a defesa da eficiência económica como o fim *imediat*o do DdC e a promoção do bem-estar económico – seja na versão de *total welfare*, seja na versão de *consumer welfare* – como o fim *mediato* prosseguido através da defesa da eficiência económica¹³⁹. Já a ênfase do DdC europeu na proteção do

134 Ver Hausman & McPherson, 2008: 226 ss.

135 Ver, por exemplo, Bakhoun, 2012.

136 Um dos primeiros autores a tratar explicitamente da matéria foi Eleanor M. Fox em Fox, 2007. Ver também Bakhoun, 2012: 412-413.

137 Para uma introdução ao tema, ver por todos Schweitzer, 2012: 169-181; e também Morais, 2009a: 59 e ss.

138 Sobre a evolução da política de concorrência nos EUA da década de setenta à de noventa do século passado, ver Peritz, 2000: 258 ss.

139 Sobre a distinção entre *total welfare* e *consumer welfare* e a sua relevância para DdC ver, *inter alia*, Fox, 2008: pp 77 ss. Embora a promoção do bem-estar através da eficiência económica seja característica do *antitrust* norte-americano, a *more economic approach* defendida pela Comissão Europeia tem procurado acentuar esta dimensão do DdC europeu com algum apoio da parte do Tribunal Geral mas não do Tribunal de Justiça (ver as referências jurisprudenciais citadas por Schweitzer, 2012: 172-174). Com efeito, este último tem via de regra reafirmado o entendimento tradicional no DdC europeu de que o objetivo precípua reside na tutela do processo concorrencial, do qual resultariam – mediadamente – ganhos de eficiência e a promoção do bem-estar económico.

processo concorrencial – ênfase que, de resto, lhe valeu a acusação de se preocupar mais com os concorrentes do que com a concorrência¹⁴⁰ –, assentava numa visão mais equilibrada dos valores igualdade e liberdade que a *europização* dos DdC nacionais e, mais especificamente, a *more economic approach*, têm vindo a alterar em favor da última. Em qualquer caso, tal como a combinação entre liberdade e igualdade tem variado ao longo dos tempos sem que nenhum dos termos neutralize por completo o outro, também não parece que faça sentido opor eficiência a desenvolvimento como termos que se excluem mutuamente. Afigura-se antes mais produtivo perspetivar – de resto com dados empíricos que suportam esta conclusão – o valor eficiência como *indutor* de bem-estar dos consumidores e, conseqüentemente, de desenvolvimento económico, para a partir daí se discutir em que medida é desejável promover a prossecução *direta* pelo DdC de fins de desenvolvimento económico ou se, pelo contrário, esse papel deve ser sobretudo *indireto*.

Colocada nestes termos, a questão que se segue não é tanto a de saber se o moderno DdC tal como é aplicado nos EUA e na UE comporta esta ‘dupla linguagem’¹⁴¹ da eficiência e do desenvolvimento, mas antes a de saber *em que termos* se deve processar o *trade-off* entre eficiência e desenvolvimento na configuração e implementação do DdC nos países em vias de desenvolvimento. O *trade-off* resulta da tentativa de conciliar ambos os objetivos e da cedência de objetivos de eficiência a objetivos de desenvolvimento ou vice-versa. Esta cedência, que é dinâmica e que se deseja parcial e transitória – afinal, que trata-se é de conciliar eficiência e desenvolvimento e não de obliterar um dos elementos da equação – justificar-se-á tanto mais na medida em os benefícios resultantes do DdC compensem eventuais perdas de eficiência¹⁴². Tal parece ser o caso dos países em vias de desenvolvimento, sobretudo numa fase inicial em que o papel da *advocacy* do DdC junto das instâncias governamentais e, não esquecer, junto do público em geral, é fundamental para a afirmação e enraizamento do ordenamento jusconcorrencial. Como bem refere Gal:

140 Ver, por exemplo, Schweitzer & Patel, 2013: 207-230.

141 A expressão foi retirada de Bakhoun, 2011: 495-522. O mesmo Autor afirma que “[w]ith an efficiency approach to competition law, ‘non-economic considerations’ and a ‘development approach’ are at odds with the theory and practice of modern antitrust” (Bakhoun, 2011: 500).

142 Do ponto de vista empírico, não há uma solução ideal; quanto muito haverá uma solução *ótima*, aquela que corresponder às preferências (e valores) dos destinatários. Sobre este ponto, ver Kerber, 2007: 119. Poder-se-ia invocar neste sentido o critério de eficiência defendido por *Kaldor-Hicks*; sobre este critério, ver a correspondente entrada em Parisi, 2013: 219-220.

*“A mixed approach to antitrust, while creating costs in loss of efficiency, especially for small economies (Gal 2003), may be justified in those developing economies in which a purist approach might prevent societal acceptance and disintegrate the social fabric. This is particularly important where economic efficiency considerations alone would strengthen or maintain existing wealth disparities, especially where it parallels a racial divide [...] Thus, the goals of competition law may, in some cases, need to be broadened to include distributional effects, which may be an important factor in the social welfare function. Such social policies may be especially important in the first years of transition to a more competitive economy (APEC 1999, 37) and may then be changed to be more efficiency-oriented. Thus in some settings, competition law enforcement should not be blind to societal failures which might be even more important than market failures.”*¹⁴³ [ênfase a itálico nosso]

Quer isto dizer que, sem prejuízo da validade teórica das considerações que suportam o papel da eficiência na promoção do bem-estar económico, é a obtenção de resultados *palpáveis* – i.e. com impacto de curto ou médio prazo no bem-estar das comunidades locais – e *duradouros* na aplicação das regras de concorrência que se revela decisivo para evitar que, em prol de resultados de longo-prazo, o DdC acabe votado à irrelevância. Ora, em contextos de fragilidade institucional e de escassa tradição na defesa da concorrência, afigura-se que a demonstração de que o DdC pode produzir efeitos económicos benéficos não deve depender (apenas) de raciocínios económicos mais ou menos sofisticados cuja visibilidade nos remete para um horizonte de longo prazo e cuja compreensão não está ao alcance da esmagadora maioria da população, mas deve assentar sobretudo na produção de um impacto positivo visível de curto ou médio prazo nas condições de vida dos indivíduos na sua dupla qualidade de produtores e consumidores¹⁴⁴. Ora, este impacto de curto ou médio prazo prende-se com a identificação de áreas de atuação *prioritárias* em razão do seu impacto nas camadas mais desfavorecidas e para cuja identificação se revela de grande utilidade a realização de estudos do mercado e de inquéritos setoriais

143 Gal, 2004: 7-8.

144 A questão subjacente pode ser comparada à contraposição entre a economia clássica e a economia keynesiana: Keynes admitia que no longo prazo a abordagem da economia clássica podia revelar-se a mais adequada; o problema, todavia, é que como o próprio reconheceu “*in the long run we are all dead*”. Sobre este ponto, ver a crónica de Paul Krugman “Vulgar Keynesians”, reimpressa in Krugman, 1999: 28-33.

e que devem ser sujeitos a avaliação periódica, a exemplo do que sucedeu na África do Sul¹⁴⁵.

Em todo o caso, importa contextualizar a verdadeira dimensão do ‘fosso’ que separa os defensores da abordagem desenvolvimentista da visão *mainstream* do DdC, já que a maioria daqueles que defendem uma abordagem ao DdC centrada nas “*societal failures*” e no desenvolvimento económico raramente vão além de algumas considerações gerais sobre a necessidade de incluir preocupações distributivas e de inclusão económica¹⁴⁶ ou sobre a necessidade de compatibilizar a intensidade da concorrência com o estágio de desenvolvimento económico do país¹⁴⁷. No mais, do que se trata é de adaptar a aplicação das normas de defesa de concorrência ao contexto específico dos países em vias de desenvolvimento, seja no que respeita às questões jusconcorrenciais com maior impacto nas comunidades locais, seja no que tange à idealização da estrutura institucional adequada para prosseguir este fim. No mais, como Bakhoun reconhece, “[t]he difference would be less in the substance than on how the law is applied”¹⁴⁸. Se outras razões não houvesse, sempre a escassez de recursos humanos e financeiros e a ausência de tradição em matéria jusconcorrencial desaconselhariam fortemente os países em vias de desenvolvimento de embarcar em experimentalismos mais ou menos radicais na área do DdC, desperdiçando a experiência acumuladas pelo *antitrust* norte-americano e pelo DdC europeu¹⁴⁹. O exemplo da África do Sul, cuja lei de defesa da concorrência alia a promoção da competitividade a preocupações de ordem social, nomeadamente as de promoção de uma maioria rácica historicamente discriminada e economicamente desfavorecida, sem no entanto se afastar radicalmente de soluções consagradas noutros ordenamentos, costuma a justo título ser apontado como um exemplo de harmonização bem sucedida entre fins de eficiência e outro tipo de preocupações registadas nos países em vias de desenvolvi-

145 Sobre a experiência sul-africana ver Weeks, 2012: 200-202.

146 Neste sentido, ver Bakhoun, 2011: 18 ss; Fox, 2007: 223 ss.

147 Neste sentido ver Singh, 2002: 15-18, que aponta para a necessidade de uma abordagem *second best*, i.e. que não vise a máxima concorrência no mercado mas antes a concorrência possível compatível com objetivos de crescimento económico sustentado, ainda que para tal tenham de ser toleradas algumas formas de cooperação entre agentes económicos.

148 Bakhoun, 2011: 520.

149 O ponto é também referido por Fox, 2007: 231, a qual refere também que a adopção de normas de defesa da concorrência reconhecidas internacionalmente pode facilitar o investimento estrangeiro.

mento¹⁵⁰. Outro exemplo, porventura menos evidente mas igualmente relevante é o da Turquia, cuja lei da concorrência prossegue – se não na letra da lei, pelo menos no seu enquadramento normativo e na sua aplicação prática – objetivos de bem-estar social (*social welfare*)¹⁵¹. Por outro lado, cumpre reconhecer que, como bem refere Morais¹⁵², “*against this broad teleological program, which, one may add, tends to be found in some economies in transition adopting ‘ex novo’ competition rules, some degree of ambiguity and even uncertainty has emerged as regards the boundaries of competition law and policy*”.

b) DdC e algumas considerações de legística

Os aspetos que caracterizam os países em vias de desenvolvimento não devem ser deixados de ser levados em conta no momento de elaboração das normas e recomendam que o legislador defina com clareza *objetivos e prioridades*, bem como opte por regras *concisas e acessíveis* para a implementação desses objetivos e prioridades¹⁵³. Uma vez que a questão dos objetivos foi abordada no ponto precedente, importa nesta sede referir a necessidade de não sobrecarregar as normas jusconcorrenciais com a prossecução de múltiplos objetivos, ainda que aparentemente próximos da defesa da concorrência (pense-se no caso da tutela do consumidor ou da concorrência desleal). Com efeito, a consagração de múltiplos objetivos não só oferece a possibilidade de atuações contraditórias como também obscurece as prioridades de atuação da ENDC¹⁵⁴. No que tange à formulação das normas há, desde logo, que contar com a escassez de recursos humanos (em termos quantitativos e qualitativos) e financeiros, a qual recomenda a adoção de normas cuja interpretação e aplicação não se revele

150 Ver, entre outros, Bakhoun, 2012: 413 (“*Although economists are reluctant to assign ‘non-economic goals’ to competition law, young jurisdictions such as South Africa seem to experience a successful marriage of economic and non-economic goals in their competition policy*”). Problema distinto é o de saber em que moldes poderia o exemplo de sucesso da África do Sul ser ‘exportado’, nomeadamente no âmbito dos países que, tal como a África do Sul, integram a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC); sobre a inclusão de regras de concorrência no âmbito de projetos de integração económica regional, ver infra § 6.

151 Sobre este ponto ver Gok, 2013: 169-192.

152 Morais, 2013: 169-192.

153 A legística, conjunto de regras que se ocupa da formulação e redação de atos normativos, apresenta um âmbito que extravasa em muito as considerações feitas nesta sede e cujo único propósito é chamar a atenção para alguns aspetos mais prementes no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Para um tratamento aprofundado da temática no contexto do direito português, ver D. Duarte, Pinheiro, Romão & T. Duarte, 2002.

154 Para maiores desenvolvimentos, com referência a outros problemas, ver Hyman & Kovacic, 2013: 31-57.

excessivamente complexa (“*bright-line rules*”¹⁵⁵), ou seja, que não dependam de exercícios de análise económica cuja complexidade não esteja ao alcance dos recursos previsivelmente disponíveis¹⁵⁶. Os casos que envolvem acordos entre concorrentes (horizontais) serão aqueles que exigirão uma análise económica menos complexa¹⁵⁷, atentos os patentes efeitos anticoncorrenciais, por contra-posição ao controlo das concentrações que requer um tipo de análise mais sofisticada que convoca juízos de prognose, mas entre estes dois ‘extremos’ cumprirá averiguar no caso concreto a correlação de forças entre os objetivos e as prioridades a prosseguir e a disponibilidade dos recursos.

À escassez de recursos acresce um outro fator a ter em conta na elaboração das normas de defesa da concorrência: a dimensão da economia informal. Com efeito, a existência de um amplo setor de economia informal introduz inevitáveis fatores de perturbação, seja na disponibilidade de dados económicos *fiáveis*, seja na análise concorrencial das situações em apreço. Com efeito:

*“The presence of large informal sectors creates dual markets and may distort the analysis authorities conduct for the formal markets. Market power of dominant formal firms may be over-estimated due to an under-estimation of the price elasticity of demand. The existence of a large informal sector also creates additional noise in price information, making cartels more unstable and cartel analysis more difficult. Lastly, some investigations about predatory pricing may involve reviewing a broader set of policies and in particular how imperfect enforcement of the legislation may distort competition.”*¹⁵⁸ [ênfase a itálico nossa]

Neste contexto, a inclusão de *presunções*¹⁵⁹ ilidíveis (*juris tantum*) na redação das normas, desde que apoiada nos ensinamentos da teoria económica compro-

155 A expressão é de Eleanor Fox (Fox, 2007: 230).

156 Neste sentido, ver Gal & Fox, 2014: 12-15.

157 Além de terem um impacto público mais perceptível e, deste modo, contribuírem para a implantação de uma cultura de concorrência. Em todo o caso, e como Jenny reconhece, podem levantar-se outro tipo de dificuldades, nomeadamente de ordem *probatória*: “*However cartel enforcement can be a challenge, particularly in small developing countries or in countries with comparatively concentrated industrial structures, because in such countries horizontal anticompetitive restraints can be achieved through tacit collusion among a small number of players who know each other well and understand each other rather than through explicit agreements*” (Jenny, 2006: 135-136).

158 Oliveira & Fujiwara, 2006: 630.

159 Para uma análise alternativa do papel das *presunções* no DdC dos países em vias de desenvolvimento, ver Gal & Fox, 2014: 17-18. As *presunções* a que os Autores se referem têm um alcance mais geral e

vados pela experiência prática, pode revelar-se de extrema utilidade e facilitar consideravelmente a aplicação da lei. Pense-se nos casos da presunção de dominância na presença de quotas de mercado significativas¹⁶⁰, na inferência de que a troca de informações sobre preços que ocorra de forma regular entre empresas concorrentes constitui um acordo ou uma prática concertada que tem por objeto a restrição da concorrência ou ainda no facto de que a venda de um produto ou serviço abaixo do respetivo custo variável médio deixar presumir um comportamento abusivo¹⁶¹.

Por fim, refira-se que as debilidades de ordem institucional, seja pela permeabilidade do Estado à influência de interesses privados, seja pela falta de transparência no funcionamento das instituições, aconselham uma aplicação *horizontal* do DdC, isto é, sem a introdução de setores ou atividades isentos da aplicação das regras de concorrência, bem como um uso parcimonioso da possibilidade de conceder isenções por categoria ou individuais¹⁶². Esta questão carece de ser articulada com uma outra, esta de carácter institucional e de alcance mais geral, qual seja a determinação no âmbito da discricionariedade a atribuir à ENDC¹⁶³ no exercício dos seus poderes, matéria a ser tratada infra.

c) O DdC e os comportamentos restritivos da concorrência

A intervenção do DdC no que respeita aos *comportamentos* restritivos da concorrência reveste duas grandes modalidades: por um lado, a proibição das formas de cooperação empresarial restritivas da concorrência; por outro, a proibição da monopolização ou tentativa de monopolização (*antitrust* norte-americano) ou do abuso de posição dominante (DdC europeu).

A transposição de soluções a partir do *antitrust* ou do DdC europeu pode ser perspetivada a partir de três modelos – os quais integram um *continuum* e podem ser combinados entre si – em função do seu grau de divergência rela-

prendem-se com (i) o (bom/mau) funcionamento do mercado, (ii) a presunção de que os agentes económicos ponderam/não ponderam os custos e os benefícios das suas ações e (iii) a presunção de que a ENDC e demais entidades reguladoras dispõe/não dispõe de recursos humanos e financeiros adequados para aplicar a lei.

160 Como sucede na Lei alemã contra as restrições da concorrência (GWB), cujo § 18, n.º 4 presume a existência de uma posição dominante na presença de quotas de mercado iguais ou superiores a 40%.

161 Sobre estes pontos ver Bailey, 2010: 362-369.

162 Neste sentido, ver Fox, 2007: 232.

163 Sobre a questão da falta de transparência e a conseqüente necessidade de limitar a discricionariedade da ENDC, ver Gal & Fox, 2014: 16-17.

tivamente à solução original¹⁶⁴: o primeiro modelo passa pela simples transposição total ou parcial de soluções adotadas noutras jurisdições (*the cut-and-paste approach*); o segundo modelo envolve a transposição de conceitos básicos extraídos de outras jurisdições acompanhada da sua adaptação às necessidades locais e ao contexto do mercado (*the contextualized approach*); e o terceiro modelo consiste na adaptação às especificidades locais de soluções importadas de outras jurisdições, mormente aquelas que coincidem com as áreas de intervenção prioritária definidas pelo poder público (*the tailor-made approach*). Cada uma destas soluções apresenta vantagens e desvantagens¹⁶⁵, sendo certo que quanto menor o grau de originalidade das soluções consagradas, menor o risco de erro na sua aplicação, maior a certeza e segurança jurídicas que lhe estão associadas e menor a sua flexibilidade para acomodar particularismos locais; inversamente, uma solução mais experimental no campo do DdC poderá mostrar-se mais adequada ao contexto local, mas acarretará acrescidas probabilidades de erro na sua aplicação e tenderá a ser fonte de incerteza e insegurança jurídicas. Nesta matéria, como noutras, é desaconselhável ir além de uma conclusão genérica – “*context matters*”¹⁶⁶ –, mas em todo o caso a divergência de modelos ou de soluções estabelecidos de DdC deve ser tanto quanto possível uma *divergência informada*¹⁶⁷.

No que respeita aos *comportamentos* anticoncorrenciais visados pelas normas de defesa da concorrência, é desde logo essencial definir *prioridades* de atuação¹⁶⁸, de resto à semelhança do que tem sucedido em experiências bem-sucedidas de aplicação do DdC como é o caso da África do Sul¹⁶⁹, socorrendo-se para o efeito de estudos de mercado e inquéritos setoriais. Partindo da

164 Relativamente a este ponto o texto segue a abordagem sugerida em Shahein, 2012: 35-66. Para uma perspetiva alternativa, ver Fox, 2012: 280-286.

165 Shahein, 2012: 45-65.

166 Shahein, 2012: 45-65.

167 “*In areas where differences are greater due to different domestic economic histories, development and priorities (such as the analysis of unilateral conduct), the ICN facilitates ‘informed divergence’: identifying the nature and sources of apparent divergence and understanding and respecting any underlying divergent rationale. This greater understanding can offer business and consumers greater clarity and transparency and can lay the groundwork for possible convergence over the longer term*” (ICN, ‘The ICN’s vision for its second decade’, 10th. Annual Conference of the ICN, The Hague, Netherlands, 17-20 May 2011, p 5, disponível *online* em: < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc755.pdf> >).

168 Referindo a necessidade de “*developing a positive enforcement agenda*” como segunda fase na implementação do DdC nas economias em transição, ver Kovacic, 1997-1998: 441 e ss.

169 Sobre a experiência da África do Sul, ver Weeks, 2012: 183-211; e também Roberts, 2014: 351-364.

conjugação de três critérios (impacto nos consumidores mais pobres; contributo para o crescimento económico acelerado e inclusivo; e probabilidade da ocorrência de problemas concorrenciais consideráveis) para identificar setores e casos problemáticos, a *Competition Commission* sul-africana definiu inicialmente quatro setores prioritários para a sua intervenção: (i) alimentar e agro-alimentar; (ii) infraestruturas e construção; (iii) produtos industriais intermédios; e (iv) serviços financeiros¹⁷⁰.

Numa formulação mais genérica, as prioridades de atuação devem incidir sobre *comportamentos* e *setores económicos* nos quais sejam identificados “*competition issues in sectors that directly impinge on the well-being of the poor, in particular essential consumer goods, agriculture, and health care*”¹⁷¹. Um ponto particularmente importante no contexto do DdC como promotor de desenvolvimento é o de perspetivar os indivíduos que compõem as camadas mais desfavorecidas da população na sua dupla qualidade de *consumidores* e *produtores*, i.e. “*as purchasers of raw materials and intermediate goods for further processing and as the users of public and business infrastructure services*”¹⁷². A ideia subjacente a esta perspetiva é a de que apenas esta dupla abordagem permitirá, na esteira do que foi já referido acerca dos fins do DdC, conjugar eficiência e desenvolvimento ao centrar a intervenção do DdC em práticas anticoncorrenciais que não só envolvem perdas de eficiência e de bem-estar, como atingem as camadas mais pobres da população. O papel corretivo do DdC no respeitante às transferências de riqueza de consumidores e produtores para outros produtores constitui igualmente uma forma de melhorar de forma sustentada as condições de vida daqueles ao contribuir para sua participação mais ativa na economia local e global¹⁷³. Assim, há que ter em atenção os comportamentos restritivos da concorrência que atingem *setores económicos* ligados à satisfação de necessidades básicas das populações e que, por essa razão, têm um impacto particularmente negativo nos países em vias de desenvolvimento. Pense-se em acordos ou práticas concertadas ou em abusos de posição dominante que se repercutem no aumento do preço de géneros alimentares essenciais (pão, leite, ovos, etc.) ou de matérias-primas indispensáveis ao desenvolvimento económico em geral (construção de infraestruturas), nas atividades económicas que ocupam uma

170 Weeks, 2012: 183-211.

171 Bhattacharjea, 2013: 53.

172 Anderson & Müller, 2013: 7.

173 Anderson & Müller, 2013: 7.

parte significativa – e frequentemente a mais desfavorecida – da população (e.g. agricultura) ou na satisfação de outras necessidades básicas das populações como o alojamento, o acesso à educação ou a cuidados de saúde essenciais¹⁷⁴. Pense-se ainda especificamente nas práticas restritivas da concorrência que afetam o setor económico primário – atividades extrativas, mormente a agricultura – do qual depende a maioria da população ativa – na qualidade de produtores de bens e na qualidade de consumidores¹⁷⁵ –, seja porque inflacionam o preço dos *inputs* necessários à atividade agrícola (fertilizantes, água, maquinaria agrícola), seja porque esmagam as margens ou impõem condições discriminatórias no escoamento dos produtos para o mercado nacional e, tratando-se de bens transacionáveis, global. Pense-se, por fim, em práticas restritivas que impedem o acesso de pequenas e médias empresas a infraestruturas essenciais nos setores das telecomunicações, eletricidade e transportes¹⁷⁶. Nesta sede levantam-se duas questões que importa referir: por um lado, a promoção da entrada de novas empresas no mercado através do combate às barreiras à entrada, em particular as criadas pelo Estado¹⁷⁷; por outro, a abertura de *bottlenecks* estratégicos, ou seja, “*economic activities where increased competition in one sector generates large economic benefits by expanding output in other sectors that consume inputs of the first sector*”¹⁷⁸. Como exemplos destes últimos refiram-se os setores dos transportes, serviços financeiros, energia e telecomu-

174 Referindo-se, entre outros, aos casos da construção ou acesso a infraestruturas, à falta de concorrência no mercado dos livros escolares e às práticas restritivas no sector farmacêutico, ver du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 17-22; e também Anderson & Müller, 2013: 12-17. Para uma visão mais abrangente e detalhada da multiplicidade de práticas restritivas, dos setores económicos em causa e dos países afetados, ver Jenny, 2006: 112-132.

175 “*Because poor farmers are often also poor consumers, they can be doubly the victims of anticompetitive practices and the social dimension of that problem cannot be ignored.*” (Jenny, 2006: 134-135).

176 Para outros exemplos e referências bibliográficas, ver Fox, 2007: 224-226; e, em especial, Anderson & Müller, 2013: 5-17. Como refere Jenny (Jenny, 2006: 133): “*Clearly, the scope for anticompetitive activity in developing countries is staggering in terms of the type of practices (cartels, abuses of dominance, vertical restrictions to competition or anticompetitive mergers), the sectors affected (bread, chicken, beer, retail distribution, cement, aluminum, steel, telecommunications, railways, bus services, freight, professional services) and potential harm to economies (as we saw in several instances where price surcharges of up to 25 to 30 percent are not uncommon in some sectors)*”.

177 Neste sentido, ver Kovacic, 1998: 441-443. Além do mais, como o Autor bem refere, dar prioridade às barreiras à entrada criadas pelo Estado apresenta diversas vantagens; desde logo, atento o peso da intervenção do Estado na economia, é provável que a eliminação deste tipo de barreiras traga vantagens mais imediatas e palpáveis, além de ser um contributo para a afirmação da ENDC e para a expansão de uma cultura de concorrência. Neste sentido, ver também Sokol & Stephan, 2013: 137-154.

178 Kovacic, 1998: 443-444.

nicações, atendendo a que “[i]ncreased competition in these areas would improve the functioning of networks that deeply influence the rate of economic growth”¹⁷⁹.

A diversidade das práticas restritivas da concorrência e dos setores afetados pelas mesmas tem um impacto particularmente negativo nos largos segmentos da população cujo poder de compra se situa abaixo da média dos países desenvolvidos, privando-as do rendimento disponível e da possibilidade – de resto já enfraquecida pela existência de mercados pequenos e fragmentados, numerosas barreiras à entrada, fraca industrialização e limitações inerentes à procura – de recorrerem a produtos sucedâneos¹⁸⁰. Como refere Jenny:

“Aside from their potential impact on economic development, anticompetitive practices or transactions such as price fixing in the retail sector or in the consumer goods sector clearly impose a large cost on consumers, and in particular the poorest consumers, by artificially increasing the price of basic necessities (such as chicken, bread, milk, beer, cement, bus transportation) and therefore reducing the real income of poorer consumers. *Poor consumers consume a comparatively high proportion of locally produced goods and services, for which there is little competition even at the local level. If a sizeable portion of these goods and services are beset by competition problems and subject to overcharges of 10 to 15 percent, the problems of the poor will be compounded and their lives made even worse.* Thus, the fight against extortionary anticompetitive strategies should rightly be a part of pro-poor policies.”¹⁸¹ [ênfase em itálico nosso]

É neste contexto que ganha saliência o papel do DdC no correção das transferências de riqueza que sustentam as assimetrias sócio-económicas, ele próprio fundamental para a credibilização da ENDC e para o enraizamento de uma cultura de concorrência em setores mais alargados da sociedade civil (consumidores, empresas, trabalhadores)¹⁸². A questão pode ser sintetizada através da seguinte passagem da autoria de Anderson e Müller:

179 Kovacic, 1998: 443-444.

180 Ver Jenny, 2006: 134.

181 Jenny, 2006: 134.

182 No mesmo sentido, refere Jenny: “One must then ask why it is that there is such a gap between economic reality and political skepticism regarding competition law and competition law enforcement in some of the countries concerned by the sample we worked from. [...] One hypothesis is that public debate on competition has relied too much on theoretical arguments (often too abstract or too general to be very

“in our view, and possibly somewhat more controversially, *competition policy needs to address the needs of the citizens of poorer societies in their capacities as producers (i.e., as purchasers of raw materials and intermediate goods for further processing and as the users of public and business infrastructure services) in addition to their capacities as final consumers/households*. While the preservation and enhancement of the purchasing power enjoyed by final consumers is undoubtedly crucial to the goal of poverty reduction, efforts to enhance living standards particularly in developing countries will only be successful if citizens have sustainable means of earning their livelihoods and are provided with improved opportunities for participation in the local and global economies. There are, indeed, many indications that a large proportion of instances of anti-competitive practices affecting developing countries relate to markets for business input goods and services (WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy 1998). *Consequently, the vigorous enforcement of competition law in relation to practices and market structures that unnecessarily raise business input costs and/or impede access to markets is likely to be central to the role of competition policy as a tool of poverty reduction.*”¹⁸³ [ênfase em itálico nosso]

Identificadas as práticas e os setores mais problemáticos é desejável que os mesmos sejam abrangidos por regras de defesa da concorrência que contemplem quer a proibição de formas de cooperação empresarial restritivas da concorrência, quer a proibição da monopolização/do abuso de posição dominante¹⁸⁴. Se relativamente à primeira existe um considerável grau de convergência entre as duas grandes matrizes de DdC – desde logo quanto à necessidade de temperar a proibição genérica de formas de cooperação anticoncorrencial com ponderações de ordem económica (balanço económico) que possam eventualmente justificar o comportamento em causa¹⁸⁵ –, já a apreciação jusconcorrencial de comportamentos unilaterais em sede de *monopolization* / abuso de posição dominante apresenta consideráveis

persuasive from a public policy standpoint) and that there has not been enough emphasis on a systematic exploration and presentation of facts that would raise public awareness of the problems” (Jenny, 2006: 133).

183 Anderson & Müller, 2013: 7.

184 Sobre este ponto, ver Gal & Fox, 2014: 25-32.

185 Gal & Fox, 2014: 25-27, referindo-se também à necessidade de incluir a *contratação pública* no âmbito da proibição dos acordos e práticas concertadas. Sobre os pontos de convergência e divergência entre o *antitrust* norte-americano e o DdC europeu nesta matéria, ver Morais, 2009a: 101-103.

diferenças¹⁸⁶. Não obstante as limitações impostas pela delimitação do presente tema, importa ainda assim aludir telegraficamente às diferenças mais salientes que separam a secção 2 do *Sherman Antitrust Act* do artigo 102.º do TFUE. Assim, enquanto a primeira proíbe a monopolização ou a tentativa de monopolização, ou seja, comportamentos que criam ou cristalizam uma posição dominante e que se traduzem na exclusão do mercado de empresas concorrentes (*abusos de exclusão*), o artigo 102.º do TFUE proíbe tão-somente o exercício abusivo de uma posição dominante (já não a sua aquisição) seja através da exclusão de concorrentes (*abusos de exclusão*), seja através da exploração de consumidores ou de outras empresas (*abusos de exploração*). Na prática, as diferenças entre as normas em apreço reconduzem-se à interpretação e aplicação das mesmas pela jurisprudência – mais restritiva nos EUA, menos restritiva na UE – em três áreas fundamentais: abusos de exploração, preços predatórios e recusa de contratar/acesso a infraestruturas essenciais (*essentials facilities*)¹⁸⁷.

Assim, no que respeita ao tratamento a dispensar aos comportamentos unilaterais restritivos da concorrência, coloca-se a questão de saber se será preferível que os países em vias de desenvolvimento optem pela *matrix europeia* (proibição do abuso de posição dominante) ou, ao invés, pela *matrix norte-americana* (proibição da monopolização e da tentativa de monopolização). Por um conjunto de razões que se passa a referir, a consagração de uma norma do tipo da secção 2 do *Sherman Antitrust Act* pode revelar-se menos adequada à realidade dos países em vias de desenvolvimento. As razões prendem-se, uma vez mais, com as características dos países em vias de desenvolvimento e com os problemas jusconcorrenciais que os afetam com maior premência. Nesse sentido, referem Fox e Gal:

“In our view, availability of the abuse of dominance prohibition is one of the most important weapons in the antitrust arsenal of developing countries to open up closed markets and thus help make markets work where they have never worked before; where business has been tied up in privilege and cronyism and dominant

186 Sobre a matéria, ver as discussões em sede do grupo de trabalho sobre comportamentos unilaterais (*unilateral conduct*) no âmbito da ICN, disponíveis em: < <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral.aspx>>. Para uma análise das origens históricas e das implicações por detrás das diferentes abordagens ao artigo 102.º TFUE (ex-artigo 82.º TCE) e à secção 2 do *Sherman Antitrust Act*, ver Schweitzer, 2007.

187 Sobre estas diferenças e o alcance das mesmas, ver Schweitzer, 2007: 22-37.

firms have blocked paths of the masses of people. Past and lingering statism and privilege, and the fact that businesses have grown by favoritism not merit, point to the need for a strong law, friendly to enforcement. *Whereas US law is especially concerned with false positives, with too much antitrust intervention lest inefficient firms will be protected from competition itself, developing countries may be more worried about false negatives, worried that dominant firms have for too long been protected from the forces of competition and that people/firms with no power have often been excluded from entering markets and competing on their merits. Whereas the US seldom sees a monopoly and much more often sees cartels, developing countries often see monopoly in nearly every important sector of business. And whereas US law may have the luxury of deferring to a regulatory agency when the monopoly resides in a regulated sector, thus decreasing further the scope for application of antitrust, developing countries more often experience capture in regulatory agencies and may sometimes be better off with the voice of a competition authority than the protection of a regulatory agency.*¹⁸⁸ [ênfase a itálico nosso]

Assim, a matriz europeia de DdC pode revelar-se mais adequada à realidade dos países em vias de desenvolvimento em duas áreas específicas. A primeira dessas áreas são os *abusos de exploração*, em especial a imposição de *preços excessivos*, matéria que a seção 2 do *Sherman Antitrust Act* não cobre ao contrário do que sucede com o artigo 102.º do TFUE. Os abusos de exploração sob a forma de preços excessivos têm uma incidência particularmente gravosa nos países em vias de desenvolvimento por via dos efeitos associados às transferências de riqueza operadas pelos comportamentos anticoncorrenciais e do seu impacto num segmento significativo da população¹⁸⁹. O problema é tanto mais agravado pela existência de significativas barreiras à entrada:

“It has to be added that entry barriers are much higher in less-developed countries. Since consumers’ average ability to pay is considerably lower here than in developed economies, exploitation will be much less likely to attract new competitors, including those from abroad. This is why the U.S., as a large, traditionally very open und economically strong country, can even afford rather lenient rules on

188 Ver Gal & Fox, 2014: 29.

189 Neste sentido, ver Max-Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006: 3 (“for social reasons, exploitation is a much greater concern in developing and emerging markets, where large parts of the population may be more easily and directly affected by supra-competitive pricing”).

exclusionary practices, and may not be in terrible need of rules on exploitation, and still the country will not run a great risk that consumer will be significantly exploited. *For developing countries, by contrast, it is much more important to have laws against exploitation.*¹⁹⁰ [ênfase em itálico nosso]

Outra área que reclama a intervenção do DdC é a da recusa em contratar, em especial no que respeita ao acesso a infraestruturas essenciais. No contexto dos países em vias de desenvolvimento a falta ou precariedade das infraestruturas (de transporte, telecomunicações, energia) combinada com a existência de posições dominantes não transitórias – sob a forma de monopólios legais detidos pelo Estado ou da aquisição destes por privados – reclama um entendimento mais abrangente do conceito de “infraestrutura essencial” que não encontra acolhimento no *antitrust* norte-americano. Por outro lado, a relevância da intervenção económica do Estado e as suas implicações jusconcorrenciais em sede dos países em vias de desenvolvimento apresenta afinidades com o papel atribuído ao artigo 102.º do TFUE no contexto do desmantelamento dos monopólios legais¹⁹¹. Não se pretende com isto dizer que a inclusão de uma norma inspirada no artigo 102.º do TFUE se traduza ou deva traduzir numa aplicação generosa da figura do abuso de posição dominante, o que de resto não tem sido o caso no âmbito do DdC europeu¹⁹². No entanto, a introdução de uma norma do tipo da seção 2 do *Sherman Antitrust Act* não permitiria contemplar os abusos de exploração e provavelmente conduziria, como tem sucedido nos EUA¹⁹³, a um entendimento mais restritivo da recusa de contratar em sede de acesso a infraestruturas essenciais.

Em todo o caso, o risco de instrumentalização do DdC e a sua conversão em instrumento de *regulação de preços* com o fim de obter ganhos políticos não deve ser afastado. Com efeito, a denúncia generalizada da prática de preços excessivos parece proporcionar, como a experiência comparada o tem demonstrado, uma solução de resultados praticamente imediatos e – aparen-

190 Max-Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006: 7.

191 Sobre este ponto ver Schweitzer, 2001-2002: 83 e ss.

192 Com efeito, são muito contados os casos de aplicação do artigo 102.º do TFUE à imposição de preços excessivos por empresas em posição dominante, assim como tem sido prudente a construção jurisprudencial da *essential facilities doctrine* em sede de artigo 102.º do TFUE; sobre esta matéria, ver Schweitzer, 2007: 22-27 e 34-37.

193 Schweitzer, 2007: 22-27 e 34-37.

temente – benéficos para os consumidores¹⁹⁴. Convém, por isso, recordar as razões que aconselham uma intervenção prudente do DdC ao nível da deteção e correção de preços excessivos¹⁹⁵: em primeiro lugar, a perspetiva de obter um lucro supra-competitivo constitui o maior incentivo à concorrência; em segundo lugar, a reconhecida dificuldade de determinar o que seja um preço ‘excessivo’; e em terceiro lugar, a centralidade do mecanismo de preços para o funcionamento do mercado, a qual recomenda contenção quando se trate de interferir com o normal funcionamento desse mesmo mecanismo¹⁹⁶. Ora, de entre as razões que desaconselham o recurso ao DdC para corrigir eventuais preços excessivos, importa destacar as dificuldades que a ENDC enfrentará na determinação do que seja um ‘preço excessivo’¹⁹⁷, tarefa complexa e altamente falível relativamente à qual as autoridades da concorrência e os tribunais dos países desenvolvidos têm demonstrado grande prudência¹⁹⁸. Acresce que, uma vez determinado que o preço praticado é, efetivamente, excessivo, a questão seguinte é a de conceber uma solução (*remedy*) adequada à situação, o que invariavelmente convoca soluções do tipo regulatório que envolvem a determinação por via administrativa do preço ‘razoável’¹⁹⁹. A experiência das jurisdições mais desenvolvidas com intervenções ao nível dos preços por via do DdC tem-se mostrado ambígua nos seus efeitos e invariavelmente envolta em aceso debate, razões suficientes para que a atuação ao nível dos preços excessivos seja objeto de cuidadosa ponderação no contexto dos países em vias de

194 A interferência de considerações políticas na regulação de preços é um fenómeno transversal aos países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento, embora nos primeiros o DdC se profile como um veículo privilegiado, como sucedeu no caso alemão com as reformas da GWB (ver por todos Mestmäcker, 1984) e nos EUA com o *Robinson-Patman Act* (ver por todos Posner, 1976).

195 Embora se trate de argumentos partilhados pelo DdC europeu e pelo *antitrust* norte-americano, este último considera-os decisivos para afastar qualquer proibição da prática de preços excessivos: “*U.S. antitrust law does not proscribe antitrust pricing as an independent antitrust violation, although high prices may be indicative of other anticompetitive activities*” (p. 2 do relatório apresentado pela U.S. Federal Trade Commission (FTC) e pela Antitrust Division of the U.S. Department of Justice (DoJ) no âmbito das respostas ao questionário sobre preços excessivos organizado pela OCDE – referência DAF/COMP/WP2/WD(2011)65, de 4 de outubro de 2011, disponível online em: <<http://www.justice.gov/atr/public/international/278823.pdf>>).

196 *Idem*, pp 2-4.

197 Ver o relatório apresentado pela FTC e pelo DoJ à OCDE (referência DAF/COMP/WP2/WD(2011)65, de 4 de outubro de 2011), pp 2-4.

198 *Idem, ibid.* Do ponto de vista económico há fundadas razões para refrear atuações sobre preços excessivos; ver, por exemplo, Motta, 2004: 69-70.

199 Ver o relatório apresentado pela FTC e pelo DoJ à OCDE (referência DAF/COMP/WP2/WD(2011)65, de 4 de outubro de 2011), pp 2-4.

desenvolvimento, sob pena das respetivas ENDC enveredarem pela regulação de preços que refreia, ao invés de promover, a concorrência²⁰⁰.

Ao lado da proibição do abuso de posição dominante, alguns ordenamentos jurídicos de Estados-Membros da UE contemplam igualmente a proibição do chamado *abuso de dependência económica*²⁰¹. A figura encontra-se presente nos ordenamentos alemão (§ 20 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), francês (article L. 420-2 do *Code Commerce*) e português (artigo 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), para referir alguns exemplos, assumindo uma configuração similar em todos eles: em causa está a proibição de comportamentos unilaterais abusivos adotados por uma empresa que, encontrando-se numa situação de preponderância no âmbito de uma relação *bilateral* que a liga a outra empresa (sua fornecedora ou cliente), *explora* essa posição para extrair vantagens que não estariam ao seu alcance caso a empresa fornecedora ou cliente dispusesse de *alternativas equivalentes* no mercado²⁰². Por detrás da introdução da figura do abuso de dependência económica estiveram, invariavelmente, considerações de política legislativa acerca da suficiência da proibição do abuso de posição dominante para abarcar comportamentos unilaterais considerados abusivos adotados por empresas sem uma posição dominante no mercado ou cuja posição dominante não ficava demonstrada²⁰³. A situação típica visada por este tipo de normas é a relação *vertical* entre produtores/fornecedores e distribuidores, sobretudo ao nível da grande distribuição, no âmbito da qual se geram situações de dependência económica alicerçadas na duração das relações contratuais, no peso económico de um dos parceiros ou na popularidade dos produtos ou serviços comercializados. A questão que se coloca é a de saber se conviria a introdução de semelhante norma no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Se por um lado militam razões no sentido de tornar o

200 Alertando genericamente para este aspeto, ver Fox, 2007: 230. Genericamente sobre os perigos associados às intervenções regulatórias das ENDC's ver, em especial, Abbott & Sacher, 2012: 117-128.

201 O ordenamento norte-americano conhece uma forma mitigada da proibição do abuso de dependência económica, plasmado na proibição da prática de preços discriminatórios incluída no *Robinson-Patman Act* (1936) a qual, acrescente-se, tem sido alvo de inúmeras críticas e raramente é aplicada (ver Mestmäcker, 1984: 104 ss). Já o DdC europeu apenas proíbe a prática de preços discriminatórios quando a mesma configure um abuso de posição dominante, pese embora algumas aproximações – nunca concretizadas – à figura do abuso de dependência económica através da figura do 'parceiro obrigatório' (ver Pego, 2001: 65 e ss.).

202 Em comparação com normas congêneres noutros ordenamentos, o § 20 GWB oferece um conjunto de especificidades das quais não se pode dar conta nesta sede; para uma análise aprofundada desta norma remete-se para o respetivo comentário incluído na obra Immenga & Mestmäcker, Band 2., Teil 1, 2014.

203 Sobre a matéria, ver Pego, 2001: 85 e ss.

DdC acessível às pequenas e médias empresas economicamente dependentes de parceiros económicos cuja posição no mercado não chega a ser dominante, afigura-se-nos por outro lado que as prioridades do DdC nos países em vias de desenvolvimento não deveriam passar pela introdução da proibição do abuso de dependência económica. As restrições à concorrência criadas por via da cooperação entre empresas e do abuso de posição dominante têm um impacto muito mais preocupante no bem-estar e no desenvolvimento e devem, por isso, reclamar maior atenção. Acresce que dispersar recursos já de si escassos no combate ao abuso de dependência económica – cujo impacto jusconcorrencial está longe de ser pacífico²⁰⁴ – pode facilmente converter-se num esforço absorvente e pouco recompensador²⁰⁵, que priva da necessária atenção os verdadeiros problemas jusconcorrenciais que afetam os países em vias de desenvolvimento. Dito isto, não se afigura desaconselhável que o *estado de dependência económica* possa adquirir uma relevância *não* autónoma em duas ocasiões: em sede de análise da existência de uma posição dominante, na medida em que a empresa em posição dominante se apresente como um parceiro *inevitável* no âmbito de determinado mercado relevante²⁰⁶; e como circunstância a atender em sede de determinação da sanção aplicável.

Para concluir esta digressão pelos *comportamentos* anticoncorrenciais no âmbito dos países em vias de desenvolvimento, crê-se que a abordagem desejável deverá ser simultaneamente *seletiva* e, sobretudo, *gradual*. Por um lado, as intervenções do DdC devem confinar-se àquelas que se baseiem em “*robust and uncontroversial economic principles that make some kinds of conduct unambiguously reprehensible*”²⁰⁷. Por outro, deve ser concedida prioridade “*to*

204 A proibição do abuso de dependência económica tem suscitado numerosas críticas, nem todas justificadas. Em todo o caso, a apreciação do impacto jusconcorrencial tem sido uma das áreas mais controvertidas, atendendo ao facto de que comportamentos unilaterais adotados por empresas sem uma posição dominante não teriam impacto jusconcorrencial e a questão seria, quanto muito, de índole contratual. Sobre esta e outras críticas que têm sido dirigidas à consagração do abuso de dependência económica, ver Immenga & Mestmäcker, Band 2., Teil 1, 2014.

205 Uma questão que é frequentemente enfatizada pela literatura, especialmente a de expressão alemã, é das *dificuldades probatórias* associadas ao abuso de dependência económica, seja pela ausência de incentivo por parte das empresas visadas pelo abuso para colaborarem com a ENDC (mormente por receio de represálias comerciais), seja pela fronteira ténue entre as vertentes contratual (capacidade negocial, assimetrias de informação, etc.) e concorrencial (impacto no funcionamento do mercado). Sobre o assunto ver, entre outros, Mestmäcker, 1984.

206 Foi, de resto, neste contexto que o DdC europeu ensaiou uma aproximação à figura da dependência económica através da teoria do ‘parceiro obrigatório’; para maiores desenvolvimentos com referências à jurisprudência relevante, ver Pego, 2001: 65-79.

207 Bhattacharjea, 2013: 53.

addressing these competition issues in sectors that directly impinge on the well-being of the poor, in particular essential consumer goods, agriculture and health care. More ambitious enforcement efforts can evolve as antitrust agencies acquire expertise and legitimacy based on early successes with this limited agenda."²⁰⁸ A partir destas áreas prioritárias o DdC poderá expandir-se para outras, de forma gradual e numa ótica de gestão judiciosa dos recursos humanos e financeiros disponíveis.

d) O DdC e as estruturas do mercado

No que respeita à formação de *estruturas* de mercado propiciadoras de comportamentos anticoncorrenciais, a intervenção corretiva do DdC processa-se através do controlo das concentrações. Ora, seja por razões que se prendem com a complexidade do controlo das concentrações e a escassez de recursos disponíveis, seja por razões de política industrial (mormente apoio às indústrias nascentes), a questão que por vezes se suscita é a de saber se se justifica a sua implementação no contexto dos países em vias de desenvolvimento, ou pelo menos se se justifica concomitantemente com a introdução de regras sobre a cooperação entre empresas e o abuso de posição dominante²⁰⁹.

Atendendo à importância do controlo das concentrações na prevenção de estruturas de mercado propiciadoras de comportamentos anticoncorrenciais, a sua não inclusão no regime de defesa da concorrência criaria *ab initio* um regime lacunar que permitiria às empresas prosseguir os mesmos objetivos anticoncorrenciais que lhes estariam vedados em sede da proibição de formas de cooperação anticoncorrenciais, socorrendo-se para o efeito de operações de concentração²¹⁰. Ora, além dos efeitos anticoncorrenciais que poderiam estar associados às estruturas de mercado que resultassem dessas operações, é de ressaltar igualmente a possibilidade de ocorrência de concentrações *ineficientes* cujo único ou principal propósito fosse o de contornar a proibição de acordos e práticas concertadas. Poderá, em todo o caso, justificar-se uma introdução *seletiva* do controlo das concentrações que combine a identificação de setores prioritários em função do seu impacto na população com a ponderação de um controlo *ex post* das operações de concentração. Com efeito, como a experiência

208 Bhattacharjea, 2013: 53.

209 Neste sentido ver, embora respondendo pela positiva, ver Gal & Fox, 2014: 38-39.

210 Neste sentido, em sede da articulação entre o artigo 101.º do TFUE (ex-artigo 85.º TCE) e o regime do controlo das concentrações, ver Morais, 2006: 643-644.

brasileira o demonstra²¹¹, o controlo sistemático *ex ante* das operações de concentração pode revelar-se inadequado numa fase inicial de implementação do DdC em virtude dos recursos humanos e financeiros necessários para levar cabo a tarefa. Em alternativa, um controlo *seletivo ex post* pode constituir um primeiro passo para, à medida dos recursos disponíveis e da experiência recolhida, se evoluir *gradualmente* para um controlo *sistemático ex ante*. No mais, não se afigura que as especificidades dos países em vias de desenvolvimento afastem a necessidade de adotar um regime de controlo das concentrações, antes reclamam que o mesmo se processe de forma *seletiva e gradual* com particular atenção no que toca à clareza e simplicidade das normas adotadas²¹² (matéria em que se remete para as considerações genéricas já feitas em sede de legística) e à relevância da estrutura do mercado, mormente em sede de apreciação das concentrações. É este último aspeto que se analisará de seguida.

Ainda que as considerações que se seguem sobre as especificidades dos mercados sejam igualmente válidas em sede da apreciação de *comportamentos* anticoncorrenciais, a particular ligação entre o controlo das concentrações e a *estrutura* do mercado parece justificar que a referência às características dos mercados tenha lugar nesta sede. Nesta matéria, importa começar por reconhecer que a reduzida dimensão dos mercados constitui uma característica recorrente dos países em vias de desenvolvimento e um fator de relevo para a configuração e implementação do DdC. Como refere Gal, as pequenas economias de mercado apresentam três características fundamentais: “*high industrial concentration levels, high entry barriers and below-MES (minimum efficient scale) levels of production. These characteristics result from the basic handicaps of small economies: the large size of minimum efficient scales of production relative to demand*”²¹³. Importa no entanto referir que a análise conduzida por Gal, embora não desconhecendo a existência e importância de outros fatores que devem ser levados em linha de conta na configuração da política de concorrência, analisa exclusivamente o impacto do elemento *dimensão* do mercado²¹⁴ e é a

211 Sobre este ponto ver as considerações de Gal & Fox, 2014: 34-35; e, em maior profundidade, ver Botta, 2011.

212 Neste contexto, referindo que as “*merger laws should be relatively simple to apply and not require a very high degree of sophistication*” e apontando como exemplos a adoção de limiares claros de notificação e a introdução de presunções, ver Gal & Fox, 2014: 33.

213 Gal, 2003: 14.

214 Gal, 2003: 11: “*While such [economic, ideological, philosophical historical and political] factors must be taken into account while shaping optimal competition policy, they are outside the scope of this book,*

essa luz apenas que formula recomendações de política de concorrência²¹⁵. Por essa razão, a distinção fundamental que lhe está subjacente prende-se com a *dimensão* da economia de mercado – a qual de resto é definida em termos suficiente amplos como “*an independent sovereign economy that can support only a small number of competitors in most of its industries*”²¹⁶ – dos países objeto de estudo e não com o respetivo grau de desenvolvimento económico e o seu impacto na política de concorrência. Em todo o caso, a análise dos elementos que caracterizam as pequenas economias de mercado – alto grau de concentração económica, significativas barreiras à entrada e níveis de produção subótimos por referência à escala mínima de eficiência – revela que os mesmos propiciam a formação de estruturas de mercado do tipo monopolístico e oligopolístico²¹⁷ e a criação de conglomerados²¹⁸, os quais suscitam fundadas preocupações do ponto de vista concorrencial que, não sendo específicas dos países em vias de desenvolvimento, carecem de uma resposta adequada à realidade destes que não se esgote na liberalização do comércio internacional²¹⁹.

Na esteira do estudo pioneiro de *Gal*, a associação entre a reduzida dimensão do mercado e o grau de concentração económica tem sido objeto de análise no contexto específico dos países em vias de desenvolvimento²²⁰. Em parte, estas características estão interligadas na medida em que a redu-

as transitional, ideological, and political economy issues are not necessarily unique to small economies. Yet whatever the ideological basis on which competition policy is based, policy makers and interpreters of competition policy in small economies must have a clear understanding of the implications of the special economic characteristics of their markets for framing optimal competition policy. Otherwise, the social costs of their policies would be obscured”. Ver também, na esteira da investigação iniciada em Gal, 2003, outra contribuição da mesma Autora em Gal, 2013.

215 A Autora centra a sua atenção nos comportamentos anticoncorrenciais que podem emergir nos três tipos de estruturas de mercado típicas das pequenas economias de mercado: (i) comportamentos de monopolização/abuso de posição dominante (Gal, 2003: 58-110); (ii) comportamentos anticoncorrenciais no contexto de monopólios naturais, com particular destaque para a recusa de acesso a infraestruturas essenciais (Gal, 2003: 111-153); (iii) comportamentos colusivos ou de cooperação no contexto de estruturas oligopolísticas (Gal 2003: 154-193); e (iv) a regulação indireta destas últimas através do controlo das concentrações (Gal, 2003: 194-249).

216 Gal, 2003: 1. Na prática, a esmagadora maioria dos exemplos referidos pelo Autor – Israel, África do Sul, Canadá, Austrália, Coreia do Sul, etc. – ou não são países em vias de desenvolvimento ou, sendo-o, estão claramente numa categoria à parte no que diz respeito ao desenvolvimento da sua política de concorrência.

217 Gal, 2003: 28-35.

218 Ou seja, como refere Gal, 2013: 7, “*a small group of economic entities which control a large part of the economic activity through holdings in many markets*”.

219 Gal, 2003: 35-42.

220 Ver, por exemplo, Botta, 2011, versando sobre o caso argentino e brasileiro.

zida dimensão do mercado justifica a existência de um número limitado de empresas as quais, para poderem operar de forma lucrativa no contexto dos recursos disponíveis, têm de fazer face a economias de escala indispensáveis à manutenção do nível dos preços, assim como dos níveis de produtividade e eficiência²²¹. Por outro lado, a existência de barreiras à entrada – privadas e, sobretudo, públicas, dada a forte presença do Estado na economia – muito mais significativas do que nos países desenvolvidos²²², contribui para que estes mercados apresentem um menor grau de dinamismo e a persistência de altos graus de concentração económica. Importa ainda levar em linha de conta problemas relacionados com a escassez e precariedade das infraestruturas e com a existência de custos de transação excessivamente elevados e, mais genericamente, debilidades de ordem institucional com especial incidência nos mercados dos produtos e do crédito²²³, razões que concorrem para que as empresas optem por crescer *internamente* ao invés de recorrerem ao mercado para o fazer²²⁴. Este cenário favorece, também ele, a formação de *conglomerados* e, indiretamente, o incremento do grau de concentração económica dos mercados

Perante este cenário, impõe-se adiantar algumas conclusões em sede de controlo das concentrações. Desde logo, na esteira do que foi anteriormente referido, os mesmos fatores que apontam para a existência de especificidades das questões concorrenciais nos países em vias de desenvolvimento também apontam para a maior *vulnerabilidade* destes aos efeitos das práticas anticoncorrenciais²²⁵. Segue-se que a conjugação de fatores *estruturais* (elevado grau de concentração económica resultante da reduzida dimensão do mercado) com fatores *comportamentais* (propensão para a formação de conglomerados) propicia a formação de níveis elevados de concentração económica, pelo que a análise conduzida em sede de controlo das concentrações deve *criterosa*, seja na destriça entre estes dois fatores e o seu impacto, seja na

221 Sobre este ponto, ver du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 5.

222 A intervenção do Estado compreende não apenas a intervenção direta na economia, mormente através de empresas públicas, mas também a intervenção indireta através da concessão de direitos exclusivos ou especiais, planeamento económico, políticas de fomento, etc. Sobre a questão no contexto do DdC nos países em vias de desenvolvimento, ver Fox, 2007: 229-230.

223 Du Plessis, Lurie & van Buuren, 2011: 5; Anderson & Müller, 2013: 5.

224 Sobre este ponto, o qual constitui uma aplicação do famoso *teorema de Coase*, ver Gal & Fox, 2014: 35.

225 Neste sentido ver Anderson & Müller, 2013: 5; e também Gal, 2003: 47-51, embora reportando-se genericamente às pequenas economias de mercado.

análise dos efeitos nos diversos mercados onde os conglomerados operam²²⁶. A esta luz importa reter que, por exemplo, a imposição de soluções de tipo *estrutural* – isto é, que envolvam a alteração da estrutura do mercado através da dissipação forçada (*divestiture*) de estruturas monopolísticas ou oligopolísticas – poder-se-ão revelar-se menos adequadas por comparação com soluções de tipo *comportamental*²²⁷ – as que impõe a adoção de determinado tipo de comportamento no mercado – na medida em que a aplicação daquelas desconsidere o impacto da reduzida dimensão do mercado e as suas implicações ao nível das economias de escala na produção na implementação da operação de concentração em apreço²²⁸. De igual modo, e para referir outro exemplo, a apreciação jusconcorrencial da formação de conglomerados não deve negligenciar os aspetos relacionados com as *economias de escala e de gama* obtidas por essa via e eventualmente justificadas pela reduzida dimensão do mercado²²⁹.

e) *O DdC e sanções aplicáveis: tipo e determinação*

Na impossibilidade de a aplicação do DdC repousar unicamente em mecanismos preventivos, o aperfeiçoamento dos instrumentos repressivos (sanções) deve ser complementado com a introdução de condições que incrementem a probabilidade de *deteção* de comportamentos anticoncorrenciais. Exemplo destes últimos são a introdução de circunstâncias atenuantes na graduação da sanção aplicável que repousem no contributo do infrator para mitigar os efeitos da sua conduta e a criação de *programas de clemência (leniency programmes)*²³⁰ que permitam reduzir ou mesmo dispensar a aplicação de uma sanção nos casos em que o infrator colabore para a descoberta da infração. A exemplo do que a experiência comparada tem demonstrado, a implementação destes

226 Sobre este último aspeto, defendendo que “*mergers should be analyzed through a wider lens, which takes account not only of the effects of the merger in the specific market, but also its effects on other markets in which the parent or holding companies of the parties to the merger operate*”, ver Gal & Fox, 2014: 36.

227 Contudo, a distinção entre soluções de tipo *comportamental* e soluções de tipo *estrutural* nem sempre se deixa surpreender com facilidade. Sobre a matéria ver, em geral, Lianos, 2013.

228 Gal, 2003: 53-55.

229 Aludindo a este aspeto, ver Gal & Fox, 2014: 36; e, com maiores desenvolvimentos, Gal, 2013: 7-12.

230 Poder-se-ia ainda aludir à criminalização de práticas anticoncorrenciais e à introdução de sanções acessórias (inelegibilidade para cargos sociais, publicitação dos infratores e das sanções) como fatores adicionais para reforçar o papel *preventivo* do DdC (neste sentido ver Tapia, 2012: 163-165); ver infra.

últimos pode deparar-se com a falta de receptividade da comunidade local²³¹, seja pela ausência de uma cultura de concorrência que justifique aos olhos da sociedade a introdução deste tipo de mecanismos, seja pelo predomínio de uma cultura assente na colaboração entre empresas, na estabilidade nas relações sociais e nos laços hierárquicos e que, por essa razão, se mostra adversa ao efeito disruptivo dos programas de clemência²³².

No que toca às sanções aplicáveis pela prática de ilícitos anticoncorrenciais, seleccionámos dois aspetos que nos parecem assumir particular relevância no contexto dos países em vias de desenvolvimento. O primeiro aspeto prende-se com o *tipo* de sanções a adotar, matéria que envolve a opção entre sanções *civis* (indenizações com caráter compensatório ou punitivo; sanções pecuniárias compulsórias), *contraordenacionais* (coimas) ou *penais*, sendo que dentro desta última categoria poderemos ter sanções penais pecuniárias (multas) e/ou sanções penais privativas da liberdade (penas de prisão)²³³. Nesta matéria, são as sanções penais privativas da liberdade que mais discussão têm suscitado²³⁴ e aquelas cuja introdução nos países em vias de desenvolvimento nos parece reclamar maior reflexão. No que respeita às demais sanções, cremos que a questão principal se prende com a *determinação* em concreto da sanção aplicável, razão pela qual seleccionámos como segundo aspeto a abordar nesta sede a questão da quantificação da sanção aplicável.

Como nos ensina a literatura económica, a adequação entre a sanção e o comportamento que a mesma visa reprimir resulta de um juízo de prognose sobre a capacidade da mesma para *prevenir* a prática do ato ilícito ou, em caso de infração, para *compensar* os danos infligidos tendo em conta o custo social do comportamento, e o da sua prevenção ou repressão²³⁵. Transpondo este raciocínio para o campo do DdC, dir-se-á que a sanção aplicável deverá ser capaz

231 Mesmo nos países desenvolvidos, a eficácia dos programas de clemência não é incontestada embora a sua utilização se tenha vindo a alargar consideravelmente. Sobre o assunto ver, por todos, Spagnolo, 2008: 259 ss.

232 Por esta razão os programas de clemência tendem a produzir resultados modestos em países caracterizados por sociedades mais tradicionais, como é o caso do Japão ou da Coreia do Sul.

233 No entanto, a referência a outro tipo de sanções que poderemos designar por *secundárias* ou *acessórias*, como a inelegibilidade para cargos sociais ou a publicitação da sanção e a divulgação da identidade do(s) infrator(es) (*naming and shaming*), terão de se confinar a remissões bibliográficas.

234 Ver, por exemplo, Whelan, 2014.

235 Sobre a matéria, ver a contribuição fundamental de Gary Becker (Becker, 1968) no campo da análise económica das sanções penais. No caso dos ilícitos anticoncorrenciais, o nível ótimo de prevenção (*optimal deterrence*) não passa por uma aplicação indiscriminada do DdC, sob pena de se incorrer numa acumulação

de dissuadir os agentes económicos da adoção de comportamentos restritivos da concorrência ou compensar os demais pelos efeitos anticoncorrenciais que lhes estão associados, tendo presente o custo social quer do comportamento, quer dos recursos mobilizados para o prevenir ou reparar. Nesta sequência, a aplicação de sanções penais (*maxime* penas privativas da liberdade) às práticas restritivas da concorrência, assim como a compensação dos prejuízos sofridos em resultados de comportamentos restritivos da concorrência sob a forma de *treble damages*²³⁶, têm sido justificadas com recurso a argumentos utilitaristas. Como é sabido, a aplicação de sanções penais corresponde à solução adotada pelo *Sherman Antitrust Act*²³⁷ e que tem vindo a ser acolhida em diversas jurisdições²³⁸, embora permaneça minoritária no espaço da UE²³⁹. Para os proponentes da aplicação de sanções penais à prática de ilícitos anticoncorrenciais não haveria nenhuma razão para excluir do respetivo âmbito os países em vias de desenvolvimento:

“Are these two remedies [private damages suits for antitrust violations and incarceration of antitrust violators] appropriate for broad adoption? The answer is yes. To the extent that a jurisdiction is serious about competition policy, the logic of both remedies is compelling. Deterrence of violations and compensation of victims are good ideas, ones that are not country specific. The remedies advance both. Until we find out they do not, it is hard to argue against them”²⁴⁰

Todavia, o concurso de duas circunstâncias parece sustentar a conclusão oposta, isto é, a de que a aplicação de sanções penais poderá afinal não constituir a solução ótima para os países em vias de desenvolvimento. Assim, por

de falsos positivos (*type I errors*), mas antes pela prevenção e repressão dos ilícitos ineficientes, ou seja, aqueles em que o benefício do infrator não excede o prejuízo causado à vítima (ver Landes, 1983).

236 Neste sentido ver, por exemplo, First, 2013: 167-181.

237 Sobre este ponto ver, entre outros, First, 2013: 168-170. Não já os *treble damages*, os quais resultaram das alterações introduzidas em 1914 pelo *Clayton Act* (ver Moraes, 2009a: 77).

238 É o caso da América Latina, como se retira de Tapia, 2012: 139-182.

239 Como é sabido, o DdC da UE não contempla a criminalização dos ilícitos anticoncorrenciais, mas alguns Estados-Membros – a exemplo do Reino Unido, através da secção 188 do *Enterprise Act 2002* – consagraram a criminalização de alguns ilícitos anticoncorrenciais no seu ordenamento jurídico.

240 First, 2013: 180. E também Gal, 2003: 20 (“*The criminalization of antitrust proceeding may serve to limit political pressures on the antitrust authority. Where interference with an on-going criminal investigation is an offence, politicians might be more cautious before intervening in an antitrust investigation, unless they enjoy legal immunity for the consequences of such interference*”).

um lado, no contexto de países com fraca ou nenhuma cultura de concorrência é expetável que as instituições envolvidas na aplicação do DdC – desde logo os tribunais – demonstrem alguma resistência em aplicar sanções penais a ilícitos anticoncorrenciais, refletindo assim um sentimento mais generalizado da população relativamente à ‘desproporção’ entre este tipo de sanções e os comportamentos em causa²⁴¹. Ora, a previsão de sanções penais que na prática não são aplicadas é passível de gerar uma situação de incumprimento generalizado que não só é ineficiente (pois desperdiça recursos que poderiam ser empregues noutras finalidades), mas também contraproducente para a implantação de uma cultura de concorrência. Por outro lado, atentas as debilidades institucionais mormente no que respeita à solidez do Estado de direito (*rule of law*), os perigos associados à instrumentalização do DdC poderão agravar-se na presença de sanções penais porquanto as mesmas podem ser utilizadas pelo poder político – e indiretamente pelo poder económico privado – para disciplinar eficazmente comportamentos indesejados ou mesmo para prevenir a entrada de concorrentes no mercado. Ou seja, a introdução de sanções penais corre o risco se converter num instrumento disciplinador da concorrência ao invés do seu garante.

No que respeita à *determinação* das sanções, *maxime* a sua *quantificação*, o princípio geral é o de que as mesmas devem ser fixadas a um nível que exceda o benefício obtido pelo infrator²⁴². No entanto, a determinação do nível adequado da sanção deve ser acompanhado de duas medidas complementares²⁴³ de alcance geral mas com reforçada importância no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Em primeiro lugar, é desejável que haja *transparência* na metodologia utilizada para a determinação da sanção aplicável, a qual deve incluir referências às circunstâncias agravantes (e.g. reincidência; gravidade do ilícito anticoncorrencial) e atenuantes (e.g. colaboração prestada na deteção da infração) na determinação da medida da infração. Várias razões concorrem para a necessidade de adotar uma metodologia transparente na determinação das sanções aplicáveis. Desde logo, razões de *segurança* e *certeza jurídicas* e

241 Ao contrário do que sucede com outros ilícitos criminais, a ausência de uma cultura de concorrência constitui um obstáculo à introdução de sanções penais já que será difícil estabelecer uma correlação entre o comportamento anticoncorrencial e o correspondente desvalor ético. Relatando uma situação deste tipo na América Latina, ver Tapia, 2012: 163-165.

242 Princípio originalmente defendido por Cesare Beccaria (ver Beccaria, 2014).

243 Estas considerações seguem de perto as reflexões de Tapia no contexto da implementação do DdC na América Latina e expostas em Tapia, 2012: 147-165.

a necessidade de circunscrever o grau de *discricionariedade* da ENDC e dos tribunais dentro de limites razoáveis. Acrescem razões de *eficácia*, as quais se prendem com a dissuasão de potenciais infratores através da possibilidade de estes conhecerem *antecipadamente* e com *razoável grau de aproximação* a sanção que lhes poderá ser aplicada, sobretudo nos casos em que este conhecimento prévio é acompanhado da possibilidade de os infratores verem a respetiva sanção reduzida ou mesmo perdoada em razão da colaboração que prestem na deteção de comportamentos anticoncorrenciais (*programas de clemência*).

No caso específico das sanções pecuniárias, a sua quantificação toma como pontos de partida o *volume de negócios* da(s) empresa(s) infratora(s) e a *gravidade* da infração, sendo certo que as práticas que tenham por objeto ou como efeito a fixação de preços, a repartição de mercados ou a restrição da produção são as que se revestem de maior gravidade atento o seu maior impacto restritivo da concorrência²⁴⁴. No entanto, o contexto dos países em vias de desenvolvimento propicia que se ponderem especificamente três *circunstâncias* – cujo papel como *atenuantes* ou *agravantes* dependerá do contexto – no que toca à determinação do nível da sanção aplicável. Desde logo, crê-se poder relevar como circunstância atenuante a existência de uma situação de *dependência económica* no âmbito de relações verticais²⁴⁵, a qual se caracterizaria pela inexistência de alternativa equivalente à relação comercial estabelecida a montante (com um fornecedor) ou jusante (com um cliente). Em particular, crê-se que a existência de situações de dependência económica poderá relevar no âmbito das relações entre produtores locais e respetivos fornecedores de matérias-primas e/ou distribuidores, sobretudo estão em causa bens transacionáveis cujo escoamento dependa em larga medida (*inexistência de alternativa equivalente*) do parceiro comercial, situação para a qual pode concorrer o controlo por este exercido sobre determinadas infraestruturas de produção ou distribuição. Uma segunda circunstância que importa relevar no momento de quantificar a sanção aplicável é a *capacidade financeira* da empresa infratora, mormente no

244 Sobre a distinção entre restrição da concorrência pelo *objeto* e restrição da concorrência pelo *efeito*, ver Morais, 2009.

245 Javier Tapia coloca a questão em termos mais abrangentes, referindo-se à possibilidade de, existindo coação moral (*coercion*) sobre as empresas, esta poder funcionar como uma circunstância atenuante (Tapia, 2012: 151). Além da verificação da coação moral suscitar outro tipo de reacções por parte do sistema jurídico, desde logo em sede de direito civil, crê-se que a questão beneficia em ser circunscrita a situações de *dependência económica*, nos moldes delineados no texto já que a figura da coação moral, além de não relevar do estrito âmbito jusconcorrencial, levanta dificuldades probatórias específicas.

que respeita ao pagamento da sanção pecuniária²⁴⁶. Relevam, neste contexto, considerações já feitas acerca da *estrutura* dos mercados, em particular o facto de estes exibirem um alto grau de concentração e não suportarem mais do que um número limitado de concorrentes. Ainda que este tipo de considerações não deva travar a aplicação do DdC, importa medir as consequências da aplicação de sanções, sob pena destas induzirem situações de insolvência que poderão forçar a saída do mercado dos infratores ou a sua aquisição por concorrentes. Este tipo de considerações costuma ser reservado para a apreciação de operações de concentração que tem por alvo empresas cuja situação financeira as levaria a saírem do mercado num futuro próximo mesmo que a concentração não ocorresse²⁴⁷, mas crê-se que, pelas razões apontadas, a sua relevância extravasa este âmbito no contexto dos países em vias de desenvolvimento. Por fim, como terceira circunstância aluda-se à *transferência de riqueza* resultante do comportamento anticoncorrencial ou da conduta de outras empresas que, não sendo as infratoras, não deixam de extrair benefícios da atuação destas²⁴⁸. O facto de os países em vias de desenvolvimento evidenciarem consideráveis assimetrias económicas e de as transferências de riqueza operadas por comportamentos restritivos da concorrência acentuarem estas assimetrias aponta para a necessidade de não se ignorar este aspeto em sede de determinação do nível da sanção. Neste contexto, crê-se que a transferência de riqueza deve relevar não só na sua *dimensão*, como na determinação da sua *origem e destino*.

V. PERSPETIVA INTERNA (II): IMPLEMENTAÇÃO (*ENFORCEMENT*) DO DDC

5.1. Considerações gerais sobre a implementação do DdC

A análise da implementação das normas jusconcorrenciais convoca, em primeira linha, um conjunto de questões centradas nas entidades e órgãos incumbidos

246 Neste sentido ver Tapia, 2012: 151-152. O Autor refere-se à '*ability to pay*' como uma circunstância atenuante (*mitigating factor*), mas creio que a relevância do mesmo extravasa este âmbito e deve ser considerada mais globalmente.

247 Estas considerações são usualmente referidas como "*failing firm defence*"; sobre as circunstâncias em que as dificuldades financeiras da empresa adquirida podem relevar na apreciação de uma operação de concentração, ver Schwalbe & Zimmer, 2009: 317-318.

248 Retomam-se e desenvolvem-se as considerações avançadas por Tapia, 2012: 152-153. O Autor refere como exemplo de terceiros que beneficiam da conduta anticoncorrencial o caso das empresas que, não integrando o cartel, não deixam de beneficiar com o aumento de preços promovido por este.

da aplicação do DdC e dentre os quais cumpre destacar a ENDC e os tribunais. Neste contexto, a análise centrar-se-á em duas grandes questões que se prendem com a (i) arquitetura institucional, ou seja, a configuração da ENDC e a sua articulação com os órgãos jurisdicionais, e com as (ii) garantias para o adequado desempenho das funções de defesa da concorrência. Pese embora o papel primordial da ENDC e dos tribunais na implementação do DdC, o êxito dessa mesma aplicação não depende unicamente das mesmas nem, de resto, a política de concorrência se esgota na implementação do DdC. Ambas as circunstâncias confluem se atentarmos no facto de que amiúde a aplicação do DdC é coartada pela falta de vontade do poder político aliada ao desinteresse e desconhecimento da sociedade civil relativamente à relevância e implicações da política de concorrência. Por essa razão, a literatura e os fóruns internacionais especializados em política de concorrência, mormente a ICN²⁴⁹, têm a justo título enfatizado a importância da *competition advocacy* no contexto de uma política de concorrência que não se reduza à aplicação do DdC e o papel insubstituível da ENDC na promoção e difusão de uma cultura de concorrência. Atentos estes aspetos parece justificar-se uma referência autónoma à função da ENDC no âmbito da *competition advocacy*, como parte integrante da implementação de uma política de concorrência. Retomando uma ideia já antes afluída²⁵⁰, a oferta de DdC deve andar a par da promoção da *procura* dessa mesma política junto do poder político e do público em geral, sob pena de a primeira se converter num dispêndio ineficiente de recursos. Ora, a *advocacy* desempenha um papel de primordial importância do lado da *procura* através da difusão dos benefícios da concorrência e da promoção de uma cultura de concorrência.

5.2. Arquitetura institucional: os diferentes modelos institucionais

A configuração institucional da ENDC pode assumir diversas variantes, mas as mesmas reconduzem-se fundamentalmente aos três modelos propostos por Trebilcock e Iacobucci²⁵¹: (i) o modelo bifurcado de tipo judicial (*bifurcated judicial model*)²⁵²; (ii) o modelo bifurcado de tipo administrativo (*bifurcated agency*

249 Sobre a avaliação do papel da ICN na promoção de uma cultura de concorrência à escala global no décimo aniversário da sua criação, ver Hollman, Kovacic & Robertson, 2012: 89 ss.

250 Ver supra § 3 e, em geral, Chowdury, 2012.

251 Trebilcock & Iacobucci, 2002: 361-394.

252 A exemplo do que sucede nos EUA com a Antitrust Division do Department of Justice, a qual depende dos tribunais federais para a aplicação do *Sherman Antitrust Act*. Sobre a matéria ver o capítulo sobre os EUA em First, Fox & Hemli, 2013: 329 ss.

model)²⁵³, e o (iii) modelo integrado de tipo administrativo (*integrated agency model*)²⁵⁴. A distinção entre estes modelos repousa na repartição das competências para investigar, decidir e aplicar o DdC: assim, no *modelo bifurcado de tipo judicial*, os poderes para investigar e aplicar o DdC repousam sobre uma entidade administrativa, mas a decisão cabe ao órgão judicial competente; por contraste, no *modelo bifurcado de tipo administrativo*, estas competências repartem-se por duas entidades administrativas distintas, sendo a primeira responsável pela investigação e aplicação da lei, enquanto a segunda decide sobre os casos que lhe são submetidos pela primeira; por fim, no *modelo integrado de tipo administrativo* existe uma única entidade administrativa especializada que concentra em si as três competências.

As vantagens e desvantagens de cada um destes modelos podem ser analisadas a partir de um conjunto de coordenadas aplicáveis às instituições responsáveis pela aplicação do DdC, sendo certo que a opção por um dos modelos pressupõe uma reflexão sobre os *trade-offs* que o mesmo implica. Assim, um modelo que privilegie a *independência* tenderá a relegar para segundo plano a *accountability*; o reforço da *especialização* tenderá atenuar o *distanciamento* na aplicação do DdC; a primazia da *transparência* na investigação, aplicação e decisão dos casos terá os seus custos ao nível das garantias de *confidencialidade* no tratamento da informação recolhida; o reforço da *eficiência administrativa*, em particular na vertente de maior celeridade, entrará por vezes em colisão com as garantias de *due process*; e a *previsibilidade* e *consistência* na aplicação do DdC poderão traduzir-se em menor disponibilidade para atender às especificidades de determinado caso, mercado ou setor e serem por isso sinónimas de menor *flexibilidade*²⁵⁵ na aplicação do DdC. No entanto, como bem referem Trebilcock e Iacobucci, “[i]t is importante to acknowledge at the outset that whether or not there are formally distinct institutional frameworks does not necessarily imply significant differences in functional outcomes” [ênfase a itálico no original]²⁵⁶. Em todo o caso, o *modelo bifurcado de tipo judicial* parece ser

253 Este é o modelo aplicado no Canadá no respeitante a práticas anticoncorrenciais que não constituam um ilícito criminal (já que, no que respeita a estas últimas, o Canadá segue o modelo bifurcado de tipo judicial) e envolve a repartição de competências entre o Commissioner of Competition e o Competition Bureau (investigação e aplicação da lei) e o Competition Tribunal (adjudicação). Para maiores esclarecimentos ver o capítulo sobre o Canadá em Iacobucci & Trebilcock, 2013: 109 ss.

254 Trata-se do modelo seguido pela Federal Trade Commission e pela Comissão Europeia. Ver, respetivamente, First, Fox & Hemli, 2013: 329 ss.; e Lianos & Andreangeli, 2013: 384 ss.

255 Para uma análise sumária destes critérios, ver Trebilcock & Iacobucci, 2002: 363-368.

256 Trebilcock & Iacobucci, 2002: p 363.

o que menores garantias de eficácia oferece no âmbito dos países em vias de desenvolvimento atenta a falta de especialização em matérias jusconcorrenciais e a patente escassez de recursos humanos e financeiros. Ora, sendo uma reconhecida desvantagem deste modelo a falta de especialização ao nível adjudicativo²⁵⁷, não se afigura sensato recomendar a sua adoção numa fase inicial de implementação do DdC. Já o *modelo bifurcado de tipo administrativo* parece ser aquele que melhores garantias oferece no mesmo contexto, desde logo pelo equilíbrio que logra entre as diferentes coordenadas²⁵⁸, mas a sua implementação convoca recursos humanos e financeiros que poderão não estar ao alcance dos países em vias de desenvolvimento (desde logo pela repartição das funções de investigação, aplicação da lei e decisão por duas entidades administrativas distintas). Como *second best* teremos o *modelo integrado de tipo administrativo*, cujas principais desvantagem poderão ser a falta de distanciamento (pela concentração numa só entidade das competências para investigar, aplicar a lei e decidir) e uma aposta maior na eficácia administrativa em detrimento das garantias de *due process*²⁵⁹ mas que, em contrapartida, não requer o mesmo tipo de investimento que o modelo bifurcado de tipo administrativo.

A implementação de qualquer destes modelos pressupõe a criação de uma – ou duas, no caso do modelo bifurcado de tipo administrativo – entidade administrativa com funções específicas no domínio do DdC. Sucede, porém, que o investimento necessário poderá não estar disponível numa primeira fase, seja pela falta dos necessários recursos humanos e financeiros, seja pela falta de vontade do poder político em criar uma entidade administrativa que escape ao seu controlo (desde logo pelas garantias de que é desejável rodear o exercício das funções de defesa da concorrência)²⁶⁰ e cujas competências poderão colidir com interesses económicos privados. Por estas razões, também nesta sede será recomendável uma atuação *gradualista* que passe pela atribuição a uma entidade pública já existente das funções de defesa da concorrência, a qual evoluiria posteriormente para uma ENDC em sentido pleno e próprio na correspondente medida em que surgisse e crescesse a ‘procura’ do DdC. Esta última passa pela afirmação da entidade administrativa no plano institucional e pelo enraizamento – mormente à luz dos resultados palpáveis de

257 Neste sentido, ver Trebilcock & Iacobucci, 2002: 370.

258 Trebilcock & Iacobucci, 2002: 372-373, embora referindo-se especificamente ao contexto canadiano.

259 Trebilcock & Iacobucci, 2002: 383.

260 Ver infra 5.3.

curto e médio prazo, de que já demos conta – de uma cultura de concorrência na sociedade local.

5.3. Garantias no desempenho das funções

Independentemente da concreta configuração institucional, importa consagrar um conjunto de *garantias* que assegurem o funcionamento da ENDC de acordo com parâmetros de transparência, independência e imparcialidade. Desde logo, a estruturação da ENDC deve oferecer garantias de *independência e imparcialidade* face ao poder político²⁶¹ e face ao poder económico²⁶². No primeiro caso, está em causa prevenir, ou pelo menos minimizar, interferências do poder político propiciadas, por exemplo, pela sujeição da ENDC à tutela de um ou vários ministérios ou pela interferência de órgãos políticos com funções ‘meramente’ consultivas; no segundo caso trata-se de evitar situações de captura do regulador pelos regulados propiciadas, por exemplo, pela inexistência de incompatibilidades no desempenho de cargos junto da ENDC ou pela possibilidade indiscriminada de acumulação de rendimentos no exercício de atividades profissionais plúrimas. Para este efeito afigura-se particularmente importante dotar a ENDC dos seguintes elementos: (i) regime de *incompatibilidades e impedimentos*²⁶³, (ii) procedimentos de seleção dos elementos que compõem a ENDC – com particular destaque para os membros do respetivo órgão decisor – *transparentes* e com base em *critérios de mérito*, acompanhados de garantias do exercício independente do cargo (mormente tipificação das situações que possam levar à cessação antecipada do mandato), (iii) *dever de reserva* extensível a todos os colaboradores da ENDC no respeitante às matérias da competência desta, (iv) limites à *cumulação de outros rendimentos* com o vencimento auferido pelo desempenho de funções junto da ENDC²⁶⁴ e

261 Neste sentido, ver Fox, 2007: 232; e Gal, 2003: 19.

262 Fox, 2007: 232.

263 As *incompatibilidades* respeitam à manutenção de vínculos (v.g. cargos políticos ou partidários) ou relações contratuais (v.g. prestação de serviços), bem como à detenção de interesses financeiros ou comerciais (e.g. participações sociais nos regulados), susceptíveis de criar um conflito de interesses no desempenho de funções no âmbito da entidade incumbida da defesa da concorrência. Os *impedimentos* derivam de condutas que, ainda que não traduzam a prática de ilícitos criminais, afetam a idoneidade para o exercício do cargo (por exemplo, expulsão da magistratura por comportamento indecoroso) ou põem em causa a idoneidade do titular no exercício do cargo (v.g. inexistência de ‘período de nojo’ entre a cessação do exercício de funções junto da entidade competente para a defesa da concorrência e o início de funções junto de uma empresa regulada).

264 Aqui incluem-se não só (a) remunerações provenientes do exercício de outras atividades profissionais, mas também (b) donativos e (c) quaisquer outros benefícios económicos ou com expressão económica

(v) garantias de *autonomia administrativa e financeira* (integrando esta a *autonomia patrimonial, orçamental* e de *tesouraria*)²⁶⁵. Importa aduzir uma breve justificação sobre a conveniência de se consagrarem estes cinco elementos.

Assim, e como referido, o regime de incompatibilidades e impedimentos visa prevenir situações de promiscuidade entre os funcionários da ENDC e o poder político, por um lado, e os interesses económicos privados (que poderão redundar, *in extremis*, em casos de corrupção)²⁶⁶. No mesmo sentido milita a imposição de limites à possibilidade de acumulação de rendimentos. Este tipo de garantias é fundamental não só para a afirmação e credibilização da ENDC, mas também para a sua atuação eficaz (i.e. não condicionada) contra os comportamentos restritivos da concorrência.

A consagração de procedimentos de seleção transparentes e meritocráticos (idealmente procedimentos concursais de âmbito internacional), em particular para os cargos com poder de decisão, permite dotar a ENDC dos melhores recursos humanos disponíveis, seja do ponto de vista técnico, seja do ponto de vista de idoneidade pessoal. Além do mais esta garantia permite – à semelhança da consagração de um dever de reserva – reforçar a eficácia da atuação da ENDC.

O exercício da tutela política ou a existência de uma situação de dependência financeira podem constituir obstáculos inultrapassáveis à eficácia de uma política de concorrência, com a agravante destas limitações contribuírem para o desgaste da ENDC e comprometerem a afirmação de uma política e cultura de concorrência. Por estas razões quer a autonomia *administrativa*, quer a *financeira* (compreendendo esta as dimensões *patrimonial, orçamental* e de *tesouraria*) são fundamentais para a credibilização e eficácia da ENDC, ainda que a sua obtenção se afigure por vezes complexa, seja pela real escassez de recursos, seja pela falta de empenho do poder político (por o mesmo não atribuir à política de concorrência a relevância que a mesma merece ou, pelo contrário, por reconhecer nesta um potencial impacto disruptivo dos interesses económicos instalados). Face a este cenário previsível, é conveniente que a ENDC não dependa exclusivamente de transferências do orçamento de estado, situação que aconselha a consagração de receitas da ENDC – mormente as resultantes da aplicação de sanções pecuniárias – ao orçamento da mesma entidade.

atribuídos de forma seletiva e em condições manifestamente mais vantajosas do que aquelas que se praticam no mercado.

265 Sobre estes conceitos ver Sousa Franco, 2004: 152-153.

266 Neste sentido, ver Gal & Fox, 2014: 16-17.

Para o adequado desempenho das suas funções a ENDC carece de um conjunto de recursos adequados ao desempenho das suas funções: recursos humanos (meios humanos suficientes e dotados dos conhecimentos e da experiência necessários ao desempenho das correspondentes funções), financeiros (níveis de financiamento compatíveis com o desempenho das suas funções) e patrimoniais (edifícios, veículos, equipamento). Mas carece ainda de regras internas que assegurem transparência e *accountability* no funcionamento da ENDC e o seu escrutínio por terceiros. Ora todas estas questões assumem particular acuidade no momento inicial de constituição e funcionamento da ENDC, altura em que importa assegurar o financiamento necessário ao arranque da atividade, proceder ao recrutamento do pessoal e dotar a entidade das instalações necessárias e adequadas ao seu pleno funcionamento e afirmação.

5.4. O papel da ENDC na *competition advocacy*

No que respeita à atuação da ENDC, a mesma não se esgota na aplicação das normas de concorrência, como de resto a política de concorrência não se reduz à dimensão do *enforcement*. Com efeito, a ENDC tem um papel fundamental – porventura ainda mais relevante numa fase inicial²⁶⁷ – na promoção de uma cultura concorrencial através de outros meios que não a mera aplicação do DdC, recorrendo à *competition advocacy*²⁶⁸ junto das instâncias governamentais (*governmental advocacy*) e do público em geral (*public advocacy*)²⁶⁹. Com efeito, a *competition advocacy* visa dois propósitos:

“First, it aims to build a competition culture, which is an awareness by economic agents and the general public of competition rules. Second, it is a way to influence other government authorities not to adopt anticompetitive laws and regulations. Both dimensions of competition advocacy are important and relevant for developing countries”²⁷⁰.

267 Neste sentido, ver Kovacic, 1997-1998: 439-440, o qual ressalta a importância da *competition advocacy* na fase de constituição da ENDC.

268 Sobre este ponto, ver Fox, 2007: 232-233. Para a definição de “*competition advocacy*”, ver Gal, 2003: 8 (“*Competition advocacy, that is, those activities conducted by the competition authority that are related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms (ICN 2002), is, perhaps, the most significant task of competition authorities in developing countries*”).

269 Sobre a distinção entre “*governmental advocacy*” e “*public advocacy*”, ver Gal, 2003: 8. Sublinhando a importância de ambas no contexto dos países em vias de desenvolvimento, ver Gal & Fox, 2014: 18-19.

270 Fels e Ng, em Sokol, Cheng & Lianos 2013: 183. No entanto, os Autores reputam de insuficiente este entendimento ‘tradicional’ da *competition advocacy* e propõem, ao invés, uma abordagem mais

A tarefa de promover uma cultura de concorrência dirige-se às instâncias governamentais (*governamental advocacy*), tendo em vista persuadi-las do bem-fundado de uma política que não está vocacionada para gerar dividendos políticos imediatos – na medida em que se trata de uma política horizontal, i.e. que não beneficia um setor económico em concreto, e de longo prazo – ou mesmo no espaço de um ciclo eleitoral e que, além do mais, tenderá a hostilizar determinados interesses que suportam o *status quo* e dos quais o poder político dependerá em maior ou menor medida²⁷¹. Numa outra vertente, a *governamental advocacy* passa pela promoção de reformas regulatórias no sentido de eliminar obstáculos à concorrência criados pelo Estado (taxas, quotas, licenças, etc.) e que se traduzem numa densa teia regulatória e burocrática que funciona como barreira à entrada no mercado de novos concorrentes²⁷².

Neste quadro, ganha especial relevo uma segunda dimensão da *competition advocacy*, a que tem por destinatário o público em geral (consumidores, empresas, sociedade civil), no quadro da promoção das políticas favoráveis à consolidação de uma economia de mercado (*public advocacy*). A grande vantagem da *public advocacy* face à *governamental advocacy* é que a primeira não depende de dividendos políticos de curto-prazo; em contrapartida, a mobilização de interesses difusos, isto é, que não são identificáveis com um particular grupo de indivíduos antes se dispersam pelo público em geral numa miríade de

abrangente do conceito: “Given the pervasiveness and politically embedded nature of anticompetitive laws, there needs to be an equally comprehensive approach to reforming these laws. It is therefore necessary to rethink the concept of competition advocacy. Rather than general actions that competition agencies might take to influence competition decisions within the government, competition advocacy could instead be a comprehensive program that targets underlying anticompetitive laws. Such an approach would cover not only traditional competition laws but also policies concerning international and interstate trade, intellectual property, foreign ownership and investment, tax, small businesses, the legal system, public and private ownership, licensing, public procurement, and bidding for monopoly franchises” (Sokol, Cheng & Lianos, 2013: 193). No entanto, como os Autores de resto reconhecem, “[t]his task is much more complex and resource intensive than that understood pursuant to the traditional advocacy approach, and it requires activities that go well beyond the normal scope of advocacy normally undertaken by a competition agency” (Sokol, Cheng & Lianos, 2013: 193).

271 Neste contexto levantam-se problemas de *lobbying*, *rent-seeking* (mobilização de determinados interesses para evitar alterações ao *status quo* que possam perigar as suas rendas) e de captura regulatória (favorecimento por instâncias governamentais de um grupo de interesses minoritário, mas estrategicamente posicionado e politicamente ativo, em detrimento do bem-comum).

272 Refere Gal que “[i]ncreasingly, it is recognized that competition authorities play an important role in the promotion of a competitive environment by pro-actively influencing regulatory activities to ensure the rejection of unnecessarily anticompetitive regulatory measures. This government advocacy role may, in some cases, be more important in promoting competition than the repression of anti-competitive behaviour through antitrust enforcement” (Gal, 2004: 16).

interesses, levanta o conhecido problema da *ação coletiva*²⁷³. A questão prende-se com o facto de a defesa da concorrência gerar benefícios *difusos*, que a todos beneficiam mas a cuja defesa nenhum grupo em particular se associa²⁷⁴, questão tanto mais presente nos países em vias de desenvolvimento atenta a debilidade da sociedade civil, a escassez de recursos e a existência de uma maior concentração da riqueza e numerosos interesses instalados (*vested interests*). Ora, no âmbito da *public advocacy*, cabe à ENDC um papel de grande relevo na promoção de uma cultura de concorrência junto dos consumidores e da sociedade civil em geral, através da qual contribui para o seu enraizamento junto do público, como forma de gerar pressão junto das instâncias governamentais no sentido da sua adoção e efetiva implementação²⁷⁵. Uma das formas mais eficazes de promover a disseminação do DdC junto do público em geral passa pela demonstração da sua utilidade no combate aos efeitos negativos das práticas restritivas, utilizando para o efeito uma linguagem acessível e recorrendo a exemplos familiares às populações locais, em particular àqueles que afetam de forma mais negativa a camada mais pobre da população e que, por essa razão, devem integrar o âmbito prioritário de atuação da ENDC²⁷⁶.

VI. PERSPETIVA EXTERNA: OS LIMITES À EFICÁCIA DO DDC

6.1. Introdução

A par das condicionantes *internas* de natureza institucional, sócio-económica, política e cultural de que já demos conta, existem igualmente fatores *externos* que concorrem com aquelas para limitar a eficaz aplicação das normas de DdC nos países em vias de desenvolvimento e, em última análise, o sucesso das respetivas políticas de concorrência. A raiz do problema reside na circunstância de a aplicação do DdC não ter acompanhado a internacionalização das práticas anticoncorrenciais, ela própria decorrente da internacionalização dos mercados

273 O “problema da ação coletiva” foi identificado por Mancur Olson na obra *The Logic of Collective Action*. Sobre a questão aplicada ao DdC nos países em vias de desenvolvimento, ver Oliveira & Fujiwara, 2006: 632.

274 Ao contrário, por exemplo, dos interesses dos consumidores, cuja defesa gera benefícios difusos mas com os quais um grupo suficientemente homogéneo se pode identificar; já a defesa da concorrência não dispõe de *constituency* própria.

275 Sobre este ponto, ver Gal, 2004: 9-11.

276 O ponto é também referido por Gal, 2004: 17-19.

e das empresas²⁷⁷. Longe de ser uma especificidade do DdC, o princípio da territorialidade amarra as normas jusconcorrenciais aos limites do território nacional, frustrando assim a sua aplicação a práticas anticoncorrenciais cujos efeitos extravasam os limites territoriais. É certo que o princípio da territorialidade é atenuado pela circunstância de os ordenamentos dos países desenvolvidos contemplarem mecanismos que permitem, verificadas determinadas circunstâncias, estender a aplicação do respetivo DdC para além dos estritos limites territoriais. Tal sucede, desde logo, com o *antitrust* norte-americano cuja aplicação se estende às restrições da concorrência proibidas pelo *Sherman Antitrust Act* que produzam *efeitos* diretos e substanciais no território dos EUA (*effects doctrine*)²⁷⁸. Também a UE contempla uma flexibilização do princípio da territorialidade ao admitir, como decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁷⁹, a aplicação do DdC europeu a comportamentos anticoncorrenciais que sejam *implementados* na UE, ainda que produzam efeitos fora dos limites territoriais desta²⁸⁰. Acresce que a possibilidade de aplicação extraterritorial do DdC é possibilitada por acordos de cooperação bilaterais, sem os quais a recolha de prova e a prática de outras diligências instrutórias seria praticamente impossível²⁸¹, mas cuja incidência e extensão permanece bastante limitada²⁸².

Ora, os países em vias de desenvolvimento não dispõem de igual possibilidade, seja por os respetivos DdC não contemplarem a hipótese de aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência (*de jure*), seja por não contarem com os instrumentos necessários para aplicarem as respetivas

277 Para uma panorâmica dos problemas jusconcorrenciais suscitados pela globalização ver, entre outros, Fox, 2003.

278 Esta doutrina, a qual teve a sua origem no caso *Alcoa* (U.S. v. Aluminium Co. of America, 148 F 2d 416 [1945]), suscita reparos do ponto de vista do Direito internacional, tanto mais que com o acórdão *Hartford Fire Insurance* (acórdão proferido pelo Supremo Tribunal dos EUA em *Hartford Fire Insurance v. California* 113, S. Ct. 2891 [1993]) a *jurisdictional self-restraint* foi praticamente abandonada; sobre o assunto, ver Gerber, 2010: 82-85. Para uma introdução geral à aplicação extraterritorial do *antitrust* norte-americano ver, entre outros, Mestmäcker & Schweitzer, 2014.

279 Ver os processos apensos C-89, 104, 114, 116, 117, 125 a 129/85, *Åhlström c. Comissão* [1988], CJ I-5193; e o processo T-106/92, *Gencor c. Comissão* [1999], CJ II-753.

280 Descontados alguns exemplos – pense-se no caso de um cartel implementado na UE com o objeto ou o efeito de boicotar a compra de um bem produzido fora do espaço comunitário – a aplicação da *effects doctrine* e do critério da implementação não conduz a resultados díspares. Esa proximidade de resultados justifica que David Gerber se refira a ambos como exemplos de “*unilateral jurisdictionalism*” (Gerber, 2010: 5).

281 Neste sentido ver Fox, 2003: 358.

282 Neste sentido, ver Podszun, 2003: 103 ss.

normas de DdC para além das suas fronteiras territoriais (*de facto*). Com efeito, a mera consagração legal da possibilidade de aplicação extraterritorial do DdC carece, para a sua efetivação, da cooperação de outras jurisdições – no âmbito da recolha de prova, da realização de diligências em sede de investigação, da aplicação das decisões da ENDC ou dos tribunais –, mormente dos países desenvolvidos. No entanto, são escassos os acordos bilaterais entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento para cooperação no âmbito do DdC e mesmo os que existem incluem invariavelmente cláusulas de salvaguarda que permitem a uma das partes recusar um pedido de cooperação quando estão em causa assuntos de interesse estratégico²⁸³. Acresce que, em decorrência do princípio da territorialidade, o âmbito territorial de aplicação do DdC não abrange, em regra²⁸⁴, práticas anticoncorrenciais com um efeito *puramente* extraterritorial, de que é exemplo típico o cartel de exportação. Aliás, a delimitação do âmbito territorial de aplicação do DdC corresponde não raras vezes à prossecução de uma política comercial por outros meios tendo por efeito prático ‘compensar’ os efeitos da abertura dos mercados por via da liberalização do comércio internacional²⁸⁵.

Atenta a inexistência de um DdC à escala global (*global antitrust law*)²⁸⁶ capaz de suprir as omissões e insuficiências dos ordenamentos nacionais, a aplicação do DdC dos países em vias de desenvolvimento a restrições da concorrência com um alcance multijurisdicional depende da cooperação com os países desenvolvidos. Tal estado de coisas revela-se tanto mais insatisfatório quanto as práticas anticoncorrenciais de alcance multijurisdicional são aquelas que – quantitativa e qualitativamente – maior impacto têm no bem-estar dos países em vias de desenvolvimento. Os cartéis internacionais são o exemplo mais frequente e também o que maior impacto negativo têm nos países em vias de

283 Sobre esta questão, ver Jenny, 2003: 609-616; e Podszun, 2003: 115-116. De resto, as práticas anticoncorrenciais de empresas originárias de países desenvolvidos mas com um impacto extraterritorial podem ser vistas como *externalidades negativas*, porquanto escapam ao âmbito de aplicação do direito interno (país exportador) e não estão ao alcance da jurisdição afetada (país importador) por falta de instrumentos de cooperação. Sobre este aspeto no âmbito do licenciamento de direitos de propriedade intelectual, ver Gallego, 2003: 191-192.

284 A qualificação deve-se ao facto de, como referido, o DdC europeu ser aplicável a práticas anticoncorrenciais *implementadas* no território da UE ainda que com efeitos externos.

285 Sobre este aspeto no contexto do licenciamento de direitos de propriedade intelectual, matéria de especial relevância para os países em vias de desenvolvimento atenta a sua frequente dependência de tecnologia importada, ver Gallego, 2003: 165 ss. Sobre este aspeto ver ainda Feteira, 2013.

286 Para uma visão global das diversas tentativas de criação de um DdC internacional, ver Podszun, 2003: 65-133.

desenvolvimento²⁸⁷. Em resposta às insuficiências dos acordos de cooperação bilaterais, os países em vias de desenvolvimento vêm ensaiando modalidades de cooperação no âmbito de projetos de integração económica regional²⁸⁸, alguns dos quais integram regras supranacionais de defesa da concorrência.

No decurso deste capítulo serão objeto de referência as diversas tentativas para a criação de um DdC global, as quais compreendem fundamentalmente dois tipos de iniciativas: as de índole *multilateral*, entre as quais cumpre destacar os esforços encetados no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) mas também o trabalho desenvolvido no contexto da OCDE e da UNCTAD; e as de cariz *unilateral*, as quais abrangem as tentativas de estender a aplicação dos DdC nacionais para além do seu âmbito territorial, bem como o trabalho de convergência desenvolvido no seio da *International Competition Network* (ICN). Os acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação no contexto de projetos de integração económica regional merecerão uma referência à parte.

6.2. As tentativas de criação de um DdC global

a) *Iniciativas de índole multilateral: OMC, OCDE e UNCTAD*

Os esforços multilaterais tendentes à produção de um quadro normativo de alcance global dirigido ao combate às práticas anticoncorrenciais remontam ao final da década de 40 do século passado e aparecem associados à malograda tentativa de criar a Organização Internacional do Comércio (OIC)²⁸⁹. Com efeito, o artigo 46.º da Carta de Havana – o documento que previa a instituição da OIC – dispunha o seguinte:

“Each Member shall take appropriate measures and shall co-operate with the Organization to prevent, on the part of private or public commercial enterprises, business practices affecting international trade which restrain competition, limit

287 Ver Anderson & Müller, 2013: 22-24. Para uma quantificação do impacto dos cartéis internacionais nos países em vias de desenvolvimento ilustrada com exemplos concretos de cartéis internacionais (cimento, alumínio) e o seu impacto em países como o Egito ou o México, ver Jenny, 2003: 609-616.

288 Sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos ver, por todos, Heimler & Jenny, 2013: 195 ss.

289 Como é sabido, a criação da OIC viria a fracassar devido à recusa do Senado dos EUA em ratificar a Carta de Havana, cortando cerce os esforços empreendidos nesse sentido e atrasando por várias décadas a emergência da OMC. O projeto da OIC deu lugar a um outro projeto de alcance bastante mais limitado, o GATT (*General Agreement on Trade and Tariffs*), cuja integração na OMC remonta ao ano da fundação desta (1994). Sobre este ponto ver, entre outros, Fox & Arena, 2013: 445.

access to markets, or foster monopolistic control, whenever such practices have harmful effects on the expansion of production or trade and interfere with the achievement of any of the other objectives act forth in Article 1.”²⁹⁰

A intuição de que a liberalização do comércio mundial carecia de ser complementada com a tutela da livre concorrência emerge claramente do texto e explica o contexto em que surge esta primeira tentativa de criar um DdC internacional. Pese embora o fracasso inicial, o tópico da interação entre a liberalização do comércio e a defesa da concorrência seria reintroduzido na agenda da OMC na década de 90 do século XX²⁹¹ e na mesma permaneceria até à Conferência Ministerial de Cancun, ocorrida em Setembro de 2003. Atenta a oposição dos EUA e dos países em vias de desenvolvimento – cada qual receando que a introdução de regras de concorrência, mesmo numa versão minimalista, pudesse comprometer os seus interesses comerciais –, a Conferência Ministerial de Cancun selou o desmantelamento do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre o Comércio e a Política de Concorrência, a qual viria a ocorrer em julho de 2004, e conseqüente exclusão da matéria da agenda da OMC²⁹².

Ainda que o projeto de introduzir um corpo abrangente de normas de DdC em sede de OMC tenha falhado, encontramos ainda assim algumas disposições que se ocupam de aspetos jusconcorrenciais no contexto de aspetos específicos da liberalização do comércio internacional. Apesar do seu caráter fragmentário, obscuro e manifestamente incompleto, a referência nesta sede a estas disposições parece ainda assim justificar-se por se tratar de normas vinculativas – as únicas normas de DdC dotadas de força vinculativas no âmbito internacional – para os 160 Estados que integram a OMC²⁹³. Entre estas normas cumpre

290 Texto disponível em: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf.

291 O antecedente próximo desta iniciativa foi o *Draft International Antitrust Code* (DIAC), uma iniciativa de um grupo de académicos ligados ao DdC de ambos os lados do Atlântico (embora com uma predominância de peritos alemães) no início dos anos 90, a qual serviu de catalisador para a introdução do assunto em sede de OMC e constitui o texto de base para a sua discussão nesta sede; sobre este ponto ver Gerber, 2010: 98-99. Para uma reprodução do texto do DIAC, acompanhada de comentários de dois dos seus co-autores, ver Fikentscher & Immenga, 1995.

292 Sobre o processo e as razões que levaram à exclusão da defesa da concorrência do âmbito das negociações em sede de OMC, ver Drexler, 2004: 419-457.

293 Número de membros reportado a 26 de junho de 2014, conforme informação disponível em: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

As normas referidas no texto principal encontram-se disponíveis *online* em inglês, francês e espanhol em: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

destacar²⁹⁴ os artigos XI (proibição de os Estados criarem ou manterem cartéis de importação ou exportação), XVII:1 (obrigação dos Estados assegurarem que as empresas por estes controladas e que participam no comércio internacional atuam de forma não discriminatória e de acordo com critérios comerciais), VIII (obrigação de os Estados assegurarem que as empresas que detenham o monopólio ou um direito exclusivo na prestação de determinado serviço não atuem em desconformidade com as obrigações desse Estado, nem em desrespeito da cláusula da nação mais favorecida), todos do GATS, bem como o artigo 40 TRIPS (admissibilidade de algumas medidas de combate aos efeitos anticoncorrenciais de práticas abusivas adotadas no contexto, de ou relacionadas com, cláusulas incluídas em acordos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual). Conclui-se, assim, que os esforços empreendidos para a introdução de normas de defesa da concorrência em sede da OMC limitaram-se a produzir um conjunto escasso de normas cujo enfoque se restringe a algumas questões jusconcorrenciais associadas à liberalização do comércio, deixando intocados os principais problemas que afetam os países em vias de desenvolvimento. O artigo 40 TRIPS é disso um claro exemplo, na sua tentativa de conciliar uma visão expansionista dos direitos de propriedade intelectual com uma perspectiva reducionista das regras de concorrência²⁹⁵. Assim, ainda que a liberalização do comércio internacional e a adoção de regras de concorrência se apresentem como políticas complementares, a via seguida em sede de OMC foi a de introduzir regras de concorrência confinadas às questões com impacto (imediato) no comércio internacional, mas excluindo um conjunto de questões de grande relevância jusconcorrencial – mormente para os países em vias de desenvolvimento – ainda que com menor relevância em sede de OMC²⁹⁶.

Pese embora o seu menor impacto prático, importa ainda aludir aos esforços empreendidos no contexto de outras organizações internacionais, mormente

294 Para uma referência genérica a estas e outras disposições omitidas no texto (secção 5(a) do Anexo sobre Telecomunicações do GATS, artigo 8.1 do Acordo sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio (TBT), artigo 11.1(b) do Acordo sobre Salvaguardas e o artigo 9 do Acordo sobre Medidas em Matéria de Investimentos Relacionados com o Comércio (TRIMs)), ver Fox/Arena *in* Fox/Trebilcock (2010), pp 454-460. Para um tratamento aprofundado de cada uma das normas ver, por todos, as respetivas anotações em Wolfrum & Stoll, 2010.

295 Para uma análise muitíssimo crítica do artigo 40.º TRIPS, ver por todos Ullrich, 2004.

296 Ilustrando a questão com o facto de as fusões internacionais merecerem menor interesse da parte das instâncias decisoras em matéria de comércio internacional, ver Jenny, 2003: 618.

a OCDE e a UNCTAD²⁹⁷. Embora a atividade de qualquer destas organizações internacionais exceda largamente a área da política de concorrência, ambas têm apadrinhado projetos de convergência do DdC tendo por base a aprovação de regras não vinculativas. A abordagem adotada é, todavia, diversa e reflete a diferente ponderação de interesses, mormente a preponderância dos interesses dos países desenvolvidos no âmbito da OCDE e o relevo conferido às preocupações dos países em desenvolvimento no seio da UNCTAD, circunstância que limita o alcance das respetivas propostas²⁹⁸. Um exemplo interessante desta diferença são os modelos de leis da concorrência desenvolvidas por ambas organizações internacionais²⁹⁹ – no caso da OCDE, em parceria com o Banco Mundial –, as quais incluem os três principais tipos de comportamento visados pelo DdC – acordos/práticas concertadas, abuso de posição dominante/monopolização e controlo das concentrações –, mas diferem substancialmente pelo facto de o modelo proposto pela UNCTAD incluir objetivos mais abrangentes de desenvolvimento, enquanto as diretrizes da OCDE/Banco Mundial se centram em objetivos de eficiência económica e bem-estar dos consumidores³⁰⁰.

b) Iniciativas de índole unilateral: extensão do princípio da territorialidade e a ICN

A promoção de regras internacionais de DdC pela via unilateral repousou durante largas décadas na extensão do âmbito territorial de aplicação de regras nacionais da concorrência, matéria na qual o *antitrust* norte-americano foi pioneiro³⁰¹. Na verdade, o “*jurisdictional unilateralism*” corresponde a uma

297 Cfr. Fox & Arena, 2010: 476-484. No âmbito da UNCTAD cumpre referir o “*Set of Principles and Rules of Competition*”, conjunto de princípios e regras em matéria de concorrência desenvolvidos pela UNCTAD mas cujo alcance prático é, todavia, muito limitado em virtude da sua força vinculativa depender da adesão voluntária das empresas multinacionais; sobre o ponto, ver Gerber, 2010: 106-109.

298 Sobre este ponto, ver Gerber, 2010: 106-109. Na perspetiva mais geral do papel destas organizações internacionais na promoção do desenvolvimento, ver Paz Ferreira, 2004.

299 Os modelos de lei de defesa da concorrência da OCDE/Banco Mundial e da UNCTAD encontram-se disponíveis *online* respetivamente em: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawandpolicy.htm> e <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>.

300 Para uma comparação de ambos os modelos de leis de defesa da concorrência, ver Lee, 2007: 29-53.

301 A opção pelo “*unilateral jurisdictionalism*”, para utilizar a expressão empregue por Gerber, representou o preenchimento pelos EUA de uma lacuna criada pela inexistência de regras internacionais de DdC. Sobre a evolução do “*unilateral jurisdictionalism*”, ver Gerber, 2010: 59-77. Para uma análise de um conjunto de casos mediáticos (fusões Boeing/McDonell-Douglas e General Electric/Honeywell, caso Microsoft, etc.)

resposta – de duvidosa legitimidade, é certo – ao falhanço das tentativas *multi-laterais* de instituir regras de concorrência de alcance global:

“A world of *American Banana* (antitrust law stops at a nation’s shores) would be hardly be tenable in a globalized world without global law. Nations without a competitive domestic-based industry in any particular good would be powerless to protect themselves from off-shore conspirators. The whole world would be cartelized. Had U.S. jurists not pioneered the effects doctrine, which is now accepted throughout the world in one form or the other, *world antitrust would have long since have emerged*. For more than half a century, availability of the effects doctrine, combined with the near consensus of nations to apply antitrust law nondiscriminatorily to foreign as well as domestic firms that harm the domestic market, *has taken the pressure off the need for international antitrust*. Internationalization has crept more readily and seamlessly into other areas of law – environment, labor, intellectual property – that no less obviously must address effects that rise above national borders.”³⁰² [ênfase a itálico nosso]

Mais recentemente a via *unilateral* assumiu um formato diverso. Em 2001, sob o impulso dos EUA e contando com o apoio da UE e do Canadá, foi criada a ICN, uma rede de autoridades nacionais de defesa da concorrência organizadas em diversos grupos de discussão e dedicada ao debate sobre as melhores práticas (*best practices*) nos diversos domínios de intervenção do DdC³⁰³. O objetivo global é o de atingir maior uniformidade por via da *convergência* das práticas adotadas pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência rede de autoridades nacionais de defesa da concorrência. A razão pela qual a ICN é mencionada em sede dos esforços unilaterais para desenvolver um DdC internacional reside na circunstância de o esforço de *convergência* pressupor que a via unilateral é e permanecerá dominante no contexto internacional. Por outro lado, a convergência empreendida em sede de ICN toma por referência o DdC e as melhores práticas adotados nos países desenvolvidos. A via trilhada pela ICN tem suscitado críticas por parte de alguns setores que

que envolveram a aplicação unilateral do DdC europeu e do *antitrust* norte-americano e os conflitos daí resultantes, ver Podszun, 2003: 135 ss.

302 Fox, 2003: 356-357. É certo que a possibilidades de algumas jurisdições se poderem socorrer da extensão unilateral do âmbito de aplicação do seu DdC lhes permitiu boicotarem a implementação de soluções multilaterais, embora o fracasso destas não possa ser exclusivamente assacado aos países desenvolvidos.

303 Para uma caraterização sumária da ICN e do trabalho desenvolvido por esta, ver Gerber, 2010: 109-110.

não vêm nos esforços de convergência empreendidos pela ICN outra coisa que não uma forma encapotada de ‘exportação’ do DdC dos países desenvolvidos³⁰⁴. O veredito tem tanto de injusto quanto de exagerado, porquanto a ICN constitui um importante fórum de discussão e troca de experiências que opera na base da persuasão e do consenso³⁰⁵, algo que de resto não foi obtido em áreas importantes e tradicionalmente propensas a dissensos no DdC, tais como a apreciação jusconcorrencial de comportamentos unilaterais em sede de abuso de posição dominante/monopolização e as restrições à concorrência no âmbito de relações verticais³⁰⁶. Em todo o caso, a ICN não visa atender especificamente às preocupações dos países em vias de desenvolvimento, pelo que os esforços de convergência nessa sede não resolvem os desafios inerentes à limitação da eficácia do DdC nestes países.

6.3. Integração regional e política de concorrência

Os acordos bilaterais e multilaterais que têm por objeto a liberalização do comércio ou, de forma mais ampla, a integração económica³⁰⁷ entre países ou no âmbito de espaços regionais, incluem amiúde disposições de DdC. Os exemplos de projetos de integração regional que integram ou estão próximos de integrar regras de defesa da concorrência de âmbito supranacional são múltiplos: a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN), a Comunidade Económica dos Estados da África Oriental (WAEMU), o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA)³⁰⁸, a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC), a Comunidade das Caraíbas (CARICOM), a Comunidade Andina (CAN) e o MERCOSUL³⁰⁹.

304 Neste sentido ver Wigger, 2005, a qual se refere hiperbolicamente a uma “*convergence crusade*”.

305 Para uma análise do trabalho desenvolvido pela ICN, apresentado em jeito de balanço no décimo aniversário da sua criação, ver Hollman, Kovacic & Robertson 2012: 89 ss.

306 Gerber, 2010: 110.

307 A liberalização das trocas comerciais sob a forma da criação de uma área de comércio livre ou da instituição de uma união aduaneira corresponde igualmente a um processo de integração económica, mas esta é mais abrangente e envolve dimensões que ultrapassam a mera liberalização dos fluxos comerciais. Sobre a matéria ver, por exemplo, Behrens, 1981; e Porto, 2009.

308 Ainda recentemente, o Mercado Comum da África Oriental e Austral (Common Market for Eastern and Southern Africa, designado pelo acrónimo COMESA) introduziu um novo regime de controlo das concentrações; sobre o assunto ver Rudman & Wilson, 2013: 368-374.

309 Para uma referência geral a esta matéria, ver Gal & Wassmer, 2012: 291 e ss; para uma referência mais detalhada a alguns destes acordos de integração regional, incluindo uma avaliação do estado em que se encontra a adoção e/ou implementação de regras de concorrência, ver os respetivos capítulos incluído *in* Drexler, Bakhroum, Fox, Gal & Gerber, 2012.

No caso dos países em vias de desenvolvimento a inclusão de regras de concorrência de âmbito regional justifica-se menos pela necessidade de preservar os benefícios resultantes da liberalização do comércio regional³¹⁰ do que por outras razões. Com efeito, a reduzida dimensão dos fluxos comerciais inter-regionais por comparação com aqueles que envolvem países terceiros – mormente países desenvolvidos – indicia que a maior vantagem que pode resultar da adoção de uma política de concorrência regional é a plena integração dos países em vias de desenvolvimento nos benefícios económicos da globalização através do combate às restrições da concorrência de alcance multi-jurisdicional³¹¹. Nesta perspectiva, o maior benefício de uma política regional de concorrência reside no seu contributo para a resolução do problema de *ação coletiva* que impede que, isoladamente, os DdC nacionais consigam fazer face às restrições da concorrência oriundas de empresas sediadas em países terceiros³¹². No entanto, existem outros benefícios associados à inclusão de regras de defesa da concorrência no âmbito de acordos de integração económica regional. Desde logo, a aplicação do DdC à escala regional pode trazer importantes *economias de escala*, tanto mais importantes para países que sofrem de escassez de recursos humanos e financeiros disponíveis para a aplicação do DdC. Também a falta de peso interno da política de concorrência pode ser atenuada com a existência de uma política regional de concorrência que contrarie a pressão exercida pelo poder político no sentido da manutenção de restrições à concorrência e da exclusão da política de concorrência da agenda pública³¹³. Refiram-se ainda a necessidade de articulação entre ENDCs para combater com eficácia práticas anticoncorrenciais de âmbito regional e as possibilidades de cooperação oferecidas no âmbito de acordos de integração económica regional, mormente ao nível da troca de informações, da realização de diligências em diversas jurisdições e da aplicação de sanções a empresas localizadas fora da área de jurisdição da ENDC³¹⁴.

310 Neste sentido ver Drexl, 2012: 234-236.

311 Drexl, 2012: pp 238-239.

312 Sobre os benefícios associados à inclusão de regras de concorrência em acordos de integração económica regional, ver Fox, 2012: 286-287, Drexl, 2012: 242-243) e Gal & Wassmer, 2012: 293-297.

313 Sobre este ponto ver Drexl, 2012: 242-243. Para uma análise dos fatores (incentivos e desincentivos) que podem motivar a decisão *política* ao nível nacional no sentido de integrar e aplicar um sistema regional de defesa da concorrência, ver Gerber, 2012: 258-270.

314 Neste sentido refere Jenny (Jenny, 2006: 134) que “*a number of potentially anticompetitive mergers involve firms based in developing countries that are simultaneously present in several neighbouring countries*”

Ao contrário do que sucede no âmbito das relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a cooperação entre estes últimos no âmbito de acordos de integração económica regional oferece maiores probabilidades de sucesso em atenção ao facto de envolver atores com menores assimetrias entre si e, por essa razão, com uma maior convergência de interesses.³¹⁵ No entanto, muitas das potencialidades oferecidas pelos acordos de integração regional tardam em materializar-se. E quando tal sucede permanecem por resolver os problemas que afetam a dimensão *interna* do DdC na sua configuração e aplicação nos países em vias de desenvolvimento³¹⁶ uma vez que, salvo raras exceções³¹⁷, as normas de âmbito regional não se aplicam a situações puramente internas. Com efeito, um traço comum aos diversos projetos de integração regional e que explica o seu limitado sucesso no âmbito do DdC é a ausência dos instrumentos normativos necessários – desde logo o primado e o efeito direto que assistem o Direito europeu³¹⁸ –, bem como de uma estrutura institucional supranacional³¹⁹ que possibilite a aplicação efetiva, coerente e uniforme das regras de concorrência. O que a experiência demonstra é que a inclusão de regras de concorrência no âmbito de projetos de integração económica regional apresenta inegáveis potencialidades, das quais apenas uma pequena parte se tem concretizado. Em todo o caso, a consagração de regras

and the fact that such firms pursue regional strategies in terms of investment, marketing, production, employment and competition (for example, the production and the distribution of beer, the production of cement etc.) suggests that developing countries would indeed benefit greatly from regional agreements on competition law enforcement, whether such agreements are part of trade agreements or are stand alone agreements between national competition agencies”.

315 Neste sentido ver Heimler & Jenny, 2013: 183 (“*Regional agreements on cooperation in competition seem to be more promising largely because the cooperating countries may have more of an incentive to cooperate that pairs of developed and developing countries unequal in size and with different stakes and unbalanced trade flows*”). Em sentido semelhante, ver Drexl, 2012: 239-241.

316 Como bem refere Drexl (Drexl, 2012: 243): “[w]hile regional competition policy is better placed than national competition policies to secure economic benefits from globalization, regional competition policy is less well equipped to establish a competition culture on the ground”.

317 A Comunidade Económica dos Estados da África Oriental (WAEMU) prevê essa possibilidade, embora com resultados assaz modestos; para uma análise crítica do sistema de defesa da concorrência na WAEMU, ver Mor Bakhoum/Julia Molestina, ‘Institutional coherence and effectiveness of a regional competition policy: the case of the West African Economic and Monetary Union (WAEMU)’ in Drexl *et alii* (2012), pp 89 ss. Uma alternativa mais modesta mas porventura mais eficaz é a possibilidade dos governos nacionais se socorrerem diretamente no âmbito interno de normas jusconcorrenciais de âmbito regional (*‘downloading’*), tal como sucede na Comunidade Andina desde a Decisão 608 de 2005; sobre a matéria ver Cortázar, 2012: 133 ss.

318 Neste sentido, ver Heimler & Jenny, 2013: 196-201.

319 Heimler & Jenny, 2013: 196-201.

de concorrência de âmbito regional não substitui, e muito menos resolve, as debilidades *internas* que afetam os sistemas nacionais de defesa da concorrência. Aliás, a persistência dessas debilidades pode mesmo contaminar e em última análise inviabilizar a tentativa de implementar uma política regional de concorrência³²⁰. Assim, sem prejuízo das reflexões avançadas pela literatura no que respeita ao aperfeiçoamento de políticas regionais de concorrência³²¹, tal não nos deve distrair da dimensão *interna* e das razões que explicam as limitações do DdC nesse âmbito.

VII. CONCLUSÃO

Chegado o momento de concluir importa retomar muito sucintamente as principais pistas de reflexão avançadas nas páginas precedentes. Partindo da experiência do *antitrust* norte-americano e do DdC europeu, pretendeu-se evidenciar o contributo do DdC para uma visão holística do desenvolvimento económico (*Amartya Sen*) que conjugue *eficiência* e *desenvolvimento*, mormente através da correção dos efeitos *redistributivos* associados às práticas anticoncorrenciais. Estes últimos afiguram-se particularmente nocivos nos países em vias de desenvolvimento, atento o elevado grau de *concentração económica* e as *assimetrias sócio-económicas* que os mesmos exibem e o impacto destes fatores no desenvolvimento económico. Sem negar que o conceito de países em vias de desenvolvimento abrange uma realidade multiforme, estes não deixam de partilhar um conjunto de características comuns cuja relevância e impacto na configuração e implementação do DdC não deve ser menosprezada e que põem em causa qualquer pretensão de normatividade de um determinado modelo de DdC (*one size does not fit all*). No que toca à concretização destes aspetos em sede de configuração e implementação de regras de concorrência, avançaram-se algumas pistas de reflexão. Desde logo, no que respeita à (i) *formulação* das normas, devem ser enumeradas *prioridades* e *objetivos* a atingir, utilizando para o efeito normas *claras* e *sucintas* (*bright-line rules*); referiu-se igualmente que a inclusão de *presunções* (*juris tantum*), apoiada na experiência oferecida por outros ordenamentos, pode constituir um auxiliar precioso no momento de interpretação e aplicação das normas. Apontou-se ainda para a

320 Sobre os desafios de promover uma cultura de concorrência por via de uma política de concorrência regional sem o adequado suporte nacional, ver Drexl, 2012: 243-244. Com uma opinião parcialmente diversa, desvalorizando a relevância da existência de uma cultura de concorrência ao nível nacional para o sucesso de uma política de concorrência regional, ver Gal & Wassmer, 2012: 305-306.

321 Ver, por todos, as sugestões formuladas em Gal & Wassmer, 2012: 314-318.

necessidade de evitar áreas de exceção (setores económicos, empresas, atividades) que ponham em causa a aplicação *horizontal* do DdC. A importância de definir claramente áreas de intervenção *prioritária* aflora com particular acuidade no que toca à (ii) consagração de regras de defesa da concorrência face a *comportamentos* anticoncorrenciais. Nesta matéria advoga-se que seja dedicada particular atenção aos *setores económicos* (mormente o setor primário) e às *práticas anticoncorrenciais* com maior impacto junto das camadas mais desfavorecidas da população, matéria na qual a realização prévia de estudos de mercado poderá dar um importante contributo. Advogou-se, além da consagração de regras que reprimam e sancionem formas anticoncorrenciais de cooperação entre as empresas, a adoção de soluções normativas inspiradas no artigo 102.º do TFUE (ao invés da consagração da figura da *monopolization*, consagrada na secção 2 do *Sherman Antitrust Act*), atenta a necessidade de abranger os chamados *abusos de exploração* e de adotar um entendimento mais abrangente de comportamentos que configurem uma recusa em contratar. Pelo contrário, reputou-se de desaconselhável a consagração da proibição do *abuso de dependência económica*, atento o perigo da sua aplicação indiscriminada consumir recursos humanos e financeiros necessários a outras finalidades.

Referiu-se também a necessidade de o DdC ocupar-se igualmente (iii) da prevenção de *estruturas* de mercado propiciadoras de ilícitos anticoncorrenciais através do *controlo das concentrações*, o qual pode evoluir de forma *gradual* de um controlo *seletivo ex post* para um controlo *sistemático ex ante*. Neste particular importa atentar nas características dos mercados nos países em vias de desenvolvimento, mormente a sua reduzida dimensão e respetivas implicações práticas: “*high industrial concentration levels, high entry barriers and below-MES (minimum efficient scale) levels of production*” (Gal). Importa ainda atentar na existência de incentivos a que as empresas promovam o seu crescimento de forma *endógena* – do qual resulta a formação de *conglomerados* –, atenta a inexistência de um mercado financeiro eficiente que possibilite o crescimento *exógeno*.

No que toca às (iv) sanções aplicáveis, procedeu-se à distinção de dois problemas distintos: o da seleção do *tipo* de sanção mais adequada, matéria relativamente à qual não parece aconselhável a introdução de *sanções penais*; e o da *determinação* da sanção aplicável, *maxime* quantificação de sanções pecuniárias a partir do *volume de negócios* do(s) infrator(es) e da *gravidade* da infração, matéria relativamente à qual se defendeu a conveniência de regras *transparentes* para a determinação da sanção aplicável e a consagração de três circunstâncias relevantes para a quantificação da sanção: o *estado de dependência*

econômica, a *capacidade financeira* do infrator e a *transferência de riqueza* operada pelo comportamento anticoncorrencial.

No que tange aos aspetos *institucionais*, de particular relevância no âmbito da implementação do DdC, destacaram-se três aspetos referentes à ENDC que se afiguram da maior relevância no contexto dos países em vias de desenvolvimento: a questão da *arquitetura institucional*, relativamente à qual se manifestou uma preferência pelo modelo integrado de tipo administrativo (*integrated agency model*) implementado no âmbito de uma solução *gradualista*; a questão das *garantias* no exercício das funções de defesa da concorrência a qual passaria, entre outros aspetos, pela consagração de um regime de *incompatibilidades* e *impedimentos*; e o papel fundamental da ENDC na promoção da *competition advocacy*, instrumento indispensável para complementar a ‘oferta’ de concorrência pela ENDC com o fomento da respetiva ‘procura’ por parte das autoridades públicas (*governmental advocacy*) e do público em geral (*public advocacy*).

Referiram-se, por fim, as virtualidades dos projetos de integração económica de âmbito regional no sentido de ultrapassar as limitações decorrentes do *princípio da territorialidade* na aplicação do DdC – e que se traduzem na exposição a práticas anticoncorrenciais de alcance *multijurisdicional* (e.g. cartéis de exportação) particularmente gravosas para os países em vias de desenvolvimento – e de proporcionar uma plena integração dos países em vias de desenvolvimento nos benefícios económicos da globalização. Em todo o caso, a resolução dos desafios *externos* à aplicação do DdC passa necessariamente por tratar de forma eficaz as causas do déficit de aplicação *interno*, as quais residem em boa parte na dupla problemática da *configuração* e *implementação* das regras de defesa da concorrência nos países em vias de desenvolvimento.

BIBLIOGRAFIA (SELEÇÃO)

- ANDERSON, Robert D. & MÜLLER, Anne Caroline
 2013 *Competition and Poverty Reduction: A Holistic Approach*, disponível em: http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201302_e.htm [consultado em: 31.12.2014].
- BACHER, Philip Y.
 2009 *Entwicklungsperspektiven des Kartellrechts im Rahmen des TRIPS-Abkommens*, Bern: Stämpfli.
- BAILEY, David
 2010 “Presumptions in EU Competition Law”, in *European Competition Law Review*, vol. 31, n.º 9, pp. 362-369.
- BAKHOUM, Mor
 2007 *L’articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l’Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)*, Bern: Stämpfli/Bruylant.
- 2011 “A Dual Language in Modern Competition Law? *Efficiency Approach* versus *Development Approach* and Implications for Developing Countries”, in *World Competition*, vol. 34, n.º 3, pp. 495-522.
- 2012 “Reflections on the concepts of ‘economic freedom’, ‘free competition’ and ‘efficiency’ from the perspective of developing countries”, in Daniel Zimmer (ed), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar.
- BEHRENS, Peter
 1981 „Integrationsstheorie“, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 45, pp. 8-50.
- BERKOWITZ, Daniel, PISTOR, Katharina & RICHARD, Jean-François
 2002 “Economic development, legality and the transplant effect”, in *European Economic Review*, vol. 47, pp. 165-195.
- BONAKELE, Tembinkosi & MNCUBE, Liberty
 2012 “Designing Appropriate Remedies for Competition Law Enforcement: The *Pioneer Foods* Settlement Agreement”, in *Journal of Competition Law and Economics* vol. 8, n.º 2, pp. 425-447.
- BUCH-HANSEN, Hubert & WIGGER, Angela,
 2011 *The Politics of European Competition Regulation: A Critical Political Economy Perspective*, Oxford: Routledge.
- CHARBIT, Nicolas, RAMUNDO, Elisa, CHEHTOVA, Anna & SLATER, Abigail
 2012 *William E. Kovacic: An Antitrust Tribute – Liber Amicorum*, volume I, New York: Institute of Competition Law.

- CHARBIT, Nicolas & RAMUNDO, Elisa
 2013 *Competition Law on the Global Stage*, New York: Institute of Competition Law.
- 2014 *William E. Kovacic: An Antitrust Tribute - Liber Amicorum*, vol. II, New York: Institute of Competition Law.
- CONFRARIA, João
 2010 *Regulação e Concorrência: Desafios do Século XXI*, 2.^a edição, Lisboa: UCE.
- COOTER, Robert & SCHAEFER, Hans-Bernd
 2012 *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*, Princeton: Princeton University Press.
- DABBAH, Maher M.
 2013 "Competition Policy and Law in Developing Countries: A Critical Assessment to the Challenges of Establishing an Effective Competition Law Regime", in *World Competition*, vol. 33, n.º 3, pp 457-475.
- DREXL, Josef
 2004 "International Competition Policy after Cancún: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda", in *World Competition*, vol. 27, n.º 3, pp 419-457.
- DREXL, Josef, BAKHOUM, Mor, FOX, Eleanor M., GAL, Michal S. & GERBER, David J.
 2012 *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Cheltenham: Edward Elgar.
- DUTZ, Mark A., ORDOVER, Janusz A. & WILLIGER, Robert D.
 2000 "Entrepreneurship, access policy and economic development: Lessons from industrial policy", in *European Economic Review*, vol. 44, n.º 4, pp. 739-747.
- DUTZ, Mark A. & VAGLIASINDI, Maria
 2000 "Competition policy implementation in transition economies: An empirical assessment", in *European Economic Review*, vol. 44, n.º 6, pp. 762-772.
- DUARTE, David, PINHEIRO, Alexandre Sousa, ROMÃO, Miguel Lopes & DUARTE, Tiago
 2002 *Legística: Perspectivas sobre a Conceção e Redacção dos Actos Normativos*, Coimbra: Almedina.
- EMMERT, Frank, KRONTHALER, Franz & STEPHAN, Johannes
 2005 *Analysis of statements made in favour of and against the adoption of competition law in developing and transition economies*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2341766> [consultado em: 31.12.2014].
- EZRACHI, Ariel
 2012 *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar.

FERREIRA, Eduardo Paz

2004 *Valores e Interesses: Desenvolvimento Económico e Política Comunitária de Cooperação*, Coimbra: Almedina.

FETEIRA, Lúcio T.,

2012 “(Right to) Development and International Transfer of Technology: A Competition Law Perspective”, in Cunha, Mário Viola de Azevedo, Andrade, Norberto Nuno Gomes de, Lixinski, Lucas & Feteira, Lúcio Tomé (eds.), *New Technologies and Human Rights: Challenges to Regulation*, Surrey: Ashgate.

FIKENTSCHER, Wolfgang

2004 *Culture, Law and Economics: Three Berkeley Lectures*, Bern: Stämpfli.

Fox, Eleanor M.

1990 “The Sherman Antitrust Act and the World – Let Freedom Ring”, in *Antitrust Law Journal*, vol. 59, n.º 1, pp. 109-118.

2003 “Can we solve the antitrust problems of globalization by extraterritoriality and cooperation? Sufficiency and Legitimacy”, in *Antitrust Bulletin*, vol. 48, pp. 355-376.

2007 “Economic Development, Poverty and Antitrust: The Other Path”, in *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, vol. 13, pp. 211-236.

2010 “Antitrust and Institutions: Design and Change”, in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, pp. 473-488.

Fox, Eleanor M. & TREBILCOCK, Michael J.

2012 *The design of competition law institutions: global norms, local choices*, Oxford: OUP.

GAL, Michal S. & Fox, Eleanor M.

2014 *Drafting Competition Laws for developing Jurisdictions: Learning from Experience*, disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=nyu_lewp [consultado em: 31.12.2014].

GAL, Michal

2003 *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard: Harvard University Press.

2004 *The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries*, disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=665181> [consultado em: 31.12.2014].

2013 *Merger policy for Small and Micro Jurisdictions*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2202718> [consultado em: 31.12.2014].

GERBER, David J.

2010 *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford: OUP.

HEIMLER, Alberto & JENNY, Frédéric

2013 “Regional Agreements”, in Lewis, David (ed.), *Building New Competition Law Regimes: Selected Essays*, Cheltenham: Edward Elgar.

HOEKMAN, Bernard & MAVROIDIS, Petros C.

2002 *Economic Development, Competition Policy and the WTO*, disponível em: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2002/11/22/000094946_02111404425138/Rendered/PDF/multi0page.pdf [consultado em: 31.12.2014]

ICN

2002 *Advocacy and Competition Policy – Report prepared by the Advocacy Working Group* disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc358.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

2009 *Special Project for the 8th Annual Conference: Competition in Small Economies*, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc385.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

JENNY, Frédéric

2006 “Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence”, in *World Competition*, vol. 29, n.º 1, pp. 109-137.

KOVACIC, William E.,

1995 “Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe”, in *DePaul Law Review*, vol. 44, pp. 1197-1224.

1998 “Getting started: creating new competition policy institutions in transition economies”, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 23, n.º 2, pp. 403-453.

2000 “Antitrust and Competition Policy in Transition Economies: A Preliminary Assessment”, in Hawk, Barry (ed.), *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, New York: Juris Publishing.

2001 “Institutional Foundations for Economic Legal Reform Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement”, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 77, pp. 265-315.

KRONTHALER, Franz

2007 *Effectiveness of Competition Law: a Panel Data Analysis*, disponível em: <http://www.iwh-halle.de/e/publik/disc/7-07.pdf> (consultado em: 31.12.2014)

2007a *Implementation of Competition Law in Developing and Transition Countries*, Baden-Baden: Nomos.

LANDE, Robert S.

1982 “Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged”, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2065413> [consultado em: 31.12.2014].

LANDES, William M.

1983 *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2543&context=journal_articles [consultado em: 31.12.2014].

LEE, Cassey

2007 “Model competition laws”, in Cook, Paul, Fabella, Raul & Lee, Cassey (ed.), *Competitive Advantage and Competition Policy in Developing Countries*, Cheltenham: Edward Elgar.

LIANOS, Ioannis & SOKOL, Daniel D.

2012 *The Global Limits of Competition Law*, Stanford: Stanford Law Books.

LIANOS, Ioannis

2013 *Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion?*, disponível em: <https://www.ucl.ac.uk/cles/research-paper-series/index/edit/research-papers/cles-2-2013> [consultado em: 31.12.2014].

MATEUS, Abel

2010 “Competition and Development: Towards an Institutional for Competition Enforcement”, in *World Competition*, vol. 33, n.º 2, pp. 275-300.

Max-Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law

2006 *ICN Unilateral Conduct Working Group: Responses to the Questionnaire*, disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/questionnaires/uc%20objectives/drexl.pdf> [consultado em: 31.12.2014]

MORAIS, Luís D. S.

2009 *Os conceitos de objecto e efeito restrictivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Coimbra: Almedina.

2009a *Direito da Concorrência: Perspectivas do seu Ensino*, Coimbra: Almedina.

2013 “Competition Law and Policy in Times of Crisis and Economic Change” (editorial), in *The Competition Law Review*, vol. 9, n.º 2, pp. 169-192, disponível em <http://www.clasf.org/CompLRev/downloads/Vol9Issue2.htm> [consultado em: 31.12.2014]

MOTTA, Massimo

2004 *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge: CUP.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim & SCHWEITZER, Heike

2014 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Auflage, München: C.H. Beck.

- OLIVEIRA, Gesner & FUJIWARA, Thomas
 2006 “Competition Policy in Developing Economies: the Case of Brazil”,
 in *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 26, n.º 3,
 pp. 619-641.
- PATEL, Kiran Klaus & SCHWEITZER, Heike
 2013 *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford: OUP.
- PEÑA, Julián
 2006 “Competition policies in Latin America: post-Washington Consensus”,
 in Marsden, Philip (ed.), *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*,
 Cheltenham: Edward Elgar.
- PERITZ, Rudolph J. R.
 2008 *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*, Oxford: OUP.
- PRADO, Mariana Mota
 2010 *What is Law & Development?*, disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1907298> [consultado em: 31.12.2014].
- PODSZUN, Rupprecht
 2003 *Internationales Kartellverfabrensrecht*, Bern: Stämpfli.
- PORTO, Manuel Carlos Lopes
 2009 *Teoria de Integração e Políticas Comunitárias: face aos desafios da globalização*,
 Coimbra: 2009.
- RODRIGUEZ, A. E. & MENON, Ashok
 2010 *The Limits of Competition Policy: The Shortcoming of Antitrust in Developing
 and Reforming Economies*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- SCHWEITZER, Heike
 2007 *Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What
 are the Reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec.
 2 Sherman Act and Art. 82 EC*, disponível em: <http://cadmus.eui.eu/bits-tream/handle/1814/7626/LAW-2007-32.pdf?sequence=3> [consultado em:
 31.12.2014]
- 2012 “Efficiency, political freedom and the freedom to compete”, in Zimmer,
 Daniel (ed.), *The Goals of Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar.
- SINGH, Ajit
 2002 *Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and
 Developmental Issues*, disponível em: [http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP246.
 pdf](http://www.cbr.cam.ac.uk/pdf/WP246.pdf) [consultado em: 31.12.2014].
- SOKOL, D. Daniel, CHENG, Thomas K. & LIANOS, Ioannis
 2013 *Competition Law and Development*, Stanford: Stanford Law Books.

SPAGNOLO, Giancarlo

2008 “Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, in Buccirossi, Paolo (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge/Massachusetts: MIT Press.

STEWART, Taimoon, CLARKE, Julian & JOEKES, Susan

2007 *Competition Law in Action: Experiences from Developing Countries*, disponível em: <http://www.idrc.ca/EN/Resources/Publications/Pages/NonIDRCBook-Details.aspx?PublicationID=1015> [consultado em: 31.12.2014].

TREBILCOCK, Michael J. & IACOBUCCI, Edward M.

2002 “Designing Competition Law Institutions”, in *World Competition*, vol. 25, n.º 3, pp. 361-394.

UNCTAD

2004 *Competition Policy for Development: A Report on UNCTAD’s Capacity Building and Technical Assistance Programme*, disponível em: http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/capacity_building_report.PDF [consultado em: 31.12.2014].

WHISH, Richard & TOWNLEY, Cristopher,

2012 *New competition jurisdictions: shaping policies and building institutions*, Cheltenham: Edward Elgar.

WILLIAMSON, John

2004 *The Washington Consensus as a Policy Prescription for Development*, disponível em: <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0204.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

2004a *A Short History of the Washington Consensus*, disponível em: <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf> [consultado em: 31.12.2014].

WORLD ECONOMIC FORUM

2015 *The Global Competitiveness Report*, disponível em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2014-2015/rankings/> [consultado em: 31.12.2014].

DOSSIER TEMÁTICO

Contratação Pública

ENHANCING EFFICIENCY IN PUBLIC PROCUREMENT IN PORTUGAL: AN OVERVIEW OF THE RELEVANT COMPETITION ISSUES

António Ferreira Gomes / Ana Sofia Rodrigues***

ABSTRACT: Public procurement accounts for a substantial share of a country's economic activity. Competition is key in ensuring that these funds are efficiently allocated. However, collusion often plagues public procurement procedures, jeopardizing good value for taxpayers' money. Poor procurement outcomes also often follow from inadequate tender design and lack of performance monitoring during the execution phase of the contract. This paper reviews some of the competition issues in the pursuit of the overarching aim of efficiency in public procurement and argues for the advantages of a mixed policy approach that addresses the various trade-offs and complementarities between policy options. A mix of ex-post and ex-ante action against bid rigging, a broad detection toolbox, tender design optimisation and effective performance monitoring generate self-reinforcing effects which are key in a well-structured policy approach towards efficient procurement. Furthermore, the promotion of awareness and accountability is crucial in aligning the incentives of competition agencies and the procurement related entities. These various interrelated factors are also the cornerstones of the Strategic Action Plan of the Portuguese Competition Authority for Public Procurement.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. A snapshot on the efficiency of public procurement in Portugal. 3. Cartels in Public Procurement. 3.1. Bid rigging conspiracies: a threat to value for taxpayers' money. 3.2. Policy mix: *Ex-post* and *ex-ante* action on cartels, reactive and proactive detection tools. 3.3. Integrity in public procurement: collusion and corruption. 4. Beyond bid rigging: promoting and capturing the benefits of competition in public procurement tenders. 4.1. Promoting bidder participation. 4.2. Tender design when quality matters. 4.3. "Abnormally Low Tenders". 4.4. Dividing Contracts into Lots. 4.5. Framework Agreements. 5. Aligning Incentives: raising awareness and accountability. 6. Final Remarks.

* President of the Portuguese Competition Authority.

** Chief Economist and Director of the Studies and Market Monitoring Bureau of the Portuguese Competition Authority.

1. INTRODUCTION

Public procurement has been set as a key priority on the agenda of the Portuguese Competition Authority (PCA), and is one of the pillars of the Europe 2020 Strategy for Growth. It is crucial to ensure that competition is put to work for the overarching aim of an efficient allocation of government resources. The reasons are self-evident.

Public procurement accounts for a substantial share of the economic activity. In 2013, public procurement expenditures accounted for almost 30% of total government spending in OECD countries. In terms of economic activity, the share of public procurement spending on GDP was, on average, 12%¹ in OECD countries and around 16% to 18% in the European Union (EU)². In Portugal, purchases by public authorities of works, goods and services represented approximately 19.5% of total government spending and 10% of GDP³.

These numbers, while *per se* overwhelming, nonetheless underestimate the relevance of efficient public procurement. Inefficient public procurement entails wastage of public funds, which could be freed up for other welfare increasing ends, such as health, science, justice and education or public investment, among others. The economic turbulence experienced by the Eurozone has further raised awareness regarding the need for an efficient use of public funds. Indeed, the opportunity cost of wastage in public procurement spending is more visible under scarcity of resources than in times of prosperity.

On the other side of the Atlantic, President Barack Obama has highlighted the US Federal Government's overriding obligation in ensuring "that taxpayer dollars are not spent on contracts that are wasteful, inefficient, (or) subject to misuse"⁴. This concern was particularly relevant when the American Recovery and Reinvestment Act, a multi-billion dollar economic stimulus programme, was enacted in February 2009 by the Obama Administration. In order to protect the funds allocated to the programme, the Antitrust Divi-

1 OECD, 2015.

2 Available at http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_en.htm and <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/public-procurement/>.

3 *Ibid* and OECD, 2015.

4 Available at <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/memorandum-heads-executive-departments-and-agencies-subject-government-contracting>.

sion of the Department of Justice launched an initiative aimed at “*training agency procurement and grant officials, auditors, and investigators at the national, regional, and local levels on techniques for identifying “red flags of collusion” before the award of Recovery Act funds*”⁵.

Competition Authorities can play a key role in the challenge of good governance because competition is at the core of an efficient public procurement system. The competitive interaction amongst suppliers is a *sine-qua-non* condition for allowing the government to achieve the best value for money when acquiring goods and services. The moment in which a public procurement contract is awarded provides a unique opportunity for capturing the benefits of bidder competition. Furthermore, as a sizable buyer, the government can strategically determine today’s buying pattern to promote competition in the marketplace as well as in future tenders. Ensuring that these procedures are optimally designed and implemented, both from a static and a dynamic standpoint, is vital in the pursuit of better value for taxpayers’ money.

Yet collusion and poor design often drive unfavourable tender outcomes. Public procurement is particularly prone to collusive schemes (so called “bid rigging conspiracies”), the breach of competition law that brings upon the highest welfare losses to society. Undesirable outcomes also arise from inadequate preparation and bad tender design, as well as incomplete or poorly specified contracts, which prevent the benefits of competition from being realized.

In Portugal, in spite of the benefits generally brought about by competitive tendering, contracting agencies seem to rely little on competitive procedures for making their purchases. In 2013, direct awards accounted for more than 80% of the number of public procurement contracts and for about half of the corresponding value. Furthermore, the share of competitive procedures has been decreasing over the past few years. These figures signal the need for increasing awareness as to the potential gains for public spending efficiency that could be achieved through enhanced competition.

Merely resorting to auctions or tenders for acquiring goods and services does not, however, in itself ensure that the outcome will be competitive. There are a number of considerations in designing tenders to promote compe-

5 Statement of Scott d. Hammond Deputy Assistant Attorney General of the Antitrust Division before the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs of the US Senate, entitled “*Follow the money: an update on stimulus spending, transparency and fraud prevention*” available at <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/05/05/250274.pdf>.

tion. Contract design is also central in ensuring that the tender outcome is efficiently implemented. Without proper contract design and performance monitoring, the competitive achievements of the tender may be fully, or at least partially, lost.

The remainder of the paper provides a “helicopter tour” of the main competition issues in public procurement discussed in the literature, with the Portuguese experience as background. Section 2 provides a brief snapshot of efficiency and competition in public procurement in Portugal. Section 3 addresses the problem of cartels in public procurement and Section 4 goes beyond bid rigging, to discuss the broader role of competition in enhancing public procurement efficiency. Section 5 addresses the strategic relevance of ensuring the alignment of incentives of the entities involved in public procurement. Section 6 concludes and sets the main building blocks of an agenda for competition in Public Procurement in Portugal.

2. A SNAPSHOT ON THE EFFICIENCY OF PUBLIC PROCUREMENT IN PORTUGAL

The legal framework for public procurement in Portugal is provided in the Code of Public Contracts, approved by Decree-Law 18/2008, of January 29 which transposed, to the National Public Procurement System, the EU Directive 2004/18/EC, of March 31, 2004. On February 26, 2014, the European Parliament and the Council of the European Union adopted EU Directive 2014/24/EU on public procurement, repealing EU Directive 2004/18/EC, and giving Member States until April 18, 2016 to transpose the new directive to their national legal frameworks. In Portugal, the legislative procedure to amend the Code of Public Contracts is on-going.

Some features of the Portuguese Procurement System are at the forefront of international best practices, namely concerning electronic tendering and centralisation.

The National Public Procurement System (SNCP – *Sistema Nacional de Contratação Pública*) is based on a central purchasing body, ESPAP (*Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública*), in an interrelated system with ministerial purchasing units and a network of contracting authorities and entities. Integration in this network is mandatory for central administration and public institutes. Municipalities, regional authorities, local entities and state-owned companies can join the SNCP voluntarily.

Portugal stands as a case study for good practices with respect to electronic public procurement. E-procurement is perceived as a crucial tool to increase transparency, streamline procurement procedures and cut red tape, achieve savings in administrative costs, reduce the time span of the procurement procedure and enhance procurement monitoring. Portugal was the first EU Member State to have mandatory electronic public procurement. Since November 2009, competitive procedures for public procurement have to be run through electronic platforms in all their phases, from the tender notice to the tender award.

According to a study on the impact of the introduction of e-procurement in Portugal, the estimated overall reduction in costs in the first year was between 6% and 12% of total government spending⁶. This translates into cost savings of 650 million euros, which could have achieved 1.2 billion euros if all contracting agencies had implemented their procurement procedures in the public procurement web portal (*Portal Base*). The study estimated competition as the source of 98% of the cost savings, with administrative cost savings accounting for no more than 2% of the cost reduction. Furthermore, a comparison between the best bids for public work contracts by 50 Portuguese public hospitals in 2010, using e-procurement, and in 2009, using paper based procurement, showed cost savings of 18%⁷.

Based on the information registered in the Procurement Web Portal, the Portuguese Institute of Public Markets, Real Estate and Construction (IMPIC) publishes a yearly report on public procurement in Portugal. While the coverage of the data, in terms of the total amount of public procurement in Portugal, is only partial⁸, it nonetheless provides some relevant statistics.

According to the data published by IMPIC, in 2013, 83.5% of the public procurement contracts reported to *Portal Base*, worth around 2 billion euros,

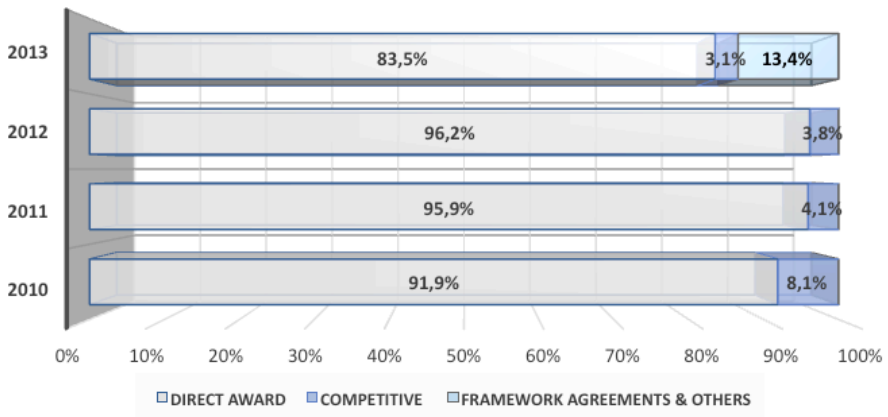
6 Tavares, 2011.

7 The European Commission Communication of April 20, 2013: “A strategy for e-procurement” refers to these various estimates.

8 The amount of public procurement reported to *Portal Base* is substantially lower than the one reported by both the EC and the National Accounts. For example, in 2012, *Portal Base* registered public procurement contracts amounting to 2.1% of the Portuguese GDP while according to the statistics made available by the EC, public procurement in Portugal in 2012 accounted for 10.7% of GDP.

were directly awarded. Figure 1 illustrates the increasing trend in the share of direct awards in the reported period⁹. In terms of value, while the share is smaller, direct award procedures nonetheless accounted for about half of the contracted value in 2013, and this share has been generally increasing in the reported period (Figure 2). The contracting authorities that used direct awards accounted for 97.9% of the total of contracting entities reporting to *Portal Base*, in 2013.

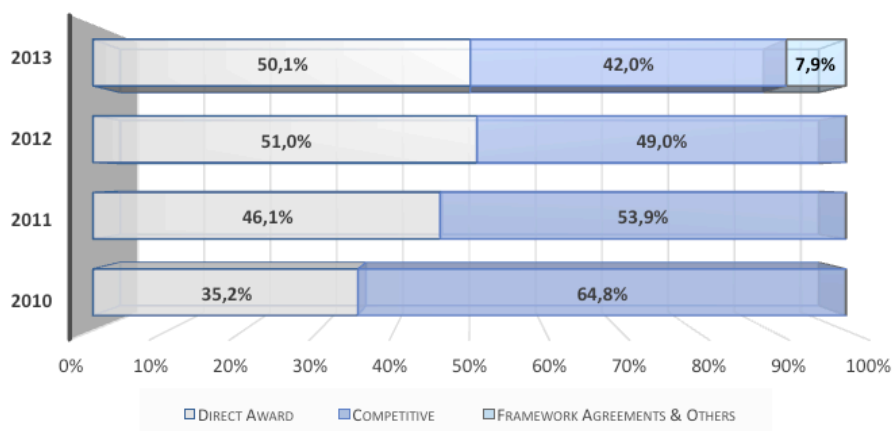
FIGURE 1: Representativeness of awarding procedures, by number of public procurement contracts



Source: Report of Public Procurement in Portugal published by IMPIC (various yearly editions).

⁹ The share in 2013 is smaller than in 2012, but as the IMPIC report clarifies, it must be interpreted taking into account the inclusion, in the 2013 data, of contracts following framework agreements. In fact, while the number of direct awards in 2013 increased by 19.1% with respect to 2012, the number of contracts awarded through competitive procedures increased by only 9.5%.

FIGURE 2: Representativeness of awarding procedures, by value of public procurement contracts



Source: Report of Public Procurement in Portugal published by IMPIC (various yearly editions).

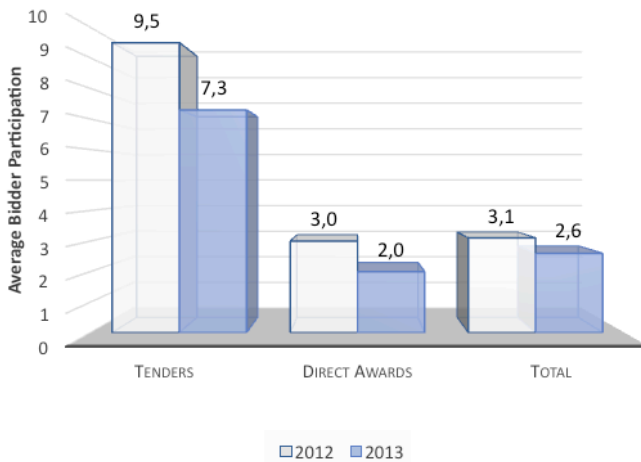
The representativeness of competitive procedures is particularly small in terms of number of contracts, and has been decreasing, both in terms of the total number of contracts and in terms of total contracted value. Competitive procedures accounted for 8.1% of the number of contracts awarded in 2010, and in 2013 the share was only 3.1%. Furthermore, according to the statistics in the IMPIC report, in 2013, the value share of contracts that was directly awarded due to “substantive criteria”¹⁰, in which there is no competition, was 19.4% and the number of contracts awarded through this procedure rose by more than 25% from 2012 to 2013.

The numbers reported by IMPIC also show that average bidder participation in public procurement has decreased from 2012 to 2013, regardless of the procedure used for the award. In 2013, there were on average 2.6 bids per public procurement procedure. In the case of public works, average bidder participation was higher (3.3) than in procurement for goods and services (2.4).

¹⁰ The substantive criteria are set in the Portuguese Code of Public Contracts and include “the extent to which the direct award is strictly necessary, for reasons of imperative urgency emerging from events that could not have been foreseen by the contracting authority and which could not have been met with alternative procedures” (article 24).

Figure 3 below shows a disaggregation per type of award procedure. Average bidder participation decreased by 2.2 bidders in competitive tendering. In direct awards, the reduction was on average of one bidder, and it was more prominent for public works than for the purchase of goods and services. In fact, in public works, the average bidder participation in direct awards decreased to under 2 bidders in 2013.

FIGURE 3: Average Bidder Participation in Procurement Procedures in Portugal



Source: Data from the 2013 Report on Public Procurement in Portugal, published by IMPIC.

The European Commission also computes a set of indicators to characterise the performance of member states in public procurement. The European Union Single Market Scoreboard uses notices published in the *Tenders Electronic Daily (TED)* database¹¹ to produce three main indicators, namely *Bidder Participation*, *Accessibility* and *Efficiency of the Procedure* for each Member State. Bidder participation is measured as the proportion of contract award notices with more than one bidder¹², and aims to capture competition and red tape. The accessibility measure reports the share of all public procurement

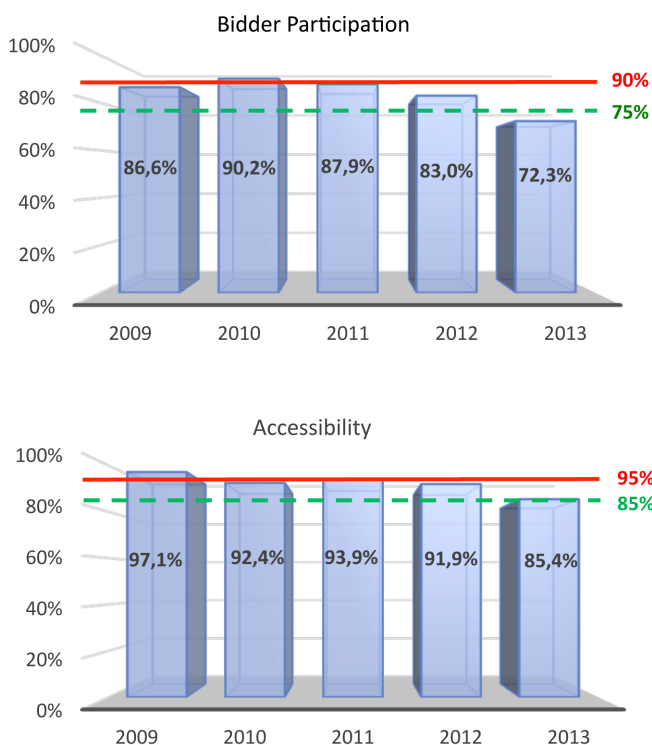
11 Tenders Electronic Daily (TED) is the electronic counterpart of the Supplement to the EU Official Journal, where notices of European public procurement tenders are published.

12 Framework agreements are not included due to different reporting patterns.

tenders conducted within open procedures, restricted procedures, competitive dialogue and negotiated procedures.

Both the key indicators for bidder participation and accessibility in public procurement in Portugal show a decreasing trend in the last few years, as displayed in Figure 4 below. The bidder participation indicator has been decreasing since 2010, bringing the classification to unsatisfactory in 2013. Accessibility to public procurement tenders in Portugal is characterized as average, and has also deteriorated since 2011.

FIGURE 4: Single Market Scoreboard Key indicators for Public Procurement in Portugal



Note: The dashed green and the solid red lines identify the thresholds for satisfactory and unsatisfactory performance, respectively.

Source: Adapted from http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_memr_state/portugal/index_en.htm, accessed in October 2015.

This brief snapshot shows the small share of competitive procedures in public procurement in Portugal, as well as a decreasing trend in terms of tender participation. It is important to understand why contracting authorities tend to rely so little on competitive procedures for acquiring goods, services and public works. Within this discussion, the impact of potentially excessive formal requirements on the incentives of contracting authorities to avoid public tenders needs to be assessed. Another factor that is often put forward to justify the need to resort to direct awards is procedural speediness. However, it is important to acknowledge that this comes at a cost. As the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice has highlighted, *“when lucrative government contracts are at stake and need to be disbursed quickly, the potential risk of collusion and fraud increases dramatically. Importantly, however, these experiences have also taught us that these risks can be dramatically minimized when an early and strong emphasis is placed on prevention and detection”*¹³.

Above all, these results show the need for promoting a culture of competition in public procurement in Portugal, and raise awareness as to the potential cost savings from supplier competition for the provision of goods, services and works to the public sector.

3. CARTELS IN PUBLIC PROCUREMENT

3.1. Bid rigging conspiracies: a threat to value for taxpayers’ money
Cartels are the most serious breach to competition law, with the highest impact on welfare. In public procurement, cartels can arise in the supply of goods and services to the government, for the pursuit of important social roles, such as health care or education.

The enforcement record of the PCA illustrates this reality. In 2005, in two separate decisions, the PCA fined five pharmaceutical firms (Abbott, Bayer, Johnson & Johnson, Menarini and Roche) for cartels regarding the supply of reactive test strips in a public tender set for the Hospital Centre of Coimbra (PCA’s first decision) and in 36 public tenders (PCA’s second

13 Statement of Scott d. Hammond Deputy Assistant Attorney General of the Antitrust Division before the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs of the US Senate, entitled *“Follow the money: an update on stimulus spending, transparency and fraud prevention”* available at <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/05/05/250274.pdf>.

decision) set for 22 hospitals spread all over the country¹⁴. The five firms were shown to regularly meet and jointly fix the prices of their bids so as to induce a price increase. More recently, in August 10, 2015, the PCA fined 5 firms for a cartel in the supply of pre-fabricated modules for the purpose of setting up temporary classrooms to *Parque Escolar*, the entity in charge of the modernisation programme of schools in Portugal. The bid rigging conspiracy consisted of an agreement to divide and share the lots that were being tendered, by previously determining the winner of each tender¹⁵.

Collusion in public procurement arises in the form of bid rigging conspiracies, also called “bidding rings”, aimed at suppressing interfirm rivalry, soften price competition and increase profits, at the expense of buyers’ welfare. The specificity of the environment that characterises public procurement tenders makes them an area of particular concern. Graham and Marshall (1987) highlight this vulnerability stating that “*so prevalent are rings, in fact, that a retired auctioneer once noted that in 40 years of auctioneering, he had yet to attend an auction at which a ring was not present*”. Unlike private entities, procurement agencies are bound to follow a number of regulations and formal procedures with substantial transparency requirements. These rules seek to reduce discretion and protect the integrity of public procurement procedures but, as a by-product, they ease communication amongst bidders and assist firms in spotting price cuts. This transparency thus facilitates the mechanism for detecting and punishing deviations and favours the well-known conditions for collusion (Stigler, 1968). Furthermore, the often predictable nature of tenders in public procurement, with contracts being frequently re-tendered, can strengthen the conditions for collusion. As a result, the stability of cartels in public procurement might be enhanced when compared with other market settings (e.g., Heimler, 2012).

Bidders may resort to a variety of collusive tendering strategies in order to extract additional profits. For example, bidders may decide beforehand who will win the tender and agree to divide the supra-competitive payoffs between them according to a given sharing rule or design a compensation

14 Press release available at http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200801.aspx.

15 Press release available at http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201518.aspx.

scheme through subcontracting services to losing bidders. In these schemes, rivalry is eliminated through cover bidding or bid suppression. Under cover bidding firms submit bids which are purposely placed to resemble a competitive environment, but that are either higher than the pre-selected winner or otherwise unacceptable to the buyer. Bid suppression occurs when firms agree to refrain from submitting (or withdraw) their bids so as to allow the pre-selected bidder to win the tender. Firms may also agree to bid rotation schemes, taking turns in being selected as the winning bidder. Market allocation schemes, on the other hand, occur when firms agree to “*share the pie*” (e.g., per type of client or geographical area) and commit not to bid for (or at least not to outbid) the market assigned to the other firms.

These bid rigging conspiracies are extremely harmful for society. Detecting, investigating and prosecuting these unlawful agreements must thus be a key priority.

3.2. Policy mix: *Ex-post* and *ex-ante* action on cartels, reactive and proactive detection tools

***Ex-post* and *ex-ante* measures are complementary policies in a well-structured approach towards cartels in public procurement.** Getting the right policy mix will deliver high value gains to society.

***Ex-post*, vigorous enforcement against cartels not only allows to break-up existing cartels, but it also has an important deterrence effect.** However, *ex-post* action does not exhaust the toolbox that can be used to fight bid rigging.

***Ex-ante*, tenders can be designed to be more “collusion proof”, by weakening the conditions which assist bidders in curbing competition and reaping supra-competitive profits.** These considerations are particularly relevant in the design of public procurement procedures, repeatedly set for acquiring undifferentiated or standardised goods and services, in concentrated markets with few players and little or no entry. In such bidding markets, concerns with collusion are particularly acute because the coexistence of these factors facilitates the conditions for coordination.

The academic literature and the accumulated experience of various jurisdictions have produced an array of practical considerations that can assist procurement officials in designing public procurement procedures to reduce the risk of collusion. A number of tender design features (in terms of auction formats, information disclosure, entry requirements, timings, lot

division) can be used, and others can be avoided, so as to hinder collusion in a tender.

Promoting bidder participation, reducing the information flow amongst bidders, reducing the frequency of procurement opportunities and introducing unpredictability in purchasing patterns are key in constructing pro-competitive procurement procedures. “Scrambling the rules of the game”, avoiding repeated purchasing patterns, aggregating or disaggregating contracts or changing the type of procurement procedure, can weaken the conditions for collusion. Ascending auctions have been shown to be more vulnerable to collusion than sealed-bid auctions (e.g., Marshal & Marx, 2009, Milgrom, 2004). The details of information release are also relevant. Avoiding opportunities for communication amongst bidders within the tender procedure should be a concern for procurement officials, for example, by non-transparent registration, promoting remote, rather than in-person, bid submission (e.g., by e-mail) and not disclosing the identity of the bidders (e.g., using numbers rather than names to identify them). Procurers may also require bidders to submit a certificate of independent bid determination to recall them of the unlawful nature of collusion, highlighting the potential associated penalties. The OECD, in particular, has developed extensive work on all these matters¹⁶.

Relationships among bidders, such as bidding consortia and subcontracting, can also have an impact on the competitive environment in a public procurement tender. The regulation of joint bidding in procurement varies significantly across EU Member States, and the question of if, how and to what extent joint bidding should be regulated is still an open one (see, for example, the survey by Albano et al, 2009). Consortia can bring about efficiencies, namely through cost synergies, the pooling of capabilities or skills and risk sharing. Under certain circumstances, joint bidding can promote entry, namely if the members of the consortium could not participate as solo bidders in the tender. The European Commission “Guidelines for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements” explicitly foresee this safe harbor for joint-bidding in recital 237, stating that in this case there “*is no restriction of competition within the meaning of Article 101(1)*” of the TFEU¹⁷. However, bidding

¹⁶ OECD, 2012.

¹⁷ For a recent discussion of the EU Competition Law approach towards joint bidding, see Thomas, 2015.

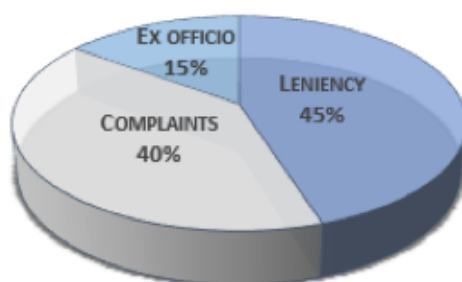
consortia can also be a strategy to reduce the number of bidders in a tender and can assist bid rigging conspiracies (Klemperer, 2008). If the firms can make stand-alone bids, and no substantial efficiencies are shown to emerge from the cooperation, joint bidding will result in the elimination of direct rivalry¹⁸ (e.g., OECD 2007). Subcontracting, another form of cooperation amongst bidders in procurement, may also raise concerns as to the risk of collusion. In these arrangements, a firm bids as the prime contractor and, upon award, subcontracts part of the work to another firm(s). This possibility may offer opportunities for compensation mechanisms within a bid rigging conspiracy (e.g., a firm agreeing not to participate in a tender and being compensated with a subcontracting arrangement by the winning bidder). In the “Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement” (2012), the OECD highlights the role that subcontracting can play in assisting bid riggers, and that procurement officials should require bidders to disclose upfront if they intend to use subcontractors.

For *ex-post* action on cartels, competition agencies can rely on reactive or proactive detection methods. Reactive detection methods are those triggered by third parties (e.g., leniency applications, customer complaints, whistle-blowers) bringing information of the existence of a cartel to the competition agency. Pro-active detection methods, on the other hand, are agency-generated, i.e., the competition authority pro-actively launches an *ex-officio* investigation for suspicious market conduct. In their enforcement activity, agencies heavily rely on reactive detection methods, and the PCA is no exception to this respect, as depicted in Figure 5 below. This uneven mix of policy tools has generated some discussion as to whether competition agencies are overly relying on reactive tools, particularly given the complementarities between the two methods. In fact, the mix of reactive and pro-active methods can strengthen action on cartels. Scaling up proactive detection of bidding rings can enhance the perceived risk of being fined, raising the incentives for leniency applications and weakening cartel stability. Furthermore, leniency is more likely to emerge when collusive arrangements are less stable. Proactive

18 In a decision of October 24, 2007, the Portuguese Competition Authority (PCA) fined two firms (Aeronorte, Transportes Aéreos, S.A. and Helisul – Sociedade de Meios Aéreos, Lda.) that formed a consortium in a public procurement procedure for the supply of aerial forest fire-fighting means, for reducing the number of competing undertakings, inducing a price increase and sharing the market. However, the Lisbon Court of Commerce annulled the PCA's decision in May 21, 2008. Available at: http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC200520.aspx.

detection methods complement reactive methods by allowing stable cartels to be detected sooner. These feedback effects further intensify the advantages of a mixed policy approach (e.g., OECD, 2013a; Hüschelrath, 2010; Friederiszick & Maier-Rigaud, 2008).

FIGURE 5: Cartel cases of the PCA (2003 – To date), segmented according to the detection method



Source: PCA

Proactive detection methods include empirical screens based on a variety of elements of market information, which can assist in flagging market circumstances where collusion might be a concern. Unlike reactive methods, screening will likely not generate hard evidence for the case. However, they may signal market settings where further investigation can prove fruitful. Screens can be structural or behavioural.

Structural screens are cross-markets searches seeking to identify market settings that are particularly prone to collusion. These tools are based on the joint evaluation of a number of market characteristics, namely structural features (e.g., high concentration, few market players, high barriers to entry, repeated interaction amongst firms, information transparency), supply-side factors (e.g., undifferentiated products, multimarket contacts, cross-shareholdings, similarity of cost structures) and demand-related factors (e.g., low elasticity of demand, absence of countervailing buyer power).

Behavioural screens consist of statistical tests to data on prices, bidding patterns, costs and market shares, among other elements, to search for

events that are highly unlikely in the absence of coordination or use a control group to detect anomalous events in bidding patterns¹⁹. These screens try to pick up discernible traces that cartels often leave behind. In public procurement, the problem of lack of data availability may be less acute than in other market settings. E-procurement, in particular, provides many advantages for the efficiency of public procurement, and one of them is the creation of a rich dataset on public procurement. The electronic data available in Portugal is an important advantage for this purpose. Enhancing the coverage of electronic procurement can provide substantial improvements and increase the scope for screening accuracy.

In constructing an effective approach to fighting bid rigging, it is also vital to engage procurement officials, who are first in line for detecting signs of bid rigging conspiracies. They also have a deep knowledge of the industry and its evolution over time. They may however lack the competition knowledge to detect signs of collusion. A variety of guidance, screens and checklists have been developed to assist procurement officials in the task of searching for suspicious patterns²⁰. Providing procurement officials with outreach sessions and training on how to make use of this array of practical information can increase the accuracy of a first screen for collusive schemes, raising red flags for potential conspiracies. It is also crucial to strengthen cooperation mechanisms and to establish good communication channels between competition authorities and the institutions involved in public procurement, from contracting to auditing entities. These channels can improve the flow of information, promote the degree of awareness and skills of procurement officials with regards to competition and contribute to the number of bid rigging suspicions being reported to competition agencies.

3.3. Integrity in public procurement: collusion and corruption

While collusion entails an agreement between bidders to curtail competition in a procurement procedure so as to artificially raise prices and profits, corruption is primarily a principal-agent problem, whereby procurement agents use their power to bias the procedure at the exchange of a bribe. Corrup-

¹⁹ See, for example, Abrantes-Metz & Bajari, 2009.

²⁰ In December 2015, the PCA issued Guidelines on Fighting Bid Rigging in Public Procurement, available at http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Documents/Guia%20Boas%20Práticas%20Contratação%20Pública.pdf.

tion often takes place at the moment of tender award, but it can happen at any stage of the procurement lifecycle. For example, corruption can take place post-award within a renegotiation process of the terms and conditions of a given procurement contract, tilting the outcome in favour of the contractor.

Both collusion and corruption distort what should be a competitive procedure, drifting the outcome away from the efficient solution. They both undermine the efficient allocation of public funds, potentially compromising growth and welfare. The extent of the associated damage is enormous. The European Commission estimates that corruption alone costs the EU economy 120 billion euros a year, a figure just a little smaller than the annual EU budget²¹, and public procurement is perceived as the government activity with the highest bribery risk (OECD, 2013b).

While collusion and corruption are two distinct threats to the integrity of public procurement, “they may frequently occur in tandem, and have a mutually reinforcing effect” (OECD, 2010). A number of theoretical arguments have been put forward to explain why corruption and collusion are strategic complements (e.g., Compte et al 2005 and Lambert & Sonin, 2003). The entwinement between these two concerns is substantial. Bribery may emerge as a payoff to a procurement official for subverting the competitive process. It may be a payment in exchange of granting a tender to a given firm, or a payment for the official to otherwise assist in the coordination mechanism of a bid rigging conspiracy. Furthermore, the rents associated with collusion may boost incentives for misconduct (e.g., Ales & Di Teolla, 1999).

Given the synergetic relationship between these two threats to public procurement integrity, fighting corruption should reduce collusion in public procurement, and fighting collusion should decrease the opportunities for corruption. There are substantial complementarities between these two strategic goals. Policies aimed at fighting these two important problems, that plague procurement systems around the globe, must rely on raising awareness through advocacy actions, strengthen accountability, deter misconduct through strong enforcement and adequate sanctioning, establishing best practices on the design and implementation of tender procedures and providing procurement officials with the tools and skills to follow these principles.

21 See the *EU Anti-corruption Report from the Commission to the Council and the European Parliament* issued in February 2014 and available at http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.

Nonetheless, while these two aims are strategic complements in nature, trade-offs emerge in terms of the policies to achieve them. The chief policy instrument to fight corruption is the promotion of transparency in public procurement procedures. This often entails the choice of open and transparent competitive procedures, which leave less room for discretion, as well as the disclosure of relevant information, such as participation criteria, awarding criteria and corresponding weights, bidder identity, terms of the winning bid, among others. Transparency contributes to the wider scrutiny of procurement decisions, facilitates monitoring and auditing of procurement procedures, enhances the likelihood of misconduct detection, and promotes accountability of tender participants and officials. Transparency may also tilt the environment in favour of confession by conspiracy participants.

However, enhanced transparency can strengthen the conditions for collusion in the market. The requirements for information disclosure may facilitate monitoring and detection of deviations from agreed terms by cartel members, ease the enforceability of the agreement and thereby enhance the sustainability of bid rigging conspiracies. Thus, caution must be exerted when designing measures aimed at promoting transparency, and account must be taken of the impact of each single measure in terms of the conditions for coordination.

Policies aimed at efficiency in public procurement should thus be more broadly interrelated, so as to address the existing trade-offs and reconcile the identified tensions. The choice of the bidding procedure and the design of transparency requirements should balance the benefits in terms of fighting corruption and the impact on the conditions for collusion.

A number of considerations are relevant for this assessment²². The choice of the procurement procedure can have an impact on conditions for collusion and corruption, but the specific circumstances of each case very much determine the adequacy of each tender procedure. For example, in general, open ascending auctions ease communication amongst bidders, while sealed bid auctions are less prone to collusion. In some very specific settings, direct negotiations with bidders may enhance the efficiency of the tender outcome. However, the high degree of discretion for procurement decisions in these procedures makes them more prone to corruption and favouritism. In what concerns disclosure requirements, any release of information on the terms and conditions of the bids increases the risk of collusion. Measures should thus

22 For a detailed discussion of these policy considerations see, for example, OECD, 2010.

focus on partial information disclosure, avoiding bidders' access to information that could facilitate collusion. For example, while the disclosure of information about the winning bid seems unavoidable for evident reasons, terms and conditions of losing bids should be confidential, especially to competitors. Whenever certain elements of information are central for the monitoring and auditing of the procurement procedure but their wider release could endanger the competitive conditions, the information should only be made available to the auditors/monitors. Furthermore, not only what information is disclosed matters, but also when it is released. The timings of disclosure should thus take into account that delaying the release of information about the tender can hinder collusion.

Eradicating corruption and collusion are two crucial policy goals for avoiding wastage of public funds. Ensuring integrity and competition in public procurement markets should thus be tackled as “*a dual challenge for good governance*” (Kovacic et al, 2011).

4. BEYOND BID RIGGING: PROMOTING AND CAPTURING THE BENEFITS OF COMPETITION IN PUBLIC PROCUREMENT TENDERS

Bid rigging conspiracies are a major problem hindering competition in public procurement tenders. But the discussion of promoting competition and efficiency in public procurement is a broader one, which deals with what can be done to ensure competitive outcomes from public procurement. The approach should also look at the whole procurement lifecycle, from the preparation of tender specifications to the implementation of the contract.

4.1. Promoting bidder participation

Tender participation is one of the cornerstones of good auction design. Auctions with low bidder participation may entail an unprofitable outcome for the auctioneer²³. Attracting bidders is thus one of the practical concerns when conducting an auction. There are a number of principles that emerge in the theoretical literature and which can guide decisions on how to structure public procurement tenders to promote bidder participation. Ascending auctions create a more favourable environment to entry deterrence and predatory behaviour and are thus more likely to perform poorly in terms of bidder participation, while sealed bid auctions are more likely to attract potential

²³ Bulow & Klemperer, 1996.

entrants (e.g., Klemperer, 2002). Inadequate or unreasonable entry requirements in public procurement tenders can jeopardise participation, creating unjustified entry barriers. Another key aspect is to ensure low bidding costs. Cumbersome requirements, red tape and bureaucracy can deter bidder participation. It may also be the case that some tender participants see scope in the excessive formality requirements for driving competitors out of the tender, alleging incompliance of their bids with formalistic aspects. In assessing the efficiency of a public procurement system, the extent of bureaucracy is thus central: it may create unnecessary bidding costs, it may foster incentives to circumvent established procurement rules and it can be strategically used to exclude competitors. Bureaucracy requirements also raise procurement costs, and may affect procurement agencies' choice of tender procedures, for example, to save the administrative costs of having tenders with many bidders. There are also instruments that can be used to promote participation, namely dividing contracts into lots and having "set-asides" for new entrants.

Entry barriers may also emerge, like in any other market, from incumbency advantages. This thus brings a dynamic dimension to the discussion of entry barriers in tenders. Incumbents may benefit from comparative advantages, namely due to the learning and reputational effects, privileged access to information, enhanced ability to estimate the costs and risks associated with a procurement project, which can entrench incumbents' market power. Providing bidders with the adequate time and information to prepare their bids can ease some of these barriers to entry. The public sector may also strategically source its requirements to mitigate the anticipated reduction of competition in future tenders driven by the advantages of incumbency, for example, by dividing contracts into lots and seeking multi-sourcing. This can serve a dual aim of promoting competition in the marketplace, for the benefit of consumers, as well as competition in future tenders, to achieve higher value for taxpayers' money in an intertemporal approach.

4.2. Tender design when quality matters

Another important challenge in aligning the tender outcome with the preferences of the government in its purchaser role has to do with how to account for quality. In the purchase of simple, highly standardised goods or services, the efficiency of the tender outcome is almost fully determined by the price of the winning bid (eventually specifying minimum quality requirements) and optimisation can be achieved through a well specified price-only

tender. However, when the government cares about competition in price and non-price attributes, the tender procedure must account for multiple criteria. Well-designed scoring rules, which fully reflect the government's preferences, allow handling these trade-offs. Scoring rules assign a weight to each criterion, and allow the ranking of offers to identify the winning bid. The exact choice and design of scoring rules depends on the specific features of the tender (for a discussion on the design of scoring rules see Dini et al, 2006). The concept of the "Most Economically Advantageous Tender" (MEAT) in the EU envisages the concept of weighting the different attributes valued by the government.

It is important to highlight that tender design is not a one size fits all, and in some specific circumstances a standard approach to the competitive procedure might not necessarily be efficiency enhancing. When quality is verifiable and the needs of the buyer are unlikely to change during the contract's lifetime, efforts should be placed in gathering the knowledge required for the specification of the relevant attributes and corresponding valuations. In these contexts, contract design entails setting the standards for the relevant attributes and ensuring incentives for quality and/or cost reduction.

However, in some cases, particularly in complex "off-the-shelf" public procurement projects, there may be uncertainties that can only resolve upon contract implementation. This may follow from the impossibility to specify in the contract some of the relevant quality dimensions and subsequently monitor the contractor's performance to that respect (the so-called "uncontractable quality"). These situations may call for added flexibility in the tender procedure and contract design. However, this added flexibility necessarily entails granting further degrees of freedom to public procurement officials. Addressing this trade-off entails a combination of added flexibility and accountability (e.g., Albano et al, 2006 and Bergman et al, 2012). Yet, difficulties arise in reconciling this approach with that of establishing procurement systems that rely on tight rules designed to limit discretion. This is certainly a challenging discussion, in which the public procurement and the competition communities should further engage.

4.3. "Abnormally Low Tenders"

Governments and public procurement agencies often have concerns with the risk of awarding the contract to a low-price bid and subsequently being faced with unfavourable outcomes upon contract implementation (e.g., sacrifice of quality, project delays, cost-overruns, disproportionate claims and

disputes or even contract default). These concerns, which are particularly acute in public infrastructure works, led to procurement practices aimed at addressing the problem of the so-called “Abnormally Low Tenders”. The concept is, however, not clearly defined, neither in the academic literature, nor in the procurement systems that envisage them²⁴. Their use is nonetheless widespread, as illustrated by a recent OECD (2015) survey²⁵.

The most common approach to Abnormally Low Tenders is to try to gauge whether a bid is abnormally low by assessing the distance between the price of the bid and either the government estimates for the contract’s costs or some statistic of the prices of all (or some) of the bids in the tender (OECD, 2015). In Portugal, a bid is considered as potentially abnormally low when it is at least 40% lower than the base price²⁶, in the case of public works, and at least 50% lower than the base price, for all the other contracts.

In general, these provisions do not allow for the automatic exclusion of the bid before the bidder is provided with an opportunity to justify the price of the offer. The latter is the approach followed in the EU Directive on public procurement, and also in Portugal following the transposition. Another approach that has been put forward to address the issue of abnormally low tenders are procurement awarding mechanisms based on the average price, the so-called “Bid Average Methods”.

The impact of these approaches in the tender outcome is not fully ascertained, and concerns have been raised as to their implications for competition and efficiency. The exclusion of a bid on grounds that its price is “too low” may entail the exclusion of competitive bids. Indeed, the price of a bid may be low for a number of reasons. Bids which are “too low” may bring an added risk of underperformance or contract default, for example, when they follow from either cost underestimation or from bidders bidding too aggressively in anticipation of an opportunity to later renegotiate the terms of the contract (the so-called “low-balling strategy”²⁷). However, prices may appear “too low”

24 For an interesting discussion on the concept of abnormally low tenders, and the notion of a “normal price”, see Albano, 2015.

25 OECD, 2015.

26 The base price is a feature in the Portuguese Code of Public Contracts (article 47) that stands for the maximum price that the contracting authority is willing to pay for the provision of the goods, services or works covered by the contract.

27 See, for example, the analysis of the impact of the endogeneity between the bid strategy and ex post adjustments in Limi, 2013.

for a number of other reasons which are pro-competitive (for a discussion, see OECD, 2015). They may be lower than government cost estimates if the latter overestimated the project's costs or when there are complementarities between the procured contract and the bidder's other activities. Also, a bid may be lower than the other bids in a tender if it is placed by a new entrant in a procurement procedure where there is a long-standing collusive agreement. The task of discerning the reasons underlying a price offer seems challenging, particularly within the timings of public procurement procedures, raising some scepticism concerning the accuracy of this approach. Furthermore, the risk of having a bid excluded on the grounds of a price which is "too low" may reduce firms' incentives to place competitive bids. Average bidding methods, on the other hand, may distort firms' incentives to bid their true valuation, may drift the outcome away from the efficient solution and may induce coordination in bidders' strategies (e.g., Albano et al, 2006 and Decarolis & Klein, 2012).

There are however, approaches to address cost underestimation and strategic low bids that do not distort bidding behaviour. Devoting efforts to the planning of tender procedures, establishing specifications and incentive/disincentive schemes to ensure commitment and contract compliance, improving performance monitoring and adopting a tough reputation towards renegotiation may weaken the prospects of recoupment and thus mitigate the incentives for strategically placing low bids. Providing adequate time and information for bid preparation can reduce the risk of cost underestimation. Furthermore, procurement agencies may seek financial protection from poor outcomes, e.g., through conventional instruments such as surety or performance bonds, whereby surety companies guarantee that the contractor will deliver as stated in the bond.

4.4. Dividing Contracts into Lots

The division of procurement contracts into lots is being increasingly promoted and adopted in procurement systems. This tendency is closely linked to the increasing role of public procurement as an instrument to pursue other strategic goals of the State, such as the promotion of SMEs.

The number and size of the lots influence the degree of competition, and thus, bidding strategies in the tender. The decision on the number and size of lots can affect the participation rate, by determining which potential bidders have the capacity to submit a bid for at least one lot. Furthermore, the struc-

ture of the lot division can make it more or less easy for bidders to reach and sustain a collusive agreement, for example, by “sharing the pie”. Albano and Spagnolo (2010) address the opportunity for procurers to weaken the conditions for collusion by exploring the heterogeneity in the value of lots, and by counteracting the bidding ring stabilisation effects that arise from sequential procurement auctioning. There are also efficiency considerations in contract partitioning, namely when there are complementarities between the different lots. When this is the case, the value of a package of lots is higher than the sum of the value of individual lots. The uncertainty as to which lots a bidder will win affects his valuation of the tendered lots, an effect that is known in the related literature as the “exposure problem”. Package bidding is one approach to address this problem, but it may be that, in the absence of caps on the maximum number of lots which large firms can bid for, the aim of boosting participation is compromised.

All these aspects introduce complexity to the task of contract division. Grimm et al (2006) refer to the division of contracts into lots as “*one of the procurer’s most crucial decisions*”. Yet, in this respect, procurement agencies are given full discretion and there is little guidance which can assist them in pursuing this task (OECD, 2015). In order to ensure that tenders are designed pro-competitively and efficiently, further guidance needs to be produced to develop a set of principles that can serve as an umbrella in instructing procurers on the details of the challenging task of contract division.

4.5. Framework Agreements

A framework agreement is “an agreement between one or more contracting authorities and one or more economic operators, the purpose of which is to establish the terms governing contracts to be awarded during a given period, in particular with regard to price and, where appropriate, the quantity envisaged” (article 33, Directive 2014/24/EU). They are, in essence, instruments of aggregated procurement for the provision of goods or services for a certain period of time. The use of this procurement instrument has been on the rise in many EU countries, for example, in Portugal.

The scope for cost savings fostered the adoption of framework agreements. The main drives are the potential economies of scale emerging from demand aggregation, the increase in bargaining power vis-à-vis suppliers, the streamlining of procurement procedures, the reduction of procurement costs and the scope for knowledge sharing, among others.

In spite of the scope for benefits associated with framework agreements, it is important to discuss their potential impact on the degree of competition in the tender and in the marketplace. There may be opposing effects on tender participation. Demand aggregation promotes competition amongst a given number of competitors, but the more demanding requirements of larger sized contracts may limit the capacity of smaller firms to participate in the tender procedure (Albano et al, 2010). On the other hand, the enhanced standardisation can reduce bidding costs and foster participation. Depending on the time span covered, framework agreements can bring about lock-in and incumbency advantages.

In terms of efficiency, the main challenge that emerges when discussing the centralization of procurement is the loss of flexibility in adjusting the contract to the different contracting entities' procurement requirements (Albano et al, 2010).

The above are just a few notes on the exiguous discussion on the topic that has been developed in the literature so far. The increasing relevance of this procurement instrument will both provide useful experiments and call for further analysis of the implications of framework agreements for competition in public procurement procedures.

5. ALIGNING INCENTIVES: RAISING AWARENESS AND ACCOUNTABILITY

In a well-designed policy towards efficient public procurement, it is important to “pay more attention to elementary theory, to the wider context of the auctions, and to political pressures, and pay less attention to sophisticated mathematical theory” (Klemperer, 2004). Indeed, it is fruitless to discuss how to train procurement officials in detecting suspicious bidding patterns and design competitive tenders, without taking a step back to discuss the incentives of all the procurement related entities in pursuing the aim of enhanced competition in public procurement. The cornerstones for achieving incentive alignment are awareness and accountability.

Raising awareness of political leaders, civil society, businesses and procurement officials as to the potential cost savings from enhanced competition in public procurement is key to promoting broad scrutiny of procurement choices and ensure policy effectiveness. Furthermore, the pursuit of the overarching aim of efficient public procurement has many dimensions, which may sometimes be difficult to reconcile. Procurement officials may be parti-

cularly vigilant about the need to ensure a regular and timely supply of high quality goods, services and works to the public sector. The length of procurement procedures is also often accounted for in performance indicators on public procurement activity. Procurement officials may thus perceive themselves as more accountable for the speediness and smoothness of tender procedures than for the task of cartel detection. A suspicion of a collusive scheme in a tender may raise uncertainty as to the impact of such findings in tender duration and outcome or, if post award, in the continuity of the procurement contract. The fears of disruption and additional procurement costs may discourage proactive action in reporting the suspicion to the competition authority. As such, training of procurement officials must focus, not only in broadening their skills on detecting signs of bid rigging, but also in raising their awareness regarding the risks and costs associated with these unlawful agreements. It is also important to demystify perceptions regarding the disruptive impact on tender procedures of reporting a suspicion to the competition authority. Cartel detection must be made a shared objective for competition authorities and procurement agencies. A successful collaboration means diligence from both sides under a common objective function, which is efficiency in public procurement. This should entail attempts at reconciling potential tensions between effective bid rigging detection and procurement procedural efficiency.

Promoting accountability, the other cornerstone of aligning incentives, may entail a shift from formalistic compliance to an outcome based performance assessment. This approach is argued for in some academic papers, namely some that produced interesting empirical results by which more discretion may have translated into higher efficiency (e.g., Bandiera & Valletti, 2009 and Spagnolo et al, 2015). Currently, the level of performance of public procurement activity is mainly assessed with reference to procedural duration and the degree of compliance with procedural rules. Having the efficiency of the tender outcome matter for the performance assessment of contracting agencies would promote accountability and efficiency. Performance assessment can, however, be a challenging task. While centralization and e-procurement offer important opportunities in creating the conditions for performance monitoring, the multi-objective nature of public procurement, which is increasingly regarded as a means to achieve other strategic goals (e.g., environmental, innovation) may introduce added complexity. Furthermore, benchmarking will likely be an issue in procurement for complex projects. Again, while this may be challenging, it is yet another discussion which is worth undertaking.

6. FINAL REMARKS

The overarching aim of good value for taxpayers’ money can only be addressed through a policy mix that combines a variety of building blocks for ensuring efficient public procurement procedures. The Portuguese Competition Authority is committed to playing a key role in the pursuit of this common goal. The PCA’s Strategic Action Plan on Public Procurement envisages scaling up both advocacy and enforcement, covering the broad range of interrelated factors that are required for efficient public procurement (Figure 6).

FIGURE 6: Policy-mix approach to promoting competition and efficiency in public procurement



Source: PCA

A key aspect of this Strategic Action Plan is the strengthening of the interaction between the Portuguese Competition Authority and the entities involved in public procurement, namely contracting entities, in particular the central purchasing body (ESPAP), the Portuguese Court of Auditors and the Institute of Public Markets, Real Estate and Construction (IMPIC). It is crucial that we pull together means and skills and establish efficient communication channels in a spirit of close collaboration that we believe can serve the aim of ensuring that Portuguese taxpayers' money is efficiently allocated.

REFERENCES

- ABRANTES-METZ, R. & BAJARI, P.
2009 “Screens for Conspiracies and their Multiple Applications”, *Antitrust*, Vol. 24(1), pp. 66-71.
- ADES, A. & R. DI TEOLLA
1999 “Rents, Competition and Corruption”, *American Economic Review*, Vol. 89(4), pp. 982-993.
- ALBANO, G.
2015 *Note for the Hearing on Auctions and tenders: Further Issues*, OECD.
- ALBANO, G., BALLARIN A. & SPARRO, M.
2010 “Framework Agreements and Repeated Purchases: the Basic Economics and a Case Study on the Acquisition of IT Services”, *Quaderni Consip*, IV.
- ALBANO, G., BIANCHI M. & SPAGNOLO, G.
2006 “Bid Average Methods in Procurement”, *Rivista di Politica Economica*, Vol. 96(1), pp. 41-62.
- ALBANO, G., CALZOLARI, G., DINI, F., IOSSA, E. & G. SPAGNOLO, G.
2006 “Procurement Contracting Strategies”, in *Handbook of Procurement*, edited by N. Dimitri, G. Piga & G. Spagnolo, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 82-120.
- ALBANO, G. & SPAGNOLO, G.
2010 “Asymmetry and Collusion in Sequential Procurement: A “Large Lot Last” Policy“, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, Vol. 10 (1), Article 43.
- ALBANO, G., SPAGNOLO, G. & ZANZA, M.
2009 “Regulating Joint bidding in Public Procurement”, *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 5(2), pp. 335-360.
- BANDIERA PRAT & VALLETTI
2009 “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, *American Economic Review*, 99(4), pp. 1278-1308.
- BERGMAN, M., LUNDBERG, S. & SPAGNOLO, G.
2012 “Public Procurement and Non-contractible Quality: Evidence from Elderly Care”, No 846, Umeå Economic Studies, Umeå University, Department of Economics.
- BULOW, J. & KLEMPERER, P.
1996 “Auctions Versus Negotiations”, *The American Economic Review*, Vol. 86(1), pp. 180-194.
- COMPTE, O., LAMBERT-MOGILANSKY, A. & VERDIE, T.
2005 “Corruption and Competition in Procurement Auctions”, *The RAND Journal of Economics*, Vol. 36(1), pp. 1-15.

- DECAROLIS, F. & KLEIN, M.
 2012 “Auctions that are Too Good to be True”, Working Paper Series, Frankfurt School of Finance & Management, 186.
- DINI, F., PACINI, R. & VALLETTI, T.
 2006 “Scoring Rules”, in *Handbook of Procurement*, edited by N. Dimitri, G. Piga & G. Spagnolo, Cambridge: Cambridge University Press pp. 293-321.
- FRIEDERISZICK, H. & MAIER-RIGAUD, F.
 2008 “Triggering Inspections Ex-officio: Moving beyond a Passive EU Cartel Policy”. *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4(1), pp. 89-113.
- GRAHAM, D. & MARSHALL, R.
 1987 “Collusive Bidder Behavior at Single Object Second Price and English Auctions”, *Journal of Political Economy*, Vol. 95, pp. 1217-1239.
- GRIMM, V., PACINI, R., SPAGNOLO, G. & ZANZA, M.
 2006 “Division in Lots and Competition in Procurement” in *Handbook of Procurement*, edited by N. Dimitri, G. Piga & G. Spagnolo, Cambridge: Cambridge University Press pp. 168-192.
- HEIMLER, A.
 2012a “Cartels in Public Procurement”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8(4), pp. 1-14.
- HÜSCHEL RATH, K.
 2010 “How Are Cartels Detected? The Increasing Use of Proactive Methods to Establish Antitrust Infringements”, *Journal of European Competition Law & Practice*, pp. 522-528.
- KLEMPERER, P.
 2002 “What Really Matters in Auction Design”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 16(1), pp. 169-189.
 2004 “Using and Abusing Economic Theory”, in *Contemporary Issues in Economics and Econometrics: Theory and Application*, edited by S. Hurn & R. Becker, Edward Elgar Publishing.
 2008 “Competition Policy in Auctions and ‘Bidding Markets’”, in *Handbook of Antitrust Economics*, edited by P. Buccirossi, MIT Press.
- KOVACIC, W., ANDERSON, R. & MUELLER, C.
 2011 “Ensuring Integrity and Competition and Public Procurement Markets: A Dual Challenge for Good Governance”, in *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, edited by S. Arrowsmith & R. Anderson.
- LAMBERT-MOGILIANSKY, A. & SONIN, K.
 2003 “Collusive Market Sharing and Corruption in Procurement”, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 15(4), pp. 883-908.

- IIMI, A.
2013 “Testing Low-Balling Strategy in Rural Road Procurement”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 43, pp. 243-261.
- MARSHAL, R. & MARX, L.
2009 “The Vulnerability of Auctions to Bidder Collusion”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 124(2), pp. 883-910.
- MILGROM, P.
2000 ‘Putting Auction Theory to Work: The Simultaneous Ascending Auction’, *Journal of Political Economy*, Vol. 108, pp. 245-272.
- OECD
2007 *Policy Roundtable in “Public Procurement”*, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/39891049.pdf>.
2009 *Guidelines for Fighting Bid Rigging*, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>.
2010 *Policy Roundtable on “Collusion and Corruption in Public Procurement”*, available at <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.
2012 *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, available at <http://www.oecd.org/competition/oecdrecommendationonfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.
2013a *Policy Roundtable on “Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels”*, available at <http://www.oecd.org/daf/competition/exofficio-cartel-investigation-2013.pdf>.
2013b Report “*Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement Progress since 2008 Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement: Progress since 2008*”, available at http://www.oecd-ilibrary.org/governance/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_9789264201385-en.
2015a *Government at a Glance*, available at <http://www.oecd.org/gov/govataglace.htm>.
2015b *Issues Note of the Secretariat for the Hearing on “Auctions and Tenders: Further Issues”*, available at [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2\(2015\)1&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2015)1&doclanguage=en).
- SPAGNOLO, G., COVIELLO, D. & GUGLIELMO, A.
2015 “The Effect of Discretion on Procurement”, CEIS Working Paper No. 361.
- STIGLER, G.
1968 *The Organization of Industry*, Chicago, IL: University of Chicago Press.

TAVARES, L.

2011 “*A strategy to reduce public expenditure based on e-tendering and procurement business intelligence: The case of Portugal*”, European Vortal Academy.

THOMAS, C.

2015 “Two Bids or not to Bid? An Exploration of the Legality of Joint Bidding and Subcontracting under EU Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, Vol. 6(9) pp. 629-638.

O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NAS NOVAS DIRETIVAS SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

*Nuno Cunha Rodrigues**

ABSTRACT: The competition principle, recognized in public procurement law, has been established dynamically, in the course of recent years, evolving from a perspective that, due to the principle of transparency and equal treatment, aimed, in the past, to call the maximum number of opponents of the pre-contractual procedure, to a higher densification that also ensures the need for the contracting authority to protect the possible distortion of competition caused by the purchasing procedure. This trend is present in the new directives on public procurement adopted in 2014, allowing to say that they have reduced the gap between the application of competition law and public procurement law.

SUMÁRIO: 1. Enquadramento geral. 2. O princípio da concorrência e a contratação pública. 3. O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública. 4. A defesa da concorrência através da contratação pública.

1. ENQUADRAMENTO GERAL

O Direito da contratação pública e o Direito da concorrência são, frequentemente, observados como ramos de direito distintos e sem conexão aparente.

Por um lado, a emergência tardia do Direito da concorrência que, acompanhando o Direito da economia, apenas se afirma verdadeiramente a partir do início do século XX, nos Estados Unidos da América, e, na União Europeia, a partir da aprovação do Tratado de Roma, e, por outro lado, os fundamentos económicos em que assenta, levaram a um afastamento entre estes ramos do direito.

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto corresponde à comunicação que apresentámos no I Congresso Luso-Espanhol de Contratação Pública, realizado nos dias 3 e 4 de outubro de 2014, em Guimarães.

Recentemente, tem-se assistido a uma evolução que torna obrigatório, para diversos operadores jurídicos, o conhecimento das duas disciplinas.¹

Referimo-nos, especialmente, a aspetos procedimentais.

Como se sabe, a atuação das autoridades de concorrência nacionais (ACN-NCA) e europeias (Comissão Europeia) rege-se por princípios e regras de natureza administrativa relacionados, entre outras matérias, com o regime nacional² e europeu³ de controlo prévio de concentrações⁴; o procedimento administrativo em caso de verificação de práticas anticoncorrenciais⁵ ou a obrigatoriedade de notificação prévia de auxílios de Estado.⁶

Relativamente ao Código dos Contratos Públicos, encontramos múltiplas áreas em que o Direito da contratação pública e o Direito da concorrência se cruzam.

Referimo-nos nomeadamente ao artigo 70.º, n.º 2, alínea g), que prevê a obrigatoriedade de ser comunicada à Autoridade da Concorrência a prática de um “*preço anormalmente baixo*” ou à circunstância de cerca de 25% dos cartéis investigados por autoridades nacionais da concorrência terem origem em práticas anticoncorrenciais ocorridas no âmbito de concursos públicos ou de procedimentos pré-contratuais em que está em jogo a aplicação de dinheiros públicos.⁷⁻⁸

Esta perceção levou o legislador europeu – e, de forma consequente e posterior, o nacional – a aproximar, aqui e além, o Direito da contratação pública ao Direito da concorrência, procurando prevenir a existência de práticas anticoncorrenciais.

Deve, no entanto, ter-se presente que a análise do Direito da contratação pública, sob qualquer prisma, pressupõe a diferenciação do (i) princípio da

1 V. o exemplo da recente obra coletiva *Contratação Pública e Concorrência* (Trabuco & Eiró, 2013).

2 Cfr. os artigos 42.º a 57.º da Lei da Concorrência (LdC – Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

3 Cfr. Regulamento n.º 139/2004, de 20 de Janeiro, in JOUE L24/1, de 29 de janeiro de 2004.

4 A este propósito, v. Gonçalves, 2012: 245-310 e Freire, 2009: 457.

5 Cfr., a nível europeu, o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, in JO L 1 de 04.01.2003 e, a nível nacional, os artigos 22.º a 29.º da LdC.

6 Cfr. Regulamento n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de abril de 2004, relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999, in JOUE L140/1.

7 Clarke & Evenett, 2003: 77-168 e Morais & Rodrigues, 2013b: 85-116.

8 Por exemplo, no período que mediou entre 1972 e 1992, o Departamento de Justiça norte-americano proferiu 1.159 condenações das quais 625 – quase 54% - referiam-se a fenómenos de colusão em contratos públicos. Referindo estes dados, Anderson & Kovacic, 2009: 76.

concorrência, dos objetivos subjacentes à (ii) defesa da concorrência e da aplicação do (iii) Direito da concorrência.

2. O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O princípio da concorrência, frequentemente sinalizado mas poucas vezes densificado⁹, distingue-se de outros princípios fundamentais na contratação pública como os princípios de igualdade de tratamento, de não-discriminação e de transparência.¹⁰

O TJUE aplicou, pela primeira vez, o princípio da concorrência no contexto da contratação pública, em 2001, no acórdão *Lombardini e Mantovani*¹¹, aí referindo, ainda que de forma sintética, a necessidade de os processos nacionais de concurso de empreitadas de obras públicas respeitarem todos os imperativos do direito comunitário, nomeadamente os princípios de livre concorrência, de igualdade de tratamento dos concorrentes e o dever de transparência.

Mais tarde, em 2004, o princípio de concorrência foi densificado pela advogada-geral Stix-Hackl que, nas conclusões apresentadas no acórdão *Sintesi*¹², o destacou como um dos princípios fundamentais da legislação comunitária relativa à adjudicação de contratos públicos.

Este princípio teria – e tem – diversas finalidades de proteção.

Podem extrair-se das conclusões da advogada-geral Stix-Hackl três funções essenciais a desempenhar pelo princípio de concorrência no contexto da contratação pública¹³:

9 A este propósito, ainda que relativamente às anteriores diretivas sobre contratação pública, Medeiros, 2008: 3-29 e Raimundo, 2013.

10 Assim, v. Rodrigues, 2012a: 181-230.

11 V. acórdão *Lombardini e Mantovani*, proc. C-285/99 e C-286/99, de 27 de novembro de 2001, Coletânea 2001, p. I-9233, parágrafo 76.

12 Conclusões apresentadas em 1 de julho de 2004 no acórdão *Sintesi*, proc. C-247/02, de 7 de outubro de 2004, parágrafos 34-40.

13 Como se refere nas mesmas conclusões, constituem manifestações concretas do princípio de concorrência os preceitos sobre o caderno de encargos, principalmente as especificações técnicas, os preceitos acerca da aptidão dos empreiteiros, bem como os relativos aos critérios de adjudicação (v. parágrafos 38 a 40). Por outro lado, a fim de assegurar a concorrência, é necessário um padrão mínimo de transparência que se traduz numa série de obrigações em matéria de publicidade. Também a obrigação da entidade adjudicante de fixar previamente os critérios de adjudicação e de os respeitar se destina a garantir a efetiva concorrência. Em contrapartida, em certos casos, é necessário, para assegurar a concorrência, que certas informações referentes a uma das empresas não sejam divulgadas a outras. Assume ainda relevância em matéria de concorrência a participação num processo de adjudicação das empresas que tenham tomado parte na fase de preparação desse processo.

- i) O princípio visa as relações entre as empresas, isto é, os concorrentes ou proponentes, pretendendo-se que exista entre estes uma concorrência paralela no que se refere ao pedido de fornecimento;
- ii) O princípio diz respeito à relação entre as entidades adjudicantes que devam ser qualificadas como empresas e as empresas, em particular ao comportamento de uma entidade adjudicante com uma posição dominante no mercado relativamente às empresas, ou ao de uma empresa em posição dominante no mercado para com a entidade adjudicante e à apreciação deste comportamento à luz do artigo 102.º do TFUE;
- iii) O princípio tem por objetivo proteger a concorrência do ponto de vista institucional.

Note-se que o princípio de concorrência na contratação pública não se confunde com a defesa da concorrência postulada no Direito Europeu.

Aquele princípio é, como acabámos de ver, mais abrangente, funcionando a defesa da concorrência – que o TFUE erige em objetivo da política da União – como um dos seus corolários.

3. O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NAS NOVAS DIRETIVAS SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A defesa da concorrência por via da contratação pública foi objeto das diretivas sobre contratação pública, aprovadas em fevereiro de 2014: diretiva 2014/23/UE (concessões); 2014/24/UE (vulgarmente designada por diretiva-clássica) e 2014/25/UE (sectores especiais).

As novas diretivas de 2014 visam essencialmente a simplificação e flexibilização das regras existentes em matéria de contratos públicos; criar incentivos à contratação pública transfronteiriça e à participação de pequenas e médias empresas e, por fim, estimular o desenvolvimento de políticas secundárias, horizontais ou públicas mediante a contratação pública.

Com esse objetivo, as diretivas retomam princípios gerais de Direito da União Europeia aplicáveis à contratação pública, tais como os de igualdade de tratamento, de não-discriminação e de proporcionalidade.

Pode dizer-se que as (novas) diretivas vão mais longe do que as anteriores, no que se refere à concretização e densificação do princípio de concorrência.

A ampliação do princípio de concorrência já tinha sido reconhecida no livro verde sobre a modernização da política de contratos públicos da União Euro-

peia – “Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”¹⁴ – no qual a Comissão Europeia reconhecia que o primeiro objetivo da modernização do regime jurídico da contratação pública consistia em aumentar a eficiência da despesa pública, incluindo a procura dos melhores resultados possíveis em termos de contratação (melhor relação qualidade-preço) e que, para alcançar este objetivo, seria vital conseguir a maior concorrência possível no que respeita aos contratos públicos adjudicados no mercado interno, devendo ser dada aos proponentes a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições e, igualmente, evitadas as distorções da concorrência causadas pela contratação pública.

Ao longo de todas as referidas diretivas é reforçada a preocupação do legislador comunitário com a aplicação do princípio de concorrência, entendido não apenas de forma estrita, segundo a qual se procura assegurar a *convocação do maior número possível de concorrentes, em condições de igualdade, ao procedimento pré-contratual*, mas igualmente como necessidade de as entidades adjudicantes prevenirem a eventual distorção da concorrência causada pela contratação pública.

Nesta última dimensão, está em causa o chamado poder de aquisição do Estado (*buyer power*) que decorre da circunstância de este adquirir frequentemente quantidades inusitadas de bens e serviços – podendo, no limite, dar lugar a situações de monopsonio – o que pode permitir à entidade adjudicante, por via das aquisições em causa, *moldar* ou, no limite, *distorcer* os mercados relevantes em que atuam os respetivos fornecedores.

Num momento em que se reforça o papel das centrais de compras na contratação pública, este poder das entidades adjudicantes deve ser observado por forma a evitar situações de excessiva concentração como é, aliás, assinalado no parágrafo 29 da Diretiva 2014/24/UE.¹⁵

Os artigos 18.º da Diretiva 2014/24/UE e 36.º da Diretiva 2014/25/UE referem, justamente, a propósito dos princípios gerais de contratação pública que os concursos não podem ser organizados de forma a reduzir artificialmente a concorrência.¹⁶

14 Bruxelas, 27.1.2011 COM (2011) 15 final.

15 No qual se afirma o seguinte: “(...) a agregação e a centralização das aquisições deverão ser atentamente acompanhadas para evitar a concentração excessiva do poder de compra e situações de conluio e para preservar a transparência e a concorrência, bem como as oportunidades de acesso ao mercado para as PME.”

16 Os artigos citados dispõem da seguinte forma: “(...) Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.”

Em sentido idêntico, o artigo 24.º da Diretiva 2014/24/UE estabelece que os Estados-Membros devem assegurar “(...) que as autoridades adjudicantes tomem as medidas adequadas para impedir, identificar e resolver eficazmente conflitos de interesses que surjam na condução dos procedimentos de contratação, *de modo a evitar qualquer distorção da concorrência* e garantir a igualdade de tratamento de todos os operadores económicos.”

De forma semelhante, o artigo 67.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/UE prevê, a propósito dos critérios de adjudicação, que estes, não podendo ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada, *devem assegurar a possibilidade de concorrência efetiva*.

Em todos os casos, as disposições são especialmente dirigidas à entidade adjudicante.

Repare-se que não está em causa a necessidade de convocar o maior número possível de concorrentes para o procedimento pré-contratual – desiderato ao qual o princípio da concorrência é vulgarmente associado¹⁷ em termos equivalentes aos reconhecidos no passado no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho¹⁸ – mas especialmente o objetivo de o Estado, através da aquisição de bens e serviços, não dever contribuir para distorcer a concorrência, o que poderia suceder face, nomeadamente, ao tipo ou à quantidade de bens e serviços a adquirir.

A afirmação de uma nova perspetiva do princípio da concorrência traduz-se, por exemplo, na possibilidade de a aquisição de bens e serviços ser qualificada como um auxílio de Estado, nomeadamente quando se infere que o procedimento aquisitivo não conferiu à entidade adjudicante qualquer vantagem económica, isto é, qualquer vantagem que o contratante não teria recebido em *condições normais de mercado* ou se não estiver em causa uma *transação comercial normal*.¹⁹

17 Neste sentido, v. *inter alia* o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo Português, de 3 de abril de 2002 (proc. 277/02), disponível em www.dgsi.pt, no qual o STA considerou que “o princípio da concorrência postula a consideração dos concorrentes a determinado concurso como opositores uns dos outros, por forma a que compitam entre si e sejam avaliados, bem como as respetivas propostas, sempre e apenas pelo seu mérito relativo, em confronto com um padrão ou padrões iniciais imutáveis.”

18 Que dispunha da seguinte forma: “artigo 10.º – Princípio da concorrência
Na formação dos contratos deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar, e em cada procedimento deve ser consultado o maior número de interessados, no respeito pelo número mínimo que a lei imponha.”

19 É o que se passa, *verbi gratia*, quando a quantidade contratada não está relacionada com as necessidades da entidade adjudicante (v.g. porque são superiores, como sucedeu no acórdão BAI do TGUE, proc. T-14/96, de 28.01.1999) ou quando os termos do contrato são excessivamente favoráveis ao fornecedor.

4. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA ATRAVÉS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Pode discutir-se, a partir da percepção do princípio da concorrência assumida nas recentes diretivas sobre contratação pública, de que forma e quais os mecanismos de que as entidades adjudicantes dispõem para *evitar a distorção da concorrência*.

Aqui, sempre se dirá, em primeiro lugar, que a entidade adjudicante pode proceder à triagem de (eventuais) práticas anticoncorrenciais.

Esta possibilidade encontra-se prevista, em Portugal, no Código dos Contratos Públicos – que prevê, no artigo 70.º, n.º 2, alínea *g*), a exclusão de propostas cuja análise revele a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência – assim devendo persistir no futuro uma vez que o artigo 57.º, n.º 4, alínea *d*) da Diretiva 2014/24/UE prevê que “as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação (...) se a autoridade adjudicante tiver indícios suficientemente plausíveis para concluir que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência.”²⁰

Por outro lado, nos casos em que exista uma operação de concentração de empresas resultante de um procedimento para a formação de um contrato público – como sucede, por exemplo, com a adjudicação de concessões que envolvem ativos já existentes –, a entidade adjudicante deve regular, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado.²¹

20 Descrevendo práticas anticoncorrenciais tradicionalmente verificadas na contratação pública, v. Morais & Rodrigues, 2013b, 108-112 e o documento da Autoridade da Concorrência disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx (acesso em novembro de 2014).

21 Assim, cfr. artigo 37.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio da LdC: “2 – As operações de concentração abrangidas pela presente lei devem ser notificadas à Autoridade da Concorrência (...) no caso de uma operação de concentração que resulte de procedimento para a formação de contrato público, após a adjudicação definitiva e antes de realizada.

3 — Nos casos a que se refere a parte final do número anterior, a entidade adjudicante regulará, no programa do procedimento para a formação de contrato público, a articulação desse procedimento com o regime de controlo de operações de concentração consagrado na presente lei.”

A este propósito, v. Rodrigues, 2012b: 47- 68.

A distorção da concorrência pode ainda ser acautelada por meio do apelo, pelas entidades adjudicantes, a noções jus-concorrenciais típicas – tal como a noção de mercado relevante – nomeadamente no contexto da interpretação do conceito de *prestações do mesmo tipo* previsto no CCP (cfr. artigo 22.º, n.º 1) ou, noutro cenário, quando legalmente vinculadas a tal obrigação.²²

Mas o princípio de concorrência tem, agora, outros campos férteis de aplicação.

Com efeito, face a dificuldades de aplicação do Direito da concorrência ao Estado, em resultado da jurisprudência FENIN e SELEX do TJUE, a gradual afirmação do princípio de concorrência que resulta quer da jurisprudência do TJUE quer das (novas) diretivas pode ajudar a reduzir o afastamento entre a aplicação do Direito da concorrência e o Direito da contratação pública, determinando que o Estado procure assegurar, através da contratação pública, a defesa da concorrência efetiva, evitando práticas abusivas realizadas quer por concorrentes, quer pelo Estado (ainda que o Estado possa, em algumas situações, não estar sujeito à aplicação do Direito da concorrência).²³

Por fim, o papel das autoridades nacionais da concorrência pode ser pedagógico como forma de prevenir eventuais formas de distorção da concorrência por parte das entidades adjudicantes.

Veja-se, a este propósito, o recente exemplo verificado em Portugal.

A Autoridade da Concorrência pronunciou-se no contexto da audiência pública promovida pela ESPAP relativa à contratação pública de comunicações móveis.

O documento em referência²⁴ retoma um outro, emitido pela mesma Autoridade da Concorrência, em 2004, a recomendação 1/2004²⁵, relativa à aquisição de serviços de comunicações pela Administração Central do Estado.

22 V., a este propósito, o artigo 34.º da Diretiva 2014/25/UE (sectores especiais) que determina regras relativas ao apuramento das atividades diretamente expostas à concorrência, o qual é feito com base na noção de mercado relevante rigorosamente idêntica à noção operativa no Direito da concorrência.

23 Sobre a jurisprudência FENIN e SELEX e as questões relativamente à (não) aplicação do Direito da concorrência ao Estado enquanto adquirente de bens e serviços, v. Rodrigues, 2013: 395-430.

24 O documento está disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Documents/ESPAP_Contrata%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica%20de%20servi%C3%A7os%20de%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20de%20voz%20e%20dados.pdf (acesso em novembro de 2014).

25 http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Anexos-Recomendacoes/05_recomendacao1-2004.pdf (acesso em novembro de 2014).

Nesse ano – 2004 – a Autoridade da Concorrência tinha reconhecido, no contexto do sector das comunicações eletrónicas, que o “*Estado pode contribuir para estruturar o mercado, através da legislação para aquisição de bens e serviços, e para promover a concorrência no sector das comunicações, fator crucial para aumentar a eficiência económica e melhorar a competitividade da economia nacional.*”

Neste sector – comunicações eletrónicas – verificou-se, entretanto, uma alteração genérica do paradigma dos produtos oferecidos que, em 2014 e em alguns casos, privilegia a venda agregada de serviços (*bundling*), designadamente em *triple-play* e *quadruple-play*, em detrimento da oferta isolada (*stand-alone*).

Sabendo-se que, normalmente, apenas as grandes empresas de comunicações eletrónicas estão em condições de disponibilizar ofertas agregadas, pode ficar prejudicado o acesso de pequenas e médias empresas à possibilidade de oferecerem estes serviços ao Estado.

Colocou-se, conseqüentemente, a dúvida de saber se, em 2014, o Estado deve adquirir serviços de comunicações eletrónicas de forma agregada ou se, pelo contrário, deve privilegiar ofertas em *stand-alone*.

Neste contexto, foi entendido pela Autoridade da Concorrência que, face à necessidade de promover o acesso a PME e a empresas em fase de arranque (como é, aliás, reconhecido no considerando 78 da Diretiva 2014/24UE), a solução de ofertas unificadas ou agregadas deve “*ser sujeita a uma avaliação de indispensabilidade e proporcionalidade para a prossecução do interesse público e o aproveitamento de economias*” recomendando-se, a final, que a aquisição de serviços de comunicações pelo Estado seja desagregada por lotes, de forma a maximizar o número de concorrentes (ex.: telefonia fixa, internet, transmissão de dados).

Observe-se que a Autoridade da Concorrência ressaltou que a eventual aquisição de ofertas agregadas – a introdução de um lote unificado de comunicações fixas e móveis – deve ser precedida de um estudo que permita avaliar, concreta e fundamentadamente, as vantagens e desvantagens em causa, em consideração das preocupações concorrenciais subjacentes, o que faz sobressair a atenção ao princípio de concorrência que a entidade adjudicante deve ter face, nomeadamente, à relevância e impacto que a aquisição de bens e serviços pode causar no funcionamento concorrencial dos mercados.

É a partir do potencial impacto causado nos mercados pelas compras públicas que se pode inferir um subprincípio que deve vincular as entidades adjudicantes: o princípio de neutralidade concorrencial da intervenção pública nos mercados.

Este subprincípio (inserido no princípio de concorrência) reflete-se, nomeadamente, no desenho do procedimento (v.g. a propósito das quantidades a adquirir); nas especificações técnicas; nos critérios de adjudicação ou até na necessidade de acautelar a possibilidade de proceder à divisão em lotes como forma de estimular o acesso das PME's à contratação pública, em linha com os objetivos das novas diretivas.

Em síntese, pode afirmar-se que existe uma nova conceptualização do princípio de concorrência que se encontra presente nas novas diretivas sobre contratação pública aprovadas em 2014.

É legítimo assim concluir que o princípio de concorrência, reconhecido no Direito da contratação pública, tem-se afirmado de forma dinâmica, no curso dos últimos anos, evoluindo de uma perspetiva que, decorrente do princípio da transparência e da igualdade de tratamento, visava, no passado, convocar o maior número possível de opositores ao procedimento pré-contratual, para uma densificação superior que, no presente, assegura igualmente a necessidade de a entidade adjudicante acautelar a eventual distorção da concorrência causada pelo procedimento aquisitivo.

BIBLIOGRAFIA

ANDERSON, Robert D. & KOVACIC, William E.

2009 “Competition policy and International Trade Liberalisation: Essential Complements to Ensure Good Performance in Public Procurement Markets”, in *Public Procurement Law Review* (PPLR), n.º 18 (2), pp. 67-101.

CLARKE, Julian & EVENETT, Simon J.

2003 “A multilateral framework for competition policy?”, in State Secretariat of Economic Affairs & Simon J. Evenett (eds.), *The Singapore Issues and The World Trading System: the Road to Cancun and Beyond*, capítulo II, Berna, pp. 77-168.

FREIRE, Paula Vaz

2009 “Direito Administrativo da Concorrência”, in Paulo Otero & Pedro Costa Gonçalves (org.), *Tratado de Direito Administrativo Especial*, I, Coimbra: Almedina, pp. 457 ss.

GONÇALVES, Pedro Costa

2012 “Controlo administrativo de concentrações”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, ano II, n.ºs 7 e 8, pp. 245-310.

MEDEIROS, Rui

2008 “Âmbito do novo regime de contratação pública à luz do princípio da concorrência”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, maio/junho 2008, pp. 3-29.

MORAIS, Luís & RODRIGUES, Nuno Cunha

2013 “Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia: em especial acordos entre empresas”, in Cláudia Trabuço & Vera Eiró (org.), *Contratação Pública e Concorrência*, Coimbra: Almedina, pp. 86-116.

RAIMUNDO, Miguel Assis

2013 *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, Lisboa.

RODRIGUES, Nuno Cunha

2012a “A nulidade de contratos públicos à luz do direito da concorrência”, in *Estudos de Contratação Pública*, volume IV, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 181-230.

2012b “A adjudicação de concessões na nova lei da concorrência”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, pp. 47 a 68.

2013 *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra: Almedina, 2013.

TRABUCO, Cláudia & EIRÓ, Vera (org.)

2013 *Contratação Pública e Concorrência*, Coimbra: Almedina.

AS NOVAS DIRETIVAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

*Raquel Carvalho**

ABSTRACT: For the first time, Public Procurement Directives (2014) established legal rulings concerning the execution of public contracts. This paper begins by clarifying the legal provisions on contract modifications and continues by demonstrating its foundations: to protect competition (one of the main interests sustained in public procurement procedure) in contract execution. In spite of novelty comprised within the Directives, it is interesting to acknowledge that some national orders, namely in Spain and Portugal, have been concerned with this issue and, therefore, have already prescribed some rules protecting competition in contract execution before these Directives. Will there be so many changes in national orders?

Sumário: 1. O estado da questão antes das Diretivas de 2014. 2. As Diretivas de 2014. 2.1. Enquadramento. 2.2. Análise das soluções das Diretivas – A Diretiva 2014/24 como modelo. 2.2.1. Da modificação objetiva e subjetiva. 2.2.2 Apreciação das soluções. 3. A tutela da concorrência no regime jurídico da modificação dos contratos. 3.1. O estado atual das soluções em alguns ordenamentos nacionais – o espanhol em particular. 3.2. No Código dos Contratos Públicos português. 3.3. Alcance das disposições da Diretiva sobre a legislação nacional – breve reflexão. 4. Síntese. Bibliografia.

1. O ESTADO DA QUESTÃO ANTES DAS DIRETIVAS DE 2014

As diretivas de 2004 não continham disposições especificamente dedicadas à execução do contrato público, pelo menos justificadas em razões de concorrência. Existiam por exemplo as disposições relativas aos trabalhos complementares nos contratos de empreitada de obras públicas e de serviços, a propósito de

* Professora Auxiliar. Universidade Católica Portuguesa, CEID – Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto, Portugal.

recurso a procedimento de negociação sem publicação de anúncio¹. Estabelecia a diretiva a possibilidade de adjudicação de trabalhos não previstos no contrato inicial “*que se tenham tornado necessários, na sequência de uma circunstância imprevisível, para a execução da obra ou a prestação do serviço neles descritos, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa a referida obra ou o referido serviço: – quando essas obras ou esses serviços complementares não possam ser técnica ou economicamente separados do objeto de contrato inicial sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes ou – quando essas obras ou esses serviços, embora possam ser separados do objeto do contrato inicial, sejam absolutamente necessários à sua conclusão. Contudo, o valor total dos contratos relativos a obras ou serviços complementares não pode exceder 50% do montante do contrato inicial*”². Esta disposição deu origem, como se sabe, ao regime dos trabalhos a mais, embora a sua inserção sistemática indicasse que se referia a situações de celebração de contrato *ex novo*. A análise da disposição não encontra qualquer outra referência ao valor da concorrência que não seja a admissibilidade de procedimento de negociação sem publicação de anúncio (além dos requisitos limitativos, mas que se referem às características dos ditos trabalhos). Trata-se de uma das situações em que o interesse público de não desperdiçar recursos públicos pode e justifica a celebração do contrato, sem recurso a procedimento concorrencial³. Fora destas circunstâncias, impunha-se o recurso a um novo procedimento de contratação pública⁴. Steen Treumer entendia que esta previsão, em concreto o artigo 31.º (4) da Diretiva 2004/18/EU, constituía uma exceção ao princípio de que as Diretivas se focavam na atuação das entidades adjudicantes até à celebração do contrato. A opacidade da execução contratual era e é um fator que pode explicar a menor atenção aos problemas concorrenciais que se podem colocar após a celebração do contrato⁵.

1 Cfr. o disposto na alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da Diretiva 2004/18.

2 Na Diretiva 2014/24, o recurso a procedimento de negociação sem publicação de anúncio está tratada no artigo 32.º, de forma distinta, porquanto a questão dos trabalhos complementares está agora vertido (e também de forma mais simplificada) na alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva.

3 Neste sentido, à luz das Diretivas de 2004, Poulsen, 2012: 170.

4 Neste sentido, Hartlev & Liljenbol, 2013: 52.

5 Treumer, 2014a: 281. Entre nós, esta questão mereceu reflexão e teve atenção legislativa no artigo 77.º-A do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), a propósito das fontes de legitimidade para propor ações sobre validade dos contratos administrativos (e públicos). Sobre as manifestações do princípio da concorrência em sede de formação do contrato, Oliveira & Oliveira, 2011: 192 e ss.

A ausência de disposições legislativas sobre a questão da tutela da concorrência na execução dos contratos públicos não significou contudo que a questão não constituísse uma preocupação. A modificação do contrato já celebrado é importante na medida em que, tendo sido precedido de um procedimento rodeado de cautelas associadas à concorrência, transparência e igualdade, não pode abrir a porta a atuações contratuais que no fundo coloquem em crise aqueles valores. Nas palavras de Rui Medeiros, trata-se de fazer a “interconexão entre celebrar o contrato e executá-lo”⁶. Por outro lado, nos contratos de longa duração, o interesse público pode vir a exigir alterações, até em consequência de circunstâncias que eram objetivamente imprevisíveis no momento da abertura do procedimento⁷. Ou seja, é perfeitamente compreensível que se coloque a necessidade de alterações/modificações neste tipo de contratos de longa duração, com alta complexidade das respetivas prestações. O reconhecimento desta circunstância não resolve de per si o problema que sempre se gera a este propósito: como conciliar o interesse de prosseguir continuamente o interesse público e manter protegida a concorrência, igualdade de tratamento e transparência? O equilíbrio joga-se por conseguinte entre adequar o contrato sem desvirtuar a concorrência que esteve na sua origem⁸ ou, nas palavras de Isabel Gallego Córcoles, a modificação do contrato fica na tensão entre a eficácia do contrato firmado e a livre concorrência⁹. Na realidade, “uma das principais portas da corrupção... tem sido a generosa interpretação do direito de modificar contratos, não só por imprevisibilidade, mas por novas necessidades ou conveniências políticas, alterando o preço final até percentagens superiores a 200%” (Gimeno Feliu)¹⁰. Daí que o A. defenda o carácter excepcional das modificações e a imperiosa necessidade de ampla publicidade das modificações possíveis, bem como a possibilidade de impugnação dessas modificações¹¹.

6 Medeiros, 2014.

7 Referindo-se a esta questão, enunciando como exemplos deste tipo de circunstâncias, externas, legislação, materiais, etc., Poulsen, 2012: 171.

8 Sublinhando este dilema, Charrel & Gaspar, 2014.

9 Gallego Córcoles, 2015: 2.

10 Referindo-se à realidade espanhola mas que se poderá aplicar genericamente aos países da União (com os devidos ajustamentos de cada país), Gimeno Feliu, 2015: 21.

11 Como aliás decorre das Diretivas como veremos. Gimeno Feliu, 2015: 23.

Estas preocupações foram acolhidas e tratadas pela jurisprudência, sendo emblemática nesta questão, a decisão do TJUE no caso *Pressetext*^{12/13}.

O tribunal austríaco pretendeu que o TJUE decidisse, em síntese, “em que condições as alterações efetuadas num contrato existente entre uma entidade adjudicante e um prestador de serviços podem ser consideradas uma nova adjudicação de um contrato público de serviços na aceção da Diretiva n.º 92/50”¹⁴.

Na sequência do pedido dirigido pelo Tribunal nacional, o TJUE teve a oportunidade de refletir sobre a questão de como as alterações a um contrato existente podem significar fraude aos valores da concorrência.

Debruçou-se sobre modificações objetivas e modificação subjetiva, tendo “criado” um conceito para aferição da admissibilidade da modificação (a objetiva): alteração substancial do contrato. Identificou várias concretizações desse tipo de alteração: (i) quando a alteração “introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”¹⁵; (ii) “quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos”¹⁶; (iii) quando “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”¹⁷. A propósito da modificação subjetiva, o Tribunal entendeu que, em regra, a “substituição do co-contratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por um novo co-contratante constitui uma alteração de um dos termos essenciais”, a não ser que a substituição estivesse prevista no contrato inicial como subcontratação¹⁸. Admitia o Tribunal no

12 Acórdão C-454/06, de 19 de junho de 2008 – daqui em diante sempre designado como Acórdão *Pressetext*. Não é contudo a primeira decisão judicial a propósito da modificação de contratos públicos: *vide* Acórdão Comissão/França, C – 337/98, de 5 de outubro de 2000; Acórdão Comissão/CAS *Succhi di Frutta SpA*, C – 496/99, de 29 de abril de 2004; Acórdão *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*, C – 347/06, de 17 de julho de 2008.

13 Há igualmente documentos da União que se debruçam sobre esta questão: Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões [COM (2004 327 final)]; Livro Verde sobre Modernização da política de contratação pública da EU (2011).

14 Ponto 29 do Acórdão *Pressetext*.

15 Ponto 35 do Acórdão *Pressetext*.

16 Ponto 36 do Acórdão *Pressetext*.

17 Ponto 37 do Acórdão *Pressetext*.

18 Ponto 40 do Acórdão *Pressetext*.

entanto que podiam existir alterações subjetivas que não integravam aquele conceito, como seja a situação de “reorganização interna do co-contratante”¹⁹.

2. AS DIRETIVAS DE 2014

2.1. Enquadramento

Nas novas diretivas da contratação pública é também a propósito da modificação dos contratos que o legislador apresenta soluções legislativas inovadoras por comparação com as opções anteriores.

O legislador europeu optou por fazer a “interconexão” entre a fase da formação dos contratos públicos com a fase da execução. E fê-lo guiado pelo valor jurídico que norteia desde sempre a construção do mercado único: a concorrência. Em qualquer dos artigos 72.º (diretiva 2014/24²⁰), artigo 89.º (diretiva 2014/25) e artigo 43.º (diretiva 2014/23), o legislador comunitário trata a questão da execução (modificação) como necessidade de tutelar a concorrência. A exposição das soluções vertidas exemplificativamente no artigo 72.º pretende precisamente sublinhar esse denominador comum.

Da análise do referido artigo 72.º, que servirá de modelo dos objetivos e soluções europeias a este propósito, podemos enunciar desde já o seguinte:

- a) As soluções legislativas nas três Diretivas sobre a “modificação de contratos durante o seu período de vigência” parecem muito semelhantes. Esta opção permite colocar a questão de saber se o legislador comunitário se bastou pelo mínimo denominador comum quanto à questão da tutela da concorrência na execução dos contratos. Não haveria lugar a diferenciações de regime em função do tipo de contratos (contratos públicos e setores especiais) e as concessões?
- b) Prevêem-se regras sobre modificação objetiva e subjetiva;
- c) As diretivas estabelecem como regra que qualquer modificação do contrato celebrado na sequência do procedimento de contratação ali regulado depende de novo procedimento. Acrescenta o considerando 107, em auxílio interpretativo, que esse novo procedimento se torna

19 Ponto 35 do Acórdão Pressetext.

20 O artigo 71.º regula a questão da subcontratação que, sendo uma alteração na relação contratual, não consubstancia exatamente uma modificação subjetiva no contrato, uma vez que não há alteração das partes no contrato.

exigível a propósito “de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas”. O mesmo considerando enuncia no entanto e de seguida a possibilidade de a autoridade adjudicante não se socorrer de um novo procedimento sempre que o valor do contrato sofrer uma alteração diminuta, estabelecendo a diretiva os “limiares de minimis” abaixo dos quais tal atuação é possível. Acresce que ainda é possível a modificação sem precedência de novo procedimento, acima daqueles limiares, desde que se mostrem cumpridos os requisitos da diretiva;

- d) Também a propósito da modificação subjetiva, a primeira regra das diretivas é a de que “em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato”²¹;
- e) Por último, mas porventura até mais importante, as disposições normativas representam a codificação da jurisprudência do Acórdão Pressetext, ainda que a versão consagrada legislativamente vá além da construção pretoriana²².

2.2. Análise das soluções das Diretivas – A Diretiva 2014/24 como modelo

2.2.1. *Da modificação objetiva e subjetiva*

Tomando então como modelo o artigo 72.º da Diretiva 2014/24, vejamos em que circunstâncias é admissível a modificação objetiva sem recurso a novo procedimento de contratação pública.

21 Cfr. o disposto no considerando 110.

22 Treumer, 2014: 148; Charrel & Gaspar, 2014. Por exemplo, a limitação que hoje consta da alínea a) do n.º 4 do artigo 72.º não consta da fundamentação do TJUE no Acórdão Pressetext (“A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso”). Para Steen Treumer contudo é bem-vindo esclarecimento do critério (Treumer, 2014:149).

A redação final do artigo 72.º é diferente daquela que esteve em consulta. A estrutura normativa do artigo começa por enunciar as exceções nos n.ºs 1 e 2 e só no n.º 5 é que se refere à regra de que, fora das exceções, qualquer modificação do contrato implica o recurso a novo procedimento de contratação pública²³.

A primeira modificação admissível sem recurso a procedimento é aquela que está prevista nos documentos iniciais do contrato em cláusulas de revisão ou em opções claras e inequívocas, sendo que tais cláusulas devem indicar o âmbito e natureza das eventuais modificações e respetivas condições de aplicabilidade²⁴. Pretende o legislador proteger o valor da concorrência, tornando visível na fase de formação do contrato a possibilidade de modificação e disponibilizando *ab initio* para todos os concorrentes as circunstâncias e contornos da possível futura modificação. Ao fazê-lo, o poder adjudicador fica salvaguardado de correr o risco de falsear o procedimento concursal ou de sobre ele recair a suspeita de que seria esse o objetivo da modificação. O considerando 111 dá algum conforto interpretativo no que respeita ao modo como se configuram aquelas cláusulas ou opções: “Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão ou opção redigidas de forma suficientemente clara, poderão, por exemplo, ser previstas indexações de preços ou se poderá assegurar que, por exemplo, o equipamento de comunicações a entregar ao longo de um determinado período continue a ser adequado, mesmo que haja mudanças nos protocolos de comunicações ou outras mudanças tecnológicas. Também deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção. Por último, convém recordar que os contratos poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público”.

23 Referindo-se à atipicidade da estrutura do artigo 72.º e ao desvio das suas disposições face à proposta da Comissão, Treumer, 2014 a: 283.

De facto, no artigo 72.º da proposta de revisão da Comissão, o n.º 1 enunciava a regra de que “uma modificação substancial das disposições de um contrato durante o seu período de vigência é considerada uma nova adjudicação para efeitos da presente Diretiva e obriga a um novo procedimento de adjudicação nos termos da mesma”. O que parece ser a técnica legislativa adequada. Seguiu-se a definição do que o legislador entendia ser uma alteração substancial. Cfr. Proposta de Diretiva, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD), {SEC (2011) 1585} {SEC (2011) 1586}.

24 Correspondia à previsão do n.º 5 do artigo 72.º da proposta de revisão.

Estabelece a diretiva ainda limitações objetivas, sem contudo estarem previstos limites de valores. Há uma proibição absoluta: a modificação não pode conduzir a uma alteração da natureza global do contrato. O que seja uma “alteração da natureza global do contrato”, que podia passar pela máxima de que “pode haver modificação do contrato mas não de contrato” (Freitas do Amaral), não está definida na Diretiva. Todavia, a diretiva encarregou-se de estabelecer no n.º 4 o que se deve entender por *alteração substancial do contrato*²⁵. O teor literal daquela disposição parece circunscrever a respetiva aplicação à previsão da alínea e) do n.º 1. A expressão é de facto diferente e parece-nos que não poderá de facto ser aplicada de imediato à exegese da alínea a). Pode contudo ser utilizado como padrão para aferir, em cada caso, se é de aplicar ou não a exceção da alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º. Deixando para adiante uma mais detalhada análise do n.º 4, cabe apenas enunciar os tipo de condições que, no entendimento do legislador, configuram uma modificação substancial: (i) introdução de condições que, se fizessem parte do procedimento inicial, teriam permitido admitir outros candidatos ou outras propostas ou mais concorrentes; (ii) alteração do equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário de forma não prevista inicialmente; (iii) alargamento considerável do âmbito do contrato; (iv) substituição do adjudicatário fora da previsão da alínea d) do n.º1. Ou seja, as quatro circunstâncias enunciadas, que, verificando-se, significam uma modificação substancial e portanto exigindo cumprimento das regras da contratação pública, mais não são do que requisitos de controlo da concorrência na fase da execução dos contratos: limitação da concorrência no procedimento (i); alteração do equilíbrio económico gizado na fase do procedimento entre o que a entidade adjudicante necessitava e a proposta do adjudicatário (ii); alteração de contrato (não é o que esteve em concurso) (iii); modificação subjetiva (não é o adjudicatário escolhido de acordo com as regras de contratação pública). Repare-se portanto que a preocupação do legislador comunitário é a de assegurar que a modificação do contrato não é uma fraude à concorrência observada na fase de formação.

A segunda previsão de admissibilidade de modificação sem recurso a procedimento concursal, diz respeito a obras, serviços ou fornecimentos não previstos no contrato inicial que se revelam necessários se não for possível

25 Para Nicolas Charrel e Thomas Gaspar, trata-se de uma formulação “um pouco abstrata”, (Charrel & Gaspar, 2014).

Na versão em inglês da da Diretiva a expressão também não é idêntica: “overall nature” e “substantial modification”.

mudar de contratante devido a razões técnicas/económicas de permutabilidade ou interoperabilidade e for altamente inconveniente ou provoque duplicação substancial de custos²⁶. Continuou o legislador a consagrar espaços de conformação autónoma às entidades adjudicantes, conferindo flexibilidade à questão da modificação, uma vez que os limites estabelecidos resultam de fator relativamente objetivo: não pode haver aumento de preço (regra das modificações sucessivas) que exceda 50% do valor do contrato original. Claro que as modificações – as sucessivas e que estão sujeitas individualmente àquele limite de 50% – não podem ter por objetivo a não aplicação da diretiva. Ou seja, impedir ou falsear da concorrência. Há contudo na nova Diretiva um alargamento da previsão de modificação do contrato²⁷.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º prevê a modificação imprevisível de circunstâncias, que não implique uma alteração da natureza global do contrato e um acréscimo de preço superior a 50%²⁸. O considerando 109 parece delimitar o alcance desta previsão porquanto é inequívoco que “o conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”. Não está enquadrado aqui a alteração das circunstâncias por causa imputável ao contraente público como nós temos na parte substantiva do Código dos Contratos Públicos²⁹. Nem sequer prevê o legislador europeu que a alteração das circunstâncias, conquanto imprevisível, seja anormal (como exige o nosso direito interno)³⁰. É portanto admissível a modificação do contrato, por circunstâncias imprevisíveis de forma menos exigente do que o legislador nacional. Opera o legislador comunitário o equilíbrio entre modificações imprevisíveis e portanto não exigíveis de constar *ab initio* dos documentos do concurso [alínea a)] com

26 Trata-se de algum modo da previsão do artigo 31.º, n.º 2, alínea b), quanto ao fornecimento, e do artigo 31.º, n.º 4, alínea b), quanto às obras. Merece por isso a crítica por parte de Nicolas Charrel e Thomas Gaspar por juntar na previsão de modificações “não substanciais” a questão que no direito francês (e também no nosso) está consagrado como trabalhos a mais (complementares), (Charrel & Gaspar, 2014).

27 Treumer, 2014 a: 292.

28 Esta prescrição normativa correspondia ao artigo 32.º, n.º 4, alínea a) da Diretiva 2004/18.

29 Cfr. o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

30 Cfr. o disposto na alínea a) do artigo 312.º e no artigo 335.º do CCP.

a concorrência ao permitir aquelas que não alterem a natureza do contrato – portanto, não signifiquem, a final, que se está perante um contrato diferente do que o que foi a concurso – e não impliquem um aumento de preço superior a 50% do preço do contrato inicial (porque tal fator está como se sabe fortemente implicado pelo critério de adjudicação no desfecho do procedimento de contratação pública. Um preço superior a 50%, se colocado em concurso, poderia ditar uma adjudicação distinta. Logo, é o interesse de proteger a concorrência desenhada no procedimento).

Prevê a Diretiva, na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º, uma forma de modificação de natureza subjetiva³¹. É admissível a modificação verificado que esteja um dos motivos seguintes: (i) existência de revisão ou opção, nos moldes previstos na alínea *a*) – indicação de âmbito e natureza da modificação e as condições de aplicação; (ii) alteração subjetiva da pessoa do adjudicatário por transmissão universal ou parcial, na sequência de operações de reestruturação (incluindo insolvência), desde que o outro operador económico satisfaça os critérios de seleção, não haja modificações substanciais do contrato e não se destine a “contornar a aplicação da presente diretiva”; (iii) a entidade adjudicante assume as obrigações do contratante principal para com os subcontratantes, se tal estiver previsto na legislação nacional nos termos do artigo 71.º

O primeiro critério – o da previsão, no procedimento de formação das condições e procedimento de modificação subjetiva – não constava da proposta de revisão. No acórdão *Pressetext*, não era evidente que a previsão pudesse referir-se a subcontratação, até porque a subcontratação não se consubstancia como modificação subjetiva. O artigo 71.º da Diretiva regula a subcontratação e contém, de forma brevemente enunciada, as seguintes regras: obrigação de cumprimento pelos subcontratantes das obrigações assumidas pelo contratante (n.º 1); previsão na proposta de quem pode vir a ser subcontratante (n.º 2); possibilidade de transferência de pagamentos para o subcontratante, desde que existam mecanismos de o contratante principal se opor a pagamentos indemnizatórios (n.º 3); manutenção da responsabilidade do contratante principal (n.º 4); possibilidade de serem tomadas medidas para evitar o incumprimento (n.º 6), designadamente a verificação de impedimentos ou motivos de exclusão; previsão da possibilidade de estabelecimento de regra mais rigorosas de responsabilidade civil (n.º 7); obrigação de especificação das medidas tomadas ao abrigo dos n.ºs 3, 4, 5 ou 6 (n.º 8). De todo o modo,

31 Na linha do que decorre do § 40 do Acórdão *Pressetext*.

a concorrência verificada no procedimento fica acautelada se a possibilidade de modificação subjetiva estiver prevista nos documentos do concurso, bem como as respectivas condições.

No que respeita à previsão constante da subalínea ii), ela contempla situações distintas. Desde logo, a insolvência e de como uma circunstância desta natureza pode sustentar uma modificação subjetiva sem recurso a novo procedimento não era uma questão pacífica. Há jurisprudência dos Estados Membros a sustentar que em caso de insolvência do cocontratante, o novo parceiro contratual se devia encontrar através de novo procedimento³². A previsão da Diretiva admite a fundamentação da insolvência, ainda que a rodeie de cautelas³³. A previsão da subalínea ii) permite ainda levantar a questão se será possível a modificação da composição de um consórcio por outras razões que não por insolvência. O considerando 110 pode ajudar à resposta a esta dúvida: “Todavia, o adjudicatário responsável pela execução do contrato pode, em particular quando o contrato tenha sido adjudicado a mais do que uma empresa, sofrer algumas alterações estruturais durante essa execução, nomeadamente reestruturações puramente internas, OPA, fusões e aquisições ou falências”³⁴. No fundo, entende o legislador comunitário que estas situações não atingem a dimensão subjetiva da concorrência e da escolha da entidade adjudicante.

A terceira hipótese de admissibilidade de modificação subjetiva também não constava da proposta de revisão da Comissão.

Na alínea e) do n.º 1 está prevista a hipótese de modificação, independentemente do valor, se não consubstanciar uma alteração substancial. Prevê então o n.º 4 as circunstâncias que indiciam uma alteração substancial: (i) o contrato torna-se materialmente diferente do contrato inicialmente estabelecido; (ii) são introduzidas condições que, “se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso”³⁵;

32 Por exemplo, no ordenamento alemão, decisão de 29/6/2005, VK 3-52/05; no ordenamento italiano, Consiglio di Stato de 22/1/2008, Proc. n.º 4574/07 *apud* Treumer, 2014 a: 285, notas 17 e 18. Steen Treumer debruçou-se expressamente sobre a transferência de contratos sujeitos às regras da contratação pública após a insolvência na Dinamarca (Treumer, 2014 b).

33 A discussão sobre o fundamento da insolvência é mais ampla do que aquele que aqui demos conta. Não cabe contudo no escopo da nossa reflexão. Sobre tal discussão pode consultar-se Treumer, 2014 a.

34 Treumer, 2014 a: p. 289.

35 Não se encontra na construção pretoriana mas esta previsão é considerada “uma relevante e incontroversa clarificação do critério”, (Treumer, 2014 a: 283).

(iii) a modificação altera o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial; (iv) a modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato; (v) o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d)”. Portanto, uma alteração substancial é diferente de alteração da natureza global. Além disso, uma alteração substancial pode ter também natureza subjetiva e não apenas objetiva³⁶.

Prevê ainda a Diretiva as situações de modificações não significativas em termos de valor. O considerando 107, 2.^a parte, prevê: “As modificações do contrato que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação. Para o efeito, e a fim de garantir a segurança jurídica, a presente diretiva deverá prever limiares «de minimis» abaixo dos quais não é necessário um novo procedimento de contratação. As modificações do contrato acima desses limiares deverão ser possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação, na medida em que cumpram as condições previstas na presente diretiva”. Em consequência, o n.º 2 do artigo 72.º estabelece que, independentemente das previsões do n.º 1, a modificação do contrato é possível, sem recurso a novo procedimento se a modificação for de valor inferior a ambas as condições: “i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras”. Continuam a ser limites absolutos a não alteração da natureza global do contrato, aplicando-se os limites enunciados ao valor líquido acumulado das modificações sucessivas.

Convém esclarecer que a existência de uma modificação substancial justifica a rescisão do contrato, nos termos da alínea *a)* do artigo 73.º Resta a questão de saber se ocorrer uma alteração da natureza global do contrato, qual poderá ser a consequência. Parece-nos que, à luz do artigo 73.º, tal hipótese não constitui fundamento de rescisão, uma vez que a expressão legal é muito particular e a enunciação dos fundamentos parece ser taxativa. Contudo, nada impede que as legislações nacionais possam estabelecer outros fundamentos de rescisão³⁷.

36 *Vide supra* as considerações já tecidas a este propósito.

37 Cfr. o corpo do artigo 73.º

2.2.2. *Apreciação das soluções*

Embora a diretiva seja muito recente, já foi alvo de alguma reflexão e a doutrina vem criticando alguns dos aspetos das soluções legais, ou mesmo a oportunidade e a necessidade do artigo 72.º

Quanto às soluções concretas, Jan Brodec e Václav Janecek, após analisarem precisamente o artigo 72.º da Diretiva 2014/24, sintetizaram da seguinte forma a solução legal: “é proibido fazer modificações substanciais num contrato [sem novo procedimento], exceto se se cair nas circunstâncias previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 72.º e n.º 2 do artigo 72.º”³⁸. Depois de analisar o conceito de alteração substancial que consta do n.º 4, os mesmos AA. concluem que, se estiverem preenchidas as condições dos n.ºs 1 e 2, há modificações substanciais permitidas. No fundo, “a característica definidora de uma modificação substancial é... a sua natureza comparada com o contrato inicial”³⁹. Há contudo quem critique a disposição por ela não permitir que se encontrem outras situações de modificação que não sejam substanciais fora da previsão legal, retirando assim flexibilidade às normas da contratação pública⁴⁰. Na verdade, um dos objetivos assumidos pelas novas Diretivas é a flexibilização. Aliás, no considerando 109 é claramente assumido esse propósito: “As autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução deste se prolonga por mais tempo. Neste caso, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação”⁴¹.

Desapareceu da versão final da Diretiva a proposta da comissão que constava do n.º 7 do artigo 72.º: “As autoridades adjudicantes não devem recorrer a modificações ao contrato nos seguintes casos: (a) Quando a modificação se destinar a corrigir deficiências no desempenho do adjudicatário ou as respetivas consequências, podendo o mesmo resultado ser alcançado através da aplicação das obrigações contratuais; (b) Quando a modificação visar a compensação

38 Brodec & Václav, 2015: 94.

39 Brodec & Václav, 2015: 95.

40 Neste sentido, Kotsonis, 2014: 184.

41 Referindo-se ao facto de que a evolução da proposta da Comissão para a versão final constante da Diretiva opera uma maior flexibilidade à contratação pública, Treumer, 2014 a: 283. Contudo, Sue Arrowsmith, ainda antes da publicação das Diretivas e pronunciando-se sobre as respetivas propostas, sustentou que “embora as propostas trouxessem de facto alguma flexibilidade, também introduziam, em muitos aspetos maior rigidez e requisitos mais onerosos..., que resultarão num conjunto de regras bastante mais complexas do que o regime” das Diretivas de 2004 (Arrowsmith: 2012: 71).

de riscos de aumento dos preços que foram objeto de cobertura por parte do adjudicatário”⁴².

Já numa perspectiva de avaliação geral da opção legislativa, Nicolas Charrel e Thomas Gaspar têm dúvidas sobre a necessidade de distinguir, no direito nacional, uma modificação de um trabalho suplementar⁴³. Para os AA., o artigo 72.º da Diretiva utiliza uma noção ampla de modificação, na qual “se encontra implicitamente as duas noções de modificação e de contrato/trabalho complementar”, o que vem confirmar que na realidade a distinção entre ambos os conceitos não está juridicamente justificada. Não sustentam os AA. que não exista diferenças entre uma modificação e um trabalho suplementar; o que parece ser desnecessária é a distinção quando se fala em prestações suplementares/complementares que se revelam necessárias no decurso da execução⁴⁴. À semelhança de Jan Brodec e Václav Janecek, Nicolas Charrel e Thomas Gaspar também sustentam que os conceitos a diferenciar são os de modificação não substancial e modificação substancial (ou novação contratual)⁴⁵.

Isabel Gallego Córcoles sublinha na sua análise sobre a Diretiva que as alterações introduzidas ao nível da execução dos contratos são motivadas pela proteção dos concorrentes e não do adjudicatário e que se limitam a traçar fronteiras, até pela incerteza de conceitos introduzidos como o de alteração da natureza global⁴⁶.

Steen Treumer entende que a previsão normativa contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º confere amplo espaço de conformação à autoridade administrativa, consagrada na expressão “natureza global”, funcionado como fator de alguma incerteza na tutela da concorrência na execução dos contratos⁴⁷. Não há especificação sobre a medição em valores das modificações. Por outro lado, entende o A. que a possibilidade operada pela alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º “remove a incerteza legal associada à transferência de contratos após insolvência ao permitir às entidades adjudicantes um amplo espaço de conformação na

42 Proposta de Diretiva, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD), {SEC (2011) 1585} {SEC (2011) 1586}.

43 Charrel & Gaspar, 2014.

44 Charrel & Gaspar, 2014.

45 Charrel & Gaspar, 2014.

46 Gallego Córcoles, 2015: 56, 57 e 58.

47 Treumer, 2014: 149.

prática”⁴⁸. A Diretiva promove também por isso a flexibilidade e, na previsão da insolvência, altera efetivamente o padrão legislativo na questão.

3. A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO REGIME JURÍDICO DA MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

3.1. O estado atual das soluções em alguns ordenamentos nacionais – o espanhol em particular

A questão da modificação do contrato está intimamente ligada ao exercício de poderes de autoridade do poder adjudicador que, nos ordenamentos como o nosso, é autoridade administrativa de tipo executivo, onde a maior parte dos contratos públicos são contratos administrativos. Ora, neste tipo de contratos, o interesse público, dita, no essencial, a necessidade de ser admissível mudar o contrato para o adaptar àquele interesse⁴⁹. No domínio do direito administrativo, a preocupação central começou por ser a defesa do cocontratante da Administração. Daí que os limites passassem (e passem) pela intangibilidade do objeto contratual, por exemplo. Sucede que foi sendo percebido que as limitações ao poder de modificação unilateral também servem outros interesses públicos, mais amplos, em particular quando o contrato administrativo passou também a ser contrato público⁵⁰.

As legislações nacionais de alguns Estados Membros, em particular as de matriz francesa, dispõem já de disposições sobre a execução dos contratos públicos (que sejam simultaneamente contratos administrativos) que, admitindo alterações/modificações dos mesmos, prescrevem limitações a tais modificações, muitas das quais se justificam na tutela da concorrência.

Por exemplo, o artigo 20.º do Code des Marchés Públicos prescreve que as modificações do contrato, quando não fundadas em circunstâncias imprevistas, não podem alterar a economia do contrato nem o seu objeto⁵¹. São algumas

48 Treumer, 2014 a: 286.

49 Andrade, 2008: 346.

50 Sobre esta questão, Gonçalves, 2009: 14 e 15.

51 *“En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet”.*

das limitações que também encontramos entre nós para o exercício do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações⁵².

No direito espanhol, também está previsto o poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações⁵³.

Podem os contratos modificar-se, sem recurso a novo procedimento, nas situações previstas nos artigos 106 e ss. do Texto Refundido da Lei de Contratos do Setor Público (TRLCSP)⁵⁴. Há dois tipos de modificações: as modificações previstas nos documentos do procedimento (artigo 105.1 e 106 do TRLCSP) e as modificações não previstas nos documentos do procedimento (artigo 107. TRLCSP).

No que respeita às modificações previstas, o artigo 106 estabelece a obrigação de que sejam claras, inequívocas e precisas, com base em critérios objetivos, incluindo uma percentagem do preço máximo. Não está estabelecido contudo nenhum limite quantitativo⁵⁵.

No que respeita às modificações não previstas, o artigo 107.1 descreve um conjunto de situações: a) inadequação da prestação para satisfazer as necessidades, designadamente quanto a erros e omissões do projeto e das especificações técnicas; b) inadequação do projeto ou especificações técnicas por causas objetivas (de tipo geológico, hídrico, arqueológico, meio-ambiental ou similares, posteriores à adjudicação e imprevisíveis); c) casos de força maior ou caso fortuito; d) conveniência em incorporar avanços técnicos, que melhorem significativamente a prestação e não estivessem antes disponíveis no mercado; e) necessidade de ajustar a prestação a especificações técnicas, meio-ambientais, urbanísticas, de segurança ou de acessibilidade posteriores à adjudicação do contrato⁵⁶. Estabelece a legislação espanhola limitações a esta possibilidade de modificação não prevista no contrato: “não poderá alterar as condições essenciais do procedimento e da adjudicação”⁵⁷. O artigo 107.3 estabelece critérios

52 Cfr. o disposto no n.º 1 do artigo 313.º do CCP.

53 Sobre a problemática da modificação dos contratos no direito espanhol, *vide* Gimeno Feliu, 2013.

54 As preocupações com a integridade da contratação pública levaram Espanha à emanação de uma lei em 2011 que, de algum modo, veio ao encontro das preocupações sobre a corrupção, em parte motivada e assente em modificações contratuais.

55 Referindo-se precisamente à necessidade de que as cláusulas sejam cuidadosamente descritivas e pormenorizadas, Blanquer Criado, 2013: 542.

56 Cfr. o disposto no artigo 107.1 do TRLCSP.

57 Trata-se de um conceito indeterminado que a lei tenta esclarecer. Sobre a natureza jurídica das alíneas do artigo 107.3, entendendo trata-se de presunções *iuris tantum*, CÓLAS TENAS: 2014: 350.

para a densificação do que sejam condições essenciais: “a) Quando a modificação varie substancialmente a função e características essenciais da prestação inicialmente contratada. b) Quando a modificação altere a relação entre a prestação contratada e o preço, tal e como essa relação foi definida pelas condições da adjudicação. c) Quando para a realização da prestação modificada fosse necessária uma habilitação profissional diferente da exigida para o contrato inicial ou umas condições de solvência substancialmente distintas. d) Quando as modificações do contrato igualem ou excedam, em mais ou menos, os 10% do preço da adjudicação do contrato; no caso de modificações sucessivas, o seu conjunto não poderá superar este limite. e) Em quaisquer outros casos em que possa presumir que, se tivesse sido conhecida previamente a modificação, teriam concorrido ao procedimento concursal outros interessados, ou que os concorrentes que participaram teriam apresentado propostas substancialmente diferentes das apresentadas”.

Cumprе sublinhar que, além das previsões acabadas de elencar, a lei espanhola não “tolera à Administração outro tipo de impreviões ou ‘torpezas’” (David Blanquer Criado), sendo que as modificações admitidas além destas previsões, são apenas as relativas a elementos secundários ou acessórios⁵⁸. Trata-se de regras com carácter excecional, pelo que qualquer tentativa de ampliação interpretativa está vedada, sob pena de “se poder falsear ou distorcer a concorrência”⁵⁹.

A legislação espanhola permite igualmente a cessão da posição contratual (modificação subjetiva)⁶⁰. Contém também a limitação de que tal é possível “sempre que as qualidades técnicas ou pessoais do cedente não tenham sido razão determinante da adjudicação do contrato, e da cessão não resulte uma restrição efetiva da concorrência de mercado”.

No direito italiano, o *ius variandi* da Administração Pública, conquanto não tenha a mesma configuração daquele que vigora nos ordenamentos de matriz tipicamente francesa, conhece algumas limitações associadas à superveniência de circunstâncias e tem o limite absoluto de não implicar modificações substanciais do contrato⁶¹. Ou seja, limitações do mesmo tipo do das anteriores:

58 Blanquer Criado, 2013: 543.

59 Blanquer Criado, 2013: 543.

60 Cfr. o disposto no artigo 226. do TRLCSP.

61 Cfr. as disposições dos artigos 132 e 114 do D.Lgs. n. 163/2006, 161, n.º 4 e 311, n.ºs 3 e 6 do D.P.R. n. 207/2010.

assegurar que a concorrência protegida na formação do contrato se mantém durante a sua execução.

3.2. No Código dos Contratos Públicos português

O nosso Código dos Contratos Públicos (CCP) foi elaborado na sequência da necessidade de transposição das diretivas de 2004, tendo o legislado português optado por regular o regime substantivo dos contratos administrativos, quer no que respeita a regime comum a todos os contratos quer quanto à disciplina jurídica de contratos em especial. Ora, em várias disposições normativas, relativamente à execução dos contratos administrativos, quer na parte geral da parte III quer na regulamentação concreta dos contratos em especial, encontram-se soluções jurídicas que se destinam a tutelar o interesse público da concorrência⁶².

Embora a nossa lei não tenha reproduzido *quale tale* a construção jurisprudencial atrás brevemente enunciada do Acórdão Pressetext, a verdade é que vamos encontrar várias disposições normativas em que é evidente a influência daquela jurisprudência⁶³.

Na parte geral, uma das primeiras disposições que tem alguma relação com a construção jurisprudencial encontra-se no n.º 6 do artigo 282.º, a propósito da reposição do equilíbrio financeiro. Em caso de modificação do contrato, designadamente por causa do exercício do poder de modificação do conteúdo das prestações, por razões de interesse público, o legislador português estabeleceu que “a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato”. Ou seja, não se pode aproveitar uma modificação objetiva para se frustrarem os pressupostos concorrenciais da fase de formação do contrato.

Ao nível do regime da invalidade dos contratos, há também disposições que se relacionam com a questão da tutela da concorrência. A propósito da invalidade derivada do contrato, o n.º 4 do artigo 283.º estabelece como limite ao afastamento do efeito anulatório e portanto para efeitos de manutenção do

62 A legislação portuguesa também protege a concorrência a nível da proteção judicial.

63 Como a doutrina do Acórdão Pressetext assenta na aplicação dos princípios dos Tratados e da contratação pública, ela deve aplicar-se a todos os contratos públicos e não apenas aos considerados nas diretivas. A nova geração de Diretivas, mais abrangentes, e com a consagração de normas sobre a matéria já não levantarão a questão do alcance de aplicação das disposições.

contrato, que a decisão “não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial”. Ou seja, estão aqui previstas as duas situações de modificação do contrato existente que o TJUE considerou: a subjetiva e a objetiva, esta última associada ao conceito de conteúdo essencial⁶⁴.

Também a propósito da eficácia do contrato, domínio em que aparentemente não se vislumbrariam problemas de concorrência, o legislador estabeleceu a regra de que a eficácia é para futuro, mas consagrou a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos. Estabeleceu contudo um requisito de natureza impeditiva: “2 – As partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”⁶⁵. Com esta disposição, pretende o legislador que não seja possível, por esta via, adulterar o equilíbrio financeiro da relação que constou do procedimento de contratação. Ao atribuir eficácia retroativa ao contrato, altera-se, como é compreensível, a relação entre os contraentes. Ora, a nova realidade contratual poderia significar que, colocada nesses termos a concurso, o desfecho do mesmo poderia ter sido diferente. Esta possibilidade mais não é do que a alteração do tipo de concorrência para aquele contrato.

Do mesmo passo, no que respeita à execução do contrato, estabelece o artigo 288.º a obrigação de execução pessoal do contrato e proíbe a transmissão de responsabilidades a terceiros. Com esta disposição, pretende-se proteger a escolha do parceiro contratual e os interesses públicos em que assentou tal escolha.

Mas é ao nível dos limites exercício do poder de modificação do conteúdo das prestações que mais evidente se manifesta a proteção da concorrência. Estabelece o n.º 1 do artigo 313.º: “A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”. Ou seja, no jogo de equilíbrios entre a eficácia e eficiência da prossecução do interesse público tutelado no contrato e, portanto, do interesse dos parceiros contratuais, e a tutela do interesse, igualmente público mas mais abrangente, dos concorrentes no procedimento de formação daquele contrato, tem de

64 Sobre a densificação deste conceito e a dificuldade inerente, *vide* o nosso Carvalho, 2010: 492.

65 Artigo 287.º do CCP.

existir um limite absoluto na harmonização. Prevalece o interesse contratual até se atingir intoleravelmente o interesse público da concorrência. Quando tal sucede e a modificação significa a restrição ou/e falseamento da concorrência, ela não é admissível. Chegou-se ao ponto em que a ordem jurídica exige o cumprimento das regras de procedimento concursal.

Mas o legislador também se debruçou sobre a problemática da tutela da concorrência a propósito da modificação subjetiva. Tratou dessa questão como proibição de cessão da posição contratual, no n.º 1 do artigo 317.º e em particular nas alíneas a) e c), claramente tutelando as opções do procedimento de formação do contrato: quando o contrato surgiu na sequência de um ajuste direto em que só se podia convidar uma entidade – permitir a cessão da posição contratual significa necessariamente violar a lei; quando, nos termos da lei, “existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência”. Mas como a cessão da posição contratual pode ser autorizada no contrato, fora das situações enunciadas no artigo 317.º, o artigo 318.º estabelece em primeiro lugar que a estipulação contratual a prever cessão “não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do co-contratante”. Além disso, o potencial cessionário deve ter os documentos de habilitação que tenham sido exigidos ao cocontratante [artigo 318.º, n.º 2 a)], bem como deter os requisitos técnicos e de capacidade financeira [artigo 318.º, n.º 2 b)]. É ainda possível a cessão ser autorizada durante a execução, nos termos do artigo 318.º. Pretende o legislador que o novo parceiro contratual da Administração cumpra os requisitos que estiveram em concurso na formação do contrato. Ou seja, para que não se utilize a modificação subjetiva para estabelecer a relação contratual com quem, segundo as regras da contratação pública, não poderia ser parceiro da Administração Pública. Além de beliscar decisivamente o conjunto potencial de concorrentes.

Por fim, mas não menos importante, o artigo 315.º impõe a publicitação de “quaisquer modificações objetivas do contrato e representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual”. Trata-se de uma obrigação de transparência, sendo um mecanismo de tutela da concorrência e dos valores da contratação pública.

No que respeita à regulamentação dos contratos administrativos em especial, a título meramente ilustrativo, no contrato de empreitada de obras públicas e a respeito dos trabalhos e a trabalhos a mais, o legislador português também tentou acautelar o valor da concorrência. No n.º 4 do artigo 361.º, relativo ao plano de trabalhos, se bem que sejam admissíveis ajustamentos, os mesmos nunca se podem consubstanciar em alterações em elementos essenciais do contrato como o preço, prazo de execução, elementos fundamentais do contrato que estiveram a concurso.

Depois, no regime de trabalhos a mais o n.º 5 do artigo 370.º estabelece: “Caso não se verifique alguma das condições previstas no n.º 2, os trabalhos a mais devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II”. As condições previstas no n.º 2 são as seguintes: “a) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea; b) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º, o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia; c) O preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 40 do preço contratual”. Como se pode verificar, trata-se de circunstâncias em que os trabalhos a mais, a serem adjudicados ao cocontratante, violam as disposições da contratação pública, no que respeita ao elemento essencial do preço.

No âmbito do contrato de prestação de serviços, é aplicável o mesmo acervo de limitações para que possam ser ordenados serviços a mais⁶⁶.

No que respeita às concessões, o artigo 416.º, quando o legislador regula a viabilidade económico-financeira do projeto, prevê que só podem ser concedidas “prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência”.

Portanto, o legislador português ter-se-á apercebido dos perigos que a execução contratual podia trazer para a idoneidade da contratação pública e

66 Cfr. o disposto nos n.º 2 e 5 do artigo 454.º do CCP.

daí ter acautelado essencialmente a propósito da modificação do contrato o interesse público da concorrência.

3.3. Alcance das disposições da Diretiva sobre a legislação nacional – breve reflexão

Cabe agora tentar perceber como o regime do artigo 72.º altera ou tem possibilidades de alterar o regime do Código dos Contratos Públicos a este propósito.

À semelhança do que sucede nos ordenamentos que atrás brevemente convocamos à reflexão, a primeira apreciação é a de que o artigo 72.º não vem revolucionar as atuais soluções legislativas internas. Por exemplo, no direito italiano, o Instituto per L'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale produziu um “Documento di analisi della Diretiva 2014/24/EU in Materia di Appalti Pubblici”, 15/16/CR5bis/C4, em Roma, fevereiro de 2015, onde procedeu à apreciação das normas introduzidas pelo artigo 72.º, tendo, do confronto com as soluções internas já existentes, sustentado que “ambas as disciplinas se fundam na proibição de modificação substancial da natureza do contrato; b) que ambas, na presença de causas supervenientes e imprevisas, preveem hipóteses taxativas na presença das quais são consentidas modificações do contrato em execução, embora apresentando carácter substantivo; c) ambas preveem hipóteses de modificação não substanciais do contrato exigidas pelo contratante”⁶⁷. Claro que existem diferenças que passam, na análise italiana, por exemplo, pela previsão de publicidade das modificações, pela não consagração, na norma europeia, da necessidade de se referir a superveniência de circunstância ao momento da estipulação contratual como exige a legislação italiana, pela definição de “modificação substancial”⁶⁸.

No direito espanhol, o procedimento de transposição das novas diretivas vai já avançado, dispondo já a ordem jurídica espanhola de um projeto de transposição. Merece por isso alguma atenção. Os artigos 106. e 107. da TRLCSP passarão a ter a seguinte redação, por força da transposição:

- a) Modificações previstas nos documentos do concurso, vertidas em cláusulas claras, precisas e inequívocas, com definição do alcance e natureza da modificação e indicação das circunstâncias justificativas, de verificação objetiva e o procedimento da modificação. Exige-se ainda que a

67 Ambientale: 2015: 138.

68 Ambientale: 2015: 138.

cláusula de modificação seja “*tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por éstos*”⁶⁹.

- b) Modificações não previstas nos documentos do concurso, prestações adicionais, circunstâncias imprevistas e modificações não substanciais. Constam do artigo 203.º que pretende transpor:
- i) Quanto às circunstâncias previstas no artigo 72.º, n.ºs 4 e 5⁷⁰;
 - ii) Trabalhos complementares previstos nos termos do artigo 72.º, n.º 1 b);
 - iii) Circunstâncias imprevisíveis, nos termos do artigo 72.º, n.º 1 c)⁷¹;
 - iv) Conceito de modificação substancial, nos termos do artigo 72.º, n.º 4⁷²;

69 Cfr. o disposto artigo 202.º, n.º 1, que transpõe os artigos 72.1.a) y 72.1.d), i) y *Considerando (111) DN y Artículo 43 DC* do BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO-17 DE ABRIL DE 2015 (consultado em <http://www.obcp.es/>, em 25/6/2015).

70 1. [Artículos 72.4; 72.5 y *Considerando (107) DN*] Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos: a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo. b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) [Art. 72.1.b) y *Considerando (108) DN*] Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente 1º. Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista. 2º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido”.

71 b) [Art. 72.1.c) y *Considerando (109) DN*] Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: 1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. 2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. 3º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

72 c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

No nosso Código, como acima já fomos adiantando, algumas das soluções pretorianas foram consagradas, ainda que seja necessária a intervenção do legislador nacional para que se opere a integral transposição das novas diretivas. Não é de todo nossa intenção apresentar possíveis soluções de transposição, mas apenas identificar brevemente aquelas soluções da Diretiva que podem estar mais distantes das atuais opções legislativas internas.

Não existe atualmente a previsão no Código dos Contratos Públicos da modificação estar prevista, a título objetivo e subjetivo, nos documentos do concurso, em cláusulas de revisão ou “opções claras, precisas e inequívocas”, se bem que o n.º 1 do artigo 318.º se refere a autorização no contrato – pode presumir-se que tal “autorização” consta já dos documentos do concurso e é vertida, após a adjudicação, para o contrato⁷³.

A modificação motivada por trabalhos complementares, em contrato já celebrado, parece ser um pouco mais exigente do que a previsão contida no atual n.º 1 do artigo 370.º do Código dos Contratos Públicos, pois faz depender a sua admissibilidade do preenchimento de duas condições que têm formulações mais exigentes.

O nosso Código não se refere a modificação substancial como limite a modificações mas refere-se a “prestações principais”, mas já se refere à proteção da ordenação das propostas (cfr. o artigo 313.º).

A obrigação de transparência já está prescrita no artigo 315.º

Será necessário refletir como se deverá transpor o n.º 2 do artigo 72.º relativo às modificações de valor diminuto.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: 1º. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación 2º. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial 3º. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos. Para el cálculo del precio mencionado en las letras a) y b) de este apartado se tomará en cuenta el precio actualizado, si el contrato incluye cláusula de revisión de precios. En los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios de consumo.]”

73 Sem prejuízo do disposto do n.º 2 do artigo 96.º do CCP. Ainda que se deva sublinhar que a previsão constante do artigo 318.º se refere apenas à modificação subjetiva.

4. SÍNTESE

Pela primeira vez, e dando mais uma vez peso legislativo à construção jurisprudencial, o legislador europeu emanou normas específicas sobre a execução dos contratos públicos. Não propriamente sobre a relação contratual mas apenas no que respeita a aspetos da execução dos contratos que possam colocar em causa o valor da concorrência presente e protegido na formação do contrato.

Assim, e tomando como modelo de análise do artigo 72.º da Diretiva 2014/24, verifica-se que o legislador europeu interveio a propósito das modificações objetivas e subjetivas. O princípio geral estabelecido, ainda que em técnica legislativa desadequada, é o de qualquer modificação deve levar a entidade adjudicante a iniciar um novo procedimento concursal.

Todavia, querendo dotar a legislação europeia de alguma flexibilidade, o legislador europeu leva a cabo uma harmonização entre a tutela da concorrência e a execução de contratos de longa duração, os quais levantam questões relativas à sua execução e sua adequação permanente ao interesse público. Previu então o legislador um conjunto de circunstâncias que uma vez verificadas não impõem um novo procedimento pré-contratual: de modificações objetivas que estejam previstas nos documentos do concurso [artigo 72.º, n.º 1, alínea *a*)], de trabalhos complementares [artigo 72.º, n.º 1 alínea *b*)], de circunstâncias imprevisíveis [artigo 72.º, n.º 1 alínea *c*)], de modificações que não forem substanciais [artigo 72.º, n.º 1, alínea *e*)] e de modificações de valor diminuto (artigo 72.º, n.º 2). Comum a todas estas hipóteses são os limites das mesmas: não pode haver um aumento significativo do preço (50% ou superior aos limiares, no caso do n.º 2) nem existir uma alteração substancial do contrato ou modificação da natureza global do mesmo.

No caso da modificação subjetiva, prevista na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º, ela é admissível sem recurso a novo procedimento quando esteja prevista nos documentos/proposta contratual, quando decorra de alterações subjetivas internas, incluindo a insolvência do adjudicatário ou quando seja a entidade adjudicante a assumir as obrigações do contratante inicial.

Alguns ordenamentos nacionais já acautelaram a tutela da concorrência em sede de execução dos contratos, pelo que as suas ordens jurídicas contemplam já algumas soluções. É o caso do direito espanhol, que até já está adiantado quanto à transposição das Diretivas, e o nosso ordenamento. Foram elencadas várias disposições normativas disso mesmo ilustrativas.

BIBLIOGRAFIA

AMBIENTALE, I. p. L. I. e. T. d. A. e. l. C.

2015 *Documento di analisi della Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*. [Online] disponível em: <http://www.itaca.org/documenti/news/Analisi%20direttiva%20appalti.pdf> [Acedido em 24 junho 2015].

ANDRADE, José Carlos Vieira de

2008 “A propósito do regime do contrato administrativo no «Código dos Contratos Públicos»”, In: Almeida, Carlos Ferreira de, Amaral, Diogo Freitas do, Almeida, Marta Tavares de, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, pp. 339-363.

ARROWSMITH, Sue

2012 “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *PPLR*, 2012, 3, pp. 71-82.

BLANQUER CRIADO, D.

2013 *Los Contratos del Setor Público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BRODEC, J. & VÁCLAV, J.

2015 “How does the substantial modification of a public contract effect its legal regime?”, *PPLR*, 2015, 3, pp. 90-105.

CARVALHO, Raquel

2010 *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*. Coimbra: Almedina.

CHARREL, N. & Gaspar, T.

2014 “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d’exécution”. *Revue – Contrats Public*.

CÓLAS TENAS, J.

2014 “Sexto. El cumplimiento y la ejecución”, In: *Yzquierdo Tolsada, Mariano – coord., Contratos – Los Contratos Públicos*. Navarra: Aranzadi, pp. 326-365.

GALLEGO CÓRCOLES, I.

2015 *La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública*. X Congreso AEPDA, s.n.

GIMENO FELIU, J. M.

2013 “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”. In: C. C. d. Madrid, ed. *La contratación pública: problemas actuales*. Madrid: s.n., pp. 83-140.

2015 *La Reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*. [Online] Disponível em: www.aepda.es/pdf [Acedido em 25 junho 2015].

GONÇALVES, Pedro

2009 “Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”. *Cadernos de Justiça Administrativa*, janeiro/fevereiro, pp.1-20.

HARTLEY, KRISTIAN & LILJEENBOL, MORTEN WAHL

2013 “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *PPLR*, 2013, 2, pp. 51-73.

KOTSONIS, T.

2014 “The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours”. *PPLR*, 2014, 4, pp. 169-187.

MEDEIROS, Rui

2014 “The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview”. In Tavares, Luís Valadares / Medeiros, Rui / Coelho, David: *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, Lisboa: s.n., pp. 29-52.

OLIVEIRA, Mário Esteves & OLIVEIRA, Rodrigo Esteves

2011 *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina.

POULSEN, S. T.

2012 “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under UE”. *PPLR*, 2012, 5, pp. 167-187.

TREUMER, Steen

2014 “Contract changes and the duty to retender under the new EU Public Procurement Directive”. *PPLR*, 2014, 3, pp. 148-155.

2014a “Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive. In Lichére, François; Caranta, Roberto; Treumer, Steen: *Modernising Public Procurement: the new Directive*. s.l.:DJOF Publishing, pp. 281-300.

2014b “Transfer of contracts covered by EU public procurement rules after insolvency”, *PPLR*, 2014, 1, pp. 21-31.

BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO – 17 de Abril de 2015 (consultado em <http://www.obcp.es/>, em 25/6/2015).

C&R

LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – JULHO A SETEMBRO DE 2014

elaborado por Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

GERAL

Decreto-Lei n.º 137/2014, de 12 de setembro

Estabelece o modelo de governação dos fundos europeus estruturais e de investimento para o período de 2014-2020.

Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro

Procede à décima terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação.

Decreto-Lei n.º 124/2014, de 18 de agosto

Permite que a privatização da participação remanescente da PARPÚBLICA-Participações Públicas, SGPS, S.A., no capital social da CTT – Correios de Portugal, S.A., possa também concretizar-se através de uma ou mais operações de venda direta institucional com vista à dispersão das ações por investidores qualificados, nacionais ou internacionais.

Lei n.º 47/2014, de 28 de julho

Procede à quarta alteração à Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, transpondo parcialmente a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto

Aprova os Estatutos da Autoridade da Concorrência, adaptando-os ao regime estabelecido na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

BANCO DE PORTUGAL

Lei n.º 63/2014, de 26 de agosto

Altera o Decreto-Lei n.º 230/80, de 16 de julho, que estabeleceu as condições aplicáveis aos empréstimos destinados à aquisição de habitação própria de deficientes civis e das forças armadas.

Lei n.º 64/2014, de 26 de agosto

Aprova o regime de concessão de crédito bonificado à habitação a pessoa com deficiência.

Aviso n.º 5/2014, de 23 de setembro

Regulamenta a dispensa das CCAM pertencentes ao SICAM da aplicação de determinados requisitos estabelecidos no Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013. Revoga a Instrução n.º 88/96, publicada no BO n.º 1, de 17 de junho de 1996.

Aviso n.º 4/2014, de 23 de julho

Aplicabilidade de Avisos às Instituições de Moeda Eletrónica.

Aviso n.º 3/2014, de 21 de julho

Revoga os Avisos n.ºs 1/2002, 10/2003 e 10/2005, de 13 de março, 17 de setembro e 24 de junho, respetivamente.

Portaria n.º 140/2014, de 8 de julho

Define os procedimentos necessários à execução da Lei n.º 63-A/2008, de 24 de novembro, com a redação introduzida pela Lei n.º 1/2014, de 16 de janeiro, no âmbito de operações de capitalização de instituições de crédito com recurso a investimento público. O regime previsto na presente portaria não é aplicável às operações de recapitalização em curso, que continuam a reger-se pela Portaria n.º 150-A/2012, de 17 de maio.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES**Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro**

Décima terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro. Complementado com a Portaria n.º 113/2015, de 22 abril. Retificado pela Declaração n.º 46-A/2014, de 10 de novembro.

Lei n.º 40/2014, de 9 de julho

Procede à segunda alteração à Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido), modificando o conteúdo dos programas que integram a concessão do serviço público de televisão.

Lei n.º 39/2014, de 9 de julho

Aprova a segunda alteração à Lei n.º 8/2007, de 14 de fevereiro, que procede à reestruturação da concessionária do serviço público de rádio e televisão, bem como os novos estatutos da Rádio e Televisão de Portugal, S.A.

Lei n.º 38/2014, de 9 de julho

Procede à primeira alteração à Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, que aprova a Lei da Rádio, modificando o prazo para a concessão do serviço público de rádio.

**IMT – AUTORIDADE DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES
VEÍCULOS****Decreto-Lei n.º 138/2014, de 15 de setembro**

Transpõe a Diretiva n.º 2013/60/UE, da Comissão, de 27 de novembro, procedendo à alteração aos regulamentos relativos a características, dispositivos e homologação dos veículos a motor de duas e três rodas.

TRANSPORTES**Decreto-Lei n.º 133/2014, de 15 de setembro**

Revê o peso máximo de determinados veículos, procedendo à quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 99/2005, de 21 de junho, que aprova o Regulamento que Fixa os Pesos e as Dimensões Máximos Autorizados para os Veículos em Circulação.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS

Decreto-Lei n.º 114/2014, de 21 de julho

Estabelece os procedimentos necessários à implementação do sistema de faturação detalhada previsto na Lei n.º 12/2014, de 6 de março, que procedeu à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, relativamente aos serviços públicos de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos

Decreto-Lei n.º 108/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 68/2010, de 15 de junho, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos das regiões de Lisboa e do Oeste e à alteração dos estatutos da sociedade VALORSUL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos das Regiões de Lisboa e do Oeste, S. A.

Decreto-Lei n.º 107/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração do Decreto-Lei n.º 109/95, de 20 de maio, que cria o sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Algarve e à alteração dos estatutos da sociedade ALGAR – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.

Decreto-Lei n.º 106/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 235/2009, de 15 de setembro, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Norte Central e à alteração dos estatutos da sociedade RESINORTE – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.

Decreto-Lei n.º 105/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 11/2001, de 23 de janeiro, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Norte Alentejano e à alteração dos estatutos da sociedade VALNOR – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S. A.

Decreto-Lei n.º 104/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 53/97, de 4 de março, que cria o sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos

da margem sul do Tejo e à alteração dos estatutos da sociedade AMARSUL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S. A.

Decreto-Lei n.º 103/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 113/96, de 5 de agosto, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Vale do Minho e à alteração dos estatutos da sociedade VALORMINHO – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A.

Decreto-Lei n.º 102/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 166/96, de 5 de setembro, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Litoral Centro e à alteração dos estatutos da sociedade ERSUC – Resíduos Sólidos do Centro, S. A.

Decreto-Lei n.º 101/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 114/96, de 5 de agosto, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Vale do Lima e Baixo Cávado e à alteração dos estatutos da sociedade RESULIMA – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S. A.

Decreto-Lei n.º 100/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 116/96, de 6 de agosto, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da Alta Estremadura e à alteração dos estatutos da sociedade VALORLIS – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S. A.

Decreto-Lei n.º 99/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 89/96, de 3 de julho, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Sul do Douro e à alteração dos estatutos da sociedade SULDOURO – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos, S.A.

Decreto-Lei n.º 98/2014, de 2 de julho

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 319-A/2001, de 10 de dezembro, que cria o sistema multimunicipal de triagem, recolha seletiva, valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos da Cova da Beira, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 128/2008, de 21 de julho, que constitui a sociedade RESIESTRELA – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, S.A., bem como à alteração dos estatutos desta sociedade.

Portaria n.º 187-A/2014, de 17 de setembro

Aprova o Plano Estratégico para os Resíduos Urbanos (PERSU 2020), para Portugal Continental.

Portaria n.º 154/2014, de 5 de agosto

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas no concelho do Barreiro e revoga a Portaria n.º 963/2010, de 23 de setembro.

Portaria n.º 152/2014, de 4 de agosto

Primeira alteração à Portaria n.º 217/2013, de 3 de julho, que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de captações localizadas no concelho de Sintra.

ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS

Portaria n.º 156/2014, de 12 de agosto

Aprova para o ano de 2014, os preços da habitação, por metro quadrado de área útil (Pc), a que se refere a alínea c) do n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 141/88, de 22 de abril.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Lei n.º 52/2014, de 25 de agosto

Estabelece normas de acesso a cuidados de saúde transfronteiriços e promove a cooperação em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços, transpondo a Diretiva n.º 2011/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2011, e a Diretiva de Execução n.º 2012/52/UE da Comissão, de 20 de dezembro de 2012.

Decreto-Lei n.º 126/2014, de 22 de agosto

Procede à adaptação da Entidade Reguladora da Saúde ao regime estabelecido na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Decreto-Lei n.º 118/2014, de 5 de agosto

Estabelece os princípios e o enquadramento da atividade do enfermeiro de família no âmbito das unidades funcionais de prestação de cuidados de saúde primários, nomeadamente nas Unidades de Saúde Familiar e Unidades de Cuidados de Saúde Personalizados.

Decreto-Lei n.º 117/2014, de 5 de agosto

Procede à quarta alteração ao Decreto –Lei n.º 113/2011, de 29 de novembro, alterado pelo Decreto –Lei n.º 128/2012, de 21 de junho, e pelas Leis n.ºs 66 -B/ /2012, de 31 de dezembro, e 51/2013, de 24 de julho, que regula ao acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes, no que respeita ao regime de taxas moderadoras e à aplicação dos regimes especiais de benefícios.

Portaria n.º 182/2014, de 12 de setembro

Estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento, recursos humanos e instalações técnicas para o exercício da atividade das terapêuticas não convencionais.

ERC – ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL**Lei n.º 40/2014, de 9 de julho**

Procede à segunda alteração à Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido), modificando o conteúdo dos programas que integram a concessão do serviço público de televisão.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 16 DE DEZEMBRO DE 2014, ORDEM DOS TÉCNICOS OFICIAIS DE CONTAS CONTRA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA A ORDENS PROFISSIONAIS E FORO COMPETENTE

*Margarida Caldeira**

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal Constitucional (“TC”), pelo Acórdão n.º 875/2014 de 16.12.2014¹, julgou improcedente a Reclamação apresentada para a Conferência do TC pela Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (“OTOC”) da Decisão Sumária proferida pelo Juiz Relator de não conhecimento do Recurso interposto também pela OTOC para o mesmo Tribunal. Este Acórdão do TC transitou em julgado em 2015 e constitui a última decisão proferida no âmbito do recurso de impugnação judicial apresentado pela OTOC contra a Decisão condenatória da Autoridade da Concorrência (“AdC”) por infração jusconcorrencial.

2. ANTECEDENTES

A AdC emitiu uma Decisão condenatória da OTOC² em processo contraordenacional por infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho³ e ao

* Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

1 Proferido pela 3.ª secção do TC no proc. n.º 121/14.

2 Decisão de 7.5.2010 explicada, com mais detalhe, nos nossos Comentários à Jurisprudência inseridos nos n.ºs 13 e 16, Ano IV desta Revista.

3 Esta disposição legal estipula o seguinte: “1 – São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam,

artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)⁴, por esta ter, no exercício do seu poder regulamentar, adotado a decisão (que se qualifica como uma decisão de associação de empresas para o efeito daquelas normas), consubstanciada na aprovação e aplicação do “Regulamento de Formação de Créditos”⁵. Segundo a Decisão da AdC, a OTOC restringiu gravemente a concorrência por ter, através deste Regulamento, efetuado uma segmentação artificial do mercado da formação obrigatória permanente dos Técnicos Oficiais de Contas (“TOC”), atribuído a si própria o exclusivo da ministração de um terço da formação obrigatória e estipulado critérios aos quais faltava a necessária transparência, assentes na sua discricionariedade, na equiparação de outras entidades formadoras e na aprovação das suas ações de formação.

A OTOC interpôs recurso de impugnação judicial da Decisão da AdC junto do Tribunal do Comércio de Lisboa (“TCL”) que, por Sentença de 29.4.2011⁶, condenou a OTOC pela prática de uma contraordenação p. e. p. pelo artigo 4.º,

que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa; b) Fixar, de forma direta ou indireta, outras condições de transação efetuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico; c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes; f) Recusar, direta ou indiretamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços; g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos. 2 – Exceto nos casos em que se considerem justificadas, nos termos do artigo 5.º, as práticas proibidas pelo n.º 1 são nulas”. Na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprovou o atual regime jurídico de defesa da concorrência, esta matéria está regulada, em termos idênticos, no artigo 10.º.

4 O artigo 101.º do TFUE (correspondente ao artigo 81.º do Tratado CE), que inspirou o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, estabelece o seguinte: “1-São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2- São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.”

5 Publicado no Diário da República n.º 133, II Série, de 12.7.2007.

6 Proferida pelo 1.º Juízo do TCL, no processo n.º 938/10.7 TYLSB.

n.º 1, da Lei n.º 18/2003 e artigo 81.º, n.º 1⁷, do TFUE (pelos mesmos fundamentos expressos na Decisão da AdC) e declarou nulas e de nenhum efeito as disposições do Regulamento de Formação de Créditos, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 e do artigo 81.º, n.º 2, do TFUE. Desta Sentença, a OTOC interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”), no âmbito do qual solicitou a este Tribunal que fossem colocadas ao Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), em sede de reenvio, questões prejudiciais relativas à interpretação do Direito da Concorrência da União, mormente a sua aplicação às decisões tomadas por ordens profissionais. O TJUE, por Acórdão de 28.2.2013⁸, respondeu às questões prejudiciais no sentido de que, em síntese, um regulamento como o Regulamento da Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a OTOC, deve ser considerado uma decisão tomada por uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE; acresce que um Regulamento como este constitui uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º do TFUE, na medida em que elimine a concorrência numa parte substancial do mercado relevante, em proveito dessa ordem profissional, e imponha na outra parte desse mercado condições discriminatórias em detrimento dos concorrentes da referida ordem profissional. Este Acórdão do TJUE foi remetido ao TRL que, apreciando o recurso interposto pela OTOC, decidiu confirmar na totalidade a Sentença do TCL.

A OTOC interpôs recurso, do Acórdão do TRL, para o TC restrito à questão da competência dos tribunais do comércio. Através da acima indicada Decisão Sumária⁹, o TC decidiu não conhecer o recurso, tendo a OTOC apresentado reclamação desta Decisão Sumária para a Conferência do TC, que veio a proferir o Acórdão de que agora damos nota.

3. OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DO TC

A OTOC, na motivação do recurso interposto para o TRL, já havia sustentado que estando em causa a decisão de uma pessoa coletiva de Direito Público, não se aplica diretamente a Lei n.º 18/2003, pelo que a competência para a apreciação deste dissídio não pode ser de um tribunal comercial, que tem compe-

7 A Sentença referiu-se ao artigo 81.º (atualmente, artigo 101.º do TFUE), por sua vez correspondente ao original artigo 85.º do Tratado CE.

8 Este Acórdão, proferido no processo C-1/12, foi objeto do nosso Comentário no n.º 13, Ano IV, desta Revista.

9 Referenciada no nosso Comentário à Jurisprudência no n.º 16, Ano IV, desta Revista.

tência excecional em relação à competência dos tribunais administrativos, os quais serão os únicos competentes para apreciar a causa. Em consequência, de acordo com a OTOC, o artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003¹⁰ não é suscetível de aplicação analógica, pelo que interpretação diversa desta norma será inconstitucional por violação da reserva de jurisdição administrativa.

O TRL, confirmando o entendimento do TCL e seguindo a orientação (obrigatória) do TJUE, afirmou que a OTOC se apresenta como uma associação de empresas à qual é aplicável o regime jurídico da concorrência e o Regulamento de Formação de Créditos constitui uma decisão de associação de empresas. Por conseguinte, segundo o TRL, o artigo 50.º da Lei n.º 18/2003 é diretamente aplicável ao caso em apreço, e não por analogia, uma vez que o carácter de pessoa coletiva de direito público não subtrai a OTOC às regras de concorrência. Desta forma, não se verifica qualquer violação da reserva de competência da jurisdição administrativa, prevista no artigo 212.º, n.º 3, da CRP, sendo o TCL materialmente competente para conhecer do dissídio, enquanto atinente às regras da concorrência. Conclui o TRL que não se verificou qualquer inconstitucionalidade de substância ou decorrente da interpretação do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003 pelo TCL.

O TC, através da Decisão Sumária de 21.5.2014, decidiu não conhecer o objeto do recurso interposto pela OTOC por não estarem preenchidos todos os requisitos cumulativos de admissibilidade do recurso estipulados nos artigos 70.º e 72.º da Lei do TC.

A OTOC enunciou do seguinte modo as duas questões que pretendeu ver analisadas pelo TC: (i) a aplicabilidade do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, e conseqüente competência dos Tribunais do Comércio, a uma pessoa coletiva pública sem que conste da lei em causa menção expressa dessa aplicação, por violação do artigo 212.º, n.º 3, da CRP e da certeza que é necessária quanto às exceções à jurisdição administrativa, matéria de reserva de lei; (ii) a interpretação do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 no sentido de dele se extrair uma norma que atribua competência aos Tribunais do Comércio mesmo em matéria de anulação/nulidade de atos de administração, *maxime* de regula-

10 O artigo 50.º da Lei n.º 18/2003, com a epígrafe “Tribunal competente e efeitos” estipula, no n.º 1, que “[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”. O n.º 2 desta norma estabelece que “[d]as demais decisões, despachos ou outras medidas adotadas pela Autoridade cabe recurso para o mesmo Tribunal, com efeito meramente devolutivo [...]”.

mentos administrativos, por violação do artigo 212.º, n.º 3, da CRP e desfiguração do modelo típico da jurisdição administrativa.

OTC entendeu, quanto à primeira questão, que esta não corresponde à razão pela qual o TRL não considerou inconstitucional a atribuição de competência ao TCL para o conhecimento do recurso interposto pela OTOC, não obstante estar em causa uma pessoa coletiva pública. Segundo o TC, a aplicação do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 pelo TRL decorre da prévia subsunção do ato da recorrente (no caso, a aprovação e aplicação do Regulamento de Formação de Créditos) à previsão legal do artigo 2.º¹¹ e 3.º¹² da mesma lei. De acordo com o TRL, a OTOC é considerada uma empresa e a atuação da OTOC, consistente na aprovação e aplicação do Regulamento de Formação de Créditos, situa-se fora do exercício de prerrogativas típicas de poder público. Por conseguinte, a aplicação da Lei n.º 18/2003 à OTOC decorre, em primeira linha, da subsunção desta entidade e da sua concreta atuação aos mencionados artigos 2.º e 3.º da mesma lei. A aplicação do artigo 50.º da mencionada lei constitui, assim, corolário da operação interpretativa prévia quanto à aplicação dos artigos 2.º e 3.º da lei. Quanto à segunda questão aduzida pela OTOC, o TC considerou que a declaração de nulidade das normas controvertidas do Regulamento de Formação de Créditos não resulta do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003 mas sim dos artigos 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 e 81.º, n.º 2, do Tratado. Por conseguinte, segundo o TC, o enunciado da questão não coincide com a *ratio decidendi* do Acórdão do TRL, que assenta na interpretação conjugada de vários preceitos e não apenas do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003.

Como acima apontado, a OTOC interpôs reclamação desta Decisão para a conferência do TC, que sintetiza, no mencionado Acórdão, a argumentação da OTOC do seguinte modo:

Na decisão recorrida, o TRL assume que o artigo 50.º da Lei n.º 18/2003 é diretamente aplicável, não convocando qualquer outro normativo nomeada-

11 Esta norma, que tem como epígrafe “Noção de empresa”, estabelece, no n.º 1, que “considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”.

12 O artigo 3.º, com a epígrafe “Serviços de interesse económico geral”, estipula, no n.º 1, que “as empresas públicas e as empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pelo disposto na presente lei, sem prejuízo do disposto no n.º 2º da mesma norma. O n.º 2 estabelece que as empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto na Lei n.º 18/2003, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

mente em conjugação com aquele. Deste modo, segundo a reclamante, não é de acolher a conclusão, plasmada na decisão reclamada, quanto à não correspondência do objeto do recurso com a *ratio decidendi* do acórdão recorrido. Defende, ainda, que admitiu que a decisão recorrida encerrasse um ‘processo interpretativo que convocasse diferentes bases normativas’ tendo reputado o mesmo de inconstitucional e pretendendo, agora, que o TC aprecie a ‘legitimidade de tal processo interpretativo e de tal resultado da interpretação’. Quanto à segunda questão enunciada, sustenta a OTOC que não questionou que a competência anulatória do Tribunal de Comércio, a existir, resulte do artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, apenas suscitando a inconstitucionalidade parcial vertical do artigo 50.º, enquanto aplicado a situações em que a jurisdição dos tribunais do comércio seja chamada a controlar o uso de tais poderes administrativos.

O Ministério Público, respondendo à Reclamação, manifestou a concordância com a decisão reclamada, realçando os excertos relevantes no percurso argumentativo seguido pelo Tribunal *a quo*, e concluindo que a decisão sumária resulta de uma interpretação correta da *ratio decidendi* da decisão recorrida. A AdC, ao abrigo do princípio do contraditório, manifestou a concordância com a decisão reclamada, pelos fundamentos que o TC, no respetivo Acórdão, resume do seguinte modo: a aplicação do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, pelo TRL, corresponde a um colário de operação interpretativa prévia conducente à subsunção do concreto ato sindicado à previsão legal dos artigos 2.º e 3.º do mesmo diploma. Desta forma, as normas, cuja interpretação e aplicação ao caso concreto a recorrente parece contestar, encontram-se plasmadas nos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 18/2003, sendo certo que foi outra a disposição legal que a recorrente referiu no requerimento de interposição de recurso. Relativamente à segunda questão integrante do objeto do recurso, indicou a AdC que o aspeto verdadeiramente impugnado, na reclamação, é o da qualificação do regulamento como uma decisão de associação de empresas.

O TC julgou improcedente a reclamação apresentada, confirmando a Decisão Sumária, pelos seguintes fundamentos: a *ratio decidendi* do Acórdão do TRL não assenta em critério normativo extraído isoladamente do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003. Analisando o argumento da OTOC no sentido de que admitiu que a fundamentação do Acórdão do TRL assentasse num processo interpretativo resultante da convocação de diferentes bases normativas, o TC observa que impede sobre a recorrente o ónus de enunciar o específico critério normativo que se pretende sindicado, indicando a norma ou conjunto de normas

que constituam o suporte positivo de tal critério normativo. Quanto à segunda questão incluída no objeto do recurso, o TC considera que a enunciação da questão não corresponde a dimensão interpretativa extraída isoladamente do artigo 50.º, não tendo em tal preceito o mínimo de correspondência literal. Em consequência, para o TC, o enunciado da questão, quanto ao suporte legal que seleciona, não coincide com a *ratio decidendi* do acórdão recorrido.

Deste modo, o TC não conheceu o objeto do recurso interposto pela OTOC, pelo que transitou em julgado o Acórdão do TRL, mantendo-se a orientação adotada por este Tribunal no que respeita à competência de tribunais não administrativos para a apreciação de decisões da AdC que se dirijam a ordens profissionais.

4. CONCLUSÃO

O não conhecimento pelo TC do recurso interposto pela OTOC determinou a consolidação na ordem jurídica da orientação expressa pelo TRL no sentido de que os tribunais do comércio, à luz da Lei n.º 18/2003, são competentes para a apreciação de processos contraordenacionais por infrações jus-concorrenciais praticadas por entidades como a OTOC, não resultando daí violação da reserva de competência da jurisdição administrativa. A Lei n.º 19/2012, acima referenciada, que aprovou o novo regime jurídico da concorrência, consagra, no artigo 88.º, n.º 1, que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela AdC uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória. Assim, a orientação do TRL mantém a atualidade à luz do atual regime jurídico da concorrência.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JULHO A SETEMBRO DE 2014

elaborado por André Forte

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (9.^a Secção) de 11.09.2014, proferido no âmbito do Processo n.º 1085/11.0TYLSB (recurso de sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa – contraordenação).

Recorrentes: *Conforlimpa (Tejo) – Multiserviços, S.A.* e *Number One – Multi Services, Lda.*

Sumário: confirma na íntegra a decisão recorrida (Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, 1.º Juízo, de 24.07.2012).

Normas relevantes: arts. 1.º, 4.º, 22.º, 43.º, 44.º, 45.º e 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho; art. 39.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro; arts. 8.º, 18.º, 32.º, 41.º, 58.º, 59.º e 75.º do RGIMOS; arts. 118.º, 124.º, 127.º, 374.º, 379.º, 403.º, 410.º, 412.º, 419.º e 421.º do CPP; art. 349.º do CPC; art. 20.º da CRP.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – JULHO A SETEMBRO DE 2014

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo C-554/12 P.

Partes: Comissão e o./*Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo C-553/12 P.

Partes: Comissão/*Mytilinaios AE e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo C-295/12 P.

Partes: *Telefónica SA e o.*/Comissão e o.

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C-382/12 P.

Partes: *MasterCard Inc. e o.*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C-67/13 P.

Partes: *Groupement des cartes bancaires (CB)*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C-408/12 P.

Partes: *YKK Corporation e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de setembro de 2014, proferido no âmbito dos Processos C-184/13 a C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13.

Partes: *API – Anonima Petroli Italiana SpA/Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e o.*

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-543/08.

Partes: *RWE AG e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-541/08.

Partes: *Sasol e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-540/08.

Partes: *Esso Société anonyme française e o./Comissão*.

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-615/11.

Partes: *Royal Scandinavian Casino Århus I/S/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-601/11.

Partes: *Dansk Automat Brancheforening/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C-242/13.

Partes: *Commerz Nederland NV/Havenbedrijf Rotterdam NV*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo C-527/12.

Partes: *Comissão/Alemanha*.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-425/11.

Partes: Grécia/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 9 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-461/12.

Partes: *Hansestadt Lübeck*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de setembro de 2014, proferido no âmbito dos Processos C C-533/12 P e C-536/12 P.

Partes: *Société nationale maritime Corse-Méditerranée (SNCM) SA / Corsica Ferries France SAS*.

Acórdão do Tribunal Geral de 17 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-457/09.

Partes: *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-309/12.

Partes: *Zweckverband Tierkörperbeseitigung in Rheinland-Pfalz, im Saarland, im Rheingau-Taunus-Kreis und im Landkreis Limburg-Weilburg*/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-295/12.

Partes: Alemanha/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-52/12.

Partes: Grécia/Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-533/10.

Partes: *DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 11 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo T-151/11.

Partes: *Telefónica de España, SA e o./Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 3 de julho de 2014, proferido no âmbito dos Processos T-319/12 e T-321/12.

Partes: Espanha e o./Comissão.

Concentrações de empresas

Acórdão do Tribunal Geral de 5 de setembro de 2014, proferido no âmbito do Processo T-471/11.

Partes: *Éditions Odile Jacob SA*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 2014, proferido no âmbito do Processo C-84/13 P.

Partes: *Electrabel SA*/Comissão.

C&R

BIBLIOGRAFIA

Novidades Bibliográficas

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ADI AYAL – *Fairness in Antitrust: Protecting the Strong from the Weak*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

DENIS ALVES GUIMARÃES/FABRIZIO CUGIA DI SANT ORSOLA/REHMAN NOORMOHAMED – *Communications and Competition Law. Key Issues in the Telecoms, Media and Technology Sectors*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

KATRINA GROSHINSKI/CAITLIN DAVIES – *Competition Law in Asia-Pacific. A Practical Guide*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

MICHAEL J. FRESE – *Sanctions in EU Competition Law: Principles and Practice*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

ROGER D. BLAIR/D. DANIEL SOKOL – *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volume 1, Oxford: Oxford University Press, 2014.

ROGER D. BLAIR/D. DANIEL SOKOL – *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Volume 2, Oxford: Oxford University Press, 2014.

STUART BANNER – *The Baseball Trust: A History of Baseball's Antitrust Exemption Paperback*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

VASILIKI BRISIMI – *The Interface between Competition and the Internal Market: Market Separation under Article 102 TFEU*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014.

EVENTOS

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Seminário Internacional “*Compliance* e defesa da concorrência”

São Paulo, 28 de agosto de 2014

O Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, foi orador no Seminário “*Compliance* e defesa da concorrência”, organizado pelo CEDES – Centro de Estudos de Direito Económico e Social, e CADE – Conselho Administrativo de Defesa Económica, com o apoio da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3.^a Região – Emag e da Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe. No Seminário participaram também Vinícius Marques de Carvalho, Presidente do CADE, magistrados, académicos e oradores internacionais, entre outros.

Mais Informação disponível em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Intervencoes_publicas/Paginas/28082014-Compliance_Defesa_Concorrenca.aspx?lst=1&pagenr=3&&Cat=Todas+Categorias

NOTAS CURRICULARES

ANA SOFIA RODRIGUES

Ana Sofia Rodrigues foi nomeada Economista Chefe e Diretora do Departamento de Estudos Económicos e Acompanhamento de Mercados da Autoridade da Concorrência em Outubro 2015, após um ano como especialista sénior em concorrência na Divisão de Concorrência da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE), em Paris. Previamente, assumiu diversas funções na Autoridade da Concorrência, onde começou a sua carreira em 2006: foi economista sénior no Departamento de Controlo de Concentrações e no Departamento de Estudos Económicos e Acompanhamento de Mercados e, mais recentemente, foi assessora do Conselho de Administração. Obteve o Doutoramento em Economia pela Universidade de York (Reino Unido) em 2008, onde fez também o M.Sc. em Economia (2002). Foi *teaching fellow* no Departamento de Economia da Universidade de York e *visiting research scholar* no *Lebow College of Business* da Universidade de Drexel, em Filadélfia. É licenciada em Economia pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (2000).

Ana Sofia Rodrigues was appointed Chief Economist and Head of the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring of the Portuguese Competition Authority in October 2015, after a year as senior competition expert at the Competition Division of the Organization for the Economic Cooperation and Development (OECD) in Paris. Before that she held various positions at the Portuguese Competition Authority, where she started her career in Competition Policy in 2006: she was a senior economist at the Merger Department and at the Bureau of Economic Studies and Market Monitoring, and more recently, she was an economic advisor to the Board. She holds a PhD in Economics from the Department of Economics of the University of York (2008), where she also completed the M.Sc. in Economics in 2002. She was a teaching fellow at the University of York and she was also a visiting research scholar at the Lebow College of Business, Drexel University, Philadelphia. She did her undergraduate studies in Economics at the Faculty of Economics of the University of Coimbra (2000).

ANTÓNIO FERREIRA GOMES

É Presidente da Autoridade da Concorrência desde setembro de 2013. Foi especialista principal de concorrência na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), em 2013, Diretor do Departamento de Controlo de Concentrações, entre 2007 e 2013, e de Economista Sénior, entre 2005 a 2007. Professor auxiliar do Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial da Universidade de Aveiro, desempenhou ainda as funções de diretor em exercício da licenciatura em Economia (2004) e de vice-diretor da mesma (2001-2005) e foi assistente do Departamento de Economia, Gestão e Engenharia Industrial, entre 1999 e 2005, naquela universidade. Foi também Assistente do Departamento de Economia (*Graduate Teaching Assistant – Teaching Fellow*) na Universidade de York, no Reino Unido, entre 1997 e 1998. É licenciado em Economia pela Universidade de Coimbra (1995), *Mestre* (M.Sc.) em Economia pela Universidade de York (1997), *Mestre* em Economia pela Universidade Nova de Lisboa (1998) e doutorado em Economia pela Universidade de York (2005).

António Gomes is the President of the Portuguese Competition Authority since September 2013. Previously, he was a Senior Competition Expert at the OECD (2013), Director of the Merger Department of the Portuguese Competition Authority (2007-2013), Senior Economist at the Portuguese Competition Authority (2005-2007), Acting Director of the Undergraduate Degree in Economics at the University of Aveiro (2004), as well as its Deputy Director (2001-2005), Lecturer in the Department of Economics, Management and Industrial Engineering of the University of Aveiro (1999-2005) and Graduate Teaching Assistant (Teaching Fellow) in the Economics Department of the University of York (1997-1998). He holds an undergraduate degree in Economics from the University of Coimbra (1995), a MSc. in Economics from the University of York (1997), a Masters in Economics from the Nova University of Lisbon (1998) and a PhD in Economics from the University of York (2005).

JOÃO CONFRARIA

Administrador do ICP-Anacom desde 2012. Professor Auxiliar da Universidade Católica Portuguesa (UCP), onde ensina nas áreas de Economia da Regulação e de Políticas Públicas e é coordenador do Mestrado em Direito e Gestão. Na UCP coordenou Programas para Executivos em Regulação e Concorrência (2003-2008) e foi diretor do Centro de Estudos Aplicados (2005-2007). Exerceu funções públicas como Vice-Presidente do Instituto

Nacional de Aviação Civil (2008-2011) e Administrador do ICP-Anacom (1996-2002). Doutor em Economia pela UCP (1991), Mestre em Economia pela Universidade Nova de Lisboa (1988) e Licenciado em Economia pela UCP (1982).

Member of the Board of ICP-Anacom (Regulatory Authority for Communications Markets) and Assistant Professor at the Catholic University of Portugal (CUP), where he teaches Economic Regulation and Public Policy and is Coordinator of the Masters in Law and Business. At CUP, he has been coordinator of Executive Courses on Regulation and Competition (2003-2008) and Director of Centro de Estudos Aplicados (2005-2007). Vice-President of Instituto Nacional da Aviação Civil (Portuguese Civil Aviation Authority) from 2008 to 2011, member of the Board of ICP-Anacom from 1996 to 2002. PhD in Economics from the CUP (1991), Master in Economics from the New University of Lisbon (1988) and an Undergraduate Degree in Economics from the CUP (1982).

JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA

Licenciado (1989), Mestre (1998) e Doutor em Direito - Ciências Jurídico-Empresariais (2012) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Docente universitário desde 1989. Tem atividade de cooperação docente e científica, desde 1995, em Angola, Guiné-Bissau, Moçambique, Macau e Brasil. Codirector da Associação Portuguesa de Gestão da Cópia Privada (AGECOP) entre 2001 e 2008. Investigador convidado do *Institute of Advanced Legal Studies* (IALS), com sede em Londres, no Reino Unido. Membro do Conselho da Autoridade da Concorrência entre 2008 e 2013. Co-Diretor da revista C&R entre 2010 e 2013.

Undergraduate Degree (1989), Master (1998) and PhD in Law and Business (2012) by the Law Faculty, Lisbon University. University lecturer since 1989. Educational and scientific cooperation activity since 1995 in Angola, Guinea-Bissau, Mozambique, Macau and Brazil. Codirector of the Portuguese Association of Private Copy Management (AGECOP) from 2001 and 2008. Invited researcher of the Institute of Advanced Legal Studies (IALS), London, UK. Board Member of the Portuguese Competition Authority from 2008 to 2013. Co-Director of the C&R journal from 2010 and 2013.

LÚCIO TOMÉ FETEIRA

Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (1994-1999). Estudos pós-graduados em Direito das Empresas na Faculdade

de Direito da Universidade de Coimbra (2003-2004) e em Direito da Concorrência e Regulação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2005-2006). *Master of Research* e doutoramento (Ph.D.) em Direito pelo Instituto Universitário Europeu, de Florença (2006-2012). Pós-doutoramento em ciências jurídico-económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012-2014). Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Advogado.

LL.B. from the Faculty of Law of the Portuguese Catholic University (1994-1999). Post-graduate studies in Company and Commercial Law at the Faculty of Law of the University of Coimbra (2003-2004), and in Competition Law and Regulation at the Faculty of Law of the University of Lisbon (2005-2006). Master of Research and Ph.D. at the Law Department of the European University Institute (2006-2012). Post-doctoral research at the Faculty of Law of the University of Lisbon (2012-2014). Assistant Professor at the Faculty of Law of the Nova University of Lisbon. Lawyer.

MARGARIDA CALDEIRA

Licenciada em Direito pela Universidade Católica de Lisboa (1991). Pós-graduada em Direito Comunitário pela Universidade Católica - Centro de Estudos Europeus, Lisboa (1992). Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Inscrita na Ordem dos Advogados em 1991 (estágio de advocacia concluído em 1993), exerceu advocacia ininterruptamente, em prática privada até 2006, quer em regime individual, quer sobretudo integrada em diversas sociedades de advogados (advogada associada, sócia de indústria sénior e consultora). Aconselhou e patrocinou diversas empresas nacionais e multinacionais, principalmente nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial, Societário (fusões e aquisições), Civil (contratos) e contencioso. No mesmo período, publicou alguns artigos sobre Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial e Societário, e apresentou diversas comunicações em seminários sobre contratação comercial internacional. Em 2006 ingressou na Autoridade da Concorrência, exercendo, desde então, advocacia em prática exclusiva no Departamento Jurídico e do Contencioso, nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Contraordenacional, Processual (em particular, Processual Penal) e Administrativo.

Margarida Caldeira is graduated in Law from the Catholic University of Lisbon (1991). She holds a post-graduate degree in European Union Law from the Center for European Studies of the same University (1992). Ph.D (law) student at the

Nova Faculty of Law. Admitted to the Portuguese Bar in 1991 (lawyer training concluded in 1993), she worked as a lawyer continuously in private practice until 2006, both as an individual practitioner or (most of the time) integrated in several law firms (associate lawyer, partner, and of-counsel). Margarida Caldeira advised and represented several national and multinational companies, mainly regarding Competition and EU Law, Commercial Law and Companies Law (M&A), Civil Law (contracts) and litigation. During the same period, she published some articles on Competition and EU Law, Commercial and Companies Law, and was a speaker in seminars on international contracts. She joined the Portuguese Competition Authority in 2006 and since then has practised as a lawyer exclusively for this institution, integrated in the Legal Department focusing on Competition and EU Law, Regulatory Law, Procedural Law (especially Criminal Procedural Law) and Administrative Law.

NUNO CUNHA RODRIGUES

Licenciado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde obteve o grau de Mestre em Direito e de Doutor em ciências jurídicas e económicas. Professor auxiliar na Faculdade de Direito de Lisboa. Membro da direção do IDEFF e do Instituto Europeu (Faculdade de Direito de Lisboa). Autor de diversos livros e artigos nas suas áreas de pesquisa.

Graduated from the Law School of the University of Lisbon where he earned a Master's degree in Law and a PhD degree in legal and economic sciences. He is Professor at the Law School of Lisbon. Member of the board of IDEFF and the European Institute (Law School of Lisbon). Author of several books and articles in his research areas.

RAQUEL CARVALHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica, Mestre em direito pela Universidade de Coimbra e Doutora em Direito, em Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Escola do Porto – desde 2010. É investigadora e membro integrado no Católica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito desde 2014. Leciona nos três ciclos de estudos, na área de Direito Administrativo e Constitucional. As áreas de interesse científico e de publicação são o Direito Administrativo e em particular Contratação Pública, Contratos Administrativos, Direito do Urbanismo, Direito do Ambiente e

Direito do Emprego Público. Tem também alguma investigação e publicações em Direito Constitucional, em particular na área de Direitos Fundamentais e controlo de constitucionalidade.

Raquel Carvalho is graduated in Law by Catholic University's Law Faculty, she holds a Master's Degree by Coimbra's University Law Faculty and a PhD in Law and Political Sciences by the Catholic University's Law Faculty. Raquel Carvalho is a Law Professor at Catholic University's Law Faculty in Oporto School since 2010. She is a researcher and member of Catolica Research Centre for the Future of Law – Centro de Estudos e Investigação em Direito since 2014. She teaches Administrative and Constitutional Law. Her main areas of scientific interest and publication are Administrative Law, in particular Public Procurement Law, Administrative Contracts, Urban and Environmental Law and Public Employment. She has also some investigation and publications in Constitutional Law, in particular Fundamental Rights and constitutional control.

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 excecionais, 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 eletrónico.
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 eletrónico revista@concorrenca.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrenca.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 eletrónico 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

DIREÇÃO

Luís Silva Morais/Paulo de Sousa Mendes

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:

António Avelãs Nunes

António Menezes Cordeiro

Augusto Silva Dias

Barry Hawk

Bernardo Feijóo Sánchez

Bo Vesterdorf

Carlos Pinto Correia

David Gerber

Diogo Rosenthal Coutinho

Donald Baker

Douglas Rosenthal

Eleanor Fox

Fernando Borges Araújo

Fernando Herren Aguillar

Florianio 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 Wolter

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 Charbit

Oswald Jansen

Patrick Rey

Paulo Câmara

Paulo de Pitta e Cunha

Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira
André Forte
Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
Francisco Costa Cabral
Helena Gaspar Martinho

João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves
Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Sérgio Gonçalves do Cabo

Editores:

Concorrência e regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito da concorrência da União Europeia e comparado

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Direito contraordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no setor financeiro

Luís Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no setor das comunicações eletrónicas
Ana Amante

Regulação e concorrência no setor energético
Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no setor dos transportes terrestres
António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no setor da aviação civil
António Moura Portugal

Regulação no setor da proteção ambiental
António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Setor empresarial público/gestores públicos/privatizações
Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos
Nuno Cunha Rodrigues

Economia
António Pedro Santos/Paulo Gonçalves

Econometria
Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

