

20 anos da AdC, 15 anos do CAPDC: que balanço da aplicação do direito da concorrência em Portugal?

Conferência organizada pelo Círculo de Advogados Portugueses de
Concorrência

Nuno Cunha Rodrigues

21 de maio de 2024

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Começo por felicitar a Direção do Círculo dos Advogados Portugueses do Direito da Concorrência por esta excelente Conferência e pelo 15.º aniversário do Círculo.

Ao longo destes 15 anos, o Círculo tem assumido um **papel relevante na discussão da política de concorrência** em Portugal. Destaco as importantes Conferências realizadas, bem como os contributos dados em **processos de revisão legislativa e nas consultas públicas** promovidas pela AdC.

Quero por isso encorajar o Círculo a prosseguir a tradição de contribuir para a **discussão sobre a política da concorrência** em Portugal.

Foi, por isso, com muito gosto que a AdC aceitou o desafio que nos colocaram de discutir os temas que serão abordados nesta Conferência.

É, aliás, por essa razão que o Círculo teve a amabilidade de mencionar a articulação com AdC.

Em tudo o resto desta organização, o mérito – e, permitam-me, a responsabilidade – é inteiramente devido ao Círculo.

Gostaria, neste momento, de partilhar algumas notas sobre os temas que nos vão ocupar hoje:

20.º aniversário do Regulamento 1/2003

Começamos pelo 20.º aniversário do Regulamento 1/2003, colocado em destaque pelos organizadores da Conferência.

A revolução operada pelo “famoso” Reg 1 permitiu descentralizar a aplicação do Direito Europeu da Concorrência razão pela qual foram criadas, nesse momento e de forma concomitante, autoridades da concorrência nos diversos Estados-Membros.

A genética da AdC está, por isso, profundamente ligada a valores europeus que reconhecem a relação entre política da concorrência e os valores da democracia e do crescimento económico, incrustados no texto dos Tratados.

A nível europeu e nacional é comumente aceite que a política de concorrência constitui uma dimensão da cidadania, dinamizadora da capacidade de escolha e de realização do potencial dos cidadãos enquanto empreendedores, consumidores e trabalhadores.

Esta nova fase de consolidação da política e do Direito da concorrência em Portugal, operada em 2003, viria a ser completada com a instalação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (TCRS) cerca de 10 anos depois.¹

Entretanto passaram vinte anos de vigência do Regulamento 1/2003.

Durante estes anos ocorreram importantes reformas, como a resultante do Relatório da Comissão Europeia, produzido por ocasião dos 10 anos do Regulamento 1/2003, que viria a dar origem à chamada Diretiva ECN+², curiosamente em parte inspirada na Lei-Quadro das Entidades Reguladoras de Portugal.

Há, no entanto, novos desafios que se colocam às autoridades da concorrência.

¹ A Portaria n.º 84/2012, de 29 de março, declarou instalados, com efeitos a 30 de março de 2012, o 1.º Juízo do Tribunal da Propriedade Intelectual e o 1.º Juízo do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

² Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu 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 (JO L 11 de 14.1.2019, p. 3-33).

Desde logo o que resulta da emergência de um recente e complexo quadro regulatório europeu, que cruza a dimensão clássica da regulação *ex-ante* com conceitos e análises típicas de Direito da Concorrência.

Refiro-me, em concreto, ao Regulamento de Mercados Digitais ou, também, a outros instrumentos como o Regulamento sobre subsídios estrangeiros; o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados - designadamente na sequência do Acórdão Meta³ - ou, de forma meramente exemplificativa, a proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial.

Toda esta legislação traduz um novo ecossistema - palavra tão em voga... - normativo que implica, para todos os stakeholders - nomeadamente advogados - uma exigência acrescida.

O desafio que nos é colocado é, portanto, o de preparar a aplicação descentralizada do direito da União para as próximas duas décadas, num contexto que designo frequentemente de "concorrência 2.0".

A interseção do direito da concorrência com outras políticas públicas torna-se, por isso, cada vez mais presente e exigente.

Aqui, o modelo de cooperação europeu, gizado no Regulamento 1/2003 e densificado na Diretiva ECN+ é, hoje, um caso de sucesso, tendo sido replicado no DMA e no FSR, servindo igualmente de inspiração a outras jurisdições.

E é a partir da rede ECN que, nestes tempos de "concorrência 2.0", têm sido desenvolvidas importantes reflexões que visam promover, a final, a reforma de múltiplas áreas de Direito da Concorrência.

Refiro-me, *inter alia*, à recente revisão dos regulamentos de isenção por categoria e correspondentes linhas de orientação sobre acordos verticais ou horizontais.

Recordo também os temas da sustentabilidade, hoje expressamente reconhecidos no famoso capítulo nono das Orientações da Comissão sobre acordos horizontais,

³ Acórdão de 4 de julho de 2023, Meta Platforms e o., 252/21.

ou os mercados digitais, que conduziram a relevantes ajustamentos à famosa Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante.

Tenho ainda presente a discussão em curso relativa às novas linhas de orientação sobre abusos de exclusão, bem como a revisão do Regulamento 1/2003.

Por tudo isto, estaremos atentos à discussão que o primeiro painel desta conferência irá realizar.

Relação entre a ordem jurídica nacional e europeia no controlo de concentrações de empresas

Mas o diálogo entre o direito da União Europeia e o direito nacional da concorrência não se cinge à apreciação de práticas anticoncorrenciais.

De igual forma, está presente na análise de operações de concentração.

Neste domínio encontramos um sistema articulado, que, por um lado, permite o escrutínio de operações de concentração com base em critérios de notificação de âmbito nacional e que, por outro lado, garante a coexistência dos regimes europeu e nacionais, designadamente através da possibilidade de remessas – previstas no artigo 9.º (a chamada cláusula Alemã - “German clause”) e no artigo 22.º (a vulgarmente designada “Dutch clause”) do Regulamento n.º 139/2004⁴.

Este Regulamento – que celebra este ano 20 anos - e as normas nacionais equivalentes têm-se relevado *“tanto estáveis, como ágeis”*, como teve oportunidade de referir recentemente a Vice-Presidente da Comissão Europeia Margrethe Vestager⁵.

Está em causa um instrumento essencial para garantir o bom funcionamento e a contestabilidade dos mercados.

⁴ Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24 de 29.1.2004, p. 1-22). O artigo 22 foi originalmente incluído para que Estados Membros que não dispunham de regime nacional de controlo de concentrações pudessem solicitar à CE para analisar, como era o caso à data dos Países Baixos.

⁵ *Keynote speech* de Margrethe Vestager em “EU Merger Regulation 139/2004: 20 Years that Made a Difference”.

Tal revela-se fundamental quando olhamos para os mercados digitais e, em particular, para as plataformas, tendo presente algumas das suas características tais como os (i) efeitos de rede produzidos; (ii) estarem em causa mercados de múltiplos lados e, frequentemente (iii) mercados de preço zero, (iv) terem os dados pessoais como ativo e serem mercados dinâmicos.

Toda esta realidade colocou em crise alguns dos paradigmas clássicos do Direito da Concorrência.

O sistema deve, por isso, ser capaz de garantir que operações de concentração relevantes sejam notificadas, nomeadamente perante situações em que deve ser preservada a concorrência potencial, como sucede nas chamadas "*killer acquisitions*".

Esta constatação tem aliás motivado a previsão de novos critérios de notificação em vários Estados Membros, como no caso da Alemanha e da Áustria com o critério do "valor da transação" ou, no caso da Itália, à consagração legal da possibilidade de análise *ex-post* de operações abaixo dos limiares de notificação.

De forma semelhante, também a Comissão Europeia adotou uma conhecida abordagem ajustada de aplicação do artigo 22.º do Regulamento de concentrações.

Esta possibilidade foi determinada pelo conhecido caso *Illumina/Grail*, ainda em fase de recurso judicial, e teve já aplicação em três outros casos.

O igualmente famoso acórdão *Towercast* surgiu no âmbito desta problemática, recordando a importância de observarmos os mecanismos de proteção da concorrência de forma integrada - como um todo - e afirmando a possibilidade de um controlo *ex post* de operações não notificáveis através da aplicação do artigo 102.º do TFUE.

Aqui, todos conhecemos a recente posição do Advogado Geral Emiliou, no caso *Illumina/Grail*, quando afirma que uma "*killer acquisition*" constitui um exemplo

paradigmático de um abuso de posição dominante «por objeto», aludindo à jurisprudência *European Superleague Company*⁶.

Pode até afirmar-se que, neste caso, estamos perante um regresso às origens, à jurisprudência *Continental Can*.⁷

Aqui é também relevante recordar a doutrina *Philip Morris*⁸ posta em evidência na passada semana pela Autoridade da Concorrência francesa num caso que acabou por ser arquivado e que envolvia um alegado acordo entre empresas (Akiolis, Saria e Verdannet) que consistia na repartição geográfica do mercado francês de corte de carne, através de 21 alienações cruzadas de ativos empresariais ocorrida em 2015.

Temos, por isso, muita matéria para reflexão.

O Controlo Jurisdicional das decisões da AdC

Os desenvolvimentos enunciados evidenciam o reconhecido papel de protagonista que o Tribunal de Justiça tem para a história do direito da concorrência.

Recorde-se, desde logo, os acórdãos seminais "*Société Technique Minière*"⁹ (1966); "*Consten*"¹⁰ (1966); "*ICI*"¹¹ (1972); "*Continental Can*" (1973); "*United Brands Company*"¹² (1978); "*Hoffman la Roche*"¹³ (1979) ou "*Leclerc*"¹⁴ (1985), para salientar apenas alguns.

⁶ Conclusões do Advogado-Geral Nicholas Emiliou, apresentadas em 21 de março de 2024, Processos apensos C-611/22 P e C-625/22 P, *Illumina, Inc. c. Comissão Europeia* (C-611/22 P) e *Grail LLC contra Illumina, Inc., Comissão Europeia* (C-625/22 P), para. 230.

⁷ Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Inc. c. Comissão*, 6/72, paras. 26 e 27: "[O] facto de uma empresa em posição dominante reforçar essa posição ao ponto de o grau de domínio assim atingido prejudicar substancialmente a concorrência, ou seja, deixar subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante, pode constituir um abuso. (...) [O] reforço da posição detida pela empresa pode ser abusivo e proibido pelo artigo 86.º do tratado [atual artigo 102.º do TFUE], quaisquer que sejam os meios ou processo utilizados para esse efeito".

⁸ Acórdão de 17 de novembro de 1987, *British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. c. Comissão*, 142 e 156/84, para. 37: "Se o facto de uma empresa adquirir uma participação no capital de uma empresa concorrente não constitui, em si, um comportamento que restrinja a concorrência, pode todavia constituir um meio suscetível de influenciar o comportamento comercial das empresas em causa, de forma a restringir ou a falsear a concorrência no mercado em que essas duas empresas desenvolvem as suas actividades comerciais."

⁹ Acórdão de 30 de junho de 1966, *Société Technique Minière (LTM) c. Maschinenbau Ulm GmbH (MBU)*, 56/65.

¹⁰ Acórdão de 13 de julho de 1966, *Etablissements Consten Sàrl e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Comissão*, 56 e 58/64.

¹¹ Acórdão de 14 de julho de 1972, *ICI c. Comissão*, 48/69.

¹² Acórdão de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contra Comissão das Comunidades Europeias (Bananas Chiquita)*, 27/76

Acórdão de 13 de fevereiro de 1979, processo, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, 85/76.

¹⁴ Acórdão de 10 de janeiro de 1985, *Leclerc c. Au blé vert*, 229/83, e Acórdão de 11 de julho de 1985, *Leclerc c. Syndicat des libraires de Loire-Océan*, 299/83.

Estes acórdãos lançaram as bases diretrizes de aplicação e interpretação dos artigos do Tratado da União, salientando os objetivos do direito da concorrência (v.g. Acórdão *Consten*) e a sua importância para a criação e defesa do mercado interno (v.g. Acórdão *Leclerc*); definindo os conceitos fundacionais para a sua aplicação [desde a noção de “prática concertada” (v.g. Acórdãos *ICI*, *Suiker Unie*¹⁵ ou *Anic Partecipazioni*¹⁶); de “posição dominante” (v.g. Acórdãos *United Brands Corp.* ou *Hoffmann-La Roche*), “abuso” (v.g. *Continental Can*) ou “troca de informação” (v.g. Acórdãos *T-Mobile*¹⁷ e *Eturas*¹⁸)].

Partindo desta construção pretoriana do Direito da Concorrência, foi possível estabelecer um diálogo institucional, não só entre a Comissão Europeia (e as Autoridades Nacionais) e os tribunais, como também entre os próprios tribunais nacionais e europeus, que deu corpo ao Direito da Concorrência.

Na verdade, como referi há pouco, a política de concorrência tem uma ligação genética aos valores europeus, em particular à ideia de “rule of law” ou de Estado de Direito, ancorada nos Tratados.

Esta preocupação alicerça-se de forma especial no respeito intransigente dos direitos de defesa¹⁹ dos visados, aquando da aplicação do direito da concorrência.

Este respeito constitui, aliás, um dever que impende sobre a AdC.

Bem assim, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão constitui um interlocutor essencial com competência de plena jurisdição no âmbito das decisões sancionatórias da AdC, de acordo com os critérios da jurisprudência Menarini do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁰.

Esta tutela beneficia da existência de um tribunal com jurisdição especializada que procura garantir a celeridade processual e coerência do corpo de normas.

15 Acórdão de 16 de dezembro de 1975, *Suiker Unie c. Comissão*, 40/73 A 48/73, 50/73, 54/73 A 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73.

16 Acórdão de 8 de julho de 1999, *Comissão c. Anic Partecipazioni*, 49/92.

17 Acórdão de 4 de junho de 2009, *T-Mobile Netherlands*, 8/08.

18 Acórdão de 21 de janeiro de 2016, *Eturas UAB e outros c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, 74/14.

19 Assunto ainda recentemente dirimido, v.g. Acórdão de 25 de outubro de 2023, *Bulgarian Energy Holding e o./Comissão*, 136/19.

20 Acórdãos TEDH, *Schmautzer c. Áustria* de 23 de outubro de 1995, série A, n.º 328-A, § 36; *Valico S.R.L. c. Itália* de 10 janeiro de 2001, Coletânea dos acórdãos e decisões 2006-III, p. 20 e jurisprudência referida, e *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Itália* de 27 de setembro de 2011, §§ 58 e 59.

De igual forma, a existência de juizes especializados tem contribuído para a robustez do Direito da Concorrência.

Mas, decorridos dez anos do excelente labor do Tribunal da Concorrência, podemos questionar se as mais-valias inicialmente identificadas se continuam a verificar.

Recorde-se que, nos trabalhos preparatórios de instituição do Tribunal, eram apontadas a *“a melhor redistribuição de processos (...) e motivos de celeridade no andamento das decisões, garantindo uma decisão mais célere e mais adequada para estas questões”*²¹ como vantagens subjacentes à criação deste Tribunal.

Mas podemos igualmente discutir e identificar obstáculos com impactos negativos na sua atuação.

Assim, pergunto se estão garantidas as condições para que a eficiência e celeridade processual continuem a caracterizar o TCRS.

Refiro-me, em concreto, aos estrangulamentos práticos em termos de espaço e número de magistrados, para fazer face à maior amplitude de competências confiadas ao TCRS que, entre outros temas, serão seguramente abordados no painel da tarde.

O papel dos instrumentos de *soft law*

Sendo a construção do Direito da Concorrência fruto de uma experiência de diálogo institucional (em conjunto com a academia), é importante salientar também o papel fundamental dos mecanismos de *soft law*.

Note-se que a primeira utilização, por parte da Comissão Europeia, de instrumentos de *soft law* remonta a 1962, estando relacionada com Direito da Concorrência: as

²¹ Proposta de Lei n.º 32/XI, de 20 de maio de 2010, da Presidência do Conselho de Ministros, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c637939595355786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338774f54566d4e54517a595330794f545a6a4c54526a5a6d5174596a46684f5330344e5467304d6a457a5a6a55354f5467755a47396a&Fich=095f543a-296c-4cfd-b1a9-8584213f5998.doc&Inline=true>

“Christmas notices”²², como são genericamente referidas em inglês, visavam retirar alguns acordos do âmbito de aplicação do então artigo 85.º, atualmente, artigo 101.º TFUE.

Desde então estes mecanismos têm se multiplicado e, atualmente, fazem parte do nosso dia a dia enquanto juristas de concorrência. Das orientações para a apreciação das concentrações horizontais à definição de mercado relevante a relevância destes instrumentos de *soft law* é inegável para a interpretação e aplicação uniforme do Direito da Concorrência.

Neste contexto, há que assinalar a função essencial que a *soft law* desempenha enquanto instrumento de *policy*, sobretudo desde o Tratado de Maastricht e da implementação dos três pilares comunitários²³.

Em particular, no Direito da Concorrência, a utilização para a clarificação e densificação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE é uma realidade instituída, que se reflete no diálogo regular entre a Comissão Europeia e os Estados Membros, favorecida pela dinâmica Rede ECN.

Como bem reconheceu o Tribunal de Justiça, ainda que não tenham carácter vinculativo²⁴, havendo lugar a uma análise casuística, estes instrumentos podem produzir efeitos legais²⁵, entre os quais se inclui a necessidade de os tribunais nacionais atenderem às recomendações europeias na resolução dos litígios que lhes são submetidos²⁶.

A existência de mecanismos de *soft law* é, por isso, fundamental, correspondendo a um modelo de *governance* europeia que permite a negociação e o diálogo

²² Comunicação relativa aos contratos de representação exclusiva concluídos com agentes comerciais, de 24 de dezembro de 1962 (JO 139/2921) e Comunicação relativa a acordos de licenciamento de patentes, de 24 de dezembro de 1962 (JO 139/2921).

²³ Oana Ștefan, ‘Chapter 1: Of Soft Law and the Courts’, em “Soft Law in Court: Competition Law, State Aid, and the Court of Justice of the European Union”, European Monographs Series, Volume 81 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) pp. 7-44.

²⁴ Acórdão de 14 de junho de 2011. Pflaiderer AG c. Bundeskartellamt, 360/09, paras. 21–24 e Acórdão de 13 de dezembro de 2012, Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence, 226/11, para. 27

²⁵ Acórdão de 28 de junho de 2005, Dansk Rørindustri c. Comissão das Comunidades Europeias, Processos apensos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02, para. 211.

²⁶ Acórdão de 13 de dezembro de 1989, Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles, 322/88.

multilateral e multinível entre diferentes atores, que possibilita soluções flexíveis, ajustadas e transformadas face a novos desafios que surgem.

Tal é particularmente relevante nos tempos que correm, da denominada dupla transição, sendo um aliado do legislador, mas também das autoridades da concorrência e das empresas, enquanto mecanismo que permite assegurar maior certeza jurídica e transparência.

É da complementaridade e articulação entre *soft law* e *hard law* que a aplicação da lei sai reforçada.

Mas a *soft law* não se limita exclusivamente às recomendações e comunicações da Comissão Europeia.

Também as autoridades nacionais são chamadas a intervir neste campo, nomeadamente no contexto da missão de *advocacy*, também desempenhada pela AdC.

É neste contexto que gostaria de revelar que a AdC está, neste momento, a preparar um Guia de Boas Práticas para Acordos de Sustentabilidade, cuja consulta pública será lançada a breve trecho.

De forma semelhante publicámos, em novembro de 2023, um *Issues Paper* sobre os riscos enfrentados pela Concorrência no âmbito da Inteligência Artificial Generativa.

No âmbito dos chamados mercados laborais destaco o *Issues Paper* sobre “Acordos no mercado de trabalho e política de concorrência”, que foi acompanhado pelo Guia de Boas Práticas “Prevenção de acordos anti concorrenciais no mercado de trabalho”.

Estes dois trabalhos foram, aliás, reconhecidos internacionalmente, pela Rede Internacional de Concorrência e pelo Banco Mundial, que, por essa circunstância, atribuíram na semana passada dois prémios à AdC.

Tudo isto são exemplos do trabalho que temos vindo a desenvolver, conscientes do nosso papel na identificação e difusão de boas práticas essenciais na resposta aos desafios da Concorrência 2.0.

Conclusões

Minhas senhoras e meus senhores, é tempo de concluir.

Mas não sem antes partilhar um breve balanço da atividade da AdC neste ano de 2024, que conta desde já com resultados expressivos:

Em primeiro lugar, saliento as três decisões sancionatórias proferidas, uma por práticas anticoncorrenciais nos mercados laborais adotada no contexto de um procedimento de transação, a segunda sancionando um abuso de posição dominante no setor dos serviços de pagamento, e a terceira relativa a uma decisão de uma associação empresarial que fixava os honorários cobrados pelas empresas de gestão e administração de condomínios.

No âmbito da área de *enforcement*, destaco ainda as três diligências de busca e apreensão que a AdC realizou referentes a novas investigações.

No plano do controlo de operações de concentração, contamos, desde o início do ano, com 29 notificações e 26 decisões finais adotadas.

Destaco, ainda, o nosso estudo sobre a mobilidade elétrica, cuja consulta pública registou um número recorde de respostas e contributos, tanto do setor público como privado.

Todos estes exemplos, mais do que simples estatísticas, atestam o compromisso da AdC e a excelência do trabalho prosseguido pelos seus colaboradores – que tenho testemunhado – e reforçam a vontade de fazermos mais e melhor.

Mas, para que a defesa e promoção da concorrência sejam asseguradas, não basta a atuação da Autoridade da Concorrência.

Como referiu recentemente o Presidente do Tribunal Geral da União Europeia, Marc van der Woude, o “*círculo da concorrência expandiu-se*”²⁷.

²⁷ Marc van der Woude, « The metamorphosis of competition law », maio 2022, *Concurrences* N° 2-2022, Art. N° 106135, disponível em : <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2022/articles/the-metamorphosis-of-competition-law>

Esta expansão é visível também em Portugal, neste evento, que reúne uma comunidade de concorrência crescente, que inclui advogados, mas também académicos, magistrados e economistas.

Assim, regresso ao início da minha intervenção, lançando um **desafio a este Círculo**: enquanto *stakeholders* com conhecimento profundo sobre os benefícios da concorrência, a AdC conta, sempre, com o contributo de todos para a defesa da concorrência e para o reforço da política de concorrência em Portugal.

Contará, portanto, com o Círculo.

Muito obrigado pela vossa atenção.