

e-PLANNING
DOUTORAMENTO

UTL
Universidade Técnica de Lisboa

ISCSP
Instituto Superior de Ciências Sociais e
Políticas

TECNOLOGIA e

RISCO REGULATÓRIO

Eduardo R. Lopes Rodrigues⁽¹⁾

2010

⁽¹⁾ ADMINISTRADOR da UTL

Professor Associado Convidado com Agregação nas UTL/ISCSP/CAPP, UCP/IEE, UC/FD e ISCTE-IUL

CONCORRÊNCIA ENTRE EMPRESAS
e, ENTRE ESTADOS

ONDE SE MANIFESTA?

UM PROCESSO MULTIDIMENSIONAL ...



**COMPETÊNCIAS GENÉRICAS
DAS AUTORIDADES de**

REGULAÇÃO

CONCORRÊNCIA

OBJECTIVO COMUM = SUPRIR FALHAS de MERCADO sem criar FALHAS de ESTADO

• **ACTUAÇÃO EX-ANTE**

• **ACTUAÇÃO EX-POST**

- ANTI-TRUST

• **ACTUAÇÃO EX-ANTE**

- MERGERS

• **FIXAÇÃO DE CONDIÇÕES ECONÓMICAS e,
TECNOLÓGICAS DE FUNCIONAMENTO**

- INVESTIMENTO

- PRODUÇÃO

- PREÇOS

• **VERIFICAÇÃO da CONFORMIDADE
das ESTRATÉGIAS EMPRESARIAIS
com a LEI**

• **INTERVENÇÕES PONTUAIS no QUADRO
de um PROCESSO CONTRA-ORDENA-
CIONAL**

**COMPETÊNCIAS GENÉRICAS
DAS AUTORIDADES de**

REGULAÇÃO

CONCORRÊNCIA

OBJECTIVO COMUM = SUPRIR FALHAS de MERCADO sem criar FALHAS de ESTADO

- **INTERVENÇÃO CONTINUADA MÉDIO/
LONGO PRAZO; EMBORA POR VEZES
PONTUAL e TRANSITÓRIA**

- **ACOMPANHAMENTO do MERCADO
visando, sobretudo, garantir**
 - **Determinado “standard” de qualidade**
 - **Segurança de aprovisionamento**
 - **Serviços universais mínimos**

- **PROIBIÇÃO e SANCIONAMENTO
com COIMAS MUITO PESADAS
das INFRACÇÕES à LEI**

- **MONITORIZAÇÃO do MERCADO
visando a análise jusconcorrencial
do PODER de MERCADO e das suas
possíveis influências**

COMPREENDER A CONCORRÊNCIA

O QUE É ?

COMPETITION HAS BEEN BOTH **GOD** AND **DEVIL** IN WESTERN CIVILIZATION

“...It has promised and provided wealth and economic progress; it has also altered the distribution of wealth, undermined communities and challenged moral codes.

Over the course of European history laws have frequently been used to control the enormous potential power of this process, but near the end of the last century the idea of establishing general law to protect the process of competition from restraint and distortion developed and gained force, gradually becoming a central part of the legal and economic order in much of Europe and the United States”.

DAVID J. GERBER, in *“Law and Competition in Twentieth Century Europe”*, Oxford University Press, 1988

PARADIGMAS DE CONCORRÊNCIA

Combinações Múltiplas de **ESTRATÉGIAS**, visando a **ACUMULAÇÃO** de **RIQUEZA**, realizadas através de:

- Rivalidade competitiva;
- Cooperação densificante de recursos;
- Discriminação do Poder, incluindo ações de exclusão, atribuição de direitos de propriedade e provisão de Bens Públicos



PODER

PARADIGMA UNIVERSAL DE CONCORRÊNCIA

VARIANTES

INCLUSIVA



**CONQUISTA
CIVILIZACIONAL**

**EXCLUSIVA
• ABUSIVA**



**TENDÊNCIA
AUTO DEGENERATIVA**



**ESTADO DA
NATUREZA**



CIDADANIA com HORIZONTES COSMOPOLITAS

COMPREENDER A CONCORRÊNCIA

Nas diferentes geografias, e, ao longo da HISTÓRIA, as sociedades caracterizam-se por diversos

PARADIGMAS da CONCORRÊNCIA

Matrizes de ACUMULAÇÃO de MAIS VALIAS de diferente NATUREZA, através de múltiplas “dimensões” assumidas por vários “protagonistas”

- rivalidade assertiva
- cooperação densificante de recursos
 - no acto de criação de uma empresa
 - no seu desenvolvimento
 - nas redes entre várias empresas
 - nas plataformas de negócio
- discriminação do Poder Político, através de
 - acções de exclusão
 - provisão de bens públicos, colectivos, privados ...
 - direitos de propriedade

dos quais resultam

MERCADOS CONCORRÊNCIAIS ou DRACONIANOS

COMPREENDER A CONCORRÊNCIA

PODER de MERCADO ?

— FONTE de um dos DILEMAS MAIS IMPORTANTES das DEMOCRACIAS LIBERAIS

Por um lado, é indispensável para o investimento, o emprego, e o desenvolvimento, mas, a partir de certa dimensão crítica, pode vir não só a comprometer o exercício das liberdades fundamentais, mas também a gerar ineficiências de diversa ordem que reduzem substancialmente o bem estar global das sociedades e das economias, e, ainda a sua capacidade de desenvolvimento endógeno.

A questão central das políticas de concorrência que se pretendem eficientes, consiste, pois, em determinar essa dimensão crítica, em cada geografia relevante.

"... market power is certainly not per se bad. Indeed, the prospect of enjoying some market power (and profits) is the main incentive for firms to invest and innovate. If firms were not able to appropriate the results of their investments (...) they would not invest at all with the result that consumers would not benefit from lower cost, higher quality goods, new varieties and so on." **MOTTA,(2003:39).**

COMPREENDER A CONCORRÊNCIA

ESTRATÉGIAS CONCORRENCIAIS

RISCO REGULATÓRIO		
MODERADO		ELEVADO
<ul style="list-style-type: none"> • CHEGAR PRIMEIRO • RIVALIDADE de PREÇOS • RIVALIDADE de QUALIDADE • PUBLICIDADE LEAL • INOVAÇÃO MULTIPLICADORA • "THE OWN MERITS" 	T E C N O L O G I A G E S T Ã O I N T E L I G E N T E d o C O N H E C I M E N T O	<ul style="list-style-type: none"> • CONCERTAÇÃO de PREÇOS • CONCERTAÇÃO de QUALIDADE • PUBLICIDADE ENGANOSA e DESLEAL • INOVAÇÃO CONCENTRATIVA • SER ULTRAPASSADO POR PARCEIROS EM PROGRAMAS de CLEMÊNCIA
<ul style="list-style-type: none"> • CONCERTAÇÃO JUSTIFICADA POR BALANÇO ECONÓMICO POSITIVO • DINÂMICA de ORGANIZAÇÃO • DIFERENCIAÇÃO • COOPERAÇÃO • EMPRESAS COMUNS • PROPRIEDADE • MARCA • "MARKETING" • CONCENTRAÇÕES • INTEGRAÇÃO VERTICAL • DIVERSIFICAÇÃO CONGLOMERAL • "CORPORATE RAIDER" • "CROSS BORDER ALLIANCES" • "γ" 		<ul style="list-style-type: none"> • BARREIRAS a ENTRADA e à SAÍDA • BOICOTES • REPARTIÇÃO de MERCADOS • ABUSOS de POSIÇÃO DOMINANTE • BLOQUEIO da AUTONOMIA CONCORRENCIAL em QUALQUER OUTRA FRENTE DA CADEIA de VALOR (ex.: PRODUÇÃO DISTRIBUIÇÃO COMERCIALIZAÇÃO, VENDAS INVESTIMENTOS, DESENVOLVIMENTO TÉCNICO, etc.) • "CORPORATE RAIDER" • "CROSS BORDER ALLIANCES"
<ul style="list-style-type: none"> • SUPORTE do ESTADO, em certas condições não discriminatórias, incluindo uma função instrumental económica, e da diplomacia económica. 		<ul style="list-style-type: none"> • SUPORTE do ESTADO, em condições DISCRIMINANTES incluindo uma função instrumental das políticas económicas, e, da diplomacia económica.

**PRÊMIO : RELEVÂNCIA COM MÚLTIPLAS
EXTERNALIDADES POSITIVAS,
EM FUNÇÃO DAS GEOGRAFIAS**

- 1.** NEGOCIAÇÕES BILATERAIS, PLURILATERAIS e MULTILATERAIS
- 2.** ACTUAÇÃO ESTRATÉGICA VIA:
 - ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS
 - EMPRESAS e, outras INSTITUIÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL
 - QUADROS JURÍDICOS ESPECÍFICOS
 - SISTEMAS CIENTÍFICOS, TECNOLÓGICOS e CULTURAIIS
 - EXPORTAÇÃO de CRISES ECONÓMICAS e INSTITUCIONAIS
- 3.** POLÍTICAS PÚBLICAS ESTRATEGICAMENTE ORIENTADAS PARA DETERMINADOS
OBJECTIVOS como, por exemplo:
 - Atracção do investimento público estruturante
 - Expansão da procura afluyente
 - Atractabilidade do território
 - Gestão Inteligente do Conhecimento
- 4.** PROMOÇÃO DO *PARADIGMA DE CONCORRÊNCIA INCLUSIVA*

**COMPREENDER A
CONCORRÊNCIA**

COMPETITIVIDADE



FACTORES INTRÍNSECOS ÀS
EMPRESAS

FACTORES EXTRÍNSECOS ÀS
EMPRESAS

ESTRATÉGIAS
EMPRESARIAIS

POLÍTICAS
PÚBLICAS

PARADIGMAS
SOCIETAIS

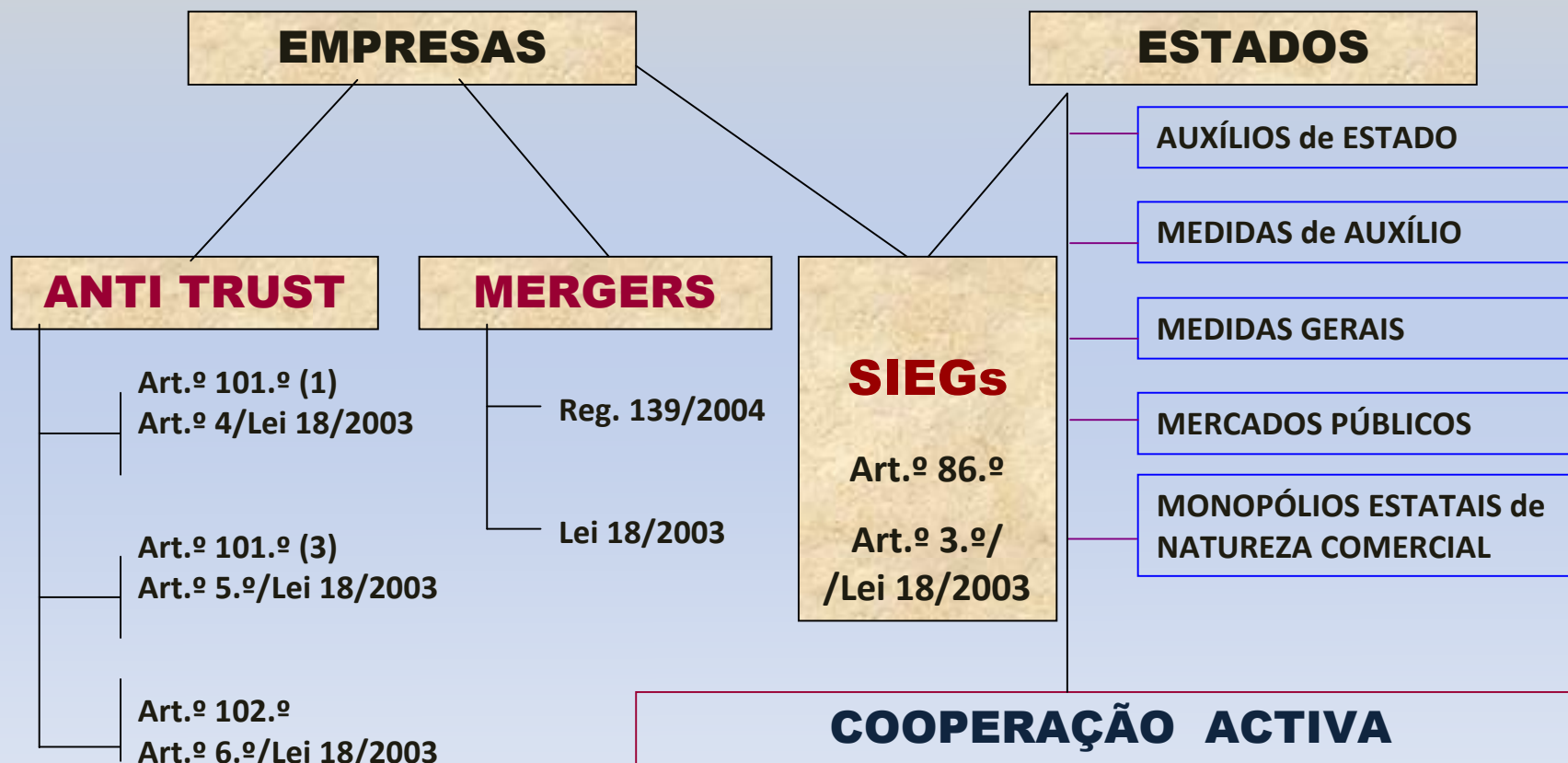
- **PRODUTIVIDADE**
- FLEXIBILIDADE
- AGILIDADE
- PREÇO
- QUALIDADE
- PRAZO
- INOVAÇÃO
- SINERGIAS de REDE

- **EFICIÊNCIA nos DIVERSOS SUBSISTEMAS de FUNCIONAMENTO da ECONOMIA, ex.:**
 - FINANÇAS do ESTADO
 - QUALIFICAÇÃO dos RECURSOS HUMANOS
 - PROMOÇÃO do INVESTIMENTO (INCLUINDO o DIRECTO ESTRANGEIRO por PARTE da SOCIEDADE CIVIL)
- **MISSÃO GALVANIZADORA de DISRUPÇÕES TECNOLÓGICAS de ELEVADO VALOR ACRESCENTADO**
- **SISTEMAS INDUSTRIAIS**

- CULTURA de TRABA-LHO
- VALORIZAÇÃO do RISCO
- APOLOGIA da PERSISTÊNCIA
- DETERMINAÇÃO em VALORIZAR os ACTIVOS da COMUNIDADE

**COMPREENDER A
CONCORRÊNCIA**

**NORMAS DE CONCORRÊNCIA NECESSÁRIAS
PARA O MERCADO INTERNO (*)**



(*) Formulação do Tratado de Lisboa (2007) que substitui a expressão “concorrência não falseada” que vinha do Tratado de Roma (1957)

COMPREENDER A POLÍTICA

QUE PARADIGMA de POLÍTICA PÚBLICA ?

“... No Tratado, a concorrência não é considerada como um fim em si. Mas, é um meio adequado e prático... para satisfazer os objectivos contidos no nosso Tratado e que são: uma expansão mais rápida, uma melhor utilização das forças produtivas e uma integração rápida das nossas economias.”

(HANS von der GROEBEN, Primeiro Comissário responsável pela Política de Concorrência, no Parlamento Europeu a 19.10.1961)

COOPERAÇÃO / CONCERTAÇÃO

ESTRUTURA do ART.º 101º do TFUE do Tratado de Lisboa

- O n.º 1 consagra o princípio de proibição de todas as restrições sensíveis da concorrência, praticadas por empresas e associações de empresas, que afectem o comércio entre os Estados Membros.
- O n.º 2 estabelece o princípio da nulidade de pleno direito dos acordos e decisões que tenham sido subsumíveis ao n.º 1.
- O n.º 3 desenha um conjunto de critérios que permitem a isenção de determinados comportamentos da proibição editada no n.º 1.

COMPREENDER A POLÍTICA

- A forma escolhida pelo legislador para enunciar o **Princípio da Proibição** não é imediata. O articulado começa pela expressão: *São incompatíveis com o mercado comum (interno) e proibidas todos os acordos entre empresas.*
- Esta fórmula vem confirmar inequivocamente o carácter **INSTRUMENTAL da POLÍTICA de CONCORRÊNCIA**. As estratégias empresariais a que se refere o artigo 101.º não são proibidas *per se*, por razões que lhes sejam intrínsecas, como aparentemente sucede no SHERMAN ACT. A proibição decorre de um elemento absolutamente central na CONSTRUÇÃO EUROPEIA, a saber, a sua incompatibilidade com o **MERCADO COMUM**.

Artigo 101.º

(ex-artigo 81.º TCE)

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

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- 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 objecto desses contratos.

Artigo 101.º

(ex-artigo 81.º TCE)

(Cont.)

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

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

COMPREENDER A POLÍTICA

•A aplicação do artigo 101º TFUE do Tratado de Lisboa exige a verificação de quatro condições:

- a) **Sujeito activo:** EMPRESAS ou ASSOCIAÇÕES de EMPRESAS
- b) **Vínculo entre as partes:** CONCURSO de VONTADES AUTÓNOMAS
- c) **Âmbito:** AFECTAÇÃO do COMÉRCIO ENTRE os ESTADOS MEMBROS
- d) **Objecto ou efeito:** IMPEDIR, RESTRINGIR ou FALSEAR (de forma sensível), a CONCORRÊNCIA no MERCADO COMUM, ou NUMA sua PARTE SUBSTANCIAL

ABUSOS de POSIÇÃO DOMINANTE

ARTIGO 102.º do TFUE - (Artigo III-162.º do TCE)

É incompatível com o mercado comum (*interno*) e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum (*interno*) ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a)** Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b)** Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c)** Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d)** 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 objecto desses contratos.

ABUSOS de POSIÇÃO DOMINANTE

Artigo 6.º (Lei 18/2003)

- 1** – É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.
- 2** – Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: **a)** A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes; **b)** Duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.
- 3** – Pode ser considerada abusiva, designadamente:
 - a)** A adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 4.º;
 - b)** A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

DIREITOS ESPECIAIS ou EXCLUSIVOS

Artigo 106.º

(ex-artigo 86.º TCE)

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18.º e 101.º a 109.º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.
3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.

– QUE *RATIO* ?

Tal como os restantes números do artigo 101.º e do artigo 102.º vivemos hoje com uma **norma** que foi redigida em 1956 pelo **legislador de Messina**.

O legislador resolveu introduzir uma possibilidade de não se aplicar a proibição editada pelo artigo 101.º (1) enquanto que, perante a questão hipoteticamente homóloga no âmbito do artº. 102º., quedou-se pelo silêncio expressivo, abrindo portas para que o “intérprete” visse a existência de uma **REGRA de RAZÃO** (“Rule of Reason”) no seu conteúdo implícito.

No essencial, a Norma do Tratado estatui o seguinte:

- a)** Existem quatro testes, (cada qual objecto de uma redacção expressa no artigo) com que devem confrontar-se as diferentes estratégias empresariais de concertação / colusão, sobre as quais incidiu a proibição constante do artigo 101.º (1), e, também do artigo 4º da Lei nº. 18/2003.
- b)** Se essas estratégias merecerem uma resposta positiva em todos os referidos quatro testes, então elas podem beneficiar de uma isenção durante um certo período, e, eventualmente sujeita a determinadas condições e obrigações. Estes quatro testes são de verificação obrigatoriamente cumulativa.
- c)** Sublinha-se finalmente que estes quatro testes são exaustivos. Nem a Comissão Europeia nem as Autoridades Nacionais têm legitimidade para, com a redacção desta norma “inventarem” quaisquer outros testes.

- OS QUATRO TESTES CUMULATIVOS e EXAUSTIVOS

- QUEM FAZ a AVALIAÇÃO ?**
- SEGUNDO QUE CRITÉRIOS ?**
- QUE METODOLOGIA ?**
- QUE SEGURANÇA JURÍDICA ?**

- QUEM FAZ a AVALIAÇÃO ?

↪ **OS PRÓPRIOS AGENTES ECONÓMICOS EMPRESARIAIS, ENVOLVIDOS NAS ESTRATÉGIAS de CONCERTAÇÃO (ACORDOS, PRÁTICAS CONCERTADAS e DECISÕES de de ASSOCIAÇÕES de EMPRESAS), PREVISTAS no ARTº 101º (1)**

↪ **OS PROFISSIONAIS LIBERAIS SÃO EQUIPARADOS a EMPRESAS**

- SEGUNDO QUE CRITÉRIO ?

RESPEITANDO ESCRUPULOSAMENTE os 4 TESTES expressos no TRATADO e, cuja VERIFICAÇÃO, tem de ser CUMULATIVA

(T1) – CONTRIBUIR para a MELHORIA da PRODUÇÃO ou da DISTRIBUIÇÃO dos BENS

ENVOLVIDOS, ou, para PROMOVER o PROGRESSO TÉCNICO ou ECONÓMICO (GANHOS de EFICIÊNCIA)

(T2) – RESERVAR aos CONSUMIDORES/UTILIZADORES uma PARTE EQUITATIVA do LUCRO RESULTANTE

(T3) – ASSEGURAR que as RESTRIÇÕES EXISTENTES são INDISPENSÁVEIS aos OBJECTIVOS ASSUMIDOS

(T4) – ASSEGURAR que não ADVÉM a POSSIBILIDADE de ELIMINAR a CONCORRÊNCIA, RELATIVAMENTE a uma PARTE SUBSTANCIAL dos PRODUTOS em CAUSA

- QUE METODOLOGIA ?

■ REGRAS GERAIS

- ❖ **EMBORA se APLIQUE a QUALQUER TIPO de ACORDO RESTRITIVO SUBSUMÍVEL ao ARTIGO 101º (1), só em CIRCUNSTÂNCIAS muito EXCEPCIONAIS é que as RESTRIÇÕES MAIS GRAVES de CONCORRÊNCIA (Por exemplo: ACORDOS HORIZONTAIS de FIXAÇÃO de PREÇOS, etc.), acabam por verificar a ocorrência cumulativa dos **QUATRO TESTES EXPLICITADOS** no TRATADO.**
- ❖ **É NECESSÁRIO VERIFICAR a existência de um **NEXO de CAUSALIDADE** entre os diversos elementos da geografia do “ACORDO” e os **RESULTADOS ALMEJADOS** em cada TESTE.**

T1

O TESTE dos GANHOS de EFICIÊNCIA

- ❖ **É PRECISO FUNDAMENTAR TODAS AS ALEGAÇÕES de GANHOS de EFICIÊNCIA, de modo a ser possível verificar**
 - **A sua natureza**
 - **A causalidade entre o “ACORDO” e os “GANHOS de EFICIÊNCIA”**
 - **A probabilidade e a magnitude de cada um dos alegados ganhos de eficiência**
 - **Em que circunstâncias (como? e quando?) vêm a ocorrer?**
 - **Que custos previsíveis lhes estão associados?**

Na aplicação deste teste, é útil atender ao seguinte:

a.1. Tanto se aplica a produtos como a serviços.

a.2. Só consideram BENEFICIOS OBJECTIVOS

i.e. está incluído o acolhimento da visão subjectiva das partes (ver acórdão TJCE no clássico (1966) GRUNDING/CONSTEN, bem como a decisão bem mais recente, da COMISSÃO no processo Van Den Bergh Foods (1998)

a.3. É preciso isolar os benefícios inerentes às estratégias subsumíveis ao artigo 81.º (1) dos ganhos normais decorrentes da presença dos protagonistas no mercado.

Assim por exemplo as reduções de custo ou quaisquer outras medidas inerentes à boa gestão dessas protagonistas (com os consequentes reflexos nos seus ganhos) são irrelevantes para este objectivo.

a.4. Deve pois ser possível identificar umnexo de causalidade entre a estratégia em causa e os alegados ganhos de eficiência.

a.5. É preciso fundamentar a existência de ganhos de eficiência, de modo a ser possível verificar:

a.5.1. A natureza dessas ganhos,

São reduções de custos?

São novas formas de valor, associados a novos serviços e/ou novos produtos?

Existe mais valor acrescentado?

a.5.2. Relação de causalidade entre os acordos restritos e os alegados ganhos de eficiência;

a.5.3. Probabilidade e magnitude de cada um desses ganhos;

a.5.4. Previsão de como, e, quando esses ganhos vão ocorrer?

T2

O TESTE da TRANSFERÊNCIA de uma PARTE EQUITATIVA dos BENEFÍCIOS para os CONSUMIDORES / UTILIZADORES

Importa verificar se:

- **Existe uma compensação pelo eventual impacto negativo, efectivo ou potencial, da ocorrência da restrição nos termos do artº 101.º (1).**
- **Ou se, pelo menos, o efeito líquido do “ACORDO” é nulo.**

i.e.

Se a situação dos consumidores se agravar, o teste vem negativo.

Note-se, contudo, que, um possível aumento dos preços poderá ser compensado por uma melhoria de qualidade ou por benefícios de outra natureza.

Na aplicação deste Teste, é útil atender ao seguinte:

- b.1.** Não é necessário que os consumidores recebam uma parte de todos os ganhos de eficiência identificados no primeiro teste.
- b.2.** Basta que sejam recebidos os benefícios necessários e suficientes para compensar os efeitos negativos para os consumidores da estratégia em causa.
(Acórdão TJCE, METRO, 1977, ponto 48)
- b.3.** Os benefícios absorvidos pelos consumidores podem ser diferidos no tempo, embora dentro de certos limites.
Em todo o caso quanto mais prolongado for este diferimento, maiores devem ser os benefícios a transferir.
O valor de poupar hoje 100 Euros é maior do que o valor de poupar idêntico montante um ano mais tarde.
- b.4.** Para comparar um prejuízo ocorrido num dado momento com um benefício a ocorrer num momento futuro, é preciso aplicar uma taxa de desconto adequada.
- b.5.** Existe uma espécie de “escala móvel” que gradua a dimensão daquela “parte equitativa” em função da intensidade dos prejuízos existentes.

Quanto mais grave for a restrição da concorrência nos termos do art.º 101.º (1), maiores devem ser os ganhos de eficiência gerados e a trespassar para os consumidores relevantes.

b.6. Para avaliar este mecanismo de “repassagem” dos benefícios para os consumidores, é preciso fazer uma análise económica dos **mercados relevantes** em causa.

Em princípio será preciso estudar os seguinte aspectos:

b.6.1. Características do “negócio” em causa

b.6.2. Aplicação do **paradigma S-P-B** ao **mercado** em causa

b.6.3. **Elasticidade da procura**

b.6.4. Natureza e severidade das **restrições de concorrência**.

b.6.5. Avaliação do **valor** decorrente da disponibilização de novos produtos e/ou novos serviços.

b.6.6. Avaliação do **acréscimo do valor** numa perspectiva dinâmica da evolução previsível dos mercados e, da concorrência.

T3

O TESTE do PRINCÍPIO da PROPORCIONALIDADE

- . **Importa verificar se:**
 - **O “Acordo” restritivo, enquanto tal, é ou não, necessário para a obtenção dos referidos Ganhos de eficiência**
 - **As restrições individuais, decorrentes daquele acordo também são ou não, necessárias para aquele objectivo**

- . **Note-se que**
 - Uma restrição apenas deve ser considerada **INDISPENSÁVEL** se a sua ausência eliminar ou reduzir significativamente os ganhos da eficiência decorrentes do acordo.**

Este teste implica pois a resposta a duas questões:

(i) o acordo restritivo, enquanto tal, é necessário para a obtenção dos ganhos de eficiência?

Ou, dito de outras formas estes mesmos ganhos podem ser obtidos através de uma estratégia alternativa?

(ii) Cada uma das restrições individuais associadas à estratégia em causa é indispensável para a produção dos referidos ganhos de eficiência?

Também aqui é necessário proceder a uma análise económica das situações concorrenciais antes e depois da aplicação da estratégia em causa.

Em particular, é útil equacionar por exemplo as seguintes questões:

C1 – No mercado em causa, qual é a escala mínima de eficiência?

C2 – Os ganhos de eficiência decorrentes de economia de escala e/ou de gama, podem ser obtidos por determinadas medidas de gestão interna dos protagonistas, por exemplo, em termos da intensificação da concorrência pela via dos preços?

C3 - Quando é que as economias de escala e/ou de gama se esgotam? Quando é que os custos médios estabilizam ou mesmo começam a aumentar?

C4 – Quais são os riscos associados à participação dos diferentes protagonistas nas estratégias em causa, e quais são os incentivos correspondentes?

C5 – Qual a função económica das hipóteses de sinergias competitivas advenientes dessas estratégias?

C6 – Em que medida e de que forma aqueles riscos incluem **RESPOSTAS CONCORRENCIAIS** de outros protagonistas que possam explorar situações de fragilidade advenientes da execução da estratégia proposta?

Por exemplo, podem surgir PROBLEMAS de CATIVIDADE do seguinte género:

Um fornecedor que tenha realizado um investimento significativo, numa relação de subcontratação com um dado cliente, a quem é suposto fornecer um dado produto no quadro da estratégia em causa. **(Cont.)**

Para evitar que esse **cliente abuse** dessa situação de **dependência** para obter condições mais favoráveis poder-se-ão justificar **restrições** como:

- proibição de aquisição desse produto ou dos seus componentes junto a terceiros
- Obrigação de compra de quantidades mínimas junto desse fornecedor

C7 – O período durante o qual as restrições de concorrência é compaginável com o horizonte temporal da estratégia em causa, focalizado nos testes anteriores?

T4 O TESTE de NÃO ELIMINAÇÃO da CONCORRÊNCIA

- . Pretende-se assegurar que a **Rivalidade Competitiva** entre as **Empresas** continua a ser um vector essencial do regime da **CONCORRÊNCIA LIVRE e NÃO FALSEADA** que o **TRATADO** estabelece.
- . Por isso, este Teste, exprime um **Conceito autónomo** do **direito comunitário da Concorrência**, reconhecido pelo **TJCE** em diversos acórdãos, e, como tal, carece de ser aplicado no contexto da filosofia geral de integração económica ínsita no Tratado.

Trata-se apenas de verificar se a estratégia dos protagonistas em causa lhe confere qualquer possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Esta questão carece de ser analisada no horizonte temporal o mais extenso possível, e, para além disso, envolve a ponderação de outros aspectos, entre os quais, justifica-se enfatizar os seguintes:

d.1. Como compaginar a protecção de uma concorrência efectiva durante o período de tempo o mais longo possível, com ganhos de eficiência focalizados no curto prazo.

Os prejuízos advenientes de uma hipotética eliminação de concorrência daqui a 3 anos são muito superiores a ganhos que se manifestam apenas nos dois primeiros anos.

d.2. O conceito circunscrito a este **4º Teste** não deve ser misturado com outras disposições do **Tratado**, mesmo que os efeitos concorrenciais sejam idênticos.

Mais concretamente este **4º Teste** não se pode diluir numa hipotética análise no quadro do artigo 102.º, se porventura este também for aplicável.

d.3. A aplicação deste **4º Teste** exige a ponderação de outras fontes alternativas eventualmente geradoras de concorrência nos mercados em causa.

d.4. O eventual bloqueio de uma dada dimensão da concorrência (p. ex. preços) pode ou não ser compensado pelo aparecimento de outra dimensão da concorrência.
(p. ex: novos produtos)

(T4) QUE SEGURANÇA JURÍDICA

- Pretende-se que esta **SEGURANÇA JURÍDICA** seja a maior possível, no quadro de um sistema em que a avaliação é feita pelos próprios interessados, e, continua a pertencer à **COMISSÃO** e as **AUTORIDADES NACIONAIS**, a competência de, a posteriori, poderem vir a retirar esse benefício.

- **A PROMOÇÃO de um ACTIVO PÚBLICO**

A **CONCORRÊNCIA**, enquanto um **BEM PÚBLICO** que CARECE ser DEFENDIDO e PROMOVIDO

A **CONCORRÊNCIA** que a **CONSTITUIÇÃO da REPÚBLICA PORTUGUESA (artº 81 e)** e, o **TRATADO da CE / desde as versões de ROMA (1957) a NICE (2003) e, a LISBOA (2009)**, defendem, consagra um **paradigma *sui generis***, identificado pelos adjectivos ***“equilibrada”*** e ***“não falseada”***, com as seguintes características estruturais:

- Constitui um **VALOR** de **CIVILIZAÇÃO** com uma clara **LIGAÇÃO GENÉTICA à DEMOCRACIA**, na **PLENITUDE** das suas **VALÊNCIAS**
- Procura gerar um **AMBIENTE** próprio de um **ESTADO REGULADOR** e **PROMOTOR** da **CIDADANIA**

- Exprime uma **CONDIÇÃO NECESSÁRIA** para o **EXERCÍCIO** da **LIBERDADE ECONÓMICA**

- **LIBERDADE** de **ACEDER ...**
de **PRODUZIR ...**
de **DESENVOLVER ...**
de **COMPRAR...**

- **LIBERDADE** de **COMPETIR** e de **INOVAR**

- Constitui um **ACTIVO** de natureza instrumental, ao serviço de outros objectivos Constitucionais, mas que, entregue a si mesmo, acaba por se **DISSIPAR** pela **INÉRCIA** do **SISTEMA** e do **MERCADO**. Daí a necessidade imperiosa de:

- **POLÍTICAS** de **DEFESA** de **CONCORRÊNCIA**
- **POLÍTICAS** de **PROMOÇÃO** de **CONCORRÊNCIA**

CASO “MICROSOFT”

ABUSO de POSIÇÃO DOMINANTE

O que está em causa?

- Durante muitos anos, a Microsoft **acoplou automaticamente o seu programa de navegação «Internet Explorer»** ao seu sistema operativo «Windows».
- Dado que a Microsoft detém uma posição dominante no mercado dos sistemas operativos para computadores pessoais, a Comissão Europeia mostrou-se preocupada com as possíveis repercussões desta situação em termos de **diminuição do leque de escolha para os consumidores e de decréscimo dos produtos inovadores no mercado.**
- Em Outubro de 2009, a Microsoft **comprometeu-se a acabar com este obstáculo à concorrência.** A Comissão transformou agora esse compromisso numa decisão juridicamente vinculativa para a Microsoft durante um período de cinco anos.
- A partir de **Março de 2010**, os utilizadores do Windows **poderão decidir livremente que programa de navegação na Internet** querem usar no seu computador.

CASO “MICROSOFT”

ABUSO de POSIÇÃO DOMINANTE

(cont.)

Quem irá beneficiar?

• Mais de **100 milhões de europeus**, e muitos mais no futuro, **que usam os sistemas operativos Windows** (XP, Vista, 7 e sucessores) e que passarão a poder escolher facilmente o seu programa de navegação na Internet. Para quem usa estes produtos num quadro institucional, por exemplo numa empresa ou numa universidade, esta escolha poderá ficar a cargo dos administradores dos respectivos informáticos.

O que se irá passar na prática?

- Um ecrã de escolha de programas de navegação permitir-lhe-á escolher livremente um ou vários dos 12 programas de navegação na Internet mais populares, incluindo Mozilla Firefox, Google Chrome, Apple Safari e Opera.
- Cada programa de navegação será acompanhado de informações dadas pelo respectivo produtor que o ajudarão a fazer uma escolha esclarecida.

CASO “MICROSOFT”

ABUSO de POSIÇÃO DOMINANTE

(cont.)

• Caso tenha o Internet Explorer como programa de navegação e tenha optado por fazer automaticamente as actualizações do Windows, será dirigido directamente para o ecrã de escolha. Se as actualizações não forem feitas automaticamente, ser-lhe-á dada a possibilidade de confirmar se quer instalar a actualização que introduz o ecrã de escolha.

O que se irá mudar concretamente?

- **Intensificação da concorrência entre programas de navegação na Internet**, com maior escolha para os utilizadores.
- **Aumento da inovação em produtos relacionados** (conteúdo digital, software, tecnologias Web, etc.).

A partir de quando?

• A actualização que irá introduzir o ecrã de escolha de programas de navegação terá início em **Março de 2010** e ficará **disponível durante 5 anos**.

CASO “MICROSOFT”

ABUSO de POSIÇÃO DOMINANTE

(cont.)

Mais informações

Perguntas frequentes e estudos de caso

http://ec.europa.eu/competition/consumers/web_browsers_choice_en.html

Mais sobre a política da concorrência

http://ec.europa.eu/competition/consumers/index_en.html