

Texto de Apoio n.º 5

A regulação da concorrência

A regulação da concorrência é um aspecto fundamental para o desenvolvimento da actividade comercial, uma vez que através dela se pretende garantir as condições mínimas necessárias para que os vários intervenientes no mercado possam desenvolver livremente a sua actividade, sem interferências externas alheias àquelas que decorrem da normal competição no mercado e que estão associadas à qualidade dos produtos e/ou serviços prestados por cada um deles.

Deste modo, em abstracto, a regulação da concorrência pretende garantir a possibilidade de existirem vários competidores no mercado, uma vez que se entende que essa será uma condição importante para assegurar a inovação, a qualidade e o preço dos produtos e serviços e a correspondente recompensa dos melhores participantes, ao mesmo tempo que salvaguarda os consumidores, possibilitando o acesso a mais e melhores produtos e serviços.

Por isso, a Constituição Portuguesa prevê como uma das tarefas fundamentais do Estado garantir o funcionamento eficiente do mercado, de modo a assegurar uma concorrência equilibrada entre as empresas (artigo 87.º, al. f)), a qual é considerada como um dos objectivos da política comercial (artigo 99.º, al. a)).

O Memorando de Entendimento celebrado em 3 de Maio de 2011 entre Portugal, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário, como condição para assegurar um programa de assistência financeira a Portugal, estabelece um conjunto de medidas que deverão ser adoptadas com o objectivo de enfrentar os problemas económicos e financeiros com que o país é actualmente confrontado. O ponto 8 do referido memorando incide sobre a concorrência e prevê que sejam tomadas medidas que permitam:

- melhorar a rapidez e efectividade da aplicação das regras da concorrência, o que seria conseguido com a criação de um tribunal especializado (8.2.i) e a revisão da lei da concorrência (8.2.ii);

- assegurar que as autoridades reguladoras tenham a independência e os recursos necessários para exercer a sua actividade.

Tendo em conta o interesse para a unidade curricular de Direito Comercial das duas medidas enunciadas no primeiro ponto, iremos abordá-las em seguida.

A criação de um tribunal especializado para a concorrência, a regulação e a supervisão foi aprovada pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, a qual procedeu a uma alteração da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ - Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro).

Nos termos do artigo 89.º-B/LOFTJ compete a este tribunal especializado conhecer todas as questões relativas a recursos, revisões e execuções de decisões tomadas pelos órgãos reguladores (como, por exemplo, a Autoridade da Concorrência ou o Banco de Portugal, a ANACOM ou a CMVM) no âmbito de procedimentos relativos ao regime jurídico da concorrência.

Este tribunal viria a ser instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de Março, o qual prevê que será composto por dois juízos, terá sede em Santarém e a sua área de competência incidirá sobre todo o território nacional.

Com a criação do tribunal especializado para a concorrência, a regulação e a supervisão pretende-se aumentar a celeridade das decisões judiciais sobre as questões de concorrência, ao mesmo tempo que se procura garantir uma maior especialização na análise dos problemas e a uniformização da jurisprudência a nível nacional.

O novo regime jurídico da concorrência foi aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (RJC), a qual veio revogar a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

As principais razões que estão na base da aprovação deste novo regime legal, em concordância com os princípios de Memorando de Entendimento, residem na necessidade de facilitar e agilizar o procedimento de apreciação das questões colocadas à Autoridade de Concorrência (AdC), ao mesmo tempo que se pretende promover uma maior harmonização com a legislação europeia existente sobre a matéria.

Em relação aos aspectos procedimentais, para além do reconhecimento da possibilidade da Autoridade da Concorrência estabelecer diferentes graus de prioridade para o tratamento das questões que lhe são colocadas (artigo 7.º/RJC) e do estabelecimento de um processamento expedito que possibilite o arquivamento das

denúncias sem fundamento (artigo 8.º/RJC), procedeu-se a uma simplificação dos procedimentos, como, por exemplo, das notificações, à redução dos prazos dos actos processuais ou à clarificação dos poderes de inquirição, busca e apreensão da AdC.

Em termos substantivos, e embora com uma outra organização sistemática, mantém-se a separação entre:

- i) a previsão de práticas restritivas da concorrência (artigos 9.º a 35.º/RJC), cuja verificação conduzirá à aplicação de uma medida sancionatória;
- ii) as operações de concentração das empresas (artigos 36.º a 59.º/RJC), em que se prevê um procedimento preventivo de análise dessas operações; e,
- iii) a concessão de auxílios às empresas pelo Estado ou outras entidades públicas (artigo 65.º/RJC), em relação aos quais a AdC pode emitir recomendações.

Nas práticas restritivas da concorrência integram-se as decisões de associação entre empresas e os acordos e práticas concertadas que tenham por objectivo impedir, falsear ou restringir a concorrência (artigo 9.º/RJC), o que sucederá quando elas conduzam, por exemplo, à fixação dos preços de compra ou venda, ou à repartição dos mercados.

Naturalmente, apenas não serão permitidos os actos que tenham uma incidência negativa sobre a concorrência, pelo que não são considerados proibidos aqueles que permitam melhorar a produção ou distribuição de bens e serviços (artigo 10.º), desde que eles não beneficiem apenas as empresas mas também os utilizadores e não criem condições que possibilitem eliminar a concorrência.

Um outro tipo de práticas restritivas da concorrência é relativo àquelas que se traduzem no abuso de uma posição dominante no mercado (artigo 11.º).

A nova lei da concorrência apesar de proibir o abuso de posição dominante, não esclarece o que é uma «posição dominante» (ao contrário do que acontecia com a Lei n.º 8/2003). Evidentemente, o entendimento sobre esta não será agora distinto, pelo que ocorre uma posição dominante quando uma empresa¹ não sofre concorrência significativa no mercado ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes.

¹ Ou duas, ou mais, quando actuem concertadamente.

A Comunicação n.º 2009/C 45/02, da Comissão Europeia², sobre o abuso de posição dominante, integra uma síntese da linha jurisprudencial comunitária sobre o assunto, a qual nos poderá ajudar a clarificar um pouco mais o âmbito da previsão normativa sobre esta matéria e a sua aplicação prática.

Assim, a posição dominante ocorre quando uma empresa adquire um domínio económico que lhe permite actuar no mercado de uma forma independente, sem ter em conta as acções e reacções dos concorrentes, dos clientes e dos consumidores (Comissão Europeia, 2009, p. 8). Como se compreenderá, esta situação é perfeitamente conciliável com a existência de um certo grau de concorrência real ou potencial, a qual, no entanto, nesta situação, não será suficiente para exercer uma pressão efectiva sobre a empresa (Comissão Europeia, 2009, p. 8).

Em si mesma, a posição dominante não é proibida, pois a sua obtenção poderá ser totalmente legítima e decorrer do tipo e da qualidade dos bens produzidos ou dos serviços prestados por uma determinada empresa. No entanto, esta situação de domínio do mercado poderá ser utilizada para práticas contrárias à concorrência, como a fixação de preços ou a limitação da distribuição dos produtos, pelo que a sua utilização abusiva será contrária ao interesse geral e, por isso, objecto de proibição.

A existência de uma posição dominante poderá ser sugerida por alguns elementos como a capacidade de uma empresa aumentar os preços acima do nível da concorrência, de uma forma rentável, por um período de tempo significativo (Comissão Europeia, 2009, p. 8). Por outro lado, em princípio, e embora dependa da análise em concreto do mercado sectorial, uma empresa que tenha uma quota de mercado inferior a 40% não terá uma posição dominante (Comissão Europeia, 2009, p. 9). Quanto maior for a quota de mercado e o período de tempo em que ela se mantenha, maior será a probabilidade de estarmos perante uma posição dominante e a possibilidade de existirem barreiras à entrada de outros concorrentes, à expansão do mercado ou o seu encerramento (Comissão Europeia, 2009, pp. 9-10).

O artigo 11.º, n.º 2/RJC (tal como o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE) apresenta uma lista não exaustiva de práticas de abuso de posição dominante, as quais se considera que «podem» configurar uma conduta dessas. Este «podem» significa que a sua verificação não se

² Jornal Oficial da União Europeia n.º C 45, de 24 de Fevereiro de 2009, p. 7.

traduzirá necessariamente numa prática censurável, pelo que se admite, por exemplo, que a empresa demonstre que o comportamento em causa é objectivamente necessário (por razões de saúde ou segurança) ou que produz ganhos de eficiência substanciais que compensam os efeitos negativos sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores (Comissão Europeia, 2009, p. 12).

Quanto às formas específicas que podem ser assumidas pelos abusos de posição dominante, a Comunicação da Comissão aborda os seguintes:

- Acordos exclusivos (acordos de compra exclusivos, descontos condicionais);
- Vendas subordinadas e agrupadas (quem compra um produto é obrigado a comprar outro ou os produtos apenas são vendidos em conjunto ou o seu preço em separado é superior ao preço em conjunto);
- Comportamentos predatórios (durante um período de tempo relevante a empresa suporta perdas ou prescinde de ganhos de curto prazo para afastar os concorrentes do mercado);
- Recusa de fornecimento e compressão de margens.

Por fim, o artigo 12.º/RJC indica o terceiro tipo de práticas restritivas da concorrência, o qual incide sobre as situações de dependência económica em que uma empresa se encontre relativamente a uma outra empresa fornecedora ou cliente, sem que exista uma alternativa equivalente. Também aqui o que é objecto de previsão é a exploração abusiva dessa situação de dependência económica.

As operações de concentração de empresas (artigo 36.º/RJC) são aquelas que se traduzem na mudança duradoura do controlo da totalidade ou de parte de uma empresa, o que poderá suceder em resultado de um processo de fusão ou pela aquisição de partes do capital social ou de outros activos de uma ou várias outras empresas.

Tendo em conta o impacto que essas operações de concentração poderão ter no mercado, é instituído um mecanismo de notificação prévia à AdC, o qual é activado em função da quota de mercado que será alcançada e/ou do volume de negócios das empresas (artigo 37.º/RJC). Nestes casos, as operações de concentração só poderão ser realizadas se a AdC não manifestar a sua oposição.

Por fim, são previstos os auxílios concedidos às empresas pelo Estado ou outros entes públicos, os quais não podem restringir, distorcer ou afectar de forma sensível a

concorrência no mercado nacional. Logo, também aqui não existe uma previsão genérica de proibição de todo e qualquer auxílio estatal, mas apenas daqueles que tenham um impacto negativo sobre a concorrência. A previsão deste tipo de auxílios foi efectuada pela primeira vez pelo Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

Este é um assunto muito sensível no mercado comunitário europeu, porque se verificou que os auxílios estatais às empresas eram utilizados pelos Estados membros para proteger as empresas nacionais ou determinados sectores de actividade e assim distorcerem a concorrência.

A jurisprudência comunitária possibilita fazer uma delimitação mais exacta do conceito de auxílio, o qual consistirá na atribuição selectiva de uma vantagem pelas autoridades públicas³ a uma empresa, que se poderá traduzir tanto na atribuição de recursos como na diminuição de encargos (Comissão Europeia, 1997, pp. 7, 9). Deste modo, os auxílios estatais podem revestir diversas formas como, por exemplo, subvenções, empréstimos sem juros ou a juros reduzidos, isenções fiscais ou o fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais (Comissão Europeia, 1997, p. 8).

A selectividade do auxílio é uma importante característica a ter em conta, uma vez que não se proíbem todos os auxílios estatais, elecando os n.ºs 2 e 3 do artigo 107.º/TFUE, um conjunto de auxílios admissíveis, como, por exemplo, os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo (n.º 3, al. a) do artigo 107.º/TFUE). Deste modo, o carácter selectivo do auxílio sugere a intenção de favorecer uma determinada empresa ou produção, o que o diferencia de medidas gerais de apoio económico promovidas por um Estado, as quais são admissíveis (Comissão Europeia, 1997, p. 9).

Ao contrário do que sucede com o artigo 108.º/TFUE, o qual prevê um procedimento que possibilite suprimir ou modificar a concessão de auxílios estatais, o artigo 65.º/RFC limita-se a prever que a AdC poderá analisar qualquer auxílio e sobre ele emitir uma recomendação.

³ Directamente pelo Estado ou através de organismos intermédios que actuem por mandato do Estado (Comissão Europeia, 1997, p. 8).

Bibliografia

Comissão Europeia (2009) Comunicação relativa à orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, JOCE, C 45, de 24 de Fevereiro de 2009, p. 7-20.

Comissão Europeia (1997), Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias, Volume IIB – Explicação das regras aplicáveis aos auxílios estatais, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.