

Acordos, Práticas Concertadas e Decisões de Associações de empresas

Centro de Estudos Judiciários

Lisboa, 24 de janeiro de 2013

João Pateira Ferreira

- 1. Introdução à análise jus-concorrencial**
- 2. Acordos, Práticas Concertadas e Decisões de Associações de empresas**
- 3. Casos**

1. Introdução à análise jus-concorrencial

Introdução à análise jus-concorrencial

- ✓ “A Autoridade tem por missão assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o **funcionamento eficiente dos mercados a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores**, nos termos previstos na lei e nos presentes Estatutos.” Artigo 1.º, n.º 2 dos Estatutos da Autoridade, Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro
- ✓ “A defesa da concorrência constitui um **bem público** que cabe à Autoridade da Concorrência preservar.” in “A Missão da Autoridade” (www.concorrencia.pt)
- ✓ “A política de concorrência deve contribuir para o funcionamento concorrencial dos mercados através de um conjunto de atuações que visem a promoção e defesa da concorrência.” in Prioridades da Política de Concorrência para 2013 (www.concorrencia.pt)

❑ Objectivos da análise jus-concorrencial

- Defesa do mercado e do processo concorrencial enquanto bem público: defende-se a concorrência, e não os concorrentes;
- Promoção da utilização eficiente dos recursos disponíveis;
- Contribuir para o bem-estar social (ganhos de bem-estar)

❑ Consequências:

- ✓ “Competition on the merits”: defender a concorrência é defender a eficiência na afectação de recursos, o que pode justificar que se afastem os operadores menos eficientes
- ✓ As regras de defesa da concorrência prosseguem o objectivo **imediato** do bom funcionamento do mercado e, por essa via, **mediato** de defesa do consumidor
- ✓ Não se confunde com a “concorrência desleal”

❑ Concorrência vs. Regulação

- ✓ Concorrência significa “liberdade de acesso ao mercado”, ou seja, liberdade de formação da oferta e da procura
- ✓ O Direito da Concorrência parte do pressuposto da liberdade de acesso ao mercado, e procura defender essa mesma liberdade
- ✓ O Direito da Concorrência distingue-se da Regulação porque pressupõe a existência de liberdade de atuação dos agentes económicos no mercado.

☐ Consequências:

- ✓ Cooperação entre a Autoridade da Concorrência e os reguladores setoriais (art. 5.º, n.º 4, Lei n.º 19/2012)
- ✓ Art. 35.º da Lei n.º 19/2012:
 - Comunicação de abertura de inquérito
 - Parecer prévio à decisão final
 - Possibilidade de suspender inquérito na pendência de uma investigação do regulador

Concorrência no Mercado



**Utilização mais eficiente dos recursos
da sociedade**



**A eficiência depende da estrutura
concorrencial do mercado**

- ❑ Mercado: qualquer análise concorrencial parte do conceito de “mercado”
- ✓ O mercado do **produto** compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preço e utilização pretendida
- ✓ O mercado **geográfico** compreende a área onde as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, onde as condições de concorrência são suficientemente homogéneas

“O principal objeto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os **condicionalismos concorrenciais** que as empresas em causa têm de enfrentar. O objetivo de definir um mercado tanto em **função do seu produto** como em **função da sua dimensão geográfica** é o de **identificar os concorrentes efetivos** das empresas em causa suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva.”

Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência

[7] “Um **mercado de produto** relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.”

[8] “O **mercado geográfico** relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.”

- ❑ A delimitação do mercado relevante desenvolve-se com base no conceito de substituíbilidade:

[17] “A questão que se coloca é a de saber **se os clientes das partes transfeririam rapidamente a sua procura para os produtos de substituição disponíveis ou para fornecedores situados noutros locais em resposta a um pequeno aumento hipotético (em torno dos 5 a 10 %) dos preços relativos, dos produtos e áreas em análise.** Se o fenómeno da substituição for suficiente para tornar o aumento de preços não lucrativo devido à perda de vendas daí resultante, os produtos de substituição e as áreas adicionais serão incluídos no mercado relevante até que o conjunto de produtos e área geográfica seja de molde a tornar lucrativo pequenos aumentos duradouros dos preços relativos ” **Teste SSNIP - *Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices***

❑ Delimitado o mercado relevante, procede-se à análise da sua estrutura:

- ✓ Caracterizar o ambiente de concorrência
- ✓ Identificar os concorrentes e caracterizar a sua posição
- ✓ Identificar barreiras à entrada e à expansão
- ✓ Identificar concorrentes potenciais
- ✓ Caracterizar os comportamentos e resultados ao longo do tempo
- ✓ Identificar a estrutura concorrencial (de acordo com o grau de concentração do mercado)

❑ Delimitado o mercado e analisada a sua estrutura, classifica-se a prática e procede-se à sua análise económica e jurídica:

→ **Concentrações (análise *ex-ante*) - remissão**

→ **Acordos entre empresas**

→ **Abusos de Posição Dominante - remissão**

- ❑ Acordos: a análise jus-concorrencial reconhece que dos acordos entre empresas (práticas de “colusão”) podem resultar:
- ✓ prejuízos para a economia, pela diminuição/limitação/anulação da concorrência: art. 9.º Lei n.º 19/2012 e art. 101.º TFUE
- ✓ Mas também podem resultar benefícios, o que implica a realização de um “balanço económico”: art. 10.º Lei n.º 19/2012 e art. 101.º, n.º 3 TFUE

❑ Acordos que não colocam problemas concorrenciais:

✓ **Acordos *de minimis***

- Art. 9.º, n.º 1 Lei n.º 19/2012: *restrição sensível da concorrência*
- Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 101.º TFUE (*de minimis*)

✓ **Os Acordos objeto de isenção**

- Art. 10.º da Lei n.º 19/2012: justificação de práticas restritivas
- Acordos abrangidos por regulamentos comunitários de isenção

❑ Tipos de acordos:

Cadeia de valor de uma indústria:



- ✓ **Acordos horizontais** – Acordos entre concorrentes
- ✓ **Acordos verticais** – Acordos entre não concorrentes
- ✓ *Acordos sobre direitos de propriedade intelectual*

□ Acordos (de cooperação) horizontais:

“Diz-se que a cooperação é de «natureza horizontal» quando existe um acordo ou práticas concertadas entre empresas que se situam ao(s) mesmo(s) nível(eis) do mercado.”

➔ Impacto anti-concorrencial

*“[...] acordos de cooperação que têm por objeto restringir a concorrência **fixando os preços, limitando a produção ou repartindo os mercados ou os clientes.**”*

Vs.

➔ Vantagens económicas significativas

Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º TFUE aos acordos de cooperação horizontal”

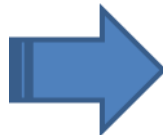
☐ Acordos horizontais

As empresas concorrem:

- Em relação ao preço
- Em relação às quantidades
- Em relação à qualidade

O seu objectivo: Maximização do lucro

- ✓ Aumento dos preços
- ✓ Maior quota de mercado



Mas também têm incentivos para não concorrer:

- Diminuir a pressão concorrencial (sobre preços, quantidades e qualidade)
- Aumentar a quota de mercado
- Reduzir o poder dos consumidores
- Aumentar o intercâmbio de informação

Comportamento monopolístico

Introdução à análise jus-concorrencial

☐ Acordos horizontais

- ✓ Acordos de fixação de preços
- ✓ Acordos de repartição de mercados
- ✓ Acordos de limitação da produção

Mas também:

- ✓ Acordos de investigação e desenvolvimento
- ✓ Acordos de partilha de tecnologia
- ✓ E Intercâmbio de informação?

☐ Acordos horizontais

- ✓ Acordos que são restrições da concorrência evidentes (têm por objeto a restrição da concorrência)
- ✓ Acordos que não tendo por objeto restringir a concorrência, têm esse efeito
- ✓ Acordos cujos efeitos restritivos são compensados pelos benefícios económicos que geram
- ✓ Acordos que não são restritivos

□ Acordos verticais

“[...] acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, a um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição e que digam respeito aos termos em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços.»

→ Impacto anticoncorrencial

vs.

→ Vantagens económicas significativas

Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”

☐ Acordos verticais

✓ *Efeitos positivos das restrições verticais:*

- (i) Solucionar problemas de free-rider*
- (ii) Apoiar a abertura de novos mercados*
- (iii) Apoio ao investimento*
- (iv) Apoio ao investimento especializado*
- (v) Economias de escala*
- (vi) Imperfeição do mercado de capitais – assimetria de informação*
- (vii) Uniformização, normalização e controlo de qualidade*

☐ Acordos verticais

✓ *Efeitos negativos das restrições verticais:*

- (i) Exclusão de outros fornecedores ou outros compradores através do aumento dos obstáculos à entrada*
- (ii) Redução da concorrência intermarca entre as empresas que operam num mercado, incluindo facilitar colusões entre fornecedores ou compradores*
- (iii) Redução da concorrência intramarca entre distribuidores da mesma marca*
- (iv) Criação de obstáculos à integração do mercado, incluindo, principalmente, limitações à liberdade de os consumidores adquirirem bens ou serviços*

2. Acordos, Práticas Concertadas e Decisões de Associações de empresas

Acordos, Práticas Concertadas e Decisões de Associações de empresas

A) Normas aplicáveis

B) Elementos do tipo

C) Causas de justificação

- ❑ Questão prévia: aplicação do Direito da concorrência, **nacional e europeu**
- ✓ Art. 35.º do Regulamento (CE) 1/2003: cada Estado-membro designa *“a autoridade ou autoridades em matéria de concorrência responsáveis pela aplicação dos artigos [101].º e [102].º do Tratado”*
- ✓ Art. 6.º, n.º 1, al. g) dos Estatutos da Autoridade: a Autoridade *“exerce todas as competências que o direito comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas”*
- ✓ Art. 7.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012: a Autoridade exerce *“...a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei e pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”*

☐ Consequências a nível processual:

- ✓ Art. 13.º, n.º2 da Lei n.º 19/2012: aos processos por infração aos arts. 101.º e 102.º do TFUE instaurados pela Autoridade da Concorrência aplica-se a Lei nacional (RJC e RGIMOS)

☐ sancionatório:

- ✓ Art. 68.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 19/2012: *“constitui contraordenação punível com coima a violação do disposto nos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”*

☐ E substantivo:

- ✓ Art. 16.º do Regulamento (CE) 1/2003: aplicação uniforme do Direito da União Europeia

☐ Neste âmbito, a Autoridade pode:

- ✓ Instaurar e instruir processos por práticas proibidas pelos arts. 101.º e 102.º TFUE
- ✓ Impor a cessação da infração
- ✓ Aplicar medidas cautelares
- ✓ Aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsivas e sanções acessórias **previstas no direito nacional**
- ✓ Decidir que não se justifica a sua intervenção, porque a prática não é restritiva da concorrência ou porque as condições de isenção estão preenchidas
- ✓ Retirar o benefício da isenção a determinado acordo ou prática
- ✓ Rejeitar denúncias ou suspender investigações
- ✓ Assistir a Comissão nas investigações relativas ao mercado português

❑ Fontes de Direito europeu da concorrência:

- ✓ TFUE
- ✓ Regulamentos da União, em especial os regulamento de isenção
- ✓ Atos atípicos (*soft law*)
- ✓ Decisões da Comissão Europeia – *Fonte de direito* para os Tribunais nacionais (art. 16.º do Regulamento (CE) 1/2003)
- ✓ Jurisprudência do Tribunal de Justiça, quer no âmbito de recursos de anulação das decisões da Comissão, como no âmbito de recursos de reenvio prejudicial pelos tribunais nacionais

☐ TFUE:

- ✓ Regras de concorrência aplicáveis às empresas:
 - 101.º TFUE – Regras relativas a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas
 - 102.º TFUE – Proibição do Abuso de Posição Dominante
 - 106.º TFUE – Empresas Públicas e Serviços de Interesse Económico Geral
- ✓ Regras relativas à concessão de auxílios públicos a empresas
 - 107.º TFUE – Auxílios de Estado

❑ Regulamentos de isenção por categorias de acordos (art. 101.º, n.º 3 TFUE)

✓ **Acordos verticais:**

- Regulamento (UE) 330/2010 da Comissão, aplicável à generalidade dos acordos verticais (distribuição, fornecimento, *franchising*, etc.) de venda de bens e serviços
- Regulamento (UE) 461/2010 da Comissão, isenção por categoria específica para o sector automóvel

✓ **Acordos horizontais:**

- Regulamento (UE) 1217/2010 da Comissão, aplicável aos acordos de investigação e desenvolvimento
- Regulamento (UE) 1218/2010 da Comissão, aplicável aos acordos de especialização

☐ Atos atípicos (*soft law*)

- ✓ Comunicação da Comissão: Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 101.º e 102.º do Tratado (2004/C 101/07)
- ✓ Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do Tratado (de minimis) (2001/C 368/07)
- ✓ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)
- ✓ Comunicação da Comissão: Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado (2004/C 101/08)
- ✓ Comunicação da Comissão: Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01)

□ Art. 9.º Lei n.º 19/2012

- “1 - São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:*
- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
 - b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
 - c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
 - d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando -os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
 - e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*
- 2 - Exceto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do artigo seguinte, são nulos os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo número anterior.”*

□ Art. 101.º, n.º 1 e 2 TFUE

“1 – São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*

2 – São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.”

❑ Objetivo da Proibição:

Num mercado concorrencial, cada agente económico deve determinar livremente e de forma autónoma o seu comportamento no mercado – a finalidade da proibição consiste em impedir que as empresas restrinjam a concorrência entre si ou relativamente a terceiros mediante qualquer tipo de coordenação do comportamento concorrencial.

❑ Exemplos de “coligações injustificáveis” (cartéis “hardcore”):

Fixação de preços; apresentação de propostas combinadas (bid-rigging); restrição da produção; imposição de quotas de mercado; partilha de mercados, clientes ou fornecedores.

- ❑ **Autonomia empresarial** enquanto elemento estruturante do processo concorrencial vs. **adaptação inteligente** às condições de mercado
- ✓ *“Os critérios de coordenação e de cooperação estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal, longe de exigir a elaboração de um verdadeiro “plano”, **devem ser entendidos à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência e segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma** a política que pretende seguir no mercado comum, incluindo a escolha dos destinatários das suas ofertas e das suas vendas”. (Ac. TJUE, Suiker Unie, Proc. 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111/73, 113 e 114/73)*
- ✓ *“A exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à actuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, [mas] **opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que possa quer influenciar a actuação no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a actuação que o outro concorrente decidiu ou planeia adoptar nesse mercado**”. (Ac. TJUE, T-Mobile, Proc. C - 8/08)*

❑ Características fundamentais da proibição:

- ✓ Abrange toda e qualquer forma de colusão entre empresas: concurso de vontades e outras formas de conluio, tendo por objeto a restrição da concorrência ou destinadas a produzir efeitos anticoncorrenciais.
- ✓ A imputação não depende da existência de qualquer acordo ou contrato formal ou mesmo um compromisso do qual resultem obrigações juridicamente vinculativas para as empresas participantes.
- ✓ Basta a verificação de uma concertação ou de um acordo informal, pelo qual as empresas envolvidas eliminam a incerteza quanto ao seu comportamento no mercado ou assumem perante as suas concorrentes determinados comportamentos futuros.
- ✓ Os conceitos são propositadamente *vagos e indeterminados* de forma a abranger múltiplas realidades.

Acordos, Práticas e Decisões:

Elementos do tipo

- ❑ **Empresa – art. 3.º da Lei n.º 19/2012:** Qualquer entidade, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento, que exerça uma actividade económica (uma actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado)
- ✓ Unidade económica (podem ser várias pessoas colectivas, p.ex., juridicamente distintas, mas economicamente dependentes umas das outras ou de uma sociedade-mãe)
- ✓ Não é necessário fim lucrativo (oferta de bens e serviços num *determinado mercado*, i.e., mediante contrapartida, mas sem que a obtenção do lucro seja determinante)
- ✓ Pode ter natureza pública ou privada, concessionária de serviços públicos, profissional liberal, cooperativa, etc.
- ✓ Irrelevância do estatuto jurídico e importância da autonomia económica – poder de definição autónoma do comportamento da empresa no mercado

Acordos, Práticas e Decisões: Elementos do tipo

❑ Acordo

Coordenação de comportamento no mercado (eliminação da incerteza): contratos, mas também formas de entendimentos informais e sem carácter vinculativo (expressão fiel da vontade sobre o seu comportamento comum no mercado), quer estejam ou não em vigor e tenham, ou não, sido executados.

“64. Embora o artigo [101.º] faça a distinção entre “prática concertada” e “acordos entre empresas” ou “decisões de associações de empresas”, é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui conscientemente uma cooperação prática entre elas aos riscos da concorrência.” Ac. TJUE, ICI, Proc. 48/69

Acordos, Práticas e Decisões: Elementos do tipo

☐ Prática concertada

- ✓ Forma de conluio/entendimento de vontades
- ✓ Distingue-se dos acordos quanto à intensidade e maneira como se manifesta (mas ambos substituem os riscos da concorrência por uma coordenação/cooperação prática)
- ✓ Paralelismo de comportamento não alcançável em condições normais de mercado (considerando a natureza dos produtos, o número de empresas, etc.):
“não existe outra explicação plausível senão o entendimento prévio entre empresas”

Acordos, Práticas e Decisões: Elementos do tipo

❑ Particularidades das “práticas concertadas”:

- ✓ **Elemento subjetivo:** concertação (coordenação entre empresas, sem a intensidade de um acordo)
- ✓ **Elemento objetivo:** comportamento no mercado
- ✓ **Nexo de causalidade** entre os elementos subjetivo e objetivo
- ✓ **Dificuldades de prova** e os elementos indiciários (*plus factors*): troca de informações comerciais, coincidência entre reuniões e aumentos de preços, p.ex.

Acordos, Práticas e Decisões: Elementos do tipo

❑ Colusão explícita e implícita – intercâmbio de informações

- ✓ Prática concertada - Forma de coordenação e cooperação, pela qual as empresas conscientemente substituem os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre si (Ac. TJUE, *Anic*, Proc. C-42/92 P)
- ✓ Trocas de informação entre empresas e presunções resultantes do Direito Comunitário – Presunção de causalidade entre concertação e conduta da empresa: *“ao apreciar o nexo de causalidade entre a prática concertada e a conduta da empresa envolvida nessa prática no mercado em causa, o Tribunal nacional deve presumir a existência desse nexo, nos termos do qual as empresas, tendo-se mantido activas no mercado, **não podem deixar de ter em conta as informações trocadas com os seus concorrentes**”* (Ac. TJUE, *T-Mobile*, Proc. C-8/08)

Acordos, Práticas e Decisões: Elementos do tipo

❑ Colusão explícita e implícita – intercâmbio de informações (cont.)

- ✓ *“o intercâmbio, entre concorrentes, de dados individualizados relativos às intenções futuras em matéria de preços ou quantidades deve ser considerado uma restrição da concorrência por objeto. Além disso, os intercâmbios de informações realizados a título privado entre concorrentes sobre as suas intenções individualizadas em matéria de preços ou quantidades futuros serão normalmente considerados como cartéis, sendo-lhes aplicadas coimas em conformidade, porque têm geralmente por objeto a fixação de preços ou quantidades. Os intercâmbios de informações que constituem cartéis não só constituem uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, como são muito pouco suscetíveis de preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3.”* Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal

Acordos, Práticas e Decisões: Elementos do tipo

❑ Decisões de associações de empresas

Associação de empresas: noção ampla que abrange qualquer entidade que agregue e represente os interesses de pessoas singulares ou colectivas, que sejam por si qualificáveis como “empresas”: Entidade que agrega várias pessoas singulares ou colectivas – elas próprias empresas – e que, por regra, representa os interesses dos seus associados (Ex. Ordens Profissionais, Cooperativas, Associações patronais, etc.)

Decisão: Actos formalmente unilaterais, mas expressando uma orientação/vontade institucional que traduz o entendimento dos membros – e que, por isso, se pode subsumir a uma “conduta colectiva”. Ex. Estatutos da Associação; decisões vinculativas; orientações não vinculativas, directrizes, circulares, recomendações, desde que reflectam uma vontade colectiva (ou imputável colectivamente) de coordenação de comportamentos num mercado relevante

Acordos, Práticas e Decisões:

Elementos do tipo

❑ Outros elementos do tipo

- ✓ “Objeto” ou “efeito”: a infracção verifica-se tanto pelo perigo objectivo em que o bem jurídico “concorrência” é colocado (infração de perigo ou mera actividade), como pelo dano concreto causado ao mesmo (infração de dano ou de resultado)
- ✓ *Impedir* [supressão absoluta da concorrência], *falsear* [alteração das condições normais do mercado] ou *restringir* [diminuição das condições de concorrência]
- ✓ Afetação sensível (regra *de minimis*): apenas são proibidos os ilícitos que restringem a concorrência de uma forma significativa.
- ✓ Mercado
- ✓ Restantes elementos caracterizadores do tipo sancionatório: elemento subjectivo, grau de participação, forma da infração, etc.

Acordos, Práticas e Decisões:

Elementos do tipo

❑ Infracções concorrenciais pelo seu **objeto e/ou efeito**

- ✓ Condição alternativa: não é necessário apreciar os efeitos de uma prática se se demonstrar o seu objeto anticoncorrencial (Ac. TJUE, *GlaxoSmithKline Services*, Proc. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P)
- ✓ A distinção entre infrações por objeto e infrações por efeito resulta de se considerar que determinadas práticas restritivas são, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento regular, correto e normal da concorrência (Ac. TJUE, *Barry Brothers*, Proc. C-209/07)
- ✓ “As restrições de concorrência por objetivo são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo [101].º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado”. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE

Acordos, Práticas e Decisões:

Elementos do tipo

☐ Mercado

- ✓ Para efeitos de aplicação do art. 9.º da Lei n.º 19/2012, o conceito de “mercado” serve para determinar a existência de um objeto ou efeito restritivo da concorrência: *“É por esta razão que, no quadro da aplicação do artigo [101].º, n.º 1, CE, as alegações formuladas contra a definição do mercado feita pela Comissão não podem ter uma dimensão autónoma face às alegações relativas à afetação do comércio entre Estados-Membros e ao prejuízo para a concorrência. Também já foi decidido que a contestação da definição do mercado em causa é irrelevante se a Comissão tiver concluído acertadamente, com base nos documentos mencionados na decisão impugnada, que o acordo em questão falseava a concorrência e era suscetível de afetar de modo sensível o comércio entre Estados-Membros”* (Ac. TG, MasterCard, Proc. T-111/08)
- ✓ É o objeto das práticas que determina tanto o mercado do produto/serviço como o mercado geográfico afetado pelas mesmas (Ac. TG, *Groupe Danone*, Proc. T-38/02)

Acordos, Práticas e Decisões:

Justificação

☐ Balanço económico: art. 10.º da Lei n.º 19/2012 e art. 101.º, n.º 3 TFUE

Qualquer acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas restritivo da concorrência pode ser justificado, desde que, cumulativamente:

- ✓ Contribui para a melhoria da produção ou distribuição, ou promove o progresso técnico ou económico
- ✓ Reserva uma parte equitativa do lucro daí resultante para os consumidores
- ✓ As condições ou restrições são indispensáveis
- ✓ Não confere às empresas envolvidas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado

Ou:

- ✓ Preenche os requisitos de aplicação de um Regulamento de Isenção por Categoria

Acordos, Práticas e Decisões:

Justificação

- ❑ Balanço económico: art. 10.º da Lei n.º 19/2012 e art. 101.º, n.º 3 TFUE (cont.)
- ✓ Art. 10.º, n.º 2 da Lei n.º 19/2012: Compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no n.º 1 (adaptação nacional do art. 2.º do Regulamento (CE) 1/2003)
- ✓ *“É improvável que restrições graves da concorrência satisfaçam as condições do n.º 3 do artigo [101]º. Tais restrições são normalmente excluídas dos regulamentos de isenção por categoria ou identificadas como restrições graves nas orientações e comunicações da Comissão. Regra geral, os acordos desta natureza não satisfazem (pelo menos) as duas primeiras condições enunciadas no n.º 3 do artigo [101]º: não geram benefícios económicos nem beneficiam os consumidores. Por exemplo, um acordo horizontal que tenha por objetivo a fixação dos preços limita a produção, originando uma deficiente afetação dos recursos. Além disso, transfere valor dos consumidores para os produtores, na medida em que conduz a preços mais elevados sem proporcionar qualquer compensação aos consumidores do mercado relevante. Por último, estes tipos de acordos não satisfazem, regra geral, a terceira condição relativa à indispensabilidade.”* Orientações sobre o art. 101.º, n.º 3 TFUE

3. Casos

- 1. Práticas concertadas no mercado dos meios de diagnóstico: o cartel das “tiras reagentes”**
- 2. Acordo e práticas concertadas no mercado da restauração coletiva: o cartel das “cantinas”**
- 3. Acordo no mercado dos impressos e formulários comerciais: o cartel dos “formulários”**

O cartel das “tiras reagentes”

Ofertas apresentadas a concurso público Centro Hospitalar de Coimbra					
	Abbott	Menarini	Johnson & Johnson	Roche	Bayer
2001	€11,37	€11,37	€11,45	----	€14,96
2003	€20,00	€20,00	€20,00	€20,00	€20,00

O cartel das “tiras reagentes”

☐ 1.ª Decisão da Autoridade (2005)

- ✓ Considerou verificada uma prática concertada, e aplicou um total de € 3,2 milhões em coimas

☐ Mas ...

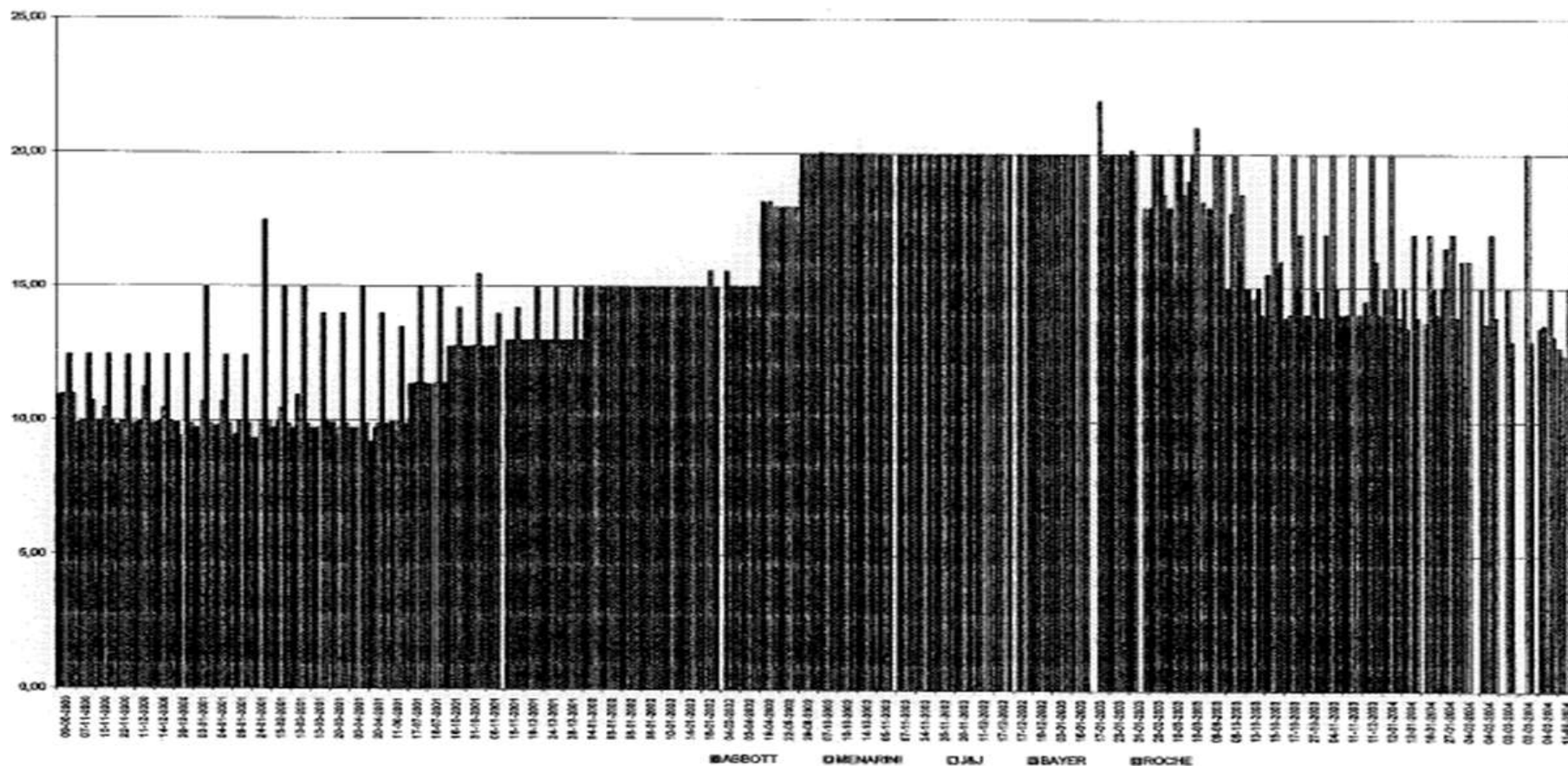
- ✓ Na sequência da 1.ª decisão, J&J decide comunicar à Autoridade a sua vontade de colaborar, e apresenta documentos que demonstram a existência de ofertas idênticas em 2003, noutros hospitais (o regime da clemência ainda não existia);
- ✓ Apresenta igualmente documentos (e-mails) onde se discutiam preços a submeter a propostas em concursos.
- ✓ Autoridade faz inspeções a mais de 20 hospitais, recolhendo cópia de dezenas de procedimentos concursais.

O cartel das “tiras reagentes”

HOSPITAL SANTA MARIA					
Caixa 50uni	Abbott	Menarini	J&J	Bayer	Roche
2001	€9,33	-----	€9,98	€17,46	€9,98
2002	€18,01	€18,01	€18,01	€18,01	€18,01
2003	€20,00	€20,00	€20,00	€20,00	€20,00
2004	€13,90	€14,00	€20,00	€15,00	€17,00

O cartel das “tiras reagentes”

Gráfico 1 – propostas de preço das arguidas para o Reagente de Determinação de Glicose no Sangue no período da amostra (valores em €)



Fonte: amostra AdC⁴⁸

O cartel das “tiras reagentes”

☐ **Acusação da Autoridade:**

- ✓ As cinco empresas são acusadas de 36 práticas concertadas (uma infracção por cada concurso público), uma vez que não se demonstrou a existência de um acordo global abrangendo o comportamento demonstrado;
- ✓ A Roche decide cooperar e submete mais prova à AdC

☐ **Decisão da Autoridade (2005):**

- ✓ Condenação das 5 empresas por 36 práticas concertadas em 22 hospitais nacionais: coima total de 16 milhões de euros
- ✓ Redução da coima da J&J – colaboração; Redução da coima da Roche (colaboração depois da acusação)

☐ **Confirmação judicial**

- ✓ Tribunal do Comércio de Lisboa: Sentença de 7/1/2010, 1.º Juízo, proc. 350/08.8TYLSB;
- ✓ Tribunal da Relação de Lisboa: Acórdão de 30/3/2011, proc. 350/08.8TYLSB.L1

O cartel das “cantinas”

- ✓ Em janeiro de 2007, a Autoridade é contactada pelo ex-Director-Geral (e gerente) da Eurest, uma empresa do sector da restauração coletiva (gestão de cantinas, refeitórios e restaurantes, fornecimentos de refeições a hospitais, escolas, prisões e grandes empresas);
- ✓ O denunciante comunica a existência de um acordo, envolvendo as principais empresas do mercado: a Eurest, Gertal/Trivalor, Uniself, Sodexo (representando + 60% QM) para repartição de clientela – pretendia-se que a concorrência apenas se verificasse em relação a “novos clientes”; os clientes já detidos seriam assegurados através de um mecanismo de contactos prévios a qualquer procedimento concursal (*bid-rigging*)
- ✓ Após a realização de buscas, verificou-se que as empresas envolvidas também tinham implementando um sistema de troca de informações, relativo a vendas, quantidades e clientes, abrangendo todo o mercado nacional

O cartel das “cantinas”

- ❑ 1.^a Decisão de dezembro de 2010, 2.^a Decisão de julho de 2012 (pendente de recurso)
- ❑ 1.^o caso de aplicação do regime de dispensa de coima
 - ✓ Foram aplicadas coimas no valor total de € 14.7 milhões (10% VN = € 38,7 milhões)
- ❑ 1.^o caso de aplicação de coimas aos membros de órgãos de administração
 - ✓ Foram aplicadas coimas aos membros dos órgãos de administração que tinham conhecimento da infração, no total de € 20.000 (maior coima individual de € 5.000).

O cartel dos “formulários”

- ✓ Em outubro de 2010 uma empresa do sector gráfico, a Copidata, apresenta à Autoridade um pedido de dispensa de coima, denunciando um acordo com as suas principais concorrentes, Contiforme, Litho Formas e Formato, para fixação de preços e repartição de clientela em relação a um produto específico, as cartas-cheque;
- ✓ Após a realização de buscas, a Autoridade verifica que as empresas envolvidas também tinham um acordo de repartição de clientela e de fixação de preços relativamente a “Grandes Clientes” (abrangendo todo o tipo de formulários e impressos
- ✓ O acordo era executado principalmente através de contactos entre os administradores ou Diretores-gerais das empresas envolvidas

O cartel dos “formulários”

✓ Extratos de documento encontrado nas instalações de uma das empresas:

“Regras a aplicar no processo de cálculo de carta cheque/empresa

Notas introdutórias:

Deixa de vigorar a regra da “precedência do fabricante” passando a vigorar a semana como determinante no cálculo do preço a apresentar, ou seja tem preferência a empresa que está em primeiro na semana em que ocorre a consulta do cliente.

(...)

Penalização:

No caso de divergência entre o valor obtido por aplicação inadequada destas regras e o valor apresentado, fica obriga a entidade prevaricadora a facturar ao preço apresentado e a subcontratar à empresa colocada na semana respetiva ao valor adequado.”

O cartel dos “formulários”

- ✓ Mecanismo de controlo (exemplo de tabela encontrada nas instalações das empresas):

			N.º CORES								17/09/2010 – 12:00 horas
TE	MODELO	MEDIDAS	CHEQUE	CLIENTE	QUANT.	FT	LF	CD	CT	OBSERVAÇÕES	
Semana 1 – 5 – 9 – 13 – 17 – 21 – 25 – 29 – 33 – 37 – 41 – 45 – 49											
iteis	Varandoteis/BPN	A4	5/2	0	1000	1.100,17	1.132,90	1.165,26	1.187,40		
TE	MODELO	MEDIDAS	CHEQUE	CLIENTE	QUANT.	CT	FT	LF	CD	OBSERVAÇÕES	
Semana 2 – 6 – 10 – 14 – 18 – 22 – 26 – 30 – 34 – 38 – 42 – 46 – 50											
al	Efapel/CGD	A4	4/1	2	1000	1.100,17	1.132,90	1.165,26	1.187,40		
TE	MODELO	MEDIDAS	CHEQUE	CLIENTE	QUANT.	CD	CT	FT	LF	OBSERVAÇÕES	
Semana 3 – 7 – 11 – 15 – 19 – 23 – 27 – 31 – 35 – 39 – 43 – 47 – 51											
ves	Mário Gonçalves/Millennium	12x9 1/2x2	4/1	2	1500	1.042,57	1.073,59	1.104,24	1.125,23		
TE	MODELO	MEDIDAS	CHEQUE	CLIENTE	QUANT.	LF	CD	CT	FT	OBSERVAÇÕES	
Semana 4 – 8 – 12 – 16 – 20 – 24 – 28 – 32 – 36 – 40 – 44 – 48 – 52											
tata	Eurobatata/BPN	A4	5/2	4	1000	1.541,91	1.587,76	1.833,24	1.664,12		

O cartel dos “formulários”

- ✓ Mecanismo de controlo (exemplo de tabela, adaptada):

Semana 1 (1.º Grupo)	Semana 2 (2.º Grupo)	Semana 3 (3.º Grupo)	Semana 4 (4.º Grupo)	Semana 5 (1.º Grupo)	Semana 6 (2.º Grupo)	Semana 7 (3.º Grupo)	Semana 8 (4.º Grupo)	Semana 9 (1.º Grupo)	Semana 10 (2.º Grupo)
FT	CT	CD	LF	FT	CT	CD	LF	FT	CT
LF	FT	CT	CD	LF	FT	CT	CD	LF	FT
CD	LF	FT	CT	CD	LF	FT	CT	CD	LF
CT	CD	LF	FT	CT	CD	LF	FT	CT	CD

O cartel dos “formulários”

- ❑ Decisão da Autoridade de 13 de dezembro de 2012
- ✓ Verifica a existência de um acordo entre as quatro empresas, com objeto restritivo da concorrência, aplicando coima total superior a €1,7 milhões
- ✓ Condena dois administradores e um ex-administrador de três empresas, por terem participação direta na execução do acordo (coima individual mais elevada de €3 mil)
- ✓ Concede isenção total à empresa denunciante (Copidata)

Obrigado!

joao.ferreira@concorrenca.pt