

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

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

# C&R

REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO  
COMPETITION  
AND REGULATION

ANO/YEAR XI • NÚMERO/No 41  
JANEIRO/JANUARY • MARÇO/MARCH 2020

PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO XI • NÚMERO 41  
JANEIRO – MARÇO 2020

# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

*Direção/Editorial Chairs*

MARIA JOÃO MELÍCIAS • MIGUEL SOUSA FERRO

*Presidência do Conselho Científico/Scientific Council Chairs*

EDUARDO PAZ FERREIRA • MARGARIDA MATOS ROSA

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

RICARDO BAYÃO HORTA

*Conselho Consultivo/Advisory Board*

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano XI • Número 41

janeiro – março 2020

DIRETORES

MARIA JOÃO MELÍCIAS  
MIGUEL SOUSA FERRO (Diretor-Adjunto)

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19  
1050-037 Lisboa  
NIF: 506557057

IDEFF

FACULDADE DE DIREITO

Alameda da Universidade  
1649-014 Lisboa  
NIF: 506764877

SEDE DA REDAÇÃO

Avenida de Berna, 19  
1050-037 Lisboa

EXECUÇÃO GRÁFICA

UNDO, L.<sup>DA</sup>  
Estrada do Algueirão, 64  
2725-019 Mem-Martins

MARÇO 2020

N.º DE REGISTO NA ERC

126126

ESTATUTO EDITORIAL

[http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx)

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

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

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

# ÍNDICE

- 9 EDITORIAL
- 13 DOUTRINA
- 13 **Doutrina geral**
- 15 Joana Vaz Baptista – *A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão*
- 37 Nuno Alexandre Pires Salpico – *As restrições à concorrência nas plataformas de cartões de pagamento através das interchange fees*
- 75 Daniel Favoretto Rocha – *Acordos substitutivos como precedentes administrativos: desafios do CADE e lições para o direito concorrencial europeu*
- 99 Dani de Sousa Moreira – *Programas de clemência: a experiência norte-americana versus a experiência europeia*
- 127 **BREVES**
- 129 Rita Prates – *Partial implementation and gun-jumping, how original. what will they think of next? - Chapter Two*
- 139 **JURISPRUDÊNCIA GERAL**
- 141 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – janeiro a março de 2020
- 147 **Notas Curriculares**
- 151 **Índice consolidado por temas**
- 175 **Colaboração com a Revista de Concorrência e Regulação**
- 177 **Órgãos Sociais**





## EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

*Maria João Melícias*

*Miguel Sousa Ferro*

Este número 41 da Revista de Concorrência & Regulação abre com uma análise por Joana Vaz Baptista do regime jurídico das sanções pecuniárias compulsórias que podem ser aplicadas pelo Banco Central Europeu no exercício das suas funções de supervisão bancária. Este artigo realça a adoção de uma abordagem promotora da efetividade da supervisão, abandonando-se a finalidade punitiva em prol de uma abordagem de incentivo económico à reposição da legalidade.

Nuno Salpico fornece-nos uma visão geral da aplicação do direito da concorrência da União às plataformas de cartões de pagamento, focando-se nas várias decisões de infrações e de compromissos que têm vindo a ser adotadas pela Comissão Europeia,

*This Issue 41 of the Revista de Concorrência & Regulação begins with an analysis by Joana Vaz Baptista of the legal regime of the periodic penalty payments which may be applied by the European Central Bank in the exercise of its banking supervisory functions. This paper stresses the adoption of an approach which promotes the effectiveness of the supervision, replacing a punitive goal with an approach that creates economic incentives for legal compliance.*

*Nuno Salpico provides us with an overall view of the application of EU competition law to card payment platforms, focusing in particular on the various infringement and commitments decisions which have been adopted by the European Commission, addressed*

endereçadas à Visa e Mastercard. O autor discute, nomeadamente, a qualificação das *interchange fees* como restrições por objeto ou por efeito e a sua justificação como restrições acessórias ou ao abrigo do artigo 101.º(3) do TFUE.

Daniel Favoretto Rocha traz-nos uma descrição da regulação e experiência brasileiras com o desfecho de processos de concorrência por via de transações. O autor realça a especial preocupação do legislador brasileiro, numa revisão recente da lei, com a garantia da coerência na conclusão de transações pelas autoridades, para excluir a arbitrariedade na aplicação do direito da concorrência. São propostos critérios orientadores da atuação das autoridades para cumprir este objetivo.

Dani de Sousa Moreira compara os programas de clemência para o direito da concorrência dos Estados Unidos da América e da União Europeia, e a sua experiência de aplicação prática. O artigo junta-se ao coro de vozes que têm vindo a realçar a tendência para uma excessiva dependência das autoridades de concorrência destes programas para detetarem cartéis. O programa americano é apresentado como tendo vantagens relativamente ao europeu, associadas a outras opções do ordenamento jurídico americano, que parecem por enquanto não ser viáveis na Europa, *maxime* a criminalização dos cartéis.

*to Visa and Mastercard. The author discusses, namely, the qualification of interchange fees as object restrictions or effects restrictions and their justification as ancillary restriction or under article 101(3) TFEU.*

*Daniel Favoretto Rocha gives us a description of the Brazilian regulation and experience with the closing of competition cases through settlements. The author emphasizes the special concern of the Brazilian legislator, in a recent amendment of the law, with ensuring consistency in the settlements reached by the authorities, to exclude arbitrariness in the enforcement of competition law. Principles are proposed to guide the behaviour of the authorities so as to achieve this objective.*

*Dani de Sousa Moreira compares the leniency programmes for competition law in the United States of America and in the European Union, and the experience of their practice. The paper adds to the chorus of voices which have pointed out a tendency for an excessive dependence by competition authorities on these programmes for the detection of cartels. The American programme is presented as having advantages over the European one, connected to other options of the American legal order, which seem not to be viable, for the moment, in Europe, such as the criminalization of cartels.*

Por último, na secção de Breves, Rita Prates conclui a sua reflexão, iniciada no n.º 37 da Revista, sobre o *gun-jumping* no controlo de concentrações e os mais recentes desenvolvimentos a nível europeu. Aborda-se o caso TMSC, em que foi aplicada uma multa de 28 milhões EUR à Canon, discutindo-se mais um método visto como uma estruturação de negócios visando contornar a obrigação de *standstill*.

*Finally, in the Brief papers section, Rita Prates concludes her discussion, begun in Issue 37, on gun-jumping in merger control and the most recent development at EU level. The TMSC case is looked into, in which a fine of 28 million EUR was applied to Canon, leading to discussions of one more method perceived as a transaction structure meant to circumvent the standstill obligation.*



C&R

DOCTRINA

*Doutrina geral*



# A ADOÇÃO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS COMPULSÓRIAS PELO BANCO CENTRAL EUROPEU NO ÂMBITO DO MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO

Joana Vaz Baptista\*

**ABSTRACT** *This paper provides a brief analysis on the adoption by the European Central Bank of periodic penalty payments when acting as a banking supervisor, in the context of the Single Supervisory Mechanism. In particular, we describe the applicable legal regime and emphasize the configuration of this measure as a supervisory enforcement tool, distinct from its nature when adopted by the European Central Bank in the performance of its other attributions.*

**SUMÁRIO** 1. Enquadramento; 2. A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo Banco Central Europeu; 3. A adoção de sanções pecuniárias compulsórias pelo BCE no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão; 4. Pressupostos de aplicação e regime das sanções pecuniárias compulsórias no contexto do MUS; 5. Reflexões conclusivas.

**KEY-WORDS** Business Law, Regulated Industries, Regulation; Law Enforcement

## 1. ENQUADRAMENTO

A crise financeira internacional de 2007/2008 suscitou, no que respeita ao setor financeiro, e ao subsector bancário em particular, uma análise e reavaliação das regras aplicáveis, incluindo dos modelos e práticas de supervisão, no âmbito da qual foi assinalada a necessidade de dotar o sistema financeiro de um quadro mais robusto de sanções e de medidas de *enforcement* que permitam aos supervisores impor, tornando efetivas, as suas decisões. Neste sentido, o Relatório de Larosière<sup>1</sup> refere que “*Furthermore, the enforcement of existing*

---

\* Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 Referimo-nos ao Relatório do Grupo de Alto Nível sobre a Supervisão Financeira na União Europeia dirigido por Jacques de Larosière. Este relatório, encomendado pela Comissão Europeia em outubro de 2008 com o intuito de aconselhar acerca do futuro da regulação e supervisão financeira na União Europeia, foi

*regulation, when adequate (or improving it where necessary), and better supervision, can be as important as creating new regulation”<sup>2</sup>.*

Também ao nível institucional se considerou evidenciada a necessidade de uma supervisão mais integrada ao nível da União Europeia, tendo logo em 2010 ocorrido reformas significativas com a criação do Sistema Europeu de Supervisão Financeira que integra, além das autoridades de supervisão nacionais, as três autoridades europeias de supervisão financeira (a Autoridade Bancária Europeia, a Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados e a Autoridade Europeia dos Seguros e Pensões Complementares de Reforma) e o Comité Europeu do Risco Sistémico.

Mais recentemente, fortaleceu-se a integração através do projeto da União Bancária, que se traduz presentemente na existência de um sistema de supervisão (o Mecanismo Único de Supervisão) e de resolução (o Mecanismo Único de Resolução) bancárias ao nível da União Europeia, estando ainda prevista a existência de um terceiro pilar, correspondente a um sistema comum de garantia de depósitos.

No âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, em funcionamento desde novembro de 2014, as atribuições em matéria de supervisão das instituições de crédito encontram-se repartidas entre as autoridades nacionais e o Banco Central Europeu (“BCE”), relativamente ao qual estas atribuições vieram acrescer àquelas que já desempenhava anteriormente *maxime* no âmbito do Sistema Europeu de Bancos Centrais.

Tendo em vista o pleno desempenho das suas novas atribuições, foram atribuídos ao BCE diversos poderes, entre os quais o poder de aplicar sanções pecuniárias compulsórias. Pese embora o BCE já dispusesse deste poder, o seu alargamento ao domínio da supervisão conduziu a uma alteração na forma como é configurado, que expomos no presente artigo juntamente com a descrição do respetivo regime jurídico.

---

publicado em fevereiro de 2009 e pode ser consultado em [https://ec.europa.eu/info/system/files/de\\_larosiere\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/system/files/de_larosiere_report_en.pdf).

2 O Relatório de Larosière assinala ainda como uma das lições da crise financeira (*what went wrong*) a disparidade entre os poderes de supervisão disponíveis nos diferentes Estados Membros, assinalando que “*There are substantial differences in the powers granted to national supervisors in different Member States, both in respect of what they can do by way of supervision and in respect of the enforcement actions (including sanctions) open to them when a firm is in breach of its duties. The Group recommends an urgent review of these differences in powers and subsequent action to bring all supervisors up to a high level minimum standard. This will involve substantial increase in the powers of a number of Member States supervisors*”.



Originariamente concebidas com natureza civilística e aplicadas pelos tribunais<sup>3</sup>, as sanções pecuniárias compulsórias foram alargadas a outros domínios<sup>4</sup> e a respetiva possibilidade de aplicação veio a ser estendida a autoridades administrativas. Atualmente esta medida integra o conjunto de ferramentas (“*toolkit*”) de que dispõem algumas autoridades administrativas com funções de regulação e de supervisão, de âmbito setorial ou transversal à economia, tendo em vista reforçar a efetividade da sua atuação.

A atribuição destes poderes às autoridades administrativas visa dar resposta à necessidade de assegurar o cumprimento das normas aplicáveis, permitindo-lhes compelir o respetivo destinatário a adotar um determinado comportamento, reagindo de forma rápida e proporcionada, reforçando dessa forma a eficácia da sua atuação.

A este respeito, Vieira de Andrade (2018: 37) refere estarmos perante a atribuição às autoridades reguladoras de poderes para-jurisdicionais que, embora inseridos no exercício da função administrativa, ficam necessariamente sujeitos a reexame judicial em virtude do tipo de decisão em causa.

Embora estas medidas sejam tipicamente incluídas entre os poderes sancionatórios das autoridades administrativas, Gonçalves (2006: 266) assinala que, sem prejuízo do seu caráter sancionatório, a sanção pecuniária compulsória “*não se confunde com a punição (aplicação de coima e de sanção acessória) no âmbito do ilícito de mera ordenação social (...). Apresentam-se, todavia, bem diferentes a ratio e o alcance de cada um desses atos sancionatórios*”. Assim sendo, não é de excluir que o incumprimento que suscita a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória dê também lugar à aplicação de uma coima no contexto de um processo contraordenacional.

Entre as autoridades habilitadas a aplicar sanções pecuniárias compulsórias aos operadores económicos podemos referir, ao nível da União Europeia, a Comissão Europeia no âmbito das suas atribuições de zelar pelo cumprimento das normas Europeias em matéria de concorrência, constantes dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), correspondentes anteriormente aos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“TCE”).

---

3 Para uma contextualização acerca do aparecimento desta medida, *vide* Calvão da Silva, 2002.

4 Desde logo, no âmbito da reforma do contencioso administrativo efetuada em Portugal em 2002 uma das principais inovações foi a instituição do poder de os tribunais administrativos imporem sanções pecuniárias compulsórias, tendo em vista garantir a tutela jurisdicional efetiva e assegurar a imperatividade das decisões dos tribunais sobre as autoridades administrativas.

O exercício destas competências encontra-se previsto no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do então TCE, cujo artigo 24.º, n.º 1, prevê que a Comissão pode decidir “*aplicar sanções pecuniárias compulsórias às empresas e associações de empresas até 5 % do volume de negócios diário médio realizado durante o exercício precedente, por cada dia de atraso, a contar da data fixada na decisão, a fim de as compelir a (...)*” adotar uma das atuações enunciadas nas alíneas desta disposição legal, que incluem condutas que vão desde pôr termo a uma infração das regras da concorrência a sujeitar-se a uma inspeção que a Comissão haja ordenado.

Nos termos do n.º 2 do artigo 24.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, quando o destinatário da sanção pecuniária compulsória tiver entretanto cumprido a obrigação para cuja execução aquela fora aplicada, a Comissão pode fixar o seu montante definitivo num montante inferior ao resultante da decisão inicial.

Resulta deste regime que a sanção pecuniária compulsória é configurada como uma medida coerciva que tem como finalidade compelir a empresa destinatária<sup>5</sup> a adotar uma certa conduta.

Também a nível nacional, a Autoridade da Concorrência dispõe de poder para aplicar sanções pecuniárias compulsórias. Nos termos do artigo 72.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, a sanção pecuniária compulsória pode ser aplicada em caso de não acatamento de uma decisão desta autoridade que imponha uma sanção ou ordene a adoção de medidas determinadas ou perante a falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia.

Nestas situações, quer haja lugar à aplicação de coima, quer a Autoridade da Concorrência entenda que se encontram preenchidos os requisitos de dispensa ou de redução de coima<sup>6</sup>, esta autoridade poderá recorrer, quando considere que tal se justifica, à aplicação de uma sanção pecuniária compulsória “*num montante não superior a 5% da média diária do volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão, por dia de atraso, a contar da data da notificação*”.

---

5 À semelhança do que veremos suceder relativamente ao BCE, a Comissão não se encontra habilitada a aplicar sanções pecuniárias compulsórias a pessoas singulares.

6 Nos termos do disposto nos artigos 70.º e 77.º e seguintes do Regime Jurídico da Concorrência.

Esta medida foi aplicada num caso concreto, ainda na vigência do anterior regime, conjuntamente com uma coima e uma sanção acessória<sup>7</sup>.

Para além da Autoridade da Concorrência, outras autoridades administrativas com atribuições de regulação e de supervisão de âmbito setorial dispõem de poder para aplicar sanções pecuniárias compulsórias como forma de induzir os destinatários das suas decisões a cumprirem as mesmas, reforçando a sua atuação. Podemos referir, apresentando regimes legais distintos nesta matéria, a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)<sup>8</sup>, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE)<sup>9</sup> e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC)<sup>10</sup>.

## 2. A ADOÇÃO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS COMPULSÓRIAS PELO BANCO CENTRAL EUROPEU

Desde a sua constituição em 1998 que, tendo em vista a prossecução das suas atribuições no âmbito do Sistema Europeu de Bancos Centrais, o BCE foi habilitado com um poder próprio de decisão – “*de caráter normativo e administrativo*”<sup>11</sup> – sendo-lhe atribuída competência para adotar regulamentos, de caráter geral, e decisões individuais e concretas<sup>12</sup>.

Neste contexto, e para o efeito de assegurar o *enforcement* dos respetivos atos, o BCE foi igualmente habilitado, ao nível do direito primário, a “*aplicar multas ou sanções pecuniárias temporárias às empresas em caso de incumprimento*”

7 Referimo-nos ao processo de contraordenação n.º 2006/06, no âmbito do qual foram aplicadas pelo Conselho da Autoridade da Concorrência a cada uma das empresas aí arguidas uma coima, uma sanção acessória e uma sanção pecuniária compulsória “*por cada dia de atraso no cessar das práticas resultantes do acordo [de preços] entre elas vigente*”. A versão não confidencial da decisão, de 16 de abril de 2007, pode ser consultada em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas\\_Proibidas/Decisoes\\_da\\_AdC/Documents/DecisaoPRC200606.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC200606.pdf).

8 Cfr. Artigo 9.º, n.º 1, alínea q), dos Estatutos da ANACOM, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 39/2015, de 16 de março.

9 Cfr. Artigo 36.º do Regime sancionatório do setor energético, aprovado pela Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro.

10 Cfr. Artigo 72.º da Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, que cria a ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social. Neste caso estamos perante um mecanismo de pressão que opera *ope legis*, sem necessidade de ser declarado pelo tribunal ou pela própria autoridade administrativa e que reforça a probabilidade de cumprimento das decisões administrativas adotadas. Cfr. Roque, 2009: 419.

11 Cfr. Duarte, 2016: 261.

12 Cfr. Artigo 132.º do TFUE e Artigo 34.º dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu, constantes do Protocolo n.º 4 que faz parte integrante do TFUE e, como tal, partilha da natureza de direito primário.

*de obrigações decorrentes dos seus regulamentos e decisões*”, conforme decorre do artigo 132.º, n.º 3, do TFUE<sup>13</sup>.

Esta possibilidade encontra-se igualmente consagrada no artigo 34.º, n.º 3, dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu que dispõe que *“Nos limites e condições fixados pelo Conselho de acordo com o procedimento previsto no artigo 41.º, o BCE pode aplicar multas ou sanções pecuniárias temporárias às empresas em caso de incumprimento de obrigações decorrentes dos seus regulamentos e decisões”*.

A atribuição ao BCE deste poder sancionatório foi apontada como uma inovação sem precedentes ao nível do (então) direito comunitário, porquanto constituiu o BCE como a única autoridade não judicial à qual este poder foi diretamente conferido pelo Tratado<sup>14</sup>.

Com base na referida disposição do Tratado, o Conselho definiu as regras gerais relativas à aplicação de medidas sancionatórias pelo BCE, tais como os montantes máximos aplicáveis, as regras processuais e os prazos, através da aprovação do Regulamento (CE) n.º 2532/98 do Conselho, de 23 de novembro de 1998, relativo ao poder do Banco Central Europeu de impor sanções. Esta matéria foi ainda detalhada através do Regulamento (CE) n.º 2157/1999 do Banco Central Europeu, de 23 de setembro de 1999, relativo aos poderes do Banco Central Europeu para impor sanções, que instituiu um procedimento de investigação das alegadas infrações.

O Regulamento (CE) n.º 2532/98 tem pautado a aplicação de sanções por parte do BCE no âmbito das suas diversas atribuições, como sejam as relacionadas com a política monetária da União, o funcionamento dos sistemas de pagamentos e a recolha de informação estatística.

Em linha com as formas previstas no Tratado para o exercício pelo BCE do seu poder sancionatório, o conceito de “sanções” previsto no Regulamento (CE) n.º 2532/98 abrange tanto as multas como as sanções pecuniárias temporárias<sup>15</sup>, sobre as quais nos iremos debruçar.

As sanções pecuniárias temporárias vinham definidas, na versão original do Regulamento (CE) n.º 2532/98, como as *“quantias que, em caso de infração contínua, uma empresa é obrigada a pagar como sanção, e que serão calculadas com*

---

13 Correspondente ao anterior Artigo 110.º do TCE. A respeito desta disposição do então TCE, referem Martín & Teixeira (2000: 403) que a respetiva redação aponta no sentido de as medidas em causa serem consideradas como uma reação punitiva ao incumprimento das normas relevantes.

14 Cfr. Martín & Teixeira, 2000: 403.

15 Cfr. Artigo 1.º, n.º 7, do Regulamento (CE) n.º 2532/98.

*base em cada dia de infração contínua, após a empresa em causa ter sido notificada nos termos do n.º 1, segundo parágrafo, do artigo 3.º do presente regulamento, de uma decisão em que se exija a cessação dessa infração*<sup>16</sup>.

A figura da sanção pecuniária compulsória surge (sob a designação de sanção pecuniária temporária), portanto, como sanção a aplicar pelo BCE às empresas que violem as obrigações decorrentes dos seus regulamentos ou decisões.

Esta definição veio a ser alterada, como seguidamente se expõe, refletindo uma perspetiva distinta sobre a natureza e finalidade das sanções pecuniárias compulsórias, em particular no que se refere ao seu caráter sancionatório.

### **3. A ADOÇÃO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS COMPULSÓRIAS PELO BCE NO ÂMBITO DO MECANISMO ÚNICO DE SUPERVISÃO**

Concebido com o propósito de alcançar um mercado único de serviços financeiros robusto, o projeto da União Bancária, e em concreto o Mecanismo Único de Supervisão (“MUS”)<sup>17</sup>, atribui ao BCE a qualidade de autoridade de supervisão bancária, desempenhando tais funções em articulação com as autoridades nacionais dos países participantes na União Bancária. O BCE é a autoridade responsável pelo funcionamento eficaz e coerente deste sistema e assegura a supervisão direta das instituições consideradas significativas.

Estamos perante um inovador aprofundamento da integração da função de supervisão prudencial do setor bancário, com transferência de atribuições nesta matéria do nível nacional para o nível europeu. Esta opção teve por base a ideia de que o exercício de atribuições envolvendo uma instituição da União Europeia apresenta vantagens ao nível da estabilidade financeira e da aplicação uniforme das regras prudenciais aplicáveis ao setor bancário, designadas habitualmente por “conjunto único de regras” ou *Single Rulebook*<sup>18</sup>. Pretende-

---

16 Artigo 1.º, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 2532/98 na sua versão original.

17 O Mecanismo Único de Supervisão encontra a sua base legal no artigo 127.º, n.º 6, do TFUE e foi instituído pelo Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro de 2013, que confere ao BCE atribuições específicas no que diz respeito às políticas relativas à supervisão prudencial das instituições de crédito (Regulamento do MUS). Cabe também referir o Regulamento (UE) n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que estabelece o quadro de cooperação, no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão, entre o Banco Central Europeu e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (Regulamento-Quadro do MUS).

18 Ao nível da União Europeia tem vindo a ser desenvolvido um conjunto de iniciativas em matéria de regulação bancária (reforço dos requisitos prudenciais aplicáveis às instituições de crédito, uma proteção dos depósitos reforçada e regras para gerir os bancos inviáveis) que, pela sua aplicação transversal a toda a

-se desta forma promover o *level playing field* entre as instituições financeiras dos Estados Membros e contribuir para um sistema bancário mais seguro e robusto.

No exercício das suas atribuições em matéria de supervisão, o BCE aplica as regras substantivas que regem a atividade das instituições de crédito<sup>19</sup>, as quais constam maioritariamente do Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento (“Regulamento CRR”), da Diretiva n.º 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento (“Diretiva CRD IV”) e, em Portugal, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras<sup>20</sup>.

Enquanto autoridade de supervisão cabe ao BCE acompanhar, verificar e promover o cumprimento das normas aplicáveis por parte das instituições.

Para zelar pelo cumprimento das regras aplicáveis, e das suas decisões e regulamentos adotados neste contexto, foram atribuídos ao BCE poderes de supervisão, poderes de investigação e o poder para aplicar “sanções administrativas” no âmbito das suas atribuições em matéria de supervisão, como resulta do artigo 18.º do Regulamento do MUS. Assistiu-se assim a um alargamento do poder do BCE para impor sanções – incluindo sanções pecuniárias compulsórias – que abrange presentemente também as suas atribuições em matéria de supervisão.

Começando pelo artigo 18.º, n.º 1, do Regulamento do MUS, o BCE tem competência para aplicar sanções administrativas pecuniárias “*caso as instituições de crédito, as companhias financeiras ou as companhias financeiras mistas infringjam, dolosa ou negligentemente, [...] um dever previsto nos atos pertinentes diretamente aplicáveis da legislação da União, em consequência dos quais as autoridades competentes devem aplicar sanções administrativas pecuniárias, nos termos da legislação aplicável da União*”. Em causa poderão estar, desde logo, violações

---

União Europeia, assumiram a designação de “conjunto único de regras” ou *Single Rulebook*. Note-se, no entanto, que os âmbitos de aplicação do *Single Rulebook* e da União Bancária não coincidem totalmente.

19 Pode ler-se no Considerando 32 do Regulamento do MUS que “O BCE deverá exercer as suas atribuições na observância do direito aplicável da União, nomeadamente todo o direito primário e direito derivado da União, as decisões da Comissão no domínio dos auxílios de estado, as regras em matéria de concorrência e controlo de fusões, e o conjunto único de regras aplicável a todos os Estados-Membros”.

20 Cfr. Considerando 34 do Regulamento do MUS. Note-se que a aplicação pelo BCE de legislação nacional que efetua a transposição de diretivas é uma característica inovadora deste sistema.

de deveres resultantes do Regulamento CRR. Os princípios e procedimentos aplicáveis encontram-se previstos no Regulamento do MUS e no Regulamento-Quadro do MUS<sup>21</sup>.

Já em situações não abrangidas por esta disposição, como seja a violação de legislação nacional que transpõe diretivas, decorre do artigo 18.º, n.º 5, do Regulamento do MUS que o BCE pode, se tal for necessário ao exercício das suas atribuições, solicitar às autoridades nacionais competentes que instau-rem o respetivo processo sancionatório<sup>22</sup>.

O BCE pode ainda, de acordo com o n.º 7 do artigo 18.º do Regulamento do MUS, “*aplicar sanções nos termos do Regulamento (CE) n.º 2532/98, no caso de infrações aos regulamentos ou decisões do BCE*”. Assim, o âmbito de aplicação do Regulamento (CE) n.º 2532/98 foi alargado por forma a abranger a violação de regulamentos ou decisões do BCE em matéria de supervisão.

Diferentemente, o Regulamento (CE) n.º 2157/1999 do Banco Central Europeu, de 23 de setembro de 1999, relativo aos poderes do Banco Central Europeu para impor sanções não é aplicável “*a quaisquer sanções que possam ser impostas pelo BCE no exercício das suas atribuições de supervisão*”, conforme resulta expressamente do seu artigo 1.º-A, introduzido pelo Regulamento (UE) n.º 469/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril de 2014, que veio clarificar o âmbito de aplicação daquele Regulamento à luz da entrada em funcionamento do MUS.

Ora, tendo-se verificado que o conteúdo de algumas disposições do Regulamento (CE) n.º 2532/98 divergia do regime constante do Regulamento do MUS, foi sentida a necessidade de adaptar o conteúdo daquele regulamento aos demais elementos do regime legal aplicável, para formar um conjunto coerente com as demais normas, designadamente em termos de montantes máximos aplicáveis e regras processuais. Para tal, em 2014 o BCE adotou a Recomendação referente a um regulamento do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 2532/98 relativo ao poder do Banco Central Europeu de

---

21 Neste contexto, o BCE pode aplicar sanções administrativas pecuniárias até ao montante máximo correspondente ao dobro do montante dos lucros obtidos com a infração ou das perdas que a infração permitiu evitar, caso este montante possa ser determinado, ou até ao montante máximo de 10 % do volume de negócios anual total, tal como definido na legislação aplicável da União, realizado pela pessoa coletiva no exercício financeiro anterior, ou outras sanções pecuniárias eventualmente previstas na legislação aplicável da União.

22 Nos termos do artigo 65.º, n.º 1, da Diretiva CRD IV os Estados Membros adotam regras relativas a sanções administrativas e outras medidas administrativas a aplicar às infrações às disposições legais nacionais de transposição da diretiva CRD IV e ao Regulamento CRR.

impor sanções (ECB/2014/19), sugerindo ao Conselho a introdução de alterações neste Regulamento.

Entre as alterações sugeridas pelo BCE encontrou-se precisamente a modificação da definição de sanções pecuniárias temporárias então em vigor, e acima transcrita, a qual foi justificada pelo BCE com o intuito de clarificar que “o BCE poderá utilizar as sanções pecuniárias temporárias não apenas para punir infrações de prática continuada mas também para compelir as empresas a cumprir com um regulamento ou decisão do BCE”<sup>23</sup>.

A Recomendação do BCE veio a ser acolhida através da adoção do Regulamento (UE) n.º 2015/159 do Conselho, de 27 de janeiro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 2532/98 relativo ao poder do Banco Central Europeu de impor sanções. Este ato legislativo introduziu no Regulamento (CE) n.º 2532/98 regras específicas para a aplicação de sanções pelo BCE no exercício das suas atribuições de supervisão.

Em particular, a definição de sanções pecuniárias temporárias foi alterada, sendo as mesmas descritas no seu atual artigo 1.º, n.º 6, como as “*quantias que, em caso de prática de infração continuada, uma empresa deve pagar quer como sanção, quer tendo em vista impor às pessoas em causa o cumprimento dos regulamentos e decisões de supervisão do BCE*”.

Esta alteração veio acrescentar à anterior finalidade das sanções pecuniárias temporárias, caracterizadas, recorde-se, como “*quantias que, em caso de infração contínua, uma empresa é obrigada a pagar como sanção*”<sup>24</sup>, a possibilidade de as mesmas serem aplicadas “*tendo em vista impor às pessoas em causa o cumprimento dos regulamentos e decisões de supervisão do BCE*”. Este último trecho afigura-se particularmente relevante pois reflete uma finalidade desta medida, aplicável no domínio da supervisão, que opera uma mudança de paradigma face à tradicional configuração da mesma.

De facto, da nova definição de sanção pecuniária temporária decorre expressamente a possibilidade de a mesma ser aplicada pelo BCE com duas finalidades distintas, podendo constituir uma sanção ou destinar-se a impor o cumprimento de regulamentos ou decisões de supervisão do BCE.

Assinalando a natureza incerta das sanções pecuniárias compulsórias, D'Ambrosio (2013:18) refere que as mesmas podem ser aplicadas tanto para punir uma infração continuada, situação em que devem ser consideradas

---

23 Cfr. Comentário sobre o Artigo 1.º “Sanções Pecuniárias Temporárias” constante da referida Recomendação ECB/2014/19 adotada pelo BCE.

24 Cfr. Artigo 1.º, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 2532/98, na sua versão original.



sanções, como para compelir ao cumprimento de uma decisão, neste último caso aproximando-se das “*astreintes*” administrativas, originárias do ordenamento jurídico francês<sup>25</sup> 26.

Assim, verifica-se que no contexto da atuação do BCE no domínio da supervisão, a utilização de sanções pecuniárias compulsórias é configurada como via para compelir o destinatário a adotar uma conduta, *i.e.*, como uma reação não punitiva perante o incumprimento em curso de regulamentos ou decisões do BCE.

Reportamo-nos ao domínio da supervisão pois a referência a “*impor (...) o cumprimento dos regulamentos e decisões de supervisão do BCE*”, introduzida num Regulamento cujo âmbito de aplicação abrange o desempenho pelo BCE de outras atribuições, parece ter pretendido circunscrever a referida finalidade ao domínio da supervisão. Por outro lado, embora as referidas disposições legais não afastem expressamente a possibilidade de a sanção pecuniária compulsória ser utilizada no âmbito do MUS com o intuito de punir infrações de prática continuada, a forma como o BCE tem veiculado esta medida aponta nesse sentido.

Desde logo, no “*Manual de Supervisão do MUS – Supervisão bancária europeia: funcionamento do MUS e abordagem prudencial*” (“Manual de Supervisão do MUS”), de março de 2018<sup>27</sup>, as sanções pecuniárias temporárias são enquadradas na categoria “medidas coercivas”, que se distingue da categoria “sanções”. Pode ler-se neste documento que “[*e*]ntre os poderes conferidos ao BCE pelo Regulamento do MUS, a imposição de sanções pecuniárias temporárias pode ser considerada uma medida coerciva. As sanções pecuniárias temporárias não pretendem punir nem dissuadir a entidade/pessoa em causa. São aplicadas quando ainda se verifica o incumprimento, com vista a obrigar a entidade/pessoa em causa a cumprir a obrigação infringida”.

Apesar de não lhes ser reconhecida uma finalidade punitiva, as medidas coercivas também não se confundem com as “medidas de supervisão”.

---

25 O Autor identifica como exemplo da primeira situação as sanções pecuniárias compulsórias consagradas no Regulamento (CE) n.º 2532/98 e como exemplo da segunda situação o artigo 24.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003. Contudo, importa ter em consideração que à data da publicação em causa (dezembro de 2013) a definição de sanção pecuniária temporária constante do Regulamento (CE) n.º 2532/98 ainda não tinha sido alterada pelo Regulamento (UE) n.º 2015/159, nos termos expostos.

26 Os objetivos distintos das “*astreintes*” e das “*amendes*” (coimas) são expostos em Schwarze (2009:400 e segs).

27 Documento disponível em: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.supervisorymanual201803.pt.pdf?1584b27046baf1e68f2f82caadb3a63>.

A adoção destas medidas pelo BCE visa, de acordo com o Manual de Supervisão do MUS, solucionar deficiências detetadas no que respeita à entidade supervisionada (por exemplo, através da avaliação contínua realizada no contexto do SREP – Processo de Análise de Avaliação para Fins de Supervisão/*Supervisory Review and Evaluation Process*) e garantir, em tempo útil, a segurança e a solidez da instituição.

Também o documento de trabalho elaborado pelos serviços da Comissão Europeia (SWD/2017/0336 final)<sup>28</sup> indica que o BCE efetua uma distinção entre (i) medidas de *enforcement* e (ii) medidas sancionatórias. Este documento identifica como finalidade das primeiras a de impor (forçar, compelir) ao cumprimento por parte do seu destinatário, sem uma função punitiva, e inclui no respetivo âmbito as sanções pecuniárias compulsórias e as “*cease and desist orders*” (determinações para pôr termo a determinada ação), especialmente vocacionadas para impor uma determinada conduta ao destinatário. Já em relação às medidas sancionatórias, este documento refere que acresce uma dimensão punitiva e que são aplicáveis em caso de incumprimento/desrespeito.

Resulta do exposto que, de acordo com a concepção acolhida pelo BCE, no contexto do MUS a sanção pecuniária compulsória constitui uma ferramenta destinada a compelir o destinatário a cumprir um dever com que se encontre em falta, que não apresenta a finalidade de sancionar a infração.

O entendimento adotado pelo BCE encontra-se em linha com o raciocínio manifestado na Comunicação da Comissão Europeia de 2011 relativamente ao artigo 260.º, n.º 3, do TFUE, nos termos do qual cabe à Comissão, no contexto de uma ação por incumprimento, propor ao Tribunal de Justiça a imposição de uma quantia fixa e/ou de uma sanção pecuniária compulsória de um determinado montante<sup>29</sup>.

Pese embora a situação seja diferente, pois está ali em causa uma proposta de medida a ser decidida pelo Tribunal, a Comissão expõe, na referida comunicação, o entendimento de que as duas medidas podem ser combinadas num

---

28 O documento de trabalho elaborado pelos serviços da Comissão Europeia acompanha o Relatório da Comissão para o Parlamento Europeu e o Conselho sobre o Mecanismo Único de Supervisão estabelecido por força do Regulamento (UE) n.º 1024/2013. O Relatório em causa é elaborado em cumprimento do disposto no Artigo 32.º do Regulamento do MUS e avalia diversos aspetos do funcionamento deste sistema, entre os quais se destaca, no presente contexto, a eficácia dos poderes de supervisão e sancionatórios do BCE, a que se refere a alínea c) da referida disposição. Este documento pode ser consultado em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017SC0336&from=EN>.

29 A Comunicação da Comissão está disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0115\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0115(01)&from=EN).

mesmo acórdão, à semelhança do que sucede relativamente ao artigo 260.º, n.º 2, do TFUE, em resultado da sua diferente natureza. Remete, a este respeito, para o acórdão do Tribunal de Justiça proferido no âmbito do processo C-304/02, no qual o Tribunal condenou a República Francesa numa sanção pecuniária de montante progressivo e numa sanção pecuniária de montante fixo, não obstante a Comissão ter apenas proposto a sanção pecuniária compulsória, e justificou da seguinte forma: “(...) *uma vez que cada sanção tem a sua própria função, deve ser determinada de modo a preencher essa mesma função. Daqui resulta que, em caso de condenação simultânea no pagamento de uma sanção de montante progressivo e de uma sanção de montante fixo, a duração do incumprimento é tomada em consideração como um critério entre outros, com vista a determinar o nível adequado de coerção e de dissuasão*”<sup>30</sup>. Esta decisão é interpretada por Hartley (2010: 343) como destinando-se a quantia única a punir a França pelo seu comportamento passado e a sanção pecuniária compulsória a compelir o cumprimento.

Contudo, cabe assinalar que a referida dicotomia de finalidades reconhecida às sanções pecuniárias compulsórias não é isenta de controvérsia, considerando alguns autores que o caráter punitivo (punir o incumprimento por parte da entidade supervisionada) é característico das mesmas<sup>31</sup>.

A este respeito, Allegrezza & Rodopoulos (2017: 252) assinalam que pôr em causa o caráter punitivo das sanções pecuniárias compulsórias parece incoerente, de um ponto de vista teórico, e problemático, de um ponto de vista prático. Embora reconhecendo a diferença das finalidades e dos modos de aplicação existente entre as sanções pecuniárias compulsórias e as coimas (“*an obvious ontological difference*”) consideram os argumentos no sentido da distinção como insuficientes para afastar definitivamente o caráter substancialmente punitivo das sanções pecuniárias compulsórias, cuja eventual natureza criminal (e não meramente administrativa) deverá ser avaliada, caso a caso, recorrendo aos critérios aplicáveis, entre os quais o respetivo montante e as características da entidade à qual é aplicada<sup>32</sup>.

Mais se assinala que a natureza e finalidade que sejam reconhecidas às sanções pecuniárias compulsórias tem diversas implicações, que vão desde a possibilidade de esta medida ser cumulada com a aplicação de uma coima

30 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 12 de julho de 2005 no processo C-304/02, *Comissão/França*, EU:C:2005:444, §84.

31 Cfr. Duijkersloot; Karagianni & Kraaijeveld, 2017: 34.

32 No mesmo sentido, D'Ambrosio, 2013: 26.

sem colocar em causa o respeito pelo princípio *ne bis in idem*, a aplicação do princípio da culpa, até aos aspetos processuais – mormente ao nível das garantias – a que seguidamente fazemos referência ao abordar o regime aplicável à adoção de sanções pecuniárias compulsórias no contexto do MUS.

#### 4. PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO E REGIME DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS COMPULSÓRIAS NO CONTEXTO DO MUS

Na presente secção analisamos os termos em que o BCE pode recorrer à aplicação de sanções pecuniárias compulsórias no contexto do MUS.

Como referido no ponto anterior, o artigo 18.º, n.º 7, do Regulamento do MUS prevê que o BCE pode aplicar sanções pecuniárias temporárias “*no caso de infrações aos regulamentos ou decisões do BCE*”. A mesma solução resulta do artigo 132.º, n.º 3, do TFUE.

Note-se que o Regulamento (UE) n.º 2015/159, que alterou a definição de sanções pecuniárias temporárias constante do Regulamento (CE) n.º 2532/98, modificou também a definição de “sanções” constante do mesmo, substituindo a referência a “*multas e sanções pecuniárias temporárias impostas em consequência de uma infração*” por, simplesmente, “*multas e sanções pecuniárias temporárias*”<sup>33</sup>. Esta alteração poderia ser interpretada no sentido de não ser exigida a ocorrência de uma infração como pressuposto para a aplicação de sanções pecuniárias temporárias, podendo as mesmas ser adotadas para compelir à adoção de uma dada conduta, ainda que não tenha ocorrido previamente um incumprimento<sup>34</sup>.

Contudo, tal interpretação parece ser afastada pelas disposições legais identificadas *supra*, das quais resulta que a adoção desta medida pelo BCE pressupõe que haja sido infringido um regulamento ou uma decisão de supervisão por si adotados. Acresce que o incumprimento tem de estar ainda em curso (“*violação continuada*”), atenta a finalidade desta medida de pôr termo ao incumprimento.

Por outro lado, e tal poderá explicar a eliminação da referência ao requisito de infração, não se exige para a aplicação de sanções pecuniárias temporárias que tenha ocorrido a infração de requisitos prudenciais ou outro

33 Cfr. Artigo 1.º, n.º 7, do Regulamento (CE) n.º 2532/98.

34 No sentido de que a alteração promovida revela o entendimento, por parte do BCE, de que as sanções pecuniárias compulsórias devem estar disponíveis não apenas como consequência de uma infração mas também como via para compelir os destinatários a cumprir as suas decisões cfr. Allegrezza & Rodopoulos, 2017: 251.

incumprimento legal. Pelo contrário, porquanto pressupõe a violação de um regulamento ou decisão de supervisão do BCE, esta medida não pode ser utilizada para reagir perante a violação por parte das instituições supervisionadas de disposições legais, *maxime* perante a infração das normas prudenciais constantes da Diretiva CRD IV (ou da legislação nacional que a transponha) ou do Regulamento CRR.

Esta delimitação das situações em que a sanção pecuniária temporária pode ser utilizada pelo BCE é apontada como podendo conduzir a que as sanções a que se refere o artigo 18.º, n.º 7, do Regulamento do MUS assumam uma relevância meramente secundária<sup>35</sup>.

A este aspeto podemos acrescentar o facto de, no contexto do MUS, o BCE dispor de poder regulamentar limitado, “(...) *apenas na medida do necessário para organizar ou especificar as modalidades de exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo* [Regulamento do MUS]”<sup>36</sup>. Consequentemente, é expectável que os regulamentos do BCE não versem sobre matéria prudencial e, por regra, não criem obrigações para as instituições<sup>37</sup>. Esta solução terá tido em consideração o papel desempenhado pela Autoridade Bancária Europeia em matéria de regulação<sup>38</sup>.

Recorde-se que, perante a infração de normas da União Europeia diretamente aplicáveis, o artigo 18.º do Regulamento do MUS atribui ao BCE poder para aplicar sanções administrativas pecuniárias, mas não já sanções pecuniárias temporárias.

Contudo, já será possível ao BCE adotar uma sanção pecuniária temporária se ao incumprimento de normas prudenciais por parte da instituição se seguir uma atuação deste supervisor que, verificando aquele incumprimento, dirija à instituição de crédito uma decisão, porventura solicitando-lhe que restabeleça o cumprimento, a qual venha a ser infringida. Nesta situação, a

---

35 Cfr. *In-depth analysis. Fines for misconduct in the banking sector – What is the situation in the EU?*, disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587401/IPOL\\_IDA\(2017\)587401\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587401/IPOL_IDA(2017)587401_EN.pdf). Esta análise assinala também, como contribuindo para o papel secundário destas medidas, os respetivos montantes máximos aplicáveis. Contudo, este aspeto foi ultrapassado através da alteração do Regulamento (CE) n.º 2532/98 que alinhou os montantes máximos aplicáveis no domínio da supervisão.

36 Cfr. Artigo 4.º, n.º 3, 2.º parágrafo, do Regulamento do MUS.

37 Cfr. D’Ambrosio, 2015: 101. Neste texto o Autor refere, contudo, que o âmbito dos poderes regulamentares do BCE no contexto do MUS não se apresenta ainda totalmente claro.

38 A Autoridade Bancária Europeia contribui para a densificação das regras prudenciais através da elaboração de projetos de *regulatory technical standards* (RTS) e *implementing technical standards* (ITS) que, uma vez adotados pela Comissão, se tornam vinculativos e devem ser seguidos pelo BCE, nos termos do Artigo 4.º, n.º 3, 2.º parágrafo, do Regulamento do MUS. Cfr. Também o Considerando 32 do Regulamento do MUS.

decisão adotada pelo BCE no seguimento do incumprimento prudencial beneficiará assim de um reforço da respetiva eficácia.

Do Manual de Supervisão do MUS resulta também a possibilidade de a sanção pecuniária temporária ser aplicada no mesmo ato (concomitantemente) com uma decisão de supervisão. Nesse sentido, pode ler-se “*Quando adota decisões que impõem sanções pecuniárias temporárias e decisões que conjugam uma exigência prudencial com a imposição de sanções pecuniárias temporárias, o BCE segue o procedimento normal aplicável à adoção de medidas de supervisão, reconhecendo à entidade supervisionada o direito a ser ouvida*”.

Ora, na medida em que a adoção de uma sanção pecuniária temporária pressupõe o incumprimento de uma decisão ou regulamento do BCE, a adoção em simultâneo de uma decisão de supervisão e de uma sanção pecuniária temporária pressupõe que esta apenas se torne eficaz se, e na medida em que, a decisão de supervisão do BCE seja desrespeitada pela instituição destinatária.

Uma vez preenchidos os respetivos pressupostos de aplicação, cabe ao BCE decidir se aplica, ou não, uma sanção pecuniária temporária. A previsão de que o BCE “pode aplicar”<sup>39</sup> esta medida implica que a sua adoção não é automática nem o BCE se encontra vinculado a decidir nesse sentido.

No que respeita às regras processuais a seguir na adoção de sanções pecuniárias temporárias, e em linha com a finalidade não punitiva reconhecida a estas medidas no âmbito do MUS, assiste-se a um distanciamento face ao regime previsto para as sanções.

Recorde-se que, em resultado das alterações introduzidas pelo Regulamento (UE) n.º 2015/159, o Regulamento (CE) n.º 2532/98 contém presentemente regras processuais específicas que, em derrogação das regras gerais aí previstas, o BCE deve seguir quando imponha aquelas sanções no exercício das suas atribuições de supervisão. Tais normas referem-se, entre outros aspetos, à condução de investigações pelo BCE, ao direito de a instituição apresentar observações e de ter acesso ao *dossier* do processo<sup>40</sup>.

Contudo, no que respeita especificamente às normas processuais aplicáveis na adoção de sanções pecuniárias temporárias, o Regulamento (CE) n.º 2532/98 é complementado pelas regras constantes do Regulamento-Quadro do MUS, cujo artigo 129.º dispõe que são aplicáveis a estas medidas as regras constantes do artigo 22.º do Regulamento do MUS e do título 2

39 Cfr. Artigo 18.º, n.º 7, do Regulamento do MUS.

40 Cfr. Artigo 4.º-B do Regulamento (CE) n.º 2532/98.

da parte III (artigos 25.º a 35.º) do Regulamento-Quadro do MUS<sup>41</sup>. Estas disposições legais referem-se às garantias processuais na adoção de decisões de supervisão pelo BCE e incluem o direito de a entidade visada apresentar observações e consultar o processo, bem como a obrigação de o BCE fundamentar as suas decisões<sup>42</sup>.

Parece, portanto, ficar afastada a aplicação do regime previsto para a adoção de sanções administrativas, consagrado no título 2 da parte X (artigos 123.º a 128.º) do Regulamento-Quadro do MUS<sup>43</sup>.

Esta solução encontra-se em linha com o que parece ser o entendimento do BCE no sentido de que, no âmbito das suas atribuições em matéria de supervisão, as sanções pecuniárias compulsórias apenas são aplicadas com o referido carácter coercivo. Tal é evidenciado pelo facto de o Manual de Supervisão do MUS incluir estas medidas apenas entre as medidas de *enforcement* (e não já nas medidas sancionatórias) e encontra respaldo na redação do artigo 1.º, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 2532/98 que apenas refere esta possibilidade no domínio da supervisão.

Se assim não fosse, mas antes fosse igualmente possível neste contexto a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias com o intuito de sancionar o destinatário, tal deveria suscitar a aplicação das garantias associadas a esta finalidade, nomeadamente as previstas no título 2 da parte X do Regulamento-Quadro do MUS. Nesse caso estaríamos perante uma dualidade de regimes processuais aplicáveis à adoção destas medidas, consoante a finalidade que presidisse à sua aplicação fosse de índole coerciva ou, diferentemente, sancionatória, em ambos os casos reagindo perante o incumprimento de um regulamento ou decisão do BCE.

No que respeita ao destinatário, as sanções pecuniárias temporárias apenas podem ser aplicadas pelo BCE a pessoas coletivas, em particular a instituições de crédito, companhias financeiras ou companhias financeiras mistas<sup>44</sup>. O BCE pode adotar estas medidas tanto relativamente a instituições de crédito consideradas como instituições significativas como a instituições menos

---

41 Cfr. Gortsos, 2015: 22.

42 No mesmo sentido, o trecho anteriormente citado do Manual de Supervisão do MUS refere que a adoção de sanções pecuniárias temporárias segue “o procedimento normal aplicável à adoção de medidas de supervisão”.

43 Nesse sentido, Riso, 2014: 32-35.

44 Tal resulta da conjugação, e interpretação teleológica, do Considerando 53 do Regulamento do MUS, do Regulamento (UE) n.º 2015/159 e do Artigo 122.º do Regulamento-Quadro do MUS, Cfr. Allegrezza & Rodopoulos, 2017: 240.

significativas, mas no último caso apenas se os regulamentos ou decisões incumpridos impuserem às instituições obrigações perante o BCE<sup>45</sup>.

Relativamente ao montante, as sanções pecuniárias temporárias têm como limite máximo 5 % do volume de negócios diário médio por cada dia de infração<sup>46</sup>. A sanção pecuniária temporária não pode ser aplicada por prazo superior a seis meses a contar da data estipulada na decisão que a aplique<sup>47</sup>.

Assim, a decisão do BCE deve fixar o montante diário aplicável e a data a partir da qual será contabilizado. O prazo relevante tem início na data fixada na decisão que aplica a sanção pecuniária temporária, a qual não pode ser mais cedo do que a data em que o destinatário for notificado por escrito dos motivos do BCE para aplicação da mesma<sup>48</sup>. O montante concreto a pagar pela instituição será determinado posteriormente, quando for possível verificar a duração do incumprimento<sup>49</sup>.

A adoção de sanções pecuniárias temporárias é publicitada no sítio institucional do BCE na Internet, conforme previsto no artigo 18.º, n.º 6, do Regulamento do MUS e no artigo 1.º-A, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 2532/98. Também este aspeto contribui para promover o cumprimento pelo respetivo destinatário.

De acordo com o artigo 4.º-C do Regulamento (CE) n.º 2532/98 “*o direito de tomar uma decisão de aplicar uma sanção em caso de infração aos regulamentos e decisões do BCE, relacionados com as suas atribuições de supervisão, caduca no prazo de cinco anos a contar da ocorrência da infração ou, no caso de prática continuada da infração, cinco anos a contar da cessação dessa prática*” e “*o direito de o BCE dar execução a uma decisão que aplique uma sanção caduca no prazo de cinco anos após a data de tomada dessa decisão*”. A mesma disposição regula as causas de interrupção, suspensão e prorrogação daqueles prazos.

Por último, cabe ainda assinalar que a decisão do BCE que aplique uma sanção pecuniária temporária pode ser objeto de revisão administrativa interna, efetuada pela Comissão de Reexame prevista no artigo 24.º do Regulamento do MUS, bem como de recurso para o Tribunal de Justiça da União

---

45 Cfr. Artigo 122.º do Regulamento-Quadro do MUS.

46 Cfr. Artigo 4.º-A do Regulamento (CE) n.º 2532/98.

47 Cfr. Artigo 129.º, n.º 4, do Regulamento-Quadro do MUS.

48 Cfr. Artigo 129.º, n.º 3, do Regulamento-Quadro do MUS.

49 O produto das sanções administrativas aplicadas reverterá para o BCE, nos termos do artigo 137.º do Regulamento-Quadro do MUS.



Europeia<sup>50</sup>. Este recurso tem lugar nos termos do artigo 263.º do TFUE, não existindo ainda jurisprudência que se tenha debruçado sobre a aplicação desta medida.

## 5. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

Nos pontos precedentes procedeu-se à exposição do regime legal aplicável à adoção de sanções pecuniárias compulsórias, que assumem a designação de sanções pecuniárias temporárias, pelo BCE no desempenho das suas atribuições de autoridade de supervisão bancária, no âmbito do MUS.

Neste contexto, a adoção de sanções pecuniárias compulsórias visa robustecer a efetividade da atuação do supervisor, em linha com o objetivo que presidiu à própria instituição do MUS, de reforçar a função de supervisão, dando resposta a necessidades de melhoria detetadas.

Tal finalidade terá determinado a consagração – ao nível do Regulamento (CE) n.º 2532/98 – de um afastamento face à finalidade sancionatória com que as sanções pecuniárias compulsórias vinham sendo configuradas, e aplicadas, pelo BCE desde a sua constituição no âmbito das demais atribuições prosseguidas por esta Instituição.

No âmbito da supervisão, estas medidas surgem configuradas como uma ferramenta ao dispor do BCE para compelir as instituições visadas a adotarem uma certa conduta, sem o intuito de punir o incumprimento (de regulamentos ou decisões do BCE) subjacente à sua aplicação, solução que parece inspirada pelo regime Europeu de defesa da concorrência e tem consequências práticas ao nível das garantias dos visados, onde as regras processuais previstas para a adoção de medidas sancionatórias dão lugar às regras previstas para a adoção de medidas de supervisão. Parece por isso pretender-se, acima de tudo, induzir no destinatário um determinado comportamento (*behaviour inducing tool*).

As sanções pecuniárias compulsórias surgem, pois, instrumentalizadas pelo objetivo primordial de assegurar, de forma célere, a eficácia das decisões da autoridade de supervisão e, de forma mediata, a prossecução dos inerentes objetivos de regulação económica, em sentido lato. Destaca-se, no domínio da supervisão bancária, a necessidade de proteger os clientes e tutelar a confiança no sistema bancário, bem como prevenir ou mitigar o risco sistémico

---

50 Cfr. Artigo 24.º, n.º 11, do Regulamento do MUS.

em prol da estabilidade financeira, cuja importância é indiscutível e tem vindo a ser reafirmada.

A reconfiguração reconhecida a estas medidas no contexto do MUS suscita questões relevantes, designadamente sob a perspetiva da dissociação entre as respetivas vertentes coerciva e punitiva, para cuja análise o presente texto poderá constituir um ponto de partida.

## BIBLIOGRAFIA

ALLEGREZZA, Silvia & RODOPOULOS, Ioannis

2017 “Enforcing Prudential Banking Regulations in the Eurozone: A Reading from the Viewpoint of Criminal Law”, in Katalin Ligeti & Vanessa Franssen (ed.), *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 233-264.

ALLEGREZZA, Silvia & VOORDECKERS, Olivier

2015 “Investigative and Sanctioning Powers of the ECB in the Framework of the Single Supervisory Mechanism. Mapping the Complexity of a New Enforcement Model”, in *EUCRIM The European Criminal Law Associations' Forum*, 4, pp. 151-161.

CALVÃO DA SILVA, João

2002 *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra Editora.

DUARTE, Maria Luísa

2016 *União Europeia – Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Volume I, 2.<sup>a</sup> reimpressão: Almedina.

DUIJKERSLOOT, Ton; KARAGIANNI, Argyro & KRAAIJEVELD, Robert

2017 “Political and judicial accountability in the EU shared system of banking supervision and enforcement” in Miroslava Scholten & Michiel Luchtmann (ed.), *Law Enforcement by EU Authorities – Implications for political and judicial accountability*, Edward Elgar Publishing, pp. 28-52.

D'AMBROSIO, Raffaele

2013 “Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings”, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n.º 74, Banca D'Italia.

- 2015 “The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism”, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n.º 78, Banca D’Italia.
- GONÇALVES, Pedro
- 2006 “Direito Administrativo da Regulação”, in Jorge Miranda (coord.) e Eduardo Vera-Cruz Pinto (secretariado), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Coimbra Editora, pp. 535-573.
- GORTSOS, Christos V.
- 2015 “The power of the ECB to impose administrative penalties as a supervisory authority: an analysis of article 18 of the SSM Regulation”, in *Working paper series of European Center of Economic and Financial Law*, Panteion University of Social and Political Sciences, n.º 11.
- HARTLEY, Trevor C.
- 2010 *The foundations of European Union Law – An introduction to the constitutional and administrative law of the European Union*, 7.ª edição, Oxford: Oxford University Press.
- LOOSVELD, Stefaan
- 2013 “The ECB’s Investigatory and Sanctioning Powers Under the Future Single Supervisory Mechanism”, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 28, n.º 10, pp. 422-425.
- MARTÍN, José María Fernández & TEIXEIRA, Pedro Gustavo
- 2000 “The imposition of regulatory sanctions by the European Central Bank”, in *European Law Review*, vol. 25, pp. 391-407.
- RISO, Antonio Luca
- 2014 “The power of the ECB to impose sanctions in the context of the SSM”, in *Bančni vestnik*, 63, n.º 4, pp. 32-35.
- ROQUE, Miguel Prata
- 2009 “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, in Paulo de Sousa Mendes, Augusto Silva Dias e Maria Fernanda Palma (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra Editora, pp. 367-442.
- SCHWARZE, Jürgen
- 2009 *Droit administratif européen*, 2.ª edição, Bruxelas: Bruylant
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos
- 2018 *Lições de Direito Administrativo*, 5.ª Edição: Imprensa da Universidade de Coimbra.



# AS RESTRIÇÕES À CONCORRÊNCIA NAS PLATAFORMAS DE CARTÕES DE PAGAMENTO ATRAVÉS DAS *INTERCHANGE FEES*

*Nuno Alexandre Pires Salpico\**

**ABSTRACT** *The payment card platform is a two-sided market, characterized by externalities. This new development of the market concept, with consequences regarding efficiency, challenges the competitive approach to be adopted in the face of the anti-competitive behaviour of Visa and MasterCard platforms. We will examine the interchange fee, which constitutes on a transfer made by the acquirer bank to the issuer bank, within the scope of a transaction between the cardholder and merchant customers. When this fee is established multilaterally, we may have an agreement between competitors, therefore an analysis of its conformity with Article 101 of the TFEU is required.*

**KEY-WORDS** Two-sided markets; payment cards platform; interchange fee; efficiency; European competition law

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. Características dos mercados de dois lados 2.1. Noções 2.2. Efeitos de rede indiretos 2.3. Organização, apresentação e preços de plataforma 3. Problema concorrencial? O Caso dos *payment cards* e a *interchange fee* 3.1. Vantagens de eficiência nos *two-sided markets* em geral 3.2. A plataforma quadripartida dos cartões de pagamento, papel da *interchange fee* 3.3. Restrições à concorrência causadas pelas *interchange fees*; 4. Conclusões

---

\* Licenciado em Direito e assistente convidado em Ciências Jurídico-económicas pela Faculdade de Direito de Lisboa da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica na especialidade de Direito Civil.

A presente investigação tem por base o relatório de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica apresentado na disciplina de Direito da Concorrência, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência visa a manutenção da integridade do processo concorrencial, pelas vantagens que lhe são inerentes, nomeadamente, os incentivos à inovação, qualidade, eficiência e os preços mais baixos para os consumidores. No entanto, tanto o *Antitrust Law* norte-americano como o *Competition Law* dos Estados Unidos aceitam, por vezes, restrições à concorrência efetiva, em nome de ganhos de eficiência, como o progresso económico e social. Neste contexto surge a chamada *rule of reason* na jurisprudência do *Antitrust Law*, que aprecia os efeitos positivos e pró-concorrenciais da conduta restritiva, ponderando-os com os efeitos restritivos. Por outro lado, no Direito Comunitário, surge a isenção do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, analisada já depois de se concluir pela natureza ou efeito restritivo de um certo comportamento. No entanto, opera a mesma se os efeitos pró-concorrenciais e os ganhos de eficiência compensarem a natureza ou efeito restritivo.

Por outro lado, os *two-sided markets*, dominados por várias curvas de procura e oferta interdependentes entre si, reclamam a necessidade de ponderação de uma outra abordagem económica. Efetivamente, tem sido defendido que estes mercados têm uma alta potencialidade de serem eficientes, ainda que exista poder de mercado. Assim, o Direito da Concorrência tem procurado adaptar a sua ciência a este tipo de mercados, nomeadamente na delimitação do mercado relevante e na análise do poder de mercado.

Entre os vários mercados de dois lados, o tipo de plataforma quadripartida de cartões de pagamento – utilizado pelas plataformas *Visa* e *MasterCard* – causa ainda mais dúvidas. Enquanto no modelo tripartido, a plataforma lida com dois lados interdependentes, no modelo quadripartido existem dois níveis relevantes onde dois lados se encontram, impossibilitando que a plataforma realize uma gestão comum dos ganhos, gastos e elasticidades da procura. A ferramenta utilizada para corrigir esta situação constitui a *interchange fee* estabelecida multilateralmente pela plataforma (normalmente designada apenas de *interchange fee* ao longo da investigação). Todavia, esta *MIF* (*multilateral interchange fee*) implica um acordo entre concorrentes ou uma decisão de associação de empresas concorrentes. Neste sentido, tem sido colocada em causa a conformidade da *MIF* para com o artigo 101.º, n.º 1 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia que proíbe acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que, por efeito ou objeto, restrinjam a concorrência, tendo as Autoridades da Concorrência e Tribunais adotado perspetivas diferentes com cada decisão.

Não obstante a adoção de um Regulamento da União Europeia que fixa o nível lícito das *MIFS*, mantém-se necessário analisar a conformidade das mesmas com as regras da concorrência presentes nos Tratados fundadores. Assim, procuramos estudar a conformidade da *Multilateral Interchange fee* com o artigo 101.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

Qualquer tema incidente sobre os *two-sided markets* vê-se obrigado a abordar o seu funcionamento e especificidades. Assim, trataremos dos aspetos gerais dos *two-sided markets* e, em especial, a plataforma quadripartida de pagamento adotada pela *Visa* e *MasterCard*.

Em segundo lugar, a investigação centra-se na análise concorrencial da *multilateral interchange fee* face ao artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Com efeito, apreciaremos se a *MIF* levanta problemas concorrenciais: se restringe a concorrência por efeito ou objeto; se a mesma é geradora de eficiência e se essa característica é relevante ou suficiente para operar a isenção do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

## 2. CARACTERÍSTICAS DOS MERCADOS DE DOIS LADOS

### 2.1. Noções

O conceito de mercado – compondo uma curva de oferta, e uma curva de procura, ambas relacionadas com um mesmo produto, dependendo as elasticidades de fatores de interseção entre estas duas curvas<sup>1</sup> – definido isoladamente, vem a ser colocado em causa com a figura chamada de mercado de dois lados, também designada de *two-sided markets* ou *platform markets*, se considerarmos, apenas, um dos lados, isoladamente.

O mercado de dois-lados foi teorizado por Jean-Charles Rochet e Jean Tirole<sup>2</sup> e pressupõe a existência de dois grupos de utilizadores que interagem através de uma plataforma comum, sendo que os efeitos verificados num dos grupos têm repercussão no outro e vice-versa<sup>3,4</sup>. Assim, entre os grupos verifica-se uma interdependência, pelas externalidades ou efeitos de rede indiretos

1 Araújo, 2012: 135 e ss; Frank, 1997: 26-27.

2 Rochet & Tirole, 2003; Rochet & Tirole, 2004a; Rochet & Tirole, 2004b; Rochet & Tirole, 2005.

3 Filistrucchi; Geradin & Damme, 2012: 33-34; Evans & Schmalensee, 2007: 152 e ss.; Hovenkamp, 2018: 3; Evans, 2002: 2-3.

4 Para uma análise empírica, confirmando a presença dos efeitos estipulados na teoria dos *two-sided markets*, vide Rysman, 2007: 1-36. Também as autoridades da concorrência têm reconhecido estas características e efeitos dos *two-sided markets*, a propósito da abordagem adotada das autoridades

verificadas: assim, se o aumento do preço cobrado a um dos lados, causando a saída de alguns membros desse lado, causar, por isso, a saída de membros do lado contrário, existe um efeito de rede indireto negativo.

Note-se que os grupos pertencentes à plataforma devem representar, no mínimo, dois agregados de utilizadores distintos, embora interdependentes. Se todos os membros da plataforma reúnem as mesmas características, não se verifica um mercado de dois lados. Pelo contrário, verifica-se apenas um grupo de utilizadores com uma certa homogeneidade, ou seja, verifica-se um *one-sided market*. Os grupos nos *two-sided markets*, na sua estrutura mais simples, compõem, normalmente, um *buyer side* (consumidores, utilizadores e *viewers*) e um *seller side* (comerciantes, vendedores, prestadores e *advertisers*).

A plataforma fornece um serviço diferente para cada grupo, como se nota em variadíssimos casos<sup>5</sup>: a *Uber* que permite que os condutores de carros consigam prestar esse serviço aos clientes, e fornece aos clientes a oportunidade de receber este serviço; consolas de vídeo jogos como a *Sony Playstation* ou *Xbox* que permite que as empresas criadoras de jogos os utilizem na sua consola e vendam aos consumidores, e vice-versa; as estações televisivas podem fazer publicidade aos consumidores de determinados produtos; os cartões de débito ou de crédito que são emitidos por um banco aos clientes (relação entre consumidores e bancos *issuers*), mas que depois são aceites como forma de pagamento por um comerciante (relação entre os comerciantes e bancos *acquirers*).

## 2.2. Efeitos indiretos de Rede

A interdependência que se verifica entre os grupos é explicada pelos denominados efeitos de rede indiretos ou externalidades de rede<sup>6</sup>. Os mesmos podem ser positivos ou negativos, consoante causem um aumento de membros ou a saída dos mesmos num dos lados: assim, se o aumento do preço cobrado a um dos lados, causando a saída de alguns membros desse lado, causar, por isso, a saída de membros do lado contrário, existe um efeito de rede indireto negativo.

---

de concorrência alemã, francesa, italiana, sueca, na plataforma de pesquisa de hotéis *Booking*, vide o comentário de Chiara Caccinelli e Chiara Toledano em Caccinelli & Toledano, 2018: 193-234.

5 Hovenkamp, 2018: 1-3; Moura e Silva, 2018: 185-187.

6 Rochet & Tirole, 2003: 994-996; Evans, 2002: 4-5, 40-41; Evans & Schmalensee, 2007: 163-166; Epstein & Goldberg, 2005: 510-511; Filistrucchi; Geradin & Damme, 2012: 37-39; Caccinelli & Toledano, 2018: 197.



A interdependência ocorre em dois níveis: um diz respeito ao acesso e utilização da plataforma, o outro nível é relativo aos preços por si cobrados aos seus membros.

Quanto à externalidade no acesso e utilização da plataforma (*usage externalities*)<sup>7</sup>: sucede que o número de participantes num dos lados irá influenciar o número de participantes no outro lado<sup>8</sup>, de modo positivo (causando o aumento de participantes) ou de modo negativo (causando a saída de participantes). No caso de uma *app store* (plataforma), quanto mais vendedores (lado S) acederem à plataforma, maior oferta existirá, o que poderá levar a um aumento do lado dos consumidores (lado B), que quererão estar numa plataforma com maior variedade para as suas preferências. Também os vendedores quererão estar na rede que forneça um maior número de potenciais clientes; no mesmo sentido, quanto mais comerciantes (lado S) aceitem determinado sistema de cartão de crédito ou de débito (plataforma) como meio de pagamento pelos consumidores (lado B), mais consumidores quererão aderir a este meio, e vice-versa. Todavia, também pode ocorrer que esta influência se dê num só sentido, é o caso das plataformas de publicidade: embora os *advertisers* (comerciantes) pretendam que se faça publicidade na plataforma que tiver mais *viewers* (audiência), o inverso é, em princípio, falso, pois, os *viewers* quererão utilizar uma plataforma não sobrecarregada de anúncios<sup>9</sup>, embora venhamos a concluir que este efeito indireto negativo não seja tão líquido.

Relativamente ao efeito de interdependência que se prende com os preços<sup>10</sup>: a plataforma, normalmente, cobra um preço a cada um dos lados pela utilização dos serviços, por exemplo, nos cartões de crédito, o comerciante tem de pagar uma percentagem por cada transação, enquanto os consumidores pagam as anuidades<sup>11</sup>. Sobre a distribuição deste preço, veremos *infra*<sup>12</sup>. Por ora, relevam apenas as elasticidades dos lados quanto ao preço. Seguindo o esquema de David Evans e Richard Schmalensee<sup>13</sup> e voltando a considerar

7 Rochet & Tirole, 2004b: 5-7.

8 “each group’s demand for the platform’s services depends not only on the price it is charged but also on the extent of the other group’s participation (i.e. the number of users in the other group)” cfr. Hovenkamp, 2018: 8; Sidak & Willig, 2016: 1304; Filistrucchi; Geradin & Damme, 2012: 37-38.

9 Hovenkamp, 2018: 9; Filistrucchi; Geradin & Damme, 2012: 38 e 44.

10 Rochet & Tirole, 2004a: 9-19.

11 Hovenkamp, 2018: 9.

12 *l.3.*

13 Evans & Schmalensee, 2007: 159-160; Rochet & Tirole, 2004b: 34.

os lados como A (composto por B's, *buyers*) e S (composto por S's, vendedores ou comerciantes, *sellers*):

- a) Se o preço no grupo B subir, menos B's irão juntar-se. Os membros do grupo S valorizam mais a plataforma se existir um maior número de B's. Assim, como existem menos B's, existirão menos S's a juntar-se. Este *drop off* também funciona de modo inverso, isto é, os B's vão valorizar menos a plataforma se tiver menos oferta de S's.
- b) Há que ter em conta as sensibilidades do preço<sup>14</sup>, a chamada *disponibilidade para pagar*, existem grupos com maiores e menores sensibilidades que outros, pelo que a resposta do grupo poderá depender deste fator.

Face às externalidades de rede, a plataforma lucra quando consegue manter “ambos os lados a bordo”, devendo adotar uma política que o permita, oferecendo incentivos e tentando cobrar vantagens ao lado menos elástico, como iremos notar de seguida.

### 2.3. Organização, Apresentação e Preços da Plataforma

Devido às externalidades de rede quanto ao acesso e preço cobrado, a plataforma tem de adotar políticas de organização e funcionamento atrativas para ambos os lados, o fenómeno já referido de *keep both sides aboard*<sup>15</sup>.

No que toca à apresentação, para manter ambos os lados na plataforma, além de incentivar a entrada, as plataformas devem, igualmente, incentivar ambos os lados a interagirem. No caso dos centros comerciais<sup>16</sup>, os mesmos podem ser construídos de modo a que os consumidores tenham de passar e visualizar um largo número de estabelecimentos dos comerciantes<sup>17</sup>; já no caso da publicidade, tanto uma revista, como uma estação televisiva, podem também adotar táticas para que o visualizador observe mais anúncios.

Por outro lado, a apresentação da plataforma com publicidade, com a opção de adquirir um serviço livre de publicidade, também pode servir de

<sup>14</sup> Sobre a mesma, *infra* l.3..

<sup>15</sup> Rochet & Tirole, 2004b: 2, 9-11 e 36-39; Hagiu, 2004: 2-3; Evans, 2002: 4, 43 e 49.

<sup>16</sup> Evans & Schmalensee, 2007: 162.

<sup>17</sup> Como exemplo, existem centros comerciais que condicionam as acessibilidades dos consumidores, orientando subtilmente o trajeto daqueles a determinadas áreas do centro (escadas rolantes só num sentido).

método para conseguir cobrar um preço (ou um preço superior) dos utilizadores, fenómeno a que Erik Hovenkamp chama de alternativa de preço<sup>18</sup>.

Outro aspeto relevante é o modo como o preço cobrado deve ser distribuído pelos lados ou grupos de utilizadores, podendo tratar-se preços de acesso ou de preços de utilização da plataforma<sup>19</sup>. Neste sentido, distingue-se entre *price level* e *price structure* ou *price distribution*<sup>20</sup>. O *price level* corresponde ao total do preço cobrado a ambos os grupos, ou seja, todo o montante extraído dos dois lados. O *price structure* ou *distribution* prende-se com a percentagem do preço total a que cada grupo vai suportar.

Como já foi visto, a *price distribution* tem de ter em conta: 1) as sensibilidades dos grupos ao preço<sup>21</sup>, ou disponibilidade para pagar; 2) o valor que a rede recebe pela participação de cada lado<sup>22</sup>.

Atende-se, assim às elasticidades entre grupos, isto é, a amplitude das respostas e possíveis mudanças que podem ocorrer no número de membros de cada grupo em virtude das vicissitudes verificadas no outro grupo<sup>23</sup>, por exemplo, por o preço cobrado pela plataforma ser superior, os vendedores da plataforma decidem sair da mesma, provocando a saída de membros do lado contrário (compradores), visto que consideram que a plataforma não tem a mesma oferta e qualidade, o que, por sua vez, volta a causar a diminuição de vendedores por existirem menos consumidores, e assim sucessivamente<sup>24</sup>. Quanto à elasticidade relativa ao preço, pode um grupo revelar-se mais elástico que o outro, por exemplo, normalmente, os consumidores são mais sensíveis a aumentos de preço que os comerciantes, podendo mais facilmente sair da plataforma em resposta.

---

18 Hovenkamp, 2018: 17-20.

19 Evans & Schmalensee, 2007: 160-161.

20 Rochet & Tirole, 2004b: 9-16; Hovenkamp, 2018: 9-14.

21 Rochet & Tirole, 2003: 995-998; Evans & Schmalensee, 2007: 159-161.

22 Hovenkamp, 2018: 13-15.

23 A “elasticidade é a amplitude da reacção dos agentes económicos à alteração de condições fundamentais da sua atividade- mais especificamente, a reacção às variações das condições dos mercados, e às resultantes flutuações de preços dos produtos ou de rendimento de fatores” cfr. Araújo, 2012: 174 e Frank, 1997: 111-120. O conceito de elasticidade é aqui adaptado aos *two-sided markets*, devido à interdependência e os já referidos efeitos indiretos de rede que caracterizam estes mercados.

24 Hovenkamp, 2018: 10-11.

Também releva para a sensibilidade ao preço o cômputo das vantagens auferidas<sup>25</sup>, se um grupo vem a beneficiar mais da plataforma que outro, é natural que uma ligeira alteração no preço não provoque a sua saída. No caso do *Facebook*, os benefícios da plataforma para os *advertisers* é muito superior do que o benefício obtido pelos utilizadores. Em terceiro lugar, relevam para a sensibilidade ao preço as condições de concorrência entre o *seller side*, pois, quanto mais benéficas para os membros, maior é capacidade de suportar preços superiores da plataforma. Em último lugar, ainda que as sensibilidades ao preço sejam menores, enquanto as externalidades ou interdependência dos grupos apresentar intensidade, a alteração do preço vai sempre provocar as alterações nos membros da plataforma<sup>26</sup>.

A consideração destes dois fatores tende a justificar que um grupo suporte a maior parte do preço. No caso do *Facebook*, o lado dos consumidores é mesmo gratuito e o lado dos *advertisers* é oneroso, o mesmo acontece no caso do *YouTube* e serviços da *Google*. Cumpre referir que, embora se diga que o efeito indireto de rede seja negativo para os utilizadores quanto mais *advertisers* estiverem presentes na plataforma<sup>27</sup>, a verdade é que a presença dos *advertisers* permite que o preço dos utilizadores seja gratuito, tornando este efeito indireto negativo pouco líquido. Por outro lado, alguns estudos demonstram que os *viewers* valorizam as plataformas com *advertisers*, aliás, os americanos, ao contrário dos europeus, apreciam a publicidade feita<sup>28</sup>.

Enquanto a maximização do lucro nos mercados de um lado consiste na escolha do *output* em que o lucro marginal (lucro pela produção de uma unidade adicional) iguala o custo marginal (custo de produção de uma unidade adicional), nos *two-sided markets* as preocupações são diferentes<sup>29</sup>, é necessário *keep both sides aboard*. O ponto ótimo nesta distribuição para a plataforma consiste na cobrança do maior preço ao lado com mais disponibilidade a

25 Noutra perspectiva, Richard Epstein e Victor P. Goldberg defendem que o montante cobrado a ambos os lados deve cobrir os custos gerados pelos mesmos, cfr. Epstein & Goldberg, 2005: 511.

26 Evans & Schmalensee, 2007: 160.

27 Retomando o conceito: o efeito costuma ser positivo e negativo para ambos os lados, quanto mais *sellers* existirem, mais *buyers* ficarão interessados devido à extensão da oferta; quanto mais *buyers* presentes na rede, maior oportunidade de negócio surge para os *sellers*, provocando o seu ingresso na rede. As mesmas conclusões se retiram quando existe uma diminuição dos membros de um lado, ou seja, ocorre uma diminuição no lado contrário. Contudo, como se viu, diz-se que o efeito não é comum no caso dos *advertisers*, pois, estes quererão integrar a plataforma com mais *viewers*, mas os *viewers* não quererão integrar na plataforma com mais *advertisers*.

28 Evans & Schmalensee, 2007: 155-156.

29 Rochet & Tirole, 2004b: 9-11; Evans & Schmalensee, 2007: 160.

pagar, contudo, somente na medida em que permite a permanência do maior número de membros de ambos os lados (porque a permanência do lado que mais paga depende do número de membros do lado contrário). Para esta permanência ocorrer, é necessário maximizar o volume de transações a serem realizadas<sup>30</sup>. Na verdade, como referem Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, as plataformas costumam selecionar um dos lados como o centro dos lucros<sup>31</sup>.

Em conclusão, nos mercados de um lado, numa alteração do preço, a procura responde com uma alteração, mas nos mercados de dois lados, a alteração de um dos lados também implicará respostas no outro<sup>32</sup>. Estas respostas podem igualmente ocorrer com a manutenção do preço, mas com a alteração da sua distribuição entre os grupos<sup>33</sup>.

Além dos preços cobrados pela plataforma aos grupos, podem os lados transacionarem entre si com preços (preços do produto cobrado pelo vendedor ao consumidor na *OLX*; preço da viagem cobrado condutor ao consumidor da *Uber*). A plataforma pode adotar dois métodos: 1) não regula o preço, sendo o mesmo resultado das leis da procura e da oferta; 2) estabelece um preço pelo serviço transacionado entre os lados. Como vamos notar, o modo de funcionamento destes mercados, especialmente a imposição de preço pelo serviço transacionado entre os lados, pode trazer questões particulares de restrições da concorrência.

### 3. PROBLEMA CONCORRENCIAL? O CASO DOS *PAYMENT CARDS E A INTERCHANGE FEE*

#### 3.1. Vantagens de Eficiência nos *Two-Sided Markets* em geral

Analisadas as características que definem os *two-sided markets*, faltou-nos, na verdade, uma essencial. Importa discernir se o funcionamento destes *two-sided markets* ou plataformas é verdadeiramente eficiente e se determinados aspetos podem levantar problemas concorrenciais.

O modelo de plataforma de dois lados, suscita, desde logo, cautelas nas autoridades supervisoras da concorrência. Por muito restritivo da concorrência

30 Rochet & Tirole, 2003: 996-998.

31 Rochet & Tirole, 2003: 990-991 e 996-998; Rochet & Tirole, 2004b: 9-10.

32 Hovenkamp, 2018: 10-11.

33 Hovenkamp, 2018: 10-11.

que um determinado comportamento aparente ser, por exemplo, a fixação de preços ou a repartição de mercados entre concorrentes, alude-se sempre à natureza *two-sided* de determinado mercado ou plataforma, pela sua potencialidade de gerar eficiências, de forma a obstar à proibição da respetiva conduta<sup>34</sup>. Como vamos notar de seguida, ou se diz que as restrições são necessárias para que exista mercado, ou que o próprio funcionamento do modelo de plataforma é eficiente.

Como foi referido *supra*<sup>35</sup>, as preocupações nos mercados *one-sided* são diferentes das presentes nos mercados de dois lados. A preocupação de *keep both sides aboard* permite tecer um conjunto de considerações. Por um lado, se o lucro da plataforma depende da satisfação e presença de ambos os lados, a plataforma tem um incentivo para incrementar o volume de transações. O mesmo é dizer que, para a plataforma ser eficiente, o mercado tem de beneficiar de um valor ótimo ou aproximado do volume de transações, que reúnam tantos *buyers* como *sellers* quanto possível. Ocorrendo mais transações, como dissemos, existirá um elevado número, por exemplo, de membros do *seller side* e membros do *buyer side*, intensificando a concorrência entre *sellers* ao ponto em que nenhum pode impor o preço e condições da transação unilateralmente, dada a possibilidade de resposta dos *buyers* e dos *sellers*, ou seja, não existe poder de mercado. Em resultado o preço de transação e respetivas condições alcançam a eficiência presente num nível concorrencial<sup>36</sup>, aumentando o bem-estar geral e aproximando-se a um modelo de concorrência perfeita<sup>37</sup>. Em suma, em princípio, a plataforma é eficiente e retira mais benefícios, se a estrutura do seu mercado para os dois lados for eficiente<sup>38</sup>.

Em segundo lugar, o que caracteriza estes mercados de dois lados é a presença de externalidades entre os grupos (ou os chamados efeitos de rede indiretos), em que a composição de cada lado depende da verificada no outro, numa relação de interdependência. Estas externalidades, como implicam situações em que os agentes sofrem efeitos para os quais não contribuíram ou causaram, são apresentadas como uma falha de mercado, sendo aliás,

---

34 Ducci, 2016: 594.

35 (1.3).

36 Sobre estes conceitos *vide* Araújo, 2012: 228-237; Frank, 1997: 29-32; Stiglitz & Walsh, 2006: 221-229; Viscusi; Harrington & Vernon, 2005: 79-100.

37 Sobre esta noção de mercado de concorrência perfeita *vide* Araújo, 2012: 135-195, *em especial pp. 145-147, e ainda* 313 e ss Moura e Silva, 2018: 131-134; Frank, 1997: 337-338; Stiglitz & Walsh, 2006: 215-229.

38 Rochet & Tirole, 2004b: 39.

defendido que uma das justificações da intervenção do Estado no mercado é a internalização dessas externalidades<sup>39</sup>. Ora, argumentam Jean-Charles Rochet e Jean Tirole que as plataformas não só permitem, como são incentivadas a internalizar as externalidades, transferindo o excedente de um dos lados para o outro<sup>40</sup>, além disso, a plataforma pode moderar o poder de mercado exercido por um dos lados, nomeadamente pelos *sellers*<sup>41</sup>.

No entanto, pode existir um alto grau de concentração do mercado entre plataformas. O argumento que sustenta não terem as plataformas incentivos a explorar abusivamente os seus *users*, por lucrarem com uma situação bem-estar geral, resultante do fenómeno *keep both sides aboard*, pode falhar numa situação de poder de mercado das plataformas. Efetivamente, se as plataformas não sofrem a pressão de uma concorrência efetiva, os *users* não beneficiarão de uma alternativa viável na situação da plataforma cobrar preços superiores ao nível concorrencial, vendo-se obrigados a continuar a operar na mesma plataforma.

Jean-Charles Rochet e Jean Tirole reconhecem, efetivamente que a *platform competition* aumenta as elasticidades da procura dos *buyers*<sup>42</sup>, visto que estes podem mudar de plataforma se as condições de transação não lhes forem favoráveis. Todavia, Jean-Charles Rochet e Jean Tirole argumentam que no nível concorrencial, as plataformas não serão eficientes, pois, com os preços baixos, próximos do valor do custo marginal, as plataformas não conseguirão internalizar as externalidades e, não conseguindo subsidiar o lado mais elástico (os *buyers*) com um maior preço do lado com menor sensibilidade ao preço (os *sellers*)<sup>43</sup>, a plataforma terá de cobrar preços mais altos aos *buyers*, o que há de causar a sua saída, gerando, igualmente, pelas externalidades de rede, a saída dos *sellers*, o que permite encaminhar a plataforma para o colapso<sup>44</sup>. Em suma, a plataforma apenas consegue cumprir as potencialidades de eficiência e de bem-estar se tiver poder de mercado. Sucede que estas

---

39 Cfr. Araújo, 2012: 56-57; Vaz Freire, 2008 59-61; Stiglitz & Walsh, 2006: 252 e ss.

40 Rochet & Tirole, 2004b: 36-39; Evans, 2002: 4, 10-11, 43 e 49; Filistrucchi; Geradin & Damme, 2012: 39; Hagi, 2004: 4.

41 Rochet & Tirole, 2004b: 36-39; Rochet & Tirole, 2004a: 23-24.

42 Rochet & Tirole, 2004b: 35.

43 Porque os *sellers* passam a ter a possibilidade de mudar de plataforma se encontrarem uma outra plataforma com melhores condições e menor preço. Portanto, tornam-se mais elásticos e menos suscetíveis a aumentos de preço para subsidiar o lado contrário.

44 Rochet & Tirole, 2005: 4-7, 14-16 e 29-30.

conclusões vieram a ser desafiadas por Luís Cabral que vem a considerar que o modelo de plataforma é ineficiente em situação de heterogeneidade dos *buyers* e *sellers*<sup>45</sup>. Considerando que existem *buyers* com maior disponibilidade para pagar que outros, em situação de monopólio, com preços mais altos, apenas os *buyers* de maior disponibilidade utilizarão a plataforma, levando a uma redução das vendas. No mesmo sentido, considerando que existem *sellers* com maior disponibilidade para vender que outros, com a redução das vendas, apenas aqueles permanecerão na plataforma, causando ineficiências do comércio de retalho<sup>46</sup>.

Estando demonstrado que os mercados de dois lados podem revelar-se eficientes ou ineficientes, importa testar as mesmas proposições quanto às plataformas de cartões de pagamento.

### 3.2. A Plataforma Quadripartida dos Cartões de Pagamento, Papel da *Interchange Fee*

A plataforma quadripartida dos cartões de pagamento<sup>47</sup> (de crédito e de débito), reconhecidamente como *two-sided* ou *platform market*, tem sido tema de debate há mais de duas décadas, sendo particularmente relevantes os processos da União Europeia contra a companhia *Visa* e *MasterCard*.

Quando falámos dos *two-sided markets* considerámos uma estrutura simples em que existe uma entidade, a plataforma, que lida com dois grupos interdependentes, por exemplo a *Uber* com o lado dos clientes e com o lado dos condutores, ou a *Amazon* quanto aos seus *sellers* e quanto aos seus *buyers*. Nestes dois casos, verificam-se duas curvas de oferta e procura entre a plataforma e cada um dos grupos, e existe ainda a interação direta entre os dois lados (os clientes que recebem o serviço dos condutores da *Uber*, os compradores de bens aos vendedores da *Amazon*). Todavia, a estrutura dos cartões de pagamento, no sistema quadripartido da *Visa* e *MasterCard* sofre de maior complexidade. Utilizando a plataforma *Visa* como exemplo, a mesma lida com os bancos emitentes de cartões (chamados de *issuers*) junto dos seus clientes (*buyers* ou consumidores), e com os bancos dos comerciantes que aceitam os cartões como forma de pagamento pelos clientes (os bancos *acquirers*). Assim,

45 Cabral, 2005: pp. 6-9.

46 Cabral, 2005: 7-9.

47 Ao contrário da plataforma bipartida *American Express* com o chamado “*proprietary system*” em que a mesma é simultaneamente *issuer* e *acquirer*. Note-se, no entanto que o sistema *American Express* lida apenas com cartões de crédito e oferece um conjunto de vantagens para os consumidores, nomeadamente descontos ou benefícios perante determinados comerciantes cfr. Rysman, 2007: 5; Muris, 2005: 106.



verifica-se uma relação entre os bancos *issuers* e os clientes, outra entre os bancos *acquirers* e os comerciantes; uma outra relação entre os bancos *issuers* e os bancos *acquirers*, para não falar do mercado final onde todos estes efeitos se repercutem, o mercado entre os consumidores e os comerciantes. Além de todas estas relações, a *Visa* e a *MasterCard* são associações entre os vários bancos (*issuers* e *acquirers*)<sup>48</sup>, tornando-se, em consequência, difícil distinguir a plataforma dos seus próprios membros.

Em consequência desta estrutura quadripartida, a Comissão Europeia considerou estar perante, pelo menos, três mercados<sup>49</sup>. Num nível superior, 1) o mercado entre plataformas, onde as plataformas concorrem entre si pela angariação de instituições de crédito. Neste plano, surgem a *Visa*, *MasterCard* e *American Express* quanto aos cartões de crédito, e *Visa* e *MasterCard* quanto aos cartões de débito. Já no nível inferior, 2) o mercado de emissão (*issuing*), onde as instituições bancárias emitentes (*issuers*) concorrem entre si para angariar *cardholders*; 3) o mercado de aquisição (*acquiring*), em que as instituições bancárias (*acquirers*) concorrem entre si para angariar comerciantes. No fundo, tanto no *acquiring* como no *issuing*, as instituições bancárias concorrem quanto aos termos negociados com *cardholders* ou comerciantes<sup>50</sup>. Note-se que os *issuers* e *acquirers* concorrem com os restantes membros da plataforma que a integram, mas também com os *issuers* e *acquirers*, respetivamente, de outra plataforma de cartões de pagamento. Merece, ainda, referência 4) o mercado entre consumidores e comerciantes, onde se repercutem os custos e efeitos das plataformas<sup>51</sup>.

Os custos da operação bancária são divididos entre os *cardholders* (clientes dos bancos *issuers*) e entre os comerciantes (clientes dos bancos *acquirers*). Atendendo que os clientes representam o lado mais elástico, têm uma menor disponibilidade para pagar, por isso, suportam apenas uma pequena parte dos custos através do pagamento das (pequenas) anuidades aos bancos *issuers*<sup>52</sup>, e os comerciantes, em contrapartida, financiam em larga medida a operação, através do pagamento do comerciante ao banco *acquirer* de uma percentagem relativa à compra do consumidor. Com efeito, diz-se que as plataformas de

48 Rochet & Tirole, 2003: 1013-1014.

49 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 43-45 e 47-50. Também o Tribunal de Justiça, v.g. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e o.*, EU:C:2020:265, p. 56.

50 Rysman, 2007: 3-5.

51 Rysman, 2007: 5.

52 Hovenkamp, 2018: 13-14; Evans, 2002: 37.

cartões de pagamento permitem a internalização de externalidades e a subsidição de um dos lados (o lado elástico)<sup>53</sup>, sem a qual a plataforma não funcionaria. Embora o preço esteja distribuído consoante a disponibilidade de pagar, o destinatário do pagamento não é o mesmo, visto que o *issuer* recebe a anuidade do *cardholder* e o *acquirer* recebe a percentagem paga pelo comerciante referente ao valor pago pelo *cardholder*. Assim, a ferramenta utilizada para distribuir o custo desta operação<sup>54</sup> consiste na comissão interbancária multilateral (CIM) ou *multilateral interchange fee (MIF)*, isto é, uma comissão paga pelo banco *acquirer* ao banco *issuer*<sup>55</sup> cujo valor é definido pela respetiva plataforma, por contraposição à comissão interbancária bilateral ou *bilateral interchange fee* que é fixada em negociação entre o *issuer* e *acquirer*. De ora em diante, por razões de simplicidade, passamos a designar a *multilateral interchange fee* de *interchange fee*.

Esta análise leva-nos ao ponto seguinte: aferir se este tipo de plataforma pode apresentar restrições à concorrência e se a *interchange fee* pode levantar problemas.

### 3.3. Restrições à Concorrência causadas pelas Interchange Fees

#### a) *Aspetos gerais*

Relembra-se que a abordagem seguinte diz respeito apenas à aplicação do regime do artigo 101.º do TFUE às *multilateral interchange fees*, dado que se optou por afastar o abuso de posição dominante (artigo 102.º do TFUE) do objeto do presente estudo.

Conforme referido *supra*<sup>56</sup>, as eficiências e vantagens dos mercados de dois lados conseguem ser colocadas em risco se a concorrência entre plataformas não for efetiva, existindo uma plataforma com poder de mercado que tem a possibilidade de se apoderar do bem-estar dos seus utilizadores<sup>57</sup>.

53 Muris, 2005: 102-104.

54 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*: a *Visa*, acusada de fixar preços através desta taxa, argumentou que esta taxa interbancária se trata de uma transferência de custos de operadores (p. 61, 65 e 66).

55 Rochet & Tirole, 2004a: 6-7; Rochet & Tirole, 2003: 1013-1014.

56 *II. 1.*

57 Neste caso, é de ponderar a aplicação da proibição de abuso de posição dominante (artigo 102.º TFUE). No entanto, essa opção extravasa o nosso objeto de investigação, que se limita à análise do artigo 101.º TFUE.

No curso da jurisprudência é reconhecido que o grau de concentração das plataformas de cartões de pagamento é elevado, o que cria barreira à entrada do mercado e impede que outras empresas desafiem as práticas das plataformas<sup>58</sup>. E depois, o tipo de cláusulas utilizadas pelas plataformas bancárias são altamente restritivas da concorrência: 1) a *honor-all-cards rule*, obriga os comerciantes a aceitarem todos os cartões com a marca das plataformas disponíveis do sistema<sup>59</sup>; 2) a *no-discrimination rule*<sup>60</sup>, proíbe os comerciantes de formar preços diferentes consoante o método de pagamento, isto é, o produto deve ter o mesmo preço, independentemente do consumidor querer pagar com dinheiro ou com cartão bancário. Ambas as cláusulas acabaram proibidas na regulação da União Europeia (artigo 10.º, n.º 1 e 11.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2015/751 de 29 de abril de 2015)<sup>61</sup>.

Notando que *Visa* e a *MasterCard* são associações interbancárias, e que os seus membros (as instituições de crédito *issuers* e *acquirers*) são empresas<sup>62</sup>, estas plataformas podem ser classificadas de associações de empresas, ou

---

58 A propósito dos Estados Unidos: 1) *United States c. Am. Express Co.*, 10-CV-4496 (NGG) (RER), p. 69: “Furthermore, the network services market remains highly concentrated and constrained by high barriers to entry, just as it was in Visa. American Express is one of only four major suppliers of GPC card network services, and three of the competitors in this market (Visa, American Express, and MasterCard) are significantly larger than the fourth (Discover). (...) The structural susceptibility of this market to an exercise of market power is exacerbated by its inherently high barriers to entry, which further reduce the likelihood that an attempt at anticompetitive conduct would be defeated by new suppliers entering the market”; 2) *United States v. Visa and MasterCard USA*, 344 F.3d 229 (2nd Cir. 2003), p. 240. A propósito do Reino Unido, *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 98-105. Por fim, no âmbito da União Europeia, Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019), p. 23-27.

59 Rochet & Tirole, 2005: 3.

60 Rochet & Tirole, 2005: 31.

61 Sobre este aspeto, vide Colangelo & Maggolino, 2017: 8-16.

62 C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Eiser c. Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161, p. 21, definiu-se que é empresa qualquer entidade que exerça uma atividade económica. O conceito de atividade económica é, por sua vez, definido no C-118/85, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Italiana*, EC:1987:283, p. 7 como a atividade de “oferta de bens ou serviços no mercado”. A referida decisão permitiu distinguir os atos do Estado no exercício de poder público e os atos de cariz comercial e industrial (p. 7, 8, 13). Sobre esta matéria, vide Moura e Silva, 2018: 243-266. Ora, as instituições de crédito, são entidades de domínio comercial e, para este efeito, os *issuers* são empresas ao prestar os serviços de *issuing* aos *cardholders* (emissão de cartões e gestão dos serviços relacionados com os mesmos), tal como os *acquirers* são empresas ao prestar o serviço de *acquiring* aos comerciantes (a aceitação dos cartões dos *cardholders*).

podem dar origem a acordos horizontais<sup>63,64</sup>. Neste sentido, sendo a existência e o valor *interchange fee*, portanto, uma comissão interbancária paga pelos *acquirers* aos *issuers* definida por membros da plataforma concorrentes entre si (concorrência entre *issuers*; concorrência entre *acquirers*<sup>65</sup>), permite-se duvidar se estamos perante uma fixação horizontal de preços. De qualquer modo, como já referimos, é possível enquadrar a *interchange fee* tanto enquanto acordo (entre *issuers* e *acquirers* concorrentes entre si, embora por intermédio da plataforma *Visa* ou *MasterCard*), ou enquanto decisão de associação de empresas<sup>66</sup> (tomada pela associação de *acquirers* e *issuers*, *Visa* ou *MasterCard*) no âmbito do artigo 101.º do TFUE.

Se é verdade que a *interchange fee* é uma fixação horizontal de preços, ou outro acordo de semelhante natureza, pelo grau de concentração de mercado, parece que a concorrência entre *issuers* pelos *cardholders* e a concorrência dos *acquirers* pelos comerciantes fica comprometida, ficando, aliás, em

---

63 E assim foi qualificado na maioria das decisões, 1) quanto à *Visa*, na Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 53-55 (embora a Comissão tenha sido flexível e ter admitido que se podia tratar também de um acordo entre empresas); 2) quanto à *MasterCard*: T-111/08, *MasterCard Inc. e o. c. Comissão Europeia*, EU:T:2012:260, p. 24, 244, 256, 258 e 259, C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201, p. 50, 64 e 76. Ainda sobre esta matéria, vide Moura e Silva, 2018: 259-261; 3) quanto ao *Groupement des cartes bancaires*, isto é, um agrupamento de interesse económico de direito francês, criado em 1984 pelos principais estabelecimentos bancários franceses, para realizar a interoperabilidade dos sistemas de pagamento e de levantamento com cartões bancários emitidos pelos seus membros, semelhante à *Visa* e *MasterCard* por ter *issuers* e *acquirers*. Neste caso decidido pelo C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, o *Groupement* propôs o chamado mecanismo de regulação da função de aquisição (*MERFA*), um mecanismo de distribuição dos custos enfrentados pelos bancos nas operações de pagamento, emissão e ATM's. A *MERFA* foi qualificada pela Comissão como uma decisão de associação de empresas (p. 4 e 8), embora o TJUE se tenha referido sempre a “acordo ou decisão de associação de empresas”, visto que o *groupement* não impugnou a qualificação nem os elementos de prova permitiam fazer essa aferição (p. 23-24 e 27).

64 A *MasterCard* impugnou a qualificação de associação de empresas nos acórdãos *supra* citados (nota de rodapé 67), visto que teria mudado o seu estatuto para sociedade anónima. No T-111/08, *MasterCard Inc. e o. c. Comissão Europeia*, EU:T:2012:260, o Tribunal Geral veio a explicar que a razão material para a classificação se mantinha, a *MasterCard* trata-se de uma forma de coordenação de empresas [sendo que a qualificação de acordo, prática concertada e decisão de empresas apenas se distingue pela forma e intensidade da cooperação; o propósito das distinções é o de abranger os demais modo de cooperação, de forma a que as empresas não escapem às regras da concorrência (p. 242-244)], em que os bancos continuam a exercer poder decisório coletivamente sobre os aspetos essenciais do funcionamento da organização (p. 245 e 259) e, em segundo lugar, a *MasterCard* tem em conta os interesses concretos dos bancos quando fixa o nível das *interchange fees*, servindo como uma comunidade de interesses entre ela e os bancos (p. 245, 255-256 e 258). O TJUE no seu acórdão, de 11 de setembro de 2014, manteve a argumentação do TGUE (p. 50, 64 e 76).

65 E em concorrência com os *issuers* e *acquirers* fora da plataforma.

66 Sobre o conceito de empresa e de atividade económica, vide *supra* as notas 63-65.

desvantagem todas as instituições de crédito que não pertençam à *Visa* e à *MasterCard*. Cumpre abordar a delimitação do mercado relevante, o que faremos *infra*<sup>67</sup>.

Abordados os principais problemas relacionados com a matéria das *interchange fees*, é conveniente realizar um pequeno percurso jurisprudencial.

### *i) Percurso jurisprudencial*

Um dos primeiros casos sucedeu no Direito *Antitrust* norte-americano com o processo *National Bankcard Corp. (NaBanco) c. Visa U.S.A., Inc.*<sup>68</sup>. A *National Bankcard Corporation* acusou a *Visa U.S.A.* de violar o *Sherman Act* por fixação de preços através das percentagens das *interchange fees*, argumentando que as mesmas reduzem ou eliminam a possibilidade de concorrer com os membros da rede *Visa* (*acquirers* ou *issuers*), dado que nos outros sistemas não existiria esta partilha de custos, sendo os bancos destes sistemas obrigados a descontar valores mais altos aos comerciantes<sup>69</sup>. A primeira instância avaliou a *interchange fee* ao abrigo da *rule of reason* e entendeu que a *NaBanco* não teria provado a violação do Direito *Antitrust*, o que a motivou a interpor recurso para o Tribunal de Recurso. O Tribunal de Recurso apreciou que a *interchange fee* é desenhada para transferir alguns custos para o banco do comerciante que, de outro modo recairiam totalmente sobre os *issuers*<sup>70</sup>. Deste modo, também apreciou a *interchange fee* pela *rule of reason*<sup>71</sup>, concluindo que se tratava de uma regra necessária para o sistema da *Visa*<sup>72</sup>, revelando-se, por isso, lícita.

No âmbito da União Europeia, vários processos opõem a Comissão Europeia à *Visa*, tendo a *interchange fee* transfronteiriça chegado ao Tribunal Geral

67 *Il. 3. a) e c).*

68 *National Bankcard Corp. (NaBanco) c. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986).

69 *National Bankcard Corp. (NaBanco) c. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986), pp. 594 e 596.

70 *National Bankcard Corp. (NaBanco) c. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986), p. 596.

71 Citando a propósito da distinção entre a proibição *per se* e *rule of reason*, *Cha-Car, Inc. c. Calder Race Course, Inc.*, 752 F.2d 609 (11th Cir. 1985), p. 613: qualquer afastamento da *rule of reason* tem de ser baseado em efeitos económicos demonstráveis, ao invés de separações formalistas.

72 *National Bankcard Corp. (NaBanco) c. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986), p. 602: a *interchange fee* permite desenvolver o produto “Cartão Visa”, que nenhum dos seus membros conseguiria produzir individualmente. Em segundo lugar, assegura universalidade dos seus cartões, não sendo um esquema de fixação de preços para afastar os concorrentes.

da União Europeia e ao Tribunal de Justiça da União Europeia no litígio contra MasterCard. Vejamos esta jurisprudência nos parágrafos seguintes<sup>73</sup>.

Em 1977, a *Visa* notificou a Comissão de várias regras da sua plataforma, nomeadamente as *MIF's*. Embora tenha arquivado o processo em 1985, em 1992 a Comissão reabriu o mesmo devido a uma denúncia da *British Retail*, tendo também em conta a denúncia da *Eurocommerce*<sup>74</sup>. Nesta decisão, a Comissão apreciou vários aspetos do sistema da plataforma *Visa*, tendo considerado que a *Visa* se trataria de uma associação de empresas e, reconhecendo e distinguindo os vários agentes, tais como os *issuers*, *acquirers*, os *cardholders* e comerciantes<sup>75</sup>. No entanto, a Comissão acaba por não apreciar a *multilateral interchange fee*, concentrando-se, ao invés, nas *non-discrimination rules*, e conclui que estas regras não restringem a concorrência<sup>76</sup>.

Foi com o processo *Visa II*, culminado com a decisão da Comissão em 2002, que os efeitos da *interchange fee* transfronteiriça foram discutidos. Nesta decisão, a Comissão considerou que a *interchange fee* seria uma decisão de associação de empresas e, atentas as suas vantagens de eficiência, optou por rejeitar a qualificação de restrição por objeto<sup>77</sup>. Ainda assim, tratar-se-ia de um acordo de preços, e, em consequência, uma restrição por efeito, dado que os bancos deixam de ser livres de determinarem as suas políticas em matéria de preços<sup>78</sup>. Todavia, a Comissão acabou por isentar a restrição causada pelas *interchange fees* ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, por cinco anos, estabelecendo um compromisso de redução das mesmas e apenas as considerando lícitas se fundadas nos custos dos *acquirers* e *issuers* e cumprindo determinados limites percentuais<sup>79</sup>. Findo o período de isenção, a Comissão reabriu a investigação

73 Além da imensa doutrina que aborda as *interchange fees*, *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 63-74 (doravando designada por *Arcadia c. MasterCard*), fornece um excelente resumo do resultado de cada decisão até 2014 nos processos contra a *Visa* e a *MasterCard* (p. 63-74).

74 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International*, p. 1-2.

75 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International*, p. 34, 35, 49 e 53.

76 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International*, p. 78. Quanto às *non-discrimination rules* (NDR), a Comissão entendeu que, embora aptas a restringir a concorrência, os seus efeitos não eram relevantes, aliás, de acordo com estudos versados sobre locais onde a regra não se aplica, os comerciantes raramente aplicaram sobretaxas atento o medo de perder a clientela (p. 54-58).

77 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 55 e 60.

78 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 64.

79 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 99-103. A Comissão aceitou as três categorias de custos apresentadas pela *Visa*: a) o custo do processamento do pagamento; b) o custo da concessão da garantia de pagamento; e c) o custo do período de financiamento gratuito (p. 84-90). Portanto, sujeitou a licitude das *interchange fees* à condição de as mesmas serem cobradas para suportar

em 2007, e, nas suas objeções de 3 de abril de 2009, acusou a *Visa* de incumprir os compromissos assumidos com a decisão de 2002<sup>80</sup>. A Comissão acabou por acordar compromissos com a *Visa*, na sua decisão de 8 de dezembro de 2010, na redução das *interchange fees* aplicadas a cartões de débito no valor de 0.2% pelo período de quatro anos<sup>81</sup>. Curiosamente, desde esta decisão de 2010, e nas próximas datadas de 2014 e 2019, a Comissão abandonou o critério dos custos (adotado em 2002), e adotou o critério do teste da indiferença do comerciante, ou *MIT* (*Merchant Indifference Test*)<sup>82</sup>. Posteriormente aos compromissos assumidos, a Comissão viria a aceitar novos compromissos em 2014, vigentes no período de 4 anos, segundo os quais se definiram os limites máximos de 0.3% para cartões de crédito e 0.2% para cartões de débito<sup>83</sup>. Por fim, reaberto o processo em 2018, a 29 de abril 2019 a Comissão aceitou a proposta de compromissos elaborada pela *Visa*<sup>84</sup>, mantendo a maioria das considerações adotados em 2014, nomeadamente o critério da indiferença do comerciante<sup>85</sup>, e a cláusula de não evasão<sup>86</sup>. Assim, foi estabelecido que os compromissos teriam a vigência de cinco anos e seis meses.

---

as referidas categorias de custos. Quanto aos níveis de *interchange fees*, no artigo 3.º (18) da decisão da Comissão, a comissão estabeleceu a redução pelas seguintes etapas: 2002, [0,81 %-0,93%]; 2003, [0,77 %-0,90 %]; 2004, [0,77 %-0,89 %]; 2005, [0,74 %-0,86 %]; 2006, [0,70 %-0,82 %]; 2007, [0,7%].

80 Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (8.12.2010), p. 1-4.

81 Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (8.12.2010), p. 63, 71-73.

82 Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (8.12.2010), p. 32 e 61. No p. 61 afirmou a Comissão: “*The MIF level compatible with the MIT aims to generate benefits to merchants and subsequent purchasers and allows the promotion of efficient payment instruments. By ensuring that overall merchants are indifferent between accepting and handling card payments and other means of payments, such a MIF creates a level playing field for competition between alternative payment instruments because it prevents card schemes from exploiting the reluctance of merchants to turn down card payments as they are afraid that their competitors would steal their customers if they refuse to accept card payments*”; Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (25.02.2014), p. 104-112.

83 Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (25.02.2014).

84 Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019) p. 48 e 95: a) CIM inter-regional para cartões de débito aplicada a transações inter-regionais com cartão presente (CP): limite de 0,2 %; b) CIM inter-regional para cartões de crédito aplicada a transações inter-regionais com cartão presente (CP): limite de 0,3 %; c) CIM inter-regional para cartões de débito aplicada a transações inter-regionais com cartão não presente (CNP): limite de 1,15 %; d) CIM inter-regional para cartões de crédito aplicada a transações inter-regionais com cartão não presente (CNP): limite de 1,50 %.

85 Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019), p. 71-78.

86 Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019), p. 89: que proíbe a *Visa* de adotar por uma conduta que, direta ou indiretamente, por ato ou omissão, tenha objeto ou efeito equivalente à CIM inter-regionais. Isto inclui, embora sem caráter exclusivo, a introdução de taxas que, do ponto de vista jurídico ou económico, sejam equivalentes às CIM inter-regionais.

Embora o funcionamento dos sistemas *MasterCard* e *Visa* sejam muito próximos, ao contrário do decidido em 2002 no processo contra a *Visa*, a Comissão proibiu as *interchange fees* aplicadas pela *MasterCard* na decisão de 19 de dezembro de 2007<sup>87</sup>. A Comissão entendeu que as *interchange fees* bem podiam ser classificadas como restrições por objeto, pois, visam precisamente restringir as distorções que a concorrência provoca no *acquiring* em matéria de preços, em prejuízo dos comerciantes<sup>88</sup>. Contudo, a Comissão qualificou a *interchange fee* como restrição por efeito, porque já entendera verificados os seus efeitos restritivos em matéria de preços entre os bancos de aquisição em detrimento dos comerciantes e dos seus clientes<sup>89</sup>. Com efeito, entendeu a Comissão não só que as *interchange fee* não seriam necessárias para a plataforma<sup>90</sup>, mas, também que a pressão concorrencial entre plataformas era insuficiente para motivar uma redução dos preços das *interchange fees*<sup>91</sup>. De resto, no domínio da isenção (artigo 101.º, n.º 3 do TFUE), a Comissão concluiu que não se verificavam os respetivos requisitos<sup>92</sup>. A *MasterCard* recorreu da decisão para o TGUE, que acabou por negar o recurso a 24 de maio de 2012, mantendo a argumentação da Comissão<sup>93</sup>. Chega-se, então à decisão do TJUE de 11 de setembro de 2014, também negando o recurso à *MasterCard*<sup>94</sup>. Nesta decisão, foi amplamente discutida a necessidade das *MIFS* e argumentou o TJUE, concordando com o TGUE que a maior dificuldade sofrida para manter a plataforma, na ausência das *interchange fees*, não demonstraria a sua necessidade<sup>95</sup>. O TJUE, discordou ainda da *hipótese contrafactual* construída pelo TGUE em que a *MasterCard* poderia operar com a vigência de cláusulas como a *no surcharge rule* e com a *honor all cards*

87 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o..

88 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 405-407.

89 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 410, 411 e 522.

90 Afastando a argumentação das restrições acessórias, demonstrando plataformas tripartidas que funcionam sem *MIF*, cfr. Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 549-552 e 555-614).

91 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 409, 467 e 491.

92 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 679-701, 729-733 e 739-746.

93 T-111/08, *MasterCard Inc. e o. c. Comissão Europeia*, EU:T:2012:260.

94 C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201. Nesta decisão, o TJUE defendeu que as *MIFs* tinham efeitos restritivos na medida em que “*limitam a pressão que os comerciantes podem exercer sobre os bancos de aquisição na negociação das MSC reduzindo as possibilidades de os preços diminuírem abaixo de um determinado limiar*”, e isso em contraste “*com um mercado de aquisição a funcionar sem elas*” (p. 193).

95 C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201, p. 91, 94 e 95.



*rule*<sup>96</sup>. Ainda assim, o TJUE confirmou que a *interchange fee* não representa uma restrição por objeto, mas por efeito, afirmando que a argumentação utilizada no TGUE foi suficientemente fundamentada<sup>97</sup>. Por fim, quanto à aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE, o TJUE rejeitou a argumentação das recorrentes segundo a qual o TGUE não fundamentou suficientemente a não tomada em consideração das vantagens decorrentes das CIM para os titulares de cartões<sup>98</sup>. Todavia, a Comissão tornou a negociar com a *MasterCard* e em 2019 acordou compromissos, admitindo a aplicação de *interchange fees* transfronteiriças no valor de 0,2 % para os cartões de débito e de 0,3 % para os cartões de crédito, atendendo que as mesmas cumpriam o critério da indiferença do comerciante<sup>99</sup>.

Os processos *Visa* e *MasterCard* motivaram uma abordagem regulatória no âmbito da União Europeia. O Regulamento (UE) 2015/751 de 29 de abril de 2015 permite as *interchange fees* dentro dos seguintes níveis: 0.2% para cartões de débito (artigo 3.º, n.º 1 do Regulamento); 0.3% para cartões de crédito (artigo 4.º do Regulamento). No entanto, continua a justificar-se uma abordagem concorrencial, não só porque continuam a decorrer processos dirigidos pela Comissão, como porque se verifica uma necessidade de revisão do regulamento<sup>100</sup>. Além do mais, a conformidade das *interchange fees* com o artigo 101.º do TFUE poderia sempre revelar a desnecessidade de qualquer regulação.

#### **b) Restrição por objeto?**

Uma restrição é tida por objeto quando o acordo, a prática concertada, ou a decisão de associação de empresas tenha a potencialidade ou suscetibilidade de restringir a concorrência<sup>101</sup>. Basta, portanto, o efeito restritivo potencial, não sendo necessária a análise da verificação dos efeitos. O Acórdão do TJUE de 4 de junho de 2009, *T-Mobile* define que o “objeto” não se refere a uma

96 C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201, p. 172-174.

97 C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201, p. 193 e 195-197.

98 C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201, p. 233, 235, 238, 239, 247-249.

99 Decisão (CE) AT.40049, *MasterCard II*, p. 47 e 85 quanto ao nível das *interchange fees* e p. 70-79 quando à referência do critério da indiferença do comerciante.

100 Colangelo & Maggolino, 2017: 17.

101 Whish & Bailey, 2011: 118-119; C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, p. 31.

intenção subjetiva do agente, mas, antes o significado objetivo ou sentido da conduta no contexto económico e jurídico em que se insere<sup>102</sup>.

São dados vários exemplos de condutas que restringem a concorrência por objeto: um deles diz respeito à fixação de preços pelos concorrentes<sup>103</sup>.

Como se notou no percurso jurisprudencial, a *interchange fee* pode representar uma fixação horizontal de preços entre os *issuers* e *acquirers* membros da plataforma, que as decidem em conjunto. Neste sentido, enquanto fixação de preços que tem, evidentemente, um objetivo de restringir as pressões concorrenciais no que toca ao preço, poder-se-ia argumentar que são restrições por objeto. Assim o fez a Comissão no processo *MasterCard I*, argumentando que as *interchange fees*, como são definidas multilateralmente através de uma decisão conjunta dos membros da plataforma, visam precisamente restringir as distorções que a concorrência provoca no *acquiring* em matéria de preços, em prejuízo dos comerciantes<sup>104</sup>.

Para este propósito é necessário identificar se existe um objetivo de restringir a concorrência no contexto em que a mesma se encontra, isto, é, no respetivo contexto jurídico e económico<sup>105</sup>. Evidentemente, não basta invocar a estrutura *two-sided* do mercado para afastar a qualificação de restrição por objeto. Todavia, as *interchange fees* têm um enquadramento específico na plataforma quadripartida de cartões de pagamento. Em primeiro lugar, trata-se de um mercado de dois lados, que atribui uma preocupação de internalização de externalidades. Em segundo lugar, ao contrário das plataformas normalmente tripartidas (em que a plataforma se relaciona com os dois lados), na plataforma quadripartida, verifica-se a 1) relação entre bancos: composto pelo lado dos *issuers* (que contratam com os *cardholders*) e pelo lado dos *acquirers* (que contratam com os comerciantes); 2) e ainda o mercado final entre os consumidores e comerciantes. Ao contrário das restantes plataformas, neste caso, a plataforma quadripartida não é propriamente autónoma, é, antes, uma associação entre os membros, tornando-se difícil distingui-la dos mesmos. Deste modo, na plataforma *Visa* e *MasterCard* não é possível internalizar as externalidades dos grupos do mercado final (consumidores e

102 C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, p. 27; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão*, ECLI:EU:C:2009:610, p. 55 e 58.

103 C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, p. 37.

104 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 405-406, embora a Comissão tenha optado por qualificar a restrição por efeito, cfr. p. 410, 411 e 522.

105 C-8/08, *T-Mobile*, EU:C:2009:343, p. 27; C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Comissão*, ECLI:EU:C:2009:610, p. 55 e 58; C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, p. 78.

comerciantes), sem a cooperação entre *issuers* e *acquirers*. A *price structure* ou *price distribution* entre os lados não é realizada diretamente pela plataforma *Visa* ou *MasterCard*. Por outro lado, os *issuers* e *acquirers* têm custos distintos e cobram preços a lados interdependentes, mas com elasticidades diferentes. Deste modo, sem receber a *interchange fee* por parte dos *acquirers*, os *issuers* passariam a cobrar a maioria dos custos da operação aos *cardholders*, que são muito mais sensíveis ao preço, causando o seu abandono e, em consequência, o abandono dos comerciantes, ficando a rede diminuída.

Visando a *multilateral interchange fee* reequilibrar, redistribuir, realocar, os custos entre *issuers* e *acquirers* e, ainda, internalizar as externalidades, entendemos que não é possível concluir por um objetivo restritivo da concorrência da *interchange fee*<sup>106</sup>. Parece-nos valer a argumentação utilizada no acórdão do TJUE *Groupement des cartes bancaires*<sup>107,108</sup>, para uma medida semelhante a MERFA – um mecanismo de distribuição dos custos enfrentados pelos bancos nas operações de pagamento, emissão e *ATMs*<sup>109</sup>, ou seja, uma medida com um fim idêntico ao das *multilateral interchange fees* – onde o TJUE afirmou: “*que tendo admitido que as fórmulas adotadas nessas medidas visavam demonstrar uma determinada relação entre as atividades de emissão e as atividades de aquisição dos membros do Groupement, o Tribunal Geral podia daí deduzir, quando muito, que as referidas medidas tinham por objetivo impor uma contribuição financeira aos membros do Groupement que beneficiam dos esforços realizados por outros membros para o desenvolvimento das atividades de aquisição do sistema. Ora, tal objetivo não pode ser considerado, pela sua própria natureza, prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência*”<sup>110</sup>. Muito recentemente, veio o TJUE a negar a classificação da *MIF* enquanto restrição por objeto: “*Ora, no presente caso, no que diz respeito, por um lado, à concorrência entre os dois sistemas de pagamento através de cartão, os elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe não permitem determinar se o facto de suprimir a concorrência entre a Visa e a MasterCard quanto ao aspeto do custo que as taxas de intercâmbio representam*

106 Também a Comissão exclui a qualificação de restrição por objeto na Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International*, p. 60.

107 Sobre a estrutura do *Groupement des cartes bancaires* veja-se *supra* a nota 67. Trata-se de uma estrutura semelhante à *Visa* e *MasterCard* que pretende assegurar a operabilidade do sistema de bancário entre os principais bancos franceses.

108 C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, p. 74-78 e 95-99.

109 C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, p. 4.

110 C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires*, EU:C:2014:2204, p. 74.

*revela, em si, um grau suficiente de nocividade referente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário*<sup>111</sup>.

Também nos Estados Unidos, no caso *Nabanco c. Visa*, o Tribunal de Recurso considerou que a *interchange fee* não poderia ser sujeita à proibição *per se*, avaliando-a, ao abrigo da *rule of reason*<sup>112</sup>.

Em suma, a *multilateral interchange fee* não configura uma restrição por objeto e deve ser apreciada pelos seus efeitos.

### c) Restrição por efeito?

Afastada a restrição por objeto, importa confirmar se a *interchange fee* provoca efeitos restritivos da concorrência.

Retomando a análise do mercado relevante, é necessário, em primeiro lugar, confirmar a presença de externalidades de rede. Para este efeito, devemos aplicar o critério da elasticidade cruzada da procura<sup>113</sup> adaptado às externalidades de grupos, assim: se o aumento do preço num dos lados leva a uma diminuição dos membros (ou a simples diminuição de utilização dos serviços) do outro grupo, existe mercado de dois lados.

A propósito do tipo de plataforma quadripartida, merece repetição o que dissemos: a Comissão Europeia considerou estar perante, pelo menos, três mercados<sup>114</sup>. Num nível superior, 1) o mercado entre plataformas, onde as plataformas concorrem entre si pela angariação de instituições de crédito. Neste plano, surgem a *Visa*, *MasterCard* e *American Express* quanto aos cartões de crédito, e *Visa* e *MasterCard* quanto aos cartões de débito. Já no nível inferior, 2) o mercado de emissão (*issuing*), onde as instituições bancárias emittentes (*issuers*) concorrem entre si para angariar *cardholders*; 3) o mercado de aquisição (*acquiring*), em que as instituições bancárias (*acquirers*) concorrem entre si para angariar comerciantes. No fundo, tanto no *acquiring* como no *issuing*, as instituições bancárias concorrem quanto aos termos negociados com *cardholders* ou comerciantes<sup>115</sup>. Note-se que os *issuers* e *acquirers* con-

111 C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e o.*, EU:C:2020:265, p. 77 e ss.

112 *National Bankcard Corp. (NaBanco) c. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986), pp. 600-602.

113 Sobre o critério da elasticidade cruzada da procura *vide* Moura e Silva, 2018: 176, e Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, Jornal Oficial n.º C 372 de 09/12/1997 p. 0005 – 0013, p. 15-19.

114 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 43-45 e 47-50; C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt. e o.*, EU:C:2020:265, p. 56.

115 Rysman, 2007: 3-5.

correm com os restantes membros da plataforma que a integram, mas também com os *issuers* e *acquirers*, respetivamente, de outra plataforma de cartões de pagamento. Merece, ainda, referência 4) o mercado entre consumidores e comerciantes, onde se repercutem os custos e efeitos das plataformas<sup>116</sup>. No que toca ao mercado do produto, está em causa o mercado de cartões de pagamento, excluindo-se os numerários e cheques<sup>117</sup>.

Neste âmbito, deve atentar-se que o exercício de poder de mercado<sup>118</sup> se deve apurar de modo diferente, embora a Comissão tenha negado que as externalidades não são relevantes para o efeito<sup>119</sup>. Devido às externalidades e ao incentivo de *get both sides aboard*, não há necessariamente uma ligação entre o preço e o custo marginal de cada lado do mercado, sendo antes, necessário, analisar o total de preço cobrado a ambos os lados<sup>120</sup> e, sendo de atender às respostas ou repercussões entre os lados<sup>121</sup>.

Perante um mercado de dois lados, pode sempre argumentar-se que a plataforma não teria nenhum interesse em restringir a concorrência intra-plataforma, pois, devido às externalidades de rede, necessitam de manter dois grupos distintos de utilizadores, adotando preços e políticas que equilibrem o bem-estar de ambos os lados<sup>122</sup>. Nomeadamente, foi referido que, existindo poder de mercado na concorrência inter-plataformas, a *two-sidedness* do mercado *intra-plataforma* pode não impedir o aumento de preços acima do nível concorrencial. Como mencionado, o mercado das plataformas de pagamento é caracterizado por ser altamente concentrado, onde a *MasterCard* e *Visa* são líderes<sup>123</sup>, não sofrendo os *acquirers* e *issuers* pressão concorrencial

116 Rysman, 2007: 5.

117 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 43-51. Já no sentido de se incluir os cheques, a Comissão mudou de posição no caso *MasterCard I*, cfr. a Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 250-277.

118 Cfr. o n.º 39 das *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal* “O poder de mercado é a capacidade de manter, de forma rentável, os preços acima dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo ou de manter, de forma rentável, a produção, em termos de quantidade, qualidade e diversidade do produto ou de inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo”.

119 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 259 e ss..

120 Evans, 2002: 39 e 64-65; Ducci, 2016: 594-595; Katz & Sallet, 2018: 2160-2161.

121 Katz & Sallet, 2018: 2144 e ss, 2150 e ss. e 2170-2172.

122 *Supra* I. 2. e 3, II. 1..

123 Voltamos a referir as decisões: a propósito dos Estados Unidos, 1) *United States c. Am. Express Co.*, 10-CV-4496 (NGG) (RER), p. 69; 2) *United States v. Visa and MasterCard USA*, 344 F.3d 229 (2nd Cir. 2003), p. 240.

suficiente<sup>124</sup>. Se o mercado inter-plataformas é concentrado, a pressão concorrencial sentida nos níveis de preços e condições de transações no mercado intra-plataformas é, em consequência, menor. De todo o modo, uma *interchange fee* definida multilateralmente pela *Visa* ou *MasterCard*, implica uma decisão de associação de empresas ou acordo entre um número elevado de concorrentes, o que, por si, indicia um efeito restritivo da concorrência entre *issuers* e a concorrência entre *acquirers*. Anteriormente, rejeitou-se a qualificação da *interchange fee* multilateral enquanto restrição por objeto, dado que o sentido económico da *interchange fee* reside numa realocação dos custos sofridos pelos *issuers* e *acquirers*. Todavia, não se pode negar que no mercado dentro da plataforma a concorrência encontra-se, de algum modo, restringida a nível do *acquiring* e *issuing*<sup>125</sup>.

Deste modo, cumpre analisar as *interchange fees* por duas vias: 1) pela doutrina das restrições acessórias; 2) pela análise dos seus efeitos positivos no âmbito do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE<sup>126</sup>, isto é, de modo a descobrir se se verificam os pressupostos de isenção.

Ao abrigo das restrições acessórias permite-se concluir que uma conduta restritiva acessória é lícita, pois ela visa permitir a realização de uma operação principal<sup>127</sup>. O acórdão *Métropole télévision* estabelece dois requisitos:

---

A propósito do Reino Unido, *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 98-105. Por fim, no âmbito da União Europeia, Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019), p. 23-27.

124 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 497 e ss..

125 Argumentando que a *MIF* é uma restrição de concorrência em matéria de preços entre os bancos de aquisição em detrimento dos comerciantes e dos seus clientes, cfr. a Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 410, 411 e 522 e *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 98-105.

126 T-374/94, *European Night Services*, EU:T:1998:198, p. 136; também no n.º 20 das *Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, (2011/C 11/01): “no caso de se concluir que o acordo restringe a concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, consiste em determinar quais os benefícios desse acordo para a concorrência e em apreciar se tais efeitos pró-concorrenciais compensam os efeitos restritivos da concorrência (7). Esta análise do equilíbrio entre efeitos restritivos e pró-concorrenciais é efectuada exclusivamente no quadro definido pelo artigo 101.º, n.º 3 (8). Se os efeitos pró-concorrenciais não compensarem uma restrição da concorrência, o artigo 101.º, n.º 2, estabelece que o acordo é automaticamente nulo”. Também o TGUE adotou a mesma posição no T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 72-78 onde afirmou que o artigo 101.º do TFUE, pela sua estrutura, não está construído para albergar uma *rule of reason*, daí que se preveja a possibilidade de isenção no artigo 101.º, n.º 3 que, de facto, pondera os efeitos pró-concorrenciais. Deste modo, uma apreciação dos efeitos pró-concorrenciais no âmbito do artigo 101.º, n.º 1 resultaria na perda do efeito útil do artigo 101.º, n.º 3 (p. 74 e 77).

127 É restrição acessória, toda e qualquer restrição que esteja diretamente ligada e seja necessária à realização de uma operação principal cfr T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 104.

se a restrição é objetivamente necessária à realização da operação principal, e se aquela é proporcionada em relação a esta<sup>128</sup>. A restrição acessória não se confunde com a *rule of reason*, os aspetos analisados por ela são tidos em conta no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE<sup>129</sup>. Também não se trata de apurar se a restrição permite o sucesso comercial da operação principal, mas de apurar se a restrição é necessária à realização dessa operação<sup>130</sup>. Caso se prove a necessidade da restrição acessória, deve ser examinada a compatibilidade com as regras de concorrência em conjunto com a operação principal<sup>131</sup>. No processo *MasterCard I*, sustentou-se que a CIM não é um mecanismo necessário, por isso não podem ser invocadas as restrições acessórias, é uma remuneração dos *issuers*<sup>132</sup>, existindo, até, sistemas que funcionam sem CIM<sup>133</sup>. No entanto, estes sistemas não enfrentam os problemas de distribuição de custos presentes nas plataformas quadripartidas.

Cumprido, no entanto, deixar uma nota relevante. A análise que fazemos da *MIF* diz respeito, primeiramente à estipulação da cláusula em abstrato, independentemente do seu preço e das taxas utilizadas pela *Visa* e *MasterCard* e, só depois desta apreciação se olha para as *MIFs* da *Visa* e *MasterCard*.

Assumindo que a plataforma é eficiente, a *interchange fee* permite a internalização das externalidades, sem a qual o sistema colapsa. Ora veja-se, sem a distribuição de custos, os *issuers* passam a cobrar apenas (e em maior quantidade) aos *cardholders*, e os *cardholders*, que são muito mais elásticos que os comerciantes, desistem da plataforma. Em segundo lugar, o sistema de pagamento de cartões bancários não pode ser assegurado individual ou bilateralmente. Aliás, a alternativa de deixar que os *issuers* e *acquirers* definam as *interchange fees* bilateralmente (*BIFs* ou *Bilateral Interchange fees*), causa a instabilidade e desarmonização dos preços em causa. Sempre que o *cardholder* realiza uma transação com o comerciante é necessário que se dê a transferência dos saldos bancários e pode, por exemplo, o *issuer* recusar-se a transferir os

128 C-42/84, *Remia c. Comissão*, EU:C:1985:327, p. 8 e ss., no mesmo acórdão é referido que cláusulas de não concorrência podem servir para garantir a possibilidade e efetividade dessa cessão, reforçando até, a concorrência (p. 19); *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 44, 46; T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 103 e ss..

129 T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 107.

130 T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 109.

131 T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 115.

132 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 549-552, também confirmado pelo T-111/08, *MasterCard Inc. e o. c. Comissão Europeia*, EU:T:2012:260, p. 89 e ss..

133 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 555-614.

montantes enquanto o *acquirer* não lhe transferir um montante favorável<sup>134</sup>. Portanto, está mesmo em causa um mercado que requer cooperação entre todos os concorrentes<sup>135</sup>. Além disso, tendo em conta as externalidades, a utilidade do produto depende do número de utilizadores, sendo que o mesmo depende de uma *network* que liga vários agentes<sup>136</sup> e, neste caso, várias entidades bancárias concorrentes. A natureza tecnológica deste tipo de serviços requer cooperação, uniformidade e harmonização<sup>137</sup>.

O problema não é a existência da *interchange fee*, reside, antes no seu *quantum*, que no início do milénio era muito alto (1-2%). Estes valores são explicados, não pela disponibilidade para pagar dos *cardholders* e comerciantes, mas pelo poder de mercado da *Visa* e *MasterCard* e crescente dependência dos sistemas de pagamento bancário (e esta dependência desmente o incentivo da plataforma ao bem-estar). Portanto, uma *multilateral interchange fee* que cumpra o teste de indiferença do comerciante adotado pela Comissão em 2010, praticando níveis de *interchange fee* significativamente mais baixos, afastaria, em parte, os problemas relacionados com os seus efeitos negativos<sup>138</sup>. Por isso, como as *MIFs* utilizadas pela *Visa* e *MasterCard* são demasiado altas, não se encontra previsto o pressuposto da indispensabilidade das mesmas para assegurar a plataforma, o que é exigido ao abrigo da doutrina das restrições acessórias. Assim, não podem as *MIFs* serem admitidas pela doutrina das restrições acessórias.

Em todo o caso, este tipo de cláusulas não deixa de contribuir para a concentração dos respetivos mercados, levando a um nível alto de preços e, por isso, não podem deixar de ser consideradas como restrições por efeito.

Por outro lado, admitir a licitude da *MIF* ao abrigo da doutrina das restrições acessórias privaria a margem de regulação e de correção de preços que a

---

134 Sobre este aspeto, cfr. *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 128 e ss.

135 Ballell, 2002: 223-225.

136 Ballell, 2002: 225.

137 Ballell, 2002: 225-226.

138 Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (8.12.2010), p. 32 e 61. No p. 61 afirmou a Comissão: “*The MIF level compatible with the MIT aims to generate benefits to merchants and subsequent purchasers and allows the promotion of efficient payment instruments. By ensuring that overall merchants are indifferent between accepting and handling card payments and other means of payments, such a MIF creates a level playing field for competition between alternative payment instruments because it prevents card schemes from exploiting the reluctance of merchants to turn down card payments as they are afraid that their competitors would steal their customers if they refuse to accept card payments*”; Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (25.02.2014), p. 104-112.



Comissão pode ter – sendo que é esse o problema – ficando apenas ressalvada a proibição de abuso de posição dominante (artigo 102.º do TFUE).

Neste quadro, a análise a adotar pela Comissão através do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE confere uma melhor margem, pois permite a ponderação de vários fatores, nomeadamente os efeitos pro-concorrenciais e os ganhos de eficiência e, também, possibilita uma abordagem regulatória<sup>139</sup>, por parte Comissão. Com efeito, a apreciação pelo artigo 101.º, n.º 3 do TFUE permite a análise de fatores, como as vantagens e progresso económico e o aproveitamento destes por parte dos consumidores. Tal abordagem será sempre mais adequada tendo em conta todo o campo dúbio presente no atual quadro económico. Assim, prosseguimos para uma reflexão sobre a aplicabilidade de isenção, com base no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

#### *d) Reflexões sobre a aplicabilidade da isenção*

Existe a potencialidade de isenção de uma cláusula com as características da *MIF*, além do mais, a Comissão concorda com esta visão, uma vez que chegou a realizar a isenção às *MIFs* praticadas pela *Visa* em 2002 e, tendo em conta as posteriores decisões de compromissos com a mesma e com a *MasterCard*<sup>140,141</sup>. Em todos estes casos, a *MIF* é lícita se preencher os requisitos estabelecidos pela Comissão nas suas decisões.

Ao longo da investigação referiu-se que os efeitos positivos presentes no comportamento restritivo, seja a nível da concorrência, seja a nível de ganhos de eficiência, se analisam no âmbito da isenção prevista no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE<sup>142</sup>. Para a concessão da isenção prevista no artigo 101.º, n.º 3 do TFUE é necessário<sup>143</sup>: 1) que o comportamento restritivo cause ganhos de eficiência (que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico); 2) que os

139 Sobre as vantagens desta abordagem no tratamento de preços, e sobre o complemento da abordagem regulatória na abordagem, embora fora do contexto do Direito da União, vide Carlton & Picker, 2007: 2-3, 29 e ss..

140 Em comentário a este respeito, vide Monti, 2019: 4-5.

141 Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*; Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (8.12.2010); Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (25.02.2014); Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019); Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*; Decisão (CE) AT.40049, *MasterCard II*.

142 Cfr. T-374/94, *European Night Services*, EU:T:1998:198, p. 136; T-122/99, *Métropole télévision (M6) e o. c. Comissão*, EU:C:2001:215, p. 72-78.

143 C-382/12 P, *MasterCard Inc. e o. contra Comissão Europeia*, EU:C:2014:2201, p. 227 e ss.; Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International – multilateral interchange fee*, p. 74 e ss..

utilizadores reservem uma parte do lucro resultante desses ganhos de eficiência; 3) que não se imponha às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; 4) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Quanto à afirmação, segundo a qual, o sistema quadripartido utilizado pela *Visa* e *MasterCard*, permitir, através da *MIF*, a obtenção de ganhos de eficiência, cumpre deixar algumas notas. A *MIF* permite a expansão do sistema de cartões de pagamento ao nível nacional e internacional, com segurança, garantia, e funcionalidade, o que concede o progresso tecnológico relacionado com os mesmos<sup>144</sup>. Os sistemas *MasterCard* e *Visa* causam um melhor *cash flow* e liquidez para os comerciantes, melhor segurança nas operações de pagamento e transporte de dinheiro, e uma melhor garantia contra o incumprimento do *cardholder* e contra a fraude<sup>145</sup>. Neste sentido, os utilizadores da plataforma aproveitam uma parte dos ganhos de eficiência. Com efeito, as vantagens referidas atingem os *cardholders* e comerciantes: a celeridade dos pagamentos; a proteção contra furtos; o aumento da confiança no mercado de meios de pagamento; a facilitação da conservação de documentos ou registo de transações, que facilitam o planeamento de gestão de dívidas<sup>146</sup>, não só para os comerciantes, como também para os consumidores. Em segundo lugar, é a *MIF* que, ao permitir a realocação dos custos entre *issuers* e *acquirers*, proporciona a internalização das externalidades de grupos<sup>147</sup>, aumentando o bem-estar geral entre *cardholders* e comerciantes.

Não fosse a *interchange fee*, os *issuers* passariam a cobrar a maior parte dos seus custos aos *cardholders* que, por sua vez, são mais elásticos, com maior sensibilidade ao preço, ao invés do preço total ser distribuído com os comerciantes, tal como acontece. Assim, a *interchange fee* permite a redução dos custos dos *cardholders*<sup>148</sup>, que se limitam a pagar as anuidades e é a menor cobrança aos *cardholders* que permite o aumento do volume geral de transações.

---

144 Chakravorti & Shah, 2003: 55.

145 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard* e o., p. 673 e 679; Decisão (CE) COMP/29.373, *Visa International - multilateral interchange fee*, p. 81.

146 Muris, 2005: 108-110.

147 Rochet & Tirole, 2004b: 36-39; Evans, 2002: 4, 10-11, 43 e 49; Filistrucchi; Geradin & Damme, 2012: 39; Hagi, 2004: 4; Muris, 2005: 102-104 e 120.

148 Evans, 2002: 75.

Como vimos, também a *interchange fee* estabelecida a nível bilateral não consegue ser alternativa viável, dado que daí resultaria uma diferença de preços e nas condições de transação. Em primeiro lugar, retomando o que se disse, a *network* dos cartões, por natureza, liga vários agentes<sup>149</sup> e, neste caso, várias entidades bancárias concorrentes, exigindo a natureza tecnológica deste tipo de serviços um grau de cooperação, uniformidade e harmonização<sup>150</sup>. Em mercados com estas características, a cooperação entre concorrentes não só é viável, como se apresenta geradora de ganhos de eficiência<sup>151</sup>. Portanto, para definir uma rede geral de pagamentos, seja ela a *Visa*, ou a *MasterCard*, além de ser necessário assegurar a viabilidade da transferência entre o *issuer* e o *acquirer*, é necessário assegurar a uniformidade e harmonização do tratamento por parte dos *issuers* para com os *cardholders*, bem como no que toca ao tratamento por partes dos *acquirers* face aos comerciantes. Em segundo lugar, além do problema da instabilidade e desarmonização, remeter a fixação da *interchange fee* para as negociações bilaterais entre entidades bancárias pode permitir um abuso por parte do *issuer*. Recorde-se, quando o *cardholder* realiza uma transação com o comerciante é necessário que se dê a transferência dos saldos bancários e pode, por exemplo, o *issuer* recusar-se a transferir os montantes enquanto o *acquirer* não lhe transferir um montante favorável<sup>152</sup>.

Dado que as *interchange fees* permitem a internalização de externalidades, realocando os custos dos *issuers* e *acquirers*, em princípio, seriam indispensáveis. Efetivamente, sem a *interchange fee* o custo dos *issuers* aumenta e estes, como são elásticos, saíram da plataforma, provocando, por externalidade de rede, a saída dos comerciantes da mesma. Todavia, como referimos *infra*<sup>153</sup>, a indispensabilidade afasta-se quando os próprios níveis de *MIF* da *Visa* e da *MasterCard* são demasiado elevados. Ainda neste contexto, a eficiência associada à teoria dos *two-sided markets* é colocada em causa na existência de poder de mercado na concorrência inter-plataformas. Neste caso, a *two-sidedness* do mercado *intra-plataforma* pode não impedir o aumento de preços acima do nível concorrencial, sendo o mercado das plataformas de pagamento caracterizado por ser altamente concentrado, onde a *MasterCard*

149 Ballell, 2002: 225, 234-235.

150 Ballell, 2002: 225-226.

151 Ballell, 2002: 226-227.

152 Sobre este aspeto, cfr. *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 128 e ss.; Ballell, 2002: 231.

153 *II. 3. c).*

e *Visa* são líderes<sup>154</sup>, não sofrendo os *acquirers* e *issuers* pressão concorrencial suficiente<sup>155</sup>.

As *interchange fees* podem revelar-se maliciosas. Se o seu nível for elevado, os *acquirers* aumentam o preço cobrado aos comerciantes. Os comerciantes, com o aumento dos custos, irão encobri-los no preço final dos bens, causando uma inflação nos preços<sup>156</sup>, acabando por ser o consumidor, o lado com maior sensibilidade ao preço, a suportar a maior parte dos custos do sistema de cartão de pagamento<sup>157</sup>. Além disso, o aumento sofrido nos preços do produto final atinge os consumidores *cardholders* e, também aqueles que não utilizam cartões<sup>158</sup>, o que incrementa, de modo exponencial, as externalidades. Todavia, como concluímos a propósito das restrições por efeito, se a *MIF* for conforme ao teste da indiferença do comerciante, os efeitos maliciosos poderão ser corrigidos. A este propósito recorde-se o que disse a Comissão: “*The MIF level compatible with the MIT aims to generate benefits to merchants and subsequent purchasers and allows the promotion of efficient payment instruments. By ensuring that overall merchants are indifferent between accepting and handling card payments and other means of payments, such a MIF creates a level playing field for competition between alternative payment instruments because it prevents card schemes from exploiting the reluctance of merchants to turn down card payments as they are afraid that their competitors would steal their customers if they refuse to accept card payments*”<sup>159</sup>

Por fim, importa realizar alguns reparos relativamente aos requisitos da isenção. No que respeita ao primeiro requisito, a *MIF* em abstrato apresenta variados ganhos de eficiência. No entanto, à exceção de internalização das externalidades e das vantagens de harmonização e estabilização tanto dos preços, como das condições de transação, esses ganhos estão relacionados com a existência das plataformas em si. Por outro lado, os ganhos de eficiência são contrabalançados com os efeitos maliciosos das *MIFs* demasiado altas,

154 Voltamos a referir as decisões: a propósito dos Estados Unidos, 1) *United States c. Am. Express Co.*, 10-CV-4496 (NGG) (RER), p. 69; 2) *United States v. Visa and MasterCard USA*, 344 F.3d 229 (2nd Cir. 2003), p. 240. A propósito do Reino Unido, *Arcadia e o. c. MasterCard*, 2017 EWHC 93 (Comm), p. 98-105. Por fim, no âmbito da União Europeia, Decisão (CE) AT.39398, *Visa MIF* (29.04.2019), p. 23-27.

155 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 497 e ss..

156 Decisão (CE) COMP/34.579, *MasterCard e o.*, p. 412 e 414.

157 Epstein & Goldberg, 2005: 510-512.

158 Ducci, 2016: 618-620.

159 *E.g.* Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (8.12.2010), p. 32 e 61. Decisão (CE) COMP/39.398, *Visa MIF* (25.02.2014), p. 104-112.

tendo em conta os efeitos de inflação, que, em termos finais, são transmitidos para os consumidores, incluindo aqueles que pagam em *cash*, criando-se, por isso, externalidades e perdas de bem-estar, o que prejudica, em simultâneo, o primeiro e segundo requisito. Deste modo, os ganhos de eficiência apenas se destacam perante uma *MIF* que cumpra o teste do *MIT* e os requisitos estabelecidos pela Comissão. Neste seguimento, se é verdade que as *MIFs* praticadas pela *Visa* e *MasterCard* são demasiado altas, também a indispensabilidade se encontra prejudicada, apenas se preenchendo o terceiro requisito através do cumprimento do teste do *MIT*. Em último lugar, no que toca ao quarto requisito, o campo é muito dúbio. É verdade que se trata de um mercado entre cooperação dos concorrentes, todavia, essa afirmação é válida apenas no mercado intra-plataforma e não no mercado inter-plataformas. Apesar disso, o mercado inter-plataformas é, já por si, concentrado, pelo que uma *MIF* não observadora do *MIT* prejudicaria a concorrência neste mercado, atendendo que os membros da plataforma (que são concorrentes no *issuing* e *acquiring*) beneficiam de preços mais altos, não ditados pela concorrência, mas por acordo multilateral colocando-os em vantagem contra os membros de outras plataformas.

#### 4. CONCLUSÕES

A complexidade de sistemas quadripartidos de pagamento como a *Visa* e *MasterCard* dão azo a um leque de decisões, onde a Comissão Europeia mudou várias vezes a sua abordagem. Por exemplo, enquanto em 2002 isentou a *MIF* utilizada pela *Visa*, no processo *MasterCard I* entendeu que a *MIF* utilizada pela *MasterCard* não merecia a aplicação do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

Quando analisámos a conformidade da *MIF* com o artigo 101.º n.º 1 do TFUE, entendeu-se que, pelo seu sentido económico de pretender realocar os custos entre *issuers* e *acquirers* – pois, estes bancos têm custos distintos e cobram a grupos com elasticidades diferentes – não poderia ser considerada uma restrição por objeto.

Já quanto a ser uma restrição por efeito, embora a cláusula tenha uma justificação económica de assegurar a manutenção da plataforma, as *MIFs* tal como utilizadas pela *Visa* e *MasterCard* sofrem de níveis demasiado altos, excedendo, assim, a indispensabilidade das mesmas. Deste modo, não ocorreria cobertura da *MIF* através da doutrina das restrições acessórias. Em todo o caso, este tipo de cláusulas não deixa de contribuir para a concentração dos

respetivos mercados, levando a um nível alto de preços e, por isso, não podem deixar de ser consideradas como restrições por efeito.

Relativamente à aplicabilidade da isenção prevista no artigo 101.º n.º 3 do TFUE desenvolvemos um conjunto de reflexões.

No que respeita ao primeiro requisito, a *MIF* em abstrato apresenta variados ganhos de eficiência. Todavia, estes ganhos são contrabalançados com os efeitos maliciosos das *MIFs* demasiado altas. Neste caso os comerciantes incorrem em maiores custos e sobem os preços do produto final, transferindo este custo, no fundo, para os consumidores, incluindo aqueles que pagam em *cash*. Criam-se, por isso, externalidades e perdas de bem-estar, o que prejudica o segundo requisito. Deste modo, os ganhos de eficiência apenas se destacam perante uma *MIF* que cumpra o teste do *MIT* e os requisitos estabelecidos pela Comissão. Por outro lado, perde-se o terceiro requisito da indispensabilidade quando as *MIFs* se distanciam do teste do *MIT*, por serem demasiado elevadas. Finalmente, o quarto requisito revela-se duvidoso face a uma *MIF* que não cumpre o *MIT*, tendo em conta o grau de concentração do mercado inter-plataformas e a cooperação, por natureza, nos mercados do *issuing* e *acquiring*.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando

2012 *Introdução à Economia*, 3.ª edição, Coimbra: Almedina.

BALLELL, Teresa R. D. H.

2002 “Multilateral Agreements on Prices in Payments Systems: An Antitrust Approach”, in *World Competition*, vol.25 (2), pp. 223-237.

CABRAL, Luís

2005 *Market Power and Efficiency in Card Payment Systems: A Comment on Rochet and Tirole*, disponível em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Estudos\\_Economicos/Banca\\_e\\_Seguros/Paginas/Market-Power-and-Efficiency-in-Card-Payment-Systems-A-Comment-on-Rochet-and-Tirole\\_Lu%C3%ADs-M-B-Cabral\\_Comentario.aspx?lst=1](http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Banca_e_Seguros/Paginas/Market-Power-and-Efficiency-in-Card-Payment-Systems-A-Comment-on-Rochet-and-Tirole_Lu%C3%ADs-M-B-Cabral_Comentario.aspx?lst=1) [consult. 9 jun. 2019].

CACCINELLI, Chiara & TOLEDANO, Chiara

2018 “Assessing Anticompetitive Practices in Two-Sided Markets: The Booking.com Cases”, in *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 14 (2), pp. 193-234.

- CARLTON, Dennis W. & PICKER, Randal C.  
 2007 “Antitrust and regulation” in NBER Working Paper. N.º 12902, pp. 1-58.
- CHAKRAVORTI, Sujit & SHAH, Alpa  
 2003 “Underlying Incentives in Credit Card Networks” in *Antitrust Bulletin*, pp. 53-75.
- COLANGELO, Giuseppe & MAGGIOLINO, Mariateresa  
 2017 *Applying Two-Sided Markets Theory: The MasterCard and American Express Decisions*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3045778> [consult. 9. jul. 2019].
- DUCCI, Francesco  
 2015 “Out-of-Market-Efficiencies, Two-Sided Platforms and Consumer Welfare: A Legal and Economic Analysis” in *Journal of Competition Law and Economics Legal and Economic Analysis*, 12 (3), pp. 591-622.
- EPSTEIN, Richard & GOLDBERG, Victor P.  
 2005 “Introductory Remarks: Some Reflections on Two-sided Markets and Pricing” in *Columbia Business Law Review*, vol.2005, pp. 509-514.
- EVANS, David S.  
 2002 *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=332022> [consult.9. jul. 2019].
- EVANS, David S. & SCHMALENSSEE, Richard  
 2007 “The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms” in *Competition Policy International*, Vol. 3, N.º 1, pp. 150-179.
- FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien & DAMME, Eric Van  
 2012 “Identifying Two-Sided Markets” in *TILEC Discussion Paper*, N.º 2012-008, 2012, pp. 33-59.
- FRANK, Robert H.,  
 1997 *Microeconomics and Behavior*, 7.ª edição, Nova Iorque, McGraw-Hill.
- HAGIU, Andrei  
 2004 *Two-Sided Platforms: Pricing and Social Efficiency*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=621461> [consult. 9.jul.2019].
- HOVENKAMP, Erik  
 2018 *Antitrust Policy for Two-Sided markets*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3121481> [consult. 9. fev. 2019].
- KATZ, Michael & SALLET, Jonathan  
 2018 “Multisided Platforms and Antitrust Enforcement” in *Yale Law Journal* 2018, pp. 2142-2175.

MONTI, Giorgio

2019 *Excessive pricing: Competition Law in Shared Regulatory Space*, disponível em <https://www.tilburguniversity.edu/sites/tiu/files/download/Monti%20Excessive%20pricing.pdf> [consult.1.set.2019].

MOURA E SILVA, Miguel

2018 *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL

MURIS, Timothy J.

2005 “Payment Card Regulation and the (Mis)Application of the Economics of Two-Sided Markets” in *Columbia Business Law Review*, N.º3 (Vol. 2005), pp. 101-132.

ROCHET, Jean-Charles & TIROLE, Jean,

2003 *Platform Competition in Two-Sided Markets*, disponível em <https://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>, [consult. 9. fev. 2019].

2004a *Defining Two-Sided Markets*, disponível em [pdfs.semanticscholar.org](https://pdfs.semanticscholar.org) [consult. 9. fev. 2019].

2004b *Two-Sided Markets: An Overview*, disponível em: [http://web.mit.edu/14.271/www/rochet\\_tirole.pdf](http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf) [consult. 10. Jun. 2019].

2005 *A Primer on Payment Cards: Report Prepared for the Portuguese Competition Authority*, disponível em [http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Estudos\\_Economicos/Banca\\_e\\_Seguros/Paginas/A-Primer-on-Payment-Cards\\_Jean-Charles-Rochet\\_Jean-Tirole-para-AdC.aspx?lst=1](http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Estudos_Economicos/Banca_e_Seguros/Paginas/A-Primer-on-Payment-Cards_Jean-Charles-Rochet_Jean-Tirole-para-AdC.aspx?lst=1) [consult. 9. fev. 2019].

RYSMAN, Marc

2007 “An Empirical Analysis of Payment Card Usage” in *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 55, pp. 1-36.

SCHMALENSEE, Richard

2001 “Payment Systems and Interchange Fees” in *NBER Working Paper*. N.º w8256, pp. 1-31.

SIDAK, J. Gregory & WILLIG, Robert D.

2016 “Two-Sided Market Definition and Competitive Effects for Credit Cards After United States v American Express” in *The Criterion Journal on Innovation*, vol.I, pp. 1301-1311.

STIGLITZ, Joseph E. & WALSH, Carl E.,

2006 *Economics*, 4.ª edição, Nova Iorque: W. W. Norton & Company Ltd.

VAZ FREIRE, Maria Paula

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



VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph E. & VERNON, John M.

2005 *Economic of Regulation and Antitrust*, 4.<sup>a</sup> edição, Londres: The MIT Press.

WHISH, Richard & BAILEY, David

2011 *Competition Law*, 7.<sup>a</sup> edição, Nova Iorque: Oxford University Press.



# ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: DESAFIOS DO CADE E LIÇÕES PARA O DIREITO CONCORRENCIAL EUROPEU

*Daniel Favoretto Rocha\**

**ABSTRACT** *The use of settlements in public law enforcement raises challenges in many jurisdictions, including the European Union. In Brazil, these challenges have entered a new phase. Along with the increasing use of these instruments and the institutional conflicts resulting it, the recent editing of Decree-law n.º 4.657/1942 creates a new context. With this new normative framework, there is greater burden of cohesion over the Public Administration when using settlements. These settlements have come closer to the nature of stare decisis (i.e. of an administrative precedent). Based on empirical research regarding settlements between the Brazilian competition authority and class-representation entities, this paper suggests some criteria to be observed, in order to maintain consistency in the use of settlements, thus providing useful insights for the current European context.*

**SUMÁRIO** 1 – Introdução. 2 – Investigação empírica de TCCs no CADE. 3 – Acordos substitutivos como precedentes administrativos. 4 – Lições do caso brasileiro ao contexto europeu. 5 – Conclusão.

**KEY-WORDS** Competition law, Settlements, Equal treatment, Comparative law, Administrative *ratio decidendi*

## 1. INTRODUÇÃO

A partir de reflexões sobre recentes inovações jurídicas do campo do direito administrativo brasileiro, este artigo fornece possíveis lições ao direito

---

\* Colaborador com investigação na Cátedra Jean Monnet “Territorial Expansion of EU Economic Law”. Mes-trando em Direito na FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas) e bacharel pela mesma instituição. Advogado em direito da concorrência e regulação, trabalhou em gabinete do Tribunal de Justiça de São Paulo. Contributing researcher at the Jean Monnet Chair “Territorial Expansion of EU Economic Law”. LL.M. student at FGV Law School (Fundação Getúlio Vargas) and law degree by the same school. Attorney in competition law and regulation, having previously worked at São Paulo’s Appellate Court cabinet.

concorrencial europeu. Apesar de estudar o cenário brasileiro, o presente artigo também pode ser útil a outras jurisdições, por servir de possível *benchmarking* àquelas que pretendem ingressar em inovações jurídicas como as promovidas recentemente no Brasil, notadamente no uso de acordos pela Administração e nos efeitos jurisprudenciais daí decorrentes.

A consensualidade está na pauta do debate administrativista de hoje. O uso de acordos no âmbito de investigações e processos administrativos sancionadores vem ganhando destaque, seja em razão do aumento de seu uso<sup>1</sup>, seja em razão das controvérsias daí advindas<sup>2</sup>.

A recente promulgação da chamada “Lei de Segurança Jurídica” ou “Lei da Inovação Pública” (Lei n.º 13.655/2018) no Brasil, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/1942), trouxe um debate acalorado a este campo do Direito<sup>3</sup>, pois, dentre outros motivos, conferiu ao gestor público mecanismos mais seguros para o uso da consensualidade na atividade administrativa<sup>4</sup>.

1 Segundo Palma (2014: 186), “é de se notar hoje o florescimento de instrumentos consensuais no Direito Público brasileiro voltados à negociação da prerrogativa imperativa, no curso do processo administrativo, que não findem na figura do ato administrativo unilateral e imperativo”. No caso do CADE, dados estatísticos indicam o aumento do número de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) homologados nos últimos anos. Em 2015, houve 56 homologações, enquanto, em 2016, houve 54, em 2017, houve 70 e, em 2018, houve 60. Em 2019, parcialmente motivado pela diminuição de casos de cartel instaurados no ano, 19 propostas de TCC foram homologadas. Dados acessados em 08.02.2020, no portal “Cade em Números”. Disponível em <<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>.

2 As controvérsias que são suscitadas na prática dos órgãos administrativos brasileiros não se referem ao uso da consensualidade *per se*, pois a legalidade do uso de acordos substitutivos já é uma questão superada. As controvérsias que são suscitadas se referem à forma como estes acordos são utilizados pela Administração. No caso do CADE, um bom exemplo de controvérsia na celebração de Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) é a divergência quanto ao critério de cálculo da contribuição pecuniária a ser paga pelo compromissário. Nos últimos anos, alguns Conselheiros do CADE entenderam que o critério usualmente adotado pela autarquia não cumpria a função dissuasória do acordo, razão pela qual os acordos aparentavam ser utilizados equivocadamente. Para saber mais, ver o voto-vogal do Conselheiro João Paulo de Resende, no Requerimento de TCC n.º 08700.001880/2016-21 (28.11.2018), e o voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin, no Requerimento de TCC n.º 08700.001361/2018-70 (07.12.2018).

3 Para saber mais sobre a repercussão da nova “Lei de Introdução”, ver Leoratti (2018), disponível em <<https://www.jota.info/justica/carlos-ari-sundfeld-pl-7488-26042018>> Ver, também, Mendes (2018) disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-mudanca-lindb-27062018>>.

4 Por exemplo, o artigo 27.º prevê a celebração de compromisso processual e o artigo 22.º limita os órgãos controladores na interpretação de normas sobre gestão pública, exigindo que sejam consideradas as dificuldades reais e as circunstâncias práticas que tiverem levado o agente a, por exemplo, firmar um acordo substitutivo. A utilidade da Lei n.º 13.655/2018 para a consagração da consensualidade no atual direito administrativo também é apontada por Marques Neto & Freitas (2018), ao afirmarem que “a nova LINDB (Lei 13.655/2018), denominada Lei da Segurança para a Inovação Pública, por intermédio de seu artigo 27, deu um

Em razão deste cenário, novos questionamentos estão surgindo, dentre eles, se estes acordos constituem precedentes administrativos. Em outras palavras, a Administração possui um dever de coerência na realização de acordos, vinculando futuras negociações aos termos de acordos passados? Se a Administração possui este dever, quais critérios devem ser utilizados para zelar por esta coerência?

Estas são as duas perguntas que este trabalho busca responder. Ambas as dúvidas são relevantes, juridicamente. Afinal, se houver este dever de coerência e a Administração violá-lo, o acordo pactuado deve ser objeto de controle e revisão, seja no âmbito de outra instância administrativa, seja no âmbito judicial.

Os fins almejados por este artigo, portanto, são (i) desvendar a força vinculante de acordos substitutivos celebrados pela Administração – *i.e.* se têm natureza de precedente administrativo – e (ii) identificar critérios para a Administração manter coerência na celebração destes acordos.

Para esclarecer o objeto de pesquisa, cabe ressaltar que os acordos a que nos referimos, neste trabalho, são os denominados “acordos substitutivos”, que substituem a sanção administrativa, análogos aos “*settlement agreements*” da União Europeia (Regulamento n.º 622/2008) e ao procedimento de transação português (Lei n.º 19/2012).

Os acordos substitutivos são atos bilaterais entre a Administração e o administrado, de natureza de negócio jurídico processual, com efeito extintivo ou impeditivo da aplicação da sanção administrativa e do processo sancionador correspondente (Sundfeld & Câmara, 2011: 01).

O uso de acordos substitutivos é uma forma de desenhar soluções ao caso concreto, por meio de uma relação mais horizontalizada entre Administração e administrado, alternativa à tradicional imposição unilateral de sanção (Palma, 2014: 186).

Apesar da viabilidade de estudar os acordos substitutivos *in abstracto*, foi feito, para este trabalho, um recorte do objeto de pesquisa. Analisar-se-á os Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), que são acordos substitutivos em matéria de infração à ordem econômica<sup>5</sup>.

---

*importante passo para a consagração definitiva da consensualidade no Direito brasileiro, destacadamente no que toca aos acordos administrativos endo e extraprocessuais”.*

5 Os TCCs são acordos substitutivos, pois substituem a sanção administrativa, conforme determina o §9.º do artigo 85.º da Lei n.º 12.529/2011. “Art. 85, §9.º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver

O CADE é o órgão brasileiro de defesa da concorrência, regulado pela Lei n.º 12.529/2011. Este órgão é reconhecido internacionalmente pelo seu sucesso no uso de acordos para a persecução administrativa de infrações, especialmente em casos de cartel<sup>6</sup>. Dada a dificuldade de obtenção de provas em investigações de esquemas anticompetitivos organizados, os acordos são um instrumento de acesso a um conjunto probatório mais robusto, viabilizando a condenação dos demais infratores.

O uso de instrumentos consensuais para a persecução de ilícitos antitruste, especialmente cartéis, já é consolidado em diversas jurisdições além de Brasil e Portugal<sup>7</sup>.

Para os leitores não familiarizados com o microsistema brasileiro de defesa da concorrência, cabe mencionar que os acordos de TCC são propostos, de forma sigilosa, pela parte interessada, usualmente perante a Superintendência-Geral do CADE, para negociação. Após esta fase, a proposta de acordo é levada ao Tribunal Administrativo, que, em sessão pública de julgamento, escolherá se a homologará, com base em um juízo de legalidade, conveniência e oportunidade<sup>8</sup>.

Após a homologação do acordo, os autos do TCC passam a ser de acesso público, salvo trechos e documentos considerados sigilosos, que ficam mantidos em um apartado de acesso restrito.

A escolha do presente artigo foi comparar as chamadas “cláusulas de escopo” de TCCs firmados entre o CADE e órgãos representativos de setores econômicos (associações de classe, sindicatos, cooperativas ou confederações). Nestes casos, o órgão representativo costuma estar sendo processado por uma prática anticompetitiva denominada de indução a conduta comercial uniforme e, em alguns casos, coordenação de cartel.

---

*sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo.”*

6 Em 2018, o CADE recebeu, pelo sexto ano consecutivo, reconhecimento do ranking internacional *Global Competition Review* (GCR), ficando entre as dez agências antitruste mais eficientes do mundo por, dentre outros fatores, seus resultados de *enforcement* via acordos substitutivos. Para saber mais, ver <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-se-mantem-entre-as-melhores-agencias-antitruste-do-mundo>>.

7 Dentre as jurisdições que têm programas consolidados de colaboração para persecução de crimes organizados, em especial, cartéis, há os Estados Unidos, Itália e Alemanha (Fyfe & Sheptycki, 2005: 16-22). No mesmo sentido, Piccolo & Immordino (2014).

8 Lei n.º 12.529/2011, artigo 85.º. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do artigo 48.º desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus atos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

Ao firmarem um acordo de TCC, a entidade de classe e o CADE se vinculam a um conjunto de cláusulas, como a cláusula de escopo, que define a extensão dos efeitos do acordo. Esta cláusula, chamada, também, de “cláusula guarda-chuva”, estende os benefícios do TCC a terceiros que não integram o acordo, mas que são vinculados à compromissária – e.g. membros da entidade de classe.

A investigação empírica feita para este artigo, conforme será visto, evidencia que houve, recentemente, a celebração de um TCC com cláusula de escopo atípica em relação aos TCCs dos últimos anos. O TCC referido é o firmado entre o CADE e a Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (“Afrebras”)<sup>9</sup>.

Com a comparação entre este e outros acordos realizados pelo CADE, poderá ser feita uma discussão mais concreta sobre a forma pela qual a Administração deve zelar por coerência e isonomia no uso da consensualidade. Esta análise dará subsídios interessantes ao contexto europeu de acordos substitutivos.

A metodologia utilizada foi o estudo de caso. A partir da análise daqueles casos concretos e da interpretação do regime jurídico aplicável, será possível definirmos se acordos substitutivos têm natureza de precedentes administrativos e quais os critérios a serem observados, na celebração e negociação destes acordos, para prevenir incoerências da Administração no uso da consensualidade.

Esclarece-se, desde já, que, mesmo utilizando o microsistema de defesa da concorrência, as conclusões deste trabalho se referirão a toda a Administração Pública, pois parte do regime jurídico a ser analisado é aplicável a toda a Administração brasileira e a sistemática de celebração de acordos substitutivos não é restrita ao CADE.

A especificidade do estudo de caso escolhido – celebração de TCCs entre o CADE e entidades de classe – tornará este estudo mais concreto, mas não impedirá que cheguemos a conclusões de aplicação mais ampla, extrapolando o microsistema brasileiro de defesa da concorrência, pois, como será visto, as normas e racionalidade jurídica determinantes desta análise são aplicáveis aos demais entes da Administração Pública brasileira.

O presente artigo está dividido em três tópicos centrais, além da presente introdução e das considerações finais. O primeiro tópico consiste na referida

---

9 TCC celebrado por meio do Requerimento n.º 08700.006297/2017-98, cuja proposta foi homologada pelo Tribunal Administrativo na 125.ª sessão ordinária de julgamento, em 13 de junho de 2018.

investigação empírica, com teor comparativo em relação a diferentes TCCs firmados pelo CADE com entidades de classe. O segundo tópico buscará responder as perguntas elencadas acima, a partir do cenário empírico mostrado no tópico anterior. Por fim, o terceiro tópico indicará os aspectos do debate brasileiro que podem ser aproveitados no contexto europeu.

## 2. INVESTIGAÇÃO EMPÍRICA DE TCCS NO CADE

Para este artigo, foi feita uma investigação, no sistema digital do CADE, de todos os requerimentos de TCC apreciados entre 01 de julho de 2015 e 31 de julho de 2019. A escolha deste recorte temporal se justifica em, de um lado, identificar os TCCs recentes do CADE e, de outro lado, analisar um período extenso o suficiente para concluirmos quais as tendências na celebração de TCCs.

Em outras palavras, a opção de analisar os últimos quatro anos de requerimentos de TCCs do CADE nos dá um conjunto amostral amplo o suficiente para fazermos uma generalização analítica da investigação empírica realizada.

Ressalta-se que os requerimentos analisados são, obviamente, os de acesso público. Há diversos requerimentos de TCC que são sigilosos, por estarem em negociação no âmbito da Superintendência-Geral ou do Tribunal Administrativo e, portanto, não terem sido ainda homologados.

Após a análise de todos os requerimentos de TCC<sup>10</sup>, foram dispensados todos os requerimentos que (i) não tinham órgão representativo de setor econômico na posição de requerente; (ii) tratavam de conduta de terceiro, nos quais o órgão representativo figurara como requerente na forma de substituição processual<sup>11</sup>; ou (iii) não foram homologados pelo Tribunal, mesmo que possuíssem como requerente órgão representativo de setor econômico<sup>12</sup>;

10 A investigação feita consistiu em acessar o sistema SEI, do portal do CADE ([cade.gov.br](http://cade.gov.br)), clicando no campo “pesquisa processual” da página principal, e pesquisar pelo filtro “Finalístico: Requerimento de TCC”. Pesquisando com este filtro, encontra-se todos os procedimentos desta classificação. Acesso em <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=protocolo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0)>.

11 Este critério foi, particularmente, importante para excluir do conjunto de análise o Requerimento n.º 08700.007539/2016-80, que foi proposto por associação mantenedora de hospital envolvido em cartel. Embora os fatos narrados indicassem participação em cartel do Hospital Evangélico de Vila Velha, foi sua mantenedora, a Associação Evangélica Beneficente Espírito Santense, quem figurou no processo.

12 Os requerimentos de TCC excluídos do objeto de pesquisa deste trabalho, com base nos critérios supracitados, foram os seguintes: 08700.003312/2019-16, 08700.003136/2019-12, 08700.003133/2019-71, 08700.002715/2019-30, 08700.001262/2019-24, 08700.001265/2019-68, 08700.007213/2018-14, 08700.006370/2018-11, 08700.005441/2018-50, 08700.005279/2018-70, 08700.005251/2018-32,



Após esta delimitação, os requerimentos de TCC encontrados que enquadraram no escopo deste trabalho totalizaram dezesseis. São dezesseis requerimentos de TCC de entidades de classe, que foram homologados pelo Tribunal Administrativo e resultaram de processos administrativos instaurados contra prática de poder de coordenação ou de exclusão.

As condutas imputadas variaram entre indução de conduta comercial unipolítica, troca de informação concorrencialmente sensível, coordenação de cartel e conduta unilateral exclusionária.

08700.005212/2018-35,	08700.005211/2018-91,	08700.004934/2018-72,	08700.004372/2018-67,
08700.004387/2018-25,	08700.004192/2018-85,	08700.003638/2018-54,	08700.003624/2018-31,
08700.003188/2018-08,	08700.002526/2018-86,	08700.002299/2018-99,	08700.002238/2018-21,
08700.002093/2018-69,	08700.001994/2018-33,	08700.002005/2018-29,	08700.001542/2018-51,
08700.001360/2018-81,	08700.001362/2018-70,	08700.001323/2018-72,	08700.001212/2018-66,
08700.000527/2018-96,	08700.008078/2017-43,	08700.007963/2017-13,	08700.007863/2017-89,
08700.007696/2017-76,	08700.007604/2017-58,	08700.006458/2017-43,	08700.006459/2017-98,
08700.006361/2017-31,	08700.006374/2017-18,	08700.006295/2017-07,	08700.006233/2017-97,
08700.005902/2017-11,	08700.005362/2017-68,	08700.005349/2017-17,	08700.005226/2017-78,
08700.004918/2017-07,	08700.004917/2017-54,	08700.004797/2017-95,	08700.004388/2017-99,
08700.004189/2017-81,	08700.003670/2017-59,	08700.003614/2017-14,	08700.003613/2017-70,
08700.003579/2017-33,	08700.003508/2017-31,	08700.003437/2017-76,	08700.003012/2017-67,
08700.002688/2017-33,	08700.002633/2017-23,	08700.002561/2017-14,	08700.002448/2017-39,
08700.002280/2017-61,	08700.002140/2017-93,	08700.002137/2017-70,	08700.002025/2017-19,
08700.001844/2017-49,	08700.001845/2017-93,	08700.001785/2017-17,	08700.001801/2017-63,
08700.001560/2017-52,	08700.001359/2017-75,	08700.001335/2017-16,	08700.000865/2017-47,
08700.000814/2017-15,	08700.000502/2017-10,	08700.000436/2017-70,	08700.000120/2017-88,
08700.000098/2017-76,	08700.008151/2016-04,	08700.007988/2016-28,	08700.007979/2016-37,
08700.007978/2016-92,	08700.007837/2016-70,	08700.007859/2016-30,	08700.007869/2016-75,
08700.007865/2016-97,	08700.007864/2016-42,	08700.007867/2016-86,	08700.007863/2016-06,
08700.007866/2016-31,	08700.007862/2016-53,	08700.007868/2016-21,	08700.007539/2016-80,
08700.007360/2016-22,	08700.007362/2016-11,	08700.007364/2016-19,	08700.007368/2016-99,
08700.007370/2016-68,	08700.007366/2016-08,	08700.007053/2016-41,	08700.006955/2016-61,
08700.006875/2016-13,	08700.006757/2016-05,	08700.006760/2016-11,	08700.006723/2016-11,
08700.006721/2016-13,	08700.006694/2016-89,	08700.006546/2016-64,	08700.006535/2016-84,
08700.006351/2016-14,	08700.006038/2016-86,	08700.005902/2016-22,	08700.005593/2016-91,
08700.005552/2016-02,	08700.005299/2016-89,	08700.005258/2016-92,	08700.004671/2016-30,
08700.004617/2016-94,	08700.004602/2016-26,	08700.004554/2016-76,	08700.004433/2016-24,
08700.004016/2016-81,	08700.003945/2016-73,	08700.003897/2016-13,	08700.003811/2016-52,
08700.003672/2016-67,	08700.003432/2016-62,	08700.003364/2016-31,	08700.003082/2016-34,
08700.003063/2016-16,	08700.003050/2016-39,	08700.002912/2016-14,	08700.002125/2016-64,
08700.002108/2016-27,	08700.002026/2016-82,	08700.001808/2016-02,	08700.001730/2016-18,
08700.000843/2016-04,	08700.001728/2016-49,	08700.012016/2015-74,	08700.011995/2015-43,
08700.011998/2015-87,	08700.011930/2015-06,	08700.011190/2015-08,	08700.011036/2015-28,
08700.011024/2015-01,	08700.010997/2015-15,	08700.010978/2015-99,	08700.010925/2015-78,
08700.009978/2015-46,	08700.009944/2015-51,	08700.009213/2015-14,	08700.008910/2015-40,
08700.008232/2015-15,	08700.008219/2015-66,	08700.008068/2015-46,	08700.007789/2015-39,
08700.007742/2015-75,	08700.007418/2015-57,	08700.007402/2015-44,	08700.007420/2015-26,
08700.007343/2015-12,	08700.007160/2015-99,	08700.007174/2015-11,	08700.007074/2015-86,
08700.007064/2015-41,	08700.006946/2015-99,	08700.006781/2015-55 e	08700.006759/2015-13.

Apesar desta variedade, os casos selecionados têm semelhanças, por exemplo, a natureza jurídica das compromissárias (órgãos associativos e representativos de setor econômico) e o meio pelo qual as condutas imputadas foram supostamente praticadas<sup>13</sup>. Em todos estes casos, a preocupação concorrencial da autoridade antitruste advinha do poder de coordenação e/ou exclusão das entidades de classe, nos mercados de suas associadas ou filiadas.

Nota-se, portanto, que os critérios utilizados para selecionar os requerimentos de TCC pesquisados – quais sejam, ter sido homologado pelo Tribunal do CADE e ter entidade de classe como compromissária, excluídos os casos de substituição processual – indicaram que, no recorte temporal adotado, apenas dezesseis TCCs são úteis para o objeto deste artigo.

Destes dezesseis TCCs, apenas três possuem cláusula de escopo, conforme se nota da tabela produzida abaixo:

Número do requerimento	Ano de homologação	Representada	Conduta investigada	Mercado envolvido	Existência de cláusula de escopo
08700.003794/2018-15	2018	SECOVI/GO	Indução a conduta comercial uniforme	Corretagem de imóveis	Não
08700.006297/2017-98	2018	AFREBRAS	Indução a conduta comercial uniforme e troca de informação concorrencialmente sensível	Refrigerantes, água mineral e outras bebidas não alcoólicas	Sim
08700.005133/2017-43	2018	COFECI e outros	Indução a conduta comercial uniforme	Corretagem de imóveis	Não
08700.003071/2017-35	2017	Minaspetro	Indução a conduta comercial uniforme e troca de informação concorrencialmente sensível	Revenda de combustíveis na região metropolitana de Belo Horizonte	Não
08700.001633/2017-14	2017	CARENE	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não
08700.001631/2017-17	2017	AR	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não

13 Aqui, digo “supostamente”, pois parcela dos TCCs analisados não possuem cláusula de confissão de participação na conduta imputada, razão pela qual houve processos administrativos interrompidos sem a comprovação dos fatos imputados aos compromissários. A existência de cláusulas de confissão de culpa, nos TCCs celebrados com o CADE, depende da negociação realizada, em especial, do conjunto probatório existente. Se, no momento da celebração do acordo, houver fortes indícios de que o compromissário estava envolvido na infração investigada, deve haver referida cláusula no acordo.

Número do requerimento	Ano de homologação	Representada	Conduta investigada	Mercado envolvido	Existência de cláusula de escopo
08700.001632/2017-61	2017	CAN	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não
08700.001634/2017-51	2017	SANE	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços anestesiológicos na Região Nordeste do Rio Grande do Sul	Não
08700.008345/2016-00	2017	Instituto Aço Brasil	<i>Sham litigation</i>	Mercado de vergalhões de aço	Não
08700.001200/2016-70	2017	SINDHES	Indução a conduta comercial uniforme	Mercado de saúde do Estado de Espírito Santo	Não
08700.007351/2016-31	2016	ABECITRUS	Coordenação de cartel	Mercado de aquisição de laranjas para processamento de suco de laranja concentrado congelado	Sim
08700.010029/2015-17	2016	Unimed Catanduva	Conduta unilateral exclusionária	Prestação de serviços de diagnóstico por imagem no Município de Catanduva/SP	Não
08700.008213/2015-99	2015	ACAPS	Indução a conduta comercial uniforme	Supermercados no Espírito Santo	Sim
08700.007820/2015-31	2015	Associação de Urologia do Estado do Espírito Santo Ltda.	Indução a conduta comercial uniforme	Prestação de serviços de diagnósticos médico de urologia no Estado de Espírito Santo	Não
08700.007166/2015-66	2015	FEBRACAN	Indução a conduta comercial uniforme	Mercado local de serviço de anestesiologia	Não
08700.006777/2015-97	2015	COOPANGIO	Indução a conduta comercial uniforme	Mercado de saúde suplementar	Não

Esta investigação empírica demonstra a atipicidade de “cláusulas guarda-chuva” em TCCs celebrados entre o CADE e entidades de classe. Dada a raridade deste tipo de cláusula no repertório de TCCs celebrados pelo CADE, crê-se que este é um contexto ideal para discutir a relação entre o uso de acordos e a criação de precedentes administrativos.

Uma diferença constatada na investigação empírica realizada acima é entre o TCC da Afrebras e a maioria dos TCCs celebrados nos últimos quatro anos. Cabe uma breve comparação entre dois casos concretos, quais sejam, o TCC da Afrebras e o TCC da Minaspetro. Os casos têm diferenças e aspectos em comum.

Quanto às diferenças, os mercados envolvidos são diferentes; no caso da Afrebras, suas associadas atuam no mercado de refrigerantes, água mineral e bebidas não alcoólicas, enquanto, no caso da Minaspetro, suas associadas atuam no mercado local de revenda de combustíveis.

Ademais, o processo administrativo que deu origem ao TCC da Minaspetro é de maior magnitude em relação ao que deu origem ao TCC da Afrebras, pois, naquele, a quantidade de representados é muito maior e o esquema do cartel investigado se mostrava mais elaborado.

No entanto, ambos os casos possuem aspectos muito semelhantes. Primeiramente, a conduta investigada é de indução a conduta comercial uniforme de suas associadas, com compartilhamento de informação concorrencialmente sensível, monitoramento de seus associados e uso de punições disciplinares como forma de padronização de conduta comercial. Em segundo lugar, os órgãos representativos que firmaram TCC com o CADE – o sindicato Minaspetro e a associação Afrebras – são de pequeno a médio porte.

Apesar destas semelhanças, as cláusulas contratuais dos TCCs foram consideravelmente diferentes entre si. Enquanto a Afrebras conseguiu estender os benefícios do TCC a todas as pessoas coletivas associadas e pessoas singulares ligadas a estas associadas (“cláusula guarda-chuva”)<sup>14</sup>, com uma contribuição pecuniária de apenas R\$ 110.00,00 e sem sequer reconhecimento de culpa, a Minaspetro não obteve qualquer “cláusula guarda-chuva”, tendo sido imposta contribuição pecuniária de R\$ 725.147,28, com reconhecimento de culpa e obrigação de adoção de programa de *compliance*<sup>15</sup>.

---

14 Cláusula Sexta do TCC da Afrebras (“Do Escopo do Termo de Compromisso”): “6.1. O CADE reconhece que os efeitos do presente Termo se estendem a todas as pessoas jurídicas e entidades associadas à Compromissária AFREBRAS, bem como a todos os dirigentes e funcionários atuais, ou ex-dirigentes e ex-funcionários dessas pessoas jurídicas, que no momento da celebração do presente Termo não figuravam como parte do Processo Administrativo n.º 08700.011304/2015-10, com relação aos fatos dentro do escopo da investigação”.

15 Um dado possivelmente relevante para a ausência de cláusula de escopo no TCC da Minaspetro é o fato de que “as empresas afiliadas ao Sindicato também integram o polo passivo do presente processo, de modo que não será o Sindicato o único agente passível de ser punido”, conforme elucidado no voto-vogal do Consoelheiro João Paulo Resende (Requerimento n.º 08700.003071/2017-35).

Optou-se, aqui, por não fazer um juízo de valor sobre a adequação ou não da “cláusula guarda-chuva” nestes TCCs. Cabe, apenas, apontar para as diferenças e semelhanças entre as condições dos acordos celebrados, bem como entre os fatos dos casos.

### 3. ACORDOS SUBSTITUTIVOS COMO PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Feito este mapeamento dos TCCs celebrados pelo CADE, nos últimos quatro anos, e realizada esta comparação dos casos selecionados, cabe demonstrar o que isto tem a agregar ao escopo deste artigo.

Neste tópico, buscaremos, primeiramente, verificar se a autoridade administrativa do caso concreto – *i.e.* o CADE – possui um dever de coerência na celebração de acordos. Em seguida, caso concluamos que o regime jurídico aplicável impõe este dever, buscaremos identificar possíveis critérios a serem observados para manter tal coerência – no caso, entre TCCs firmados com entidades de classe.

A coerência entre acordos é um assunto já abordado em outras jurisdições, embora não costume ser um critério expresso na legislação destas jurisdições, nem produzir efeitos jurisprudenciais prospectivos. No âmbito da União Europeia, por exemplo, a Comissão Europeia se organiza de forma a zelar por esta coerência, conforme apontam Laina & Laurinen (2013: 03)<sup>16</sup>.

Existem posições nos diferentes eixos extremos deste debate. Em relação a um eixo, entende-se que o acordo firmado pela Administração, apesar de ter de cumprir os requisitos legais, tem natureza contratual (*pacta sunt servanda*) e deve ser seguido com base na negociação realizada, independente de outros acordos anteriormente firmados.

Exemplo desta posição é o voto-vogal da então Conselheira Cristiane Alkmin, no Requerimento n.º 08700.006721/2016-13. Neste caso, os compromissários Nakata Automotiva S.A. e Jorge Cerveira Schertel solicitaram revisão do acordo que haviam firmado com o CADE, com fundamento na diferença entre o valor da contribuição pecuniária de seu acordo e os valores firmados entre o CADE e concorrentes. A alegação foi de

---

16 “Colleagues with significant experience in settlement support the investigative case teams in the preparation and the handling of the [settlement] discussions, in order to ensure consistency among cases and that the lessons learned are quickly implemented in other on-going cases. The Commission is particularly vigilant to treat all the companies fairly and equally.” (Laina & Laurinen, 2013: 03).

desproporcionalidade e falta de isonomia, considerando que os demais acordos se referiam ao mesmo cartel.

No voto da Conselheira Cristiane Alkmin, houve enfática argumentação para não permitir a revisão de TCCs já homologados, por motivo de segurança jurídica<sup>17</sup>. Segundo a Conselheira, “*acordo é acordo!*”.

Em relação ao outro extremo deste debate, posição pouco vista na comunidade jurídica brasileira, entende-se que acordos têm função jurisprudencial, devendo ser revistos se a isonomia tiver sido violada. Considerando os benefícios trazidos pelo acordo ao administrado e à Administração, este entendimento tende a ser pouco suscitado.

Analisar se o CADE possui um dever de coerência na celebração de acordos exige a interpretação do regime jurídico a ele aplicável. O regime jurídico aplicável ao CADE, no momento em que faz uso da consensualidade para suspender o processo administrativo sancionador, inclui a Constituição Federal, a Lei n.º 12.529/2011, a Lei n.º 9.784/1999 e o Decreto-lei n.º 4.657/1942. Apenas subsidiariamente, aplica-se o Código de Processo Civil, conforme determina o artigo 115.º da Lei n.º 12.529/2011.

A Constituição Federal é a norma de patamar hierárquico mais elevado, razão pela qual deve ser a primeira a ser avaliada. Se a Constituição veda algo, não há como autorizá-lo por meio de outra norma. Se a Constituição comanda algo, não há como vedá-lo por meio de outra norma.

A Constituição não impede a imposição de um dever de coerência à Administração. Embora não haja previsão constitucional no sentido de exigir da Administração o critério de isonomia, na celebração de acordos, a Constituição não veda, em nenhum de seus artigos, a limitação da Administração por meio do dever de coerência.

Ademais, os dispositivos referentes à Administração Pública podem acolher eventual dever de coerência da Administração. É o que se nota do *caput* do artigo 37.º, que prevê os princípios de direito administrativo, dentre estes, a legalidade, a publicidade e a impessoalidade.

A Administração, portanto, é disciplinada pela Constituição de tal forma que, a despeito da inexistência de um dever de coerência propriamente dito,

---

17 Trecho do voto-vogal: “*Aliás, desnecessário dizer que, em um mundo sem incertezas jurídicas (que é o que queremos), ninguém fica revendo valores de contratos previamente negociados e assinados. Senão viveríamos em um mar de insegurança jurídica. (...) Portanto, considero inconcebível revisões de TCCs. Simplesmente não pode. Por ninguém: nem por iniciativa do compromissário, nem por iniciativa do Cade. É um princípio basilar que não deve ser rompido, com risco de abrir um péssimo precedente.*” Requerimento n.º 08700.006721/2016-13, Conselheira Cristiane Alkmin, Requerentes: Nakata Automotiva S.A. e Jorge Cerveira Schertel, 21.06.2018.

há exigência de transparência e impessoalidade na atividade administrativa. Esta exigência é suprida no uso de critérios objetivos e isonômicos para a celebração de acordos. Desta forma, embora não haja previsão constitucional expressa de dever de coerência no uso de acordos substitutivos, este dever é, no mínimo, compatível com a Constituição Federal.

Quanto à Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011), não foi encontrado dispositivo que determine ou vede o referido dever de coerência. Já em relação à Lei de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999), também não há previsão expressa a respeito de qualquer dever de coerência na celebração de acordos. No entanto, a Lei n.º 9.784/1999, bem como a Constituição, constitui uma disciplina normativa aplicável à Administração que acolhe eventual dever de coerência.

O *caput* do artigo 2.º desta lei determina que a Administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica<sup>18</sup>. Sendo o acordo substitutivo um negócio jurídico processual e uma forma de enfrentar infrações administrativas, seu uso deve zelar por estes princípios.

Estes princípios são observados quando a Administração utiliza critérios objetivos e isonômicos de celebração de acordos substitutivos, se mantendo coerente às condições de acordos já celebrados. O dever de coerência dá previsibilidade na celebração de acordos, garantindo o direito dos administrados à segurança jurídica. Ademais, referido dever de coerência impediria tratamentos demasiadamente discrepantes na substituição de sanções, observando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Note que, até aqui, inexistente mandamento constitucional ou legal que imponha ou vede de maneira expressa a imposição de dever de coerência à Administração, na celebração de acordos substitutivos. Apesar desta inexistência, o tratamento de acordos como precedentes administrativos e a imposição de dever de coerência à Administração são compatíveis com este regime jurídico.

Em relação à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), cremos não auxiliar no presente caso, pois os acordos a que se referem tal código não são substitutivos de sanção administrativa.

Por fim, cabe abordar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/1942). Recentemente alterada pela Lei n.º

---

18 Lei n.º 9.784/1999, artigo 2.º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

13.655/2018, a “Lei de Introdução” trouxe, a este regime jurídico, normas que tornam obrigatória a observância de coerência e isonomia na celebração de acordos substitutivos.

O artigo 26.º da Lei de Introdução prevê as diretrizes a serem observadas pela Administração na celebração de acordos. Além de servir de permissivo genérico à celebração de acordos substitutivos pela Administração<sup>19</sup>, este artigo determina que o acordo substitutivo “*buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais*” (inciso I do §1.º).

Têm-se, portanto, no regime jurídico aplicável ao CADE, dispositivo legal que exige, expressamente, equidade e proporcionalidade na celebração de acordos. A consequência destes critérios na celebração de TCCs é a observância de coerência entre acordos celebrados para condições fáticas e econômicas semelhantes.

A Lei de Introdução, cujo âmbito de aplicação transcende o CADE e alcança toda a Administração Pública brasileira, aproximou os acordos substitutivos do conceito de precedente administrativo, algo até então inédito, considerando as demais normas analisadas acima.

O estudo de caso feito neste trabalho levou à análise do regime jurídico aplicável ao CADE. Apesar desta limitação do objeto de pesquisa, conclui-se que há norma que fundamenta o dever de coerência na celebração de acordos, sendo esta norma (Lei de Introdução) aplicável a toda a Administração brasileira, não apenas ao microsistema de defesa da concorrência.

Com esta interpretação do regime jurídico, deve-se concluir que há, no ordenamento jurídico brasileiro, dever de coerência e observância à isonomia na celebração de acordos substitutivos pela Administração, tornando acordos em precedentes administrativos.

Com os acordos obtendo natureza de precedente administrativo, isto não significa que estes acordos têm efeito vinculante para a celebração de acordos futuros. A Lei de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/1999) prevê a hipótese de a Administração deixar de aplicar sua jurisprudência, devendo,

---

19 Decreto-lei n.º 4.657/1942, artigo 26.º. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.



conquanto, motivar esta escolha, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos<sup>20</sup>.

A natureza de precedente administrativo gera, à Administração, maior ônus argumentativo na justificativa das condições do acordo celebrado e pode, a depender da insuficiência ou incoerência da motivação, ensejar revisão do acordo substitutivo celebrado.

Este efeito decorre da inovação trazida pela Lei n.º 13.655/2018 e, embora ainda não seja constatado no dia-a-dia da Administração brasileira, provavelmente pela lei ter entrado em vigência há pouco tempo, a tendência é que, nos próximos anos, o dever de coerência seja, cada vez mais, suscitado. Certamente, isto demandará maior especialização das autoridades administrativas e da advocacia privada, para a avaliação de coerência entre diferentes acordos celebrados.

Ressalta-se que este dever não pode padronizar e engessar a liberdade negocial de celebração de acordos pela Administração. Caso contrário, estar-se-ia minando um instrumento altamente eficiente de combate a infrações administrativas e contrariando a natureza consensual dos acordos.

O dever de coerência não implica em uma única solução para qualquer tipo de caso. Ao contrário, o dever de coerência exige acordos diferentes para casos concretos diferentes e acordos semelhantes para casos concretos semelhantes. É necessário que haja um critério claro de negociação e celebração de acordos para, de um lado, não ferir a segurança jurídica e isonomia em relação a acordos com outros administrados e, de outro lado, não engessar a liberdade negocial e consensual das partes.

A celebração de acordos substitutivos não pode ser uma alternativa fácil à autoridade administrativa ou uma forma desta autoridade se escusar da imposição de sanções, mascarando uma ineficiência da Administração em sancionar infrações.

O uso de acordos substitutivos é uma atividade jurídica, que deve observar critérios técnicos e objetivos. Por terem natureza de precedente administrativo, os acordos substitutivos devem ser aplicados com base em critério jurisprudencial. A autoridade administrativa deve vincular determinadas cláusulas dos acordos a determinadas condições fáticas da infração investigada e do

---

20 Lei n.º 9.784/1999, artigo 50.º. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais.

processo administrativo relacionado. Este critério compõe o que chamaremos aqui de *ratio decidendi* da celebração de acordos substitutivos.

No caso do CADE, já existem algumas regras que zelam pela isonomia entre diferentes TCCs. Por exemplo, o artigo 118.º de seu regimento interno impede que um TCC receba desconto da contribuição pecuniária maior que desconto concedido em TCC celebrado anteriormente, no mesmo processo<sup>21</sup>.

Além disso, o guia de TCCs do CADE conta com uma tabela pormenorizada de parâmetros que são utilizados pela autoridade – por exemplo, se os documentos apresentados pelo investigado comprovarem apenas parte da infração, o percentual de desconto será menor que na hipótese de documentos que comprovassem toda a infração.

Apesar de algumas regras do regimento interno e de alguns critérios não vinculantes previstos no guia de TCCs, sistematiza-se algumas sugestões abaixo.

Os critérios que podem ser utilizados, para manter a coerência na celebração de TCCs, podem ser divididos entre aspectos fático-econômicos e aspectos contratuais do acordo. Assim, as cláusulas dos TCCs estarão em consonância com o caso concreto investigado.

Os aspectos fático-econômicos a serem observados são (i) o tipo de infração praticada, (ii) a forma elaborada e organizada por meio da qual se praticou a infração à ordem econômica, (iii) a concentração do mercado envolvido, (iv) o porte e condição financeira do proponente do acordo e (v) a quantidade e substância de provas já existentes contra o proponente, no momento da propositura de acordo.

Os aspectos contratuais do acordo incluem (i) valor da contribuição pecuniária, (ii) reconhecimento de culpa ou participação na conduta investigada, (iii) obrigação de manter programa de *compliance* e (iv) cláusula de escopo.

A correlação entre estes dois tipos de aspectos deve ser feita com base em acordos já celebrados. Assim, a autoridade administrativa forma uma jurisprudência de uso de consensualidade.

No caso de cláusulas de escopo, como visto nos TCCs da Afrebras e da Minaspetro, uma possível correlação é entre o tamanho da entidade de classe e a contribuição dada pelo acordo. Quanto maior o número de associados,

---

21 Regimento Interno do CADE (Resolução n.º 22/2019), artigo 188.º. Nenhuma proposta realizada nos termos do artigo 186.º e artigo 187.º deste Regimento poderá prever redução percentual superior àquela estabelecida em TCCs já celebrados no âmbito do mesmo processo administrativo.

maior deve ser a contribuição do TCC à solução do caso, para que o acordo conte com uma cláusula de escopo.

#### 4. LIÇÕES DO CASO BRASILEIRO AO CONTEXTO EUROPEU

A discussão abordada acima não é inteiramente nova no âmbito europeu. O debate sobre coerência no uso de acordos substitutivos está mais maduro na Europa do que no Brasil, como se pode notar, por exemplo, de precedentes estudados abaixo, pertencentes à jurisprudência do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia e do *Competition and Markets Authority* (“CMA”, autoridade de concorrência inglesa).

Entretanto, o fato de o debate europeu estar mais maduro que o brasileiro não impede que recentes dilemas surgidos no Brasil sejam aproveitados pelo direito concorrencial europeu, propósito central deste artigo.

A Europa se deparou com o dilema entre liberdade negocial da autoridade e limitações baseadas nos direitos dos compromissários em alguns precedentes. No caso *Printeos* (T-95/15), o Tribunal Geral anulou decisão da Comissão Europeia em procedimento de transação relacionado ao cartel dos envelopes (caso AT.39780).

A Comissão Europeia havia aplicado reduções aos montantes de base de coimas impostas às empresas participantes do cartel, para fins de proporcionalidade, mas tais reduções foram de diferentes percentagens entre as empresas condenadas.

Motivadas pela percentagem de redução menor que lhes fora dada em comparação a outras empresas condenadas, as recorrentes *Printeos* e *Tompla*, que haviam transacionado com a Comissão, apelaram da decisão desta autoridade, alegando insuficiência de fundamentação e violação ao princípio da igualdade de tratamento.

Em resposta às recorrentes, a Comissão defendeu que “*no âmbito de um procedimento de transação, o seu dever de fundamentação é menor, dado que as partes conheciam o processo, incluindo os elementos que a Comissão pretendia ter em consideração, e mantinham livremente conversações bilaterais para chegar a uma transação*” (T-95/15, *Printeos*, EU:T:2016:722, §53).

O Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão, sob fundamento de que a decisão impugnada não havia fundamentado suficientemente o ajustamento

excepcional dado ao montante de base das coimas das recorrentes em comparação às demais empresas do caso<sup>22</sup>.

Por isso, embora o Tribunal Geral tenha evitado de analisar o princípio de igualdade de tratamento em detalhe, sua decisão considerou insuficiente a fundamentação que não demonstrasse uma justificativa objetiva ao tratamento diferenciado dado a alguns dos representados, mesmo que no âmbito de um procedimento de transação<sup>23</sup>.

Em outras palavras, para o Tribunal Geral, a fundamentação baseada apenas nas negociações bilaterais do procedimento de transação é insuficiente, devendo, portanto, haver um parâmetro comparável com o ajustamento do montante de base das coimas das demais empresas condenadas.

Deste precedente, extrai-se que o direito administrativo europeu considera a fundamentação da coerência de acordos substitutivos como um direito fundamental, mesmo em face das eficiências do procedimento de transação (Angeli, 2017). Nota-se, portanto, um cuidado maior da União Europeia para com um dever de coerência da Comissão Europeia na celebração de acordos.

Apesar deste entendimento nesta jurisdição, há precedente recente do Reino Unido que defende o outro eixo extremo deste debate, privilegiando a liberdade negocial dos procedimentos de transação em detrimento de um rigor por coerência na celebração de acordos. Trata de decisão da Suprema Corte britânica que afirmou que a coerência no uso de acordos substitutivos é um valor desejável, mas não absoluto (Garcia, *et. al.*, 2018).

No caso, as recorrentes Gallaher e Somerfield firmaram acordos de *Early Resolution Agreements* com o órgão persecutório da autoridade da concorrência inglesa, o *Office of Fair Trading* (“OFT”), em 2008, relacionados a investigação de condutas de fixação de preço de revenda no mercado de tabaco.

---

22 “Daqui resulta que, quanto à base desta fundamentação da decisão impugnada, nem as recorrentes estavam em condições de contestar utilmente o fundamento da abordagem seguida pela Comissão à luz do princípio da igualdade de tratamento nem o Tribunal Geral poderia exercer plenamente a sua fiscalização da legalidade relativamente ao respeito do referido princípio.” (T-95/15, *Printeos*, EU:T:2016:722, § 55).

23 Este entendimento acompanha a jurisprudência do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça, e.g. T-456/10, *Timab*, EU:T:2015:296, § 72 e 74: “However, even in such a hybrid case, involving the adoption of two decisions with different addressees and following two separate procedures, at issue are participants in one and the same cartel, so that the principle of equal treatment must be observed. It is important to note that, according to settled case-law, that principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified. (...) in determining the amount of the fine, there cannot be any discrimination between the participants in the same cartel with respect to the information and calculation methods which are not affected by the specific features of the settlement procedure.”

As representadas Martin McColl Retail Group Ltd. e TM Retail Group Ltd. (conjuntamente, “TMR”) haviam conseguido, no curso das negociações de acordo, uma garantia do OFT de que eventual provimento de recurso de terceiro frente à decisão punitiva do OFT seria estendido à TMR.

Quando houve esta extensão de benefícios à TMR por fruto de recurso de terceiro, as recorrentes pleitearam também a extensão destes benefícios, com base no princípio de igualdade de tratamento, embora não tivessem apelado e não tivessem obtido garantia semelhante àquela dada à TMR no curso das negociações de acordo.

Em julgamento de 2018, a Suprema Corte britânica manteve a decisão do CMA e adotou perspectiva contratual sobre os acordos celebrados por esta autoridade, de forma que estes devem ser cumpridos mesmo que eventualmente violem a legítima expectativa do administrado por igualdade de tratamento<sup>24</sup>.

Para a Suprema Corte, as recorrentes haviam sido devidamente informadas da possibilidade de outras representadas lograrem êxito em eventuais recursos e, por isso, assumiram o risco de não se beneficiarem de recursos de terceiros ao não exigirem a extensão de efeitos, no momento da celebração do acordo com o OFT<sup>25</sup>.

Os dois precedentes analisados acima, um da União Europeia e outro do Reino Unido, demonstram que os desafios enfrentados pelo CADE e recentemente suscitados por força da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro podem ser abordados de diferentes formas, a depender dos valores sopesados em cada sistema jurídico.

## 5. CONCLUSÃO

O dilema entre liberdade negocial e dever de coerência na celebração de acordos de colaboração por autoridades públicas transcende uma jurisdição, conforme demonstrado nos precedentes estudados neste artigo. A política

---

24 “Even accepting that there was a breach of a legitimate expectation of equal treatment in the failure to replicate the assurances given to TMR in 2008, that would not in itself provide a basis for financial remedy in relation to the events of 2012, nor the reversal of financial penalties which had by then been lawfully imposed on the respondents and accepted by them.” (UKSC 2016/0185, *Gallaher Group Ltd and others v. The Competition and Markets Authority*, § 42).

25 “All those who entered ER agreements were aware of the possibility that other parties would appeal and might be successful. That was a risk the respondents took. As *Vos LJ* said, they knew what they were doing and accepted it with their eyes open. TMR did not. They sought and obtained an assurance on which they claimed to have relied.” (UKSC 2016/0185, *Gallaher Group Ltd and others v. The Competition and Markets Authority*, § 44).

européia de defesa da concorrência já enfrentou este dilema, estando mais madura para enfrentá-lo do que outras jurisdições, sem prejuízo de aprender novos caminhos por meio de estudo comparado e *benchmarking* internacional.

No Brasil, o uso de acordos no âmbito da Administração Pública entra em um novo contexto. Seja pelo aumento do uso destes acordos nos últimos anos, seja pelos embates institucionais resultantes dos mesmos, a recente alteração da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro cria um novo contexto, devendo impactar o enforcement legal pela Administração.

A partir deste novo cenário, argumento que recaiu sobre os órgãos administrativos um ônus maior de coerência sobre a celebração de acordos substitutivos de sanção. Os acordos se aproximaram do conceito de precedente administrativo, embora não haja previsão legal expressa neste sentido e apesar do dia-a-dia da Administração ainda não ter incorporado este novo mandamento normativo.

A partir da investigação empírica do primeiro tópico, sobre TCCs celebrados entre o CADE e entidades de classe, sistematizou-se sugestões de critérios a serem observados para manter a coerência no uso de acordos substitutivos. Estes critérios se resumem em zelar por uma *ratio decidendi* dos acordos celebrados, na busca de formação de jurisprudência administrativa de consensualidade.

Esta racionalidade permite que outras jurisdições enfrentem dilemas sobre dever de coerência em acordos substitutivos com mais facilidade e evitem adotar abordagens casuísticas sobre acordos específicos. A observância de coerência no uso de acordos substitutivos é importante não apenas para a segurança jurídica dos administrados e o sucesso de uma polícia de defesa da concorrência, mas, também, para a preservação da legitimidade e confiança democrática nas instituições públicas.

## BIBLIOGRAFIA

ANGELI, Clio

2017 *General Court judgement on European Commission's settlement procedure*, disponível em: <https://www.nortonrosefulbright.com/de-de/wissen/publications/c93369ca/general-court-judgment-on-european-commissions-settlement-procedure> [consultado em 07.02.2020].

FYFE, Nicholas & SHEPTYCKI, James

2005 *Facilitating witness co-operation in organised crime cases: an international review*, disponível em: <http://library.college.police.uk/docs/hordsolr/rdsolr2705.pdf> [consultado em 31.01.2020].

GARCIA, Marta Isabel; WOODCOCK, Tony & DELAHEY, Anna Victoria

2018 “*No duty of equal treatment or fairness owed to those under a Competition and Markets Authority (“CMA”) investigation*”, 30 maio de 2018, disponível em: [https://www.shlegal.com/insights/no-duty-of-equal-treatment-or-fairness-owed-to-those-under-a-competition-and-markets-authority-\(-cma-\)-investigation](https://www.shlegal.com/insights/no-duty-of-equal-treatment-or-fairness-owed-to-those-under-a-competition-and-markets-authority-(-cma-)-investigation) [consultado em 07.02.2020].

LAINA, Flávio & LAURINEN, Elina

2013 “The EU cartel settlement procedure: current status and challenges”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, pp. 1-10, disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels\\_settlements/settlement\\_procedure\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlement_procedure_en.pdf) [consultado em 26.12.2018].

LEORATTI, Alexandre

2018 “*No Brasil, cada promotor público é uma república independente*”, diz *Sundfeld*”, 26 abril de 2018, disponível em: <https://www.jota.info/justica/carlos-ari-sundfeld-pl-7488-26042018> [consultado em 28.06.2018].

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo & Freitas, Rafael Vêras de

2018 “*A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos*”, 11 maio de 2018, disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/opiniao-lindb-paradigmas-acordos-substitutivos> [consultado em 26.06.2018].

MENDES, Guilherme

2018 “*No Carf, Câmara Superior nega aplicação de mudanças na LINDB a recurso*”, 26 junho de 2018 disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/carf-mudanca-lindb-27062018> [consultado em 28.06.2018].

PALMA, Juliana Bonacosi de

2014 “Acordos substitutivos dão mais eficácia ao direito da concorrência?”, in *Direito da regulação e políticas públicas*, pp. 186-239.

PICCOLO, Salvatore & IMMORDINO, Giovanni

2014 “*Organized crime, insider information and optimal leniency*”, disponível em: <http://www.hec.unil.ch/documents/seminars/deep/1606.pdf> [consultado em 31.01.2020].

SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho

2011 “Acordos substitutivos nas sanções regulatórias”, in *Revista de Direito Público da Economia*, n.º 34, ano 09, disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234216/mod\\_resource/content/1/Acordos%2%A0substitutivos%2%A0nas%2%A0san%C3%A7%C3%B5es%2%A0regul%C3%B3rias.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/234216/mod_resource/content/1/Acordos%2%A0substitutivos%2%A0nas%2%A0san%C3%A7%C3%B5es%2%A0regul%C3%B3rias.pdf) [consultado em 26.06.2018].

### **Documentos oficiais**

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

2016 Guia de Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel, de maio de 2016, disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17) [consultado em 13.01.2019].

2018 “*Cade se mantém entre as melhores agências antitruste do mundo*”. 11 outubro de 2018, disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-se-mantem-entre-as-melhores-agencias-antitruste-do-mundo> [consultado em 12.01.2019].

### **República Federativa do Brasil**

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) [consultado em 30.06.2018].

Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (República Federativa do Brasil), disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19784.htm) [consultado em 30.06.2018].

Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 (República Federativa do Brasil), disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm) [consultado em 28.06.2018].

Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (República Federativa do Brasil). Código de Processo Civil, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) [consultado em 13.01.2019].

Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018 (República Federativa do Brasil), disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1) [consultado em 30.06.2018].

### **Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Acórdão do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia de 20 de maio de 2015, *Timab*, T-456/10, EU:T:2015:296.



Acórdão do Tribunal Geral do Tribunal de Justiça da União Europeia de 13 de dezembro de 2016, *Printeos*, T-95/15, EU:T:2016:722.

### **Jurisprudência Nacional**

Acórdão da Suprema Corte Britânica de 16 de maio de 2018, *R (on the application of Gallaher Group and others) (respondents) v. The Competition and Markets Authority (Appellant)*, UKSC 2016/0185.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

2017 Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), voto do Conselheiro João Paulo de Resende, Requerimento n.º 08700.003071/2017-35, Requerente: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais – Minaspetro, julgado em 06.09.2017.

2018a Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Termo de Compromisso de Cessação, Requerimento n.º 08700.006297/2017-98, Requerente: Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil – Afrebras, julgado em 13.06.2018.

2018b Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), voto da Conselheira Cristiane Alkmin, Requerimento n.º 08700.006721/2016-13, Requerentes: Nakata Automotiva S.A. e Jorge Cerveira Schertel, julgado em 21.06.2018.



# PROGRAMAS DE CLEMÊNCIA: A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA VERSUS A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

*Dani de Sousa Moreira\**

**ABSTRACT** *First implemented in the United States Law, the leniency program for competition law infringements has profoundly changed the means of fighting anti-competitive agreements. This paper aims to understand the evolution of leniency programs in the United States anti-trust law and in its European counterpart, trying, at last, to understand its mutual influences and the possibility of a future unitary system.*

**SUMÁRIO** Introdução. 1. Cartéis e o regime jurídico de clemência. 1.1 Conceito de cartel. 1.2. Os programas de clemência: introdução ao conceito partindo de uma abordagem relacional. 2. A experiência norte-americana. 2.1. Gênese e apontamento histórico. 2.2. Regime jurídico atual. 2.3. O regime norte-americano vigente: um balanço intercalar. 3. A experiência europeia. 3.1. Quadro normativo geral. 3.2. Apontamento histórico. 3.3. A Rede Europeia de Concorrência. 3.4. Regime jurídico atual 3.5. O problema do acesso aos documentos e o exercício dos direitos dos lesados. 3.6. O regime europeu vigente: um balanço intercalar. 4. Caminho para um possível regime unitário? 5. Notas Finais.

**KEY-WORDS** Leniency, Anti Cartel, AntiCompetitive, Enforcement, Antitrust Law, Competition, Collusion, Criminalization, Fines, Jail Terms

---

\* Este artigo corresponde, no essencial, ao trabalho final apresentado na unidade curricular de Direito Europeu da Concorrência e Defesa do consumidor do mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto, em dezembro de 2019, sob orientação da Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, a quem expressamos o nosso profundo agradecimento pelos conhecimentos transmitidos e saber inspirador, e que muito nos motivou no estudo e aprofundamento do presente tema.

## INTRODUÇÃO

Nascida no contexto americano, tal como o direito da concorrência, o instituto da clemência apresenta-se cada vez mais como um instrumento essencial no combate à colusão empresarial. Durante esta exposição dedicar-nos-emos à explicitação da evolução dos programas de clemência da União Europeia e dos Estados Unidos da América, estudando, nomeadamente, as influências que cada um teve sobre o outro, tentando entender, num último momento, se estarão estes dois programas homólogos a convergir ou a divergir entre si.

## 1. CARTÉIS E O REGIME JURÍDICO DE CLEMÊNCIA

### 1.1 Conceito de cartel

Desde cedo<sup>1</sup> que os cartéis se têm vindo a destacar como uma ameaça a ter em consideração no que diz respeito à afetação da livre concorrência.

Socorramo-nos do conceito de cartel dado pela Diretiva n.º 2014/104 UE no n.º 14 do seu art. 2.º:

*Um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual, atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes.*

A prática tem vindo a ensinar-nos que os cartéis se assumem com uma natureza tendencialmente secreta ou confidencial<sup>2</sup>, não havendo, em princípio, redução a escrito de um “acordo de participação em cartel”. Tendo em conta estas características, e partindo do pressuposto de que apenas um grupo muito restrito de pessoas tem conhecimento da sua existência, cedo revelam sérias dificuldades de investigação e obtenção de prova para encontrar e dismantelar este tipo de conluíus empresariais. Além disso, vai

---

1 Veja-se, desde logo, Smith, 1987: 280.

2 Destaca alguns métodos de secretismo utilizadas pelos cartéis, Monti, 2000: 4.

referindo a doutrina<sup>3</sup> que os cartéis se apresentam como uma maior ameaça do que as situações monopolistas de abuso da posição dominante, uma vez que os cartéis são muito mais facilmente formados do que aquelas, que implicarão, à partida, vários anos de fusões ou fusões-aquisições empresariais, desenvolvimento superior de investigação, *marketing* de qualidade, etc. Em contrapartida, os cartéis poderão ser formados de um dia para o outro.

Foram precisamente estas dificuldades que levaram a que muitos ordenamentos jurídicos, a começar pelo norte-americano, encetassem esforços no sentido de dismantelar este tipo de acordos. Dedicar-nos-emos a analisar o funcionamento e respetiva comparação entre o regime europeu e o regime norte-americano de um desses mecanismos: os programas de clemência.

## 1.2. Os programas de clemência: introdução ao conceito partindo de uma abordagem relacional

Seguindo a noção dada por Fernando Silveiro<sup>4</sup>, o regime de clemência ou os programas de clemência traduzem-se no:

*[...] conjunto de regras e princípios, substantivos e procedimentais, quer tenham ou não autonomia sistemática, que oferecem imunidade total ou redução das sanções que, de outro modo, seriam impostas a um participante num cartel, em troca de revelação voluntária de informações que satisfaçam critérios específicos, antes ou durante a fase de investigação.*

Assim, diremos que a clemência traduz a imunidade ou redução da coima que viria a ser aplicada a uma empresa infratora, membro de um cartel, em troca de informação (que diga respeito ao cartel) fornecida voluntariamente à autoridade da concorrência competente desde que certos requisitos sejam observados.

Conclui-se, assim, que o mecanismo de clemência está intimamente relacionado com o combate a acordos ou práticas concertadas entre empresas que sejam proibidas por lei<sup>5</sup>, não despoletando (ou reduzindo) coimas em processos contraordenacionais (ou penais<sup>6</sup>) que de outra forma tomariam lugar.

3 Hovenkamp, 2015: 192.

4 Silveiro, 2012: p. 253.

5 Nomeadamente pelo art. 101.º do TFUE, no direito norte-americano pela section 1. do Sherman Act e no direito pátrio pelo art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

6 Como veremos *infra*, o direito da concorrência norte-americano pune a existência de cartéis penalmente.

Mas qual é contributo concreto feito pelos programas de clemência na efetivação das regras *anti-trust*?

Nascida no direito norte-americano, é natural que sejam autores como Harrington Jr.<sup>7</sup> que venham sustentar os efeitos e as vantagens que os programas de clemência apresentam no combate à colusão empresarial. Assim, defende o referido autor que estes atuam em quatro vertentes distintas. Primeiro, facilita a produção de prova, contribuindo para a condenação dos participantes em cartel. Segundo, ajuda a identificar os cartéis (que, como sabemos, se têm vindo a tornar cada vez mais secretos ao longo das últimas décadas<sup>8</sup>). Terceiro, as políticas de clemência são produtoras de instabilidade no seio dos cartéis constituídos, uma vez que aumentam a suspeita entre os seus constituintes, dilatando a probabilidade de colapso interno. Por fim, produzem um efeito dissuasor na formação de novos cartéis.

Também no contexto nacional, autores portugueses<sup>9</sup> defendem que os programas de clemência têm objetivos repressivos e preventivos. No que aos primeiros diz respeito, entende-se que a clemência contribui grandemente para a diminuição das diligências de investigação e de recolha de prova (uma vez que esta deixará quase de ser necessária com a confissão a ser levada a cabo pela empresa requerente de clemência). Haverá, portanto, uma menor fase de investigação e uma prova mais sólida. Entre os segundos objetivos, destaca-se, tal como Harrington Jr. tinha feito, o efeito dissuasor que um programa de clemência causa nos comportamentos colusivos de longo prazo, estabelecendo o referido efeito desestabilizador.

Fazer uso dos programas de clemência não é, em todo o caso, unívoco na doutrina. Autores<sup>10-11</sup> há que questionam a conformidade axiológica desta solução com a justeza do sistema jurídico globalmente considerado. Isto é, até que ponto pode o Direito admitir o perdão de uma sanção a um ente

---

7 Harrington Jr., 2006: 4-5. Também autores europeus, nomeadamente doutrina francesa, apontam os efeitos dos programas de clemência: Lévêque, 2006: 34-36.

8 Chama-nos à atenção para esta evolução, ainda que muito brevemente, Moura e Silva, 2018: 363.

9 Como aponta Silveiro, 2012: 254 e ss.

10 Chaput, (2005: 19-28) faz uma interessante reflexão, concluindo que a influência de uma filosofia utilitarista na conceção dos programas de clemência se assume como essencial para a sua cabal compreensão e admissão.

11 Como destaca Moreira (2007: 79-81) as reações negativas que surgiram, num primeiro momento, à aprovação do primeiro programa de clemência europeu em 1996. Destacavam-se como principais críticas o facto de a sua aprovação implicar uma quebra com a tradição jurídica continental, nomeadamente porque chocava diretamente com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

que participou num conluio com o propósito de prejudicar os consumidores e demais concorrentes? Além disso, como pode o Direito admitir um tratamento diferenciado entre esses vários entes causadores de atos lesivos? Parece-nos ser perfeitamente legítimo colocar este tipo de questões. No entanto, entendemos que, pelas inequívocas vantagens trazidas na concretização efetiva das normas anticoncorrenciais (seguindo, de certo modo, uma filosofia utilitarista) é inegável a admissão destes mecanismos enquanto institutos que protegem, em última instância, valores axiologicamente superiores aos que por si são sacrificados – nomeadamente, a defesa do consumidor e da livre concorrência<sup>12</sup>.

## 2. A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

### 2.1. Gênese e apontamento histórico

O primeiro programa de clemência nasceu, como se referiu no início da exposição, no direito norte-americano durante a década de 70 do século passado.

A gênese dos programas de clemência deu-se num interessante contexto de pensamento económico. Se até ali era tida como dogma o pensamento da Escola de Harvard, dita “estruturalista”, que propugnava uma doutrina de elevado controlo dos mercados monopolistas, os fins da década de 70 marcam uma viragem radical do pensamento económico protagonizada pela Escola de Chicago. Marcadamente ultraliberal, Chicago era hostil a todas as formas de regulação concorrencial estatal e respetiva intervenção por parte das autoridades da concorrência no mercado, a quem atribuíam a responsabilidade de serem as grandes causadoras da perda de competitividade da economia americana face às restantes economias ocidentais<sup>13</sup>.

Com a chegada ao poder da Administração Reagan durante a década de 80, profundamente influenciada pelo pensamento da Escola de Chicago, procederam-se a intensos cortes no financiamento da *Federal Trade Commission* (FTC) e da *Antitrust Division of the Department of Justice* (DoJ), pretendendo diminuir a intervenção das autoridades da concorrência nos mercados. Ao mesmo tempo, procedeu o legislador à elevação qualitativa e quantitativa dos tipos legais de crime que puniam as práticas anticoncorrenciais organizadas

<sup>12</sup> A idêntica conclusão chega Botelho Moniz, *et. al.*, 2016: 701.

<sup>13</sup> Desbrosse, 2010: p. 217.

em cartel<sup>14</sup>, flexibilizando, paradoxalmente, as regras de concorrência. Por fim, operou o legislador a uma verdadeira “recentragem da política de concorrência na luta contra os cartéis<sup>15</sup>”, abandonando, de certa forma, o objetivo tradicional de combate às situações de abuso monopolista.

É neste momento de alteração do paradigma, marcado por um fenómeno de relaxamento das regras de concorrência simultâneo ao endurecimento do gládio aos cartéis, que foi anunciado o primeiro programa de clemência norte-americano em 1978<sup>16</sup>. Com o objetivo de proporcionar um tratamento mais condescendente para as empresas que denunciasses um cartel em violação do *Sherman Act*<sup>17</sup>, e, simultaneamente, reconhecessem a sua participação no mesmo. Nesta primeira versão, o programa de clemência estava apenas disponível para as empresas que confessassem junto do DoJ antes de este ter encetado qualquer tipo de investigação (se a investigação já tivesse arrancado, mesmo que na fase inicial, a empresa não reunia condições para se candidatar).

Apesar destes primeiros passos, a primeira versão do programa de clemência norte-americano não atingiu o objetivo almejado. Tal como indica Desbrosse<sup>18</sup>, duas razões explicam este insucesso<sup>19</sup>: o benefício da clemência não tinha carácter automático (para a primeira empresa que a ele recorria, uma vez que era a única que se poderia candidatar), o que levava a que as empresas ficassem expostas a investigação após terem revelado a sua participação num cartel; a declaração de clemência realizada pela denunciante era uma mera declaração unilateral sem força jurídica vinculativa

## 2.2. Regime jurídico atual

Em 1993, tomando em consideração as críticas que vinham a ser apontadas à versão originária do programa de clemência, e pretendo torná-lo mais efetivo, o DoJ corrigiu as suas principais falhas. Nos termos da nova versão<sup>20</sup>, o

14 Para mais desenvolvimentos: Ghosal & Sokol, 2014: 5-7.

15 Desbrosse, 2010: 217, *apud*, Souty, 2006: 29.

16 Corporate Leniency Policy (1978).

17 Aprovada pelo Congresso em 1890, é a lei federal americana que proíbe a colusão empresarial sob a forma de cartel. Releva especialmente para o nosso estudo a sua secção um. Repare-se, todavia, que a violação de tal norma é sancionada criminalmente (e não de forma leve) pelo 15 U.S.Code §1.

18 Desbrosse, 2010: 219, nota 18.

19 Nos primeiros dez anos de vigência, apenas quatro empresas reuniram as condições exigidas para se candidatarem ao programa de clemência, cf. OCDE, 2012: 151.

20 Corporate Leniency Policy, emitida pelo DoJ a 10 de agosto de 1993.



programa apresenta três novidades: (1) a imunidade é concedida automaticamente ao denunciante se não houver qualquer tipo de informação pré-existente sobre o cartel e se a empresa demonstrar total cooperação com o DoJ (clemência do tipo A<sup>21</sup>); (2) alternativamente, mesmo nos casos em que a cooperação com o DoJ só se inicie depois de a respetiva investigação ao cartel ter sido aberta, a empresa pode ainda estar ao abrigo da clemência (clemência do tipo B<sup>22</sup>); (3) por fim, nas situações em que a empresa denunciante preencha os critérios para amnistia automática, os seus administradores, diretores e trabalhadores estão salvaguardados de ações penais contra si movidas pela participação nesse cartel (clemência do tipo C<sup>23</sup>).

Antes de vermos amiúde cada modalidade, repare-se, tal como se referiu a propósito da versão originária, também a versão vigente só se aplica aos casos em que os requerentes de clemência reportem práticas anticoncorrenciais que consubstanciam conduta criminosa<sup>24</sup>.

Vamos analisar cada uma destas modalidades.

#### *a) Clemência do Tipo A*

Para uma empresa se qualificar ao tipo A de clemência, isto é, à amnistia total e completa, seis requisitos cumulativos têm de ser preenchidos: (1) No momento da emissão da declaração de clemência, com os respetivos dados acerca do cartel, o DoJ não tem qualquer tipo de informação acerca do alegado cartel; (2) no momento da descoberta do cartel, a empresa pôs imediatamente termo à sua participação no cartel; (3) A empresa fornece as informações com total franqueza e completude, provendo, ao longo da investigação, informações completas e continuadas; (4) a confissão por parte da empresa é um verdadeiro ato empresarial (assumido pela empresa) e não um ato de confissão isolada das pessoas naturais que a integram; (5) sempre que possível, tem a empresa o dever de compensar os lesados pela sua conduta cartelizada; (6) para ser admitida a este programa de clemência, não pode a empresa ter sido a líder ou fundadora do cartel, nem ter coagido as restantes empresas a manter-se nele.

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, § A.

<sup>22</sup> *Ibid.*, § B.

<sup>23</sup> *Ibid.*, § C.

<sup>24</sup> Como se disse a propósito da versão originária (v. nota 18), a violação da secção 1 do *Sherman Act* é punida criminalmente pelo 15 U.S.C. §1.

### *b) Clemência do Tipo B*

Total amnistia pode também ser atribuída nos casos em que a empresa requerente não preenche com os requisitos do tipo A. Assim, diremos que o tipo B aplicar-se-á aos casos em que o DoJ já tem informações acerca da existência do cartel, mas essas informações ainda não têm força probatória suficiente para resultar numa condenação dos seus constituintes. Aplicam-se a este tipo de clemência os requisitos 2 a 5 assinalados para o tipo A. Para ser aplicado este modelo, no entanto, é necessário que dois requisitos adicionais (em relação aos que já referimos) estejam preenchidos: (1) a empresa requerente desta modalidade de clemência tem de ser a *primeira* a fazê-lo; (2) da concessão de clemência não resulte uma decisão injusta para com as restantes empresas que integrem o cartel. Esse juízo de prognose será feito pelo DoJ, atendendo especialmente à natureza da atividade ilícita, à importância que as informações fornecidas tiveram para o desenrolar do processo e ao momento em que a empresa apresentou as referidas informações<sup>25</sup>.

Comum aos dois tipos de clemência, introduziu a reforma de 1993 a ideia de um “sinalizador” ou *marker*. Isto é, nos termos da nova versão, uma vez que o programa de clemência funciona numa lógica de tudo ou nada, a primeira empresa a deitar mão deste mecanismo “reserva um lugar na fila da clemência”. Garante-se, deste modo, que mesmo que outra empresa forneça informações ao DoJ horas depois da primeira se saberá sempre quem foi efetivamente a primeira empresa a socorrer-se do programa.

### *c) Clemência para diretores, administradores e trabalhadores*

A funcionar paralelamente aos tipos A e B de clemência, vigora o tipo C. Isto é, a amnistia concedida aos “diretores, executivos e funcionários<sup>26</sup>” da empresa que cumpre com os requisitos da clemência do tipo A. Quer isto dizer que, se uma empresa fornecer, em primeiro lugar, informações acerca de um cartel, as pessoas singulares que a constituem serão perdoadas das eventuais ações penais que sejam movidas (a título individual) contra si. Tal perdão depende, em todo o caso, da total e continuada cooperação com o DoJ ao longo do processo de investigação.

---

25 No momento em que se faz este juízo de prognose, estabelece a lei um conjunto de indicações para facilitar a avaliação do DoJ: 1) se as informações forem fornecidas numa fase inicial da investigação serão mais valoradas, aumentando a possibilidade de redução da pena a aplicar-se; 2) deverá atender-se ao papel da empresa-requerente no cartel.

26 Tradução nossa.

*d) A admissibilidade de um acordo de confissão/plea agreement*

Terminada esta breve exposição do regime legal do programa de clemência norte-americano, rapidamente nos apercebemos que a lógica americana assenta numa ideia de “tudo ou nada”. Ideia essa que, aliás, tem vindo a ser destacada pelo DoJ<sup>27</sup> como uma das maiores valências do programa americano.

Apesar desta regra geral, a verdade é que o sistema norte-americano admite (mas já fora do regime legal de clemência) que as empresas e indivíduos que, apesar de não se qualificarem para a clemência, fornecem informações de relevo e cooperem com a investigação a ser levada a cabo pelo DoJ, beneficiem de uma redução da pena (para as empresas e para os indivíduos que com ele colaborem). Esses benefícios serão atribuídos com base na negociação de um acordo de confissão ou *plea agreement*<sup>28</sup> entre o DoJ e as empresas que fornecem essas informações. Em troca das informações recebidas o DoJ emitirá uma recomendação de sentença mais favorável ao tribunal competente que, à partida, seguirá essas recomendações de atenuação na aplicação da sentença<sup>29</sup>.

### **2.3. O regime norte-americano vigente: um balanço intercalar**

Analisado o seu regime legal, duas notas essenciais se retiram da conceção do programa de clemência norte-americano. Primeira, a imunidade total pode ser atribuída mesmo que já se tenha iniciado a investigação ao cartel. Segunda, que já destacámos, a lógica do programa de clemência funciona numa lógica de tudo ou nada e só pode ser atribuída à primeira empresa que a ela deite mão.

Nestes termos, tem vindo a doutrina a considerar que o sucesso do programa de clemência norte-americano se deve ao facto de funcionar numa lógica de “*carrot and stick*”<sup>30</sup>. Quer isto dizer que, para convencer as empresas constituintes de um cartel a fazerem uso dos programas de clemência, é necessário que haja a ameaça de, a ser o cartel descoberto, as empresas (e as

27 No relatório da OCDE (2012: 153), destaca o DoJ que com base na sua experiência, uma vez que não há “*honor among thieves*”, e dada as elevadas penas que serão aplicadas se o cartel for descoberto, o modelo de tudo ou nada cria um potentíssimo efeito de destabilização nos cartéis constituídos.

28 Harrington Jr., 2006: 6-7.

29 Cf. OCDE, 2012: 154.

30 Hammond, 2010: 2.

peças singulares) que o constituem sejam severamente punidos pela lei – tanto em penas de multa, como em penas de prisão.

Tem sido, precisamente, este o sentido legislativo<sup>31</sup> norte-americano nos últimos anos. Se em 1974 a violação do *Sherman Act* constituía crime a ser punido com pena de prisão até três anos, pena de multa de um milhão de dólares para as pessoas coletivas e pena de multa de cem mil dólares para pessoas singulares, hoje<sup>32</sup> a lei federal norte-americana pune a violação do *Sherman Act* com pena de prisão até dez anos e penas de multa até cem milhões de dólares para as pessoas coletivas e de um milhão de dólares para as pessoas singulares. Além disso, estabelece também a lei<sup>33</sup> que a pena pode ser dobrada se dos ganhos resultantes das práticas anticoncorrenciais resultarem ganhos superiores a cem milhões de dólares ou se das práticas anticoncorrenciais cartelizadas resultarem prejuízos para os consumidores (globalmente considerados) superiores a cem milhões de dólares.

A doutrina americana<sup>34</sup>, tem vindo a destacar que o facto de o conluio empresarial sob a forma de cartel constituir, para o seu direito, ilícito criminal é o que torna o “*stick*”, na sua fórmula de “*carrot and stick*”, tão eficaz. E dentro desta criminalização, destaca como sendo o principal efeito de dissuasão a responsabilidade criminal das pessoas singulares que constituem as empresas cartelizadas, sujeitando-as, como vimos, a enfrentar pesadas penas de prisão<sup>35</sup>.

Além deste poderoso efeito de dissuasão levado a cabo pela criminalização da prática cartelizada, destacam-se como catalisadores para o sucesso do programa de clemência norte-americano o vasto leque de meios de investigação colocados ao dispor das autoridades da concorrência. Afinal de contas, nas palavras de Scott D. Hammond<sup>36</sup>, “se os administradores das empresas con-

31 Também por uma exigência que tem vindo a ser imposta pelos pedidos de condenação da *Antitrust Division of the Department of Justice* (DoJ), como aponta Hammond (2010: 4-12).

32 Desde 2004 que vigora o ACPERA – *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*.

33 Conforme o United States Code, 18 USC § 3571 (d).

34 Hammond, 2010:11-12.

35 Com Zingales, 2008: 12. Além disso, repare-se que, interessadamente, tem vindo o ordenamento norte-americano a influenciar outros ordenamentos jurídicos do mundo, no sentido de também estes consagrarem a criminalização dos cartéis. Destacam-se os exemplos do Reino Unido e Austrália. Enquanto outros países como a República Checa, Grécia, México, Holanda, Nova Zelândia, Rússia e África do Sul adotaram ou, pelo menos, discutiram, legislação que criminalize estas práticas. Para estes e outros exemplos: Hammond, 2010: 11-12.

36 Hammond, 2010: 13.

siderarem que o risco de serem apanhados pelas autoridades da concorrência é reduzido, então as sanções legais, por si só, não serão suficientes para dissuadir a atividade do cartel”<sup>37</sup> e, conseqüentemente, de nada valerá a existência de um programa de clemência como sendo a “*carrot*” numa lógica de “*carrot and stick*”.

Ora, foi precisamente através da contribuição de cada um destes fatores que veio tornar o programa de clemência norte-americano na arma mais eficaz das suas autoridades da concorrência contra a prática cartelizada. Com base nos dados fornecidos pelo DoJ, desde 1996 que cerca de 90% das investigações de cartéis estão de alguma forma relacionadas com os programas de clemência, sendo que da soma de todas as multas aplicadas a empresas participantes de cartéis desde esse ano, já se ultrapassa a cifra de catorze mil milhões de dólares<sup>38</sup>.

### 3. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

#### 3.1. Quadro normativo geral

O direito primário da União Europeia estabelece no art. 101.º do TFUE que *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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno [...]. É com o propósito de garantir a efetividade desta proibição que o legislador comunitário vai construir os programas de clemência da União. Vejamos a sua evolução.*

#### 3.2. Apontamento histórico

##### a) O Caso Cartão

A primeira evidência da possibilidade de consagração legislativa de um programa de clemência no seio do Direito União Europeia surgiu em 1994, no *Caso Cartão*<sup>39</sup>, por um dos líderes ter “reconhecido espontaneamente a

37 Tradução nossa.

38 Dados retirados do website do *Department of Justice*: <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>

39 Decisão (CE), de 13 de Julho de 1994 IV/C/33.833 – Cartão, § 175.

infração e ter fornecido à Comissão elementos de prova pormenorizados”, recebendo em troca uma avultada redução da coima que lhe viria a ser aplicada caso não procedesse deste modo.

*b) O programa de 1996*

É no encaixe do sucesso norte-americano que entra em vigor, em 1996, o primeiro programa de clemência europeu. Divulgado através da “Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas”<sup>40</sup>. Esta primeira versão do programa de clemência consagrava três regimes distintos entre si: a “não aplicação ou a considerável redução muito substancial da coima” (*não automática*) de 75% a 100% – caso a empresa denuncie o cartel antes de a Comissão tomar conhecimento dele ou dispor de elementos significativos<sup>41</sup>; uma “redução substancial da coima” de 50 a 75% caso a cooperação se verifique depois de a Comissão já ter iniciado diligências de investigação do cartel<sup>42</sup>; e uma “redução significativa da coima” de 10% a 50% nos casos em que as empresas não preenchem os requisitos das Secções B e C, mas que, ainda assim, fornecem informação relevante à Comissão ou não contestam a materialidade dos factos em que a Comissão baseia a sua acusação<sup>43</sup>.

Mas este tratamento favorável reservado para a primeira empresa a manifestar-se junto da Comissão exigia o cumprimento de alguns requisitos: (1) a cessação da infração, (2) a prestação de todas as informações relevantes, (3) a manutenção da cooperação ao longo do processo e (4) a ausência de coação sobre outras empresas ou de papel determinante na infração em causa<sup>44</sup>.

Ainda assim, interessa também atentar nas delimitações feitas pelo regime de clemência de 1996. O seu escopo de aplicação apenas dizia respeito aos “acordos secretos” que têm por objeto a fixação de preços e de quotas de produção ou de venda, a repartição dos mercados ou a proibição das importações ou de exportações. Ou seja, apenas se aplicava aos comumente apelidados *hard-core cartels*. Além disto, outras duas notas devem ser assinaladas: em primeiro lugar, o regime de clemência apenas se aplicava às empresas<sup>45</sup> (estando

40 Publicado no JO C 207 de 18.7.1996, pp. 4-6

41 *Ibid.*, secção B.

42 *Ibid.*, secção C.

43 *Ibid.*, secção D.

44 *Ibid.*, secção B.

45 *Ibid.*, secção E, § 1. Ao contrário do regime norte-americano, como vimos *supra*.

fora do seu âmbito de aplicação as pessoas singulares que as constituam); em segundo lugar, a clemência apenas poderia ser aplicada a respeito da amnistia de coimas a aplicar pela Comissão, mas não cobria a possível responsabilidade civil que as empresas poderiam incorrer perante lesados<sup>46</sup>.

Apesar destes primeiros passos, tal como aconteceu na versão originária do programa norte-americano, os resultados esperados não se concretizaram em plenitude. A principal causa do insucesso deste primeiro programa prendeu-se com o facto de se tratar de um programa que assentava em critérios essencialmente discricionários, pouco densos, culminando numa não automaticidade de imunidade atribuída à primeira empresa que a ele recorria<sup>47</sup>. Além disso, havendo redução da coima, as empresas não sabiam qual seria a redução com que poderiam contar, só o sabiam no momento em que a Comissão decidisse em definitivo<sup>48</sup> (nem a atribuição de clemência a título condicional era admitida).

### *c) O programa de 2002*

É no sentido de corrigir estas falhas que a Comissão vem adotar, em 2002, a segunda *leniency note*<sup>49</sup>. Tal como apontam Alison Jones e Brenda Sufrin<sup>50</sup> a Comunicação de 2002 corrigiu a principal falha apontada à sua predecessora: garantia, efetivamente, a imunidade à primeira empresa que fazia uso do programa de clemência europeu (não obstante os requisitos exigidos pudessem ser considerados apertados para a sua concretização<sup>51</sup>). Além disso, é também com a Comunicação de 2002 que a Comissão passa a aceitar as declarações de clemência feitas oralmente, apesar de, com isto, ficarem algumas questões no ar acerca do seu valor probatório<sup>52</sup>. Por outro lado, era

46 *Ibid.*, secção E, § 4. Sobre este ponto, veremos *infra* que a resposta dada pelo Direito hodierno já não é a mesma.

47 Chegam a esta conclusão: Billiet, 2009: 14; Duarte & Faria 2007:103.

48 Destaca esta falha: Motta, 2004: 194.

49 A Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, publicada no JO C45/3 de 19.02.2002, pp. 3 a 5.

50 Jones & Sufrin, 2016: 883.

51 Ver pontos 9 a 11 da Secção A da referida Comunicação.

52 Para mais desenvolvimentos: Van Barlingen & Barennes 2005: 8-10.

clara a vontade de o legislador tornar a nova comunicação mais densa, transparente e previsível<sup>53</sup> do que a de 1996.

Apesar do relativo sucesso que a garantia de imunidade trouxe, despoletando uma “corrida para a porta da Comissão”, o legislador europeu considerou que mais poderia ser feito para o melhoramento do programa. Foi neste sentido que se introduziu uma nova alteração em 2006<sup>54</sup> que pretendia, principalmente, como destaca Wouter Wills<sup>55</sup>, clarificar o limiar da imunidade em termos de informação a fornecer à Comissão e esclarecer os limites do dever de cooperação dos requerentes de clemência.

### 3.3. A Rede Europeia de Concorrência

Com a aprovação do Regulamento n.º 1/2003<sup>56</sup>, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do TCE, assumia-se como caminho a percorrer um caminho de descentralização na aplicação do direito da concorrência da União Europeia pelas autoridades da concorrência dos Estados-Membros<sup>57</sup>. Ora, corolário lógico desta descentralização, proliferaram-se<sup>58</sup> os programas de clemência nos Estados-Membros.

Pretendendo uma maior convergência ao nível dos programas de clemência de cada um dos Estados-Membros, foi criada a Rede Europeia de Concorrência, constituída pelas autoridades da concorrência dos vários Estados-Membros. É no seio da Rede Europeia de Concorrência que se cria o

---

53 Em todo o caso, alguma literatura mais exigente continuava a tecer rasgadas críticas à, ainda, falta de transparência e celeridade do programa de 2002, nomeadamente por não contemplar qualquer figura de um “sinalizador”/marker que vimos ser consagrada pelo programa norte-americano: Joshua: 2007: 515-523.

54 Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 08.12.2006, pp. 17-22.

55 Wills, 2016: 328.

56 Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002, publicado no JO L 1, de 04.01.2003, pp. 1-27.

57 A descentralização da aplicação das normas europeias de concorrência deu-se num contexto de sobrecarga de trabalhos para a Comissão Europeia. Já antes da sua aprovação, vários chamavam à atenção para esta carência. V., v.g. Kunzlik, 2003: 327-329.

58 À data da realização desta investigação existiam 27 programas de clemência na União Europeia. Malta era a única exceção, não obstante já se tenha procedido a uma consulta pública sobre uma proposta de um programa de clemência em 2013. Zingales (2008: 8) justifica a ausência de um programa de clemência no ordenamento jurídico maltês por se tratar de um pequeno país onde os problemas de concorrência não assumem relevo ao ponto de justificar a adoção de um programa de clemência. Ainda sobre este ponto, ver a interessante posição de Simonsson (2010: 306), que defende haver uma obrigação, a assumir pelos Estados-Membros, de consagrarem um programa de clemência nacional por força do princípio da cooperação leal consagrado no n.º 3 do art. 4.º do TFUE.



*ECN Model Leniency Programme*<sup>59</sup> visando incentivar a existência de preceitos mínimos comuns em todos os programas nacionais, na tentativa de assegurar a aplicação eficaz e coerente das normas de concorrência. Ora, tal como Fernando X. Silveiro<sup>60</sup> destaca, baseando-se o Reg. n. 1/2003, num sistema de competências paralelas através do qual as autoridades nacionais de concorrência são competentes para aplicar os artigos 101.º e 102.º do Tratado, ao mesmo tempo que a Comissão mantém a sua competência, vários programas de clemência poderão ser aplicados ao mesmo caso, sendo que as empresas que queiram beneficiar da clemência terão de apresentar tantos requerimentos a quantas autoridades da concorrência se considerem competentes para dirimir o caso. Assim, o objetivo do *ECN Model Leniency Programme* é garantir que os potenciais requerentes de clemência não se sintam desencorajados de submeter pedidos por força das discrepâncias entre programas nacionais de clemência no seio da União.

Trata-se, no fundo, num esforço de convergência das regras de clemência previstas nos vários ordenamentos jurídicos da União Europeia<sup>61</sup>. Apesar desse esforço, repara-se, as regras estabelecidas pelo Modelo ECN não têm carácter vinculativo<sup>62</sup>, funcionando apenas como indicações sem força jurídica para que os Estados-Membros, na formulação dos seus programas de clemência internos, se tentem compatibilizar ao máximo com a proposta comunitária.

### 3.4. Regime jurídico atual

Aprovada num momento pós Regulamento n.º 1/2003, as alterações de 2006<sup>63</sup>, ao contrário das alterações de 2002, viriam a revelar-se um enorme sucesso enquanto instrumento de combate aos cartéis por parte da Comissão, com reflexo nos montantes de coimas aplicadas.

59 Adotado em 29.09.2006.

60 Silveiro, 2012: 258, nota 29.

61 Para entender melhor os esforços legislativos que foram sendo feitos para a convergência dos programas já existentes com o Modelo ECN e, além disso, perceber quais as diferenças que persistem: Franco, 2009: 49-61.

62 O TJUE já se pronunciou neste sentido C-428/14, DHL Express (Italy) e DHL Global Forwarding (Italy) SpA contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, EU:C:2016:27, § 29-40.

63 Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, JO C 298, de 08.12.2006, pp. 17-22.

Assim, estabelece a Comunicação vigente:

(i) *Imunidade*. A Comissão concederá imunidade à empresa que revele a sua participação num alegado cartel que afete a União, desde que essa empresa seja a primeira a fornecer informações e elementos de prova que, na opinião da Comissão lhe permitam efetuar uma inspeção<sup>64</sup> visando o alegado cartel. Este perdão será apenas concedido, no entanto, desde que, no momento em que o pedido de clemência é apresentado, a Comissão não disponha já de elementos de prova suficientes para adotar uma decisão de efetuar uma inspeção ou já tiver realizado tal inspeção ao alegado cartel<sup>65</sup>.

O requerente de clemência deverá fornecer à Comissão uma declaração de empresa, que pode ser escrita ou oral, e que deve incluir uma descrição detalhada do acordo de cartel, bem como outros elementos de prova relacionados com o alegado cartel, na posse do requerente ou à sua disposição no momento da apresentação do pedido, em especial, qualquer elemento de prova contemporâneo da infração<sup>66</sup>.

Se a nenhuma empresa for concedida imunidade nos termos referidos, a Comissão poderá, alternativamente, garantir imunidade à empresa que revele informações e elementos de prova que permitirão à Comissão detetar a existência de uma infração ao art. 101.º do TFUE, relativamente ao alegado cartel. Só assim será, no entanto, se a empresa requerente de clemência for a primeira e se a Comissão não dispuser, no momento da apresentação do pedido de clemência, de elementos de prova suficientes para verificar a existência *ex officio* de uma infração ao art. 101.º. O requerente de clemência deve fornecer elementos de prova incriminatória contemporâneos do alegado cartel e uma declaração de empresa<sup>67</sup>.

Um número de requisitos adicionais têm, no entanto, de ser preenchidos em ambos os casos para a empresa receber total imunidade: a empresa deve cooperar sincera e plenamente, de forma permanente e expedita, desde o momento da apresentação do pedido e ao longo de todo o procedimento

---

64 Acerca do grau de certeza das informações prestadas à Comissão pelos requerentes de clemência, ver T-251/12, EGL e Outros c. Comissão, EU: T: 2016:114, § 148-169, estabelecendo o Tribunal que *bastam informações e elementos que permitam razoavelmente suspeitar da existência de uma infração*, não sendo exigível, em contraposição, que as informações apresentadas pelo requerente de clemência sejam indubitavelmente verdadeiras.

65 Pontos 8(a) e 10 da Comunicação 2006/C 298/11.

66 *Ibid.*, ponto 9.

67 *Ibid.*, pontos 8(b) e 11.

administrativo da Comissão; além disso, a empresa tem de pôr termo imediato à sua participação no alegado cartel, exceto se a Comissão considerar que isso possa ser necessário para preservar a integridade das inspeções<sup>68</sup>. Por fim, uma empresa que tenha exercido qualquer coação sobre outras empresas no sentido de estas participarem no cartel ou nele permanecerem não pode beneficiar de imunidade<sup>69</sup>.

(ii) *Redução de coima.* Por sua vez, as empresas que revelem a sua participação num cartel que afete a União, mas que não preencham as condições de atribuição de imunidade, podem ser elegíveis para uma redução da coima. Para tal, deverá a empresa fornecer à Comissão elementos de prova da alegada infração que apresentem um valor acrescentado significativo relativamente aos elementos de prova já na posse da Comissão, desde que se cumpram com os requisitos de cooperação sincera e plena, permanente e expedita que se exigem para os casos de imunidade<sup>70</sup>.

Visando promover uma competição entre os infratores no sentido de obter a maior redução possível, a Comissão criou uma escala de redução em função da ordem de entrada dos pedidos de redução: a primeira empresa que forneça um valor acrescentado significativo beneficiará de uma redução de 30% a 50% da coima que de outra forma seria aplicada. A segunda empresa beneficiará de uma redução de 20% a 30% e as empresas seguintes de uma redução até 20%<sup>71</sup>.

O grau de “valor acrescentado” dependerá da forma como os elementos de prova apresentados reforçam, pela sua própria natureza e/ou pelo seu nível de pormenor, a capacidade de a Comissão provar o alegado cartel. Consideram-se mais valiosos os meios de prova escritos que datem do período a que os factos se referem do que os que digam respeito a períodos subsequentes. Consideram-se igualmente mais valiosos os meios de prova que estejam diretamente relacionados com os factos em questão. Por fim, quanto maior

<sup>68</sup> *Ibid.*, pontos 12 e 22. Se a empresa não cumprir com estes requisitos adicionais também não será considerada para a redução de coima.

<sup>69</sup> Mas nada se diz acerca das empresas líderes ou fundadoras do cartel, como se faz no regime norte-americano. Cremos que tal só poderá tratar-se de um lapso/esquecimento por parte da Comissão Europeia.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pontos 23 e 24 e nos termos das alíneas a) a c) do ponto 12.

<sup>71</sup> *Ibid.*, ponto 26.

for o grau de corroboração por outras fontes, maior será a redução da coima que de outra forma se aplicaria<sup>72</sup>.

Por forma a garantir maior previsibilidade do grau de redução da coima a ser aplicada, a Comissão adotou as “Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003”, numa primeira vez em 1998<sup>73</sup>, substituindo-as em 2006<sup>74</sup> pelas atuais orientações.

### **3.5. O problema do acesso aos documentos e o exercício dos direitos dos lesados**

Antes de fazermos um balanço final do programa de clemência europeu, resta-nos analisar, ainda que não dedicando a profundidade que o tema merece, a problemática do acesso aos documentos de clemência por terceiros que pretendam responsabilizar os integrantes do cartel.

O TJUE pronunciou-se sobre a matéria, pela primeira vez, no conhecido Acórdão *Pfleiderer*<sup>75</sup>. Desta decisão resultou que, “na falta de uma regulamentação vinculativa do direito da União nesta matéria, incumbe aos Estados-Membros estabelecer e aplicar as regras nacionais quanto ao direito de acesso das pessoas lesadas por um cartel aos documentos relativos aos procedimentos de clemência”<sup>76</sup>. Por força disto, estabeleceu o Tribunal de Justiça que devem os tribunais nacionais ponderar o interesse dos lesados no exercício do seu direito a serem indemnizados e o interesse público da defesa da livre concorrência. Essa ponderação, estabelece o Tribunal, deverá ser feita “no respeito do direito da União”<sup>77</sup>, por forma a não “tornar impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União”<sup>78</sup> e, em particular, por forma a não colocar em causa “a aplicação efectiva dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE”<sup>79</sup>. Com base no que foi sendo dito, não é de espantar que

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, ponto 25.

<sup>73</sup> “Orientações da Comissão para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA” – JO C 9 de 14.1.1998.

<sup>74</sup> Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – JO 210/2 de 01.09.2006

<sup>75</sup> C-360/09, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

<sup>76</sup> *Ibid.*, § 23.

<sup>77</sup> *Ibid.*, § 24.

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 24.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 24.

tal decisão tenha sido alvo de críticas por parte da doutrina<sup>80</sup>. Acusada de ser geradora de insegurança jurídica, por assentar essencialmente numa base casuística, destacou a literatura que o principal erro desta decisão judicial se prendeu com o facto de implicar que as empresas utilizadoras de um programa de clemência não soubessem, à partida, se as informações autoincriminatórias fornecidas à autoridade da concorrência poderiam, posteriormente, ser cedidas a terceiros para as responsabilizarem civilmente pelos danos criados durante a prática cartelizada<sup>81</sup>.

Seguida desta decisão, uma outra decisão, para alguns ainda mais polémica, veio a ser tomada pelo TJUE no Ac. *Donau Chemie*<sup>82</sup>. Vigorava, à data, uma disposição legal austríaca que fazia depender o acesso aos documentos de clemência, por parte de terceiros que pretendessem responsabilizar a empresa requerente de clemência, do mero consentimento das partes. Ora, o TJUE veio considerar que tal solução legislativa se assumia como incompatível com o princípio da efetividade, precluindo-a por não ser deixada “nenhuma possibilidade de ponderar os interesses em presença [...] aos órgãos jurisdicionais nacionais”<sup>83</sup>.

Ora, como destaca Kowalik-Bańczyk<sup>84</sup>, o TJUE veio dar continuidade à jurisprudência por si fixada no Ac. *Pfleiderer*, na contenda entre o interesse público da proteção da livre concorrência e a efetivação judicial dos direitos dos lesados, continuando a dar primazia a esta e não àquela.

Apesar disso, e no que à Comissão Europeia diz respeito, vigoravam já regras (auto-vinculativas) que vinham assumindo uma posição distinta daquela que fora tomada pelo TJUE nos dois casos referidos. Nos termos do ponto 26 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE<sup>85</sup>, estabelece-se que: “a Comissão não transmitirá aos tribunais nacionais informações apresentadas voluntariamente por

80 São vários os autores que tecem críticas à decisão jurisprudencial, destacando-se: Kowalik-Bańczyk, 2017: 175; Geradin, Layne-Farrar & Petit 2012: § 6.111. Entre nós, Pais, 2012: 3-11.

81 Para algumas reflexões sobre o alcance do Ac. *Pfleiderer*, nomeadamente quanto ao impacto nas decisões de divulgação tomadas por tribunais não pertencentes à UE: Cauffman, 2011: 611-614.

82 C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde c. Donau Chemie AG, ECLI:EU:C:2013:366.

83 *Ibid.*, § 49.

84 Kowalik-Bańczyk, 2017: 176.

85 Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, de 27-04-2004, JO C 101/54, ponto 26.

um requerente de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante sem a anuência do mesmo”. Além disso, também no ponto 40 da Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência<sup>86</sup>: “Sem prejuízo do disposto no ponto 41, as informações voluntariamente apresentadas por um requerente do programa de imunidade em matéria de coimas ou de redução do seu montante apenas serão transmitidas a outro membro da rede nos termos do artigo 12.º do Regulamento do Conselho com o consentimento do requerente”. Apesar disto, como bem sabemos, estas comunicações não têm carácter vinculativo, pelo que não era certo que os Estados-Membros seguissem este padrão estabelecido pela Comissão<sup>87</sup>.

Não obstante, e no que diz exclusivamente respeito ao acesso às declarações de clemência, a Diretiva 2014/104/UE<sup>88</sup> veio introduzir uma importante exceção ao princípio da livre divulgação dos elementos de prova<sup>89</sup>, no seu art. 6.º: “Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação [...]” das declarações de clemência<sup>90</sup>. Esta “*black list*”<sup>91</sup> tem como objetivo assegurar o *public enforcement* do direito europeu da concorrência. Além disso, estabelece também o n.º 7 do art. 6.º da referida Diretiva que “[...] o tribunal nacional não pode em nenhuma circunstância permitir o acesso de outras partes ou de terceiros a esses elementos de prova.”

Garantiu-se, desta forma, o efetivo funcionamento e atratividade dos programas de clemência em face da possibilidade de as declarações feitas no seu contexto poderem ser utilizadas para responsabilizar as empresas utilizadas destes programas.

---

86 Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, de 27-04-2004, JO C 101/43, ponto 40.

87 Como chama a atenção Kowalik-Bańczyk, 2017: 177.

88 Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, JO L 349, pp. 1 a 19.

89 *Ibid.*, art. 5.º

90 *Ibid.* al. a), do n.º 6 do art. 6.º

91 Como lhe chama Kowalik-Bańczyk, 2017: 180.

### 3.6. O regime europeu vigente: um balanço intercalar.

Tendo em conta tudo o que foi dito, é notório o amadurecimento do programa de clemência europeu. Daqui se destaca, essencialmente, que o atual programa de clemência garante um processo transparente e juridicamente estabilizado, deixando para trás a insegurança jurídica que marcavam as versões antecessoras. Além disso, tendo em conta a articulação do Modelo ECN (e, conseqüentemente, dos programas nacionais) com o programa europeu, é clara a progressiva harmonização entre os vários programas de clemência europeus, facilitando, em muito, as tarefas das empresas que solicitem clemência em simultâneo junto de múltiplas autoridades nacionais de concorrência ou da Comissão<sup>92</sup>. Por fim, também com a aprovação da Diretiva 2014/104/UE, os riscos de desincentivo que pairavam por sobre o recurso aos programas de clemência em face das ações intentadas por lesados, esvaneceram-se.

### 4. CAMINHO PARA UM POSSÍVEL REGIME UNITÁRIO?

Visto os programas de clemência que nos propusemos a estudar, cabe agora responder à questão: estarão os programas norte-americano e europeu a convergir entre si?

Fomos vendo que a experiência europeia, também por ser a mais recente, foi corrigindo as suas falhas e tentando aproximar-se mais da segurança jurídica e transparência que já vinha sendo garantida pela sua homóloga norte-americana<sup>93</sup>. Apesar dessa aproximação, diferenças importantes se vão destacando entre os dois programas. Uma primeira, consagrada no programa norte-americano, que tem que ver com a obrigação de a empresa compensar os lesados pela sua conduta cartelizada<sup>94</sup>. Tal obrigação não existe, como se viu, no programa europeu. Ora, seguindo de perto Nicolos Zingales<sup>95</sup>, entendemos que a consagração de tal obrigação no programa europeu se mostraria de extrema vantagem para compensar os lesados pela conduta

92 Chegam a estas conclusões Moura e Silva, 2018: 365-366; Silveiro, 2012: 258-259.

93 Autores como Zingales (2008: 56), entendem que, não obstante os passos que foram sendo dados pela Comissão sejam os mais acertados, não foram suficientes para resolver de vez a “sensação de incerteza” que já vem sendo apontada desde o modelo de 2002 (v., também, nota 54).

94 Ver ponto 5 do parágrafo A da Corporate Leniency Policy, emitida pelo DoJ a 10 de agosto de 1993.

95 Zingales, 2008: 56-57.

ilícita da empresa, contribuindo, além disso, para baixar o número de ações suscitadas em contexto de *private enforcement* contra estas empresas<sup>96</sup>.

Em primeiro lugar, e na linha de pensamento do referido autor, com a exigência de idêntico requisito obrigar-se-iam as empresas que quisessem socorrer-se da clemência a reestabelecer as situações afetadas pela sua conduta cartelizada ao momento anterior dos atos que prejudicaram a concorrência e os consumidores. Também é nossa opinião que a adoção de tal requisito seria coincidente com os objetivos de defesa e proteção dos consumidores que, aliás, têm vindo a ser propugnados pela Comissão Europeia. Em todo o caso, reconhecemos que tal revisão não tomará lugar, à partida, nas próximas revisões à *leniency note*. Tal como destaca Nicolos Zingales<sup>97</sup>, passar-se-ia a colocar a sílaba tónica nos efeitos de dissuasão e não, como vinha sendo feito, no objetivo de deteção<sup>98</sup>.

Outra profunda diferença se destaca entre os dois programas. Como se viu, nos Estados Unidos a proteção da concorrência e defesa dos consumidores ascende ao estatuto de bem jurídico-penal. Assim, todas as condutas em cartel que a afetem serão tratadas como condutas penalmente sancionadas, funcionando a clemência como um verdadeiro sistema de delação premiada. Tal tratamento jurídico não se verifica na União Europeia, não obstante o nosso programa seja de inspiração norte-americana. Entre nós, assume-se a punibilidade de tais condutas pela vertente administrativa e não criminal. Apesar disso, desde cedo vários Estados-Membros<sup>99</sup>, nos seus ordenamentos jurídicos internos, seguiram de perto as soluções americanas, criminalizando os cartéis e, também, responsabilizando criminalmente os diretores e executivos das empresas que neles participem.

Identificamos, como outros<sup>100</sup> fazem, que a causa deste tratamento jurídico diferenciado se prende, sobretudo, com razões de tradição e cultura

---

96 Que, com a aprovação da Diretiva 2014/104/UE, ficou ainda mais difícil de se conseguir exercer, uma vez que este diploma restringiu (em muito) o acesso e a utilização como meio de prova das declarações de clemência em contexto de *private enforcement*.

97 Zingales, 2008: 57.

98 Objetivo este que, parece-nos, ficaria sobejamente afetado porque o programa de clemência perderia atratividade e vantagens.

99 Veja-se, desde logo, o exemplo da República da Irlanda (assim estabelecido no Competition Act de 2002, tendo sido entretanto atualizado em 2017). Também no Reino Unido o combate à colusão empresarial ascende ao estatuto de bem jurídico-penal (de acordo com o preceituado no Competition Act de 1998 e Enterprise Act de 2002). Também na Grécia se introduziram sanções penais (v. art. 11.º da Lei 3959/2011).

100 Marques, 2019: 283 e ss.



jurídica experienciadas de forma distinta nas duas costas do Atlântico. Nos Estados Unidos, desde os primórdios das suas normas, que alguma doutrina vem dizendo que a criminalização surgiu<sup>101</sup> (e persistiu) como uma mera forma de resposta a ser dada à insatisfação da população com a leviandade (ou inexistência) das sanções a aplicar-se aos cartéis<sup>102</sup>. Intimamente associada a esta natureza populista do reforço das sanções, o gládio aos cartéis assume, nos Estados Unidos, uma dimensão moral muito destacada<sup>103</sup> (que não se consegue identificar em qualquer outra parte do mundo). No contexto europeu, por outro lado, desde cedo se identificou a proteção da concorrência como um objetivo a ser prosseguido para se atingir, em último momento, a integração europeia. Ao mesmo tempo, a atividade dos cartéis sempre foi tendencialmente vista pelo público como um problema de “regulação” que estaria sujeito a meros remédios administrativos<sup>104</sup>. Não existe no espaço europeu, como existe no norte-americano, a necessidade moral de punir os crimes de colarinho branco.

Em suma, a progressiva integração entre os dois sistemas apresenta-se difícil e, ainda, distante. Razões de tradição jurídica, enfoque do programa de clemência (estando o norte-americano a privilegiar, sobretudo, os efeitos de dissuasão ao passo que o europeu favorece os efeitos de deteção) e grau de proteção jurídica da livre concorrência e dos interesses dos consumidores, poderão justificar o diferente tratamento jurídico dado pelos dois ordenamentos<sup>105</sup>.

## 5. NOTAS FINAIS

Aqui chegados, cumpre agora discorrer algumas palavras dedicadas às reflexões que retirámos da realização deste estudo de direito comparado. Em primeiro lugar, parece-nos que, apesar das críticas que alguns autores<sup>106</sup> vão fazendo,

101 Marques, 2019: 34 *apud* Baker, 2012: 8

102 Além da tensão social inicial anti *trust* geradora dos Sherman Act e Clayton Act, foram de novo tensões sociais que conduziram à revisão do Sherman Act de 1974 e, já em 2004, que levaram à aprovação do ACPE-RA – *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004*. V. os exemplos dados por Marques, 2019: p. 37 e Baker, 2012: p. 3

103 Baker, 2011: 303-304.

104 Baker, 2011: 303-304.

105 A idênticas conclusões chega Zingales, 2008: 57.

106 Geradin, Layne-Farrar & Petit, (2012: § 6.108 e ss.) entendem que os programas de clemência são verdadeiras “bombas relógio” para o trabalho da Comissão, uma vez que esta pode não ter recursos adminis-

é inegável o contributo que os programas de clemência introduziram na deteção e desmantelamento dos cartéis. Apesar destas vantagens, no entanto, não deixamos de demonstrar preocupação com o facto de as autoridades da concorrência dependerem quase exclusivamente dos programas de clemência no combate às práticas cartelizadas. Entendemos, para estes efeitos, que não obstante a sua importância, os programas de clemência não deverão ser mais do que mecanismos auxiliares do *public enforcement* do direito da concorrência, não devendo, por isso, substituir a atividade investigativa que deve ser prosseguida *ex officio* pelas autoridades da concorrência.

Quanto à evolução dos dois regimes que fomos estudando, parece-nos que o programa norte-americano continua a estar numa melhor posição do que o seu homólogo europeu. Para tal, contribuem um conjunto de fatores: em primeiro lugar, o facto de o programa americano se focar muito mais na dissuasão e não na deteção dos cartéis (para tal bastará que nos relembremos das elevadas penas de multa e, principalmente, das pesadas penas de prisão que podem ser aplicadas às pessoas singulares que integrem empresas em cartel). Assim, dentro de este enfoque na dissuasão por sobre a deteção, destacamos como a principal vantagem do programa-norte americano o facto de haver responsabilidade criminal e, principalmente, o facto de essa responsabilidade criminal poder ser aplicada às pessoas singulares. Estamos crenes que a responsabilidade individual pode dissuadir com maior efetividade os participantes em cartéis do que a mera responsabilidade coletiva da empresa<sup>107</sup>.

Apesar desta asserção, somos igualmente capazes de reconhecer a dificuldade que será fazer passar o bem jurídico “concorrência” pelos crivos cumulativos da dignidade penal, da necessidade ou carência de tutela penal, e da natureza subsidiária desta enquanto *ultima ratio*<sup>108</sup>. Tal caminho pode, naturalmente, apresentar-se difícil. Desde logo, aponta-se um “argumento moral” e um “argumento utilitarista”: quanto ao primeiro, vai-se dizendo que as violações à concorrência não se apresentarão suficientemente “imorais”

---

trativos/humanos suficientes para dar resposta à quantidade de pedidos apresentados. Além disso, dizem também os autores que a total dependência nos programas de clemência, como tem vindo a ser feito, pode transmitir sinais de que a Comissão deixou de investigar *ex officio* os cartéis, resultando, deste modo, em consequências contrárias àquelas que se pretendem prosseguir com a clemência. Chamada de atenção, esta última, que acompanhamos de perto.

107 Veja-se, para este efeito, a experiência de Baker (2011:306), enquanto diretor da Antitrust Division do DoJ: “*The cartel conspirators to whom I have been exposed never seem to have worried about the corporate shareholders being socked with large fines and civil damages as a result of their activities. Rather, to the extent that they have worried, their concerned has been about being exposed and punished themselves.*”

108 Como aponta a doutrina penal dominante: Figueiredo Dias, 2004: 120-121.

à luz dos valores comunitariamente partilhados para serem objeto de criminalização, e ao segundo o entendimento de que a criminalização poderá dificultar a aplicação da defesa da concorrência<sup>109</sup>.

Não obstante estas dificuldades, subscrevemos o entendimento de que, de *jure condendo*, a responsabilidade criminal (principalmente individual) continuará a ser o melhor mecanismo de dissuasão no combate aos cartéis. A ele aliado, um programa de clemência que preveja o perdão dessa responsabilidade criminal, culminaria num mecanismo muito mais eficaz do que o que hoje vigora. Apesar desta nossa posição, temos perfeita consciência de que a atribuição de prerrogativas penais à Comissão Europeia implicaria profundas reformas do direito (originário) da União Europeia. Ora, atentando ao atual contexto de euroceticismo e de desconfiança em relação às instituições europeias, sabemos-lo, muito dificilmente vivenciaremos este tipo de reformas estruturais no direito europeu da concorrência.

Outra grande vantagem que se destaca do programa norte-americano é o facto de este funcionar numa fórmula de tudo ou nada. Só assim, entendemos, se pode criar uma *verdadeira* “corrida à porta da Comissão” e desmantelar, com efetividade, cartéis. Também aqui remetemos, tal como na primeira hipótese, a nossa esperança de que, *de jure condendo*, semelhantes reformas venham a ser tomadas.

## BIBLIOGRAFIA

BAKER, Donald

2011 “Why is the United States so different from the rest of the world in imposing serious criminal sanctions on individual cartel participants?”, in *The Sedona Conference Journal*, vol. 12, pp. 303-306.

2012 *Detering Cartels – The Criminalization Dimension*, apud, MARQUES, Nuno Castro, (2019), in *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*, Porto: Universidade Católica Editora.

BILLIET, Philippe

2009 “How Lenient is the EC Leniency Policy? A Matter of Certainty and Predictability”, in *European Competition Law Review*, vol. 30, p. 14.

BOTELHO MONIZ, Carlos & *et. al.*

2016 *Lei da Concorrência Anotada -*, 1.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Almedina.

---

109 Reflexões feitas por Wagner-Von Papp, 2016: 21-23.

CAUFFMAN, Caroline

2011 “Access to Leniency-Related Documents after *Pfleiderer*”, in *World Competition* 34, n.º 4, pp. 611-614.

CHAPUT, Yves

2005 “Philosophie des programmes de clémence et de transaction”, in *Clemence et transaction en matière de concurrence – Premières expériences et interrogations de la pratique*, *Gazette du Palais* n.º 287 e 288, pp. 19-28.

DESBROSSE, Pierre

2010 “Les Programmes de Clémence à L’Épreuve de la Globalisation des Marchés”, in *Revue Internationale de Droit Économique*, Vol. 2, pp. 217-219.

DUARTE, Joaquim Caimoto & FARIA, Tânia Luísa

2007 “O Regime de Clemência por infração às normas de concorrência em Portugal. Implementação e perspectivas.”, in *Actualidad Jurídica Uribe Menendez*, n.º 16, p. 103.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2004 *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime.*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

FRANCO, Olivia

2009 “Quelle convergence des programmes nationaux de clémence? – L'exemple des programmes français, britannique, allemand, italien et espagnol”, in *Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence* – n.º 3, pp. 49-61.

GERADIN, Damien & LAYNE-FARRAR, Anne & PETIT, Nicolas

2012 *Eu Competition Law and Economics*, 1.ª ed., Oxford: Oxford University Press.

GHOSAL, Vivek & SOKOL, D. Daniel

2014 “The Evolution of U.S. Cartel Enforcement”, in *Journal of Law and Economics*, vol. 57, pp. 5-7.

HAMMOND, Scott D.

2010 “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”, *The 24<sup>th</sup> Annual National Institute on White Collar Crime*, disponível em <https://www.justice.gov/atr/file/518241/download> [consultado em 18.02.2020].

HARRINGTON Jr, Joseph

2006 *Corporate Leniency Programs and the Role of the Antitrust Authority in Detecting Collusion* – escrito para o *International Symposium on “Towards an Effective Implementation on New Competition Policy”*, disponível em

- <https://joeharrington5201922.github.io/pdf/Tokyo.pdf> [consultado em 18.02.2020].
- HOVENKAMP, Herbert  
2015 *Federal Antitrust Policy – The Laws of Competition and its Practice*, 5.<sup>a</sup> ed., St. Paul (MN), EUA: West Academic Publishing.
- JONES, Alison & SUFRIN, Brenda  
2016 *EU Competition Law: Texts, Cases, and Materials –*, 6.<sup>a</sup> Ed., Oxford: Oxford University Press.
- JOSHUA, Julian M.  
2007 “That Uncertain Feeling: The Comission’s 2002 Leniency Notice” in Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu, *European Competition Law Annual: 2006, Enforcement of Prohibition of Cartels*, Portland (OR), EUA: Hart Publishing, pp. 511-542.
- KOWALIK-BAŃCZYK, Krystyna  
2017 “Access to leniency documents and actions for damages – an uneasy match”, in *Market and Competition Law Review*, vol. 1, n.º 1, pp. 175-180.
- KUNZLIK, Peter F.  
2003 “Globalization and hybridization in antitrust enforcement: European “borrowings” from the US approach”, in *The Antitrust Bulletin, Summer*, pp. 327-329.
- LÉVÊQUE, François  
2006 “L’efficacité multiforme des programmes de clémence”, in *Concurrences*” in *Revue des droits de la concurrence*, n.º 4, pp. 34-36.
- MARQUES, Nuno Castro  
2019 *Contributo para a Autonomia do Direito Nacional da Concorrência*, 1.<sup>a</sup> ed., Porto: Universidade Católica Editora.
- MONTI, Mario  
2000 “Fighting Cartels – Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?” – discurso de abertura da 3rd Nordic Competition Policy Conference, [https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH\\_00\\_29](https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH_00_29), [consultado em 18.02.20].
- MOREIRA, Teresa  
2007 “O Novo Instituto da Clemência – a dispensa e a atenuação especial da coima aplicável a práticas restritivas da concorrência”, in *Sub Judice*, n.º 40, pp. 79-81.
- MOTTA, Massimo  
2004 *Competition Policy, Theory and Practice –* 1.<sup>a</sup> Ed., Estados Unidos da América: Cambridge University Press.

MOURA e SILVA, Miguel

2018 *Direito da Concorrência* –, 2.<sup>a</sup> Ed.: Lisboa: AAFDL Editora.

OCDE

2012 *Policy Roundtables: Leniency for Subsequent Applicants* – Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, de Outubro de 2012.

PAIS, Sofia Oliveira

2012 “Entre clemência e responsabilidade – Uma história de sucesso?”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 37, pp. 3-11.

SILVEIRO, Fernando Xarepe

2012 “O Regime Jurídico da Clemência na Nova Lei da Concorrência: Novas Valências, Novos Desafios”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 10, pp. 251-281.

SIMONSSON, Ingeborg

2010 *Legitimacy in EU Cartel Control* –, 1.<sup>a</sup> ed., Portland (OR), Estados Unidos da América: Hart Publishing.

SMITH, Adam

1987 *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*. Vol. I., tradução e notas de Teodora Cardoso & Luís Cristóvão de Aguiar, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

SOUTY, François

2006 “Les défis de la mondialisation pour les pays développés en matière de concurrence”, in *Revue Economique et Sociale*, n.º 1, p. 29.

VAN BARLINGEN, Bertus & BARENNE, Marc

2005 “The European Commission’s 2002 Leniency Notice in practice”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 3, pp. 8-10.

WAGNER-VON PAPP, Florian

2016 “Introduction – Individual Sanctions for Competition Law Infringements: Pros, Cons and Challenges”, in *Concurrences, Revue des droit de la concurrence*, n.º 2, pp. 21-23.

WILLS, Wouter P. J.

2016 “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An assessment after twenty years”, in *World Competition*, Vol. 39, n.º 3, p. 328.

ZINGALES, Nicolos

2008 “European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?”, in *The Competition Law Review*, vol. 1, pp. 1-57.

C&R

BREVES





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

– CHAPTER TWO\*

*Rita Prates\*\**

## I. INTRODUCTION

Following a Chapter One of this Article<sup>1</sup>, where some questions on the Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (“TMSC”) merger infringement case were raised, we now move on to Chapter Two.

On 22 October 2019, the European Commission (“Commission”) published its awaited Decision of 27 June 2019 in the TMSC merger infringement case (hereinafter referred to as “Commission’s Decision” or “Canon/TMSC case”)<sup>2</sup>, in which confirmed that Canon breached the EU Merger Control Regulation (“EUMR”)<sup>3</sup> by (partially) implementing a transaction before its due notification. Canon was fined in €28 million.

---

\* This title is based on an iconic sentence “*A gun in a bag of peanuts, how original. What will they think of next?*” from a 007 James Bond movie “*The Man with the Golden Gun*”. **Key-Words:** Regulation and Business Law; Antitrust Law; Illegal Behaviour and the Enforcement of Law.

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

1 “*Partial Implementation and Gun-Jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One*”, in *Revista de Regulação e Concorrência*, Vol. 37, 133-143.

2 Case M.8179 – *Canon / Toshiba Medical Systems Corporation*, Article 14(2) Regulation (EC) 139/2004 Decision of 27 June 2019 available at: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179\\_759\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8179_759_3.pdf).

3 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004, p. 1-22.

Canon used a so-called “warehousing” two-step transaction structure involving an interim buyer which, according with the Commission’s Decision, essentially allowed it to anticipate its acquisition of TMSC prior to notification and obtaining the relevant merger approval from the Commission.

The singularity of this case is that the implementation of the transaction was only partial, and took place in the context of a two-step transaction structure where only the first stage was implemented before notification and clearance. According to the parties, only in the second stage of the transaction control over TMSC was effectively acquired by Canon.

Following a description of the factual background in both underlying cases<sup>4</sup> and the possible legal assessment in the scope of the European Union’s jurisprudence made in Chapter One, Chapter Two will namely analyze the Commission’s Decision and attempt to extract some guidelines on gun-jumping regarding early implementation of concentrations and warehousing schemes.

In Chapter One, before the Commission’s Decision, some questions were raised: *could a concentration be deemed implemented even though there was no actual acquisition of control? Does the notion of implementation fully overlap with the one of actual acquisition of control? When should the acts in question be considered as leading to a transfer of control?*

In Chapter Two we will see how the Commission’s Decision addresses these questions in the Canon/TMSC case.

## II. FACTUAL BACKGROUND

As Toshiba was, apparently, experiencing substantial financial difficulties, it invited outside majority shareholders into TMSC in exchange for cash. With this purpose, Canon submitted its bidding proposal, offering a transaction structure under which it would irreversibly pay Toshiba the full purchase price, but would not acquire actual control over TMSC before having had obtained the necessary regulatory clearances.

Toshiba accepted Canon’s proposal that fulfilled its need for immediate income, and, for the purposes of this transaction, a vehicle company (MS

---

4 M.8006 – Canon/Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC), approved by the Commission on 19.09.2016 (available at [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8006\\_241\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8006_241_3.pdf)) and the infringement proceedings set out in M. 8179 – Canon/Toshiba Medical Systems (art. 14.2 proc.).

Holding) was created with an independent board of directors from Canon and Toshiba.

Canon irrevocably paid Toshiba the agreed price in return for one non-voting share (Class B) and 100 share options attached to TMSC ordinary, Class C, share capital. The share options could only be exercised once all regulatory proceedings had been completed. MS Holding and Toshiba entered into a share transfer agreement and MS Holding paid Toshiba for 20 TMSC voting shares (Class A).

All these events occurred in March 2016 and are referred to as the *Interim Transaction* in the Decision<sup>5</sup>.

Following notification in August 2016, the Commission approved the transaction in September. In December 2016, after receiving all regulatory approvals, Canon exercised its share option, acquiring, therefore, actual control over TMSC (the *Ultimate Transaction*)<sup>6</sup>.

Therefore, this transaction was structured in a way that the share option was certain to be exercised, and the full value of the price was paid at the moment the option right was acquired, without any further payment. Thus, this option right did not tantamount to a premium corresponding to the value of the option, it corresponded instead to the value of the shares itself.

### III. CANON'S INFRINGEMENT

#### **(i) Legal Framework**

The Commission's Decision starts by referring that the EUMR provides for an *ex-ante* merger control regime applicable to concentrations which are deemed to arise where there is a *change of control on a lasting basis* (Article 3(1) EUMR)<sup>7</sup>.

It then follows that the EUMR provides for an obligation to notify concentrations prior to their implementation (Article 4(1) EUMR) and also prohibits the implementation of concentrations before their notification and clearance by the European Commission (Article 7(1) EUMR).

As for the *notion of concentration*, while it generally encompasses one single transaction, the concept of concentration within the meaning of Article 3

<sup>5</sup> *Cfr.* Commission's Decision, §36.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Cfr.* Commission's Decision, §71.

of the EUMR may encompass several legally distinct but closely connected transactions.

As such, the EU Courts have confirmed on several occasions that separate transactions ought to rightly be treated as part of a “*single concentration*” to the extent that the economic reality underlying these transactions leads to such a conclusion.<sup>8</sup>

To determine whether several transactions form part of a single concentration, the Consolidated Jurisdictional Notice<sup>9</sup> also confirms that single concentrations can result from successive separate transactions but where the nature of the first transaction(s) is only transitory.

The concept of single concentration is enshrined in recital 20 of the preamble to the EUMR stating: “[i]t is moreover appropriate to treat as a single concentration transactions that are closely connected in that they are linked by condition or take the form of a series of transactions in securities taking place within a reasonably short period of time”.

Hence, it can be learned from the Commission’s Decision that it is irrelevant whether control was acquired in one, two or more stages by means of one, two or more transactions to the extent the end-result of the transactions is the acquisition of control over the target<sup>10</sup>.

As for the notion of “*implementation*”, the Commission starts to acknowledge that it is not explicitly defined in Articles 4(1) and 7(1) EUMR<sup>11</sup>.

However, it then reminds that, in *Ernst and Young*<sup>12</sup>, the Court of Justice sets out that the notion of “*implementation*” must be interpreted by reference to the “*purpose and general scheme*” of Articles 4(1) and 7(1) EUMR, which is to preserve the *status quo ante* until a concentration has been formally notified to, and declared compatible with the internal market, by the European Commission<sup>13</sup>.

---

8 e.g., in Case T-282/02, *Cementbouw Handel & Industrie v Commission*, EU:T:2006:64, sets out in paragraph 5 that regard should be given to “the economic aim pursued by the parties, by examining, when faced with a number of legally distinct transactions, whether the undertakings concerned would have been inclined to conclude each transaction taken in isolation or whether, on the contrary, each transaction constitutes only an element of a more complex operation, without which it would not have been concluded by the parties.”

9 *Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, §28-35. OJ C 95, 16.4.2008.

10 Cfr. Commission’s Decision, §101.

11 *Ibid* §82.

12 Judgment of 31 May 2018, C-633/16, *Ernst & Young*, EU:C:2018:371.

13 Cfr. Commission’s Decision, §§82-83.

The Commission refers that the *Ernst and Young* judgment also explicitly clarified that partial implementation falls within the scope of Article 7(1) EUMR<sup>14</sup>.

Indeed, *Ernst and Young* provides that “*it is appropriate to treat as a single concentration transactions that are closely connected*”<sup>15</sup>, i.e. excluding transactions that are not necessary to achieve a change of control of an undertaking concerned by that concentration (ancillary or preparatory transactions that do not present a direct functional link with its implementation).

The Court in the referred judgement<sup>16</sup> also clarified that to determine whether there is early implementation, transactions carried out in the context of a concentration should be considered “*necessary to achieve a change of control*” over the target undertaking if they “*present a direct functional link with [the] implementation*” of the concentration and “*it is appropriate to treat as a single concentration transactions that are closely connected*”.

The Court also clarified that “*those transactions, although they may be ancillary or preparatory to the concentration, do not present a direct functional link with its implementation, so that their implementation is not, in principle, likely to undermine the efficiency of the control of concentrations*”. Thus, the Court made clear that, in order to determine if there is early implementation, transactions carried out in the context of a concentration should be considered “*necessary to achieve a change of control*” over the target undertaking if they “*present a direct functional link with [the] implementation*” of the concentration.<sup>17</sup>

Based on these considerations, the Commission in its Decision refers that the Court concluded “*that Article 7(1) of Regulation No 139/2004 must be interpreted as meaning that a concentration is implemented only by a transaction which, in whole or in part, in fact or in law, contributes to the change in control of the target undertaking*”. This sentence is crucial for assessing the boundaries of gun-jumping.

Lastly, the Commission highlights that the Court in said judgement did not limit this to transactions having effects on the market, as it clarified that “*it cannot be ruled out that a transaction having no effect on the market might*

---

<sup>14</sup> *Ibid* §91.

<sup>15</sup> *Ernst & Young* Judgement, §48.

<sup>16</sup> *Ibid* §87.

<sup>17</sup> Reference made in the Commission’s Decision, §§48-49.

*nevertheless contribute to the change in control of the target undertaking and that therefore, at least partially, it implements the concentration”*.<sup>18</sup>

**(ii) Application of the previous considerations to the case**

Having established the above, the Commission decided that the Interim and Ultimate Transactions, despite being legally distinct, assembled constituted a single concentration within the meaning of Article 3 of the EUMR. The Commission considered thus both transactions inherently closely connected and forming part of a single economic project<sup>19</sup>.

Following this rationale, the Commission considered that the Interim Transaction constituted a partial implementation of the overall transaction since contributed (at least in part) to the change in control of TMSC. By carrying out the Interim Transaction, Canon partially implemented the single concentration consisting in the acquisition of sole control over TMSC by Canon.

Thus, since Canon partially implemented the concentration consisting in the acquisition of sole control over TMSC prior to notification to and clearance by the Commission, it breached both Articles 4(1) and 7(1) EUMR.

Central to this conclusion was the consideration that the Interim Transaction was only undertaken in view of the Ultimate Transaction and should be deemed as a single economic project, since Canon, and not MS Holding, participated and won the bidding process for TMSC.

Canon was also the one proposing the transaction structure, which predetermined it as the ultimate buyer of TMSC. The share transfer agreement between Toshiba and MS Holding was conditional upon the execution and enforceability of the agreement between Toshiba and Canon.<sup>20</sup>

Furthermore, the Commission concluded that Canon would never have to make an irreversible payment if it were not for the Ultimate Transaction. Thus, from the outset, the sole purpose of MS Holding was only to facilitate

---

<sup>18</sup> Commission's Decision, §88.

<sup>19</sup> *Ibid* §99.

<sup>20</sup> *Cfr.* Commission's Decision, §§118-125.

the acquisition of control by Canon over TMSC<sup>21</sup>. Canon was always meant to be the ultimate acquirer of TMSC whatsoever.<sup>22</sup>

As for the opinion of the Advisory Committee on Concentrations pursuant to Article 19 of the EUMR, all the Member States participating in the Advisory Committee of the Canon/Toshiba case supported the Commission's Decision<sup>23</sup>, which may suggest that future similar cases in their own jurisdictions could have a similar outcomes.

Canon appealed the Commission's Decision to the EU General Court (pending Case T-609/19)<sup>24</sup>.

### **(iii) Conclusion**

According to the Commission's Decision and following *Ernst & Young* judgement, the *standstill obligation* under the EUMR prevents merging parties from taking measures that amount to partial implementation when the measures in themselves present a *direct functional link* to the implementation, *i.e.* are measures deemed as *necessary to achieve a change of control*.

This Decision further confirms that purely ancillary or preparatory measures taken in the context of a transaction, that are not necessary for the acquisition of control over the target, will not be deemed as measures necessary for the acquisition of control whatsoever.

To sum up and trying to respond to the questions raised in Chapter One of this Article, the Commission does not dissociate the concept of implementation of a concentration from the acquisition of control, but widens this last concept to *any act contributing to a lasting change of control*, even though the act in itself does not confer actual control.

Therefore, even operations that fall short of acquisition of control may give rise to the implementation of a concentration, as long as they present a direct functional link with the single economic project.

---

21 Furthermore, Canon proposed and actively participated in the setting up of MS Holding (including the design of its corporate structure). MS Holding had no economic interest in TMSC beyond its role as interim buyer for which it was remunerated at a fixed price (*cf.* §§126 ss).

22 In this sense, the Commission refers that Canon was the only party that could ultimately dispose of TMSC's controlling shares, and it would not have had such influence before the acquisition of sole control over TMSC if the acquisition was not structured as a two-step warehousing scheme. Furthermore, it was granted to Canon a veto right that allowed it to pre-empt one of the legal rights of the majority shareholder. Also Canon bore the economic risk of the concentration from the start (*cf.* §§131 ss).

23 *Cfr.* [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019M8179\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019M8179(01)&from=EN).

24 *Cfr.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019TN0609&from=EN>.

#### IV. GUIDELINES ON THE APPLICATION OF THE STANDSTILL OBLIGATION

This Commission's Decision and the recent Case Law have given some guidance on the application of the EU standstill obligation, and this may influence the interpretation of equivalent provisions in the national merger control laws of Members States.

It is therefore duly established that an act can infringe the standstill obligation if “*in whole or in part, in fact or in law, contributes to the change in control of the target*” and is “*necessary*” to achieve that change of control.

However, irrespective of the guidance that can be drawn from these rulings, it is fair to say that undertakings could still face some difficulties when drawing the line between what are legitimate preparatory measures and what is a partial implementation of a concentration.

In fact, defining what constitutes gun-jumping can be a challenging exercise, since many forms of pre-merger understandings between the parties represent a sound and essential collaboration during the transaction negotiations (*e.g.* due diligence processes), but on the other hand, parties must absolutely avoid to act as a single business unit or prematurely align incentives.

Also in certain cases, pre-merger information sharing, amongst other possible competition infringements (*e.g.* illegal information sharing), may also contribute to gun-jumping, for example cases where the buyer effectively gains beneficial ownership of the seller prior to regulatory approval of the transaction.

Advocate General Wahl's Opinion, in the *Ernst & Young* case, also recognizes this loophole<sup>25</sup> – “*the Court has to date not specifically ruled on the scope of the standstill obligation in Article 7(1) of Regulation No 139/2004*”.

In this sense, Advocate General Wahl considers<sup>26</sup> that “*it would not be effective for the Court to set out in detail a general and exhaustive list of criteria with the aim of capturing all the possible measures that could potentially be caught by the standstill obligation. Characterising thus, in positive terms, the standstill obligation would run the risk of excluding certain measures, thereby potentially prejudging the outcome of future cases, to the detriment of both the Commission's activity as regulator and the Court's review thereof. Indeed, if the Court were to approve the use of certain criteria to positively demarcate the scope of the standstill*

25 Opinion of Advocate General Wahl delivered on 18 January 2018, available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198531&doclang=EN>.

26 *Ibid*, §§44-45.



*obligation, it might even narrow the scope of that obligation if those criteria were to be applied systematically and so as to be a priori determinative”.*

It then continues, “(...) Rather, a negative definition of the standstill obligation is to be preferred. That requires the Court to provide a definition of those measures that will not be caught by the obligation, thereby creating enhanced legal certainty for the undertakings concerned while at the same time retaining the flexibility necessary for effective merger control”.

Probably not the whole solution for the lack of specific boundaries on gun-jumping, but still in the specific case of Portugal, the Competition Act (Law 19/2012, Of May 8) foresees an explicit instrument whereby parties can resort to the mechanism of pre-assessment. This informal procedure is intended to clarify any doubts on possible mandatory notifications and on any other matters related to the projected merger transaction.

## V. SOME FINAL REMARKS ON WAREHOUSING TRANSACTIONS AND GUN-JUMPING

Concluding this Chapter Two, we will make some final remarks regarding warehousing transaction structures and the standstill obligation.

Warehousing structures allow a faster sale, in particular when there is a pressing need to implement a transaction quickly, *e.g.* due to financial difficulties of the target or the seller. They are an important instrument for business and M&A activity.

Certain forms of warehousing – like the Canon/ TMSC transaction – are capable of breaching the notification and suspension obligations when not previously notified, since it is considered that an acquisition by the interim acquirer to be part of a single concentration<sup>27</sup>. This means that if the interim transaction is implemented before notification and clearance, it will infringe the standstill obligation.

The key concern with this kind of transaction is the assumption of economic risk by the ultimate purchaser; and if the ultimate acquirer already bears the economic risk or aligned strategies prior to clearance, the Commission or National Competition Authorities may consider it problematic.

---

27 With the exception set in Article 3(5)(a) of the EUMR, which provides that no concentration arises in case of temporary acquisitions of securities made by financial institutions in their ordinary course of business, subject to the securities being acquired with a view of reselling them and the financial institutions not exercising voting rights which would influence the competitive behaviour of the target.

Other warehousing structures are compatible with the standstill obligation and therefore are not to be condemned, and this is specifically acknowledged in the Commission's Decision<sup>28</sup>: it is stated that provided the share option is not certain to be exercised<sup>29</sup>, and the full value of the price is not paid at the moment the option rights are acquired<sup>30</sup>, then share options will continue to be treated as an acquisition of control only when exercised and not when the option right is acquired<sup>31</sup>.

## VI. CONCLUSION

Notwithstanding some useful boundaries on gun-jumping that can be learned from the Canon/Toshiba warehousing case, practical guidance on the limits of some other important concepts may be still lacking, awaiting clarification in possible future decisions or specific gun-jumping guidelines issued by the Commission or National Competition Authorities.

We hope to have further Chapters about these boundaries in the near future.

---

28 Cfr. Commission's Decision, §§139-141.

29 *Ibid* "(...) In fact, when an investor gets the option to buy (shareholding in) a company, at that moment it does not normally pay the whole amount for the potential future acquisition of the shareholding (corresponding to the value of that shareholding), but only a premium corresponding to the value of the option (rather than the value of the shares itself). By the expiry date of the option, the holder can decide whether to exercise the option taking into account the contemporaneous value of the company. Until that time, the holder of the call option only bears the economic risk for the premium paid.," §139.

30 *Idem ibid* "(...) After pre-paying the full amount, Canon also acquired the right to become (without any further payment) the sole shareholder of TMSC or alternatively to determine the ultimate acquirer of TMSC (by selling the Share Options against the payment of a price corresponding to TMSC's value). This shows that Canon did not get 'genuine' options, which would give it the right (i.e., the possibility) to buy TMSC at a later stage (by paying the price at the time of the exercise of the options)," §140.

31 In the same sense, Commission Consolidated Jurisdictional Notice, *ibid*, states that "(60) An option to purchase or convert shares cannot in itself confer sole control unless the option will be exercised in the near future according to legally binding agreements. (...)".

C&R

JURISPRUDÊNCIA

*Jurisprudência geral*



JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA  
DA UNIÃO EUROPEIA – DE JANEIRO  
A MARÇO DE 2020

*Elaborado por Fernando Pereira Ricardo*

**Abusos de posição dominante**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-538/18 P; ECLI:EU:C:2020:53

*Partes:* České dráhy a.s./Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão – Concorrência – Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Artigo 20.º, n.º 4 – Decisões de inspeção – Obrigação de fundamentação – Prova suficientemente grave de uma violação das regras da concorrência – Prova coligida legalmente – Inspeção ordenada com base em evidências de uma inspeção anterior.

**Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas**

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo T-531/18;ECLI:EU:T:2020:91

*Partes:* LL-CARPENTER s. r. o./Comissão

*Descritores:* Concorrência – Acordos, decisões de associações e práticas concertadas – Mercado dos veículos automóveis na República Checa – Decisão de rejeição de uma queixa – Artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 – Artigo 13.º, parágrafo 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 – Obrigação de motivação.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de janeiro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-307/18; ECLI:EU:C:2020:52

*Partes:* Generics (UK) Ltd, e o./Comissão

*Descritores:* Decisão preliminar – Concorrência – Produtos farmacêuticos – Barreiras à entrada no mercado de medicamentos genéricos resultantes de solução amigável de controvérsias relativas a patentes processuais entre um fabricante de medicamentos de referência que possui essas patentes e fabricantes de produtos genéricos – Artigo 101.º TFUE – Concorrência

potencial – Restrição por objeto – Qualificação – Restrição por efeito – Avaliação dos efeitos – Artigo 102.º TFUE – Mercado de referência – Inclusão de medicamentos genéricos no mercado de referência – Abuso de posição dominante – Qualificação – Justificações.

## **Auxílios de Estado**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-244/18 P; ECLI:EU:C:2020:238

*Partes:* Larko Geniki Metalleftiki kai Metallourgiki AE/Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Injeção de capital e garantias de Estado – Conceito de auxílio de Estado – Conceito de “vantagem” – princípio do operador privado – Critério do investidor privado – Dever de exame diligente e imparcial da Comissão europeia – Fiscalização jurisdicional – Ónus da prova – Conceito de “empresa em dificuldade” – Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação – Comunicação relativa às garantias – Quadro temporário de 2011 – Montante dos auxílios a recuperar – Dever de fundamentação da Comissão e do Tribunal Geral da União Europeia.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo T-901/16; ECLI:EU:T:2020:97

*Partes:* Elche Club de Fútbol, SAD /Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado — Auxílios concedidos por Espanha a favor de certos clubes de futebol profissional — Aval — Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado interno — Beneficiário indireto — Imputabilidade ao Estado — Vantagem — Critério do investidor privado.

Acórdão do Tribunal Geral de 12 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo T-732/16; ECLI:EU:T:2020:98

*Partes:* Valencia Club de Fútbol, SAD/Comissão

*Descritores:* Auxílios de Estado – Auxílios concedidos por Espanha a favor de certos clubes de futebol profissional – Aval – Decisão que declara os auxílios incompatíveis com o mercado interno – Vantagem – Empresa em dificuldade – Critério do investidor privado – Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em

dificuldade – Montante do auxílio – Beneficiário do auxílio – Princípio da não-discriminação – Dever de fundamentação.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-576/18; ECLI:EU:C:2020:202

*Partes:* Comissão/Itália

*Descritores:* Incumprimento de um Estado – Acórdão do Tribunal de Justiça que constata um incumprimento – Inexecução – Recuperação de auxílios ilegais concedidos ao setor hoteleiro na Sardenha – artigo 260.º, n.º 2, TFUE – Sanções pecuniárias – Sanção e montante fixo.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-56/18 P; ECLI:EU:C:2020:192

*Partes:* Comissão Europeia/ Gmina Miasto Gdynia e o.

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Auxílios de Estado – Artigo 108.º, n.º 2, TFUE – Auxílio ao investimento – Auxílio ao funcionamento – Infraestruturas aeroportuárias – Financiamento público concedido pelos municípios de Gdynia e de Kosakowo a favor da criação do aeroporto de Gdynia-Kosakowo – Decisão da Comissão Europeia – Auxílio incompatível com o mercado interno – Ordem de recuperação do auxílio – Anulação pelo Tribunal Geral da União Europeia – Formalidade essencial – Direitos processuais das partes interessadas.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-587/18 P; ECLI:EU:C:2020:150

*Partes:* CSTP Azienda della Mobilità SpA/ Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Auxílios de Estado – Empresa que explora redes de ligação por autocarro na Região de Campânia (Itália) – Compensação por obrigações de serviço público paga pelas autoridades italianas na sequência de uma decisão do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) – Decisão da Comissão Europeia que declara a medida de auxílio ilegal e incompatível com o mercado interno.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-586/18 P; ECLI:EU:C:2020:152

*Partes:* Buonotourist Srl/ Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Auxílios de Estado – Empresa que explora redes de ligação por autocarro na Região de Campânia (Itália) – Compensação por obrigações de serviço público paga pelas autoridades italianas na sequência de uma decisão do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) – Decisão da Comissão Europeia que declara a medida de auxílio ilegal e incompatível com o mercado interno.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-323/18; ECLI:EU:C:2020:140

*Partes:* Tesco-Global Áruházak Zrt. / Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Liberdade de estabelecimento – Imposto sobre o volume de negócios no setor do comércio a retalho em estabelecimentos comerciais – Imposto progressivo que afeta mais as empresas detidas por pessoas singulares ou coletivas de outros Estados-Membros do que as empresas nacionais – Escalões do imposto progressivo aplicáveis a todos os sujeitos passivos – Neutralidade do montante do volume de negócios como critério de distinção – Capacidade contributiva dos sujeitos passivos – Auxílios de Estado.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-75/18; ECLI:EU:C:2020:139

*Partes:* Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt/ Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága

*Descritores:* Reenvio prejudicial – Liberdade de estabelecimento – Imposto sobre o volume de negócios dos operadores de telecomunicações – Imposto progressivo que afeta mais as empresas detidas por pessoas singulares ou coletivas de outros Estados-Membros do que as empresas nacionais – Escalões do imposto progressivo aplicáveis a todos os sujeitos passivos – Neutralidade do montante do volume de negócios como critério de distinção – Capacidade contributiva dos sujeitos passivos – Auxílios de Estado – Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) – Impostos sobre o volume de negócios – Conceito.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de janeiro de 2020, proferido no âmbito do Processo C-274/14; ECLI:EU:C:2020:17

*Partes:* Banco de Santander SA



*Descritores:* Reenvio prejudicial — Artigo 267.º TFUE — Conceito de “órgão jurisdicional nacional” – Critérios – Independência do organismo nacional em causa — Inamovibilidade dos membros — Inadmissibilidade do pedido de decisão prejudicial.

Acórdão do Tribunal Geral de 16 de janeiro de 2020, proferido no âmbito do Processo T-257/18; ECLI:EU:T:2020:1

*Partes:* Iberpotash, S. A. /Comissão

*Descritores:* Auxílios estatais – Setor de mineração – Medida que consiste, por um lado, em reduzir garantias financeiras para a restauração de locais de mineração e, por outro lado, em investimentos estatais para a restauração de locais de mineração que garantam um nível máxima protecção ambiental – Decisão que declara um auxílio parcialmente incompatível com o mercado interno e ordena a sua recuperação – Conceito de auxílio – Vantagem – Transferência de recursos estatais – Natureza seletiva – Confiança legítima – Segurança jurídica – Cálculo do montante da ajuda.

## **Concentrações de empresas**

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de março de 2020, proferido no âmbito do Processo C-10/18 P; ECLI:EU:C:2020:149

*Partes:* Mowi ASA, / Comissão

*Descritores:* Recurso de decisão do Tribunal Geral – Concorrência – Controle das operações de concentração entre empresas – Regulamento (CE) n.º 139/2004 – Artigo 4.º, n.º 1 – Obrigação de notificação prévia das concentrações – Artigo 7.º, n.º 1 – Obrigação de suspensão – Artigo 7.º, n.º 2 – Isenção – Conceito de “concentração única” – Artigo 14.º, n.º 2 – Decisão que aplica coimas pela realização de uma operação de concentração antes da sua notificação e autorização – Princípio *ne bis in idem* – Princípio da compensação – Concurso de infrações.



# NOTAS CURRICULARES

## **DANI DE SOUSA MOREIRA**

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2019) e mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade Católica Portuguesa – Escola do Porto.

*Dani de Sousa Moreira graduated in Law from the University of Coimbra Law Faculty (2019) and is currently carrying out work for the Masters' degree in Company Law at the Portuguese Catholic University – School of Porto.*

## **DANIEL FAVORETTO ROCHA**

Colaborador com investigação na Cátedra Jean Monnet “*Territorial Expansion of EU Economic Law*”. Mestrando em Direito na FGV Direito SP (Fundação Getúlio Vargas) e bacharel pela mesma instituição. Advogado em direito da concorrência e regulação, trabalhou em gabinete do Tribunal de Justiça de São Paulo.

*Contributing researcher at the Jean Monnet Chair “Territorial Expansion of EU Economic Law”. LL.M. student at FGV Law School (Fundação Getúlio Vargas) and law degree by the same school. Attorney in competition law and regulation, having previously worked at São Paulo’s Appellate Court cabinet.*

## **JOANA VAZ BAPTISTA**

Licenciada em Direito pela Universidade Nova de Lisboa e Mestre pela Universidade Católica Portuguesa. Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigadora do Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito. Exerce funções como Jurista no Departamento de Serviços Jurídicos do Banco de Portugal.

*Joana has a Law degree from Nova University of Lisbon and a master’s degree in Law and Business from the Portuguese Catholic University Law School. Guest lecturer at the University of Lisbon Law School and researcher at the Institute for Economic, Fiscal and Tax Law of the Faculty of Law. Joana is a Legal Counsel at the Legal Services Department of Banco de Portugal.*

### **NUNO ALEXANDRE PIRES SALPICO**

Assistente Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (desde 2019), no grupo de Ciências Jurídico-Económicas, onde lecionou disciplinas como Direito Internacional Económico, Economia Internacional e Filosofia do Direito. É Counsel na Sousa Ferro & Associados (desde 2020), colaborando na área do *private enforcement*. É licenciado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2018) e é estudante de mestrado em Direito Civil (início em 2018), com o ano curricular concluído. No âmbito dos órgãos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, foi eleito conselheiro discente de escola por duas vezes (2016-2018) e é, atualmente, conselheiro pedagógico docente (desde 2020).

*Guest Lecturer at University of Lisbon Law School (teaching since 2019) on the department of Law and Economics, having taught International Economic Law, International Economics, and Philosophy of law. Counsel at Sousa Ferro & Associados (since 2020), working on private enforcement. Holds a Licenciatura in Law from the University of Lisbon Law School (2018), and is studying at master's degree on Civil Law (started in 2018), with the curricular year concluded. Within the bodies of the University of Lisbon Law School, was Student Representative in Council of University of Lisbon Law School (2016-2018) and is currently a Member of Pedagogic Council (since 2020).*

### **RITA PRATES**

Rita Prates é LLM em EU and Competition Law pelo King's College – University of London. Tem também uma Pós-Graduação em Direito da Energia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e uma Pós-Graduação em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa. É licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

A Rita é Jurista do Departamento de Controlo de Concentrações da Autoridade da Concorrência (AdC) e, em representação da AdC, é co-chair do Merger Working Group do ECN (European Competition Network) para o triénio de 2018-2020. Tem uma extensa prática em processos de controlo de concentrações e em procedimentos de infração envolvendo diversos setores da Economia. Integrou a equipa das duas últimas Decisões de Proibição da Autoridade da Concorrência em matéria de concentrações, uma delas no setor do handling e a outra relativa à aquisição de um canal de TV Premium.

Antes de se juntar à AdC, foi Advogada de Concorrência numa reconhecida Sociedade de Advogados portuguesa.

*Rita Prates has an LLM degree in EU and Competition Law from King's College – University of London, a Post-Graduation in Energy Law from the University of Lisbon – Faculty of Law, a Post-Graduation in Corporate Law from Lisbon's Catholica University – Faculty of Law and a Law Degree also from Catholica's University.*

*Rita is a Legal Adviser at the Merger Control Department of the Autoridade da Concorrência (AdC), the Portuguese Competition Authority and, on behalf of AdC, is Co-Chairing the Merger Working Group of ECN (European Competition Network) for the triennium of 2018-2020. She has also developed extensive merger and infringement proceedings analysis involving several economic activities and was the Legal Case-Handler of the last two Merger Prohibition Decisions of the AdC, one related with the handling services sector and other related with the acquisition of premium channels.*

*Before joining the AdC, Rita was a Competition Lawyer at a top tier Portuguese Law Firm.*



# REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

## ÍNDICE TEMÁTICO CONSOLIDADO – N.ºS 1 a 40

- 2 Concorrência – Questões gerais
- 2 *Questões processuais*
- 4 *Private enforcement*
- 6 *Nemo tenetur se ipsum accusare*
- 7 *Outros*
- 7 Concorrência – Práticas restritivas
- 8 *Geral*
- 8 *Abuso de posição dominante*
- 9 *Restrições verticais*
- 10 *Restrições horizontais*
- 11 Concorrência – Controlo de concentrações
- 12 Concorrência – Auxílios de Estado
- 13 Financeiro e bancário
- 16 Seguros
- 16 Comunicações eletrónicas
- 16 Energia
- 17 Saúde
- 18 Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
- 20 Regulação do comércio e concorrência desleal
- 20 Contratação pública
- 21 Direito contraordenacional e processual penal
- 22 Ambiente
- 23 Transportes
- 23 Artigos transversais e outros

## Concorrência – Questões gerais

### *Questões processuais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Patrícia Lopes	<i>Segredos de negócio versus direitos da defesa do arguido nas contraordenações da concorrência</i>
4	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Setembro de 2010 no Processo C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd e Akros Chemicals Ltd c. Comissão Europeia</i>
6	Sara Rodrigues/ Dorothee Serzedelo	<i>O Estado português seria condenado? As buscas efetuadas pela Autoridade da Concorrência e o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem</i>
6	Carla Farinhas	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 2011 no Processo C-375/09 –Tele2Polska</i>
7-8	Alexander Italianer	<i>The European Commission's New Procedural Package: Increasing Interaction With Parties and Enhancing the Role of the Hearing Officer</i>
9	João Espírito Santo Noronha	<i>Impugnação de decisões da Autoridade da Concorrência em procedimento administrativo</i>
9	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de setembro de 2011, Petição n.º 43509/08, A. Menarini Diagnostics SLR c. Itália</i>
10	Márcio Schlee Gomes	<i>As buscas e apreensões nos escritórios de advogados de empresas</i>
11-12	Paulo de Sousa Mendes	<i>O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório</i>
16	Paulo de Sousa Mendes	<i>Eficácia das sanções e transações</i>
17	Helena Gaspar Martinho	<i>Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 2 de outubro de 2014, Petição n.º 97/11, Delta Pekárny A.S. c. República Checa [Buscas e inspeções]</i>
22	Jeroen Capiiau/Virgílio Mouta Pereira	<i>The Easyjet Case and the rejection of complaints when they have already been dealt with by another Member of the ECN</i>
23-24	Eva Lourenço	<i>O Acórdão Vinci Construction e GTM Génie Civil et Services c. França, do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 2 de abril de 2015, n.ºs 63629/10 e 60567/10</i>



25	Francisco Marcos	<i>Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringements in Spain</i>
25	Mateusz Blachuki	<i>Judicial control of guidelines on antimonopoly fines in Poland</i>
25	Luís Miguel Romão/ Miguel Alexandre Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do direito comunitário e do direito nacional – Parte I</i>
26	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 8 de junho de 2016, Peugeot Portugal Automóveis, S.A. contra Autoridade da Concorrência – Efeito devolutivo da interposição do recurso de impugnação judicial</i>
31	Patrícia Oliveira	<i>Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações do Direito da Concorrência: análise jurisprudencial</i>
32	Luís Miguel Romão/ Alexandre Miguel Mestre	<i>Conteúdo e extensão do direito à confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente à luz do Direito Comunitário e do Direito nacional (Parte II)</i>
32	Tânia Luísa Faria	<i>Os efeitos dos recursos judiciais em processo de contraordenações da Autoridade da Concorrência: uma interpretação sistemática</i>
33-34	Inês Neves	<i>O lugar da proteção de dados na efetividade necessária ao direito da concorrência</i>
33-34	Rita de Sousa Costa	<i>O direito à portabilidade dos dados pela lente do direito da concorrência</i>
33-34	Maria Gabriela Castanheira Bacha	<i>CADE's application of pecuniary penalties and punitive measures: the need of ascertaining its "state of rightness"</i>
35	Sérgio Martins P. de Sousa	<i>Reflexões "soltas" sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova</i>
36	Maria José Costeira	<i>Direito da concorrência: o controlo jurisdicional das decisões proferidas em processos sancionatórios</i>
36	Inês Azevedo	<i>A utilização jusconcorrencial de compromissos como mecanismo de regulação</i>
37	Maria João Melícias & Rita Prates	<i>Diretiva ECN+: um processo de transposição pautado pela abertura, transparência e participação</i>

38	Marta Campos	<i>Competência do TCRS em relação à intervenção do Ministério Público na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência</i>
39	Marta Campos	<i>Right of Defence – Article 3 of the ECN+ Directive</i>
40	Irene Moreno-Tapia & Victoria Rivas	<i>Some Thoughts About Fundamental Rights and the ECN+ Directive</i>

### ***Private enforcement***

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Alberto Saavedra	<i>The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level</i>
9	Assimakis Komninos	<i>Private Antitrust Damages Actions in the EU: Second Generation Questions</i>
10	Alberto Saavedra	<i>Access by National Courts and Private Plaintiffs to Leniency Documents Held by the Commission</i>
10	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (I): An Overview of Case-law</i>
10	Catarina Anastácio	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de junho de 2011, no Processo C-360/09, Pfeleiderer AG v. Bundeskartellamt</i>
11-12	José Robin de Andrade	<i>Apresentação sobre a nova Lei de Arbitragem Voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais</i>
11-12	Christopher Hodges	<i>New Modes of Redress for Consumers and Competition Law</i>
11-12	Laurence Idot	<i>Arbitration, European Competition Law and Public Order</i>
11-12	Assimakis P. Komninos	<i>Arbitration and EU Competition Law</i>
13	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>Private Enforcement of Competition Law in Portugal (II): Actio Popularis – Facts, Fictions and Dreams</i>
14-15	Fernanda Paula Stolz	<i>A defesa da concorrência no Mercosul e a responsabilidade civil por ilícitos concorrenciais</i>
14-15	Fernando Xarepe Silveiro	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2013, no Processo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde v. Donau Chemie AG</i>
18	Nuno Calaim Lourenço	<i>The European Commission's Directive on Antitrust Damages Actions</i>

19	João Espírito Santo Noronha	<i>Litigância jurídico-privada e Direito da Concorrência – A Diretiva n.º 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014: divulgação de elementos de prova, efeitos das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária</i>
20-21	Marco Botta/Natalie Harsdorf	<i>The Judgement of the European Court of Justice in Kone: Any Real Added Value?</i>
22	Ricardo Alonso Soto	<i>La aplicación privada del Derecho de la competencia</i>
22	Antonio Robles Martín- Laborda	<i>La Directiva 2014/104/UE sobre daños antitrust y la configuración del Derecho español de daños</i>
22	Leonor Rossi/Miguel Sousa Ferro	<i>O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova</i>
22	Antonio Davola	<i>Empowering consumers through competition: A study on the creation of a European antitrust claims market</i>
22	Vasil Savov	<i>Quel role du regroupement de creances indemnitaires par voie de cession pour la reparation du prejudice subi en raison d’infractions commises au droit de la concurrence ?</i>
26	Maria João Melícias	<i>The art of consistency between public and private antitrust enforcement: practical challenges in implementing the Damages Directive in Portugal</i>
26	Miguel Sousa Ferro	<i>Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da diretiva 2014/104/UE – Relatório Síntese</i>
26	Autoridade da Concorrência	<i>Enquadramento da consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Relatório sobre a consulta pública da proposta de anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement; Exposição de motivos anexa à Proposta de Anteprojeto submetida ao Governo; e Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva Private Enforcement</i>
27-28	Maria Elisabete Ramos	<i>Situação do “private enforcement” da concorrência em Portugal</i>
31	Catarina Varajão Borges, Inês Neves, Ricardo Tavares & Tiago Monfort	<i>Sobre o prazo de prescrição e outros aspetos da Diretiva 2014/104/UE</i>
40	Guilherme Oliveira e Costa	<i>Otis: another brick in the wall of EU Competition Law’s private enforcement</i>

---

*Nemo tenetur se ipsum accusare*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Paulo de Sousa Mendes	<i>As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem</i>
1	Helena Gaspar Martinho	<i>O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária</i>
1	Vânia Costa Ramos	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa</i>
1	Catarina Anastácio	<i>O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare</i>
1	Augusto Silva Dias	<i>O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários</i>
11-12	Diana Alfagar	<i>O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência</i>
23-24	Angélica Rodrigues Silveira	<i>“Nemo tenetur se ipsum accusare” e o dever de colaboração: análise do caso Web c. Áustria da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</i>
31	Tiago Costa Andrade	<i>Nemo tenetur se ipsum accusare: um novo olhar a partir do Direito da Concorrência, no sentido da sua extensão ao processo contra-ordenacional e às pessoas colectivas</i>
36	Marta Campos	<i>De novo o direito à não autoincriminação em processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência contra pessoas coletivas</i>

*Outros*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Espírito Santo Noronha	<i>Algumas reflexões na perspectiva de uma reforma da Lei da Concorrência</i>
1	Luís Silva Morais	<i>Evolutionary Trends of EC Competition Law – Convergence and Divergence with US Antitrust Law in a Context of Economic Crisis</i>

5	Gonçalo Anastácio	<i>Aspectos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal</i>
7-8	Fernando Herren Aguillar/ Diogo R. Coutinho	<i>A evolução da legislação antitruste no Brasil</i>
7-8	Vinícius Marques de Carvalho/Ricardo Medeiros de Castro	<i>Política industrial, campeões nacionais e antitruste sob a perspectiva brasileira: Uma avaliação crítica</i>
10	João Espírito Santo Noronha	<i>A aplicação no tempo do novo Regime Jurídico da Concorrência</i>
10	Paulo de Sousa Mendes	<i>O contencioso da concorrência: Balanço e perspetivas em função da reforma do direito da concorrência português</i>
19	Lúcio Tomé Feteira	<i>Entre eficiência e desenvolvimento: Reflexões sobre o Direito da Concorrência nos países em vias de desenvolvimento</i>
22	Francisco Portugal	<i>Impact of taxes on competition: the legal status quo in the European Union</i>
23-24	António Ferreira Gomes	<i>IV Conferência de Lisboa sobre Direito e Economia da Concorrência: discursos de abertura e de encerramento</i>
26	Miguel Moura e Silva	<i>As operações sobre valores mobiliários e o direito da concorrência</i>
27-28	Mary Catherine Lucey	<i>Economic crisis and competition law in Ireland and Portugal</i>
33-34	Peter Freeman	<i>Things are not what they were – Competition Law in a changing context</i>
33-34	Bruno de Zêzere Barradas	<i>Blockchain e Concorrência – Um novo horizonte de aplicação?</i>
33-34	Danilo Sérgio de Souza	<i>Direito da concorrência e inovação. O uso da tecnologia blockchain e possíveis implicações concorrenciais</i>
35	Marta Borges Campos	<i>Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court</i>
35	Sofia Oliveira Pais	<i>Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões</i>
35	Abel Mateus	<i>Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa</i>
35	António Ferreira Gomes	<i>Com concorrência todos ganhamos</i>
35	António Saraiva	<i>15 anos ao serviço da concorrência nos mercados</i>
35	Manuel Sebastião	<i>Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis</i>

35	Margarida Matos Rosa	<i>Direito à Concorrência</i>
35	Vasco Colaço	<i>Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência</i>
36	José Luís da Cruz Vilaça	<i>Challenges to the judiciary in the enforcement of competition rules in the digital age</i>
36	María Ortiz	<i>Competition enforcement and advocacy in the financial sector in Spain</i>
36	Ana Patrícia Carvalho	<i>Competition compliance: a mudança do paradigma</i>
38	Carlos Pinto Correia	<i>A propósito dos dez anos do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência</i>
38	Margarida Matos Rosa	<i>Concorrência e política industrial</i>
38	Ana Ferreira Neves	<i>Impacto do e-commerce na política de concorrência</i>
39	Margarida Rosado da Fonseca	<i>Amendment of the Competition Act. Notes on past experience on the timing, milestones and scope</i>
39	Tânia Luísa Faria	<i>Review of the Portuguese Competition Act - The Seven Year Itch</i>
40	João Torres	<i>Opportunities and challenges</i>

## Concorrência – Práticas restritivas

### *Geral*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Cristina Camacho	<i>O sistema de competências paralelas e o princípio “non bis in idem”</i>
3	Ana Perestrelo de Oliveira / Miguel Sousa Ferro	<i>The sins of the son: parent company liability for competition law infringements</i>
9	Nuno Carroulo dos Santos	<i>Like running water? The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing</i>
10	Fernando Xarepe Silveiro	<i>O regime jurídico da clemência na nova Lei da Concorrência: Novas valências, novos desafios</i>
13	Stéphane Rodrigues	<i>Les services sociaux d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne</i>
18	Harry First/Spencer Weber Waller	<i>Antitrust's Democracy Deficit</i>

26	Francisco Hernández Rodríguez/José Antonio Rodríguez Miguez	<i>La aplicación descentralizada del derecho de la competencia: la experiencia española</i>
37	Francisco Marcos	<i>A desordem judicial e a defesa da concorrência</i>
38	Eduardo Maia Cadete	<i>Artigo 101.º, law in books, law in action e o mundo real</i>
38	João Pateira Ferreira	<i>Old classics die hard. A few comments on vertical restraints as object infringements</i>

### *Abuso de posição dominante*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João E. Gata/Jorge Rodrigues	<i>Uma perspectiva económica sobre abuso de posição dominante – A distribuição de gelados de impulso a nível europeu</i>
1	Miguel Moura e Silva	<i>A tipificação do abuso de posição dominante enquanto ilícito contra-ordenacional</i>
5	Ioannis Kokkoris	<i>Should the Dominance Test Have Been Changed?</i>
5	António Pedro Santos	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011 no Processo C-52/09, Telia-Sonera (Abuso de posição dominante sob a forma de esmagamento de margens pela empresa TeliaSonera)</i>
6	Damien Neven/Hans Zenger	<i>Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct</i>
6	João Ilhão Moreira	<i>Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico</i>
7-8	Vicente Bagnoli	<i>Um balanço crítico do desenvolvimento da política de concorrência no Brasil nos últimos 15 anos e o início da repressão das condutas unilaterais – Abuso de posição dominante</i>
7-8	Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	<i>A eficácia jurídica da norma de preço abusivo</i>
9	Miguel Moura e Silva	<i>Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?</i>
14-15	Konstantina Bania	<i>Abuse of dominance in online search: Google's special responsibility as the new bottleneck for content access</i>

14-15	Lucas Saretta Ferrari	<i>Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?</i>
29	Tânia Luísa Faria	<i>Direito da concorrência e big data: ponto da situação e perspetivas</i>
37	John Davies & Jorge Padilla	<i>Another look at the role of barriers to entry in excessive pricing cases</i>
38	Luís do Nascimento Ferreira	<i>Breve apontamento sobre os desafios das plataformas digitais em processos de abuso de posição dominante</i>

### ***Restrições verticais***

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
4	Miguel Gorjão-Henriques / Miguel Sousa Ferro	<i>The latest reform of EU Competition Law on Vertical Restraints</i>
4	Laurence Idot	<i>La pratique de l'Autorité française de concurrence en matière de restrictions verticales</i>
4	Ioannis Lianos	<i>Upfront access payment, category management and the new regulation of vertical restraints in EU Competition Law: importing the retail side of the story</i>
5	Jean-François Bellis	<i>The new EU rules on vertical restraints</i>
7-8	Paula Vaz Freire	<i>O poder de compra e as restrições verticais determinadas pela procura</i>
7-8	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de outubro de 2011, nos Processos C-403/08 e C429/08, Murphy Football Association Premier League Ltd e o. / QC Leisure e o. e Karen Murphy / Media Protection Services Ltd</i>
33-34	Francisco Espregueira Mendes, Leyre Prieto & Daniela Cardoso	<i>Da natureza das restrições à concorrência nos acordos de distribuição seletiva: a influência de Coty Prestige no comércio eletrónico</i>
37	Tânia Luísa Faria, Maria Francisca Couto e Francisco Chilão Rocha	<i>Comércio eletrónico e restrições verticais da concorrência: regresso ao futuro?</i>



*Restrições horizontais*

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	João Matos Viana	<i>Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008 – Processo T-99/04 (Os conceitos de autor e cúmplice de uma infração ao artigo 81.º TCE)</i>
2	João Pateira Ferreira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009 (3.ª secção) no Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Práticas concertadas entre empresas, trocas de informações e infrações concorrenciais por objecto e/ou por efeito)</i>
4	Arianna Andreangeli	<i>Modernizing the approach to article 101 TFEU in respect to horizontal agreements: has the Commission's interpretation eventually “come of age”?</i>
4	Silke Obst / Laura Stefanescu	<i>New block exemption regulation for the insurance sector – main changes</i>
6	Donald I Baker/Edward A. Jesson	<i>Adam Smith, modern networks and the growing need for antitrust rationality on competitor cooperation</i>
6	Luís D. S. Morais	<i>The New EU Framework of Horizontal Cooperation Agreements</i>
6	Fernando Pereira Ricardo	<i>As infrações pelo objecto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia na jurisprudência da União Europeia</i>
6	Cristina Camacho/Jorge Rodrigues	<i>Using Economic Evidence in Cartel Cases: A Portuguese Case Study</i>
6	João Pateira Ferreira	<i>A aplicação da Lei da Concorrência às decisões de associações de empresas na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa</i>
13	Imelda Maher	<i>The New Horizontal Guidelines: Standardisation</i>
13	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, no Processo C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas v. Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais</i>
16	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência</i>

18	João Cardoso Pereira	<i>Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 September 2014, Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission (Groupement des Cartes Bancaires: Reshaping the Object Box)</i>
19	Margarida Caldeira	<i>Acórdão do Tribunal Constitucional de 16 de Dezembro de 2014, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das regras de concorrência a ordens profissionais e foro competente</i>
33-34	Angelo Gamba Prata de Carvalho	<i>Os contratos associativos no direito da concorrência brasileiro</i>
33-34	Marcela Lorenzetti	<i>Contratos associativos no transporte marítimo: análise de VSAs no Brasil</i>
35	Bernardo Sarmiento & Jorge Padilla	<i>Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law</i>
36	Richard Whish	<i>Hub and spoke concerted practices</i>
37	João Miranda Poças	<i>O enquadramento da figura hub-and-spoke na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e dos tribunais britânicos</i>
39	João E. Gata	<i>Controlling Algorithmic Collusion: Short Review of the Literature, Undecidability, and Alternative Approaches</i>

---

## Concorrência – Controlo de concentrações

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	António Gomes	<i>Minority Shareholders and Merger Control in Portugal</i>
2	Carlos Pinto Correia / António Soares	<i>Tender offers and merger control rules</i>
4	Fernando Pereira Ricardo	<i>A aquisição de participações ou de ativos da empresa insolvente e o conceito de concentração de empresas</i>
5	Miguel Mendes Pereira	<i>Natureza jurídica e função de compromissos, condições e obrigações no controlo prévio de concentrações</i>

7-8	Pedro Costa Gonçalves	<i>Controlo de concentração de empresas no direito português (uma visão jus-administrativista)</i>
7-8	Ana Paula Martinez	<i>Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil</i>
10	Luis Ortiz Blanco/ Alfonso Lamadrid de Pablo	<i>Del test de posición dominante al test OSCE (Historia y evolución de los criterios de prohibición y autorización de las concentraciones entre empresas en el Derecho europeo, 1989 – 2004)</i>
31	Maria Teresa Capela	<i>Controlo de concentrações e o n.º 14 do artigo 145.º-N do RGICSF: uma exceção à obrigação de notificação prévia?</i>
33-34	Daniela Cardoso	<i>Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 7 de setembro de 2017, processo C-248/16</i>
35	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmiento	<i>A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário</i>
36	Ricardo Horta	<i>Articulação AdC-ERC no âmbito do artigo 55.º do regime jurídico da concorrência: cenas dos próximos capítulos</i>
37	Alípio Codinha, Mariana Costa, Marta Ribeiro & Pedro Marques	<i>Input foreclosure em concentrações verticais nos média: o caso Altice/Media Capital</i>
37	Rita Prates	<i>Partial implementation and gun-jumping, how original. What will they think of next? – Chapter One</i>
38	Joaquim Caimoto Duarte	<i>Inovação e controlo de concentrações – breves notas sobre a sua prática em Portugal</i>
39	Thomas Hoehn	<i>Challenges in Designing and Implementing Merger Remedies – A Monitoring Trustee Perspective</i>
39	Simone Maciel Cuiabano	<i>Análise Alternativa de Fusões: Indicadores de Preços x Definição de Mercado Relevante</i>
39	Nuno Rocha de Carvalho	<i>European Champions vs. Real Champions: What will it cost you?</i>

---

## Concorrência – Auxílios de Estado

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	Piet Jan Slot	<i>The credit crisis and the Community efforts to deal with it</i>
3	Manuel Porto / João Nogueira de Almeida	<i>Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?</i>
3	António Carlos dos Santos	<i>Crise financeira e auxílios de Estado – risco sistémico ou risco moral?</i>
3	Ana Rita Gomes de Andrade	<i>As energias renováveis – Uma luz verde aos auxílios de Estado?</i>
3	Marco Capitão Ferreira	<i>Decisão da Comissão Europeia relativa à garantia estatal concedida pelo Estado português ao Banco Privado Português</i>
11-12	Alexandra Amaro	<i>Auxílios de Estado e contratos públicos: Os limites do concurso</i>
17	Ricardo Pedro	<i>Auxílios de minimis 2014-2010: notas à luz do Regulamento (UE) n.º 1407/2013</i>
20-21	João Zenha Martins	<i>Consultoria em inovação e o redesenho dos apoios ao emprego e à formação no Regulamento (UE) n.º 651/2014</i>
27-28	Edmilson Wagner dos Santos Conde	<i>Poderão as decisões dos órgãos jurisdicionais que atribuem indemnizações constituir auxílios de Estado?</i>
27-28	Luis Seifert Guincho	<i>State aid and systemic crises: appropriateness of the European State aid regime in managing and preventing systemic crises</i>
27-28	Mariana Medeiros Esteves	<i>Os auxílios de Estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na União Europeia</i>
27-28	Ricardo Quintas	<i>A incongruência judicativa de uma deliberação positiva de compatibilidade de um auxílio de Estado não notificado</i>

**Financeiro e bancário**

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	René Smits	<i>Europe's Post-Crisis Supervisory Arrangements – a Critique</i>
2	José Nunes Pereira	<i>A caminho de uma nova arquitetura da supervisão financeira europeia</i>
2	Pedro Gustavo Teixeira	<i>The Evolution of Law and Regulation and of the Single European Financial Market until the Crisis</i>
2	Paulo de Sousa Mendes	<i>How to deal with transnational market abuse? – the Citigroup case</i>
2	Luís Máximo dos Santos	<i>A reforma do modelo institucional de supervisão dos setores da banca e dos seguros em França</i>
2	José Renato Gonçalves	<i>A sustentabilidade da zona euro e a regulação do sistema financeiro</i>
2	Paulo Câmara	<i>“Say on Pay”: o dever de apreciação da política remuneratória pela assembleia geral</i>
3	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de julho de 2010 (1.ª secção) no Processo C-171/08 – Comissão c. Portugal (Crónica de uma morte anunciada?)</i>
7-8	Paulo de Sousa Mendes	<i>A derrogação do segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Felipe Hochscheidt Kreutz	<i>O segredo bancário no processo penal</i>
7-8	Madalena Perestrelo de Oliveira	<i>As alterações ao Regime Geral das Instituições de Crédito: o fim da era do sigilo bancário?</i>
9	Luís Guilherme Catarino	<i>A “agencificação” na regulação financeira da União Europeia: Novo meio de regulação?</i>
9	Luís Máximo dos Santos	<i>O novo regime jurídico de recuperação de instituições de crédito: Aspetos fundamentais</i>
9	Ana Pascoal Curado	<i>As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur</i>
9	Miguel Brito Bastos	<i>Scalping: Abuso de informação privilegiada ou manipulação de mercado?</i>
11-12	Helena Magalhães Bolina	<i>O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários</i>
11-12	Vinicius de Melo Lima	<i>Ações neutras e branqueamento de capitais</i>

13	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>El Derecho Penal Español frente a fraudes bursátiles transnacionales – ¿Protege el derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?</i>
14-15	Bernardo Feijoo Sánchez	<i>Imputación objetiva en el derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el derecho penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares</i>
17	Joseph Dale Mathis	<i>European Payment Services: How Interchange Legislation Will Shape the Future of Retail Transactions</i>
18	José Gonzaga Rosa	<i>Shadow Banking – New Shadow Entities Come to Light</i>
18	Pedro Lobo Xavier	<i>Das medidas de resolução de instituições de crédito em Portugal – análise do regime dos bancos de transição</i>
18	Sofia Brito da Silva	<i>A notação de risco da dívida soberana: O exercício privado de um serviço de interesse público</i>
20-21	Pablo Galain Palermo	<i>Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica</i>
20-21	Sérgio Varela Alves	<i>Da participação da Banca em Sociedades não Financeiras: Mais do que allfinance</i>
20-21	Rute Saraiva	<i>Um breve olhar português sobre o modelo de supervisão financeira em Macau</i>
20-21	Luís Pedro Fernandes	<i>Dos sistemas de Microcrédito na Lusofonia: Problemas e soluções</i>
20-21	Daniela Pessoa Tavares	<i>O segredo bancário na legislação bancária de Angola, Cabo Verde e Moçambique</i>
20-21	Raluca Ghiurco	<i>As instituições de supervisão financeira em Moçambique</i>
20-21	Francisco Mário	<i>Supervisão bancária no sistema financeiro Angolano</i>
20-21	Catarina Balona/João Pedro Russo	<i>O Banco de Cabo Verde – Principais aspetos orgânicos e funcionais</i>
20-21	José Gonzaga Rosa	<i>União Económica e Monetária da África Ocidental: uma boa ideia, com uma execução pobre</i>
20-21	Tiago Larsen	<i>Regulação bancária na Guiné-Bissau</i>
23-24	Luís Guilherme Catarino	<i>“Fit and Proper”: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiro</i>

23-24	Margarida Reis	<i>A idoneidade dos membros dos órgãos de administração e fiscalização das instituições de crédito</i>
23-24	Inês Serrano de Matos	<i>“Debt finance”: as obrigações como engodo do investidor e a informação externa como um meio de tutela daquele</i>
23-24	João Andrade Nunes	<i>Os deveres de informação no mercado de valores mobiliários: o prospeto</i>
23-24	João Vieira dos Santos	<i>A união dos mercados de capitais e o Sistema Europeu de Supervisão Financeira</i>
27-28	Bruno Miguel Fernandes	<i>A garantia de depósitos bancários</i>
29	Álvaro Silveira de Meneses	<i>Leading the way through: the role of the European Central Bank as pendulum, shield and supervisor of the euro area</i>
31	Miguel da Câmara Machado	<i>Problemas, paradoxos e principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais</i>
33-34	Katerina Lagaria	<i>Towards a single capital markets supervisor in the EU: the proposed extension of ESMA’s supervisory powers</i>
33-34	Ivana Souto de Medeiros	<i>A resolução bancária e a salvaguarda do erário público na União Europeia: do bail-out ao bail-in</i>
33-34	Lucas Catharino de Assis	<i>A liberdade de circulação de capitais e a necessidade de se garantir a eficácia dos controlos fiscais nas situações envolvendo Estados terceiros</i>
33-34	Frederico Machado Simões	<i>Sobre o novo regime do concurso de infrações no Código dos Valores Mobiliários e o Princípio do Ne Bis in Idem</i>
39	Lara Tobías Peña, José Luís Rodríguez López & Pedro Hinojo González	<i>Fintech and its Implications for Competition and Regulation</i>
40	Luís Guilherme Catarino	<i>Ofertas Públicas de Criptomoedas: FinTech, Tokens, Smart Contracts, Blockchain, and all that jazz...</i>
40	Armando Sumba	<i>A Regulação e Supervisão de Instituições de Microfinanças na África Ocidental</i>

---

## Seguros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
25	Catarina Baptista Gomes	<i>Os danos indemnizáveis no seguro financeiro</i>
25	Celina Isabel Dias Videira	<i>O seguro de responsabilidade civil profissional dos advogados</i>
25	Miguel Duarte Santos	<i>O beneficiário nos seguros de pessoas</i>
36	Maria Elisabete Ramos	<i>Distribuição de seguros, proteção do cliente e arbitragem regulatória</i>

## Comunicações eletrónicas

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Ana Amante/João Vareda	<i>Switching Costs in the Portuguese Telecommunications Sector: Results from a Customer Survey</i>
11-12	Ana Proença Coelho	<i>Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: O caso da supervisão do ICP-ANACOM</i>
14-15	Manuel da Costa Cabral	<i>A governação da Internet e o posicionamento de Portugal</i>
14-15	Marta Moreira Dias	<i>Perspetiva sobre os 25 anos da Internet em .pt</i>
14-15	Victor Castro Rosa	<i>Digital Piracy and Intellectual Property Infringement: role, liability and obligations of Internet Service Providers. The evolution of European Case-Law</i>
14-15	David Silva Ramalho	<i>A investigação criminal na dark web</i>
19	João Confraria	<i>Perspetivas de mudança na regulação das comunicações</i>

## Energia

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
11-12	Miguel Sousa Ferro	<i>Nuclear Law at the European Court in the 21<sup>st</sup> Century</i>
13	Orlindo Francisco Borges	<i>Responsabilidade civil das sociedades de classificação por derrames petrolíferos causados por navios inspecionados: em busca de um claro regime entre o port state control e os contratos de classificação</i>



18	Filipe Matias Santos	<i>O comercializador de último recurso no contexto da liberalização dos mercados de eletricidade e gás natural</i>
----	----------------------	--

## Saúde

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
10	Olívio Mota Amador	<i>Desafios da regulação da saúde em Portugal nos tempos de crise</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>

## Autoridades Reguladoras e Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
3	João Confraria	<i>Falhas do Estado e regulação independente</i>
6	Jorge André Carita Simão	<i>A responsabilidade civil das autoridades reguladoras</i>
7-8	Victor Calvete	<i>Entidades administrativas independentes: Smoke &amp; Mirrors</i>
17	Luís Silva Morais	<i>Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Algumas questões essenciais e justificação do perímetro do regime face às especificidades da supervisão financeira</i>
17	João Confraria	<i>Uma análise económica da Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras Independentes</i>
17	Luis Guilherme Catarino	<i>O Novo Regime da Administração Independente: Quis custodiet ipsos custodes?</i>
17	Tânia Cardoso Simões	<i>Entidades reguladoras: Um ano de Lei-Quadro</i>
29	Nuno Cunha Rodrigues & Rui Guerra da Fonseca	<i>O quadro da responsabilidade civil extracontratual das entidades reguladoras do setor financeiro</i>
30	Francisca Van Dunem	<i>Prefácio ao dossier especial comemorativo do 5.º aniversário do TCRS</i>
30	Carla Câmara	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: quo vadis?</i>

30	Fernando Oliveira Silva & Fernando Batista	<i>A regulação dos setores da construção, do imobiliário e dos contratos públicos</i>
30	Luís Miguel Caldas, Marta Borges Campos, Alexandre Leite Baptista & Anabela Morão de Campo	<i>Âmbito e desafios do controlo jurisdicional do Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão: a vida íntima dos processos</i>
30	Miguel Sousa Ferro	<i>Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: uma análise jurídico-económica no seu 5.º aniversário</i>
30	Pedro Marques Bom & Ana Cruz Nogueira	<i>Cinco anos, cinco desafios</i>
30	Pedro Portugal Gaspar & Helena Sanches	<i>Deverão os recursos de todas as decisões contraordenacionais adotadas pela ASAE cáterem na jurisdição do TCRS?</i>
30	Ricardo Gonçalves & Ana Lourenço	<i>Uma proposta de avaliação de impacto da criação do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão</i>
30	Sofia Nogueira da Silva, Nuno Castro Marques & Álvaro Moreira da Silva	<i>O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão: visão da regulação em saúde</i>
33-34	Raúl Vieira da Silva	<i>A independência orçamental das entidades reguladoras à luz da nova lei-quadro</i>
33-34	Miguel Pena Machete & Catarina Pinto Xavier	<i>Autoridade da Concorrência – dividir para reinar?</i>
33-34	Vicente Bagnoli	<i>Business strategies to improve antitrust compliance in Brazil and the approach of CADE to advocacy: the Car Wash investigation</i>
35	Fernando Pereira Ricardo	<i>As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)</i>

## Regulação do comércio e concorrência desleal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	Jaime Andrez	<i>Propriedade Industrial e concorrência – uma leitura económica da sua inevitável complementaridade</i>
6	Deolinda de Sousa	<i>O alinhamento de preços nas vendas com prejuízo</i>
7-8	Peter Freeman	<i>The UK experience: The Grocery Supply Code of Practice</i>

## Contratação pública

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
19	António Ferreira Gomes/ Ana Sofia Rodrigues	<i>Enhancing Efficiency in Public Procurement in Portugal: An Overview of the Relevant Competition Issues</i>
19	Nuno Cunha Rodrigues	<i>O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública</i>
19	Raquel Carvalho	<i>As novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos</i>
27-28	Pedro Matias Pereira	<i>O dever de resolver contratos públicos</i>
27-28	Luís Almeida	<i>A Contratação Pública Verde no quadro da nova Diretiva 2014/24/UE</i>
29	Isabel Andrade & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Uma análise contratual às renegociações das PPP e concessões no setor das águas em Portugal</i>
32	Nuno Cunha Rodrigues	<i>Contratação Pública e concorrência: de mãos dadas ou de costas voltadas?</i>
38	Fernando Batista	<i>Apresentação de propostas, num mesmo procedimento concorrencial, por operadores económicos ligados entre si</i>

## Direito contraordenacional e processual penal

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
7-8	Luís Greco	<i>Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?</i>
9	Ricardo Oliveira Sousa	<i>A comunicabilidade da prova obtida em direito processual penal para o processo contraordenacional</i>
10	André Mauro Lacerda Azevedo	<i>Bribery Act 2010: Um novo paradigma no enfrentamento da corrupção</i>
13	André Paralta Areias	<i>O valor do princípio da presunção de inocência no novo regime da indemnização por indevida privação da liberdade</i>
13	Tiago Geraldo	<i>A reabertura do inquérito (ou a proibição relativa de repetição da ação penal)</i>
14-15	Miguel Prata Roque	<i>O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretensão de alguma jurisprudência constitucional</i>

14-15	Milene Viegas Martins	<i>A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal</i>
16	Érico Fernando Barin	<i>Alargar a perda alargada: O projeto Fenix</i>
16	José Danilo Tavares Lobato	<i>Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro</i>
16	Mafalda Melim	<i>Standards de prova e grau de convicção do julgador</i>
16	David Silva Ramalho	<i>O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal</i>
16	Catiuce Ribas Barin	<i>A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal</i>
16	José Neves da Costa	<i>Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP</i>
16	Catarina Abegão Alves	<i>Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal</i>
23-24	Stephen Mason	<i>Towards a global law of electronic evidence? An exploratory essay</i>
23-24	Daniel Diamantaras de Figueiredo	<i>O direito ao confronto e o caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido</i>
23-24	Felipe Soares Tavares Morais	<i>O ônus da prova e a presunção de inocência no processo penal brasileiro</i>
23-24	Margarida Caldeira	<i>A utilizabilidade probatória das declarações prestadas por arguido em fase anterior ao julgamento</i>
27-28	Ana Catarina Martins	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e se prova o dolo da pessoa coletiva?</i>
27-28	Maria João Almeida Semedo	<i>Imputação subjetiva: como se constrói e prova o dolo da pessoa jurídica – orientação jurisprudencial</i>
27-28	Joana Gato	<i>Identificação de algum dos dirigentes que são agentes do facto coletivo como requisito para a responsabilização da pessoa coletiva</i>
27-28	João Nuno Casquinho	<i>Responsabilidade penal das pessoas coletivas em casos de fusão, cisão ou transformação</i>
27-28	João Pedro Neves Rodrigues	<i>Critérios objetivos de imputação de facto coletivamente típico à pessoa coletiva e o conceito de gerentes de facto e de direito</i>
29	Renzo Orlandi	<i>“Operazione Mani Pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional</i>
29	Antonieta Nóbrega	<i>O jornalista assistente no processo penal português</i>

29	Joana Geraldo Dias	<i>A consagração de um novo paradigma na ordem jurídica: a divisão bipartida dos dados relativos às comunicações eletrónicas</i>
29	Sónia Cruz Lopes	<i>Interceção de comunicações para prova dos crimes de injúrias, ameaças, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego cometidos por meio diferente do telefone</i>
31	Nivaldo Machado Filho	<i>O agente infiltrado em duelo com o contraditório: aspectos críticos de seu relatório e depoimento</i>
32	Enrico Sanseverino	<i>O crime de corrupção no sector privado e o seu tratamento em uma perspectiva internacional em face dos interesses tutelados</i>

---

## Ambiente

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
2	José Danilo Tavares Lobato	<i>Princípio da subsidiariedade do Direito Penal e a adoção de um novo sistema jurídico na tutela ambiental</i>
5	António Sequeira Ribeiro	<i>A revisão da lei de bases do ambiente (algumas notas sobre a vertente sancionatória)</i>
5	Heloísa Oliveira	<i>Eficácia e adequação na tutela sancionatória de bens ambientais</i>
5	José Danilo Tavares Lobato	<i>Acessoriedade administrativa no direito penal do ambiente e os riscos para o princípio da legalidade</i>
5	Annette Bongardt/João E. Gata	<i>Competition Policy and Environmental Protection: a critical overview</i>
5	Giulio Federico	<i>Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector</i>

---

## Transportes

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
26	João E. Gata	<i>A economia de partilha</i>
26	Joana Campos Carvalho	<i>Enquadramento jurídico da atividade da Uber em Portugal</i>

30	João Carvalho & Eduardo Lopes Rodrigues	<i>Regulação económica independente no ecossistema da mobilidade e dos transportes</i>
33-34	Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento	<i>Concorrência e regulação na privatização dos aeroportos num contexto de finanças públicas sob stress: uma análise das motivações do governo e dos investidores</i>

---

## Artigos transversais e outros

N.º RCR	Autor	Título do Artigo
1	Manuel Sebastião	<i>The Portuguese Competition Authority and the Portuguese Competition and Regulation Journal – A meeting of the minds</i>
1	Eduardo Paz Ferreira	<i>Em torno da regulação económica em tempos de mudança</i>
16	Nuno Sousa e Silva	<i>The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?</i>
20-21	Miguel da Câmara Machado	<i>“Corrupção: denuncie aqui” – vale tudo no combate à corrupção?</i>
22	Paulo Alves Pardal	<i>O acidentado percurso da Constituição Económica Portuguesa</i>
32	Miguel Moura e Silva e Manuel Cabugueira	<i>The competition impact of extending the activity of waste and water management concessionaires to competitive markets</i>
35	Carlos Pinto de Abreu	<i>Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade</i>
38	Luís Catarino	<i>Segredos da Administração: segredos de supervisão e de sanção</i>

---

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos (de doutrina ou breves), estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
2. Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
3. Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em língua portuguesa, espanhola, francesa ou inglesa. Os textos são publicados no idioma em que foram redigidos.
4. Em casos excecionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo o Autor indicar onde foram publicados anteriormente. Se aceite, o texto será publicado no idioma em que, originalmente, foi redigido, devendo – se aplicável – o Autor assegurar a respetiva tradução para um dos 4 idiomas acima referidos.
5. Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 caracteres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
6. A informação sobre as normas formais de estilo aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt), ou acedida em [http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx).
7. Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico [revista@concorrenca.pt](mailto:revista@concorrenca.pt) ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Ricardo Bayão Horta.
8. As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

*Collaboration with*

## REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

1. *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers (academic or short), studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
2. Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
3. Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in their original language.
4. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances Authors are required to indicate where the paper was previously published. If accepted, the paper is published in its original language, remaining the Author responsible for ensuring its translation into 1 of the 4 accepted languages.
5. Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
6. Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, either by contacting [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or by accessing the link [http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos\\_e\\_Publicacoes/Revista\\_CR/Paginas/Revista-CR.aspx](http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/Revista-CR.aspx).
7. Contributions must be sent in digital format to the email address [revista@concorrencia.pt](mailto:revista@concorrencia.pt) or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Mr. Ricardo Bayão Horta.
8. Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.



## ÓRGÃOS SOCIAIS

### DIREÇÃO

Maria João Melícias/Miguel Sousa Ferro

### CONSELHO CIENTÍFICO

**Presidentes:** Eduardo Paz Ferreira/Margarida Matos Rosa

### Membros:

António Avelãs Nunes	Jorge de Figueiredo Dias
António Ferreira Gomes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Gerber	Jürgen Wolter
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Francisco Marcos	Manuel Lopes Porto
Floriano Marques	Marco Bronckers
François Souty	Maria Fernanda Palma
Frederic Jenny	Mark Zöller
Geraldo Prado	Miguel Moura e Silva
Gerhard Dannecker	Miguel Nogueira de Brito
Germano Marques da Silva	Miguel Poiares Maduro
Giorgio Monti	Nicolas Charbit
Harry First	Oswald Jansen
Heike Schweitzer	Patrick Rey
Ioannis Kokkoris	Paulo Câmara
João Ferreira do Amaral	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge Braga de Macedo	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos  
Pedro Pitta Barros  
Peter Freeman CBE, QC  
Philip Marsden  
Piet Jan Slot  
René Smits

Richard Wish  
Rosa Greaves  
Vasco Pereira da Silva  
Vito Tanzi  
William Kovacic  
Wouter Wils

#### **CONSELHO CIENTÍFICO**

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

#### **CONSELHO CONSULTIVO**

João E. Gata/Jorge Simões/Nuno Cunha Rodrigues

#### **CONSELHO DE REDAÇÃO**

**Presidente:** Ricardo Bayão Horta

#### **Comissão Coordenadora:**

Cristina Camacho  
Fernando Pereira Ricardo  
João Cardoso Pereira  
José Renato Gonçalves

Luís Vale Lima  
Nazaré da Costa Cabral  
Ricardo Bayão Horta  
Vitor Miguel Lourenço

#### **Editores:**

*Concorrência – Questões gerais, europeu e comparado*

Carlos Pinto Correia/João E. Gata

*Concorrência – Práticas restritivas*

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira

*Concorrência – Auxílios de Estado*

Miguel Mendes Pereira/António Carlos dos Santos/Marco Capitão Ferreira

*Concorrência – Concentrações*

Margarida Rosado da Fonseca

*Autoridades reguladoras*

João Miranda

*Direito contraordenacional e processual penal*

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Economia*

António Pedro Santos/Jorge Rodrigues/Paulo Gonçalves

*Água e resíduos*

João Miranda

*Ambiente*

Carla Amado Gomes

*Aviação civil*

António Moura Portugal

*Comércio, consumo e concorrência desleal*

Teresa Moreira

*Contratação pública*

Nuno Cunha Rodrigues

*Energia*

Gonçalo Anastácio

*Financeiro*

Rute Saraiva/Hugo Moredo Santos

*Transportes terrestres e marítimos*

Tânia Cardoso Simões

*Saúde*

Nuno Castro Marques

*Direito contraordenacional e processual penal*

Teresa Quintela de Brito/João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

*Direito probatório*

Rui Soares Pereira/David Silva Ramalho

**Secretariado Executivo:**

Manuela Oliveira

Natália Leite

**C&R**