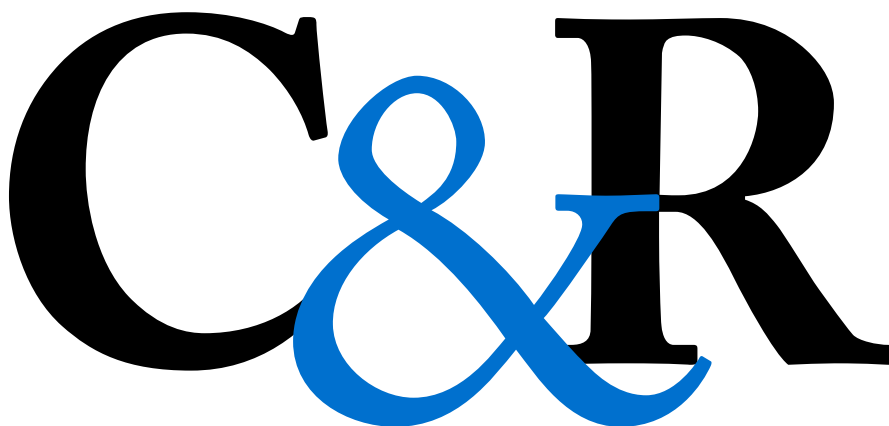


AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

PORTUGUESE COMPETITION AUTHORITY
INSTITUTE OF ECONOMIC, FINANCIAL AND TAX LAW
OF THE UNIVERSITY OF LISBON LAW SCHOOL



REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO
COMPETITION
AND REGULATION

ANO/YEAR X • NÚMERO/No 37
JANEIRO/JANUARY • MARÇO/MARCH 2019
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO X • NÚMERO 37
JANEIRO – MARÇO 2019

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Direção/Editorial Chairs

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

Presidência do Conselho de Redação/President of the Executive Editorial Board

RICARDO BAYÃO HORTA

Conselho Consultivo/Advisory Board

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano X • Número 37

janeiro – março 2019

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS

MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

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

SEDE DA REDAÇÃO

Avenida de Berna, 19

1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA

UNDO, L.^{DA}

ABRIL 2019

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx

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

A C&R tem uma política de acesso livre e gratuito.

Os artigos poderão ser lidos, descarregados, copiados, distribuídos, impressos,
pesquisados ou utilizados para qualquer propósito legal, sem barreiras financeiras,
legais ou técnicas. Os autores detêm o controlo da integridade do seu trabalho
e o direito a ser reconhecidos e citados.

ÍNDICE

9 EDITORIAL

13 DOUTRINA

13 Doutrina geral

15 John Davies, Jorge Padilla – *Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases*

29 Francisco Marcos – *A desordem judicial e a defesa da concorrência*

47 Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha – *Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?*

83 João Miranda Poças – *O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos*

113 BREVES

117 Maria João Melícias, Rita Prates – *Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação*

123 Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques – *Input foreclosure em concentrações verticais nos media: o caso Altice/Media Capital*

133 Rita Prates – *Partial implementation and gun-jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One*

143 JURISPRUDÊNCIA GERAL

145 Jurisprudência nacional de concorrência – janeiro a março de 2019

149 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2019

155 Notas Curriculares

165 Índice consolidado por temas

189 Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação

191 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Maria João Melícias

Miguel Sousa Ferro

O número 37 da Revista de Concorrência & Regulação debruça-se sobre várias questões prementes e estruturais do direito da concorrência da União Europeia e dos Estados-membros.

Encontrando-se o processo de transposição da Diretiva ECN+ atualmente em curso, Maria João Melícias e Rita Prates anunciam a metodologia que será adotada, os passos seguintes e as oportunidades de contributos de todos os interessados neste processo, que está a ser conduzido, nesta fase, pela Autoridade da Concorrência.

John Davies e Jorge Padilla, dando sequência a uma apresentação do segundo autor na V Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência, realizada a 18 e 19 de

Issue 37 of the Revista de Concorrência & Regulação discusses several pressing and structural issues of the competition law of the European Union and of the Member States.

Considering the ongoing implementation process of the ECN+ Directive, Maria João Melícias and Rita Prates describe the methodology that will be followed, next steps of the transposition process and call for contributions from all parties interested in this procedure, which is being conducted, in this phase, by the AdC (the Portuguese Competition Authority).

John Davies and Jorge Padilla, building on a presentation by the second author at the V Lisbon Conference on Competition Law and Economics,

outubro de 2018, sublinham a importância da análise de barreiras à entrada no mercado no contexto da avaliação de preços potencialmente excessivos. Defendem que, da perspetiva económica, a qualificação de preços como excessivos em mercados contestáveis é desnecessária e indesejável.

Francisco Marcos debruça-se sobre o papel e o impacto do controlo judicial da atividade da *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC), a autoridade de concorrência espanhola, nos primeiros anos da sua existência. Com vários exemplos – como a notificação pelo tribunal de uma empresa para exercer o contraditório, antes de emitir um mandado de *dawn raid* para essa empresa solicitado pela CNMC –, o Professor Marcos destaca os tribunais como um obstáculo significativo à efetividade do *public enforcement* da concorrência em Espanha, neste período.

Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha olham para o modo como o direito da concorrência trata as restrições verticais no contexto das plataformas de comércio eletrónico, especialmente os desenvolvimentos recentes da jurisprudência e da prática administrativa. Os autores identificam um aumento do interesse e número de casos nesta área, e defendem uma abordagem mais económica a estes casos.

which took place on 18-19 October 2018, underline the importance of analyzing barriers to entry into the market in the context of assessing potentially excessive prices. They argue that, from an economic perspective, qualification of prices as excessive in challengeable markets is unnecessary and undesirable.

Francisco Marcos looks at the role and impact of judicial review of the activity of the Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), the Spanish competition authority, in the first years of its existence. Providing several examples – such as a court notifying an undertaking to issue its opinion, before issuing a warrant for a dawn raid at that undertaking, requested by CNMC – Professor Marcos singles out the courts as a significant obstacle to the effectiveness of the public enforcement of competition law in Spain, in this period.

Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto and Francisco Chilão Rocha look at how competition law tackles vertical restrictions in the context of e-commerce platforms, particularly recent developments of case-law and administrative practice. The authors conclude by identifying an increase in the interest for and number of issues in this area, and defend an increased economics approach to these cases.

João Miranda Poças regressa à prática de *hub and spoke*, discutida pelo Professor Richard Whish no número anterior da C&R. O autor foca-se sobretudo na jurisprudência dos tribunais da União Europeia e do Reino Unido, e mostra-se preocupado com potenciais resultados injustos e eventualmente violadores do princípio da presunção de inocência.

Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro e Pedro Marques, que integraram a equipa da AdC que trabalhou no caso Altice / Media Capital, discutem o problema do *input foreclosure* em concentrações verticais nos meios de comunicação social. Recorde-se que esta notificação foi retirada na fase 2 pela notificante, não tendo sido adotada decisão final de proibição ou de não oposição, pelo que estas questões foram apenas analisadas na decisão da AdC de passagem a investigação aprofundada. Os autores realçam que se tinham evidenciado preocupações que teriam conduzido, provavelmente, a uma decisão negativa.

Rita Prates debruça-se sobre os desenvolvimentos, a nível da UE, do que constitui *gun jumping* e implementação parcial no controlo de concentrações, com especial enfoque no caso Canon/Toshiba Medical Systems. Esta é a primeira parte de uma reflexão mais ampla, que será continuada num próximo número da C&R.

João Miranda Poças returns to the issue of hub and spoke, discussed by Professor Richard Whish in the previous issue of C&R. The author focuses specifically on European Union and United Kingdom case law and he expresses concern of potentially unfair results, which may infringe the principle of the presumption of innocence.

Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro and Pedro Marques, who were members of the AdC's case team that worked on the Altice / Media Capital merger case, delve into the problem of input foreclosure in the context of vertical mergers in the media sector. It should be recalled that the notification of this merger was ultimately withdrawn by the notifying party during phase 2, thus no final prohibition or clearance decision was adopted, so that these issues were only assessed in the AdC's decision to open an in-depth investigation. The authors highlight that there were concerns that would probably have led to a negative decision.

Rita Prates looks at the developments, at the EU level, of what constitutes gun jumping and partial implementation in merger control, with special focus on the Canon/Toshiba Medical Systems case. This is the first part of a broader analysis, which will be continued in a following issue of the C&R.

Por último, em continuação do n.º anterior da C&R, realce-se o novo formato da secção de jurisprudência de concorrência da União Europeia, onde a apresentação de descritores e do identificador ECLI a torna muito mais útil e informativa para o leitor.

Finally, and following the previous C&R issue, the new format of the section on EU Jurisprudence on competition now includes descriptors and the ECLI identifier, making it significantly more useful and informative to any reader.

C&R

DOCTRINA

Doutrina geral

ANOTHER LOOK AT THE ROLE OF BARRIERS TO ENTRY IN EXCESSIVE PRICING CASES

*John Davies, Jorge Padilla**

ABSTRACT *In this paper we explain that an important screen for the assessment of excessive pricing allegations is the existence of very high and persistent barriers to entry. When this condition is not met, there is no justification for the use of competition law to penalize a firm's pricing decisions ex-post. Most importantly, this is because the market will self-correct, but also because demonstrating to the required standard that prices are excessive is likely to be impossible. When barriers to entry are low, therefore, it becomes undesirable to prosecute excessive pricing. Prosecuting firms for setting prices that encourage entry might chill competition and harm consumers.*

INDEX 1. Introduction. 2. The Long-Run Competitive Equilibrium Price. 3. Open Markets Feature No Excessive Prices. 3.1. Uncertain Entry. 3.2. Coordination and Price Leadership. 3.3. Strategic Pricing. 4. The Challenges of Implementing the United Brands Test. 5. Concluding Remarks.

1. INTRODUCTION

The case for intervention against excessive pricing is simple and well-grounded in economic theory: excessive prices distort allocative and productive efficiency. An excessive price has two negative effects on allocative efficiency and, hence, on consumer welfare: first, it transfers value (quasi-rents) from consumers to firms, as every consumer who purchases the goods and services on offer pays

* John Davies is an Executive Vice President at Compass Lexecon. Jorge Padilla is Senior Managing Director at Compass Lexecon, Research Fellow at CEMFI (Madrid) and teaches competition economics at the Barcelona Graduate School of Economics (BGSE) and the Toulouse School of Economics (TSE). The authors have acted as consultants in various excessive pricing cases in Canada, the EU, Italy, Spain and the UK. The authors are grateful for the support of Gianmarco Calanchi and John Ivory, in developing this paper. The views expressed in this paper are the sole responsibility of the authors and cannot be attributed to Compass Lexecon or its clients. The authors welcome comments at the following email address: jpadilla@compasslexecon.com.

more for them than in a competitive market; second, and most importantly, it destroys value by forcing out of the market some consumers with relatively modest valuations. This last effect results not only in a reduction of consumer welfare; it also reduces total welfare (defined as the sum of consumer welfare and industry profits.) By preventing all gains from trade from being exhausted, such an excessive price distorts the optimal allocation of resources.

When prices are set at a competitive level, production is undertaken by the most efficient firms, i.e., those with the smallest marginal costs of production. Firms with marginal costs of production above the competitive price remain inactive as, otherwise, they would incur losses. The same outcome is not guaranteed when the equilibrium price exceeds the competitive price due to market power. In those circumstances, it is possible that production is undertaken by both efficient and less efficient firms. In short, excessive prices can also distort productive efficiency.

The case *against* intervention in excessive pricing cases can in turn be summarised as follows. Firstly, such interventions effectively set a cap on prices and, therefore, may chill the incentives to invest and innovate by reducing the *ex-post* return to investment. Secondly, identifying excessive prices is an extremely difficult task for both conceptual and practical reasons, which may lead to excessive intervention. Thirdly, excessive pricing should not be a concern in markets with low or modest barriers to entry, because any attempt to set prices above competitive levels will be self-defeating. Thus, intervention should be limited to cases where entry barriers are very high and not in circumstances where the market is contestable, since high prices would ordinarily attract new entrants that would compete away the excessive margins. Because markets are generally quicker and more effective at correcting excessive prices than administrative action or litigation, which takes time and tends to be haphazard, the expected cost of intervention is bound to be greater than that of inaction when barriers to entry are low.¹

The first two arguments against intervention have been criticised as being overstated or irrelevant. Firstly, it is argued that an objection based on avoiding price regulation is overstated given that such regulations are common in other areas of competition law and consumer law, including Article 102 TFEU (*e.g.*, in margin squeeze cases). Secondly, while the problems of

1 Another reason to prefer market entry to administrative action is that market competition is likely to yield additional benefits to consumers, if entrants are innovative for example. Competition is not just a way to keep prices down.

measuring costs and profits are real in excessive pricing cases, they are not inherently more complicated than similar exercises conducted elsewhere under Article 102 TFEU (*e.g.*, in predation cases). Margin squeeze, predatory pricing, and conditional rebates typically involve extremely detailed analysis – and, ultimately, if intervention is ordered, regulation – of costs and prices.

Reflecting all the aforementioned considerations, a consensus emerged that intervention under competition law against excessive pricing should be limited to “exceptional circumstances”: intervention should be restricted to industries protected by high barriers to entry; where one firm enjoys considerable market power (*i.e.*, quasi-monopoly power); where investment and/or innovation play a relatively minor role; where all benchmarking exercises produce a consistent result; and, where the difference between the prices charged by the dominant firm and the benchmarks used is substantial and persistent. This approach limits intervention to circumstances where the expected costs of Type I errors (false convictions) are small, because innovation and investment incentives cannot be thwarted, and the expected costs of the Type II errors (or false acquittals) are large, because prices are close to monopoly levels and the market does not self-correct.²

This consensus is now subject to criticism, in particular as regards the importance of entry barriers as a limiting factor for intervention. In an influential paper, Professors Ezrachi and Gilo argue that excessive pricing is not necessarily self-correcting even in markets without entry barriers.³ Their primary insight is that entrants will not be concerned with the *pre-entry* (excessive) price but rather the *post-entry* prices, which may be cut upon entry. If the entrant has good information on the incumbent’s costs/efficiency, and realises the incumbent is more efficient, it is unlikely to enter, even if pre-entry prices are excessive. This paper considers this criticism and explains why it should not disrupt the existing consensus.

The balance of this paper is structured as follows. In Section II, we explain why prices at or below the *long-run competitive equilibrium price* should not be regarded as excessive. In Section III, we establish our basic proposition: there cannot be excessive pricing in markets with no entry barriers. We also discuss possible objections to this proposition, including that raised by Professors Ezrachi and Gilo. Section IV discusses the implications of our findings for the implementation of the *United Brands* test. In Section V we conclude.

2 See Evans & Padilla, 2005. See also Motta & Streel, 2006; Paulis, 2007; Jenny, 2018.

3 See Gilo & Ezrachi, 2009. See also Ezrachi & Gilo, 2010.

2. THE LONG-RUN COMPETITIVE EQUILIBRIUM PRICE

Economists define *excessive prices* as those which are set significantly and persistently above the “competitive level.” In some industries, that competitive benchmark is naturally given by the price that would apply in a *perfectly* competitive market – one where all firms act as price-takers and set prices at the marginal (or incremental) cost of production. This is because at the perfectly competitive price the market outcome is allocatively efficient – no consumer with a valuation for the good or service above its (marginal) cost of production is left without it; and productively efficient – production costs are minimised.

In many other industries, however, the perfectly competitive ideal is unrealistic. This is the case in industries characterised by economies of scale and scope, network effects, switching or search costs or in two or multi-sided industries. In these industries, pricing at perfectly competitive levels would yield overall losses in the short term and under-investment in the long term. Excessive prices should therefore be defined by reference to the prices that would result in a “long-run competitive equilibrium,” where the price for the product traded is such that demand equals supply and there are *no* barriers to entry or exit. In such an equilibrium, all firms in the market recover their costs and obtain an appropriate return for their investment, so no firm has an incentive to exit. Furthermore, no outsider firm has an incentive to enter, because *post*-entry prices would not cover the long-run incremental costs of manufacturing and commercialising the product. In a long-run competitive equilibrium, consumers are protected from exploitation, since free entry prevents excessive rents, and investors are protected from excessive intervention, since the long-run competitive price is set at a level that covers their costs and hence justifies the decision to enter and remain in the market.

The long-run competitive equilibrium price arises when there is free entry and free exit. The so-called “contestability theory”, postulated in the 1980s by Baumol *et al.*, claimed that the mere threat of entry by a competitor was sufficient to force a monopolist to set a limit price equal to its own average total cost in order to deter entry.⁴ This theory is sometimes referenced in support of the claim that the long-run competitive price should equal the average incremental cost of the dominant firm. However, this theory relies on the unrealistic assumption that entry and exit occur before the incumbent can cut prices and, therefore, the theory cannot be relied upon. Under

4 See Baumol, Panzar and Willig, 1982.

realistic assumptions about the timing of entry and exit, the long-run competitive equilibrium price will exceed the long-run average incremental cost of the dominant firm, unless market demand is so large that the market could accommodate several competitors with the same efficiency as the incumbent.

In other words, free entry and exit (*i.e.*, contestability) does not eliminate all (infra-marginal) rents in a long-run competitive equilibrium. In such a competitive equilibrium, efficient firms can appropriate the rents that derive from their idiosyncratic efficiencies. To illustrate this statement, consider, for example, a market populated by efficient and inefficient firms, where both types of firms are needed to meet demand. In such a case, the competitive price will be given by the incremental cost of the inefficient firms. Those firms will make zero (economic) profits in the long-run. Instead the efficient ones will obtain a positive margin (equal to the difference between the equilibrium price and their incremental cost) and, therefore, earn positive (economic) profits (*i.e.* a rate of return in excess of their cost of capital).

Prices may fall below the long-run competitive equilibrium price in markets where exit is too costly or is blockaded. This is because those markets are “forced” to operate with excessive capacity and, consequently, prices are kept artificially low. It follows that the competitive benchmark cannot be established using prices observed in markets where entry is free, but exit is blockaded.

3. OPEN MARKETS FEATURE NO EXCESSIVE PRICES

It follows from the above that the price charged in a market with no barriers to entry cannot be above the long-run competitive equilibrium price for very long and, as such, it cannot be considered excessive since it does not *persistently* depart from the relevant competitive benchmark. The criterion of ‘persistently’ is needed because prices in different open markets need not converge to the long-run competitive equilibrium price at the same speed and, therefore, we may incorrectly conclude that the prices observed in one market are excessive while competitive in another when, in truth, both markets are competitive but in one the effect of entry is felt more quickly than in the other.

To illustrate this proposition, consider for example two markets where entry and exist is costless. Suppose that in each market there are M potential competitors with the same marginal cost of production, c , and the same fixed costs, F . Suppose further that (a) demand is equal to $A - p$ in the first market,

while it is $B - p$ in the second, where p denotes price; and (b) incumbent firms compete à-la-Cournot (*i.e.*, setting quantities to maximise profits.) For a given market structure – *i.e.*, in the short-term when the number of active firms in both markets is the same, $N < M$ – market prices will differ across countries depending on the size of their respective markets. The (short-run) equilibrium price in the first market equals $(A + Nc) / (N + 1)$, while it is $(B + Nc) / (N + 1)$.

If A is greater than B , *i.e.*, if the first market is larger than the second, then the long-run competitive equilibrium price in the first market will be larger than in the second. This does not imply that the price in the first market is excessive. The number of firms in each of the two markets will keep increasing for as long as profits are positive. If entry takes place sequentially (a few firms at a time), the market price will converge to its long-run competitive equilibrium level, $c + \sqrt{F}$ much more quickly in the second market but it will reach that level in the first market too. This is because the equilibrium number of firms in the first market will be greater than in the second, which explains why convergence to the long-run competitive equilibrium may take more time in the first market. The risk is therefore that one may conclude that prices in the first market are excessive because they are not only above the long-run competitive price but also above those of the second market, when in fact the price differential will disappear as entrants move gradually into the market.

This example explains why prices should not be regarded as excessive unless they exceed the competitive benchmark for a sufficiently long period of time. It also illustrates that, unless entry is not timely, a market with no barriers to entry cannot sustain supra-competitive prices for long. Last but not least, it implies that, while the time evolution of prices may differ from one open market to another where firms operate the same technology depending on the size of the market or the speed of entry, both markets will eventually converge to the same price and, hence, there is no justification for an excessive pricing finding in either of them.

3.1. Uncertain Entry

The simple model above can be modified to investigate the effect of uncertainty regarding the timing (and magnitude) of entry. Consider, for example, a market with a single incumbent. The monopolist understands that a supra-competitive price will trigger the entry of rivals and depress prices. Which price path it selects will depend on its beliefs about the speed of entry

and the relationship between that variable and price. It may decide to set a low price from the start if it believes that entry is unlikely to happen provided the price is low; or it may set a high price and reduce it gradually towards the long-run competitive price if it expects that entry will happen soon regardless the price it selects. One way or the other, provided entry is timely, the implications of these two different pricing strategies on long-run consumer welfare are virtually the same. It would thus make no sense to sustain that the former is legitimate while pronouncing the latter abusive.

The incumbent which sets a high price expecting that entry will happen fast regardless of the price will prove “lucky” if entry is slower than anticipated. Its profits will be higher than expected *ex ante*, but those extra *ex-post* rents do not reflect market power. By the same token, it could have proven “unlucky” if, contrary to its expectations, entry occurred quickly because of the very high price it charged. Furthermore, as stated above, consumer welfare will be the same in the long run whether he proves lucky or unlucky or just right.

3.2. Coordination and Price Leadership

It may be argued that entry, or the threat of entry, will be ineffective if entrants rationally choose to coordinate their prices with the incumbent or, alternatively, they prefer to act as price followers merely matching the incumbent price. This may be valid concerns in markets where entry is possible but restricted as, for example, in US pharma markets where generic entry is restricted for a limited period of time. But they are unjustified in markets where entry is unrestricted. As is well-known, the possibility of unrestricted entry makes (tacitly) collusive agreements unsustainable. Similarly, free entry will undermine the incentives of the incumbent to act as a price leader, since the size of the competitive fringe will keep growing (and the incumbent’s market share falling) for as long as its price exceeds the long-run competitive equilibrium price.

3.3. Strategic Pricing

As explained in the Introduction, Professors Ezrachi and Gilo argue that excessive pricing is not necessarily self-correcting even in markets with free entry and exit. They correctly state that the decision to enter a market is not driven by the *pre*-entry, excessive price but rather by the price that is expected to prevail *post*-entry, which may be significantly lower. They then claim that if the entrant anticipates that the incumbent will engage in a price war

post-entry, it will not enter even if *pre*-entry prices are excessive. But if it nevertheless enters, then entry is not driven by the high *pre*-entry price but rather by the expected profitability *post*-entry.⁵

None of these claims undermines our basic proposition that excessive prices are not possible in markets with no barriers to entry, though. In any such market a dominant firm will generally be unable to sustain prices above the long-run competitive equilibrium price,⁶ because that is precisely the price that an entrant would normally expect *post*-entry. Professors Ezrachi and Gilo's critique only applies to cases in which the entrant expects *post*-entry prices to be below the long-run competitive equilibrium price. There are few plausible situations in which this could occur and none of them justify intervention under competition law.

One possibility is that the dominant firm may be trying to prevent entry by threatening a price war involving prices below the long-run competitive equilibrium price. However, such a threat will not be credible in most circumstances. Absent informational asymmetries or differential financial constraints,⁷ entrants will be able to sustain a war of attrition with the incumbent and, therefore, the incumbent will prefer not to engage in a mutually destructive price war. In fact, the empirical evidence shows that prices are not usually used by incumbents to block entry.⁸

Another possibility is when normal competitive pricing *post*-entry would not enable the entrant to recover its investment cost. This is a well-recognised phenomenon in economics and it has a name: natural monopoly. There is also a well-recognised solution, at least when natural monopolies are large enough to be worth bothering about: *ex-ante* regulation. In most countries,

⁵ See Gilo, 2018.

⁶ The incumbent may be able to limit entry if there is asymmetric information regarding the level of demand and / or the incumbent's costs, or if the entrant is subject to financial constraints due to asymmetries of information in the capital market. Otherwise, absent barriers to entry, including e.g. significant consumer switching costs, entry or the threat of entry will keep prices at or below the long-run competitive equilibrium price.

⁷ See previous footnote. The threat of a price war is not credible for many reasons. First, the dominant firm may not be able to recover some of the customers lost to the entrant, since the entrant will enter with long-term contracts. Second, economic theory shows that the incumbent often finds it optimal to cut prices *post*-entry but rather to accommodate the entrant. This is especially true if the entrant enters with a relatively small scale (see Gelman & Salop, 1983), or when the entrant sinks considerable production costs before competition starts (see Dana & Spier, 2007). Third, the incumbent may not be willing to fight the entrant by cutting prices if the entrant's exit is unlikely to return prices to their *pre*-entry levels due to, for example, buyer power.

⁸ See Geroski, 1995.

governments do not rely on the threat of prosecution under competition law to deter natural monopolies from pricing above ‘reasonable’ levels, for good reason. If entry and competition are simply unfeasible, then there is only regulation to turn to, so it should be predictable and transparent. An *ex-ante* system, under which a monopolist is told the rules of the game and can operate and invest in conditions of greater certainty is generally held to be preferable to *ex-post* prosecution. So, in these circumstances too, competition law intervention is not warranted, although other forms of intervention might be (especially those that might bring down barriers to entry: turning a ‘natural’ monopoly into a competitive market).

It is therefore hard to see circumstances in which intervention against excessive pricing under competition law would be appropriate, in markets with low or no barriers to entry. Indeed, an attempt to do so would run into fundamental methodological problems, as we now explain.

4. THE CHALLENGES OF IMPLEMENTING THE *UNITED BRANDS TEST*

Established case law going back to the *United Brands* judgement⁹ requires *inter alia* an assessment of the gap between the prices and costs of the allegedly dominant firm, where cost data are available.¹⁰ As the case law requires that the relevant gap be “persistent,”¹¹ this exercise amounts to assessing the profitability of the allegedly dominant firm over time. However, this is only straightforward in a static market in which future demand and supply conditions are rather predictable, among other reasons because there are significant barriers to entry. In such a market, a price can provide an incumbent with predictable, stable high profits and a competition authority might be able reliably to demonstrate that consumers would have been better off had the incumbent set a lower price during the alleged infringement period.

9 Judgment of 14 February 1978, *United Brands*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

10 In the *United Brands* judgement, the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) established that the assessment of a potential excessive price infringement requires determining (as “limb 1”) “whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive”. Judgment of 14 February 1978, *United Brands*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, paragraph 252.

11 The recent judgement of the CJEU in *AKKA/LAA* made clear that the test requires a demonstration that prices are persistently abusive, i.e. over a period of time. Judgment of the Court of 14 September 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība v Konkurences padome*, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689.

However, neither the incumbent nor the competition authority can be so sure about future demand and, especially, about future supply conditions in a dynamic market that is not characterized by high barriers to entry. In such a market, the dominant firm does not know when setting its prices whether they will result in sustained high profits or just a short period of high profitability before increased competition from entry makes the market less profitable again. That is, because entry becomes endogenous to pricing decisions, it becomes virtually impossible to establish the expected profitability of the products under enquiry at the time prices are set.

Note, in particular, that when barriers to entry are low, establishing which costs are “actually incurred” over a sustained time period is far from being straightforward. Sunk costs are recovered over multiple years. As a matter of economics, therefore, they should be spread over the entire period over which the products under enquiry are profitable. But future profitability is uncertain: one of the most disruptive risks to a firm’s profitability is competitors’ entry. Higher prices yield higher margins in the short run, but also increase the chances of facing new competitors and/or accelerating their entry, leading to reduced margins and volumes, in the future. As profitability is lower after entry, the recovery period for sunk costs becomes shorter and margins, both before and after entry, smaller. When entry barriers are low, establishing which costs are “actually incurred” in a given period may thus be extremely challenging. This brings the question as to whether we can really assess profitability over a “persistent” period when firms do not benefit from exclusive rights or legal monopolies?

Given these uncertainties a meaningful price-cost comparison will be difficult, if not practically impossible. Realistically, it would require an exhaustive exercise that takes into account all possible hypothetical market developments and identifies a material price cost gap under any possible hypothetical.

Assessing prices and costs *ex-post* – i.e. when all uncertainties are resolved – may unfairly and inefficiently condemn a firm which set reasonable prices because demand and supply evolved favourably. Out-turn profitability is not a reliable guide to what might have been expected when those prices were decided. Indeed, as explained above, the dominant firm may expect to obtain a reasonable return by setting a price given its expectations on entry and then find that its profits are much higher (if entry did not take place as early as expected) or much lower (if the prices chose triggered immediate entry).

Therefore, examining historical margins does not provide a satisfactory account for the risks and uncertainties listed above, as it may only show how

these have resolved over time. It may lead to finding a firm liable for having adopted a “reasonable” *ex-ante* pricing strategy (given its information and expectations) only because, *ex-post*, these risks and uncertainties eventually resolved favourably to the firm. This approach would disregard the fact that the same risks and uncertainties could also have plausibly resolved the other way around. Such an *ex-post* assessment cannot have proper deterrence effects and may cause firms to price inefficiently to minimize the risk of penalties.

A competition authority that condemns an episode of high prices followed by entry risks hurting consumers, since consumers could be better off if a short period of high prices induces entry and price competition than they would have been had the incumbent kept prices somewhat lower and no entry took place. From a policy perspective, consumers may be worse off if prices are set at a level that does not attract entry (“limit pricing”) than they would be with high prices first but entry and lower prices in the long term. Prosecuting a firm for excessive pricing in the context of low barriers to entry and therefore when entry is endogenous to the pricing decisions of the allegedly dominant firm, may thus easily result in the prosecution of pro-competitive and welfare enhancing practices. This is not to say that excessive pricing can never be demonstrated to a reasonable standard of certainty. It can, but only in markets where there is little if any threat of entry.

5. CONCLUDING REMARKS

In this paper we have explained that an important screen for the assessment of excessive pricing allegations is the existence of very high and persistent barriers to entry. When this condition is not met, there is no justification for the use of competition law to regulate a firm’s price *ex-post*. Most importantly, because the market will self-correct, but also because demonstrating to the required standard that prices are excessive is likely to be impossible. When barriers to entry are low, therefore, it becomes undesirable to prosecute excessive pricing. Prosecuting firms for setting prices that encourage entry might chill competition, harming consumers.

This conclusion remains valid when the prices being investigated follow from a significant price increase, because consumers cannot be harmed if that increase triggers entry. Furthermore, even if entry is delayed, there is no reason to prohibit prices increases when, as in this case, *post*-increase prices are in line with the prices set for “comparable” products and, importantly, pre-increase prices were not profitable.

According to the European Commission, “*enforcement action against excessive prices has only been considered as a last resort in markets where high prices and high profits do not have their usual signalling function to attract entry and expansion because of very high and long-lasting barriers to entry and expansion. This recognises that, even though prices may be temporarily high, due to a mismatch of demand and supply or the exercise of market power, it is preferable to give market forces the time to play out and entry and expansion to take place, thereby bringing prices back to more normal levels.*”¹²

We concur.

BIBLIOGRAPHY

- BAUMOL, W. J., PANZAR, J. C., Willig, R. D.
1982 *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich.
- DANA, J.D., SPIER, K.E.
2007 “Entry Deterrence in a Duopoly Market,” *The B.E. Journal of Economic Analysis and Policy*, Vol. 7(1), Article 19.
- EUROPEAN UNION
2011 Contribution to OECD, *Policy Roundtables – Excessive Prices*.
- EVANS, D.S., PADILLA, J.
2005 “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules,” *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 1, 97-122.
- EZRACHI, A., GILO, D.
2010 “Are Excessive Prices Really Self-Correcting?” *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 5, 249-268.
- GELMAN, J.R., SALOP, S.C.
1983 “Judo Economics: Capacity Limitation and Coupon Competition,” *Bell Journal of Economics*, Vol. 14(2), 315-325.
- GEROSKI, P.A.
1995 “What do we know about entry?” *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 13, 421-440.

¹² European Union, 2011: 317.

GILO, D.

- 2018 "A Coherent Approach to the Antitrust Prohibition of Excessive Pricing by Dominant Firms," in Katsoulakos, Y. & Jenny, F. (eds.), *Excessive Pricing and Competition Law Enforcement*, Springer, 99-126.

GILO D., EZRACHI A.

- 2009 "Excessive Pricing, Entry, Assessment and Investment: Lessons from the Mittal Litigation," *Antitrust Law Journal*, Vol. 76(3), 873-897.

JENNY F.

- 2018 "Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices," in Katsoulacos, Y. & Jenny, F. (eds.), *Excessive Pricing and Competition Law Enforcement*, Springer, 5-70.

MOTTA, M., STREEL, A. de

- 2006 "Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law" in Ehlermann, C.D. & Atanasiu, I. (eds.), *European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of Dominant Position?*, Hart Publishing.

PAULIS E.

- 2007 "Article 82 EC and Exploitative Conduct" in Ehlermann, C.D. & Marquis, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing.

A DESORDEM JUDICIAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Francisco Marcos*

ABSTRACT *This article reviews public enforcement of the prohibitions of anti-competitive behavior in Spain in recent times. After a brief tour of the administrative enforcement of competition rules by the National Commission Markets and Competition (CNMC) in its first three years of existence, this article focuses on judicial review as the most worrying challenge faced by competition law enforcement in Spain nowadays. Indeed, several erratic decisions of the High Court (Audiencia Nacional) and of the Supreme Court, annulling on different grounds many punitive resolutions of the defunct National Competition Commission (CNC), show a disturbing judicial overreach that has frustrated the efforts made by the CNC in its six years of existence, and further complicates the situation faced by the CNMC.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. A aplicação administrativa das normas de defesa da concorrência. 3. Excessos judiciais. 3.1. O montante das coimas. 3.2. A prescrição dos processos. 3.3. As buscas domiciliárias. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Como ocorre em muitos outros países, o sistema espanhol de defesa da concorrência baseia-se nas suas autoridades administrativas para prosseguir e punir as violações das práticas concorrenciais consideradas proibitivas e que estão plasmadas nas normas de defesa da concorrência (artigos 101.º e 102.º do TFUE e nos artigos n.º 1, 2 e 3 da LDC). Em conjunto com esta aplicação administrativa das proibições anticoncorrenciais, existe uma vasta prática da utilização destas decisões para posterior abertura de processos civis¹. Embora, até ao momento, as indemnizações obtidas pelos

* A versão original deste artigo, em espanhol, foi publicada no Diário La Ley 8802 (Sección Tribuna), de 13 de julho de 2016.

1 Cfr. Marcos, 2014.

danos tenham sido pouco significativas. Por outro lado, a aplicação das regras do Código Penal que estabelecem a natureza criminal de certas condutas anticoncorrenciais é quase inexistente (artigos 281.º e 284.º, alíneas 1.ª e 3.ª).

Assim, o objetivo deste breve apontamento é analisar de forma ligeira e crítica o atual estado da defesa da concorrência em Espanha, prestando atenção, principalmente, às ações das autoridades da defesa da concorrência nos últimos tempos (secção 2) e para a interação entre as autoridades de concorrência e os tribunais administrativos na aplicação de proibições anticoncorrenciais (secção 3). Nos últimos tempos, a intervenção dos juízes e dos tribunais de contencioso administrativo na aplicação das normas de defesa da concorrência tem conduzido a resultados muito comprometedores, reduzindo, significativamente, a sua força de dissuasão, retirando importância ao anterior trabalho das autoridades administrativas de defesa da concorrência. De seguida, iremos ver alguns exemplos de atuação excessiva da Audiência Nacional (Secção 6.ª do Tribunal Administrativo) e do Supremo Tribunal (Secção Administrativa, Secção 3.ª) que ocorreram no âmbito de recursos das decisões das autoridades da concorrência, em particular no que diz respeito à imposição de coimas (secção 2.1), à prescrição dos processos (secção 2.2) e, por fim, no que concerne às buscas domiciliárias (secção 2.3).

2. A APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS NORMAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Comissão Nacional de Mercados e Concorrência (CNMC) e as autoridades de defesa da concorrência das regiões autónomas partilham a tarefa de aplicar a LDC de acordo com o escopo das práticas anticoncorrenciais. Ao nível das regiões autónomas, existe uma diversidade assinalável de diferentes posições, em função dos meios e dos recursos de cada instituição. As autoridades mais ativas em número de processos (embora o uso desta medida possa ser bastante discutível²) são a Autoridade da Concorrência Catalã, a Agência de Defesa da Concorrência da Andaluzia, o Tribunal Galego da Defesa da Concorrência e a Autoridade Basca Concorrência, embora muitas das suas

2 Cfr. Kovacic, 2019:908; Kovacic, Holman & Grant, 2011.

decisões não terminem com sanções e as poucas sanções impostas tendam a ser pouco significativas³.

A nível nacional, as disputas internas que afligem a CNMC, desde a sua criação em 2013, inegavelmente, afetaram o desempenho das suas competências (os quadros são ilustrativos da quantidade de votos individuais desmedidos/recorrentes⁴ e da disputa dos conselheiros contra a direção de promoção⁵), incluindo, entre outras, a imposição de sanções pela violação das proibições de práticas anti concorrenciais, diminuindo a reputação de rigor e autoridade que a Comissão Nacional da Concorrência (CNC) tinha granjeado durante seus seis anos de existência. Os potenciais benefícios da integração das diversas autoridades envolvidas visados pela Lei 3/2013, de 4 de junho, que criou a CNMC, são muito questionáveis⁶ e, em qualquer caso, acabam por ficar comprometidos pela contínua agitação em que vive a instituição⁷.

Mesmo assim, de tempos em tempos, a CNMC divulga alguma decisão que destaca o bom trabalho dos seus técnicos; apesar de, aparentemente, a sua atividade ter diminuído, quando comparada com a atividade da extinta CNC. Todavia, durante os seus primeiros quase três anos de existência, aplicou algumas coimas importantes. Embora todas relacionadas com processos já iniciados no rescaldo da CNC. Em 2015, a CNMC aplicou coimas num total € 478.428.354⁸, o que excede os números alcançados pela CNC no

3 CNMC, *Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CAA y Novedades*, dezembro de 2014, 5. A decisão da Autoridade Basca de Concorrência de 4 de fevereiro de 2016 (6/2013 *Comedores Escolares*) impôs a mais alta coima, a nível regional, até hoje: €18.464.602.

4 Noceda, 2015; Noceda, 2016.

5 Rodríguez Paz, 2016; Arranz & Montaña, 2016.

6 Cfr. Delgado & Otero, 2015.

7 Cfr. a decisão de 17 de dezembro de 2015 (S/DC/0516/14 ICOGAM), que é acompanhada por um curioso voto individual que, em substância, foi uma decisão alternativa elaborada pelo relator designado (ver “La CNMC multa con 65.655 euros al Colegio de Gestores Administrativos de Madrid por cobrar tarifas abusivas a sus colegiados”, Nota de imprensa de 14 de junho de 2016). A decisão (e o voto individual), são um símbolo significativo da angústia vivenciada pelo Conselho da CNMC (principalmente, embora não apenas sua Câmara de Concorrência), os relatórios desapareceram e mais da metade das resoluções são acompanhadas de votos individuais.

8 É ilusório que a CNMC inflacione artificialmente o valor das coimas, incluindo nos seus cálculos o valor que declara dos beneficiários do programa de clemência ou a redução do valor da sanção. Assim, por exemplo, embora em 2015 tenha sido anunciado que as coimas foram as mais altas da história e que totalizaram € 549 milhões (“La CNMC dismanteló 14 cárteles e impuso multas por 549 millones de euros durante 2015” Nota de Prensa de 15 de febrero de 2016), el importe real (€531.663.751) de sanções por infracções às proibições de práticas anti concorrenciais deve ser reduzido em 53 235 397 euros, tendo em conta a “relevante circunstancia”.

passado e que, também, é admirável face ao cenário de autoridades nacionais da concorrência de outros Estados-Membros da UE.

Principais coimas impostas pelo conselho de concorrência da CNMC

REFERÊNCIA	PROCESSOS	DATA	SANÇÃO (€)	V.P.
S/0445/12	Equipamentos de combate a incêndio	26 junho 2014	1.871.528,59 ⁹	Não
S/0453/12	Rolamentos ferroviários	4 dezembro 2014	3.933.583 ¹⁰	2
S/0428/12	Paletes	22 setembro 2014	4.961.694 ¹¹	2
S/0473/13	Postes de betão	15 janeiro 2015	1.873.112	1 (2)
S/0482/13	Fabricantes de automóveis	23 julho 2015	92.007.346 ¹²	Não
S/0471/13 ; S/0486/13; S/0487/13; S/0488/13; S/0489/13	Concessionários de automóveis 2015 (Audi/Seat/VW; Toyota; Land Rover; Hyundai y Opel)	28 maio 2015; 5 maio 2015; 5 março 2015; 5 março 2015; 5 março 2015	27.338.323 ¹³ ; 1.675.035; 3.255.810 ; 2.031.171 e 5.379.064	Não
S/0429/12	Gestão de resíduos	8 janeiro 2015	98.201.302	2
S/0464/13	Porto de Santander	11 fevereiro 2015	90.000	1
S/0425/12	Industrias Lácteas 2	26 fevereiro 2015	88.258.813	Não
S/0469/13	Fabricantes de Papel e Cartão	18 junho 2014	57.686.188	Não
S/0474/13	Preços de combustíveis Rodoviários	20 fevereiro 2015	32.400.000	2
S/0483/13	Redes de Sinalização	8 julho 2015	22.994.440	2
S/0481/13	Construções modulares	3 dezembro 2015	18.700.833	1
S/0454/12	Transportes Frigoríficos	25 junho 2015	8.859.314	1
S/0491/13	Ordem dos Advogados de Guadalajara	1 setembro 2015	89.983	Não
S/0490/13	Acordos Telefónica-Yoigo	16 junho 2015	6.300.000	1(2)

9 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga (€2.136.939,81), deve ser reduzido em mais de 10% o valor da isenção para o informante (€265.411,22).

10 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga (€4.057.398), deve ser reduzido o valor da isenção para o informante (€123.815).

11 Ainda qua web e a nota de imprensa da CNMC calculem uma coima total de €4.731.604 não é esse valor que resulta da soma das coimas aplicadas às 25 entidades sancionadas.

12 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga €131.450.494, deve ser reduzido em mais de 1/3 o valor da isenção para o informante (€39.443.148).

13 Ao valor real do total das coimas que a CNMC divulga (€27.338.323) deve ser reduzido em mais de metade o valor referente à isenção do informante (€13.792.249).

REFERÊNCIA	PROCESSOS	DATA	SANÇÃO (€)	V.P.
S/0436/12	DTS Distribuidora de TV Digital	23 julho 2015	15.500.000	Não
S/0500/13	AGEDI/AIE Radio	26 novembro 2015	2.790.420	Não
S/DC/0516/14	ICOGAM	17 dezembro 2015	65.655	1
S/DC/0503/14	Fabricantes de torrão (marca branca)	7 de abril de 2016	6.123.590	2
S/DC/0505/14	Concessionários Chevrolet	28 de abril 2016	1.722.467	1
S/0455/12	Agências de Viagens (grupos de gestão)	12 maio 2016	324.133	Não
S/DC/0504/14	Fraldas de Incontinência Urinária	26 maio 2016	60.277.577	Não

A maioria dos casos mencionados tinham iniciado a sua tramitação durante a vigência da CNC, mas algumas das mais recentes decisões já dizem respeito a processos inteiramente investigados durante a vigência da CNMC. No caso da recente decisão de 26 de maio de 2016 (S/DC/0504/14 *Absorventes de Incontinência de Orina*), em que a CNMC puniu com coimas no valor de € 60.277.577 vários fabricantes de fraldas para adultos e a associação setorial FENIN¹⁴. Talvez este não seja o momento ideal para analisar, em pormenor, esta decisão, mas esta decisão é a primeira decidida pela Câmara do Conselho da Concorrência da CNMC em que se aplicam coimas a dirigentes de algumas das empresas participantes no cartel (nos termos do artigo 63.º, alínea 2 da LDC). A CNMC anunciou com grande destaque a aplicação destas coimas como uma de suas linhas de atuação futura¹⁵, mas o seu montante e a suposição segura do seu relativo custo face às empresas envolvidas, sugere que não existe um impacto significativo dissuasivo.¹⁶

Por outro lado, é possível que este caso possa prosseguir no plano dos pedidos de indemnização por vítimas do cartel. As fraldas para adultos são o principal produto de saúde que (não sendo um medicamento) é financiado através da prestação de cuidados de saúde do Sistema Nacional de Saúde

14 De novo (nota *supra* n.º 8), é enganoso que a CNMC anuncie uma coima de €128.8 milhões (“La CNMC multa con 128,8 millones de euros a ocho fabricantes de pañales para adultos, a su asociación y a cuatro directivos por formar un cártel” *Nota de Imprensa* de 31 de mayo de 2016) quando o perdão ao informante ascende a €68.547.545 (se perdoa também a coima mais elevada imposta a um dirigente – D. Jordi Bozal de Febrer –, €15.000).

15 Sem ir mais longe, no comunicado de imprensa (Plan 2016) citado *supra* n.º 8 (págs. 6-7); cfr. González, 2016.

16 Cfr. Navas, 2016 (que aponta “solo representa una mera declaración de intenciones emitida para hacer mucho ruido por un pequeño puñado de euros”), más ampliamente Robles, 2016a (“Dada la gravedad de las conductas y su duración en el tiempo, tales cantidades no parecen ser suficientemente disuasorias”).

(SNS). O volume de negócios no mercado espanhol de “fraldas para adultos” foi de 264 milhões de euros em 2013.

De acordo com a CNMC, a maioria das fraldas para adultos é comercializada através do canal de farmácia (78%), que foi afetado pelo cartel que a CNMC acaba de sancionar¹⁷. O cartel operou nesse mercado por 17 anos (de dezembro de 1996 a janeiro de 2014). Além disso, a CNMC estima que o preço para as fraldas adquiridas em farmácia (em comparação com as adquiridas diretamente pelos serviços públicos de saúde) seria de cerca de 50% mais. É provável que as condições de concorrência no canal institucional sejam mais agressivas e que pode haver aqueles que dizem que as reduções de preço nesse canal serão excessivas (as instruções dos fabricantes eram claras, dadas as suas comunicações e ações, para evitar o fluxo de vendas para o canal institucional) contra o preço que teria sido cobrado em condições de concorrência livre e normal. De qualquer forma, à primeira vista, parece que o SNS e os serviços autonómicos de saúde poderiam dirigir-se diretamente aos cartelistas (começando pela aplicação da lei de clemência, segundo a qual seria aparentemente mais fácil a reclamação de valores) para exigir o montante dos custos adicionais decorrentes da prática de cartel. As compensações poderiam ser de milhões. No entanto, para além de algumas relevantes sanções (que muitas vezes será mais sólida e inexpugnável se é o resultado de uma aplicação bem-sucedida da clemência, como com o RCNMC mencionado 26 de maio passado, S/DC/0504/14 AIO), a deterioração institucional da CNMC e os possíveis erros que possam existir em outras decisões sancionatórias da Câmara de Concorrência da CNMC é preocupante. Com efeito, esta instituição constrói de forma muito deficitária a defesa da concorrência no nosso país, desperdiçando a experiência positiva e a reputação acumulada pelo TDC e pela CNC ao longo de mais de vinte anos, frustrando o trabalho dos técnicos que desempenham funções na CNMC.

3. EXCESSOS JUDICIAIS

Todavia, as imperfeições consideradas nas decisões da Câmara de Concorrência da CNMC e da sua ineficiente organização institucional não devem ser exageradas. Na minha opinião, o desafio mais sério com que se defronta a defesa da concorrência em Espanha é observado no patamar do sistema

17 Como se obtém de RCNMC de 26 de mayo de 2016 (S/DC/0504/14 *Absorbentes de Incontinencia de Orina*), p. 30.

judicial, tanto quando os tribunais revêm as decisões das autoridades de concorrência, como quando colaboram com elas no desempenho das suas funções.

No que diz respeito ao recurso judicial, praticamente todas as decisões sancionatórias das autoridades de concorrência seguem para recurso no âmbito da jurisdição de contencioso administrativo, com a confiança de que é altamente provável que os juízes revejam o processo das autoridades em algum ponto, com vantagem para quem recorre. E assim acontece em muitos casos. O ativismo judicial geralmente não tem, normalmente, impacto sobre aspetos substantivos¹⁸, contudo foca-se, essencialmente, e com mais frequência, em questões de forma e procedimento do que com a violação dos direitos e garantias das empresas no processo sancionatório. Se a estes se juntarem a relutância em agrupar os recursos apresentados no mesmo processo pelas empresas sancionadas, as consequências do recurso judicial podem ser devastadoras, transformando os recursos numa espécie de “lotaria judicial”, como aconteceu no caso do cartel de seguros Decenal.¹⁹

Nos últimos tempos, os excessos judiciais têm sido observados, com intensidade e extensão diferentes, em três questões cruciais para a aplicação das proibições de práticas anti concorrenciais estabelecidas nas normas *antitrust*: a determinação do valor das multas (infra 3.1), a prescrição dos processos (infra §3.2) e as buscas domiciliárias por parte das autoridades administrativas de concorrência (infra §3.3).

3.1. O montante das coimas

As sanções administrativas são o principal instrumento que o legislador atribui à CNMC e às autoridades regionais para punir as violações das proibições de práticas anti concorrências, de forma a dissuadir a prática de novos crimes (art.º 53 da Lei da Concorrência). Para isso, o montante da coima deve ser suficientemente dissuasor, e a legislação existente fixa esse montante numa percentagem variável do volume de negócios do infrator: até 5% sobre infrações graves e para 10% em muito graves [artigo 62.º, números 3 e 4; e artigo 63.º, número 1, alíneas b) e c) da LDC].

Os seis anos de atividade da CNC foram assinalados pela imposição de um número considerável de coimas significativas, o que contribuiu para uma

18 Mas veja-se, por exemplo, o acórdão de 20 de janeiro de 2010, CECASA, ROJ:STS91/2010, ES:TS:2010:91, e o nosso comentário em Marcos, 2010.

19 Cfr. Marcos, 2016a.

eficácia dissuasora das proibições de práticas anti concorrenciais. Além disso, a existência de uma política de sanção firme é fundamental para a eficácia dos programas de clemência introduzidos pela LDC em 2007 (artigos 65.º e 66.º da LDC). Com o objetivo de proporcionar mais transparência e segurança, de modo a possibilitar um cálculo antecipado das coimas, a CNC aprovou uma Comunicação com o objetivo de esclarecer os critérios a serem seguidos²⁰.

Os juízes da Audiência Nacional (Seção 6.ª do Contencioso-Administrativo) deram um duro golpe nas sanções da CNC, ao anularem-nas e pedindo o seu recálculo o que permitiu, implicitamente, a sua redução, considerando-as desproporcionais²¹. Os acórdãos da Audiência tiveram como corolário uma decisão do Supremo Tribunal de 29 de janeiro 2015²², que anulou de facto coimas, e semeou a confusão no que respeita ao cálculo das sanções pela CNMC e pelas autoridades regionais²³. Muitas decisões subsequentes anularam as resoluções da CNC e instaram a recalcular as coimas, mas recentemente tudo podia regressar à normalidade, uma vez que existem algumas coimas impostas pela CNC que não foram canceladas.²⁴ Em suma, estamos perante uma incerteza absoluta.

Em outro sentido, e relacionado com a mesma temática, e como uma manifestação adicional aos diversos paradoxos que acabam por penalizar a política sancionadora da CNMC e do seu antecessor, o Tribunal de Contas acaba de publicar o seu relatório de controle da CNMC em que refere um elemento adicional de incerteza quanto ao resultado das sanções da CNMC: a falta de controle em relação à cobrança das mesmas²⁵.

20 *Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (BOE 36, de 11 de febrero de 2009).

21 Lillo, 2014.

22 *BCN Aduanas y Transportes*, ROJ:STS112/2015, ES:TS:2015:112.

23 Cfr. Marcos, 2015.

24 Cfr. Robles, 2016b.

25 Literalmente, que “la CNMC no disponga de información sobre las cuantías cobradas de las multas y sanciones impuestas; ello supone una pérdida significativa de control del proceso global” – Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ejercicio 2014, y del proceso de integración en ella de los organismos públicos declarados a extinguir por la Ley 3/2013*, 26 de maio de 2016, p. 28.

3.2. A prescrição dos processos

A LDC estabelece a prescrição dos processos judiciais decorridos dezoito meses após o seu início (artigos 36.º, n.º 1, e 38.º da LDC), embora se permita a extensão do prazo máximo de decisão nos dias em que foi suspenso por várias razões previstas (artigo 37.º da LDC). Nos últimos anos em que existiu a CNC, composto por um conselho reduzido, conduziram à prescrição de alguns processos, prescrição que fora corretamente prevista pelos tribunais²⁶.

No entanto, uma análise menos conseguida pela maioria da Secção n.º 6 da Câmara do Contencioso Administrativo da Audiência Nacional, do acórdão do Supremo Tribunal de 15 de junho de 2015 (caso Puig)²⁷, que se refere a um processo prescrito por erros no cálculo dos prazos para recurso pela CNC, semearam uma incerteza notável nesta matéria. Com efeito, a Audiência Nacional declarou que a prescrição dos casos em que o procedimento havia sido suspenso pela CNC já excedeu a duração ordinária (e inicial) do procedimento (os dezoito meses mencionados): em particular, a RCNC de 26 de setembro de 2013, S/0314/10 *Puerto de Valencia* (relatora M^a J. González) e antes a RCNC de 23 de maio de 2013, S / 0303/2010 *Distribuidores de Saneamiento* (relator I. Gutiérrez)²⁸. Se esta tendência no equívoco prosseguir, é possível que outras decisões da CNC e da CNMC também sejam anuladas em breve²⁹. Não obstante, no fim, pode-se esperar que o Supremo Tribunal corrija esta situação, mas os efeitos negativos da confusão decisória do Tribunal Nacional levarão tempo para ser superados.

3.3. As buscas domiciliárias

As buscas domiciliárias complementam a função dissuasora das proibições de práticas anticoncorrenciais ao permitir que as autoridades *antitrust* tenham acesso aos domicílios das empresas para obter provas no sentido de se demonstrar a prática de uma infração (artigo 40.º, n.º 2, da LDC).

26 Assim, parece claro que, efetivamente, a CNC conhecia que se tinha passado o prazo [FD6º *in fine* de Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junho de 2015, *Asociación de Comercializadores Alhondiguistas de Frutas y Hortalizas de Andalucía*, ROJ SAN 2365/2015, ES:AN:2015:2365]: “Como quiera que el plazo finalizó el 12 de diciembre de 2011, y la resolución es de 14 de diciembre de 2011, notificada el día siguiente, (folio 2437) el procedimiento había caducado, por lo que procede estimar dicho motivo, estimándose el recurso sin necesidad de entrar en el análisis de las demás cuestiones planteadas”.

27 ROJ STS 2797/2015, ECLI:ES:TS:2015:2797.

28 As sentenças da Audiência Nacional foram comentadas em Marcos, 2016b.

29 Cfr. Bronte, 2016.

Através destas buscas, as autoridades da concorrência obtêm provas da prática de infrações às normas da concorrência. Além disso, é uma boa medida da sua atividade, pois aumenta a sua força dissuasora em relação às proibições de práticas anticoncorrenciais³⁰. Obviamente, as buscas devem ser efetuadas com garantias que previnam abusos e preservem os direitos das empresas.

No último ano, a Audiência Nacional e o Supremo Tribunal proferiram vários acórdãos que forneceram indicações sobre quais os poderes das autoridades de concorrência e os limites a respeitar, mas as indicações judiciais dadas estão longe de ser um modelo de clareza. Isto dito, o ativismo judicial neste ponto não é tão “autêntico” como nos anteriores, uma vez que constitui uma extensão da jurisprudência europeia sobre o assunto³¹, que os tribunais espanhóis se limitaram a transpor para o nosso país.

Assim, em primeiro lugar, a fim de evitar os possíveis excessos das autoridades³², vários acórdãos do Supremo Tribunal exigiram que a atividade de busca fosse devidamente justificada na ordem de investigação, especificando o objeto e finalidade da mesma busca:

- como a LDC contempla, um mandado judicial não é essencial, embora a autoridade deva informar a empresa se o solicitou e se foi negado³³.
- a ordem de busca deve especificar, de forma simples, quais as possíveis infrações, qual o seu âmbito territorial, e o que é que a autoridade de concorrência pretende³⁴.

30 Na nota de imprensa (Actuaciones de competencia 2015) citada *supra* n.º 8 (p. 4) refere dez buscas da CNMC em 2015, comparadas com oito em 2014.

31 Cfr. Acórdão do TGUE de 6 de setembro de 2013, T-289/11 etc., *Deutsche Bahn AG et al v. Comisión*, EU:T:2013:404, parágrafos 25 e 27.

32 Contra os quais falava Allendesalazar, 2008.

33 FD 5º do Acórdão de 15 de junho de 2015, Montibello, STS 2879/2015, ES:TS:2015:2879 (“una vez que el Juzgado denegó tal autorización por considerar que no había quedado suficientemente justificada la razón de la solicitud, era una exigencia de buena fe no ocultar ese dato a la empresa y no proceder como si nunca se hubiera pedido autorización judicial y nunca se hubiera denegado dicha solicitud. Más bien al contrario, las partes afectadas, Autoridad inspeccionante y empresa inspeccionada, deben proceder conforme a pautas de lealtad, buena fe y transparencia, y sí puede exigirse a la empresa que facilite la labor inspectora y no se oponga infundadamente a ella, puede requerirse a la Administración que no oculte intencionadamente hechos, datos o circunstancias que de haber sido conocidos por la empresa inspeccionada muy probablemente habrían desembocado en la oposición a la entrada pretendida”).

34 FD8º e 9º do Acórdão de 27 de fevereiro de 2015, ROJ STS 941/2015, ES:TS:2015:941, *Transmediterránea*, e acórdão de 10 de dezembro de 2014, UNESA, ES:TS:2014:5266.

- a busca deve respeitar o âmbito da referida ordem de investigação ou a eventual decisão judicial³⁵.

No entanto, várias sentenças recentes são muito mais brandas no que diz respeito ao controlo do “perímetro da busca”, permitindo expressamente que este inclua práticas que inicialmente não eram previstas (especificamente, práticas verticais em vez de horizontais³⁶, horizontais e não verticais³⁷, e empresas não relacionadas, embora não completamente identificadas³⁸).

Perante estas hesitações, pode ser difícil saber com certeza quais são os limites das ações das autoridades de concorrência. Talvez por esse motivo, há

35 Acórdão de 22 de junho de 2015, ROJ:STS 2717/2015, ES:TS:2015:2717, *Colgate Palmolive*.

36 Acórdão de 26 de janeiro de 2015, CEPSA, ROJ:SAN196/2015, ES:AN:2015:196 (“*Debemos además añadir y a efectos puramente dialécticos que aunque fuera como pretende el recurrente, que la orden inicial sólo comprendía la coordinación horizontal, permitiéndose la entrada y registro en el domicilio de CEPSA, limitada a ese fin y hubiera sido en el transcurso del mismo, cuando quienes lo llevan a cabo, encuentran documentación relativa a una presunta coordinación vertical, en base al cual se inicia un segundo expediente, tampoco en ese caso, se habrían vulnerado los derechos constitucionales invocados*”) e Acórdão de 12 de junho de 2014, BP, ROJ:SAN 2614/2014, ES:AN:2014:2614, que contrastavam – ainda que o negassem – com o Acórdão de 4 de dezembro de 2012, *Montesa*, ROJ:SAN5076/2012, ES:AN:2012:5076, anulado pelo Acórdão de 6 de abril de 2016, *Montesa*, ROJ:STS1507/2016, ES:TS:2016:1507.

37 FD4º do Acórdão de 6 de abril de 2016, *Montesa*, ROJ:STS1507/2016, ES:TS:2016:1507: “*si una entrada y registro están debidamente autorizados por el correspondiente mandamiento judicial y si el registro y la incautación de documentación se producen de forma adecuada y proporcionada al objeto de la entrada y de la investigación, el material obtenido casualmente y ajeno al objeto de la investigación puede ser legítimamente empleado para una actuación sancionadora respecto de una actividad ilegal distinta a la que determinó la autorización judicial de entrada y registro, en el supuesto de que dicho material sea indiciario de una tal actuación ilegal y siempre que el procedimiento seguido con el mismo tras su hallazgo sea a su vez procedimentalmente adecuado*”. “[P]artiendo de una entrada y registro ajustada a derecho, esto es, autorizada judicialmente y realizada en términos proporcionales y adecuados, los datos o documentos que revelen o sean indiciarios de actuaciones ilícitas distintas a las que determinaron la investigación pueden ser legítimamente empleados por la Administración en una ulterior actuación sancionadora. Y ello bien porque en el examen del material requisado se encuentre accidentalmente elementos que constituyan indicios de otras actuaciones irregulares – como ocurrió en el supuesto de autos –, bien porque en el propio registro – desarrollado en los términos adecuados que ya se han indicado – el personal investigador se encuentre con material que *prima facie* sea revelador de actuaciones ilícitas.”

38 Acórdão de 25 de abril de 2016, *Lactalis*, ROJ:STS1846/2016, ES:TS:2016:1846 (FD5º “*el hecho de que en el Auto de autorización judicial de entrada no corresponda formalmente a la empresa objeto de inspección, sino a tres empresas filiales, no presenta la relevancia que la parte pretende, en cuanto todas ellas constituyen una unidad económica, que se presume por el dato acreditado de que la sociedad matriz es socio único de las filiales y nada se ha expuesto en el recurso para desvirtuar tal realidad económica, pues no se ha ofrecido ninguna argumentación ni se ha realizado ninguna actividad probatoria de que no existe esa unidad económica entre las empresas matriz y las filiales. Por lo expuesto, hemos de rechazar la tesis de las recurrentes de que la entrada en el local de Mollerusa indicado en el Auto judicial carece de validez por haberse desarrollado en el domicilio de las empresas filiales*”). A mesma posição já fora defendida em *Costas*, 2013: 225.

apenas alguns dias, a CNMC publicou uma “Nota de Informação” sobre suas buscas³⁹.

Em qualquer caso, o verdadeiro excesso judicial nesta matéria verifica-se quando os juízes, no âmbito das questões de contencioso-administrativo, para as quais as autoridades da concorrência tinham pedido *inaudita parte* um mandato judicial para as buscas na sede das empresas, comunicaram a estas empresas que a chegada dos inspetores era iminente. Não é por existir falta de informação pública sobre estes processos judiciais irregulares que estamos impedidos de avaliar a gravidade deste facto, o que dificulta o trabalho das autoridades de concorrência.

Alguns dias atrás, foi conhecido mais um episódio que confirma esta conduta⁴⁰, após várias buscas a empresas de publicidade de Madrid⁴¹. Aparentemente, não é o único caso. Aconteceu várias vezes nos últimos anos que as empresas são previamente notificadas pelo juiz (em alguns casos, mesmo quando a autoridade nacional da concorrência atuava como agente de uma busca ordenada pela Comissão Europeia). As razões que podem levar os juízes a se comportarem dessa maneira não são conhecidas, mas a gravidade da sua conduta deve levar à reflexão sobre que medidas podem ser tomadas para evitar a sua repetição. Se a colaboração que as autoridades de defesa da concorrência pedem dos juízes é articulada dessa maneira, provoca-se uma rutura alarmante no sistema.

4. CONCLUSÃO

A ação da CNMC como nova instituição responsável pela aplicação administrativa de proibições de práticas anticoncorrenciais em Espanha tem sido prejudicada por várias questões que têm dificultado o desempenho das suas funções. De qualquer forma, nos seus primeiros quase três anos de existência, a CNMC aplicou algumas coimas significativas aos processos judiciais iniciados no final da CNC.

Para além das dificuldades e dos problemas existentes no plano institucional e ao nível administrativo, é possível no futuro uma reforma da

39 CNMC, *Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia*, 7 de junho de 2016.

40 Cfr. Moratalla, 2016 e Berbell, 2016.

41 “La CNMC inspecciona las sedes de varias agencias publicitarias de medios”, Nota de Imprensa de 30 de maio de 2016.

organização da CNMC. Este trabalho considera que o principal desafio da aplicação pública das regras da defesa da concorrência em Espanha reside no recurso judicial das decisões das autoridades administrativas e, igualmente, na colaboração judicial com as autoridades de defesa da concorrência. Vários acórdãos da Audiência Nacional (secção administrativa n.º 6) e do Supremo Tribunal (secção administrativa n.º 3) relativos a coimas, prescrição e buscas no domicílio continuam a constituir uma preocupante manifestação de ativismo e inoperação judicial, que acabam por gerar incertezas sobre os critérios seguidos pelas autoridades de concorrência nos seus inquéritos no âmbito dos processos judiciais e das suas consequentes decisões.

BIBLIOGRAFIA

Decisões Judiciais

TRIBUNAL GENERAL DA UE

Acórdão de 6 de setembro de 2013, *Deutsche Bahn AG et al c. Comissão* (T-289/11 etc.), EU:T:2013:404.

SUPREMO TRIBUNAL ESPANHOL

Acórdão de 25 de abril de 2016, *Lactalis*, ROJ:STS1846/2016, ES:TS:2016:1846.

Acórdão de 6 de abril de 2016, *Montesa*, ROJ:STS1507/2016, ES:TS:2016:1507.

Acórdão de 22 de junho de 2015, *Colgate Palmolive*, ROJ:STS2717/2015, ES:TS:2015:2717.

Acórdão de 15 de junho de 2015, *Puig*, ROJ:STS2797/2015, ES:TS:2015:2797.

Acórdão de 15 de junho de 2015, *Montibello*, ROJ:STS2879/2015, ES:TS:2015:2879.

Acórdão de 27 de fevereiro de 2015, *Transmediterránea*, ROJ:STS941/2015, ES:TS:2015:941.

Acórdão de 29 de janeiro de 2015, *BCN Aduanas y Transportes*, ROJ:112/2015, ES:TS:2015:112.

Acórdão de 10 de dezembro de 2014, *UNESA*, ES:TS:2014:5266.

Acórdão de 20 de janeiro de 2010, *CECASA*, ROJ:STS91/2010, ES:TS:2010:91.

AUDIENCIA NACIONAL ESPANHOLA

Acórdão de 20 de junho de 2015, *Asociación de Comercializadores Albondiguistas de Frutas y Hortalizas de Andalucía*, ROJ:SAN2365/2015 ES:AN:2015:2365.

Acórdão de 26 de janeiro de 2015, *CEPSA*, ROJ:SAN196/2015, ES:AN:2015:196.

Acórdão de 12 de junho de 2014, *BP*, ROJ:SAN 2614/2014, ES:AN:2014:2614.

Acórdão de 4 de dezembro de 2012, *Montesa*, ROJ:SAN5076/2012, ES:AN:2012:5076.

CNMC – COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia, 7 de junho de 2016.

Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y Novedades, dezembro de 2014.

Decisão de 26 de junho de 2014 (S/0445/12 *Equipos contra incendios*).

Decisão de 18 de julho de 2014 (S/0469/13 *Fabricantes de Papel y Cartón*).

Decisão de 22 de setembro de 2014 (S/0428/12 *Palés*).

Decisão de 4 de dezembro de 2014 (S/0453/12 *Rodamientos ferroviarios*).

Decisão de 8 de janeiro de 2015 (S/0429/12 *Gestión de residuos*).

Decisão de 15 de janeiro de 2015 (S/0473/13 *Postes de Hormigón*).

Decisão de 11 de fevereiro de 2015 (S/0464/13 *Puerto de Santander*).

Decisão de 26 de fevereiro de 2015 (S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*).

Decisão de 20 de fevereiro de 2015 (S/0474/13 *Precios combustibles de Automoción*).

Decisão de 5 de março de 2015 (S/0487/13 *Land Rover*).

Decisão de 5 de março de 2015 (S/0488/13 *Hyundai*).

Decisão de 5 de março de 2015 (S/0489/13 *Opel*).

Decisão de 5 de maio de 2015 (S/0486/13 *Toyota*).

Decisão de 28 de maio de 2015 (S/0471/13 *Audi/Seat/VW*).

Decisão de 16 de junho de 2015 (S/0490/13 *Acuerdos Telefónica-Yoigo*).

Decisão de 25 de junho de 2015 (S/0454/12 *Transportes Frigoríficos*).

Decisão de 8 de julho de 2015 (S/0483/13 *Redes Abanderadas*).

Decisão de 23 de julho de 2015 (S/0436/12 *DTS Distribuidora de TV Digital*).

Decisão de 23 de julho de 2015 (S/0482/13 *Fabricantes de automóviles*).

Decisão de 1 de setembro de 2015 (S/0491/13 *Colegio Abogados de Guadalajara*).

Decisão de 26 de novembro de 2015 (S/0500/13 *AGEDI/AIE Radio*).

Decisão de 3 de dezembro de 2015 (S/0481/13 *Construcciones modulares*).

Decisão de 17 de dezembro de 2015 (S/DC/0516/14 *ICOGAM*).

Decisão de 7 de abril de 2016 (S/DC/0503/14 *Fabricantes de Turrón*).

Decisão de 28 de abril de 2016 (S/DC/0505/14 *Concesionarios Chevrolet*).

Decisão de 12 de maio de 2016 (S/0455/12 *Agencias de Viajes-grupos de gestión*).

Decisão de 26 de maio de 2016 (S/DC/0504/14 *Absorbentes de Incontinencia de Orina*).

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- 2009 Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (BOE 36, de 11 de fevereiro de 2009).
- 2013a Resolución de 23 de mayo de 2013, S/0303/10 *Distribuidores de Saneamiento*.
- 2013b Resolución de 26 de septiembre de 2013, S/0314/10 *Puerto de Valencia*.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA

Resolución de 4 de febrero de 2016 (6/2013 *Comedores Escolares*).

TRIBUNAL DE CUENTAS

Informe de fiscalización de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ejercicio 2014, y del proceso de integración en ella de los organismos públicos declarados a extinguir por la Ley 3/2013, 26 de maio de 2016.

Doutrina e imprensa

ALLENDESALAZAR, R.

- 2008 “¿Inspección o Inquisición?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia* 6 (2008) 5-8.

ARRANZ, R. & MONTAÑO, B.

- 2016 “Situación límite en la CNMC: el grupo rebelde boicoteará al presidente hasta la llegada del nuevo Gobierno”, *Vozpopuli*, 30 de março de 2016.

BERBELL, C.

- 2016 “Un error de la maquinaria judicial avisa con cuatro días de antelación a empresas que iban a ser registradas”, *Confilegal*, 31 de maio de 2016.

BRONTE, P.

- 2016 “Una sentencia del Supremo podría tumbar un 80% de las multas de Competencia”, *sabemosdigital*, 7 de fevereiro de 2016.

COSTAS, J.

- 2013 “Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el derecho de la competencia”, in GUILLÉN, J., (Dir.), *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en derecho de la competencia*, Thomson-Civitas, pp. 217-229.

DELGADO, J. & OTERO, H.

2015 “La CNMC: La historia de una reforma inacabada”, *Papeles de Economía Española*, n.º 75, pp. 18-31.

GONZÁLEZ, J.

2016 “La CNMC sancionará a los directivos de las empresas multadas por cárteles”, *ABC*, 15 de fevereiro de 2016.

KOVACIC, W. E.

2009 “Rating Competition Agencies: What constitutes good performance?”, *George Mason Law Review*, n.º 16/4, pp. 903-926.

KOVACIC, W. E., HOLMAN, H. M. & GRANT, P.

2011 “How does your Competition Agency Measure Up?”, *European Competition Law Journal*, n.º 7/1, pp. 25-45.

LILLO, C.

2014 “La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, n.º 15, pp. 51-82.

MARCOS, F.

2016a “Lecciones de la revisión judicial”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, n.º 36.

2016b “¿De verdad estaba caducado el expediente resuelto por la RCNC de 27 de septiembre de 2013 (S/314/10 Puerto de Valencia)?”, www.osservatorioantitrust.eu, 4 de maio de 2016.

2015 “Blowing hot and cold: The last word of the Supreme Court on setting fines for competition infringements in Spain”, *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-I.

2014 “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Revista ICE*, n.º 876, pp. 91-104.

2010 “Una peligrosa llamada a la creación de cárteles de crisis. A propósito de la STS de 20 de enero de 2010 (CECASA)”, *Diario La Ley* n.º 7415, 2 de junho de 2010.

MORATALLA, M.

2016 “Dos juzgados revientan una inspección a la CNMC al avisar a varias empresas de que iban a por ellas”, *Vozpópuli*, 30 de maio de 2016.

NAVAS, J. A.

2016 “Por un puñado de euros”, *El Confidencial*, 4 de junho de 2016.

NOCEDA, M. A.

2016 “La CNMC eliminará las reflexiones impropias de los votos particulares”, *La Vanguardia*, 22 de abril de 2016.

- 2015 “Grietas en la CNMC”, *El País*, 13 de fevereiro de 2015.
- ROBLES, A.
- 2016a “El cártel de los pañales: la imposición de sanciones a los directivos de las empresas y asociaciones infractoras”, derechocompetencia.blogspot.com, 4 de junho de 2016.
- 2016b “Las sanciones impuestas conforme a la Comunicación de multas, ante el Tribunal Supremo”, derechocompetencia.blogspot.com, 4 de abril de 2016.
- RODRÍGUEZ Paz, A.
- 2016 “Guerra Abierta en la CNMC”; *La Vanguardia*, 31 de março de 2016.

COMÉRCIO ELETRÓNICO E RESTRIÇÕES VERTICAIS DA CONCORRÊNCIA: REGRESSO AO FUTURO?

*Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha**

ABSTRACT *Further to the latest developments on potential vertical competition restrictions related to the operation of ecommerce platforms, the purpose of this article is to assess the state of the art in terms of case law and decision practice at the EU and Member States level. We will analyse the adequacy of the existing competition assessment at the tools to the new digital environment, as well as the main aspects in terms of vertical commercial relationships currently being challenged by the courts and competition authorities.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Restrições Verticais no Âmbito do Comércio *Online* – Enquadramento Jurídico e Económico. 3. Restrições Verticais da Concorrência no Âmbito do Comércio *Online* – Prática Decisória e Jurisprudência Relevante no Plano da UE e no Plano dos Estados-membros. 3.1. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano da UE. 3.2. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano dos Estados-membros. 4. Apreciação Crítica – Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o comércio eletrónico, *i.e.*, as transações comerciais concretizadas através da Internet (a que nos referiremos também como comércio *online* ou *e-commerce*), em especial o comércio eletrónico entre empresas comerciais e consumidores – “*business to consumer*” – registou, na Europa, um crescimento anual de dois dígitos, sendo que as projeções disponíveis para o

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Associada Coordenadora na Uria Menéndez – Proença de Carvalho e Assistente Convidada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / LL.M em *European Legal Studies* pelo Colégio da Europa (Bruges, Bélgica); Associada na Uria Menéndez – Proença de Carvalho / Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O entendimento incluído neste artigo corresponde à visão pessoal dos autores.

ano de 2018 duplicam o valor global deste tipo de transações registado há cinco anos¹.

Na verdade, para além da onnipresença quotidiana deste tipo de transações, as recentes notícias das dificuldades de gigantes do retalho, ainda ali-cerçados numa presença física, casos da *Macy's*, da *Claire's* ou da *Toys R' Us*, conjugadas com a subida de 70% no valor das ações da Amazon no último ano, são elucidativas da emergência de um novo paradigma em termos de estabelecimento de relações comerciais e de posicionamento da oferta no mercado².

Este novo paradigma tem suscitado uma miríade de questões, com um escopo muito abrangente, desde questões sociológicas, tendo em conta a aparente propensão dos consumidores para o entrincheiramento doméstico, a outras, mais jurídicas, relacionadas, por exemplo, com a proteção de dados pessoais e, no que para este particular releva, com as implicações do desenvolvimento do comércio eletrónico no quadro da aplicação do direito da concorrência³.

Apesar de, em nosso entender, o ponto de partida, de um ponto de vista económico, dever corresponder ao reconhecimento do impacto pró-concorrencial do comércio *online* – na medida em que os consumidores têm acesso a um conjunto significativo de informação, a mecanismos de comparação de preços e a mercados geográficos alargados, sendo que a oferta beneficia, por seu turno, de custos operacionais mais reduzidos e de uma ligação privilegiada a uma procura que é, no limite, mundial – importará, também, considerar o eventual contributo do desenvolvimento do comércio eletrónico no sentido de gerar e potenciar restrições da concorrência, quer em sede de controlo de concentrações, de abuso de posição dominante e, no que para este particular releva, de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência⁴.

1 Vide as estatísticas disponíveis em <https://ecommercenews.eu/ecommerce-in-europe-was-worth-e-534-billion-in-2017/> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

2 Para uma compilação de notícias relevantes quanto a estas tendências, por favor vide: <https://www.cbinsights.com/research/retail-apocalypse-timeline-infographic/> / <https://www.businessinsider.es/retail-bankruptcies-list-this-year-2018-4?r=US&IR=T#> / <https://www.cnbc.com/2018/02/22/dont-expect-a-global-takeover-story-from-amazon-economist-says.html> (consultados em 30 de dezembro de 2018)

3 Para mais desenvolvimentos em sentido global Kilpatrick, Kobel e Küllezi, 2018.

4 Para uma visão global desta problemática, vide a documentação relativa à recente mesa redonda da OCDE sobre *e-commerce*, intitulada “*Implications of e-commerce for Competition Policy*”, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/e-commerce-implications-for-competition-policy.htm> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

No que diz respeito a este último aspeto, merecem particular destaque as questões relativas às relações comerciais verticais, *i.e.*, estabelecidas entre empresas em diferentes estádios da cadeia de produção/distribuição, que constituirão o epicentro deste trabalho, e que compreendem matérias como a distribuição seletiva e a exclusividade territorial, num ambiente de complexidade acrescida, potenciada pela existência de modelos de negócio que incluem a disponibilização, de forma direta ou indireta, dos produtos/serviços exclusivamente através da Internet, bem como a disponibilização dos pertinentes produtos e serviços através de estabelecimentos com presença física e presença *online*, com base em formatos idênticos ou adotando formatos distintos em relação aos formatos com expressão física.

As potenciais restrições verticais da concorrência relacionadas com o desenvolvimento e implementação de modelos de comércio *online* têm merecido a atenção da Comissão Europeia (“CE”) – que levou a cabo, inclusivamente, um inquérito setorial relativo esta matéria, tendo subsequentemente adotado um conjunto muito relevante (e relativamente recente) de decisões e investigações neste âmbito – dos tribunais da União Europeia (“UE”), bem como das autoridades de concorrência e dos tribunais nacionais.

Estes desenvolvimentos, em termos de prática decisória e jurisprudência, suscitaram alguma surpresa, em particular no plano da UE, tendo em conta a escassez de decisões sancionatórias de natureza vertical nos últimos anos, período em que as atenções da CE se afiguravam totalmente centradas na deteção e sanção de cartéis, parecendo acompanhar, em alguma medida, as críticas da doutrina económica à investigação e sanção de condutas deste tipo⁵.

Este trabalho começará por apresentar, brevemente, o enquadramento económico e normativo aplicável às restrições verticais nesta sede, fazendo ainda uma panorâmica global do estado da arte, em termos de prática decisória e jurisprudência da UE e no plano dos EMs, concluindo com apreciação crítica das atuais linhas de análise jusconcorrencial nesta matéria.

5 O Relatório Anual da CE relativo ao ano de 2017 refere expressamente que “[i]n 2017, the Commission continued to give priority to cartel enforcement” (cf. p. 19), o mesmo sucedendo, aliás, com as Prioridades da Política de Concorrência para o ano de 2018, em que a AdC refere que “*continuará a reforçar a sua atuação na deteção e investigação de práticas anticoncorrenciais, nomeadamente cartéis, de modo a incentivar o cumprimento da Lei da Concorrência*”.

2. RESTRIÇÕES VERTICAIS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO *ONLINE* – ENQUADRAMENTO JURÍDICO E ECONÓMICO

As restrições verticais a que aqui nos referiremos correspondem a acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, operando em níveis diferentes da cadeia de produção ou de distribuição, e que, tipicamente, dizem respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou reverter certos bens ou serviços.

Estão aqui em causa, habitualmente, limitações relativas às características dos operadores económicos, ao escopo material e geográfico de atuação destes e às condições em que as transações terão lugar, com possível impacto nas condições em que a concorrência opera, potencialmente em infração da proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, prevista no Artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da UE (“TFUE”) e no Artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“Lei da Concorrência”).

Todavia, a literatura económica relativa às relações entre operadores no plano vertical tem sustentado que é, desde logo, improvável que as restrições verticais tenham um impacto negativo na eficiência económica, quando não existe poder de mercado⁶. Neste contexto, de relações comerciais entre operadores que não são concorrentes, a potencial redução da concorrência intra e intermarca e a potencial exclusão de outros fornecedores ou de outros compradores através do aumento dos obstáculos à entrada no mercado, tendo em conta a estrutura deste, é ponderada em face dos efeitos positivos que essas limitações podem ter na criação de economias de escala, na otimização das cadeias de distribuição, na qualidade dos serviços e na inovação⁷.

Com efeito, esta ponderação dos prós e contras das restrições verticais, em termos de impacto na concorrência, perpassa, em grande medida, o *soft law* da CE relativamente a esta matéria, em particular as *Orientações relativas às Restrições Verticais*, de 19 de maio de 2010 (“Orientações Verticais”)⁸, estando ainda subjacente à isenção por categoria aplicável a esta temática em virtude do *Regulamento (UE) n.º 330/2010, da CE, de 20 de abril de 2010, relativo à*

6 *Vide* Verouden, 2008 e Vaz Freire, 2008 e 2011.

7 Para uma visão particularmente crítica, *vide* Van den Bergh, 2016.

8 O texto destas orientações está disponível em [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XC0519(04)&from=PT)

aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (“Regulamento n.º 330/2010”)⁹.

As Orientações Verticais, apesar de terem sido publicadas em 2010, reconhecem, ainda que de uma forma embrionária, a relevância crescente do comércio eletrónico, apontando a restritividade de algumas cláusulas suscetíveis de limitar a utilização do canal *online*, por comparação com as plataformas físicas, como veremos, mais detidamente, *infra*¹⁰.

Como constataremos no decurso deste trabalho, esta matéria foi também objeto de reenvios prejudiciais analisados pelo TJUE e, no plano dos Estados-membros, existia igualmente algum *track record* assinalável, em Estados-membros como a Alemanha e o Reino Unido, em termos de *enforcement* relativo a eventuais restrições verticais da concorrência no plano digital.

Todavia, no plano da UE, o ponto de viragem nesta matéria correspondeu, no nosso entender, à atuação da CE, no âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa. Em maio de 2015, a CE lançou um inquérito setorial sobre o comércio eletrónico de bens de consumo e de conteúdos digitais na UE, cujo Relatório Final foi publicado em 2017 (“Relatório Final”)¹¹.

O Relatório Final recolheu dados que atestam que a importância crescente dos canais de comercialização *online* varia significativamente em função da dimensão dos retalhistas, dos Estados-membros e das categorias de produtos em causa. Em particular, a Secção III deste relatório assinala as principais preocupações jusconcorrenciais identificadas pela CE, tanto no que diz respeito a bens de consumo, como a conteúdos digitais.

Estas potenciais preocupações jusconcorrenciais, tal como identificadas pela CE, correspondem, essencialmente, à limitação, por parte dos fornecedores, da distribuição de produtos e serviços através de plataformas *online* próprias e de terceiros, à intervenção no plano dos preços, através de mecanismos

9 O texto do regulamento está disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=ES>. Este regulamento, cuja vigência termina em 2022, está atualmente a ser reavaliado pela CE, estando em curso o período de apresentação de observações no âmbito da consulta pública. Para mais desenvolvimentos vide https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_en (consultado em 30 de dezembro de 2018).

10 Cfr, resulta do parágrafo 188. São várias as referências que, nas Orientações Verticais, nos remetem para mercados eletrónicos, em particular, os parágrafos 52, 53, 54, 56, 64, 178 e 179.

11 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”, COM (2015) 192 final. O inquérito foi lançado nos termos do artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. O Relatório Final está disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_pt.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

de monitorização de preços e cláusulas de paridade, bem como à imposição de restrições geográficas à disponibilização dos produtos e serviços no plano da UE, incluindo limitações relativas a conteúdos digitais.

As conclusões do Relatório Final suscitaram um conjunto de investigações no plano da UE, a que nos referiremos mais detidamente no capítulo seguinte, tendo ainda desencadeado, de forma imediata, a revisão das práticas de comércio *online* de um conjunto alargado de empresas, desde logo no setor têxtil (*Mango, Oysho, Pull & Bear, Dorothy Perkins, Topman*), da comercialização de máquinas de café (*De Longhi*) e de equipamento fotográfico (*Manfrotto*)¹².

Ademais, importa considerar, neste plano, que a referida investigação setorial, bem como os diversos casos e decisões já terminados e em curso, terão um papel fundamental na atualização e renovação do Regulamento n.º 330/2010, cujo período de vigência termina em maio de 2022, e, consequentemente, das Orientações Verticais¹³.

O impulso conferido pela CE, em virtude da aplicação de sanções a restrições verticais, depois de vários anos de ausência de intervenção nessa sede, reforçou e validou os esforços das autoridades nacionais, a que também nos referiremos, e que, nos últimos anos, tinham sido as protagonistas da aplicação das disposições de concorrência no caso de restrições deste tipo no plano digital, recorrendo, em muitos casos, a mecanismos negociais e de arquivamento que faziam cessar a alegada infração, sem aplicação de sanções às entidades visadas, limitando também, consequentemente, a discussão jurídica destas questões em sede judicial¹⁴.

Em face do *supra* exposto, façamos, então, um breve périplo pelo “estado da arte” no que concerne a apreciação jusconcorrencial de restrições verticais da concorrência no contexto do comércio eletrónico, no plano da UE e no plano dos Estados-membros, utilizando as categorias de restrições mais relevantes incluídas no Relatório Final, a que já nos referimos *supra*: potenciais limitações de acesso a determinadas plataformas, limitações com impacto nos preços e limitações de índole geográfica.

12 Vide Comunicado de Imprensa da CE, de 10.05.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1261_pt.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

13 Cfr. Cleary Gottlieb (2017), *European Commission Publishes Final Report in E-Commerce Sector Inquiry*, disponível em <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/2017/publications/alert-memos/european-commission-publishes-final-report-in-e-commerce-sector-inquiry-5-24-17.pdf> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

14 Importa notar que, antes do ressurgimento destas questões, e com exceção de algumas decisões das autoridades francesas e alemãs, as restrições verticais não suscitavam particular atenção também no plano dos Estados-membros.

3. RESTRIÇÕES VERTICAIS DA CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO COMÉRCIO *ONLINE* – PRÁTICA DECISÓRIA E JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE NO PLANO DA UE E NO PLANO DOS ESTADOS-MEMBROS

Neste ponto, daremos conta, conforme referido anteriormente, dos casos mais significativos, do nosso ponto de vista, que envolvem restrições verticais no plano do comércio *online*, sistematizados de acordo com o objeto principal do litígio, tendo em conta a informação pública a que tivemos acesso e o domínio linguístico dos autores, que não abrange, naturalmente, as línguas oficiais de todos os Estados-membros.

3.1. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano da UE

Começamos, então, pelos principais desenvolvimentos no plano da UE, cujo renovado interesse por estas matérias de índole vertical é, como vimos, bastante significativo do ponto de vista das tendências de aplicação do direito da concorrência.

a) Limitação da Distribuição de Produtos e Serviços através de Plataformas Online – Distribuição Seletiva, Plataformas Próprias e Plataformas de Terceiros

Como resulta do Relatório Final a que fizemos referência supra, a implementação de critérios de distribuição seletiva a distribuidores *online* tem sido uma das áreas de maior relevo na apreciação de restrições verticais no contexto do comércio eletrónico.

No âmbito de um sistema de distribuição seletiva, os produtos apenas podem ser comercializados por distribuidores autorizados pelo fornecedor, o que se pode traduzir, por um lado, eventualmente, numa menor amplitude da oferta em termos quantitativos, e, por outro, em certas circunstâncias, na promoção do nível de diferenciação e de qualidade de serviço, em especial se estiver em causa a aplicação de critérios objetivos de seleção, exigidos pela natureza do produto, como a necessidade de formação do pessoal de vendas ou os serviços fornecidos no ponto de venda, sem que seja imposto um limite em termos de número de distribuidores autorizados (a designada distribuição seletiva qualitativa)¹⁵.

15 Nesse sentido, a distribuição seletiva qualitativa não será abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, na medida em que a natureza do produto em causa exija um sistema de distribuição seletiva, com base em critérios objetivos de natureza qualitativa, aplicados de forma proporcional e não discriminatória, como reconhece a jurisprudência do TJUE, consagrada, expressamente, nas Orientações Verticais. Por seu turno, a distribuição seletiva quantitativa será suscetível de preencher os requisitos do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE,

Em qualquer caso, o já referido Regulamento n.º 330/2010, refletindo a ambivalência do enquadramento económico a que já fizemos referência, prevê a aplicabilidade da isenção por categoria aos acordos de distribuição seletiva (incluindo a distribuição quantitativa) em que as quotas de mercado do fornecedor e do distribuidor sejam inferiores a 30%, desde que o acordo em causa não inclua nenhuma das restrições excluídas do âmbito desta isenção pelo artigo 4.º do Regulamento.

O comércio eletrónico introduziu um elemento adicional de complexidade no regime que aqui descrevemos, quanto ao recurso a canais de distribuição seletiva, uma vez que os critérios de seleção impostos aos distribuidores num sistema de distribuição seletiva podem, potencialmente, tornar impraticáveis, veremos se de forma legítima, a oferta de determinados produtos em plataformas de comércio eletrónico.

Como resulta do Relatório Final, podem existir casos de restrição da utilização efetiva da Internet como canal de vendas ou, mais frequentemente, casos em que a proibição se prende com a exigência de uma loja física, a necessidade de utilização de lojas *online* próprias ou com a limitação de utilização de plataformas de terceiros, incluindo *marketplaces* e *sites* de comparação de preços.

Quanto a esta matéria, as Orientações Verticais apontam o risco jusconcorrencial da fixação pelo fornecedor de uma percentagem das vendas globais dos distribuidores a serem realizadas através da Internet, risco esse que será aparentemente mitigado se o fornecedor exigir que o comprador comercialize uma determinada quantidade absoluta (em termos de valor ou de volume) de produtos *offline*, a fim de garantir o funcionamento eficiente dos pontos de venda físicos e de acautelar situações de *free riding*. Neste sentido, em especial no plano da distribuição seletiva, as Orientações Verticais referem que, em alguns casos, tendo em conta as características do produto, poderá não ser, em princípio, anticoncorrencial, exigir que os distribuidores *online* disponham de um ou mais estabelecimentos físicos para se tornarem membros da rede de distribuição do fornecedor¹⁶.

Por fim, segundo as Orientações Verticais, um fornecedor poderá, em certas circunstâncias, ao abrigo da isenção, impor limitações à utilização de

uma vez que inclui uma limitação direta do número de distribuidores parte da rede, uma vez que são exigidos certos limiares de vendas ou de pontos de venda. Vide Acórdão – 26/76, *Metro I*, parágrafos 20 e 21 e Orientações Verticais, parágrafos 174 e ss.

16 Parágrafo 54.

plataformas de terceiros para distribuir os produtos contratuais em conformidade com as normas e condições acordadas com os distribuidores relativamente à utilização da Internet por parte destes, em termos que, como veremos, poderão já não ser totalmente compatíveis com a prática decisória e a jurisprudência subsequentes e cuja justificação passava pela potencial confundibilidade entre a imagem do produto em causa e a imagem da plataforma, uma questão que poderia, eventualmente, ser mais relevante à época do que na atualidade, em que o conceito de *marketplace* ou até de sites de comparação de preços está mais popularizado e a distinção entre o oferente e a plataforma é agora mais clara¹⁷.

Os casos de limitação da utilização de *plataformas online*, de forma absoluta ou relativa, em particular em sede de distribuição seletiva *online*, têm-se colocado, no plano da UE, essencialmente junto do TJUE, em virtude do mecanismo do reenvio prejudicial, que permite aos tribunais nacionais solicitarem *input* interpretativo aos tribunais da UE relativamente a questões de direito da UE¹⁸.

Em 2011, num dos casos recentes mais debatidos da jurisprudência da UE, o TJUE foi chamado a apreciar, em sede de reenvio prejudicial, a compatibilidade com as normas de concorrência do TFUE da proibição total de vendas *online* imposta pela *Pierre Fabre*, uma sociedade ativa na comercialização de produtos cosméticos e de higiene pessoal, aos distribuidores que faziam parte do seu sistema de distribuição seletiva¹⁹.

De forma a justificar a limitação da utilização, por parte dos seus distribuidores, dos canais de distribuição *online*, a *Pierre Fabre* argumentava, por um lado, a necessidade de os consumidores dos produtos em causa terem acesso a um conselho personalizado no momento da compra, de forma a evitar uma utilização incorreta dos produtos, bem como a necessidade de manter

17 *Idem*.

18 Nos termos do Artigo 267.º que dispõe que “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível”.

19 Acórdão do TJUE no caso C – 439/09 – *Pierre-Fabre Dermo-Cosmétique c. Président de l’Autorité de la concurrence and Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, de 13.10.2011.

a imagem de prestígio da marca, que poderia ser posta em causa, segundo este fornecedor, pela comercialização dos produtos através de plataformas de comércio *online*.

Sucintamente, no que para este particular releva, o TJUE entendeu que a proibição de venda pela Internet dos produtos em causa, por parte da *Pierre Fabre*, constituía uma restrição de concorrência por objetivo, uma vez que restringia a escolha dos consumidores que pretendiam adquirir estes produtos no canal *online* e impedia o acesso a estes por parte dos compradores finais que não estavam próximos da zona de venda física do distribuidor autorizado, utilizando um critério de restrição por objetivo, cuja adequação e clareza, em termos de critério adotado, nos dispensamos de analisar, de forma crítica, neste ponto.

O que se afigura claro, não obstante, é a recusa por parte do TJUE dos argumentos da *Pierre Fabre* relativos à necessidade de aconselhamento personalizado ao cliente de forma a assegurar a sua proteção contra uma utilização incorreta dos produtos, uma vez que se entendeu que este acompanhamento não seria necessário no caso dos produtos em causa, que não estavam sujeitos a prescrição médica²⁰.

Ademais, o TJUE entendeu ainda, talvez de forma excessivamente ampla, que o objetivo de preservar a imagem de prestígio de determinados produtos não pode justificar, por si só, que uma cláusula contratual que prossiga tal objetivo não seja abrangida pelo artigo 101.º, n.º 1, TFUE²¹.

Em termos da aplicação do balanço económico positivo, o TJUE limita-se a referir que não dispõe de elementos suficientes para apreciar se o contrato de distribuição seletiva da “*Pierre Fabre preenche os requisitos do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, não podendo, por isso, fornecer indicações suplementares ao órgão jurisdicional de reenvio*”²².

Subsequentemente, e uma vez mais no âmbito de um reenvio prejudicial, o TJUE foi chamado, no acórdão *Coty*, a apreciar um litígio tendo por objeto a limitação das vendas *online* no âmbito do sistema de distribuição seletiva desta empresa, na Alemanha²³.

Este caso, em termos fácticos, apresenta especificidades em relação ao enquadramento do acórdão *Pierre Fabre*, desde logo porque não corresponde

20 Parágrafo 44

21 Parágrafos 47 e 48.

22 Parágrafo 50.

23 Acórdão do TJUE de 6 de dezembro de 2017, *Coty*, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

a uma proibição total de utilização do canal de distribuição *online*, mas a uma mera proibição, por parte da *Coty Alemanha*, de que os seus produtos, essencialmente cosméticos, fossem comercializados através de plataformas *online* de terceiros que não o próprio distribuidor autorizado, comumente designadas por “*marketplaces*”.

É interessante notar que o tribunal alemão de primeira instância, ao qual a *Coty* tinha solicitado que proibisse os distribuidores de comercializar os seus produtos na *amazon.de*, invocou o acórdão *Pierre Fabre* para recusar o referido pedido, uma vez que considerava que este infringia a proibição de acordos e práticas concertadas restritivas da concorrência, não se justificando a referida limitação para tutela da imagem das marcas em causa.

Em sede de novo recurso, o tribunal de Frankfurt decidiu colocar esta questão ao TJUE, que se viu na necessidade de mitigar, como frequentemente sucede na jurisprudência da UE, as afirmações excessivamente latas incluídas em acórdãos anteriores, sob uma aparente capa de continuidade e coerência²⁴.

Deste modo, o TJUE esclareceu que a conclusão de que a manutenção do prestígio da marca não era um objetivo legítimo no contexto da aplicação do Artigo 101.º, n.º 1 do TFUE era válida no contexto fáctico do caso *Pierre Fabre*, em que estava em causa a proibição absoluta de comercialização através da Internet de produtos que não eram de luxo, mas correspondiam, no entender do Tribunal, a meros produtos de higiene²⁵.

24 Capa esta que dificulta a interpretação da jurisprudência da UE e a transforma numa espécie de “jurisprudência da dúvida”, cfr. Tridimas, 2012.

25 Parágrafos 30 a 35, em particular “(...) 33. A afirmação que figura no n.º 46 do acórdão de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), inscreve-se no âmbito das considerações efetuadas pelo Tribunal de Justiça para fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio em causa nesse processo os elementos de interpretação necessários para lhe permitir pronunciar-se sobre a questão de saber se a restrição da concorrência que resultava dessa cláusula contratual se justificava por um objetivo legítimo e prosseguia de maneira proporcional esse objetivo. 34. Neste contexto, o Tribunal de Justiça considerou que a necessidade de preservar a imagem de prestígio dos produtos cosméticos e de higiene corporal em causa não constituía uma exigência legítima para justificar uma proibição absoluta de venda desses produtos na Internet. A apreciação que figura no n.º 46 desse acórdão só dizia, assim, respeito aos produtos em causa no processo que deu origem ao referido acórdão e à cláusula contratual em causa nesse processo. 35. No entanto, não se pode deduzir do acórdão de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* (C-439/09, EU:C:2011:649), que o seu n.º 46 visava estabelecer uma declaração de princípio segundo a qual a proteção da imagem de luxo já não podia justificar uma restrição à concorrência, como a que resulta da existência de uma rede de distribuição seletiva, relativamente a todos os produtos, designadamente aos produtos de luxo, e alterar assim a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, conforme recordada nos n.ºs 25 a 27 do presente acórdão. (...)”.

Com base nesta distinção fáctica, acabou por reconhecer que os produtos das marcas representadas pela *Coty* tinham associada uma imagem de luxo, cuja preservação poderia ser garantida pela cláusula que restringia a comercialização em plataformas *online* de terceiros, desde que não excedesse o necessário para a prossecução deste objetivo, situação em que, aparentemente, esta limitação seria compatível com o Artigo 101.º, n.º 1 do TFEU²⁶.

O TJUE considerou, também, que a limitação em causa não correspondia a uma restrição de vendas passivas com o sentido que lhe é atribuído pelo Artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010, já referido, tendo em conta que não se afigura ser possível delimitar, no grupo dos compradores *online*, os clientes das plataformas terceiras²⁷.

Deste modo, o acórdão *Coty* clarifica que os sistemas de distribuição seletiva para bens de luxo e cláusulas que restringem a distribuição através de plataformas de terceiros podem ser compatíveis com o direito da concorrência, sem que se explique os contornos precisos desta categoria ou desta compatibilidade, contrariando as sugestões do Advogado-geral Wahl, que propunha um critério mais amplo baseado na qualidade ou tecnicidade dos produtos em causa²⁸.

Ademais, apesar de o TJUE não ter sido, uma vez mais, explícito neste ponto, importa considerar a possibilidade de aplicação de cláusulas deste tipo a produtos “não de luxo” – ainda que complexos do ponto de vista técnico – em virtude da isenção do Regulamento n.º 330/2010, se as partes dispuserem de quotas de mercado inferiores a 30%, como parecem sugerir as Orientações Verticais, ao contrário do que sucederá em situações em que exista poder de mercado²⁹.

26 Parágrafos 37 a 58, em particular “(...) Atendendo às considerações precedentes, há que responder à segunda questão que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma cláusula contratual, como a que está em causa no processo principal, que proíbe os distribuidores autorizados de um sistema de distribuição seletiva de produtos de luxo que visa, a título principal, preservar a imagem de luxo destes produtos de recorrerem de maneira visível a plataformas terceiras para a venda na Internet dos produtos contratuais, quando essa cláusula vise preservar a imagem de luxo dos referidos produtos, seja fixada de modo uniforme e aplicada de forma não discriminatória e seja proporcional à luz do objetivo prosseguido, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar. (...)”.

27 Parágrafos 62 a 69.

28 Conclusões do Advogado-geral Wahl, no Processo C-230/16, apresentadas em 26 de julho de 2017, parágrafos 66 e ss.

29 Botteman & Barrio, 2017 e Espregueira Mendes, Prieto & Cardoso, 2018.

A compatibilização dos princípios proclamados por estes acórdãos entre si, com o *soft law* da CE e com a atuação dos Estados-membros, permanece um dos desafios essenciais da análise jusconcorrencial no plano do *e-commerce*³⁰.

b) Intervenção no Plano dos Preços no Âmbito do Comércio Online – Manutenção de Preços de Venda e Cláusulas de Paridade

No plano do comércio *online* ressurgiram, igualmente, as preocupações das autoridades com a intervenção dos fornecedores nos preços praticados pelos distribuidores, em particular no que diz respeito a fixação, de forma direta ou indireta, de preços mínimos, preços fixos e descontos. Na verdade, de acordo com o referido Relatório Final da CE, as condutas relativas aos preços ter-se-ão revelado como as restrições mais generalizadas no âmbito do comércio eletrónico, sendo, paradoxal e provavelmente, as mais facilmente detetáveis tendo em conta o acréscimo, legítimo ou ilegítimo, de transparência propiciado pelo ambiente digital.

No substrato económico para a legitimidade de restrições deste tipo militam o afastamento de situações de efeito de boleia por parte de distribuidores que não investem na divulgação dos produtos ou o adequado posicionamento de mercado dos produtos em causa, que fundamentam um conjunto importante de exceções, reconhecidas, em alguma medida, pelo *soft law* da CE³¹. Essas justificações têm, em muitos casos, pese embora a diminuição do *enforcement* relativo a restrições verticais, sobretudo na Europa, sido consideradas insuficientes, veremos se acertadamente, pela CE e pelas autoridades de concorrência para ultrapassar os riscos em termos de erosão da concorrência no plano dos preços, especialmente entre distribuidores do mesmo produto (concorrência intramarcas), apresentando ainda riscos no sentido de facilitar a colusão entre distribuidores ou fornecedores, bem como no sentido de provocar o encerramento do mercado tendo em conta o alegado potencial dissuasor de novas entradas³².

30 Para mais desenvolvimentos, vide Winter, 2018: p. 183–187, Waelbroeck & Davies, 2018: 431–442

31 Orientações Verticais, parágrafo 225. Para uma apreciação abrangente desta temática, vide Jedlicková, 2016.

32 Neste sentido, vide as Orientações Verticais, parágrafos 223 a 229. A última decisão da AdC relativa a esta matéria corresponde ao caso PRC/2014/03 – Dia Portugal Supermercados, embora a investigação tenha sido encerrada mediante a apresentação de compromissos, sem que tenham sido aplicadas sanções. Para mais desenvolvimentos, vide a informação disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC201403.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018). Posteriormente, nos termos do Comunicado 10/2018, a AdC adotou uma Nota de Ilícitude (Comunicação de Acusações) contra a empresa de bebidas Super Bock por fixar preços mínimos de revenda dos seus produtos em hotéis, restau-

No que concerne a intervenção dos fornecedores no plano da mera recomendação de preços ou de preços máximos, aplicar-se-á, à partida, em qualquer caso, a isenção concedida pelo Regulamento n.º 330/2010, quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar o limiar de 30 %, desde que tal preço não seja equivalente a um preço de venda mínimo, ou fixo, resultante de pressão ou incentivos de qualquer das partes.

Sem prejuízo do que já ficou dito e que é naturalmente aplicável à distribuição *online*, a questão dos preços apresenta, do ponto de vista do comércio *online*, duas nuances relevantes que, em nosso entender, importará considerar.

Em primeiro lugar, podem existir situações em que os fornecedores pretendem adotar uma fixação dual dos preços para os distribuidores *online* e para os distribuidores físicos, tendo em conta, por exemplo, os investimentos feitos por distribuidores *offline* ou a existência de serviços *online* e *offline* por parte destes.

As Orientações Verticais chamam a atenção para a restritividade jusconcorrencial de condutas deste tipo, *i.e.*, da discriminação de preços entre produtos comercializados por distribuidores físicos ou através de plataformas *online*, tendo em conta o risco de desencorajar esta última oferta, sem que tal impeça, naturalmente, que o fornecedor acorde com o distribuidor um encargo fixo para apoiar as atividades de distribuição *online* ou *offline* deste³³.

Além disso, a CE não afasta a possibilidade de aplicação, aos acordos de dupla fixação de preços, o artigo 101.º, n.º 3, do TFUE numa base individual, por exemplo, nos casos em que um acordo de dupla fixação de preços seja indispensável para fazer face ao já referido parasitismo.

Em segundo lugar, e especialmente, a intervenção dos fornecedores no plano dos preços, tendo em conta a transparência das plataformas *online*, proporciona o acompanhamento permanente dos preços de revenda, tanto pelos fornecedores, como pelos outros distribuidores, reforçando as preocupações quanto ao risco de colusão e as dificuldades em enquadrar a atuação automática de algoritmos nos Artigos 101.º do TFUE e 9.º da Lei da Concorrência.

rantes e cafés, em prejuízo dos consumidores. Comunicado disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201810.aspx?lst=1&Cat=2018 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

33 Parágrafo 52.

As primeiras intervenções da CE neste âmbito remontam ao caso *ebooks*, visando a *Apple* e um conjunto de editores de livros em formato eletrónico, que foi encerrado, pela CE, com compromissos³⁴. Analisado nos termos da configuração normativa que a CE lhe conferiu, estávamos perante medidas de paridade de preços, através da inclusão de cláusulas de nação mais favorecida (“MFN”) nos contratos da *Apple*. Todavia, provavelmente, neste caso, a CE escudou-se numa intervenção vertical no plano dos preços para evitar empreender uma apreciação verdadeira de um cartel *hub and spoke*, à semelhança do que teve lugar no caso paralelo investigado e sancionado nos EUA³⁵.

Subsequentemente, tendo já em conta as conclusões do Relatório Final, a CE iniciou um conjunto de investigações relativas a práticas restritivas verticais no contexto do comércio eletrónico, em particular no que concerne a determinação dos preços de equipamentos como eletrodomésticos, computadores portáteis ou produtos de alta fidelidade (“*hi-fi products*”), conduzindo à imposição de coimas no montante total de € 111 milhões³⁶.

Em primeiro lugar, a investigação da CE que visava a *Asus* revelou a alegada tentativa, por parte deste fornecedor, de acompanhar os preços praticados pelos respetivos retalhistas ativos no canal *online*, utilizando, para o efeito, segundo a investigação da CE, *websites* de comparação de preços e, no caso de algumas categorias de produtos, instrumentos de *software* próprio, de forma a identificar os retalhistas que vendiam produtos *Asus* abaixo do nível de preço desejado pelo fornecedor, que, regra geral, era igual ao preço de revenda recomendado³⁷.

Para além desta constante monitorização, a investigação revelou que os retalhistas que não respeitavam o nível de preços visado pelo fornecedor *Asus* eram, habitualmente, contactados por colaboradores desta empresa que exerciam pressão no sentido de os levar a aumentarem os preços. Em face do enquadramento fáctico supra descrito, a CE acabou por impor uma coima de € 63.522.000 à *Asus* por infração do Artigo 101.º do TFUE.

34 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 13.12.2012, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

35 Uma situação deste tipo foi também investigada pela CE no caso *ebooks* da Amazon, mas agora no âmbito de um alegado abuso de posição dominante

36 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 24.07.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

37 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40465 – *Asus* (restrições verticais).

Por seu turno, na investigação que visava a empresa de produtos eletrónicos *Denon & Marantz*, a CE concluiu que esta empresa prosseguiu uma estratégia orientada para alcançar e manter a estabilidade dos preços de revenda dos seus distribuidores *online*, exercendo, frequentemente, pressão comercial sobre os retalhistas que aplicavam preços baixos e, em alguns casos, segundo a investigação da CE, adotando medidas de retaliação como a cessação do fornecimento e o bloqueio temporário de contas, motivo pelo qual a *Denon & Marantz* foi destinatária de uma coima de € 7.719.000³⁸.

Também no processo contra a *Philips*, a investigação da CE revelou que os trabalhadores e os quadros superiores do departamento *Consumer Lifestyle da Philips*, em França, controlavam e monitorizavam regularmente os preços de revenda dos distribuidores retalhistas, incluindo os distribuidores *online* desta empresa, pressionando-os para a adoção de preços mais elevados, sendo que este enquadramento fáctico se traduziu na imposição, por parte da CE, de uma coima de € 29.828.000 à *Philips*³⁹.

Por fim, no processo contra a *Pioneer*, a investigação da CE revelou que a empresa terá desenvolvido e implementado uma estratégia pan-europeia para incentivar, coordenar e facilitar o estreito acompanhamento dos preços de revenda dos produtos da sua *Home Division* em 12 países do Espaço Económico Europeu (“EEE”), exercendo pressão sobre os retalhistas que praticavam preços mais baixos e aplicando, em alguns casos, medidas de retaliação contra os retalhistas infratores, tendo ainda adotado medidas de *geoblocking* a que nos referiremos no ponto seguinte, tendo-lhe sido aplicada, por esse motivo, uma coima de € 10.173.000⁴⁰.

Estas decisões marcam a primeira vez que a CE impôs coimas por manutenção de preços de revenda, sensivelmente, nos últimos 15 anos e resultaram de investigações particularmente rápidas (cerca de um ano), se tivermos em conta o standard investigatório da CE. Estes são também os primeiros casos em que CE considerou, de forma mais detida, o papel dos algoritmos de monitorização da oferta *online* de outros operadores, sendo ainda, em nosso entender, dignas de nota as reduções substanciais das coimas concedidas aos visados, por terem disponibilizado prova e reconhecido a responsabilidade na infração, ainda que fora do quadro do regime da clemência que, no plano da CE, não é aplicável a restrições verticais.

38 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40469 – Denon & Marantz (restrições verticais).

39 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40181 – Philips (restrições verticais).

40 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40182 – Pioneer (restrições verticais).

c) *Restrições Geográficas – Geoblocking*

Por fim, importa também mencionar que surgem tipicamente incluídas em acordos verticais cláusulas de exclusividade territorial, mediante as quais o fornecedor disponibiliza os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda num determinado território. Este distribuidor tem, por norma, limitações em termos de vendas ativas em territórios que não lhe estão alocados, apesar de, como vimos, não se poderem limitar as vendas passivas nos termos do Regulamento n.º 330/2010⁴¹.

Os eventuais riscos, em termos de concorrência, das cláusulas de exclusividade territorial são, principalmente, a redução da concorrência intramarcas e o risco de repartição do mercado, sendo que, em virtude da distribuição exclusiva, podem também obter-se ganhos de eficiência, especialmente no caso de serem necessários investimentos por parte dos distribuidores, a fim de proteger ou desenvolver a imagem de marca, obtendo-se ainda poupanças de custos logísticos, devido a economias de escala no transporte e na distribuição⁴².

No contexto do comércio *online*, as Orientações Verticais consideram ilegais as restrições às vendas passivas desencadeadas pela procura no sentido de alargar o leque da oferta disponível. Será, por isso, em princípio, restritivo um acordo no sentido de o distribuidor (exclusivo) impedir que os clientes localizados noutro território (exclusivo) visualizem o seu sítio *web* ou que obriguem esse distribuidor a prever um sistema de reencaminhamento automático dos clientes para os sítios *web* nacionais⁴³.

Em sentido inverso, segundo as Orientações Verticais, as ações realizadas especificamente num determinado território ou destinadas a um determinado grupo de clientes constituem uma venda ativa nesse território ou a esse grupo de clientes. Por exemplo, pagar a um motor de pesquisa ou a um fornecedor de publicidade *online* para divulgar publicidade especificamente junto de utilizadores de um território específico constitui, segundo esta linha de raciocínio, uma venda ativa nesse território⁴⁴.

Sem prejuízo do enquadramento normativo e do *soft law* vigente, o Relatório Final chamou a atenção para a circunstância de parte significativa dos

41 I.e., vendas desencadeadas pelo distribuidor num território exclusivo reservado ao fornecedor ou atribuído pelo fornecedor a outro distribuidor, por contraposição às vendas passivas que resultam exclusivamente de solicitações de clientes noutros territórios.

42 Nesse sentido, as Orientações Verticais, parágrafos 151 a 167. Para mais desenvolvimentos, *vide* Jedlicková, 2016.

43 Parágrafo 52.

44 Parágrafo 53.

retalhistas ativos em matéria de comércio eletrónico, no mercado europeu, não efetuar vendas transfronteiriças, mas também revelou que uma parte significativa dos mesmos recolhe informações sobre a localização do cliente, a fim de implementar medidas de bloqueio geográfico (“*geoblocking*”)⁴⁵.

Ainda que o Relatório Final tenha concluído que a segmentação dos mercados eletrónicos nacionais pode resultar de barreiras legais, diferenças linguísticas e custos de transporte e distribuição acrescidos, bem como uma preferência por parte dos consumidores em efetuar compras eletrónicas no seu mercado nacional, foram também identificadas alegadas barreiras anti-concorrenciais resultantes de condutas, por parte dos agentes económicos, no sentido de limitar o comércio transfronteiriço.

Na verdade, foram identificados casos em que não seria alegadamente possível aos consumidores fazerem compras transfronteiriças *online*, dado que os retalhistas se recusam a vender a clientes no estrangeiro, bloqueando o acesso a sítios *web*, reencaminhando os clientes para os sítios *web* de outros Estados-membros ou simplesmente recusando-se a fazer entregas transfronteiriças ou a aceitar pagamentos internacionais.

Neste contexto do comércio transfronteiriço na UE, a entidade mais bem colocada para apreciar situações deste tipo é, naturalmente, a CE, que também já retomou a sua intervenção na área das limitações geográficas, em várias vertentes.

Em 2016, a *Paramount* entrou num conjunto de compromissos com a CE de forma a eliminar alegadas cláusulas contratuais que alegadamente impediam os distribuidores de *pay-TV* de responder a pedidos não solicitados (vendas passivas) fora do território licenciado⁴⁶. Investigações idênticas, em que foram também oferecidos compromissos, estão ainda em curso, visando outras empresas no setor audiovisual e de produção de conteúdos, como a *Warner* e a *Sky*⁴⁷.

Mais recentemente, no processo contra a *Pioneer*, a que já nos referimos, *supra*, esta empresa terá implementado, segundo a CE, uma estratégia de *geoblocking*, ao restringir, desencorajar ou impedir o comércio paralelo de produtos da *Home Division*, no âmbito do EEE⁴⁸.

45 Relatório Final, parágrafos 45 e ss.

46 Decisão da CE de 26.07.2016 no processo AT. 40023 – Cross Border Access to Pay-TV

47 Comunicado da CE de 09.11.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6346_en.htm e Comunicado da CE de 20.12.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6894_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

48 Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40182 – Pioneer (restrições verticais).

A CE sancionou, também, já em 2018, a empresa de produtos de vestuário e acessórios *Guess*, com uma coima de € 39.821.000, por uma alegada infração, entre os anos de 2014 e 2017, não obstante a redução de mais de 50% do valor da coima⁴⁹.

A investigação da CE terá demonstrado que os acordos de distribuição da *Guess* restringiam a utilização, pelos distribuidores, das marcas do referido fornecedor para efeitos de publicidade *online*, limitavam a comercialização *online* dos produtos em causa sem uma autorização específica da *Guess*, proibiam a distribuição dos produtos fora dos territórios exclusivos, o *cross-selling* entre grossistas e retalhistas autorizados e mantinham o controlo relativo aos preços de retalho. Estas medidas, segundo a CE, tinham impacto nos preços de retalho dos produtos *Guess* na Europa Central e de Leste, que seriam, segundo esta investigação, em média, 5 a 10% mais elevados do que na Europa Ocidental.

Para além dos casos já decididos, estão ainda a ser investigados pela CE os acordos celebrados entre a *Valve Corporation* e cinco empresas de desenvolvimento de videojogos (a *Bandai Namco*, a *Capcom*, a *Focus Home*, a *Koch Media* e a *ZeniMax*) em virtude de condutas que designámos anteriormente como *geoblocking*⁵⁰.

Também no setor do turismo foi iniciada pela CE uma investigação a certas cláusulas incluídas em acordos relativos a determinados serviços de alojamento hoteleiro, celebrados entre os principais operadores turísticos europeus (*Kuoni*, *REWE*, *Thomas Cook* e *TUI*) e determinados hotéis (*Hoteles Meliá*)⁵¹.

No mesmo sentido, estão em curso, por parte da CE, três outras investigações com escopo idêntico, de forma a analisar se certas práticas de licenciamento e distribuição da *Nike* (detentora dos direitos sobre produtos licenciados relativos à marca *Fútbol Club Barcelona*), da *Sanrio* (detentora dos direitos sobre produtos licenciados relativos à marca *Hello Kitty*) e da *Universal Studios* (detentora dos direitos sobre produtos licenciados relativos às marcas *Minions* e *Despicable Me*) poderão limitar a comercialização dos produtos em causa em função das várias áreas geográficas⁵².

49 Decisão da CE de 17.12.2018, no âmbito do Processo AT. 40428 – *Guess* (restrições verticais).

50 Comunicado de Imprensa da CE de 02.02.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

51 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 02.02.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

52 Cf. Comunicado de Imprensa da CE de 14.06.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm. (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Para além das investigações da CE já terminadas e em curso, no que concerne a aplicação do Artigo 101.º do TFUE a esta matéria, importa referir que a questão das restrições geográficas ao comércio *online*, incluindo a disponibilização de conteúdos digitais, é também, e, talvez, principalmente, uma matéria de mercado interno e de coesão da UE.

Neste sentido, não podemos deixar de referir que foi adotado, no plano da UE, o Regulamento n.º 2018/302, que entrou em vigor recentemente, que proíbe limitações geográficas injustificadas, como um elemento essencial da estratégia para o mercado único digital e que, provavelmente, tornará menos frequente a intervenção do direito da concorrência neste particular⁵³.

3.2. Desenvolvimentos mais Relevantes no Plano dos Estados-membros

Conforme referido supra, também no plano dos Estados-membros, ainda antes do inquérito setorial da CE, existiram desenvolvimentos muito relevantes por parte das autoridades da concorrência e dos tribunais nacionais, que foram, inclusivamente, reforçados em virtude do recente ímpeto investigatório da CE.

Em Portugal, tanto quanto é do nosso conhecimento, não existem casos suscetíveis de serem reportados neste particular, embora a AdC esteja atenta às investigações das entidades homólogas, em particular em matérias de paridade de preços. Foram ainda abordadas matérias próximas, em sede de concentrações, por exemplo, no caso da perspetivada concentração entre as plataformas de anúncios *FixeAds/CustoJusto*⁵⁴, em alguma medida no caso

53 Documentação disponível em <https://eur-lex.europa.eu/content/news/geo-blocking-regulation-enters-into-force.html> Vide, em particular, o Artigo 4.º do referido regulamento que dispõe que “1. Os comerciantes não podem aplicar condições gerais de acesso diferentes aos bens ou serviços, por razões relacionadas com a nacionalidade, com o local de residência ou com o local de estabelecimento do cliente, caso o cliente procure: a) Adquirir bens a um comerciante, se esses bens forem entregues num local situado num Estado-Membro em que o comerciante propõe um serviço de entrega nas condições gerais de acesso, ou se os bens forem levantados num local acordado entre o comerciante e o cliente num Estado-Membro em que o comerciante propõe essa opção nas condições gerais de acesso; b) Receber serviços prestados por via eletrónica pelo comerciante, exceto se se tratar de serviços cuja principal característica seja a oferta de acesso e a utilização de obras protegidas por direitos de autor, ou de outros materiais protegidos, incluindo a venda, sob forma imaterial, de obras protegidas por direitos de autor ou de material protegido; c) Receber serviços de um comerciante, exceto se se tratar de serviços prestados por via eletrónica, num local físico situado no território de um Estado-Membro onde este exerce a sua atividade (...)”

54 Comunicado da AdC n.º 25/2015, de 30.10.2015, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201525.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018)

*Altice/Media Capital*⁵⁵ e, em particular, aquando da aprovação, este ano, da constituição de uma plataforma de *e-commerce* entre a Sonae e os CTT⁵⁶.

Ademais, e principalmente, importa ainda referir as proclamações da AdC quanto ao investimento na capacidade de investigação no contexto da economia digital, incluídas nas prioridades de aplicação para 2018⁵⁷ e 2019, sendo que neste último caso se faz referência expressa a algoritmos e inteligência artificial.

Todavia, outros Estados-membros apresentam já um conjunto de decisões e investigações relevantes que importa mencionar, de forma sucinta, com base exclusivamente na informação pública a que pudemos ter acesso.

a) Limitação da Distribuição de Produtos e Serviços através de Plataformas Online – Distribuição Seletiva, Plataformas Próprias e Plataformas de Terceiros

Um dos casos mais conhecidos neste particular corresponde à sanção aplicada, já em 2012, pela autoridade da concorrência francesa (*Autorité de la Concurrence*) à empresa de equipamentos eletrónicos *Bang & Olufsen*, em virtude da proibição de facto da distribuição *online* destes produtos por parte dos distribuidores franceses, integrados nos seus sistemas de distribuição seletiva – uma vez que o fornecedor proibira, desde logo, os distribuidores de utilizarem a marca e as insígnias comerciais da marca nos seus sítios *web* próprios – e que teve, além disso, relevantes desenvolvimentos no plano judicial⁵⁸.

Na argumentação apresentada em sede de recurso, a *Bang & Olufsen* referia que esta restrição procurava proteger a erosão do investimento realizado pelos distribuidores em lojas físicas, não tendo, todavia, no entender do tribunal de recurso, demonstrado, como lhe competia, que a proibição absoluta de vendas *online* era a solução mais adequada para limitar esse alegado risco, tendo, no entanto, reduzido a coima para apenas € 10.000, em virtude da flutuação da jurisprudência nesta matéria. Acrescentou ainda, o tribunal de

55 Comunicado da AdC n.º 06/2018, de 19.06.2018, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201806.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018)

56 Decisão da AdC no Processo Ccent. 27/2008, de 19.07.2018, disponível em http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2018_27_final_net.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

57 Documento disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Instrumentos_de_gestao/Prioridades/Documents/AdC_Prioridades_2018.pdf e http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Instrumentos_de_gestao/Prioridades/Documents/Prioridades%20de%20Pol%C3%ADtica%20Concorr%C3%A2ncia%202019.pdf (consultados em 30 de dezembro de 2018)

58 *Décision n.º 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma*, disponível em <http://www.autoritedelaconcorrence.fr/pdf/avis/12d23.pdf> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

recurso, uma aparente admissão, em termos teóricos, de uma distinção entre produtos simples e complexos para efeitos de limitação do comércio *online*, ao referir que os produtos menos dispendiosos e menos elaborados são os mais adequados para serem vendidos *online*, uma vez que estes não necessitam de uma demonstração por um assistente de vendas e não geram elevados custos de armazenamento ou de distribuição, uma admissão que contrasta com a referência opaca a produtos de luxo por parte do acórdão *Coty*⁵⁹.

Uma situação de restrição parcial, mediante a exigência de um ponto de venda físico, está atualmente a ser discutida nos tribunais do Reino Unido, tendo em conta que a empresa de cosméticos *Beauty Bay* solicitou ao *High Court of England and Wales* que analisasse a compatibilidade com o direito da concorrência do contrato de distribuição seletiva da *L'Oréal*, que exigia que os distribuidores dos produtos desta marca disponibilizassem necessariamente um ponto de venda físico, argumentando que, mediante a imposição deste critério, a *L'Oréal* não escolhe os seus distribuidores com base em critérios objetivos e discrimina os pontos de venda eletrónicos face aos estabelecimentos físicos⁶⁰.

No que respeita à limitação de comercialização de produtos em plataformas de terceiros, já em 2009, o *Bundeskartellamt* (“BkA”) tinha sancionado num montante significativo (€ 15,5 milhões) a *CIBA Vision*, uma empresa líder no negócio das lentes de contacto na Alemanha, em virtude da implementação de um alegado conjunto de restrições ao comércio *online*, que incluíam a proibição de vendas, na plataforma *eBay*, de certas lentes de contacto, bem como medidas de intervenção nos preços praticados pelos distribuidores *online* a que nos referiremos, mais detidamente, no ponto seguinte⁶¹.

Em 2013, o BkA adotou uma abordagem distinta, ao terminar, com compromissos e sem aplicação de sanções, a investigação à empresa de produtos

59 *Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 13 Mars 2014*, disponível em http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/ca_bo_mars14.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

60 Vide notícia publicada em GCR “*L'Oréal sued for selective distribution*”, disponível em https://global-competitionreview.com/article/1168488/!%E2%80%99oreal-sued-for-selective-distribution?utm_source=Law%20Business%20Research&utm_medium=email&utm_campaign=9434365_GCR%20most%20read%20April&dm_i=1KSF,5M7LP,9GQ7VU,LTP4,1 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

61 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 25.09.2009, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2009/25_09_2009_Ciba-Vision.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

eletrônicos *Sennheiser*, que deixou de proibir os seus distribuidores autorizados de revenderem os produtos na *Amazon*⁶².

Em termos semelhantes, em 2014, o BkA encerrou uma investigação que visava a empresa de equipamento desportivo *Adidas*, após esta ter removido a restrição de comercialização dos seus produtos em *marketplaces* como a *Amazon* e o *eBay*⁶³. Uma decisão idêntica, visando esta mesma empresa, foi também emitida pela autoridade de concorrência francesa⁶⁴.

A atividade do BkA orientada para restrições verticais *online* por parte de empresas de equipamento desportivo prosseguiu em 2015, quando a *ASICS* foi investigada por ter restringido as atividades de venda *online* de distribuidores autorizados, de pequena e média dimensão, ao proibi-los de utilizar a marca *ASICS* em plataformas *online* de terceiros de forma a guiar os consumidores para as suas próprias lojas *online*, bem como ao proibi-los de usar plataformas de comparação de preços (*price comparison engines*)⁶⁵.

Mantendo a decisão do BkA e do tribunal de Düsseldorf, o Tribunal Federal Alemão entendeu que estas limitações não encontravam qualquer fundamento na necessidade de preservar requisitos de qualidade⁶⁶.

A *Competition and Markets Authority* (“CMA”) inglesa também já apreciou restrições relacionadas com sítios *web* de comparação de preços, tendo determinado a *BMW* a flexibilizar a sua política em relação a sítios de comparação de preços de automóveis e empreendido um estudo relativo aos efeitos anti e pró-concorrenciais das ferramentas digitais de comparação de preços⁶⁷.

62 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 24.10.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2013/24_10_2013_Fallbericht_Kartellverbot.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

63 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 19.08.2014, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

64 Cfr. Comunicado de Imprensa da Autorité de la Concurrence de 18.11.2015, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

65 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 27.08.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/27_08_2015_ASICS.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

66 Cfr. Comunicado de Imprensa do BkA de 25.01.2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/25_01_2018_Entscheidung_Asics.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

67 Comunicado de Imprensa do *UK Government* de 26.09.2017, disponível em <https://www.gov.uk/government/news/cma-steps-in-to-give-people-a-better-deal-on-comparison-sites> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Importa relembrear, quanto a esta matéria, que, no Relatório Final, a CE referia que as limitações à utilização de sítios *web* de comparação de preços podem ser, eventualmente, restritivas da concorrência⁶⁸.

Como vimos anteriormente, a comercialização de produtos fora de sítios *web* próprios ou a utilização de sítios *web* de terceiros carece ainda de um critério claro de compatibilidade com o direito da concorrência, tendo em conta a aparente desarticulação do acórdão *Coty*, com o *soft law* e com as decisões nacionais.

Por exemplo, em 2017, os tribunais neerlandeses consideraram que os contratos de distribuição seletiva da *Nike*, também no âmbito dos produtos desportivos, podiam licitamente limitar o comércio *online* via certas plataformas *online* autorizadas, como a *Zalando*, a *Otto* e a *La Redoute*, excluindo plataformas menos especializadas como a *Amazon*. O tribunal parece ter baseado, em grande medida, o seu entendimento, nas Conclusões do Advogado-geral Wahl, a que já fizemos referência, no caso *Coty* ao entender que a *Nike* tinha direito a proteger a sua imagem de marca e o fazia de forma proporcional, tendo em conta que os produtos em causa continuariam disponíveis *online*⁶⁹.

Interessante será também ver qual a abordagem a adotar pela *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, que iniciou, em novembro último, uma investigação visando a *Adidas* Espanha, por alegadas restrições nos contratos aplicados aos franquizados, que, de acordo com a informação publicamente disponível, incluiriam a restrição de determinados tipos de vendas por parte destes, incluindo as vendas *online*⁷⁰.

b) Intervenção no Plano dos Preços – Manutenção de Preços de Revenda, MFNs / Cláusulas de Paridade e Dualidade de Preços

Os Estados-membros têm, também, estado atentos aos desenvolvimentos das relações verticais *online* no plano dos preços.

Neste particular, o BkA tem estado sempre muito ativo. Como vimos anteriormente, esta autoridade sancionou a *CIBA Vision* também por operar um sistema de vigilância e intervenção em que monitorizava os preços praticados pelos distribuidores *online*. Se o preço de revenda se afastasse, numa

68 Relatório Final, parágrafo 15.

69 Para mais desenvolvimentos relativamente a esta decisão, vide a notícia disponível em <http://www.mondaq.com/x/650362/Antitrust+Competition/Dutch+Court+Renders+Judgment+On+Legality+Of+Nikes+Platform+Sales+Restrictions> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

70 Vide o Comunicado da Imprensa relativo ao assunto S/DC/0631/18, de 22 de novembro de 2018, disponível em <https://www.cnmc.es/node/372402> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

determinada proporção, do preço recomendado pelo fornecedor, o distribuidor *online* era contactado por colaboradores da *CIBA Vision* que o tentavam convencer a incrementar os preços para o nível considerado conveniente pelo fornecedor.

O BkA impôs, igualmente, em 2015 uma coima de € 300.000 à *United Navigation*, uma empresa ativa na comercialização de informação de navegação especializada, por monitorizar e limitar os preços dos distribuidores *online*. Esta empresa introduziu, na sua relação com os distribuidores, o chamado “*street price*” como indicador dos preços que considerava aceitáveis. A pressão no sentido da implementação desses preços era alicerçada na ameaça de recusa de fornecimento e/ou de processos judiciais por utilização não autorizada de direitos de autor ou através da concessão de bónus aos “cumpridores”⁷¹.

As entidades do Reino Unido impediram igualmente, em 2014, as limitações impostas pela produtora de veículos para pessoas de mobilidade reduzida, *Pride*, aos seus distribuidores no que respeita à divulgação publicitária de produtos a preços inferiores aos preços recomendados pelo fornecedor, limitações essas que eram aplicadas aos distribuidores *online*, bem como aos distribuidores com lojas físicas⁷². Posteriormente, a CMA adotou uma abordagem mais estrita ao sancionar o fornecedor de eletrodomésticos *ITW Limited* por uma conduta semelhante, tendo aplicado uma coima £ 2,298,820, reduzida mediante o compromisso de tomada de medidas de *compliance* por parte da empresa e da aplicação do procedimento de transação⁷³.

Neste contexto, a CMA enviou ainda avisos a vinte outras empresas no setor do equipamento de *catering* comercial, tendo em conta a eventual implementação, por parte daquelas, de políticas de preços mínimos em termos de publicidade *online* por parte dos respetivos distribuidores⁷⁴.

71 É importante notar que esta investigação foi iniciada em virtude de informação disponibilizada pela autoridade da concorrência austríaca e inclui diligências de busca e apreensão. Comunicado do BkA de 12.05.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/12_05_2015_Navigation.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

72 Comunicado de Imprensa do UK Government de 30.10.2014, disponível em <https://www.gov.uk/government/news/cma-publishes-decision-on-mobility-scooters> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

73 Comunicado de Imprensa do UK Government de 24.05.2016, disponível em <https://www.gov.uk/government/news/fridge-supplier-fined-22-million-for-restricting-online-discounts> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

74 *Idem*.

Também em Itália uma situação idêntica mereceu já a atenção das autoridades de concorrência. No caso *Enervit*, a autoridade de concorrência italiana iniciou uma investigação, em face das queixas de uma farmácia e de sítios *web* que distribuem os suplementos alimentares desta empresa⁷⁵. As relações verticais estabelecidas entre a *Enervit* e estas empresas incluíam o desconto máximo a ser aplicado a esses produtos, sendo que o produtor concedia ainda descontos adicionais aos distribuidores que aplicassem o preço de revenda mínimo.

Outra linha de investigação das autoridades, relacionada com a determinação dos preços de revenda, compreende a implementação *online* de cláusulas de paridade / MFN. Com efeito, desde 2010 que várias autoridades da concorrência nacionais iniciaram procedimentos visando as plataformas de reservas de hotéis, por estas empresas alegadamente imporem cláusulas de paridade nos contratos celebrados com os hotéis (*i.e.*, as “*most favoured nation clauses*”, que impunham aos hotéis que oferecessem os mesmos preços *online* e *offline*). A este respeito, a abordagem adotada pelas várias autoridades nacionais diferiu, embora predominem as soluções de compromisso.

Por exemplo, o BkA emitiu, entre outras, uma decisão proibindo o uso de uma cláusula de paridade por parte da plataforma de reservas *HRS*⁷⁶. Em abril de 2015, a *Booking.com* assumiu perante as autoridades francesas, italianas e suecas o compromisso de flexibilizar o escopo da cláusula de paridade que vinha aplicando, permitindo aos hotéis oferecerem preços distintos. Neste contexto, a plataforma *Expedia* também decidiu adotar uma cláusula nos mesmos moldes⁷⁷.

Contudo, a intervenção das autoridades de concorrência foi considerada insuficiente, em várias jurisdições, que decidiram adotar legislação mais exigente quanto a este tipo de cláusulas⁷⁸. Em França, todas as cláusulas de

75 Comunicado de Imprensa da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, relativo ao caso I718, *Enervit – Contratti di distribuzione*, disponível em <http://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=cc89baeb-7bed-489f-b440-35efc9808518&parent=News&parentUrl=/media/news> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

76 Comunicado de Imprensa do BkA de 09.01.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

77 Vide o Relatório da CE, intitulado “*Report on the Monitoring Exercise Carried Out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016*”, disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

78 Vide a apresentação de Spyros Droukopoulos na *EU Competition Law Summit* (24 agosto de 2018), intitulada “*MFN clauses Competition enforcement in the face of regulatory intervention*”, disponível em <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2018/10/droukopoulos.pdf> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

paridade foram, por força de uma lei de 2015, consideradas nulas, o mesmo sucedendo na Áustria, a partir de novembro de 2016, através de uma alteração à lei da concorrência⁷⁹.

Por fim, existiram ainda investigações relativas à *supra* mencionada dualidade de preços relativos a produtos destinados à distribuição *online* e *offline*, em particular e, uma vez mais, com destaque para o BkA, que aceitou os compromissos do produtor de produtos de jardim *Gardena* no sentido de passar a aplicar os mesmos descontos em relação às lojas físicas e às lojas *online*, ao contrário do que sucedia anteriormente, em que as segundas estavam em desvantagem⁸⁰. No mesmo sentido, a *Bosch Siemens* acordou em fazer cessar um sistema de descontos que punha em desvantagem os distribuidores que utilizassem também vendas *online*, uma vez que os descontos seriam menores quanto maiores fossem as vendas *online*⁸¹.

4. APRECIÇÃO CRÍTICA – CONCLUSÕES

Em face do *supra* exposto, podemos identificar o renascimento da análise de restrições verticais agora no âmbito do comércio *online*, sendo que estas questões estavam, como vimos, pelo menos no plano da UE, em grande medida, afastadas das prioridades de *enforcement*, não tendo, tão pouco, como vimos, merecido particular atenção do ponto de vista sancionatório, por parte dos Estados-membros.

A autoavaliação com base no Regulamento n.º 330/2010 e nas Orientações Verticais retirou, largamente, as restrições verticais da esfera central da atividade das autoridades da concorrência, mesmo no plano nacional, e o crescimento da utilização dos mecanismos consensuais no âmbito de processos da concorrência pareceu retirar gravidade a estas condutas.

Em primeiro lugar, esta aparente mudança de paradigma, com investigações relâmpago por parte da CE e aplicação de coimas relevantes, ainda que

79 Vide o Relatório da CE intitulado “*Report on the Monitoring Exercise Carried Out in the Online Hotel Booking Sector by EU Competition Authorities in 2016*”, disponível em http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

80 Comunicado do BkA de 28.11.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/28_11_2013_GARDENA.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

81 Comunicado do BkA de 23.12.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/23_12_2013_Bosch-Siemens-Haushaltsger%C3%A4te.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

significativamente reduzidas, talvez possa significar uma espécie de “regresso ao futuro”, cuja adequação não é ainda, nesta fase, clara.

Eventualmente, como sugerem Iacobucci e Winter, podemos estar a assistir ao, em nosso entender indesejado, regresso à confusão entre os objetivos de integração económica no plano da UE e os objetivos da aplicação do direito da concorrência, que prejudicaram, de sobremaneira, a aplicação do Artigo 101.º do TFUE até à viragem para os anos 2000⁸². Entendemos que, neste momento, à semelhança do que sucede no direito norte-americano, deverá ser já suficientemente claro que o desiderato desta disposição é, de forma exclusiva, a promoção da eficiência económica, em particular no que concerne o bem-estar da procura, com uma base económica clara e um enfoque nos efeitos das condutas⁸³.

Além disso, como refere Ezrachi, é possível que a linha de continuidade da apreciação de concorrência de condutas *online* e *offline* seja mais relevante do que as recentes decisões da CE poderiam indiciar, sobretudo porque surgem na sequência de uma investigação setorial e implicaram, ao contrário do que sucedeu em casos nacionais anteriores, a aplicação de coimas relevantes, sendo esta aparência de divergência também, o possível resultado da desatualização das Orientações Verticais, publicadas num momento anterior à verdadeira “explosão” do comércio *online*⁸⁴.

Segundo este autor, as preocupações de *free riding* que descrevemos estão presentes no cenário *online* e *offline* e a inclusão de uma loja num centro comercial não é assim tão diferente da inclusão de uma loja num *marketplace online*, tendo em conta que a relação contratual do fornecedor é com o distribuidor e este é responsável pela manutenção dos requisitos de qualidade da marca, podendo ser responsabilizado se tal não tiver lugar. Na verdade, em alguns casos nacionais, como vimos, sobretudo no que concerne a manutenção de preços de revenda, a conduta alegadamente anticoncorrencial tinha lugar no cenário *online* e *offline*.

Todavia, seria, pelo menos, ingénuo, ignorar as diferenças fundamentais entre estes cenários (distribuição *offline* e *online*) em termos de visibilidade da política comercial, de crescimento do poder de mercado dos *marketplaces*, de maior dispersão dos operadores em mercados que, no limite, são mundiais, de

82 Iacobucci e Winter, 2016: 48 e ss.

83 Nesse sentido, vide, entre outros, Pittman, Russell, 2007: 212.

84 Ezrachi, 2017: 4 a 6.

limitação do acesso da procura a outras características que não o preço e em termos de ameaça renovada ao objetivo do mercado interno.

No entanto, isso também não significa que, em nosso entender, todas estas questões do mundo digital exijam, necessariamente, uma resposta em termos de direito da concorrência, desempenhando, como vimos, as disposições do mercado interno, de concorrência desleal, de direito do consumidor e de direito de propriedade intelectual papéis fundamentais neste âmbito, que o Artigo 101.º do TFUE não pode, nem deve, desempenhar⁸⁵.

Não significa ainda, que os progressos em termos de análise económica no âmbito da aplicação do Artigo 101.º do TFUE e das normas nacionais correspondentes (incluindo o Artigo 9.º da Lei da Concorrência), no sentido da soberania dos consumidores, devam ser ignorados nesta fase e que não deva atribuir-se qualquer valor ao posicionamento de mercado de determinados produtores/produtos ou a qualquer das dimensões do investimento dos distribuidores físicos, da inovação ou dos elementos relevantes para a escolha do consumidor que não exclusivamente os preços (incluindo o consumo conspícuo), nem ainda que se devam multiplicar teorias do dano que não envolvam condutas de exclusão associadas ao poder de mercado.

Em terceiro lugar, a mescla de decisões no plano da UE e no plano nacional – em que é difícil detetar critérios coerentes de aplicação, em que a adoção de compromissos, que limita a reflexão jurídica, alterna com a aplicação de sanções relevantes às empresas visadas em paralelo com a delimitação de infrações por objetivo – não contribui, em nosso entender, para a definição das fronteiras da infração e da gravidade da mesma, com prejuízo para a segurança jurídica.

Ademais, a intervenção do TJUE, ainda limitada, nesta fase, está, em nossa opinião, longe de ser clarificadora, desde logo porque adotou um conceito indeterminado, o de “produto de luxo”, e introduziu confusão no enquadramento normativo aplicável à distribuição seletiva, que se encontrava relativamente pacificado, contrariando, como vimos, os esforços do Advogado-geral Wahl nas suas conclusões neste caso.

Deste modo, não são claras as conclusões a extrair da apreciação do TJUE até ao momento. Corresponderá a um estreitamento do segmento de bens que podem ser legitimamente sujeitos a restrições *online*? A uma reconfiguração da distribuição seletiva quantitativa? A uma limitação da isenção do Regulamento n.º 330/2010? Ao reconhecimento da necessidade de proceder

85 Para mais desenvolvimentos, vide Kilpatrick, Kobel & Kéllezi: 2018.

a uma apreciação de efeitos, o que fará com que determinadas marcas, em função do seu poder de mercado, possam restringir a concorrência em alguns mercados e não noutros?

Estas questões poderão ainda tornar-se mais intrincadas se aprofundarmos a questão da venda *online* por contraposição à mera publicidade online dos produtos em causa, ou da presença em comparadores de preços ou redes sociais.

Por fim, para além de aguardarmos os próximos desenvolvimentos, em particular judiciais, quanto a esta matéria, importa não perder de vista que a recorrência com que estas questões se têm colocado é, naturalmente, proporcional à relevância das mesmas no plano global, motivo pelo qual as restrições verticais no plano do comércio *online* continuarão a ser um *hot topic* da aplicação do direito da concorrência nos próximos anos, ao qual voltaremos assim que se justificar.

BIBLIOGRAFIA

Livros

EZRACHI, Ariel & STUCKE, Maurice

2016 *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard, Harvard University Press

HATZOPOULOS, Vassilis

2018 *The Collaborative Economy and EU Law*, Hart Publishing

JEDLIČKOVÁ, Barbora

2016 *Resale Price Maintenance and Vertical Territorial Restrictions: Theory and Practice in EU Competition Law and US Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing

PATTERSON, Mark

2017 *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, Harvard, Harvard University Press

VAZ FREIRE, Paula

2008 *Eficiência Económica e Restrições Verticais. Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*, Lisboa, AAFDL

Obras Coletivas

KILPATRICK, Bruce (Editor), KOBEL, Pierre (Editor), KËLLEZI, Pranvera (Editor),

2018 *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*, Springer

TRIDIMAS, Panagiotis

- 2012 “Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?”, in Dickson Julie & Eleftheriadis, Pavlos, *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford, Oxford University Press, 307-330.

Artigos

BUCCIROSSI, Paolo

- 2018 “Vertical Restraints on E-Commerce And Selective Distribution”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 11-3, 747-773.

ESPREGUEIRA Mendes, Francisco, Prieto, Leyre & Cardoso, Daniela

- 2018 “Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrônico”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano IX, N.º 33/34, Janeiro – Junho 2018, Coimbra, Almedina, 265-262

PITTMAN, Russell

- 2007 “Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement”, 3 CPI, 2007: 212-230

VAN DEN BERGH, Roger

- 2016 “The European Part of the Policy Failure”, *The Antitrust Bulletin*, Volume: 61-1, 167-185

VAZ FREIRE, Paula

- 2011 “Restrições Verticais Determinadas pela Procura”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, N.º 7/8, Julho – Dezembro 2011, Coimbra, Almedina, pp. 43-62

WAELEBROECK, Denis & DAVIES, Zachariah

- 2018 “Coty, Clarifying Competition Law in the Wake of Pierre Fabre”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9-7, 1, 431-442

WINTER, Ralph A.

- 2018 “Pierre Fabre, Coty and Restrictions on Internet Sales: An Economist’s Perspective”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9 – 3, 183-187

Artigos Online

BOTTEMAN, YVES , BARRIO BARRIO, Daniel

- 2017 *The Coty Exception: A Luxury for a Selected Few?*, disponível em <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/12/15/coty-exception-luxury-selected/> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

COLANGELO, Giuseppe & TORTI, Valerio

2018 *Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions Under EU Competition Rules after Coty Prestige*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3119129 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

EZRACHI, Ariel

2017 *Online Marketplace Bans and Consumer Welfare – A Tale of Quality and Long Term Investment, or a Story of Limited Choice and Higher Prices*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2983670 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

FERREIRA ANJOS, Sandra

2015 Restrições Verticais nas Vendas pela Internet e Política da Concorrência, disponível em https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=37220 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

IACOBUCCI, Edward & WINTER, Ralph

2016 *European law on selective distribution and internet sales: an economic perspective*, disponível em http://www.crai.com/sites/default/files/publications/at_journal_81i1_iacobucci_winter.authcheckdam.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

SCHRIJVERSOF, Diederik, VAN DE HEL, Martijn & BRAEKEN, Bas

2018 *E-commerce, geoblocking and Digital Single Market*, disponível em <https://www.maverick-law.com/en/trends-2018/e-commerce-geoblocking-and-digital-single-market.html> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

VEROUDEN, Vincent

2008 Vertical Agreements: Motivation and Impact, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/vertical_agreements.pdf

DOCUMENTOS OFICIAIS

União Europeia

2018 *A UE em 2017 – Relatório Geral sobre a Atividade da União Europeia*, C(2018) 1280, 28.02.2018.

2017 Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativo ao inquérito setorial sobre o comércio eletrónico, COM(2017) 229 final, 10.5.2017

2015 *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa”*, COM (2015) 192 final.

- 2012 *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47-390
- 2010 *Orientações relativas às Restrições Verticais*, OJ C 130, 19.5.2010
- 2010 *Regulamento (UE) n.º 330/2010, da CE, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*, OJ L 102, 23.4.2010, p. 1-7

Portugal

Lei da Concorrência, Lei n.º 19/2012, 08.05.2012, Diário da República, 1.ª série, N.º 89, 8 de maio de 2012

Acórdãos

Acórdão do TJUE de 6 de dezembro de 2017, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, C-230/16 ECLI:EU:C:2017:941.

Acórdão do TJUE de 13 de outubro de 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, C-439/09, EU:C:2011:649

Decisões da CE

Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40465 – Asus (restrições verticais)

Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40469 – Denon & Marantz (restrições verticais)

Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40181 – Philips (restrições verticais)

Decisão da CE de 24.07.2018, no âmbito do Processo AT.40182 – Pioneer (restrições verticais)

Decisão da CE de 17.12.2018, no âmbito do Processo AT. 40428 – Guess (restrições verticais).

Autoridade da Concorrência

Decisão da AdC no Processo Ccent. 27/2008, de 19.07.2018, disponível em http://www.concorrenca.pt/FILES_TMP/2018_27_final_net.pdf (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Outras Autoridades

Décision n.º 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et

home cinéma, disponível em <http://www.autoritedelaconcurrency.fr/pdf/avis/12d23.pdf> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

COMUNICADOS

Comissão Europeia

Comunicado de Imprensa da CE de 24.07.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado da CE de 09.11.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6346_en.htm

Comunicado da CE de 20.12.2018, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6894_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa da CE de 02.02.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-201_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa da CE de 10.05.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1261_pt.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa da CE de 14.06.2017, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1646_en.htm. (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa da CE de 13.12.2012, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1367_en.htm (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Autoridade da Concorrência

Comunicado n.º 10/2018, 10.08.2018, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201810.aspx?lst=1&Cat=2018 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado da AdC n.º 06/2018, de 19.06.2018, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201806.aspx

Comunicado da AdC n.º 25/2015, de 30.10.2015, disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_201525.aspx (consultado em 30 de dezembro de 2018)

EU competition rules on vertical agreements – evaluation, disponível em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981_en (consultado em 30 de dezembro de 2018).

Outras Autoridades

Comunicado de Imprensa do BkA de 25.01.2018, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/25_01_2018_Entscheidung_Asics.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do *UK Government* de 26.09.2017, disponível em <https://www.gov.uk/government/news/cma-steps-in-to-give-people-a-better-deal-on-comparison-sites> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do UK Government de 24.05.2016, disponível em <https://www.gov.uk/government/news/fridge-supplier-fined-22-million-for-restricting-online-discounts> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa da Autorité de la Concurrence de 18.11.2015, disponível em http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do BkA de 27.08.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/27_08_2015_ASICS.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do BkA de 09.01.2015, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/09_01_2015_hrs.html?nn=3591568 (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do BkA de 24.10.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/AktuelleMeldungen/2013/24_10_2013_Fallbericht_Kartellverbot.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado do BkA de 28.11.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/28_11_2013_GARDENA.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado do BkA de 23.12.2013, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/23_12_2013_Bosch-Siemens-Haushaltsger%C3%A4te.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa do BkA de 25.09.2009, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2009/25_09_2009_Ciba-Vision.html (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado de Imprensa da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, relativo ao caso I718, *Enervit – Contratti di distribuzione*, disponível em <http://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=cc89baeb-7bed-489f-b440-35efc9808518&parent=News&parentUrl=/media/news> (consultado em 30 de dezembro de 2018)

Comunicado da Imprensa da *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* relativo ao assunto S/DC/0631/18, de 22 de novembro de 2018, disponível em <https://www.cnmc.es/node/372402> (consultado em dezembro de 2018)

O ENQUADRAMENTO DA FIGURA HUB-AND-SPOKE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DOS TRIBUNAIS BRITÂNICOS

João Miranda Poças*

ABSTRACT *This paper is focused on the concept of hub-and-spoke. It explains the relationship between this illegal antitrust practice under vertical and horizontal commercial relations among different market operators. Special emphasis is given to the CJEU and the UK Courts' jurisprudence. Furthermore, an analysis is carried out on whether the hub-and-spoke concept and its singularities can be dealt with according to the traditional trends of the CJEU jurisprudence already available in contrast to UK Courts' precedents.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Noção de hub-and-spoke. 3. Relações entre o hub e os spokes 4. A análise do hub-and-spoke à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. 5. A jurisprudência no Reino Unido. 6. Análise crítica da figura hub-and-spoke à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos Tribunais Britânicos. 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do presente trabalho propomo-nos elaborar uma análise da figura do *hub-and-spoke*¹, a qual tem atraído em especial a atenção da doutrina². Isto deve-se não só à importância da figura em si, a qual se destaca entre as

* O presente trabalho corresponde ao relatório apresentado para conclusão do XII Curso de Pós-Graduação em Concorrência e Regulação 2017/2018 lecionado no Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (IDEFF).

1 A figura também é denominada como “cartel ABC”, ver Levy & Patel, 2010. Veja-se a explicação empírica de Smith (1999: 280) sobre a formação de um cartel: “*é raro que pessoas que exercem a mesma atividade se encontrem, mesmo numa festa ou diversão, sem que a conversa acabe numa conspiração contra o público, ou numa maquinação para elevar os preços*” (itálicos nossos).

2 Ver Petit, 2018. Trata-se de uma área em desenvolvimento, que tem atraído a atenção das autoridades da concorrência, ver Cuff, 2018.

novas formas de conluio entre empresas, mas também aos seus traços sibilinos, muito devido à inexistência de decisões nas instâncias jurisdicionais da União Europeia que diretamente a analisem.

Assim, em primeiro lugar, parece-nos importante procurar explicar a figura do *hub-and-spoke* e a forma como a mesma se materializa na relação entre empresas no âmbito do Direito da Concorrência. Nesta sede, tentaremos avançar com uma noção.

Em segundo lugar, não poderíamos deixar de analisar a jurisprudência dos Tribunais da União Europeia, procurando enquadrar a figura *hub-and-spoke* no seu seio.

Em terceiro lugar, afigura-se relevante analisar a jurisprudência britânica, pois tem sido aquela que se tem debruçado diretamente sobre o tema. Neste ponto, procuraremos perceber de que modo os Tribunais britânicos se debruçaram sobre a figura *hub-and-spoke* e, dessa forma, entender o seu enquadramento no âmbito do Direito da Concorrência.

Em quarto lugar, iremos comparar os critérios encontrados na jurisprudência da União Europeia, com os critérios avançados pela jurisprudência britânica. Procuraremos perceber a compatibilidade entre ambos e apresentaremos a nossa análise crítica.

2. NOÇÃO DE HUB-AND-SPOKE

O termo anglo-saxónico *hub-and-spoke*³ denomina a relação que se estabelece entre, pelo menos, três empresas⁴, em que uma delas atua como

3 A expressão *hub-and-spoke* foi importada do Direito Criminal para o Direito da Concorrência, em particular, da descrição da “prohibition of conspiracy” (*wheel conspiracy*). O Supremo Tribunal dos EUA estabeleceu os requisitos da *wheel conspiracy* no caso *Kotteakos* em 1946. Neste aresto, decidiu-se sobre a relação estabelecida entre um *broker* e os seus clientes. Simon Brown, *broker*, obtinha empréstimos bancários para reabilitação das habitações em representação dos seus clientes. Apesar de os empréstimos poderem ser apenas obtidos tendo em vista determinados propósitos, o *broker* e os seus clientes apresentaram falsas declarações, para obter esses empréstimos para outros fins que não os permitidos. A relação do *broker* com cada cliente era bilateral. A única ligação que existia entre os clientes era proveniente do facto de o *broker* ter atuado em sua representação para obter os empréstimos. O Supremo Tribunal dos EUA condenou o *broker* e todos os clientes envolvidos como uma “single conspiracy”. Assim, fala-se de “*wheel conspiracy*” quando “*one central figure, the hub, conspires with several other spokes. The question is whether there is a rim to bind all the spokes together in a single conspiracy. A rim is found only where there is a proof that the spoker were aware of one another’s existence and that all promoted the furtherance of [a common] objective*”. Ver Odudo, 2011: 237. Quanto à importância do “*rim*” numa segunda fase de análise do *hub-and-spoke* (*i.e.* a relação entre os *spokes*), ver McCabe, 2012: 452. Nas orientações da Comissão Europeia sobre acordos de cooperação horizontal, parece-nos que se faz alusão à figura de forma indireta, quando se refere, em relação ao intercâmbio de informação, que “os dados podem ser partilhados indiretamente através de uma agência comum (por exemplo, associação do sector) ou de um *terceiro*, como uma organização de estudo de

intermediário na partilha de informação concorrencial sensível entre concorrentes⁵. Imagine-se uma roda de uma bicicleta em que B representaria o eixo central e A e C os raios. Neste exemplo, A e C representariam os *spokes*⁶ e B o *hub*⁷, encontrando-se o último no centro. Isto significa que A e C estariam no mesmo mercado do produto relevante, enquanto o B se encontraria num outro estádio (a montante ou a jusante)⁸. Trata-se de um tipo de relação que poderá ocorrer com mais frequência quando pelo menos um dos mercados (a montante ou a jusante) é concentrado⁹ ou uma das partes possui um elevado poder de negociação¹⁰. Assim, parece resultar claro que a característica que individualiza a figura aos olhos do leitor é a existência de um *hub*¹¹. Todavia, não basta apenas existir um *hub*, sob pena de estarmos perante meras relações verticais¹². Pelo contrário, é necessário, por meio do *hub*, que se estabeleçam relações entre os *spokes* de natureza horizontal¹³. Tomando o exemplo da bicicleta, no fundo trata-se de constatar a existência do aro da roda (o “*rim*”)¹⁴.

mercado, ou através dos fornecedores da empresa ou ainda dos retalhistas” (itálicos nossos), ver Comissão Europeia, 2011, par. 55.

4 Recordamos que a noção de empresa no âmbito do Direito da Concorrência abrange “qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento”, ver Acórdão de 23 de abril de 1991, Höfner and Elser/Macrotron, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, par. 21; Wijkmans, Tuytschaever & Vanderelst, 2006: 73.

5 Ver McCabe, 2012: 452. O n.º1 do artigo 101.º do TFUE não prevê expressamente o *hub-and-spoke*. Por outro lado, até à data em que elaborámos este trabalho, não conseguimos encontrar qualquer decisão na jurisprudência dos Tribunais da UE. Ver Vereecken, 2015; Levy & Patel, 2010: 2. Como veremos mais à frente, esta figura distancia-se do “*facilitator*”, uma vez que o último não está presente no mercado relevante, nem sequer nos mercados relacionados. Ver nota 114.

6 “One of the thin bars or rods that connect the centre of a wheel to its outer edge, for example on a bicycle”, ver Hornby, 2002: 1248.

7 “The central part of a wheel”, ver Hornby, 2002: 634.

8 Ver Levy & Patel, 2010: 2.

9 Ver Overd, 2011: 248.

10 Ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 7.

11 Ver Odudo, 2011: 237.

12 Ver Orbach, 2016: 3.

13 Ver Odudo, 2011: 237; Orbach, 2016: 3.

14 Ver Odudo, 2011:237; Orbach, 2016: 3.

3. RELAÇÕES ENTRE O HUB E OS SPOKES

Entre o *hub* e os *spokes* estabelecem-se relações. Esta fase é importante não só para completar o entendimento sobre a figura, mas também para perceber quais as consequências legais resultantes da aplicação das normas do Direito da Concorrência. Todavia, em nosso entender, é aqui que reside a primeira questão controversa. Se, por um lado, nos parece claro poder afirmar-se que entre o *hub* e os vários *spokes* se estabelecem relações verticais independentes, por outro lado, parece-nos, contudo, que não é possível caracterizar sempre, com a mesma segurança, a relação existente entre os vários *spokes* como sendo uma relação puramente horizontal¹⁵. Através de uma primeira análise da relação estabelecida entre A – B – C, parece-nos claro que não existe qualquer ligação direta (*i.e.* do ponto de vista formal) entre o A e o C, que nos permita afirmar, sem margem para dúvidas, que as relações estabelecidas, por via do B, são apenas de natureza horizontal, com exclusão dos aspetos verticais. Este aspeto é deveras importante, pois da sua caracterização dependerá, em boa medida, a aplicação das normas concorrenciais aos sujeitos envolvidos, nomeadamente, pela aplicação de um maior ou menor número de restrições pelo objeto¹⁶, da possibilidade de aplicação do regulamento de isenção previsto para determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas¹⁷ e dos limites previstos na Comunicação *De Minimis*, que variam consoante o tipo de relação que esteja em causa¹⁸. Assim, podemos desde já avançar que não somos partidários da caracterização da figura *hub-and-spoke* como sendo sempre de natureza horizontal, em prejuízo das especificidades das relações verticais estabelecidas A – B e B – C (que podem apresentar alguma complexidade) e dos elementos subjetivos existentes (*i.e.* a intenção das partes envolvidas). Para tanto, será necessário procurar respostas quer na jurisprudência britânica quer na jurisprudência das instâncias jurisdicionais

15 Para alguns autores, o *hub-and-spoke* deve ser caracterizado como um acordo horizontal (ver Vereecken, 2015: 28). Para outros, do ponto de vista económico, não resulta claro classificar sempre o *hub-and-spoke* como um conjunto de acordos verticais com efeitos horizontais ou, principalmente horizontais, mas com o envolvimento de um fornecedor (ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 1); Jones & Sufrin (2017: 152) consideram que se tratam de acordos com elementos verticais e horizontais.

16 Ver Comissão Europeia, 2011.

17 Ver Regulamento (EU) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

18 Ver Comissão Europeia, 2014: par. 1-4. A aplicação dos limiares de quotas previstos nesta comunicação varia consoante a natureza da relação.

da UE, sem olvidar, sempre que possível, o contributo de alguns exemplos existentes noutros países.

4. A ANÁLISE DO *HUB-AND-SPOKE* À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Até à data em que elaborámos o presente trabalho não encontrámos decisões judiciais, nos órgãos jurisdicionais da União Europeia, que analisassem diretamente a figura *hub-and-spoke*¹⁹. Assim, somos do entendimento que qualquer estudo da figura tem que, necessariamente, passar pela análise do conceito prática concertada e da sua construção, ao longo dos anos, pelo Tribunal de Justiça²⁰, sem olvidar outros casos que, embora não estando diretamente relacionados com o conceito, nos permitem obter uma maior compreensão da figura *hub-and-spoke*. Cumpre tentar perceber se, de facto, nos encontramos num vazio legal, que obriga o Tribunal de Justiça a pronunciar-se radicalmente sobre a questão assim que lhe seja dada oportunidade ou se, de facto, já existe uma corrente jurisprudencial europeia com respostas sólidas ou, pelo menos, satisfatórias, que cumpre ao intérprete desvendar.

O termo prática concertada está previsto no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). O Tribunal de Justiça lidou pela primeira vez com o conceito no acórdão *ICP*²¹, onde foi desenvolvido em contraste com o conceito de acordo. Apesar de uma prática concertada não possuir todos os elementos de um acordo, na verdade ela traduz a existência de uma coordenação aparente resultante do comportamento das partes envolvidas²². O Tribunal focou-se ainda na necessidade de

19 Ao contrário, como veremos mais à frente, das instâncias britânicas que já se pronunciaram sobre a mesma.

20 Ver Marchisio, 2017: 555; Jones & Sufrin, 2017: 153 ss. Apesar de o conceito de acordo também possuir importância na análise de um caso de *hub-and-spoke*, para efeito do presente trabalho concentrar-nos-emos no conceito de prática concertada, tendo em conta o seu maior alcance na análise da figura *hub-and-spoke*. Em todo o caso, pretendemos salvaguardar que poderão ser feitas referências ao conceito de *acordo* em sentido estrito, ao longo do trabalho, com o propósito didático de melhor compreender a figura *hub-and-spoke*. Quanto ao maior alcance da noção de prática concertada, ver Comissão Europeia, 2011: par. 60, onde se diz que “[...] a noção de prática concertada refere-se a uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até ao estágio da celebração de uma convenção propriamente dita, substitui ciente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas”; acórdão de 4 de junho de 2009, T-Mobile, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, par. 26.

21 Ver acórdão de 14 de julho de 1972, Imperial Chemical Industries (ICI) Ltd, 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, par. 64-68; Marchisio, 2017: 556.

22 Ver acórdão 14 de julho de 1972, Imperial Chemical Industries (ICI) Ltd, supra, par. 65.

se demonstrar a existência de uma conduta paralela. Apesar de não constituir, em si mesma, uma prova da existência de uma prática concertada, para o Tribunal ela constitui um forte indício dessa prática, desde que conduza a condições concorrenciais que não correspondam às condições normais de funcionamento do mercado, tendo em conta o seu volume, a natureza dos produtos e o tamanho e número dos operadores económicos²³. Há, assim, uma necessidade de relação causa-efeito²⁴. Esta posição do Tribunal de Justiça foi objeto de críticas na época, tendo em conta o efeito que poderia ter em mercados caracterizados pela existência de oligopólios, podendo abranger reações racionais (unilaterais) das empresas presentes nesses mercados, por motivos simplesmente relacionados com estratégias comerciais²⁵.

No acórdão *Suiker Unie* (1975)²⁶, o Tribunal de Justiça decidiu que cada operador económico deve *determinar a sua política comercial de forma independente*²⁷. Em todo o caso, cumpre sublinhar que o Tribunal entendeu que esta limitação não era impeditiva de os operadores económicos se adaptarem inteligentemente à conduta atual ou antecipada dos seus concorrentes²⁸. O que resulta claro da decisão do Tribunal é a proibição de *qualquer tipo de contacto direto ou indireto entre operadores, cujo objeto ou efeito seja exercer influência sobre a conduta de mercado de um atual ou potencial concorrente, ou revelar a esse concorrente o teor de uma determinada conduta que o primeiro adotou ou pretende vir a adotar no mercado*²⁹. No fundo, conforme resulta da decisão, o Tribunal preocupou-se com a remoção de incerteza quanto à futura conduta dos concorrentes no mercado em questão³⁰.

23 Idem, par. 66.

24 Ver Marchisio, 2017: 556; acórdão de 8 de julho de 1999, Anic Participazioni SpA, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, par. 118 e 121; acórdão de 8 de julho de 1999, Hüls AG, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, par. 161; acórdão de 19 de março de 2015, Dole Food Company Inc., C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, par. 126.

25 Ver Marchisio, 2017: 556.

26 Ver acórdão de 16 de dezembro de 1975, Suiker Unie, C-40/73, ECLI:EU:C:1975:174.

27 Idem, par. 173.

28 Idem, par. 174.

29 Idem, par. 174.

30 Idem, par. 175. Marchisio (2017: 557) fala no desenvolvimento pela jurisprudência do conceito de *indícios endógenos* (indícios que dizem respeito à conduta em si mesma) por oposição a *indícios exógenos* (indícios que extravasam a conduta e respeitam a eventos externos). Os primeiros, presentes nas primeiras decisões judiciais, têm como função aferir se o paralelismo de conduta no respetivo mercado relevante pode ser explicado ou se a coordenação pode ser justificada com a prossecução de objetivos legais. O impacto da troca de informações num mercado oligopolista fortemente concentrado é mais evidente, veja-se o acórdão de 28 de maio de 1998, John Deere Ltd, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, par. 88 ss, nos termos do qual se

No acórdão *Hüls* (1999)³¹ discutiu-se a decisão da Comissão Europeia (conhecida como *decisão polipropileno*) em que foi condenado um conjunto de empresas que operavam no mercado do polipropileno. Nessa decisão alegou-se que as empresas em questão tinham fixado, com regularidade, objetivos de preços, elaborado um sistema de controlo anual de vendas, para repartição do mercado com base em quantidades e percentagens acordadas. A Hüls AG era uma dessas empresas. Para o Tribunal de Justiça, bastava à Comissão Europeia provar que a empresa em questão tinha participado em reuniões entre empresas de natureza manifestamente anti-concorrencial, para que houvesse uma inversão do ónus da prova. A partir desse momento, seria a empresa visada que teria de demonstrar que a sua participação se tinha verificado sem qualquer espírito anti-concorrencial³². Importa referir que a Comissão Europeia utilizou a resposta da Imperial Chemical Industries plc ao pedido de informações como único elemento de prova da participação da Hüls AG nas reuniões.

No acórdão *Anic* (1999)³³ (ainda no âmbito da *decisão propileno*), o Tribunal de Justiça estabeleceu a presunção segundo a qual as “empresas que participam na concertação e que continuam ativas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado”³⁴. Esta presunção ilidível veio modificar por completo a abordagem das práticas concertadas. A tónica deixou

declarou que num mercado, com estas características, “a troca de informações é suscetível de permitir às empresas conhecer as posições no mercado e a estratégia comercial dos seus concorrentes e, deste modo, alterar sensivelmente a concorrência existente entre os operadores económicos”. Sem prejuízo, o Tribunal de Justiça fez questão de esclarecer que se a oferta estiver atomizada, a difusão e troca de informações entre concorrentes podem ser neutras, ou mesmo positivas, para a natureza competitiva do mercado (ver acórdão de 23 de novembro de 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, par. 58). Todavia, o Tribunal de Justiça precisou que um sistema de troca de informações pode constituir uma violação as normas da concorrência, mesmo quando o mercado em causa não é um mercado oligopolístico fortemente concentrado (ver acórdão de 2 de outubro de 2003, *Thyssen Stahl AG*, C-194/99 P, ECLI:EU:C:2003:527, par. 86).

31 Ver acórdão de 8 de julho de 1999, *Hüls AG*, supra nota 24. Ainda sobre a “decisão propileno”, ver acórdão de 8 de julho de 1999, *Montecatini SpA*, C-235/92 P, ECLI:EU:C:1999:362.

32 Marchisio (2017: 558) qualifica como *exógenos* os indícios que não partem do paralelismo de condutas, mas da prova de concertação (*i.e.* elementos que demonstrem contactos diretos ou indiretos entre operadores, tais como reuniões, troca de correspondência, entre outros). Se os indícios exógenos forem encontrados, como por exemplo, através da existência de contactos, parece que a Autoridade da Concorrência poderá presumir que tais contactos foram tidos em conta, competindo ao visado provar que o objeto de tais contactos não foi anticoncorrencial.

33 Ver acórdão *Anic Participazioni SpA*, supra nota 24; Marchisio, 2017: 558.

34 Ver acórdão *Anic Participazioni SpA*, supra nota 24, par. 121.

de estar na procura de condutas paralelas. Ao invés, o importante passou a ser a procura de partilha de informação estratégica, entre empresas, capaz de reduzir a incerteza no seu comportamento³⁵. Em relação aos acordos e práticas concertadas com um objeto anticoncorrencial, o Tribunal de Justiça afirmou ainda que compete à Comissão Europeia, designadamente, “*provar que a empresa pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco*” (itálicos nossos)³⁶ – a chamada “Presunção Anic³⁷”. A fundamentação do Tribunal é clara ao excluir a intenção como requisito necessário para se provar a existência de uma prática concertada.

No acórdão *Aalborg Portland A/S* (2004)³⁸, o Tribunal de Justiça procedeu à análise da “decisão cimento” na qual a Comissão Europeia concluiu pela existência de um cartel e procedeu à aplicação de coimas a um conjunto de empresas e associações com atividade no setor do mercado do cimento cinzento, por violação do artigo 81.º, n.º1, do Tratado da Comunidade Europeia (“TCE”) (atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE). Esta decisão foi, no essencial, confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância. Em termos gerais, estava em causa um conjunto de práticas concertadas com base em troca de informações em matéria de preços; o estado da oferta e da procura nos países terceiros importadores e nos mercados nacionais; a adoção de medidas persuasivas e dissuasivas contra produtores que ameaçavam a estabilidade dos mercados, assim como a adoção de medidas destinadas a impedir e/ou reduzir as importações de cimento e de clínquer gregos nos Estados-Membros³⁹. O Tribunal de Justiça, com base nas decisões nos acórdãos *Hüls* e *Anic*, já referidos, decidiu que bastava à Comissão Europeia demonstrar “que a

35 Nas conclusões apresentadas no caso *Anic*, o Advogado-Geral, Georges Cosmas, defendeu a possibilidade de extensão do conceito de “prática concertada” no caso de comunicações unilaterais sucessivas de informações por parte de um dos concorrentes aos restantes (ver conclusões do Advogado-Geral Georges Cosmas apresentadas em 15 de julho de 1997, *Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92P, ECLI:EU:C:1997:357, par. 37-42). Em sentido contrário, parece estar o Advogado-Geral Marco Darmon conforme resulta das suas conclusões apresentadas em 7 de julho de 1992, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, ECLI:EU:C:1992:293, par. 80. Ver Marchisio, 2017: 559.

36 Ver acórdão *Anic Partecipazioni SpA*, supra nota 24, par. 87.

37 Ver Marchisio, 2017: 558.

38 Ver acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland A/S*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6.

39 *Idem*, par. 13.

empresa em causa participou em reuniões nas quais foram celebrados acordos de natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, para provar suficientemente a participação da referida empresa no acordo. Quando a participação nessas reuniões estiver provada, cabe a esta empresa apresentar indícios que possam demonstrar que a sua participação nas referidas reuniões se tinha verificado sem qualquer espírito anticoncorrencial, demonstrando que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa ótica diferente da deles⁴⁰. O Tribunal de Justiça voltou a afirmar o entendimento previsto no acórdão *Anic*, de que bastaria à Comissão Europeia demonstrar que a empresa, razoavelmente, poderia prever as consequências dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos objetivos e que estaria pronta a aceitar o risco. Mais uma vez, o Tribunal descartou a necessidade de provar a existência de intenção, por parte da empresa visada, em contribuir, através do seu comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes⁴¹. No acórdão *Aalborg Portland A/S*, o Tribunal de Justiça fez questão de afirmar a relevância do comportamento tácito em relação a uma iniciativa ilícita, para efeitos de condenação em face do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE. Assim, para o Tribunal de Justiça, a empresa deverá distanciar-se do conteúdo da iniciativa ilícita ou então denunciá-lo às respetivas entidades administrativas, sob pena de incentivar a continuidade da infração e comprometer a sua descoberta. Para o Tribunal de Justiça, esta *cumplicidade* constitui um modo passivo de participação na infração (ou seja, como parte do acordo ilícito)⁴². O Tribunal de Justiça afirmou ainda que, por um lado, a circunstância de uma empresa não dar seguimento aos resultados de uma reunião que tem um objeto anticoncorrencial não é suscetível de afastar a sua responsabilidade na participação num acordo – para que isto não aconteça, a empresa deverá afastar-se publicamente do seu conteúdo; e, por outro lado, a não participação da empresa em todos os elementos constitutivos de um acordo ou o desempenho de um papel secundário não é relevante para efeitos de afastamento de uma infração que lhe é imputável⁴³.

40 Idem, par. 81.

41 Idem, par. 83.

42 Idem, par. 84.

43 Idem, par. 85 e 86.

No acórdão *T-Mobile* (2009)⁴⁴, o Tribunal de Recurso holandês decidiu submeter ao Tribunal de Justiça um conjunto de questões prejudiciais no âmbito de um processo que opunha os operadores dos Países Baixos, que ofereciam serviços de telecomunicações, à Autoridade da Concorrência Holandesa. Na origem do processo esteve uma reunião realizada entre os representantes das operadoras de telecomunicações durante a qual se falou, entre outros assuntos, da redução do valor das comissões relativas às assinaturas com planos de pós-pagamento, tendo sido trocadas informações confidenciais. A Autoridade da Concorrência Holandesa entendeu que esta decisão limitava sensivelmente a concorrência, pelo que procedeu à aplicação de coimas às empresas envolvidas. Na resposta à primeira questão⁴⁵ apresentada no âmbito do recurso, o Tribunal de Justiça concluiu que “a troca de informações entre concorrentes tem um objetivo anticoncorrencial quando é suscetível de eliminar as incertezas quanto à atuação planeada pela empresa em causa”⁴⁶. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal de Justiça partiu das seguintes premissas: (i) apesar de a intenção das partes não ser um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de uma prática concertada, nada impede que seja tomada em conta⁴⁷; (ii) a apreciação dos efeitos concretos de uma prática concertada é supérflua quando se verifique que tem por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum – para tanto, basta apenas demonstrar que tem um objetivo anticoncorrencial⁴⁸; (iii) para ter um “objetivo anticoncorrencial”, basta que a prática seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência – a prática tem de ser concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum⁴⁹; (iv) a troca de informações suscetível de eliminar as incertezas dos interessados quanto à data, à extensão e às modalidades da adaptação a realizar pela empresa em causa tem

44 Ver acórdão *T-Mobile*, supra nota 20.

45 “Que critérios devem ser seguidos, na aplicação do artigo 81.º, n.º 1, do TCE [atualmente artigo 101.º, n.º 1, do TFUE], quanto à apreciação da questão de saber se uma prática concertada visa impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comunitário” (parenteses retos nossos), ver acórdão *T-Mobile*, supra nota 20, par. 22.

46 *Idem*, par. 43.

47 *Idem*, par. 27; ver acórdão *Dole Food Company Inc.*, supra nota 24, par. 118.

48 *Idem*, par. 29 e 30.

49 *Idem*, par. 31 e 113.

um objetivo anticoncorrencial⁵⁰. Na resposta à segunda questão⁵¹, referente à aplicação da presunção de causalidade decorrente do artigo 81.º, n.º 1, do TCE (atualmente artigo 101.º, n.º 1, do TFUE), pelo juiz nacional, o Tribunal de Justiça decidiu que é parte integrante do direito comunitário aplicável⁵². Assim, sem prejuízo da prova em contrário que cabe às empresas fazer⁵³, o juiz nacional é obrigado a aplicá-la⁵⁴. Na resposta à terceira questão, o Tribunal de Justiça entendeu que a presunção do nexo de causalidade é aplicável mesmo que a concertação das empresas em causa se baseie numa única reunião, desde que a empresa que participa na concertação, e que é visada, permaneça ativa no mercado de referência⁵⁵.

No acórdão *AC – Treuhand II* (2015)⁵⁶, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se, pela primeira vez⁵⁷, sobre uma questão inédita: determinar se uma empresa de consultadoria que não opera nos mercados em causa ou nos mercados relacionados pode ser processada por infração às regras em

50 Idem, par. 41 e 122.

51 “O artigo 81.º TCE [atualmente 101.º TFUE] deve ser interpretado no sentido de que, na aplicação desta disposição pelo juiz nacional, a prova do nexo de causalidade entre a prática concertada e a atuação no mercado deve ser produzida e apreciada de acordo com as normas do direito nacional, desde que essas normas não sejam menos favoráveis do que as que seriam aplicáveis em processos nacionais do mesmo tipo e não tornem o exercício dos direitos decorrentes do direito comunitário impossível na prática ou extremamente difícil?” (parênteses retos nossos), ver acórdão T-Mobile, supra nota 20, par. 22.

52 Idem, par. 52.

53 Ver acórdão *Dole Food Company Inc.*, supra nota 24, par.127.

54 Idem, par. 53.

55 Idem, par. 62. A este propósito leiam-se as conclusões da Advogada-Geral, Juliane Kokott, no caso *T-Mobile*, nos termos das quais afirmou que “[...] o que é decisivo é saber se o contacto ocorrido – seja ele uma única troca de informações por ocasião de uma única reunião – possibilitou às empresas, no caso concreto, concertar realmente o seu comportamento no mercado, que lhes permitiu instituir conscientemente uma cooperação prática para substituir os riscos da concorrência. O número e a regularidade dos contactos entre os concorrentes podem no entanto fornecer um indício da duração e gravidade da violação das regras da concorrência. Devem por isso ser levados em conta na fixação do montante da coima que venha a ser aplicada”, ver conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, *T-Mobile*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110, par. 106 e 107.

56 Ver acórdão de 22 de outubro de 2015, *Ac-Treuhand AG*, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717.

57 Note-se que a *AC-Treuhand AG* já tinha sido condenada no acórdão de 8 de julho de 2008, *AC-Treuhand*, T-99/04, EU:T:2008:256 (usualmente denominado acórdão *AC-Treuhand I*), no qual o Tribunal de Primeira Instância se pronunciou, pela primeira vez, sobre a aplicação do artigo 81.º do TCE (atualmente artigo 101.º do TFUE) a uma empresa de consultoria que contribui para a realização de uma infração. De notar que a *AC-Treuhand AG* foi considerada responsável, tendo-lhe sido apenas aplicada uma coima meramente simbólica: 1000 euros. Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl apresentadas em 21 de maio de 2015, *Ac-Treuhand AG*, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:350, nota 4.

matéria de concorrência por ter facilitado a execução de um acordo⁵⁸. A AC-Treuhand é uma sociedade de consultadoria sediada em Zurique que oferece serviços de recolha, tratamento e exploração de dados do mercado, a apresentação de estatísticas de mercado e controlo, nos participantes, dos números que são comunicados. A Comissão Europeia imputou responsabilidades à AC-Treuhand na medida em que esta desempenhou, alegadamente, um papel essencial ao organizar reuniões a que assistiu e nas quais participou ativamente, recolhendo e fornecendo às empresas envolvidas (empresas do setor dos estabilizadores de estanho, do setor do óleo de soja epoxidada e dos ésteres) dados sobre as vendas nos mercados em causa, propondo-se a atuar enquanto moderadora em caso de conflito entre as empresas e incentivando-as a alcançarem compromissos. Tudo isto em troca de uma remuneração⁵⁹. A AC-Treuhand, juntamente com outras empresas participantes, foi condenada por participar em dois conjuntos de acordos e de práticas concertadas anti-concorrenciais que abrangem o Espaço Económico Europeu. Trata-se de se saber se o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE se pode aplicar aos chamados *cartels facilitators*, ou seja, aos operadores que ajudam a aplicar um acordo restritivo da concorrência, nomeadamente, organizando encontros entre concorrentes e prestando serviços no âmbito dos acordos anticoncorrenciais⁶⁰. Neste ponto é relevante referir que a empresa em questão não estava presente (nem de forma potencial) no mesmo mercado que as restantes empresas ou num mercado com ele relacionado, nem exercia qualquer tipo de pressão concorrencial sobre elas⁶¹. Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça entendeu que, tratando-se de acordos com um objeto anticoncorrencial, cabe à Comissão Europeia provar o seguinte: se a empresa tinha intenção de contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns dos vários participantes e se tinha conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas para alcançar esses objetivos; ou se a empresa, razoavelmente, podia prever e estava a aceitar o risco⁶². Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça declarou que “os modos passivos de participação na infração, como a presença de uma empresa em reuniões onde foram concluídos acordos de

58 Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, *supra* nota 57, par. 4.

59 Ver acórdão Ac-Treuhand AG, *supra* nota 56, par. 5-10.

60 Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, *supra* nota 57, par. 57.

61 *Idem*, par. 68.

62 Ver acórdão Ac-Treuhand AG, *supra* nota 56, par. 30; acórdão Anic Participazioni SpA, *supra* nota 24, par. 86 e 87.

natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, se traduzem numa cumplicidade que é suscetível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade no âmbito do artigo 81.º, n.º1, TCE [atualmente artigo 101.º, n.º 1, do TFUE], uma vez que a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuação da infração e compromete a sua descoberta”⁶³ (parênteses retos nossos). Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça sublinhou que “a letra do artigo 81.º, n.º1, TCE [atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE] se refere, em geral, a todos os acordos e a todas as práticas concertadas que, nas relações quer horizontais quer verticais, falseiam a concorrência no mercado comum, *independentemente do mercado no qual as partes exercem atividade e independentemente do facto de apenas o comportamento comercial de uma delas estar envolvido nos termos do acordo em causa*”⁶⁴ (itálicos e parênteses retos nossos). Aliás, o Tribunal fez questão de frisar que uma limitação da esfera de aplicação do artigo 81.º, n.º1, do TCE (atualmente artigo 101.º, n.º1, do TFUE) não permitiria reagir contra a contribuição ativa de empresas como esta para uma restrição da concorrência, uma vez que a atividade da empresa em questão não poderia ser inserida numa atividade económica que fizesse parte do mercado relevante em que a restrição se materializa ou tem por objeto materializar-se⁶⁵.

No acórdão *Eturas* (2016)⁶⁶, o órgão jurisdicional nacional apresentou um pedido prejudicial no âmbito de um litígio que opõe a «Eturas» UAB (proprietário e administrador de um sistema de reservas em linha) e outras empresas (agências de viagens) ao Conselho de Concorrência da República da Lituânia. A «Eturas» UAB é titular de um sistema comum de reservas de viagem em linha. Este sistema poderia ser adquirido à «Eturas» UAB, através de uma licença de exploração, mediante contrato, pelas agências de viagem. Através do sistema, as agências de viagem poderiam propor a venda de viagens através do seu sítio na internet, mediante uma forma de apresentação de reservas uniforme e determinada pela «Eturas» UAB⁶⁷. Ao acederem ao programa informático, através de uma senha pessoal, as agências de viagem poderiam consultar uma caixa de correio eletrónica, onde seriam recebidas

63 Ver acórdão *Ac-Treuhand AG*, supra nota 56, par. 31; acórdão *Aalborg Portland A/S*, supra nota 38, par. 83.

64 Ver acórdão *Ac-Treuhand AG*, supra nota 56, par. 35.

65 *Idem*, par. 36.

66 Ver acórdão de 21 de janeiro de 2016, *Eturas*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42.

67 *Idem*, par 6.

mensagens enviadas por um centro de mensagens específico do sistema de reservas E-TURAS⁶⁸. Sucede que o diretor da «Eturas» UAB enviou mensagens a várias agências de viagens, solicitando que se pronunciassem, sob a forma de voto, sobre a possibilidade de reduzir a taxa de desconto na internet, alterando-a de 4%, para uma taxa de 1% e 3%. Posteriormente, foi enviada uma mensagem pelo centro de mensagens interno a anunciar a imposição de uma restrição técnica na taxa de desconto (desconto limitado a 3% para reservas em linha)⁶⁹. No essencial, pretendia-se saber se a atuação de um terceiro («Eturas» UAB), proprietário do aludido sistema, que impõe uma restrição técnica à taxa de desconto, é suscetível de configurar uma violação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

Na resposta às questões apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o entendimento do Tribunal de Justiça foi no sentido de considerar que o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE deve ser interpretado no sentido de se presumir que, a partir do momento em que as agências de viagens tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição, caso não se tenham distanciado publicamente dessa prática, não a tenham denunciado às entidades administrativas ou não tenham apresentado outras provas que permitissem ilidir a presunção⁷⁰. Na decisão, o Tribunal de Justiça não só reafirmou a Presunção Anic – presunção de causalidade entre uma concertação e o comportamento do mercado das empresas que nela participaram –, segundo a qual as empresas que continuam ativas nesse mercado têm em conta as informações trocadas com os seus concorrentes, para determinar o seu comportamento no mercado⁷¹ –, como afirmou que as empresas, para as quais foi enviada a mensagem, consentiram tacitamente numa prática anticoncorrencial comum⁷². Para o Tribunal de Justiça, presume-se que a agência de viagens participou na concertação a partir do momento em que teve conhecimento do conteúdo da mensagem. Para não ser abrangida por tal presunção, a agência de viagens deveria ter-se distanciado publicamente

68 Idem, par 6.

69 Ver conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar apresentadas em 16 de julho de 2015, «Eturas» UAB, C-74/14, ECLI:EU:C:2015:493, par. 3 e 8.

70 Ver acórdão Eturas supra nota 66, par. 51.

71 Idem, par. 33.

72 Idem, par. 44. Quanto aos requisitos para que se possa considerar concluído um acordo, ver acórdão de 6 de janeiro de 2004, Bayer AG, C-2/01 P e C-3/01 P, ECLI:EU:C:2004:2, par. 102.

dessa prática, denunciado às entidades administrativas ou apresentado outras provas que a pudessem ilidir⁷³. Na opinião do Tribunal de Justiça, esta presunção não se opõe ao princípio da presunção de inocência previsto no artigo 48, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, uma vez que admite a possibilidade de ser ilidida pelo visado.

No acórdão *VM Remonts* (2016)⁷⁴ foi apresentado um pedido de decisão prejudicial no âmbito de um litígio que opunha: por um lado, a *VM Remonts* (anteriormente “*DIV un Ko*”) e a *Ausma grupa* ao Conselho da Concorrência da Letónia; e, por outro lado, opunha o último organismo à *Partikas kompanija*. O objeto do litígio tinha que ver com uma alegada concertação dessas empresas aquando da sua participação num concurso realizado para o fornecimento de géneros alimentícios aos estabelecimentos de ensino. As três empresas anteriormente citadas apresentaram propostas nesse concurso. A *Partikas kompanija* recorreu a uma empresa de prestação de serviços, para obter assistência jurídica no âmbito da apresentação da sua proposta. A empresa de prestação de serviços, por sua vez, recorreu a um subcontratante (a “*MMD lietas*”). Sucede que, a *MMD lietas* se comprometeu, paralelamente, e sem disso informar a *Partikas kompanija*, a preparar as propostas da *Ausma grupa* e da *VM Remonts*. Na sua preparação, um funcionário da *MMD lietas* utilizou a proposta da *Partikas kompanija* como referência para preparar as propostas das duas outras empresas, de modo que a proposta da *Ausma grupa* fosse cerca de 5% mais barata que a da *Partikas kompanija* e a da *VM Remonts* 5% mais barata que a da *Ausma grupa*. A questão submetida⁷⁵ pelo Tribunal Supremo da Letónia afigura-se de uma particular importância. Trata-se de se saber se uma empresa (*i.e.* a *Partikas kompanija*) pode ser considerada responsável por uma prática concertada motivada por atos de um prestador de serviços independente que lhe presta serviços, sem nunca se ter associado à prática concertada por ele levada a cabo ou dela ter tido sequer conhecimento. O Tribunal de Justiça, na resposta à questão apresentada, entendeu que uma empresa só pode ser considerada responsável por uma prática concertada devido a atos de um prestador de serviços independente

73 Ver acórdão *Eturas* supra nota 66, par. 46 e 50.

74 Ver acórdão de 21 de julho de 2016, *VM Remonts*, C-542/14, EU:C:2016:578.

75 “Deve interpretar-se o artigo 101.º, n.º1, do TFUE no sentido de que, para se declarar que uma empresa participou num acordo restritivo da concorrência, se deve demonstrar um comportamento pessoal de um diretor da empresa, ou o seu conhecimento ou consentimento do comportamento de uma pessoa que presta serviços externos à empresa e ao mesmo tempo age por conta de outros participantes num possível acordo proibido?”, ver acórdão *VM Remonts*, supra nota 74, par. 15.

que lhe presta serviços se se verificar um dos seguintes requisitos: (i) o prestador de serviços opera na realidade sob a direção ou fiscalização da empresa visada; (ii) essa empresa tinha conhecimento dos objetivos concorrenciais prosseguidos pelos seus concorrentes e pelo prestador de serviços e tencionava contribuir para tais objetivos através do seu próprio comportamento; ou (iii) *a referida empresa podia prever razoavelmente os atos anticoncorrenciais dos seus concorrentes e dos prestadores de serviços e estava disposta a aceitar esse risco*⁷⁶. Este acórdão afigura-se de uma importância particular, pois o Tribunal de Justiça não só reafirmou a aplicação da Presunção Anic⁷⁷, como foi mais além ao estabelecer que uma empresa pode ser considerada responsável por uma prática concertada, sem ter intenção, nem sequer conhecimento⁷⁸. A intenção, uma vez mais, não foi considerada um elemento relevante, pelo Tribunal de Justiça. O *desconhecimento* foi desconsiderado.

5. A JURISPRUDÊNCIA NO REINO UNIDO

No Reino Unido existem dois casos relevantes onde se discutiu a figura *hub-and-spoke*. Tratam-se dos casos *Replica Kit* e *Hasbro*.

No caso *Replica Kit*, os Tribunais do Reino Unido pronunciaram-se pela primeira vez sobre o *hub-and-spoke*⁷⁹. Neste caso, o OFT⁸⁰ levou a cabo uma investigação envolvendo a Umbro Holdings Ltd, o Manchester United, a Allsports Ltd e a JJB Sports PLC. No âmbito dessa investigação, o OFT entendeu que existiam acordos e práticas concertadas entre os distribuidores e os fornecedores, tendo em vista a fixação de preços nas réplicas das camisolas dos equipamentos de futebol produzidas pela Umbro Holdings Ltd, em particular da seleção inglesa, do Manchester United, Chelsea, Glasgow Celtic e Nottingham Forest⁸¹. O OFT concluiu que existia informação a ser partilhada entre duas ou mais empresas concorrentes (os *spokes*) através de um mesmo parceiro contratual a operar num diferente patamar (o *hub*) e

76 Idem, par. 33.

77 Idem, par. 29.

78 Idem, par. 30-31.

79 Ver Vereecken, 2015: 8.

80 Hoje substituído pela Competition and Markets Authority (CMA), ver <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading> (consulta no dia 12.09.2018).

81 Ver Vereecken, 2015: 8.

condenou todas as empresas envolvidas por fixação de preços⁸². A JJB Sports Plc e a Allsports Ltd recorreram da decisão para o Competition Appeal Tribunal (“CAT”)⁸³. No que respeita ao conceito de prática concertada, o Tribunal seguiu a jurisprudência do acórdão *Suiker Unie* do Tribunal de Justiça, já citada, quanto à necessidade de os operadores económicos determinarem a sua política comercial de forma independente⁸⁴. O CAT considerou que a prática unilateral de uma empresa (*i.e.* quando uma empresa revela unilateralmente as suas futuras intenções ou comportamento de mercado) não exclui a possibilidade de existência de uma prática concertada, uma vez que os recetores dessa informação irão tomá-la em conta ao formular a sua própria política de mercado⁸⁵. Veja-se a formulação do CAT a este propósito: “*se o distribuidor A revelar secretamente informação ao fornecedor B sobre as suas intenções em matéria de preços futuros em circunstâncias tais que é razoavelmente previsível que o B faça uso dessa informação para influenciar as condições de mercado, sendo que o B partilha essa informação com o concorrente C [i.e. concorrente de A], então [...] A, B e C deverão ser considerados como partes de uma prática concertada em relação a esses factos, a qual tem como objeto ou efeito a prevenção, restrição ou distorção da concorrência*”⁸⁶ (parênteses retos nossos). O CAT considerou também que se a empresa A se queixar à empresa B sobre a atividade da empresa C e se a empresa B atuar de forma a interferir no comportamento normal do mercado – como por exemplo, persuadindo o C a limitar a sua atividade concorrencial –, então A, B e C atuam de forma concertada⁸⁷. O Tribunal britânico não desconsiderou a possibilidade de ser assumida uma posição diferente se existisse um objetivo legítimo na revelação da informação por parte do concorrente A (*i.e.* um objetivo que não estivesse relacionado com matérias de concorrência e de modo a que ele não pudesse razoavelmente prever que a informação fosse utilizada pelo B para afetar as condições de mercado)⁸⁸. Em todo o caso, para o CAT, a revelação de informação deste tipo por parte de

82 Ver Odudo, 2011: 207; Vereecken, 2015: 8.

83 Ver caso 1022/1/1/03, JJB Sports Plc, [2004] CAT 17.

84 *Idem*, par. 638.

85 *Idem*, par. 642.

86 *Idem*, par. 659.

87 *Idem*, par. 643.

88 *Idem*, par. 660.

um retalhista a um fornecedor seria raramente legítima⁸⁹. A irrelevância da *intenção* no teste do adiantado pelo CAT parece clara, o que permite conferir, ao OFT, uma margem maior de atuação⁹⁰.

No caso Hasbro⁹¹ estava em causa um conjunto de estratégias relacionadas com a fixação de preços entre um fornecedor e os seus distribuidores. A Hasbro é uma empresa que se dedica ao fabrico e fornecimento de brinquedos, tendo como distribuidores principais a Argos e a Littlewoods⁹². A Argos era o distribuidor principal dos brinquedos da Hasbro e normalmente vendia os brinquedos a preços inferiores em relação a preços praticados pelos seus concorrentes e aos preços recomendados pela Hasbro. As margens dos preços de venda para os brinquedos eram baixas, o que motivou o descontentamento dos restantes distribuidores. Com vista a resolver esta situação e aproximar os preços praticados dos preços recomendados, a Hasbro levou a cabo uma série de iniciativas, entre as quais contactos com a Argos e a Littlewoods, tendo em vista assegurar que os produtos são vendidos de acordo com a política de preços por si recomendados. A Hasbro assegurou a cada distribuidor que aderisse ao plano que o seu concorrente não iria praticar preços inferiores caso os primeiros respeitassem a política de preços recomendados. Nos catálogos de 1999 ficou claro que a iniciativa da Hasbro levou a acordos entre a Hasbro, a Argos e a Littlewoods, através dos quais os preços dos brinquedos Action Man, entre outros, eram fixados de acordo com os preços recomendados pela Hasbro. De acordo com a decisão do OFT, a Hasbro atuou como um intermediário, passando informação confidencial entre a Argos e a Littlewoods. No fundo, a iniciativa da Hasbro conduziu a dois acordos bilaterais e/ou práticas concertadas: entre a Hasbro e a Argos e entre a Hasbro e a Littlewoods, que na prática funcionam como um único acordo e/ou prática concertada entre as partes⁹³. A revelação à Littlewoods, através da Hasbro, das intenções da Argos em matéria de preços, tinha como objeto e efeito influenciar a atuação no mercado por parte da Littlewoods (principal concorrente da Argos no

89 Idem, par. 661.

90 Ver Levy & Patel, 2010: 3.

91 Ver caso 1014 e 1015/1/1/03, Argos Limited and Littlewoods Limited, [2004] CAT 24.

92 Idem, par. 61; Ver McCabe 2012: 453; Vereecken, 2015: 9.

93 Ver caso Argos Limited and Littlewoods Limited supra nota 91, par. 61; McCabe 2012: 453; Vereecken, 2015: 9.

mercado retalhista)⁹⁴. Esta prática concertada constituiu, para o Tribunal, um contacto indireto entre os operadores Argos e Littlewoods⁹⁵.

Um recurso em conjunto do caso *Hasbro* e *JJB* foi apresentado no Court of Appeal⁹⁶. O Court of Appeal considerou que o teste a implementar na análise da existência de uma prática concertada deveria ser mais apertado, nomeadamente tendo em conta os elementos subjetivos (*i.e.* a intenção)⁹⁷. Assim, o Court of Appeal reformulou o critério para determinar a existência de um cartel *hub-and-spoke*: “se (i) o retalhista *A* revela ao fornecedor *B* as suas intenções em matéria de preços futuros em circunstâncias em que o *A* considera que o *B* fará uso da informação para alterar as condições de mercado através da partilha dessa informação com outros retalhistas (sendo o *C* um deles); (ii) o *B* partilha essa informação com o *C* de forma a que o *C* seja levado a saber as circunstâncias em que o *A* partilhou informação com o *B*; e (iii) o *C* usa, de facto, essa informação para determinar as suas intenções de preço, então *A*, *B* e *C* são todos partes de uma prática concertada com o objetivo de restringir ou distorcer a concorrência. O caso torna-se mais evidente se existir reciprocidade, ou seja, o retalhista *C* revela informação ao fornecedor *B* relativamente às suas intenções futuras em matéria de preços em circunstâncias em que o *C* considera que o *B* fará uso dessa informação para influenciar as condições de mercado, através da sua revelação ao *A* (entre outros), sendo que o *B* assim o fará”⁹⁸ (itálicos nossos). Assim, para além da partilha da informação verifica-se que é essencial a presença do elemento intenção entre *A* e *B* e *B* e *C*⁹⁹. Para além do elemento objetivo (partilha de informação), é necessário um elemento subjetivo (a intenção)¹⁰⁰. O teste adiantado pelo Court of Appeal implica a existência de intenção por parte das três entidades que compõe a relação: o *A* deverá ter a intenção de que o *B* faça uso da sua informação para influenciar as condições de mercado e o *C* deverá estar na

94 Ver caso *Argos Limited and Littlewoods Limited* supra nota 91, par. 781.

95 *Idem*, par. 781.

96 Ver caso 2005/1071, 1074 e 1623, *Argos Limited and Littlewoods Limited* contra *Office of Fair Trading* and *JJB Sports Plc* contra *Office of Fair Trading*, [2006] EWCA Civ 1318.

97 Ver Vereecken, 2015:10.

98 Ver caso *Argos Limited and Littlewoods Limited* contra *Office of Fair Trading* and *JJB Sports Plc* contra *Office of Fair Trading*, supra nota 96, par. 141; Vereecken, 2015:10.

99 Ver Graham, 2013.

100 Neste sentido parece estar o comentário de Ariel Ezrachi ao caso 1188/1/1/11, *Tesco* contra *Office of Fair Trading*, [2012] CAT 31, em que divide a análise da partilha de informação na figura do *hub-and-spoke* em duas fases, cada uma compreendendo um *conduct element* (conduta) e um *mental element* (elemento mental), ver Ezrachi, 2016: 176.

posse de conhecimento que lhe permita saber como o B adquiriu a informação¹⁰¹. Por um lado, este teste exclui os casos em que as empresas foram negligentes ou descuidadas¹⁰². Por outro lado, implica a prova dos seguintes elementos: a existência de uma intenção anticoncorrencial (*i.e.* a informação comercial sensível foi transmitida ao *hub* com a intenção de ser posteriormente transmitida a um *spoke* concorrente), e um efeito anticoncorrencial (*i.e.* a informação comercial sensível foi de facto transmitida ao *spoke* concorrente e influencia as suas decisões em matéria de preços).

6. ANÁLISE CRÍTICA DA FIGURA HUB-AND-SPOKE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E DOS TRIBUNAIS BRITÂNICOS

Ao confrontarmos as decisões judiciais do Tribunal de Justiça com as decisões dos Tribunais britânicos, resulta desde logo evidente que a figura *hub-and-spoke* foi analisada pelos segundos em primeiro lugar¹⁰³. Arriscamo-nos a dizer que os Tribunais britânicos seguramente estão mais à frente que o Tribunal de Justiça na análise da figura, uma vez que na prática já se confrontaram com ela. Apesar de esta crítica, pelo menos do ponto de vista formal, parecer ser merecedora de aceitação – de facto a jurisprudência do Tribunal de Justiça, tanto quanto é do nosso conhecimento, nunca analisou diretamente um caso de *hub-and-spoke* –, todavia, parece-nos que a jurisprudência do Tribunal de Justiça está neste momento suficientemente munida de argumentos

101 Ver Levy & Patel, 2010: 3. Quanto à análise do requisito da intenção e do conhecimento das circunstâncias, ver Chan, 2016: 137-138.

102 Ver Levy & Patel, 2010: 3.

103 Não poderíamos deixar de sublinhar que a figura do *hub-and-spoke* já tinha sido analisada pelos Tribunais americanos. Na decisão do United States Supreme Court, Interstate Circuit contra United States – No. 269 (1939), considerada pela doutrina como a primeira decisão nesta matéria, o Tribunal decidiu que os proprietários de duas cadeias de cinemas foram partes de acordos ilegais, com vários titulares de direitos de autor, em várias cidades dos Estados Unidos. Os contratos para a estreia do filme impunham aos distribuidores que o licenciamento para execuções posteriores ficasse sujeito a um conjunto de restrições, incluindo um preço mínimo de admissão. Na decisão do United States Court of Appeals, Toys “R” Us contra Federal Trade Commission – No. 98-4107 (2000), estava em causa a relação entre o Toys “R” Us (um vendedor com posição dominante) e os seus fornecedores. O Tribunal considerou que o Toys “R” Us foi parte de vários acordos ilegais com os seus fornecedores, para adquirir exclusividade no fornecimento dos produtos, com o objetivo de limitar o fornecimento aos seus concorrentes. Apesar de a infração se basear em várias relações verticais, o conluio foi considerado, essencialmente, como horizontal, pois o compromisso dos fornecedores dependia do facto de todos se sujeitarem aos mesmos termos. Ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 2; Ezrachi, 2016: 178.

jurídicos que lhe permitem decidir sobre um caso de *hub-and-spoke*. Questão diferente será discutir o mérito desses argumentos.

Conforme antecipámos, a resposta para um caso de *hub-and-spoke* está certamente em toda a construção do conceito de prática concertada levada a cabo pelo Tribunal de Justiça, com especial relevo para o passo dado no acórdão *AC – Treuband II*.

Em primeiro lugar, na análise de uma situação hipotética, certamente que o primeiro passo a ser dado pelo Tribunal de Justiça passaria pela demonstração do estabelecido na jurisprudência do acórdão *Suiker Unie*. Assim, procurar-se-ia, certamente, verificar a existência de qualquer contacto direto ou indireto entre operadores, cujo objeto ou efeito fosse exercer influência sobre o mercado atual ou potencial, ou revelar a um concorrente (*i.e.* ao C, por via do B) o teor de determinada conduta que o primeiro (*i.e.* o A) adotou ou pretende vir a adotar. Parece-nos claro que numa troca de informações estratégicas (*e.g.* preços) entre o *spoke* A (retalhista) e o *hub* B (fornecedor), certamente que estes dois fatores alternativos seriam ponderados para averiguar a remoção de incerteza no mercado. Em todo o caso, parece-nos que esta situação é criticável, pois não contemplaria os casos mais questionáveis em que a revelação foi puramente “unilateral”, ou seja, em que o A partilhou informação com o B (sem qualquer intenção de o B a fazer chegar ao C ou com o objetivo de o B exercer uma influência no mercado), mas apenas no âmbito da natural troca de informações inerente à relação vertical existente¹⁰⁴. O mesmo se diga entre a partilha de informação unilateral entre o B e o C, sem existir qualquer reação de C ou sequer sem o C imaginar que a informação é originária de A.

Em segundo lugar, parece-nos que a Presunção Anic seria certamente aplicável pelo Tribunal de Justiça. Imagine-se uma troca de informação entre A e B (havendo uma intenção clara de A em fazer chegar a informação a C, através de B, ou em utilizar B para pressionar C), e de seguida B partilha, de facto, com C. Com base nesta decisão, à partida bastaria à Comissão Europeia ou à Autoridade da Concorrência provar que a empresa A pretendeu contribuir, através do seu comportamento (*i.e.* partilha de informação com B), para os objetivos anticoncorrenciais comuns. Parece-nos que a situação

104 A adoção de um critério mais estrito, por parte do Court of Appeal, deveu-se à compreensão da necessidade de troca de informação sensível ou estratégica, como por exemplo, descontos, preços efetivos, abatimentos, carteiras de clientes, quantidades, volumes de negócios, vendas, qualidades, entre outros, que poderá ocorrer no âmbito de uma relação vertical (produtor/fornecedor – distribuidor), ver Vereecken, 2015:13.

é clara em relação aos comportamentos ilegais de A. Todavia, a presunção já parece ir além desta situação clara e merecedora de proteção quando estabelece que aquele que partilha a informação razoavelmente poderia prever o destino da informação e decidiu aceitar esse risco¹⁰⁵. Também aqui se questiona a sua aplicação às condutas meramente unilaterais e não intencionais, em que o A revela informação necessária e natural no âmbito de uma relação vertical (*i.e.* imagine-se um contrato de distribuição entre um fornecedor e um distribuidor), pensando que essa informação se restringe àquela relação, sem nunca ter pensado que o B iria utilizar essa informação para pressionar a conduta de C no mercado. Neste aspeto, parece-nos que a punição de A por comportamentos anticoncorrenciais não é tão evidente, dada a inexistência de intenção, mas, acima de tudo, em face da impossibilidade de controlo da informação trocada estritamente no âmbito e para efeitos da relação vertical (A não controla o B). Neste aspeto, é importante referir que há informação estratégica que é necessariamente trocada no âmbito de uma relação vertical, e cujos efeitos poderão ser positivos na própria concorrência¹⁰⁶. Todavia, na verdade, esta posição certamente que seria merecedora de censura pelo Tribunal de Justiça, tendo em consideração a posição tomada no acórdão *Remons* (2016) nos termos do qual, como vimos, o Tribunal de Justiça considerou a empresa *Partikas kompanija* responsável por uma prática concertada devido a atos de um prestador de serviços independente, sem nunca se ter associado à prática levada a cabo por esse prestador de serviços ou dela ter tido sequer conhecimento. Não poderemos deixar de criticar esta posição do Tribunal de Justiça. Apesar de compreendermos as dificuldades existentes na prova de acordos ilícitos ou práticas concertadas entre empresas, que a experiência vem demonstrando¹⁰⁷, entendemos que a Comissão Europeia e as Autoridades da Concorrência nacionais estão munidas dos meios para levarem a cabo as investigações necessárias e, dessa forma, provarem a verificação dos factos que

105 *Idem*, p. 11.

106 Ver Graham, 2013: 2; Sahuguet & Walckiers, 2014: 5. De modo a salvaguardar a posição do A (*spoke*) em relação ao comportamento autónomo de B (*hub*), que A não controla, A deveria equacionar o estabelecimento de cláusulas de confidencialidade robustas nos contratos que regulam a relação vertical entre os dois, de modo a garantir que a informação não sai da esfera dessa relação, ou pelo menos, de que isso lhe poderá servir como argumento para ilidir a presunção estabelecida. Em todo o caso, o efeito desta estratégia de proteção de A em face do comportamento incontrolável de B poderá ser questionável quando confrontada com a tendência verificada na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que desconsidera a intenção. Apesar de essa cláusula poder ser irrelevante para evitar a aplicação de coimas, não deixará de poder ter importância para efeito de direito de regresso de A sobre B, pelos comportamentos ilícitos do último.

107 Ver Moura e Silva, 2018: 696-697.

alegam. É a elas que compete investigar. Assim, com o devido respeito, parece-nos que esta abordagem desrazoável do Tribunal de Justiça poderá levar a situações de injustiça gritantes. Veja-se a decisão no caso *Eturas* (2016) no âmbito do qual o Tribunal entendeu que as agências de viagens que receberam uma mensagem de um centro de mensagens contendo informação sensível “*consentiram tacitamente numa prática anticoncorrencial comum*”¹⁰⁸, por não se distanciarem publicamente dessa prática, denunciando-a às respetivas autoridades¹⁰⁹. Esta decisão poderá ser, por isso, relevante na análise do comportamento do *spoke* C, em face da informação recebida do *hub* B. Mais uma vez, estamos na esfera de comportamentos unilaterais de uma das empresas, com consequências para as restantes, mesmo na presença do desconhecimento: imagine-se que a empresa que recebeu a mensagem com a informação, não abriu o *e-mail* ou apenas abriu muito tempo depois. Neste último caso, querendo a empresa manifestar publicamente a sua recusa, o curto hiato temporal exigido, entre o momento em que o destinatário recebe a informação e o momento em que se deve pronunciar, poderá levar a que na maioria dos casos a manifestação seja considerada intempestiva¹¹⁰. Em face do exposto, consideramos que, apesar de a presunção não violar, formalmente, o princípio *in dubio pro reo* previsto nos artigos 6, n.º 2, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 48.º, n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹¹¹, na verdade, em nosso entender, a sua ilidibilidade torna-se diabólica¹¹², senão mesmo impossível, levando a que, do ponto de vista material, na prática, seja inilidível¹¹³. Aplicado ao nosso caso,

108 Ver acórdão «*Eturas*» UAB, supra nota 66, par. 44.

109 Ver Ghezzi & Maggolino, 2014: 11-12.

110 Ver conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar supra nota 69, par. 93: “a oposição deve ser expressa de forma expedita e, em todo o caso, dentro de um período de tempo razoável após ter tomado conhecimento da iniciativa ilícita. Caso essa oposição não seja expressa dentro de um prazo razoável, a responsabilidade da empresa existe a partir do momento em que tomou conhecimento – ou se presume ter tomado conhecimento – da iniciativa”.

111 Quanto à aplicação da presunção de inocência nos processos relativos a práticas restritivas, ver Marchisio, 2017: 562.

112 Ver Ghezzi & Maggolino, 2014: 8.

113 Neste sentido parece estar Marchisio, 2017: 561; Ghezzi & Maggolino, 2014: 12; acórdão *Hüls AG* supra nota 24, par. 155; acórdão *Aalborg Portland A/S*, supra nota 38, par. 84; acórdão «*Eturas*» UAB, supra nota 66, par. 46 e 49. Neste último acórdão, apesar de o Tribunal de Justiça admitir a possibilidade de poderem ser apresentadas outras provas para ilidir a presunção, parece-nos que esse entendimento não é a regra. Aliás, dentro dessa suposta exceção, o Tribunal estabeleceu, para este caso concreto, uma forma de ilidir a presunção: aplicação sistemática de um desconto superior à limitação que estava em causa. No sentido

se o C receber a informação de B, por mensagem de correio eletrónico, e nada fizer dentro de um prazo curto razoável (*i.e.* manifestar-se publicamente ou denunciar às autoridades administrativas), mesmo que o C não tenha qualquer intenção em aproveitar-se da informação ou nem sequer ter tido dela conhecimento (porque não abriu a mensagem), será muito provavelmente considerado como parte do acordo ilícito ou da prática concertada, mesmo que apresente outras razões para ilidir a presunção.

Em terceiro lugar, assumindo que o C se aproveitou da informação, mas que os efeitos da sua reação no mercado foram francamente positivos (por exemplo, C tomou conhecimento das intenções futuras de A em matéria de preços e, por isso, baixou os seus preços a fim de aumentar a concorrência em face de A), essa reação não será considerada tendo em atenção o decidido no acórdão *T-Mobile* (2009), nos termos do qual, basta a prática ter um “objetivo anticoncorrencial”, ou seja, ser suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, para que os seus efeitos concretos passem a ser supérfluos.

Em quarto lugar, o comportamento ilegal de B (*hub*) parece poder ser abrangido pela aplicação da jurisprudência do acórdão *AC – Treuhand II* (2015), nos termos do qual o Tribunal de Justiça foi além das relações estabelecidas no âmbito dos mercados em causa ou dos mercados relacionados, pois a empresa AC – Treuhand II era uma empresa de consultadoria (*facilitator*) que não atuaria nos mercados das empresas propriamente envolvidas no acordo, nem sequer nos mercados relacionados. Apesar de a figura *facilitator* à partida ser diferente da figura *hub-and-spoke*¹¹⁴, todavia, não vemos como não aplicar o postulado lógico de “*quem pode o mais, pode o menos*”¹¹⁵. Isto significa que, se o Tribunal de Justiça, neste acórdão, condena uma empresa de consultadoria, como participante numa prática concertada, sem qualquer tipo de presença ou ligação ao mercado relevante em questão, então, por maioria de razão poderá ser condenada uma empresa que se encontra no mercado a montante ou a jusante (*i.e.* B, o *hub*).

Em quinto lugar, entendemos que o Tribunal de Justiça procede a uma interpretação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE sem qualquer apoio no espírito e na letra da lei, quando aceita a existência de acordos ou práticas concertadas,

da compatibilidade do estabelecimento de uma presunção inilidível com o princípio da presunção de inocência, ver conclusões do Advogado-Geral Maciej Szpunar *supra* nota 69, par. 97.

114 O *facilitator* não está presente nos mercados em causa, nem sequer nos relacionados, mas contribui para a formação do cartel. Ver conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, *supra* nota 57, par. 32; Baudenbacher & Weitbrecht, 2018: 1.

115 Ver Marchisio, 2017: 561.

tendo por base comportamentos unilaterais e situações de passividade ou inexistência de resposta do recetor de informação – considerando-se que esse comportamento se traduz na aceitação tácita do acordo ou prática concertada¹¹⁶. Por um lado, o teor do preceito legal sugere que foi originalmente concebido para condutas multilaterais (*i.e.* acordos, práticas concertadas) e não para condutas unilaterais¹¹⁷. Por outro lado, esta interpretação do Tribunal de Justiça não parece ter qualquer apoio na letra da lei¹¹⁸. Assim, ao contemplar tão grande elasticidade, corre-se o risco de se cair na relatividade, a qual é geradora de insegurança para todos os seus destinatários. Para tanto, parece-nos que o entendimento do Tribunal de Justiça só é coadunável com uma necessária alteração da redação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE de modo a contemplar as condutas unilaterais e os comportamentos passivos por parte dos recetores de informação.

A jurisprudência do Court of Appeal parece contrariar as decisões do Tribunal de Justiça no que toca ao requisito da “*intenção*”¹¹⁹. Enquanto a segunda

116 Idem, p. 561. Em relação à aceitação de acordos tacitamente concluídos à luz do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE, ver Graig & Búrca, 2015: 1006-1007. Estes autores sublinham o entendimento de que o conceito de “acordo” se afasta do conceito desenvolvido no âmbito do Direito dos Contratos, pois tem conta os objetivos económicos da política concorrencial. Todavia, para nós, parece-nos que existem requisitos mínimos que deverão ser necessariamente respeitados na caracterização de um acordo, sob pena de desvirtuarmos o conceito. É o caso da necessidade de existir um encontro de vontades. Em todo o caso, poder-se-á fazer uma distinção entre um comportamento tácito da contraparte (quando se traduz em factos da contraparte que revelam, com toda a probabilidade, uma determinada vontade) e o reconhecimento automático do silêncio como ato de aquiescer. No primeiro caso, não nos causa espanto incluir a conduta no âmbito de um “acordo” de vontades, com a devida cautela, desde que atendam às particularidades do caso concreto (*i.e.* verificar em que medida existem factos que demonstrem a conduta tácita da parte contrária nos mesmos moldes). No segundo caso, pelo contrário, o reconhecimento automático do silêncio da parte contrária como ato de aquiescer parece-nos estar completamente fora do conceito de acordo.

117 Ver Marchisio, 2017: 561.

118 Idem, p. 561; neste sentido vejam-se as conclusões do Advogado-Geral Marco Darmon supra nota 35, par. 170, em que o Advogado-Geral estabelece que “O artigo 85.º, n.º1 [anterior artigo 81.º, n.º1, do TCE e atualmente artigo 101.º, n.º 1, do TFUE], não pode prever atos unilaterais entre empresas. Assim sucederia na verdade se a necessidade de comunicações recíprocas, quaisquer que sejam as modalidades, não tivesse sido suscitada” (itálicos e parênteses retos nossos). Quanto à função negativa do elemento gramatical da lei, veja-se o ensinamento de Baptista Machado (2006: 182): “eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio, ou pelo menos uma qualquer “correspondência” ou ressonância nas palavras da lei” (itálicos nossos).

119 Ver Sahuguet & Walckiers, 2014: 1; McCabe, 2012: 453. A própria Comissão Europeia é clara quanto à leitura que faz da jurisprudência do Tribunal de Justiça: “segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, para apreciar se um acordo tem um objecto anticoncorrencial, deve atender-se ao seu conteúdo, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar se um acordo tem um objeto anticoncorrencial, nada impede que a Comissão a tenha em conta”, ver Comissão Europeia, 2011: par. 25.

não valora a intenção como um requisito essencial – *a intenção poderá ser tida em conta para determinar o carácter restritivo de uma prática concertada, mas não é um elemento necessário*¹²⁰ –, o mesmo já não se poderá dizer com tanta certeza quanto à primeira. O Court of Appeal no recurso da *JJB*¹²¹, no caso *Replica Kit*, considerou a intenção como um elemento essencial, de modo a não responsabilizar o A por ações do B, que o A não controla. Assim, o elemento subjetivo assume, na jurisprudência do Court of Appeal, uma grande relevância, tendo sido seguido posteriormente pelo CAT¹²². Na base da necessidade de atender ao elemento subjetivo estão as seguintes razões: em primeiro lugar, perceber que muita da informação que é trocada no âmbito de uma relação vertical é legítima¹²³; em segundo lugar, perceber que não pode ser estabelecida uma presunção *per se* da vontade de A e C (ao contrário do que se passa nos cartéis)¹²⁴; em terceiro lugar, ter a noção de que poderá ser irrazoável responsabilizar o A e o C pela conduta unilateral do B, em relação ao qual eles não tem qualquer tipo de controlo¹²⁵. Assim, parece-nos que a jurisprudência do Court of Appeal está mais próxima das particularidades de um caso de *hub-and-spoke*, do que a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em todo o caso, esta é uma análise feita em abstrato, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça existente, que consideramos ser de potencial aplicação num caso de *hub-and-spoke*. Todavia, como o Tribunal de Justiça nunca se pronunciou propriamente sobre um caso destes, ainda estamos a tempo de poder vir a ser surpreendidos.

120 Ver acórdão T-Mobile, supra nota 20, par 27; acórdão Dole Food Company Inc., supra nota 24, par. 118.

121 Ver caso Argos limited and Littlewoods Limited contra Office of Fair Trading and JJB Sports Plc contra Office of Fair Trading, supra nota 96, par. 141.

122 Ver caso Tesco contra Office of Fair Trading, supra nota 100, par. 58 e 75. Veja-se a posição do CAT neste acórdão: se C receber informação de B sobre A mas não souber que a informação recebida do B é, na verdade, informação confidencial que lhe foi transmitida por A (B está apenas a fazer especulação junto de C), então C não poderá ser considerado como conhecedor das circunstâncias em que a informação foi revelada por A a B. Pelo contrário, se o C souber que o seu fornecedor B está em negociações com A para aumento dos preços de venda ao público e subseqüentemente o B informa-o de que o A vai subir os preços numa determinada data, então será muito difícil ao C defender que desconhecia que a informação viria de A. O Tribunal esclarece que isto será matéria de facto a ser apreciada pelo Tribunal tendo em conta as provas produzidas. As circunstâncias conhecidas pelo distribuidor C serão relevantes nessa análise. Ver caso Tesco contra Office of Fair Trading, supra nota 100, par. 83.

123 Ver Graham, 2013: 2.

124 Idem, p. 2.

125 Idem, p. 2.

7. CONCLUSÃO

A análise da figura do *hub-and-spoke* assenta essencialmente na construção do conceito de prática concertada, tendo em conta o seu amplo alcance.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça desenvolvida à volta do conceito de prática concertada dá-nos indícios da provável abordagem do Tribunal em face de um caso de *hub-and-spoke*. Todavia, somos da opinião de que a sua aplicação poderia conduzir a situações de uma clara injustiça, em face das particularidades que advêm do estabelecimento de relações verticais entre cada um dos *spokes* e o *hub*. Em particular, causa-nos algum receio a postura em face de os comportamentos unilaterais, em total prejuízo de elementos essenciais como a intenção, o conhecimento das razões ou até a necessidade que poderá existir de partilha de informação sensível no âmbito de uma relação vertical, sem o remetente controlar o comportamento do destinatário. Temos dificuldade em perceber o estabelecimento de um leque apertado de formas de refutação da Presunção Anic, que na prática levam a que a mesma seja inilidível ao arrepio do princípio da presunção de inocência previsto na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A jurisprudência britânica, em particular do Court of Appeal, parece-nos constituir um porto seguro na análise do *hub-and-spoke*, uma vez que se preocupa em conciliar os objetivos do Direito da Concorrência com os aspetos particulares da figura, em particular, a legitimidade que pode levar à troca de informação no âmbito de uma relação vertical, e dá relevância à intenção das partes.

Concluímos que a relação estabelecida entre os *spokes* por via do *hub* não é automaticamente de natureza horizontal, em face das particularidades que advêm do estabelecimento de relações verticais entre cada um dos *spokes* e o *hub*. Assim, deverão ser evitados quaisquer automatismos ou o estabelecimento de semelhanças com outras figuras, como o cartel em sentido estrito. Se isto não for tido em conta, parece-nos que se corre o risco de, sob a bandeira da promoção da eficiência económica e da promoção do bem-estar social mediante a remoção dos entraves ao funcionamento eficiente dos mercados¹²⁶, estarmos a violar os princípios mais elementares do Direito.

126 Sobre o objetivo primacial do Direito da Concorrência, ver Pinto Monteiro, 2010: 33.

BIBLIOGRAFIA

BAPTISTA MACHADO, João

2006 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15.º reimpressão, Coimbra: Almedina.

BAUDENBACHER, Laura Melusine & WEITBRECHT, Andreas

2018 “Facilitation of infringements of EU competition law and general principles common to the laws of Member States”, in *European Competition Law Review*, vol. 39, pp. 1-9.

CHAN, Sunny S.H.

2016 “AC-Treuhand: what is the ambit of cartel facilitators’ liability?”, in *European Competition Law Review*, vol. 37, pp.133-138.

CUFF, Rachel

2018 *EU antitrust compliance and third parties: how can you minimise the risks?*, Global Compliance News, disponível em <https://globalcompliancenews.com/eu-antitrust-compliance-and-third-parties-how-can-you-minimise-the-risks/>.

EZRACHI, Ariel

2016 *EU Competition Law Na Analytical Guide to the Leading Cases*, 5.ª ed, Oregon: Oxford and Portland, Hart Publishing.

GHEZZI, Federico & MAGGIOLINO, Mariateresa

2014 *Know your Enemy: The Dark Side of Information Flows*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2597687, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2597687> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2597687>.

GRAHAM, Ben

2013 *Ab Extra: Hub & spoke cartels: the key lessons from recent enforcement action in Europe*, mLex, disponível em <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=442930&siteid=-1>.

Graig, PAUL & BÚRCA, Graíne de

2015 *EU Law Text, Cases and Materials*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

HORNBY, Albert Sidney

2002 *Oxford Advanced Learner’s Dictionary*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

2017 *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, 6.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

LEVY, Nicholas & PATEL, Ruchit

2010 *The development of UK jurisprudence on hub-and-spoke cartels*, Global Competition Review, disponível em <https://globalcompetitionreview.com/benchmarking/october-2010/1052905/the-development-of-uk-jurisprudence-on-hub-and-spoke-cartels>.

MARCHISIO, Emiliano

2017 “*From concerted practices to ‘invitations to collude’*”, in *European Competition Law Review*, vol. 38, pp. 555-556.

MCCABE, Aoife

2012 “The English Court of Appeal’s legal test for ‘hub and spoke’ cartels – is it compatible with EU jurisprudence?”, in *European Competition Law Review*, vol. 33, pp. 452-456.

MOURA E SILVA, Miguel

2018 *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL Editora.

ODUDO, Okeoghene

2011 “Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion”, in *European Competition Journal*, vol. 7, pp. 205-242.

ORBACH, Barak

2016 *Hub-and-Spoke Conspiracies*, 15 Antitrust Source, No. 3, at 1, Arizona Legal Studies Discussion Paper No 16-11, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765476>.

OVERD, Alan

2011 “Effects analysis in hub and spoke cartels”, in *European Competition Law Review*, vol. 32, pp. 248-249.

PETIT, Nicolas

2018 *Much Ado about Nothing*, disponível em <https://chillingcompetition.com/2011/02/21/much-ado-about-nothing/>.

PINTO MONTEIRO, Luís

2010 *A Recusa em Licenciar Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina.

SAHUGUET, Nicolas & WALCKIERS, Alexis

2014 *Hub-and-spoke conspiracies: the vertical expression of a horizontal desire?*, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2502147>.

SMITH, Adam

1999 *Riqueza das Nações*, 4.^a ed., vol. I., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

VERECKEN, Bram

2015 *Hub and Spoke Cartels in EU Competition Law*, Universiteit Geit, LLM Paper, disponível em https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/213/684/RUG01-002213684_2015_0001_AC.pdf.

WIJCKMANS, Frank, TUYTSCHAEVER, Filip & VANDERELST, Alain

2006 *Vertical Agreements in EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.

Documentos oficiais

COMISSÃO EUROPEIA

2011 *Comunicação da Comissão – Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, JO C 31, de 14.1.2011.

2014 *Comunicação da Comissão – Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)*, JO C 291 de 30.8.2014.

Sobre o objetivo primacial do Direito da Concorrência, ver Pinto Monteiro, 2010: 33.

C&R

BREVES

BREVES

DIRETIVA ECN+: UM PROCESSO DE TRANSPOSIÇÃO PAUTADO PELA ABERTURA, TRANSPARÊNCIA E PARTICIPAÇÃO

Maria João Melícias, Rita Prates***

Foi recentemente publicada a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, a qual deverá ser transposta pelos Estados-Membros até dia 4 de fevereiro de 2021.

A Diretiva recebeu a designação informal de “Diretiva ECN+”, já que um dos seus principais desígnios é o de fortalecer a ECN (*European Competition Network*), a Rede Europeia de Autoridades de Concorrência, onde se inclui a Autoridade da Concorrência (“AdC”) e a Comissão Europeia (“Comissão”), por meio do reforço das respetivas garantias de independência, recursos, poderes decisórios e de investigação, tendo em vista habilitá-las a exercer a sua missão de forma efetiva.

A ECN constitui a base para uma aplicação uniforme das regras da União no domínio *antitrust* por todas as autoridades de concorrência nacionais (“ACN”). Em 2004, com a entrada em vigor do Regulamento (CE) 1/2003, as ACN passaram a poder aplicar o direito *antitrust* da União na sua íntegra (em paralelo com o direito da concorrência nacional). Desde então, a Comissão e as ACN adotaram mais de 1000 decisões, no termo de investigações que incidiram sobre uma enorme variedade de processos em todos os setores da economia. Entre 2004 e 2014, mais de 85% de todas as decisões relativas à aplicação das regras da UE em matéria *antitrust* foram adotadas por ACN.

Contudo, apesar de as ACN poderem, a par da Comissão, aplicar integralmente as normas de concorrência, os poderes de que dispõem para o fazer,

* Membro do Conselho de Administração da AdC.

** Especialista de Concorrência da AdC.

previstos nas respetivas legislações nacionais, são bastante díspares e, em alguns casos, manifestamente insuficientes para um *enforcement* adequado. Pretende-se desta forma que o local no mercado interno onde uma empresa se encontre sediada não tenha relevância quando se trate de fazer respeitar o direito da concorrência, criando-se um verdadeiro espaço comum de aplicação das regras da concorrência na União.

Com efeito, nas jurisdições onde o nível e eficácia do direito da concorrência é inferior, por ex. atentas as dificuldades registadas pelas ANC na recolha de meios de prova ou na aplicação célere de sanções dissuasoras, cria-se uma percepção de impunidade que afeta particularmente os consumidores e empresas desses Estados-Membros, os quais deixam de poder beneficiar das vantagens do processo competitivo, já que as empresas perdem incentivos para aí concorrerem pelo mérito. Acresce que novas empresas são desencorajadas de entrar nesses mercados e de aí exercerem o seu direito de estabelecimento e de oferta de bens e serviços.

A Diretiva “ECN +” visa, pois, em termos gerais, dotar as ACN dos meios e ferramentas adequados para que possam exercer a sua missão de forma efetiva, reconhecendo-se, portanto, que só uma aplicação vigorosa das regras permite que a concorrência entregue à sociedade os benefícios que dela se esperam, em termos de preços, qualidade, escolha e inovação.

A Diretiva constituiu também um importante marco no que respeita à consagração da independência das ACN, ao codificar pela primeira vez em legislação da União os principais corolários dessa independência.

A este respeito, visa-se garantir que o processo decisório seja transparente, credível e estritamente alicerçado em fundamentos jurídico-económicos relacionados com a proteção do bem-estar dos consumidores, ou seja, imune a interferências externas, nomeadamente à tomada em consideração de outros interesses públicos, os quais devem ser preferencialmente prosseguidos por diferentes instrumentos de política pública.

Trata-se, assim, de assegurar um certo nível de segurança jurídica e previsibilidade no processo decisório, que são, por seu turno, indispensáveis para estimular a iniciativa, o empreendedorismo e a atração do investimento.

Com efeito, a experiência demonstra que a consideração de interesses públicos distintos na tomada de decisão pode não-raro gerar desfechos imprevisíveis e contraditórios, o que não favorece a credibilidade e robustez do sistema de concorrência. Mais ainda, a procura de um equilíbrio adequado entre objetivos de política pública porventura divergentes e, no limite, incompatíveis (ainda que raramente), exige que o esforço de

compatibilização ou, no limite, o estabelecimento de prioridades entre tais interesses públicos seja levado a cabo, não por ACN, mas por órgãos democraticamente eleitos.

De entre os corolários da independência estatuídos na Diretiva são de destacar a autonomia operacional e orçamental das ACN, nomeadamente ao nível da gestão dos seus recursos humanos, financeiros, técnicos e tecnológicos.

É certo que, do ponto de vista institucional, Portugal não será dos Estados-Membros onde as alterações ao modelo institucional vigente se mostrarão, à primeira vista, mais profundas. Portugal beneficia, desde 2003, de um modelo formal moderno, lançado com a criação da AdC, enquanto “entidade administrativa independente”, dotada de “autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica, e de património próprio.”

Com efeito, a Diretiva ECN+ estimulará a adoção em toda a União Europeia de um modelo similar ao que já existe em Portugal, onde as garantias de independência já decorrem em larga medida dos Estatutos da AdC, mais recentemente revistos pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, e pela Lei-Quadro das Entidades Reguladoras, aprovada pela Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto.

Mas para os Estados-Membros, como Portugal, em que esse grau de maturidade institucional já terá sido atingido, a Diretiva vem certamente sedimentá-lo e robustecê-lo, encorajando o seu cumprimento na prática e de forma a evitar retrocessos.

Com efeito, é sabido que a independência é muito mais do que um mero estatuto jurídico, podendo existir lacunas importantes entre o desenho institucional e a realidade, as quais podem constituir uma forma subtil, mas igualmente eficaz, de tornar a política de concorrência ineficaz numa jurisdição.

A transposição da Diretiva ECN+ para o ordenamento jurídico português não será, por conseguinte, isenta de desafios para o legislador, já que implica uma reforma importante das regras atualmente vigentes e da sua aplicação prática, designadamente, a necessidade de revisão tanto do regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), como dos supracitados Estatutos da AdC, entre outros diplomas.

A Diretiva ECN+ prevê, entre outros aspetos, que as ACN:

- Atuem com independência quando fazem respeitar as regras de concorrência da União e de forma imparcial, sem receberem instruções de entidades públicas ou privadas;

- Gozem de autonomia orçamental, dispondo dos recursos humanos e financeiros necessários para levar a cabo as suas atividades;
- Disponham de todos os poderes necessários para reunir elementos de prova relevantes, onde se incluem documentos, declarações orais, mensagens eletrónicas, gravações e quaisquer outros objetos que contenham dados ou informações, independentemente do formato e do suporte em que se encontrem armazenadas, o que implica o direito de pesquisar telemóveis, computadores portáteis e outros dispositivos móveis, bem como informação armazenada em “nuvens”;
- Possuam as ferramentas adequadas para impor sanções proporcionais e dissuasoras, em caso de infração das regras *antitrust*, assegurando-se a harmonização dos critérios seguidos na imposição de coimas no espaço da União.

Neste sentido, a Diretiva inclui regras em matéria de responsabilidade das sociedades-mãe sobre as suas subsidiárias e de sucessão de empresas, com referência expressa à jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, para que as empresas não estejam habilitadas, designadamente, a evitar a aplicação de coimas através de processos de reestruturação. As ACN poderão também solicitar assistência mútua para, com base em instrumentos uniformes e reconhecidos na UE, promoverem a execução de coimas na respetiva jurisdição, impondo assim o pagamento de coimas às empresas infratoras que não têm presença jurídica no seu território nacional, um aspeto importante, atento o número crescente de empresas a operar à escala transnacional; e

- Apliquem programas de clemência coordenados que encorajem as empresas a apresentar prova da existência de cartéis, tendo em vista reforçar os incentivos globais à participação das empresas nos programas de clemência e à deteção de cartéis. Tais programas devem, por conseguinte, proteger em larga medida os requerentes de clemência de perseguição criminal pelos mesmos factos.

A transposição da Diretiva ECN+ constitui um projeto de grande relevância para a consolidação da política de concorrência em Portugal e para a consequente criação de bem-estar no país.

A AdC participou ativamente nos trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação da Diretiva, tendo sido convidada pelo Parlamento Europeu, juntamente com as demais ACN e a Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, a apresentar o seu ponto de vista em audição parlamentar, a

respeito do então projeto de Diretiva ECN+, bem como assegurado, em conjunto com a REPER, a representação de Portugal no âmbito das reuniões que tiveram lugar no seio do Conselho Europeu, aquando da negociação.

Assim, à imagem do que sucedeu aquando do procedimento de transposição para a ordem jurídica nacional da denominada Diretiva *Private Enforcement*¹, a AdC foi designada pelo Ministério da Economia para prestar a necessária assistência técnica ao Governo no âmbito da preparação do anteprojecto de transposição da Diretiva ECN+.

Atentos os objetivos da Diretiva ECN+, a experiência adquirida aquando da respetiva negociação, tal como em processos de transposição de Diretivas anteriores e, bem assim, a necessária articulação no âmbito da ECN, a AdC encara esta missão como uma oportunidade para, uma vez mais, promover, o consenso público sobre a matéria, em linha com as finalidades da Diretiva.

Deste modo, à semelhança de processos anteriores, a preparação do presente anteprojecto de transposição de Diretiva ECN+ deverá caracterizar-se pela *abertura, transparência e participação*, pretendendo-se acima de tudo a promoção de uma discussão alargada, com o envolvimento dos *stakeholders* na própria preparação do anteprojecto, de forma a encorajar o *buy-in* pela comunidade do regime renovado, desde a sua génese.

Para a concretização destes objetivos, a AdC promove, entre outras, as seguintes iniciativas:

Na sequência da publicação da Diretiva ECN+, a AdC constituiu já um grupo de trabalho informal composto por especialistas, representantes dos diversos quadrantes que integram o ecossistema da concorrência, incluindo Governo, magistratura, academia e advocacia. Este grupo de trabalho funciona como “*sounding board*” da evolução dos trabalhos preparatórios, tendo em vista permitir uma reflexão aberta, transparente e equilibrada sobre as possíveis soluções de transposição e auxiliar a AdC na preparação de uma versão embrionária do anteprojecto.

A AdC pretende levar a cabo consultas bilaterais, sem prejuízo, naturalmente, da possibilidade de qualquer interessado poder veicular a todo o tempo a sua posição sobre os temas em discussão.

A AdC tenciona ainda organizar um *workshop* consultivo de forma a facilitar a troca de impressões com um conjunto mais alargado de *stakeholders*,

1 Diretiva 2014/104/EU, 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 e Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, que levou a cabo a respetiva transposição para o ordenamento jurídico nacional.

fazendo o “teste de mercado” de uma versão embrionária do anteprojeto, ainda em fase de *work in process*.

A AdC planeia, enfim, organizar uma consulta pública, para recolha de contributos escritos.

Em suma, a AdC pretende apresentar ao legislador um anteprojeto que reúna o máximo de consenso possível na comunidade, tendo em vista consolidar a efetividade da política de concorrência em Portugal, no interesse dos cidadãos e das empresas, com a devida salvaguarda dos direitos fundamentais, indispensável à credibilidade de qualquer sistema de concorrência.

Com base nos diversos contributos recolhidos e discutidos ao longo da fase preparatória, o diploma deverá ser apresentado ao Governo no segundo semestre do corrente ano, altura em que terminará o essencial da intervenção da AdC.

Pretende-se que este anteprojeto de transposição da Diretiva ECN+ constitua o resultado de um trabalho de equipa com a comunidade, traduzindo-se, à luz de todos os contributos recebidos, numa reforma legislativa robusta e globalmente equilibrada.

Espera-se também que este processo, transparente e aberto à participação de todos, contribua para a dinamização do debate na comunidade sobre os temas da Diretiva ECN+, mediante a realização de conferências e outras iniciativas e, quem sabe, se potencie o exemplo para outras jurisdições.

Contamos com todos.

*INPUT FORECLOSURE EM CONCENTRAÇÕES VERTICAIS NOS MEDIA: O CASO ALTICE/MEDIA CAPITAL**

*Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques***

1. INTRODUÇÃO

Em agosto de 2017, a MEO – Serviços de Telecomunicações Multimédia S.A. (“MEO”), uma subsidiária integralmente detida pela Altice Europe N.V. (“Altice”), um grupo empresarial ativo nos setores dos *media* e das telecomunicações, anunciou a sua intenção de adquirir o controlo exclusivo do Grupo Media Capital, SGPS, S.A. (“GMC”), a principal empresa de *media* e produção de conteúdos em Portugal.

Esta operação de concentração foi notificada à Autoridade da Concorrência (“AdC”), tendo esta posteriormente decidido dar início a uma investigação aprofundada dos potenciais impactos negativos que esta operação poderia ter sobre a concorrência nos mercados dos *media* e das telecomunicações em Portugal. A Altice apresentou uma proposta de compromissos comportamentais que a AdC entendeu não responderem, adequadamente, às preocupações concorrenciais identificadas na sua análise.

O processo foi dado como extinto pela AdC, na sequência da decisão da Notificante, Altice, em desistir da operação e retirar a Notificação. Não obstante, na sua análise concorrencial, a AdC pôde concluir que da operação

* Tradução do artigo “*Input Foreclosure in Telecoms/Media Vertical Mergers: The MEO/GMC Case*”. CPI Anti-trust Chronicle – Rethinking Vertical Mergers. Agosto 2018. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-rethinking-vertical-mergers/>

** Alípio Codinha é Diretor-Adjunto do Departamento de Controlo de Concentrações. Mariana Costa, Marta Ribeiro e Pedro Marques são economistas e estiveram envolvidos na análise desta operação. As opiniões expressas neste texto são da exclusiva responsabilidade dos Autores e não vinculam, a qualquer título, a Autoridade da Concorrência.

resultariam restrições significativas da concorrência nos mercados dos *media* e das telecomunicações, com impactos negativos sobre os consumidores.

2. ENQUADRAMENTO

A MEO é a antiga empresa estatal de telecomunicações e encontra-se ativa em todos os segmentos dos serviços de comunicações eletrónicas, incluindo a gestão da rede de Televisão Digital Terrestre (“TDT”). A MEO oferece serviços de telecomunicações (voz, vídeo, dados e *internet*), com base nas suas infraestruturas de comunicação fixas e móveis. A MEO oferece, ainda, serviços de televisão por subscrição (“TVS”), bem como serviços em pacote designados por *multiple-play* (que inclui serviços de voz, televisão e *internet*).

Em 2016, a MEO detinha 39% de todos os subscritores de serviços de TVS em Portugal e representava cerca de 43% das receitas totais de serviços *multiple-play*.

A adquirida, o GMC, controla, *inter alia*, o estúdio e produtor de conteúdos Plural, diversos canais de língua portuguesa sob a marca TVI (TVI, TVI24, TVI Ficção e TVI Reality), para além das estações de rádio M80, Cidade FM, Smooth FM, Rádio Vodafone e Rádio Comercial. Controla, ainda, o portal de *internet* IOL e a plataforma de conteúdo *online* TVI Player.

Em 2016, os canais TVI representaram, em Portugal, cerca de um quarto da audiência diária média de todos os canais distribuídos em Portugal. Adicionalmente, diversos programas da TVI (na sua maioria produzidos pela Plural) classificam-se consistentemente no TOP 10 dos programas mais vistos na televisão portuguesa (os primeiros 6 dos 10 programas mais vistos na televisão, em 2016, excluindo jogos de futebol).

As receitas publicitárias dos canais da TVI representaram cerca de 40-50% do total de receitas publicitárias televisivas em Portugal no ano de 2016.

As atividades da MEO e do GMC não se sobrepõem. A sua principal relação consiste no fornecimento, por parte do GMC, dos canais TVI para distribuição na plataforma de TVS da MEO. Trata-se, portanto, no essencial, de uma operação de concentração de natureza vertical entre, por um lado, um dos principais operadores de telecomunicações, televisão por subscrição e serviços *multiple play* e, por outro, o líder de mercado na distribuição grossista de conteúdo audiovisual e de canais de televisão em língua portuguesa, incluindo o canal com maiores audiências, a TVI (quer ao nível das audiências, quer ao nível das receitas publicitárias).

3. AVALIAÇÃO DO INPUT FORECLOSURE (ENCERRAMENTO DE MERCADO)

Numa concentração de natureza vertical, as preocupações concorrenciais estão relacionadas com o impacto que a mesma possa ter na capacidade e no incentivo da nova empresa em eliminar ou deteriorar as condições de acesso das empresas concorrentes (atuais ou potenciais) a fatores de produção ou mercados, reduzindo assim o incentivo e/ou a capacidade dessas empresas em concorrer eficazmente nos mercados a montante ou a jusante, prejudicando a concorrência nesses mercados e, em última análise, os consumidores.

A aquisição do GMC pela MEO (Grupo Altice) envolveu a avaliação de várias teorias de dano relacionadas com as múltiplas atividades em que as partes estão ativas. O presente artigo aborda, apenas, a tese de negação/deterioração do acesso, por parte dos concorrentes da MEO, aos canais TVI produzidos pelo GMC (tese de *input foreclosure*).

Neste âmbito, a análise da AdC aferiu da possibilidade de a MEO negar, aos seus concorrentes na prestação de serviços de televisão por subscrição, o fornecimento dos canais TVI (nomeadamente o canal TVI e o canal TVI24) ou deteriorar as condições de fornecimento desses canais (por via do aumento dos *fees* de distribuição cobrados a esses operadores) de tal forma que daí resultassem entraves significativos à concorrência na prestação de serviços de TVS, integrados ou não em pacotes *multiple play*.

A. Negar o acesso aos canais TVI (*Input Foreclosure Total*)

Numa primeira fase, a AdC analisou se da transação resultaria um aumento da capacidade e do incentivo do GMC em negar o fornecimento dos canais TVI (TVI e/ou TVI 24) aos concorrentes da MEO no fornecimento de serviços de TVS.

Da análise resultou claro que quer o canal TVI generalista, quer o canal noticioso TVI24 são canais relevantes para os concorrentes da MEO e que não existem substitutos comparáveis que permitissem aos concorrentes da MEO implementar contra-estratégias efetivas e atempadas.

Adicionalmente, a AdC concluiu que, do ponto de vista da nova entidade resultante da operação de concentração, a implementação de uma estratégia de recusa de acesso aos canais TVI resultaria num acréscimo de lucros.

A recusa de acesso aos concorrentes da MEO envolve (i) a perda das receitas de distribuição (*distribution fees*) pagos pelos operadores de TVS concorrentes da MEO ao GMC; (ii) a perda de receitas de publicidade decorrente da diminuição das audiências dos canais TVI (uma vez que os mesmos apenas

passam a estar disponíveis na plataforma MEO) e; (iii) a perda de receitas de serviços de interação com os espectadores¹, também resultante da perda de audiências.

Para efeitos da análise, assumiu-se que as receitas de publicidade e dos serviços de interação com os espectadores variam de forma diretamente proporcional com o nível de audiências. Assim, as perdas resultantes da implementação de uma estratégia de recusa de acesso equivale às receitas publicitárias dos concorrentes da MEO no cenário pré-concentração reduzidas pela proporção de subscritores desses concorrentes que não mudam para a MEO (ou outros operadores não sujeitos à estratégia de encerramento) e que, por isso, deixam de ter a possibilidade de visualizar os canais TVI, diminuindo as audiências destes canais².

Adicionalmente, assumiu-se que a redução das receitas de publicidade e dos serviços de interação não afetam a estrutura de custos, pelo que se repercutem, integralmente, nos lucros do GMC.

Já no que se refere aos ganhos resultantes da implementação de uma estratégia de recusa de acesso, os mesmos correspondem aos lucros adicionais ganhos pela MEO por via do incremento de subscritores provenientes dos prestadores concorrentes que, não tendo a possibilidade de visualizar os canais TVI nos seus operadores originais, mudam para a MEO.

De forma a estimar esse impacto, a AdC teve de determinar, por um lado, a fração de consumidores dos concorrentes da MEO que sairiam por deixarem de ter acesso aos canais TVI (taxa de abandono ou *departure rate*) e a fração dos consumidores que, deixando um concorrente da MEO, escolheria a MEO como novo fornecedor (taxa de migração ou *diversion ratio*).

Para as taxas de migração, foram utilizados os dados históricos recolhidos por cada um dos operadores de TVS. Para determinar as taxas de abandono, a AdC recorreu a um inquérito ao consumidor. Neste inquérito, realizado

1 As receitas dos serviços de interação com os espectadores são geradas pelas chamadas de valor acrescentado feitas pelos espectadores no decurso da transmissão de um programa de televisão, como um concurso ou um programa de entretenimento que envolva votações. Trata-se de um conjunto de receitas com peso não despreciando no total das receitas geradas pelos principais canais portugueses, como a TVI, a SIC e a RTP.

2 Tal assume, igualmente, que cada subscritor tem o mesmo impacto sobre a audiência. Na realidade, se um subscritor valoriza muito a TVI, esse subscritor mudará para um operador que tenha a TVI no seu *bouquet* de canais (continuando a visualizar a TVI). Os que ficam no prestador original e que, portanto, perdem o acesso aos canais TVI, provavelmente não valorizam tanto esses canais. Por esta via, o impacto da perda de audiências encontra-se, com toda a probabilidade, sobrestimado, uma vez que os subscritores que mudam de prestador de serviços de TVS terão um peso, sobre as audiências (medidas em minutos visualizados), mais do que proporcional ao seu número.

numa amostra representativa de 1.550 lares em Portugal Continental, foi pedido aos inquiridos para quantificar, numa escala de 0 a 10³ a probabilidade de mudar de fornecedor de serviço de TVS caso o seu fornecedor atual deixasse de incluir no seu *bouquet* de canais, os canais TVI generalista e/ou TVI24.

Os resultados do questionário mostraram que a maior parte dos clientes dos concorrentes da MEO não mudaria de fornecedor de serviços de TVS caso perdessem o acesso aos canais TVI e/ou TVI24.

No entanto, um número não despidiendo desses clientes revelou uma elevada propensão a mudar de fornecedor (considerando apenas as resposta de nível “10”). Em termos globais, cerca de 15% dos clientes dos concorrentes da MEO mudaria “de certeza” no caso perdessem o acesso ao canal TVI. Esse número atingiu os 7% no caso de perda de acesso ao canal TVI24 e 18% no caso de perda de acesso a ambos os canais. Com base nestes dados foi possível estimar o número de clientes dos concorrentes que migrariam para a MEO.

Para estimar o lucro incremental de cada novo cliente MEO proveniente dos seus concorrentes, a AdC recorreu a informação fornecida pela própria MEO, onde esta estimava o lucro incremental por tipo de serviço.⁴ A AdC assumiu que os clientes que migram para a MEO geram uma margem igual à margem incremental por tipo de serviço, por tipo de subscritor, com base na estrutura de clientes do concorrente do qual é originário cada cliente migrado.⁵

A AdC avaliou, então, os incentivos da nova entidade em implementar um conjunto de cenários de encerramento de mercado envolvendo a recusa de fornecimento dos canais TVI aos seus concorrentes na prestação de serviços TVS. Daqui resultou que a MEO/GMC teria a capacidade e o incentivo para: (i) negar o fornecimento do canal TVI ao maior dos seus concorrentes; (ii) negar o fornecimento do canal TVI24 a cada um dos seus concorrentes; (iii) negar o fornecimento de ambos os canais TVI e TVI24 ao maior dos

3 Em que 0 representa “não mudaria de fornecedor, de certeza” e 10 representa “mudaria de fornecedor de certeza”.

4 De pacotes *double-play* a *quintuple-play* que incluíssem TVS.

5 Por exemplo, se a base de clientes do concorrente é composta por 40% de clientes de serviço *triple-play* e 60% de clientes *quadruple-play*, então o cliente médio que migra desse concorrente para a MEO irá contribuir para os lucros da MEO considerando 40% do lucro incremental da MEO nos serviços *triple-play* e 60% do lucro incremental da MEO nos serviços *quadruple play* (lucro incremental de um cliente proveniente de um concorrente = $(0,4 \times \text{lucro incremental da MEO nos serviços } triple\text{-play}) + (0,6 \times \text{lucro incremental da MEO nos serviços } quadruple\text{-play})$).

seus concorrentes e; (iv) negar o fornecimento da TVI e/ou da TVI24 simultaneamente a todos os seus concorrentes.

Em todas estas situações, o aumento dos lucros na atividade a jusante (serviços de TVS) mais do que compensaria as perdas na atividade a montante decorrentes da diminuição das receitas de publicidade, de serviços de interação com os espectadores e *fees* de distribuição dos canais.

B. Aumento dos custos dos concorrentes (*Input Foreclosure Parcial*)

Pese embora a rentabilidade positiva da implementação de diversas estratégias de encerramento de mercado por parte da MEO/GMC, a AdC avaliou, igualmente, a possibilidade de a entidade resultante da operação de concentração continuar a fornecer os canais TVI aos seus concorrentes mas a preços significativamente superiores à situação pré-concentração, aumentando, assim, os custos de produção dos seus concorrentes e diminuindo a sua capacidade de concorrer com a mesma eficácia na prestação de serviços de TVS (incluídos, ou não, em pacote *multiple play*).

Considerando que os contratos de distribuição dos canais TVI resultam de negociações bilaterais entre o GMC e os operadores de TVS, a AdC analisou em que medida a operação de concentração reforçaria a capacidade negocial do GMC face aos concorrentes da MEO.

Neste cenário, os canais da TVI continuariam a ser distribuídos por vários ou todos os concorrentes da MEO na prestação de serviços de TVS aumentando, por um lado, as receitas provenientes da distribuição dos canais (*distribution fees*) e assegurando, por outro, os níveis de audiência pré-concentração e, consequentemente, as receitas de publicidade e de serviços de interação com o espectador.⁶

Para esta avaliação, a AdC recorreu a um modelo estático de negociação bilateral (equilíbrio de Nash), tal como foi utilizado pela Comissão Europeia no processo *Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media* e pela Federal Communications Commission (FCC) na sua investigação da fusão entre a *Comcast* e a *NBCU*.⁷

6 Para uma discussão mais aprofundada sobre esta temática, refere-se, por exemplo Weeds, Helen (2016): «TV Wars: Exclusive Content and Platform Competition in Pay TV», in *The Economics Journal*, August 2016, vol. 126, Issue 594.

7 Ver Baker, Jonathan B. «Comcast/NBCU: The FCC Provides a Roadmap for Vertical Merger Analysis» (February 5, 2011), in *Antitrust*, vol. 25, No. 2. Spring 2011; Rogerson, William (2012): «Vertical mergers in the video programming and distribution industry: The case of Comcast-NBCU», in *CSIO Working Paper*, No. 0116, Center for the Study of Industrial Organization at Northwestern Univ., Evanston, Ill.

A AdC concluiu que a transação em causa aumentaria substancialmente a posição negocial do GMC nas suas negociações com os concorrentes da MEO sobre os *fees* de distribuição dos canais TVI, comparativamente à situação pré-concentração.

Tal aconteceria em todos os cenários considerados (*foreclosure* parcial do canal TVI e/ou TVI24 a cada um dos concorrentes da MEO), independentemente de a recusa total de fornecimento desses canais ser, ou não, uma estratégia rentável.

De facto, os resultados do modelo mostraram que, no cenário pós-concentração, quer o GMC, quer os concorrentes da MEO teriam sempre incentivo a chegar a um acordo (i.e., o excedente total de se chegar a um acordo era sempre estritamente positivo, em todas as situações). A entidade verticalmente integrada seria capaz de obter um aumento dos *fees* de distribuição pelo menos tão grande quanto o aumento de lucros proveniente da recusa de fornecimento dos canais TVI. Para os concorrentes da MEO no fornecimento de serviços de TVS, as suas perdas, decorrentes do aumento dos *fees* de distribuição (aumento de custos de aquisição de conteúdos), seriam menores do que as que resultariam da perda de subscritores por falta de acesso aos canais TVI.

Mesmo nos cenários em que a estratégia de encerramento total não era rentável para a entidade verticalmente integrada, o GMC, no cenário pós-concentração, seria sempre capaz de negociar *fees* de distribuição mais elevados do que anteriormente, na medida em que, após a transação, o GMC internaliza os lucros da MEO.

O equilíbrio de Nash pós-transação ocorre, portanto, a níveis de preços (*fees* de distribuição) várias ordens de grandeza superiores, a que correspondem aumentos muito substanciais nos custos totais de aquisição de conteúdos dos operadores de TVS concorrentes da MEO.

Considerando o exposto, a AdC concluiu, não apenas que a entidade verticalmente integrada resultante da operação de concentração veria a sua posição negocial reforçada perante os concorrentes da MEO aquando das negociações bilaterais para fornecimento dos canais TVI, mas também que esta estratégia de *foreclosure* parcial seria o resultado mais provável da transação, uma vez o acréscimo de lucro da MEO/GMC seria maior comparativamente às estratégias de encerramento total (recusa de fornecimento dos canais TVI).

C. Efeitos

Na sua análise, a AdC concluiu que a entidade verticalmente integrada resultante da operação de concentração teria, quer a capacidade, quer o incentivo, para implementar estratégias de encerramento total e parcial, atribuindo uma maior probabilidade a um resultado de encerramento parcial.

Fees de distribuição significativamente mais elevados, em resultado das novas condições de negociação bilateral, levariam a aumentos substanciais dos custos de aquisição de conteúdos por parte dos concorrentes da MEO na prestação de serviços de TVS (incluídos, ou não, em pacote *multiple play*) dos quais resultariam, provavelmente, aumentos dos preços aos consumidores finais. Adicionalmente, esses aumentos de custos poderiam afetar negativamente a capacidade de os rivais da MEO adquirirem conteúdos competitivos.

Em ambos os casos, a AdC considerou que os demais operadores de TVS veriam negativamente afetada a sua capacidade de concorrência efetiva no mercado, aumentando, também por essa via, a capacidade da MEO aumentar os preços aos consumidores finais e/ou diminuindo as pressões para aquisição/produção de conteúdo de elevada qualidade.

Adicionalmente, a AdC concluiu que da transação resultariam aumentos das barreiras à entrada, com particular destaque para operadores *online* de baixo custo, uma vez que estes não teriam acesso aos canais TVI ou esse acesso ocorreria em condições muito mais desvantajosas face a uma situação em que a transação não ocorresse.

4. CONCLUSÕES

No decurso da investigação aprofundada, o Grupo Altice desistiu da operação e retirou a Notificação. Por essa razão, a decisão da AdC limitou-se a uma Decisão de Extinção do Procedimento não sendo, por isso, possível uma discussão mais pormenorizada.

A transação em causa envolve múltiplos níveis da cadeia de valor dos serviços audiovisuais e suscitou diversas preocupações concorrenciais em diversos mercados verticalmente relacionados envolvidos na operação.

Os efeitos anticoncorrenciais mais relevantes identificados pela AdC estavam relacionados com a possibilidade de recusa de acesso ou deterioração dos termos de fornecimento dos canais do GMC (nomeadamente a TVI generalista e a TVI24) aos concorrentes da MEO na prestação de serviços de televisão por subscrição (incluídos, ou não, em pacotes *multiple play*).

Este tipo de efeitos já tinha sido identificado anteriormente, por exemplo, pela Federal Communications Commission (EUA) na sua análise à concentração entre a *Comcast* e a *NBC Universal* e pela Comissão Europeia na sua análise ao processo M7194 – *Liberty Global/Corelio/W&W/De Vijver Media*.

A análise da AdC recorreu às mesmas ferramentas metodológicas para inferir quanto à capacidade e ao incentivo da entidade resultante da operação de concentração para implementar estratégias de encerramento dos fatores de produção (*input foreclosure*) total ou parcial.

No presente caso, os resultados do inquérito junto dos consumidores permitiram à AdC quantificar, de forma precisa, as taxas de saída dos clientes dos concorrentes da MEO nos vários cenários de recusa de fornecimento de canais do GMC. Estes resultados confirmaram a análise preliminar da AdC acerca da relevância dos canais TVI enquanto *inputs* importantes dos operadores de televisão por subscrição para concorrerem eficazmente nestes mercados.

As taxas de saída eram suficientemente elevadas para permitir uma implementação lucrativa, por parte da entidade verticalmente elevada, de uma estratégia de recusa de fornecimento dos canais do GMC ou para que a ameaça dessa recusa fosse suficientemente credível. Assim, a posição negocial do GMC face aos concorrentes da MEO ver-se-ia substancialmente reforçada no cenário pós-concentração.

O modelo de negociação bilateral utilizado permitiu, ainda, concluir que esse reforço da posição negocial ocorreria mesmo nos cenários em que a estratégia de recusa total de fornecimento não era lucrativa para a entidade resultante da operação de concentração.

Conclui-se, portanto, que o resultado mais provável da operação de concentração seria o encerramento parcial, por via de aumentos substanciais dos *fees* de distribuição dos canais do GMC. Daí resultariam aumentos muito significativos dos custos totais de aquisição de conteúdos por parte dos concorrentes da MEO, prejudicando de forma não despidianda a sua capacidade de atuarem de forma concorrencialmente eficaz no fornecimento dos serviços de televisão por subscrição provocando, em última análise, aumento dos preços finais aos consumidores e/ou um decréscimo da qualidade do serviço prestado.

É provável que estes resultados tivessem sido, por si só, suficientes para levar a AdC a tomar uma Decisão de Proibição à operação de concentração em causa.

*PARTIAL IMPLEMENTATION AND GUN-JUMPING,
HOW ORIGINAL. WHAT WILL THEY THINK OF
NEXT? – CHAPTER ONE**

*Rita Prates***

1. INTRODUCTION

At the time of writing, the European Commission (Commission) is investigating a potential premature implementation of a concentration prior to obtaining clearance (the so-called “gun-jumping”) in case *M. 8179 – Canon/Toshiba Medical Systems* (Art. 14.2 proc.).

The singularity of this case is that the implementation of the transaction was only partial, and took place in the context of a two-step transaction structure where only the first stage was implemented before notification and clearance.

During this ongoing investigation, the Commission has sent a Statement of Objections to Canon in July 2017¹ and a Supplementary Statement of

* This title is based on an iconic sentence “A gun in a bag of peanuts, how original. What will they think of next?” from a 007 James Bond movie “*The Man With The Golden Gun*”.

** Rita Prates is a Legal Adviser at the Merger Department of Autoridade da Concorrência (AdC), the Portuguese Competition Authority and, on behalf of AdC, is co-chairing the Merger Working Group of ECN (European Competition Network) for the triennium of 2018-2020. The views expressed in this article are the responsibility of the author and cannot be attributed to AdC. The author welcome comments at the following email address: rprates@concorrenca.pt.

1 http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-1929_en.htm. A Statement of Objections is a formal step in an investigation, whereby the Commission informs the undertakings concerned in writing of the objections raised against them. The undertakings can then examine the documents in the Commission's file, reply in writing and request an oral hearing to present their comments on the case to representatives of the Commission and the national competition authorities, like the Autoridade da Concorrência (the Portuguese Competition Authority).

Objections in November 2018² for the potential early implementation of the merger. These statements detailed the Commission's preliminary view that Canon used a so-called "warehousing" two-step transaction structure involving an interim buyer, which essentially allowed it to anticipate its acquisition of Toshiba Medical Systems prior to notification and obtaining the relevant merger approval from the Commission.

The Commission's Decision in this case may result in the sense that implementation of the first step in warehousing schemes is considered gun-jumping, even though the second step was put on hold until after notification and clearance.

Furthermore, the proceeding regarding the approval of the specified merger will not be affected by this gun-jumping case, which demonstrates once again that the Commission is willing to pursue potential procedural infringements regardless the risk of serious harm.

The obligation to notify the Commission of transactions prior to their implementation is foreseen in Article 4(1)³ of the EU Merger Regulation⁴. The obligation not to implement a notifiable transaction either before its notification or before it has been declared compatible with the common market is foreseen in Article 7(1)⁵ of the EU Merger Regulation (the so called "stand still obligation"). The ability of the Commission to impose fines in the event of a breach of Articles 4(1) or 7(1) is foreseen in Article 14(2) (a) and (b) of the EU Merger Regulation. As a result, the Commission could potentially impose a fine of up to 10 per cent of Canon's annual worldwide turnover.

As the final Decision on this case has not yet been handed down, this article will be divided in two chapters:

2 http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-18-6636_en.htm.

3 Article 4(1) of the EU Merger Regulation defends the Commission's capacity to detect, investigate and possibly require the modification of concentrations prior to them being implemented by imposing a positive obligation to notify concentrations of Union dimension.

4 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EU Merger Regulation), OJ L 24, 29.01.2004, p. 1-22.

5 Article 7(1) of the EU Merger Regulation complements Article 4(1) with a "standstill obligation" which has the aim of preventing any potential detrimental impact of concentrations on the competitive structure of the market prior to the conclusion of the Commission's investigation. By suspending the implementation of a concentration, the standstill obligation aims at safeguarding the structure of the market while the Commission entails its investigation.

Chapter One, hereinafter, will describe the factual background of the underlying case and the possible legal assessment in the scope of the European Union's jurisprudence;

And

Chapter Two, which will be written after the Commission's awaited Decision, will analyse the Decision and try to extract some guidelines on gun-jumping regarding early implementation of concentrations and warehousing schemes.

In Chapter Two, reference to the decisional practice of the Autoridade da Concorrência (the Portuguese Competition Authority) will also be made, specifically regarding transactions involving warehousing schemes.

2. FACTUAL BACKGROUND - CASE M.8006 - CANON/TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS CORPORATION (TMSC)⁶

On 12 August 2016, the Commission received a notification of a proposed concentration whereby Canon would acquire sole control over Toshiba Medical Systems (TMSC) from Toshiba Corporation. This transaction was cleared on 19 September 2016.

According to the Commission's Decision, before the notification, TMSC, with the consent of Toshiba, altered its existing shares and created new classes of shares (20 Class A shares and 1 Class B share) and 100 Share Options. Furthermore, a special-purpose (vehicle) company – MS Holding – with three controlling shareholders, holding each a 33.3 per cent interest, was established on 8 March 2016.

On 17 March 2016, before notifying the Commission of the transaction, Canon and Toshiba entered into a Shares and Other Securities Transfer Agreement (the Agreement) while Toshiba and MS Holding entered into a Share Transfer Agreement, and the following structure was put in place: MS Holding acquired all of TMSC Class A shares representing approximately 95 per cent of TMSC's share capital. Simultaneously, Canon acquired the Class B Shares and the 100 Share Options, the latter giving share acquisition rights for all TMSC's shares in the form of stock options against the payment of the purchase price.

6 Decision available at http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8006_241_3.pdf.

Under the Agreement, Canon would only be able to exercise the Share Options once it obtained all relevant antitrust clearances (from the Commission and other authorities) in relation to the acquisition of TMSC⁷.

As per the above, the transaction structure involved three parties, that is the seller, an interim buyer and an ultimate buyer; and the result of the described transaction and created structure was that Canon made in a first step an advanced payment of the purchase price to Toshiba, prior to any merger clearance proceeding. In a second step, once the relevant antitrust approvals had been granted, Canon exercised its share options, taking the-refore ultimate and sole control of TMSC' shares.

The alleged rationale of the transaction structure was intended to secure Toshiba's profit on March 2016, while not formally acquiring control before obtaining the necessary clearances from the relevant competition authorities.

3. THE INFRINGING PROCEEDINGS - CASE M. 8179 - CANON/TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS (ART. 14.2 PROC.), AND THE RELEVANT EU CASE LAW ON GUN JUMPING⁸

Ex-ante merger control regimes are intended to preserve the *status quo* until a concentration has been formally notified and cleared by the relevant competition authority(ies). This is to ensure that effective competition and pre-transaction market structures are preserved until the competition authorities have had the opportunity to reach a final decision on the effects of the concentration on competition of the relevant markets concerned.

In respect to the EU regime, Articles 4(1) and 7(1) of the EU Merger Regulation are usually referred to as the cornerstones of the *ex-ante* Union merger control regime since both aim to prevent potential changes in the structure of the market pending the Commission's review of a concentration, which would be difficult to unravel in case the Commission decided to declare the concentration incompatible with the internal market.

This *ex-ante* nature of the Union merger control regime was also confirmed by Judgment of the General Court in *Electrabel v. Commission*, where the Court evoked that the EU system of control of concentrations is intended

7 Upon exercise of the Share Options, Canon would obtain all TMSC' shares. As a result, Canon in the end would become the sole shareholder of TMSC, which eventually happened further to the clearance granted by the Commission.

8 Cfr. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_8179.

to “allow the Commission to exercise effective control of all concentrations from the point of view of their effect on the structure of competition (...) and that the effectiveness of that system is ensured by the introduction of *ex ante* control of the effects of concentrations (...). The effectiveness of that control rests on a duty for undertakings to notify such concentrations in advance and to suspend their implementation until the Commission has adopted a decision declaring them compatible with the common market (...).”⁹

The disputed issue in the Canon/Toshiba case is thus *when* the Commission should have been notified about the transaction in order to allow it to exercise its *ex-ante* control? (i) before 17 March 2016, when Canon and Toshiba entered into a Shares and Other Securities Transfer Agreement and Toshiba and MS Holding entered into a Share Transfer Agreement (the interim transaction)? Or (ii) just before the effective acquisition of TMSC’ shares by Canon (the ultimate transaction that led to the acquisition of control and which occurred after 19 September 2016)?

From another perspective, the controversial issue is: could a concentration be deemed implemented even though there was no acquisition of control? Does the notion of *implementation* fully overlap with the one of *acquisition of control*?

According to the information available, the Canon/Toshiba concentration could be classified as a warehousing scheme, which means that the two transactions – the interim transaction and the ultimate transaction – could be considered as closely linked since the interim transaction was allegedly only entailed for the purpose of carrying out the ultimate transaction on the basis of which Canon obtained control of the target on a lasting basis. Therefore, the interim transaction and the ultimate transaction could be deemed as a *single concentration*.

If this is the case, this specific “warehousing schemes” is foreseen in paragraph 35 of the *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings* (CJN), which relates to a scenario where “an undertaking is ‘parked’ with an interim buyer, often a bank, on the basis of an agreement on the future onward sale of the business to an ultimate acquirer. The interim buyer generally acquires shares ‘on behalf’ of the ultimate acquirer, which often bears the major part of the economic risks and may also be granted specific rights. In such circumstances, the first transaction is only undertaken to facilitate the second transaction

9 Judgment of 12 December 2012, Case T-332/09, *Electrabel v. Commission*, §246, ECLI:EU:T:2012:672.

*and the first buyer is directly linked to the ultimate acquirer. [...] no other ultimate acquirer is involved, the target business remains unchanged, and the sequence of transactions is initiated alone by the sole ultimate acquirer.”*¹⁰

In this specific situation, the same paragraph 35 further clarifies that the Commission will consider “(...) *the transaction by which the interim buyer acquires control in such circumstances as the first step of a single concentration comprising the lasting acquisition of control by the ultimate acquirer*”.

The same conclusion arises from recital 20 of the Preamble to the EU Merger Regulation which clarifies that it is “*appropriate to treat as a single concentration transactions that are closely connected in that they are linked by condition or take the form of a series of transactions in securities taking place within a reasonable period of time*”.

In this regard, the General Court in its judgement in *Cementbouw* stated that “(...) *the economic aim pursued by the parties, by examining, when faced with a number of legally distinct transactions, whether the undertakings concerned would have been inclined to conclude each transaction taken in isolation or whether, on the contrary, each transaction constitutes only an element of a more complex operation, without which it would not have been concluded by the parties. (...) In other words, in order to determine the unitary nature of the transactions in question, it is necessary, in each individual case, to ascertain whether those transactions are interdependent, in such a way that one transaction would not have been carried out without the other*”.¹¹

To sum up, the two steps from the Canon/Toshiba concentration could be considered by the Commission as a single concentration, thus the following reasoning will consider this possibility.

Focusing now on the concept of *implementation* of a concentration, firstly one may note the total absence of definition of this concept in Articles 4(1) and 7(1) of the EU Merger Regulation. Secondly, no distinction is made regarding the implementation of concentrations entered into by means of a

10 Paragraph 35 of the CJN does not stand for the specific situation of temporary acquisitions of securities made by financial institutions in their ordinary course of business as described in Article 3(5)(a) of the EU Merger Regulation (in the Portuguese Competition Act – Law 19/2012 of May 8 - there is a similar provision laid down in Article 36(4)(c)). In fact, Article 3(5)(a) of the EU Merger Regulation states that a concentration is not deemed to arise in a specific case of temporary acquisitions of securities made by financial institutions in their ordinary course of business, subject to the securities having been acquired with a view of reselling them and the financial institutions not exercising voting rights which would influence the competitive behaviour of the target.

11 Judgment of 26 February 2006, Case T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie v Commission*, §§104-109, ECLI:EU:T:2006:64.

single transaction or by means of a number of successive (and linked) transactions (carried out with the same economic objective to bring about a lasting change of control over an undertaking) whatsoever. Both cases are considered as a single concentration.

This leads to the conclusion that the concept of *implementation* referred to in Articles 4(1) and 7(1) of the EU Merger Regulation must certainly apply to the entirety of a single concentration, regardless of whether such concentration was carried out by means of one or more transactions.

Furthermore, this notion of *single concentration* could also lead to another assumption, consisting in that the concept of *implementation* in Articles 4(1) and 7(1) of the EU Merger Regulation could not be limited to the last transaction leading to the *acquisition of control*.

The same conclusion has been recognized by the EU General Court in its *Aer Lingus* judgment, in which the Court, when referring to the application of Article 7, stated that “(...) *the acquisition of a shareholding which does not, as such, confer control for the purposes of Article 3 [acquisition of control] of the merger regulation may fall within the scope of Article 7 [suspension obligation]*.”¹²

The underlying justification for this reasoning, following the General Court is that “*the Commission’s approach must be understood as using the concept of ‘single concentration’ to limit the risk of finding itself in a situation in which a decision finding incompatibility would need to be supplemented by a decision to dissolve in order to put an end to control acquired even before the Commission has taken a decision on its effects on competition*”.¹³

For all the aforementioned, it seems that the notion of *implementation* is not fully overlapping with the notion of *acquisition of control* in the context of Article 4(1) and 7(1).

Consequently, in the context of Canon/Toshiba concentration, the Commission may arrive to the conclusion that the stand-still obligation should not only apply to the transaction ultimately conferring control in the sense of Article 3, but also to the interim transaction, in case it considered it to form part of a single concentration intended to lead to a lasting change of control.

Following this rationale, Canon/Toshiba’s warehousing scheme could be liable to constitute a gun-jumping violation even if it did not confer controlling rights to the ultimate buyer (Canon) during the interim period.

12 Judgement of 6 July 2010, Case T-411/07, *Aer Lingus Group / Commission*, §83, ECLI:EU:T:2010:281.

13 *Ibid.*

This possible conclusion does not seem to be ruled out by the recent judgment of the EU Court of Justice in the case *Ernst & Young*¹⁴, a judgment issued after the First Statement of Objections was sent to Canon in the Canon/Toshiba gun-jumping case.

In this judgement, the Court also starts to acknowledge that Article 7(1) of the EU Merger Regulation does not in itself clarify the scope of the prohibition it lays down¹⁵. For this reason, the Court recalls that the purpose of the mentioned Regulation is to “*permit effective control of all concentrations in terms of their effect on the structure of competition in the European Union*”.

The Court thus indicates that Article 7(1) of the EU Merger Regulation limits the prohibition it contains to “concentrations” as defined in Article 3 of the EU Merger Regulation, thus excluding from its scope transactions that “*cannot be regarded as contributing to the implementation of a concentration*”.

It follows that the implementation of a concentration within the meaning of Article 7 of the EU Merger Regulation “*arises as soon as the merging parties implement operations contributing to a lasting change in the control of the target undertaking*.”

Further, the Court explicitly stated that “*partial implementation of a concentration falls within the scope of that article*”, as else the effective control of concentration would not be guaranteed: “*(...) The fact that any partial implementation of a concentration falls within the scope of that article is thus in accordance with the requirement of ensuring effective control of concentrations. If the merging parties were prohibited from implementing a concentration by means of a single transaction, but it were open to them to achieve the same result by successive partial operations, that would reduce the efficiency of the prohibition in Article 7 of Regulation No 139/2004 and would thus put at risk the prior nature of the control required by that regulation and the pursuit of its objectives*”.

14 Judgement of 31 May 2018, Case C-633/16, *Ernst & Young P/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2018:371. In this case the Court of Justice issued a judgment in relation to the standstill obligation under Article 7(1) of the EU Merger Regulation. The ECJ ruled that Ernst & Young did not breach the EU Merger Regulation’s standstill obligation regarding its takeover of KPMG’s Danish unit as a result of the termination of a cooperation agreement between KPMG DK and KPMG’s international network, since this agreement did not contribute to the lasting change of control over the target undertakings despite any effects it may have produced on the market.

15 *Ibid* “(37) Article 7(1) of Regulation No 139/2004 merely provides that a concentration is not to be implemented either prior to its notification or until it has been declared compatible with the common market. (38) Thus, that provision provides no indication as to the circumstances in which a concentration is deemed to be implemented and, in particular, it does not specify whether the implementation of a concentration may take place after a transaction which does not contribute to the change in control of the target undertaking.”

On the other hand, the Court also states, *a contrario*, that transactions necessary to achieve a change of control of an undertaking and with a direct functional link with its implementation fall within the scope of Article 7.

Additionally, the Court also clarifies that “*it cannot be ruled out that a transaction having no effect on the market might nevertheless contribute to the change in control of the target undertaking and that therefore, at least partially, it implements the concentration*”.

It finally concludes that: “*in the light of the objectives pursued by Regulation No 139/2004, Article 7(1) thereof must be interpreted as prohibiting the implementation by the parties to the concentration of any transaction which contributes to lasting change of control over one of the undertakings concerned by that concentration*”.

In this judgement, the Court therefore confirms that both full implementation and partial implementation of a concentration are caught by the standstill obligation...

4. END OF CHAPTER ONE

It will be interesting to see how the Commission will deal with this case which will definitely give a new perspective to the concept of gun-jumping, especially in transactions involving warehousing schemes.

It will also be interesting to make sense of vote by the EU Member States at the Advisory Committee pursuant to Article 19 of the EU Merger Regulation, whether if they will support the Commission's Decision or not.

This is something that will be analysed in the Chapter Two. How about... we hope that you will join us in our examination of the Commission's final Decision.

C&R

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência geral

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – JANEIRO DE 2019 A MARÇO DE 2019

elaborado por Margarida Caldeira

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (Unidade Orgânica 1), de 15.02.2019, proferida no Processo n.º 3080/18.9BEPRT-A.

Sumário: Nega provimento ao recurso interposto, concordando com a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto que, na Providência Cautelar em apreço, intentada contra a AdC, rejeitou liminarmente o requerimento inicial, julgando-se, como Tribunal Administrativo, incompetente em razão da matéria, por a competência material ser de deferir ao Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

Normas relevantes: arts. 13.º, 30.º e 92.º da LdC; art. 55.º do RGCO; art. 7.º do CPP; art. 13.º do CPTA; art. 4.º, n.º 1, al. *l*) do ETAF (Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais); artigo 75.º-A da Lei-quadro das Contraordenações Ambientais, aprovada pela Lei n.º 77/2013, de 29 de agosto; art. 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto; art. 8.º, n.º 2, da Lei n.º 77/2013, de 21 de novembro.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, de 24.01.2019, proferida no Processo n.º 71/18.3YUSTR-I.

Sumário: Julgou totalmente improcedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela recorrente, absolvendo a AdC do pedido de declaração de invalidade e nulidade da decisão pela qual esta entidade se recusou a conhecer da invalidade das apreensões de documentos efetuadas a coberto de mandado de busca e apreensão emitido pelo Ministério Público.

Normas relevantes: arts. 15.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 24.º, n.º 3, 30.º, 31.º, n.º 5, 61.º, n.º 1, al. *j*), 68.º, n.º 1, al. *h*) e *j*), 69.º, n.º 3, e 85.º da LdC; arts. 18.º, n.º 2 e 32.º, n.ºs 2, 8 e 10 da CRP; arts. 57.º, 58.º, 97.º, n.º 5, 119.º, 120.º, 124.º,

126.º e 174.º a 186.º do CPP; arts. 41.º e 50.º do RGCO; arts. 84.º e 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (2.ª Seção), de 7.03.2019, proferida no Processo n.º 13/18.6YQSTR.L1.

Sumário: Julga improcedente o recurso de apelação, confirmando a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que indeferiu liminarmente o procedimento cautelar também requerido pela mesma empresa recorrente, contra decisão interlocutória adotada pela AdC no âmbito de um processo contraordenacional; considerou o Tribunal da Relação de Lisboa que será no âmbito do processo contraordenacional e por via de recurso das decisões da AdC junto do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que a empresa apelante poderá exercer os meios de defesa do seu direito.

Normas relevantes: arts. 5.º, 13.º, 30.º, 33.º, 84.º, 85.º, 86.º, 87.º, 91.º e 92.º da LdC; arts. 26.º, n.º 1 e 62.º da CRP; art. 4.º do CPP; arts. 362.º, 364.º e 368.º do CPC; arts. 41.º e 55.º do RGCO; art. 6.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto; art.112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª Seção), de 13.02.2019, proferida no Processo n.º 71/18.3YUSTR-E.L1.

Sumário: Julga improcedente o recurso mantendo, na íntegra, a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, pela qual se entendeu manter a decisão interlocutória emitida pela AdC no âmbito de um processo contraordenacional na medida em que indeferiu o pedido de declaração de nulidade do despacho que ordenou a realização de buscas e apreensões, bem como de atos praticados ao abrigo e na sequência da prolação do mesmo despacho. Salienta o Tribunal da Relação de Lisboa, concordando com o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que este é competente para se pronunciar sobre a forma de execução do mandado (incluindo no âmbito de uma decisão intercalar) mas incompetente para se pronunciar sobre a validade substancial do mandado a coberto do qual a busca foi efetuada, sem prejuízo da questão poder ser conhecida na fase jurisdicional do processo, se tal ocorrer.

Normas relevantes: arts. 18.º, 19.º, 20.º, 21.º e 30.º da LdC; art. 32.º da CRP; arts. 119.º, 120.º, 126.º, n.º 3, 174.º a 186.º e 410.º, n.º 2 do CPP; art. 42.º

do RGCO; arts. 84.º e 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª Seção), de 13.02.2019, proferida no Processo n.º 71/18.3YUSTR-B.L1.

Sumário: Nega provimento ao recurso interposto da sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que julgou improcedente o recurso de impugnação judicial de decisão interlocutória proferida pela AdC no âmbito de um processo contraordenacional, pela qual esta entidade indeferiu um requerimento, também apresentado pela recorrente, de declaração de nulidade da junção aos autos de diversos documentos.

Normas relevantes: arts. 15.º, 18.º a 20.º, 32.º da LdC; arts. 86.º, 87.º e 379.º, n.º 1, al. c) do CPP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª Seção), de 13.03.2019, proferida no Processo n.º 71/18.3YUSTR-H.L1.

Sumário: Nega provimento ao recurso mantendo a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que julgou totalmente improcedente o recurso de impugnação através do qual foi suscitada a nulidade de uma decisão interlocutória da AdC, proferida no âmbito de um processo contraordenacional.

Normas relevantes: arts. 30.º e 32.º da LdC; arts. 86.º e 87.º do CPP.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (3.ª Seção), de 20.02.2019, proferida no Processo n.º 229/18.5YUSTR.L1.

Sumário: Concede provimento parcial ao recurso da decisão proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, mediante a qual foi decidido negar provimento ao recurso interposto da decisão interlocutória da AdC que indeferiu as nulidades e irregularidades arguidas no final da diligência de busca e apreensão ocorrida nas instalações da recorrente.

Normas relevantes: art. 85.º da LdC; art. 119.º, al. c) do CPP; art. 112.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – DE JANEIRO A MARÇO DE 2019

Elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-637/17; ECLI:EU:C:2019:263

Partes: Cogeco Communications Inc./Sport TV Portugal, SA, e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Artigo 102.º TFUE – Princípios da equivalência e da efetividade – Diretiva 2014/104/UE – Artigo 9.º, n.º 1 – Artigo 10.º, n.ºs 2 a 4 – Artigos 21.º e 22.º – Ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia – Efeitos das decisões nacionais – Prazos de prescrição – Transposição – Aplicação temporal

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal Geral de 28 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

T-433/16; ECLI:EU:T:2019:201

Partes Pometon Spa/Comissão

Descritores: Concorrência – Acordos – Mercado europeu dos abrasivos metálicos – Decisão constatando uma infração aos artigos 101.º do TFUE e ao artigo 53.º do Acordo EEE – Coordenação de preços na totalidade do EEE – Procedimento “híbrido”, regido por disposições legais distintas – Presunção de inocência – Princípio da imparcialidade – Carta dos Direitos

Fundamentais – Prova da infração – Infração única e continuada – Restrição da concorrência pelo objeto – Duração da infração – Adaptação excecional do montante de base – Obrigação de fundamentação – Proporcionalidade – Igualdade de tratamento – Competência de plena jurisdição

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-312/18 P; ECLI:EU:C:2019:235

Partes: Eco-Bat Technologies e o./Comissão

Descritores: Recurso – Acordos – Mercado da reciclagem de baterias automóveis – Decisão constatando uma infração ao artigo 101.º do TFUE e condenando no pagamento de coimas – Decisão retificativa, acrescentando os valores de compra dos destinatários da Decisão omissos na decisão inicial – Prazo para recurso – Início do prazo de recurso – Intempestividade – Inadmissibilidade

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-724/17; ECLI:EU:C:2019:204

Partes: Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 101.º TFUE – Reparação do prejuízo causado por um cartel proibido por este artigo – Determinação das entidades responsáveis pela reparação – Sucessão de entidades jurídicas – Conceito de “empresa” – Critério da continuidade económica

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de fevereiro de 2019, proferido no âmbito do Processo

T-201/17; ECLI:EU:T:2019:81

Partes: Printeos, SA/Comissão

Descritores: Responsabilidade extracontratual – Concorrência – Acordos, decisões e práticas concertadas – Decisão que declara uma infração ao artigo 101.º TFUE – Coimas – Acórdão que anula parcialmente a decisão – Reembolso do montante principal da coima – Juros de mora – Violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que confere direitos aos particulares – Nexo de causalidade – Dano – Artigo 266.º TFUE – Artigo 90.º, n.º 4, alínea a), segundo período, do Regulamento Delegado (UE) n.º 1268/2012

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de janeiro de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-265/17 P; ECLI:EU:C:2019:23

Partes: Comissão/United Parcel Service e o.

Descritores: «Recurso de decisão do Tribunal Geral – Controlo das concentrações de empresas – Aquisição da TNT Express pela UPS – Decisão da Comissão que declara a concentração de empresas incompatível com o mercado interno e com o funcionamento do Acordo EEE – Modelo econométrico elaborado pela Comissão – Não comunicação das alterações efetuadas ao modelo econométrico – Violação dos direitos de defesa

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-405/16 P; ECLI:EU:C:2019:268

Partes Alemanha/Comissão

Descritores: Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Auxílios concedidos por certas disposições da lei alemã conforme alterada relativa às fontes de energia renováveis (EEG de 2012) – Auxílio para apoiar os produtores de eletricidade EEG e sobretaxa EEG reduzida para os grandes consumidores de energia – Decisão que declara os auxílios parcialmente incompatíveis com o mercado interno – Conceito de “auxílio de Estado” – Vantagem – Recursos estatais – Controlo público dos recursos – Medida equiparável a um imposto sobre o consumo de eletricidade

Acórdão do Tribunal Geral de 20 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

T-766/16; ECLI:EU:T:2019:173

Partes Hércules Club de Fútbol, SAD/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílios concedidos por Espanha a favor de certos clubes de futebol profissional – Garantia – Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado interno – Vantagem – Dever de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de março de 2019, proferido no âmbito dos Processos

T-282/16 e T-283/16; ECLI:EU:T:2019:168

Partes Inpost Paczkomaty sp. z o.o. e o./Comissão

Descritores: Auxílios – Setor postal – Compensação do custo líquido resultante de obrigações de serviço universal – Decisão declarando o auxílio compatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Interesse em agir – Dever de fundamentação – Igualdade de tratamento – Proporcionalidade – Direito de propriedade – Liberdade de iniciativa

Acórdão do Tribunal Geral de 19 de março de 2019, proferido no âmbito dos Processos

T-98/16, T-196/16 e T-198/16; ECLI:EU:T:2019:167

Partes Banca Popolare di Bari SCpA e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Intervenção de um consórcio de direito privado entre bancos a favor de um dos seus membros – Autorização da intervenção por parte do banco central do Estado-Membro – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Conceito de auxílio estatal – Imputabilidade ao Estado – Recursos do Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de março de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-349/17; ECLI:EU:C:2019:172

Partes: Eesti Pagar/Ettevõtluise Arendamise Sihtasutus e o.

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Regulamento (CE) n.º 800/2008 (Regulamento geral de isenção por categoria) – Artigo 8.º, n.º 2 – Auxílios com efeito de incentivo – Conceito de «início dos trabalhos relativos ao projeto» – Competências das autoridades nacionais – Auxílio ilegal – Inexistência de decisão da Comissão Europeia ou de um tribunal nacional – Obrigação das autoridades nacionais de recuperar, por iniciativa própria, um auxílio ilegal – Base jurídica – Artigo 108.º, n.º 3, TFUE – Princípio geral do direito da União da proteção da confiança legítima – Decisão da autoridade nacional competente de concessão de um auxílio ao abrigo do Regulamento n.º 800/2008 – Conhecimento das circunstâncias que excluem a elegibilidade do pedido de auxílio – Geração de uma confiança legítima – Inexistência – Prescrição – Auxílios cofinanciados a partir de um fundo estrutural – Regulamentação aplicável – Regulamento

(CE, Euratom) n.º 2988/95 – Regulamento – Juros – Obrigação de reclamar os juros – Base jurídica – Artigo 108.º, n.º 3, TFUE – Regulamentação aplicável – Regulamentação nacional – Princípio da efetividade

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de fevereiro de 2019, proferido no âmbito do Processo

T-865/16; ECLI:EU:T:2019:113

Partes Fútbol Club Barcelona/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelas autoridades espanholas a determinados clubes de futebol profissional – Taxa preferencial de imposto sobre o rendimento aplicada aos clubes autorizados a recorrer ao estatuto de entidade sem fins lucrativos – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno – Liberdade de estabelecimento – Vantagem

Acórdão do Tribunal Geral de 26 de fevereiro de 2019, proferido no âmbito do Processo

T-679/16; ECLI:EU:T:2019:112

Partes Athletic Club/Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Auxílio concedido pelas autoridades espanholas a determinados clubes de futebol profissional – Taxa preferencial de imposto sobre o rendimento aplicada aos clubes autorizados a recorrer ao estatuto de entidade sem fins lucrativos – Decisão que declara o auxílio incompatível com o mercado interno – Recurso de anulação – Interesse em agir – Admissibilidade – Medida infraestatal – Carácter seletivo – Distorção da concorrência – Prejuízo para o comércio entre Estados-Membro – Modificação da ajuda existente – Obrigação de fundamentação

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de fevereiro de 2019, proferido no âmbito dos Processos

T-131/16 e T-263/16; ECLI:EU:T:2019:91

Partes Bélgica e o./Comissão

Descritores: Auxílios de Estado – Regime de auxílios concedido pela Bélgica – Decisão que declara o regime de auxílios incompatível com o mercado interno e ilegal e que ordena a recuperação do auxílio pago – Decisão fiscal antecipada (tax ruling) – Isenção em matéria de lucros excedentários – Autonomia fiscal dos Estados-Membros – Conceito de regime de auxílios – Outras medidas de execução

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2019, proferido no âmbito do Processo

C-387/17; ECLI:EU:C:2019:51

Partes: Presidenza del Consiglio dei Ministri/Fallimento Traghetti del Mediterraneo Spa

Descritores: Reenvio prejudicial – Auxílios de Estado – Auxílios existentes e auxílios novos – Qualificação – Regulamento (CE) n.º 659/1999 – Artigo 1.º, alínea b), iv) e v) – Princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima – Aplicabilidade – Subvenções concedidas antes da liberalização de um mercado inicialmente fechado à concorrência – Ação de indemnização contra o Estado-Membro intentada por um concorrente da sociedade beneficiária

NOTAS CURRICULARES

ALÍPIO CODINHA

Alípio Codinha é Director-Adjunto do Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência desde 2015. Antes de entrar para a Autoridade em 2014, desempenhou funções de especialista de regulação na Autoridade Nacional das Comunicações e de assistente de microeconomia e economia industrial na Universidade Autónoma e no Instituto Superior Técnico.

Licenciado em Economia pela Universidade Autónoma realizou estudos pós-graduados em economia aplicada e economia e estratégia industrial nas faculdades de economia da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade de Coimbra.

Alípio Codinha is the Deputy Director of Merger Department of the Portuguese Competition Authority since 2015. He joined the Competition Authority in 2004. Before the Competition Authority he was a regulation expert at the Portuguese electronic communications regulator and lecturer of microeconomics and industrial organization at Universidade Autónoma and Instituto Superior Técnico. Alípio has a degree in Economics from Universidade Autónoma and post-graduate studies in applied economics (Nova School of Business and Economics) and in industrial economics & strategy (Coimbra - Faculty of Economics).

FRANCISCO CHILÃO ROCHA

Frequenta atualmente o LL.M. Law in a European and Global Context, na Católica Global School of Law, em Lisboa. Licenciou-se em 2018 pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Frequentou no mesmo ano um estágio de curta duração na sociedade de advogados Uría Menéndez – Proença de Carvalho.

Is currently an LL.M Student of the Law in a European and Global Context program, at Católica Global School of Law, in Lisbon. Graduated in Law in 2018, at the University of Lisbon School of Law. Participated in a small duration internship at the law firm Uría Menéndez – Proença de Carvalho.

FRANCISCO MARCOS

Francisco Marcos é um perito na análise económica do Direito e em Direito Comercial e da Concorrência. Lecionou e investigou em várias universidades em Espanha e pelo mundo. Trabalhou como consultor independente para o Banco Mundial-IFC, Comissão Europeia e Banco Asiático de Desenvolvimento. Foi consultor de governos e empresas em vários países na área da regulação de mercados e do Direito da Concorrência. Foi advogado na PricewaterhouseCoopers (1993-1994) e Ombudsman dos clientes e utilizadores na SGAE, a principal sociedade coletora de direitos de propriedade intelectual de compositores e artistas musicais em Espanha (2010-2014). Em outubro de 2006, foi nomeado Diretor-Geral de Política de Concorrência na Autoridade Regional de Concorrência de Madrid, terminando esse argo em setembro de 2009. É membro da Direção da Academic Society of Competition Law (ASCOLA) e do *Competition Law Scholars Forum* (CLASF), vice-presidente da *Red Académica de Defensa de la Competencia* (RADC), membro do Conselho Editorial da *World Competition* (Wolters Kluwer), do *Competition Law Journal*, da *European Business Organization Law Review* (TMC Asser) e da *European Company Law* (Kluwer Law International). É autor de inúmeros trabalhos académicos, incluindo dois livros e mais de 60 artigos em revistas e obras coletivas. É membro do Conselho Académico da FIDE.

Professor Marcos is an expert in economic analysis of law, commercial and competition law, he has taught and done research in several Spanish and foreign Universities. He has worked as an independent consultant for the World Bank-IFC, the European Commission, and the Asian Development Bank, advising governments and companies in different countries in matters in the area of market regulation and antitrust law. He worked as a lawyer in PricewaterhouseCoopers (1993-1994) he also served as the Client and Users' Ombudsman at SGAE (2010-2014) the main copyright collecting society for composers and music publishers in Spain. In October 2006 he was appointed General Director of Competition Policy at the Regional Antitrust Authority in Madrid, stepping down from that position on September 2009. He is member of the Board of the Academic Society of Competition Law (ASCOLA) and of the Competition Law Scholars Forum (CLASF), vice-president of the Spanish Academic Network for Defense Competition (Red Académica de Defensa de la Competencia-RADC); member of Editorial Board of World Competition (Wolters Kluwer), Competition Law Journal, European Business Organization Law Review (TMC Asser) and European Company Law (Kluwer Law International). Author of numerous

academic works, including two books, he also has written more than sixty contributions to collective books or law journals. He is a member of the Academic Council of FIDE.

JOÃO MIRANDA POÇAS

Advogado. Pós-graduado em Concorrência e Regulação pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2018). Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade Católica Portuguesa (2012). Licenciado em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (2010).

Lawyer. Postgraduate degree in Competition and Regulation from the University of Lisbon Law School (2018). Master degree in Corporate and Business Law from the Portuguese Catholic University Law School (2012). Law degree from the Portuguese Catholic University Law School (2010)

JOHN DAVIES

Vice-Presidente da Compass Lexecon, com sede em Paris. Iniciou a sua carreira em 1994 como consultor económico especializado em Regulação e Concorrência, trabalhando em controlo de operações de concentração (como *HP/Compag*), análise de questões regulatórias em matérias de gás, eletricidade, aeroportos e privatização de *utilities*.

Regressou à consultoria em 2016 após 12 anos exercício de funções em vários cargos no sector público. Foi Diretor do Departamento de Análise Económica e, posteriormente, Economista-Chefe da Competition Commission do Reino Unido (CC) (2003-2008), assegurando a análise económica de todos os casos da CC, incluindo investigações nos mercados da Grande Distribuição, aeroportos, seguro da proteção de pagamentos, investigações em sede de controlo de concentrações como na *BSkyB/ITV*, na *Somerfield/Morrisons* e em concentrações relacionadas com franquias na ferrovia, bem como análise regulatória nos sectores da energia, telecoms e transporte. Em 2008 fundou a Competition Commission da Maurícias, onde, enquanto Presidente-Executivo, criou a organização e liderou-a nos seus primeiros anos de aplicação da nova lei da concorrência.

Em 2011 assumiu o cargo de chefe da divisão de concorrência da OCDE. Promoveu a organização e a realização regular de “mesas-redondas” com líderes de Autoridades da Concorrência de várias jurisdições, supervisionando, também, a preparação de toda a documentação de apoio a esses eventos. Assumiu também a condução de *capacity-building programmes* da OCDE, destinados às recém-criadas Autoridades da Concorrência na Ásia e Europa

do Leste. Nesta capacidade, foi consultor em matérias de política de concorrência de ministérios de vários Governos.

Desde que passou integrar *Compass Lexecon*, tem aconselhado clientes em matérias de controlo de concentrações, abuso de posição dominante em casos na UE e no Reino unido, litigância *follow-on* em casos de responsabilidade civil por práticas de cartel e em matérias de direitos de propriedade intelectual e *technical standards*.

John Davies is a Senior Vice President at Compass Lexecon, based in Paris. He began his career in 1994 as a consulting economist specializing in regulation and competition, working on mergers (such as HP/Compaq), regulatory reviews in gas, electricity and airports and privatization of utilities.

John returned to consulting in 2016, after 12 years working in several public sector roles. He was Director of Economic Analysis and then Chief Economist at the UK Competition Commission (CC) from 2003–2008, leading the CC's team of economists and responsible for economic analysis on all the CC's cases, including the major Groceries, Airports and Payment Protection Insurance market investigations, merger investigations such as BSkyB/ITV, Somerfield/Morrisons and rail franchise mergers, as well as regulatory reviews in energy, telecoms and transport. John left the UK CC in 2008 to found the Competition Commission of Mauritius, where as Chief Executive he established the organization and led it through its first years of enforcing the new competition law in Mauritius.

In 2011, John moved to head the OECD's competition division. He led the team in organizing regular 'roundtable' meetings of competition agency heads from around the world, including supervising the analytical papers produced for those events. John also led the OECD's capacity-building programmes for newer agencies in Asia and Eastern Europe and advised Governments at ministerial level on competition policy.

Since joining Compass Lexecon, John has advised clients on mergers and abuse of dominance cases in the EU and UK, follow-on litigation for cartel damages and on matters relating to intellectual property rights and technical standards.

JORGE PADILLA

O Doutor Jorge Padilla é o Gestor Sénior e Presidente da *Compass Lexecon Europe*. Licenciado em Economia pela Universidade de Alicante (1988), Mestrado (1990) e Doutoramento (1992) em Economia pela Universidade de Oxford. É um Research Fellow do Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI, Madrid) e leciona economia da concorrência na Barcelona Graduate School of Economics (BGSE) e na Toulouse School of Economics

(TSE). Tem sido ouvido como perito por autoridades de concorrência e tribunais de vários Estados-membros, bem como em casos perante a Comissão Europeia. Já apresentou peritagens por escrito ao Tribunal Geral da União Europeia e ao Competition Appeals Tribunal do Reino Unido, em casos de cartéis, controlo de concentrações e abuso de posição dominante. Escreveu inúmeros artigos sobre política de concorrência e organização industrial, publicados nomeadamente no *Antitrust Law Journal*, no *Journal of Law and Economics* e no *RAND Journal of Economics*. É co-autor do livro *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2.^a ed., Hart Publishing, 2013.

Dr. Jorge Padilla is Senior Managing Director and Head of Compass Lexecon Europe. Dr. Padilla earned a BA in Economics from the University of Alicante (1988), and a M. Phil (1990) and D. Phil (1992) degrees in Economics from the University of Oxford. He is Research Fellow at the Centro de Estudios Monetarios y Financieros (CEMFI, Madrid) and teaches competition economics at the Barcelona Graduate School of Economics (BGSE) and at the Toulouse School of Economics (TSE). He has given expert testimony before the competition authorities and courts of several EU member states, as well as in cases before the European Commission. Dr. Padilla has submitted written testimony to the European General Court, and the UK Competition Appeals Tribunal in cartel, merger control and abuse of dominance cases. Dr. Padilla has written numerous papers on competition policy and industrial organisation including in the Antitrust Law Journal, the Journal of Law and Economics and the RAND Journal of Economics. He is co-author of The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2nd edition, Hart Publishing, 2013.

MARIA FRANCISCA COUTO

Associada na área de Direito Europeu e da Concorrência da *Uría Menéndez-Proença de Carvalho* (Lisboa e Bruxelas) desde 2014. Licenciada em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (Lisboa, Portugal), detentora de um LL.M. em *European Legal Studies* pelo Colégio da Europa (Bruges, Bélgica) e de uma Pós-graduação em *Economics for Competition Law* pelo King's College London (Londres, Reino Unido).

Associate lawyer in the Lisbon and Brussels office of Uría Menéndez-Proença de Carvalho and a member of the firm's EU and Competition team since 2014. Holds a law degree from Nova University (Lisbon, Portugal), an LL.M in European Legal Studies from the College of Europe (Bruges, Belgium) and a Postgraduate Diploma in Economics for Competition Law from King's College London.

MARIAJOÃO MELÍCIAS

Administradora da Autoridade da Concorrência desde 2014. Antiga referendária do TJUE (2012-2014). Associada Sénior da área de Concorrência da sociedade de advogados PLMJ até 2012. Licenciada em Direito (FDUL). LL.M em Trade Regulation (NYU). Distinguida pela NYU com o Frank Diersen Prize. Research assistant convidada na NYU. M.A. em Competition Law, com distinção

(King's College). Leciona e publica regularmente, incluindo em diversas revistas internacionais, sobretudo em matéria de antitrust e política de concorrência.

Maria João Melícias is Member of the Board of the Portuguese Competition Authority since 2014. Previously she was a "référéndaire" at the ECJ (2012-2014). She was a Senior Associate of PLMJ law firm's antitrust practice up to 2012. She holds a law degree from University of Lisbon Law, as well as a Master of Laws (LL.M) in Trade Regulation from New York University. She was awarded the Franz T. Diersen Prize by NYU. Guest research assistant at NYU. M.A. in EU Competition Law, with distinction, from King's College London. She is a regular lecturer in academic courses and conferences and has published widely, particularly on antitrust and competition policy related topics.

MARIANA COSTA

Mariana Costa é economista no Departamento do Controlo de Concentrações na Autoridade da Concorrência desde 2009. Esteve envolvida na análise de concentrações em diversos sectores económicos, tais como, saúde, retalho, distribuição e telecomunicações.

É licenciada em economia pela Universidade Nova de Lisboa e tem um mestrado em economia da Universidade Católica Portuguesa. Antes de entrar na AdC, foi investigadora no Centro de Estudos de Gestão e Economia Aplicada (CEGEA) e docente na Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica do Porto.

Mariana Costa is a case handler at the Merger Control Department of the Portuguese Competition Authority since 2009. She has been involved in the analysis of merger cases in several economic sectors such as health, retail, distribution and telecoms.

Mariana has a degree in Economics from the faculty of Economics of the Lisbon Nova University and has a master degree in Economics from the Porto Catholic University. Before joining PCA, she worked as a researcher at the Centre for

Studies in Applied Economics (CEGEA) and as lecturer at the faculty of Economics and Management of the Portuguese Catholic University.

MARTA RIBEIRO

Marta Ribeiro entrou na Autoridade da Concorrência em 2014, onde é instrutora no departamento de Controlo de Concentrações. Durante este período desenvolveu extensas e complexas análises ligadas a diversas atividades económicas, tais como, saúde, publicidade, telecomunicações, sistemas de pagamentos, entre outras.

Marta é doutorada em economia pela Universidade Católica Portuguesa, tem um mestrado em Ciência Política com especialização em políticas públicas pelo Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa e é licenciada em economia pela Universidade Católica Portuguesa. Antes de trabalhar na Autoridade da Concorrência, trabalhou como investigadora no Centro de Estudos em Economia Aplicada (CEGEA) e como docente na Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica Portuguesa.

Marta Ribeiro is a Case Handler at the Merger Control Department of the Portuguese Competition Authority. She joined the PCA in 2014 and has developed extensive merger analysis involving several economic activities such as health, advertising, telecoms, payments systems, among others.

Marta has a Phd degree in Economics from the Porto Catholic University, has a master degree in Political Science with specialization in Public Policy from the Lisbon Catholic University and a degree in Economics from the Porto Catholic University. Before joining PCA, she worked as a Researcher at the Centre for Studies in Applied Economics (CEGEA) and as lecturer at the Faculty of Economics and Management of the Portuguese Catholic University.

PEDRO MARQUES

Licenciado em economia pela Universidade Católica Portuguesa, pós-graduado em Mercados e Instrumentos Financeiros pelo ISCTE e mestre em Economia Industrial e Regulação, também pela UCP. Antes de se juntar à Autoridade da Concorrência, desenvolveu a sua atividade profissional na banca de investimento e consultoria.

Atualmente é economista sénior no departamento de controlo de concentração da Autoridade da Concorrência, onde trabalha desde 2006 e onde tem desenvolvido trabalho nas áreas de práticas restritivas e controlo de concentrações envolvendo diversos setores da economia tais como transportes,

infraestruturas, telecomunicações, sistemas de pagamentos e comércio a retalho.

Pedro Marques is a graduate in Economics by Lisbon Catholic University, has a post-graduation in Financial Instruments and Markets by ISCTE and an MSc in Industrial Economics and Regulation, also by LCU. Before the PCA he worked in investment banking and consulting.

Pedro is a Senior Case Handler at the Merger Department of the Portuguese Competition Authority. He joined the PCA in 2006 and has developed extensive work in both antitrust and merger analysis involving several economic sectors such as transport, infrastructure, telecoms, payments systems, retail, among others.

RITA PRATES

Rita Prates é LLM em EU and Competition Law pelo King's College – University of London. Tem também uma Pós-Graduação em Direito da Energia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e uma Pós-Graduação em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa. É licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

A Rita é Jurista do Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência (AdC) e, em representação da AdC, é co-chair do Merger Working Group do ECN (European Competition Network) para o triénio de 2018-2020. Tem uma extensa prática em processos de controlo de concentrações envolvendo diversos setores da Economia. Integrou a equipa das duas últimas Decisões de Proibição da Autoridade da Concorrência em matéria de concentrações, uma delas no setor do handling e a outra relativa à aquisição de um canal de TV Premium.

Antes de se juntar à AdC, foi Advogada de Concorrência numa reconhecida Sociedade de Advogados portuguesa.

Rita Prates has an LLM degree in EU and Competition Law from King's College – University of London, a Post-Graduation in Energy Law from the University of Lisbon – Faculty of Law, a Post-Graduation in Corporate Law from Lisbon's Catholica University – Faculty of Law and a Law Degree also from Catholica's University.

Rita is a Legal Adviser at the Merger Control Department of the Autoridade da Concorrência (AdC), the Portuguese Competition Authority and, on behalf of AdC, is Co-Chairing the Merger Working Group of ECN (European Competition Network) for the triennium of 2018-2020. She has also developed extensive merger analysis involving several economic activities and was the Legal Case-Handler of

the last two Merger Prohibition Decisions of the AdC, one related with the handling services sector and other related with the acquisition of premium channels. Before joining the AdC, Rita was a Competition Lawyer at a top tier Portuguese Law Firm.

TÂNIA LUÍSA FARIA

Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2004:2012). Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associada Coordenadora da área de prática de Direito da União Europeia e da Concorrência da Uría Menéndez - Proença de Carvalho. Membro do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

Tânia Luísa Faria is graduated in Law and holds a Master's degree in Law from the University of Lisbon Law School (2004:2012). Guest lecturer at the University of Lisbon Law School. Managing Associate at the EU Law and Competition department of the law firm Uría Menéndez - Proença de Carvalho. Member of the Portuguese Competition Lawyers Association.

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 36

2	Concorrência – Questões gerais
2	<i>Questões processuais</i>
4	<i>Private enforcement</i>
6	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare</i>
7	<i>Outros</i>
7	Concorrência – Práticas restritivas
8	<i>Geral</i>
8	<i>Abuso de posição dominante</i>
9	<i>Restrições verticais</i>
10	<i>Restrições horizontais</i>
11	Concorrência – Controlo de concentrações
12	Concorrência – Auxílios de Estado
13	Financeiro e bancário
16	Seguros
16	Comunicações eletrónicas
16	Energia
17	Saúde
18	Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
20	Regulação do comércio e concorrência desleal
20	Contratação pública
21	Direito contraordenacional e processual penal
22	Ambiente
23	Transportes
23	Artigos transversais e outros

Concorrência – Questões gerais

Questões processuais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothee Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 – Tele2 Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen Capiiau/Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23-24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>

25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</i>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33-34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33-34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33-34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</i>
35	Sérgio Martins P. de Sousa	<i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i>
36	Maria José Costeira	<i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i>
36	Inês Azevedo	<i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i>

Private enforcement

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>
10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>
11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>
13	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>
14-15	Fernanda Paula Stolz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14-15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>
19	João Espírito Santo Noronha	<i>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</i>
20-21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>

22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín-Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d’infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojecto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojecto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojecto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>
27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>

Nemo tenetur se ipsum accusare

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>

1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfagar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i>
36	Marta Campos	<i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i>

Outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>
5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>

10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspectivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i>
35	Marta Borges Campos	<i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i>
35	Sofia Oliveira Pais	<i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i>
35	Abel Mateus	<i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i>
35	António Ferreira Gomes	<i>Com concorrência todos ganhamos</i>
35	António Saraiva	<i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i>
35	Manuel Sebastião	<i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i>
35	Margarida Matos Rosa	<i>Direito à Concorrência</i>
35	Vasco Colaço	<i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i>
36	José Luís da Cruz Vilaça	<i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i>

36	María Ortiz	<i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i>
36	Ana Patrícia Carvalho	<i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i>

Concorrência – Práticas restritivas

Geral

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>
9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>
26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>

Abuso de posição dominante

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>

5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>
14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspetivas</i>

Restrições verticais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>

7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>

Restrições horizontais

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>

6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>
18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>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</i>
33-34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33-34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</i>
35	Bernardo Sarmento & Jorge Padilla	<i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i>
36	Richard Whish	<i>Hub and spoke concerted practices</i>

Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>
7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>
7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>
31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</i>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C-248/16</i>
35	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmiento	<i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>
36	Ricardo Horta	<i>Articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos</i>

Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>
27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>

Financeiro e bancário

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1.ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>
9	Luís Guilherme Catarino	<i>A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?</i>
9	Luís Máximo dos Santos	<i>O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspetos fundamentais</i>
9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>
9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11-12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11-12	Vinicius de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>

13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14-15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputacion objetiva en el derecho penal economico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>

23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>"Debt finance": as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA's supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controles fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>

Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>
36	Maria Elisabete Ramos	<i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</i>

Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11-12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14-15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14-15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>
14-15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14-15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21st Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>
18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>

Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>

Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke & Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>
17	Luis Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>
29	Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>
30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE catrem na jurisdição do TCRS?</i>
30	Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>

30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
33-34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro</i>
33-34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33-34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</i>
35	Fernando Pereira Ricardo	<i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i>

Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7-8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>

29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>

Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional</i>
14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>

23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tabery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>
23-24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27-28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27-28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27-28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27-28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27-28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>
29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados</i>

Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>
5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>
30	João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i>
33-34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i>

Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>

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@concorrencia.pt.
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta.
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 Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Maria João Melícias/Miguel Sousa Ferro

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: Eduardo Paz Ferreira/Margarida Matos Rosa

Membros:

António Avelãs Nunes
António Ferreira Gomes
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
Francisco Marcos
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 Poiaras 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 CIENTÍFICO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO DE REDAÇÃO

Presidente: Ricardo Bayão Horta

Comissão Coordenadora:

Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima
Nazaré da Costa Cabral
Ricardo Bayão Horta
Vitor Miguel Lourenço

Editores:

Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado

Carlos Pinto Correia/João E. Gata

Concorrência – Práticas restritivas

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

Concorrência – Auxílios de Estado

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

Concorrência – Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Autoridades reguladoras

João Miranda

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Economia

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

Água e resíduos

João Miranda

Ambiente

Carla Amado Gomes

Aviação civil

António Moura Portugal

Comércio, consumo e concorrência desleal

Teresa Moreira

Contratação pública

Nuno Cunha Rodrigues

Energia

Gonçalo Anastácio

Financeiro

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

Transportes terrestres e marítimos

Tânia Cardoso Simões

Saúde

Nuno Castro Marques

Direito contraordenacional e processual penal

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Direito probatório

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

Secretariado Executivo:

Manuela Oliveira

Natália Leite

C&R