

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 IX • NÚMERO/No 35  
JULHO/JULY • SETEMBRO/SEPTEMBER 2018  
PERIODICIDADE TRIMESTRAL/QUARTERLY



INSTITUTO  
DE DIREITO  
ECONÓMICO  
FINANCEIRO  
E FISCAL FDL



AUTORIDADE DA  
CONCORRÊNCIA



REVISTA  
DE CONCORRÊNCIA  
E REGULAÇÃO



ANO IX • NÚMERO 35  
JULHO – SETEMBRO 2018

# 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 IX • Número 35

julho – setembro 2018

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>

OUTUBRO 2018

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

## 15 DOUTRINA

### 17 Doutrina geral

19 Bernardo Sarmento / Jorge Padilla – *Another look at the competitive assessment of information exchanges amongst competitors in EU Competition Law*

31 Carlos Oliveira Cruz & Joaquim Miranda Sarmento – *A fusão da Estradas de Portugal com a REFER: o caso da integração do operador rodoviário com o operador ferroviário*

45 Carlos Pinto de Abreu – *Breves notas sobre segurança da informação, acesso a dados e privacidade*

79 Fernando Pereira Ricardo – *As cativações e a autonomia administrativa e financeira das entidades reguladoras independentes (e da AdC em particular)*

101 Marta Borges Campos – *Competition Law and the Competition, Regulation and Supervision Court*

113 Sérgio Martins P. de Sousa – *Reflexões “soltas” sobre a jurisprudência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão em matéria de confidencialidade e acesso à prova*

123 Sofia Oliveira Pais – *Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União: breves reflexões*

### 149 Breves – Dossier comemorativo do 15.º aniversário da Autoridade da Concorrência

151 Abel Mateus – *Portugal precisa de uma política de concorrência mais ativa*

159 Manuel Sebastião – *Concorrência. Um valor, uma lei, uma instituição, uma praxis*

167 António Ferreira Gomes – *Com concorrência todos ganhamos*

175 Margarida Matos Rosa – *Direito à Concorrência*

181 António Saraiva – *15 anos ao serviço da concorrência nos mercados*

185 Vasco Colaço – *Concorrência, Inovação digital e dados pessoais: os novos desafios das Autoridades de Concorrência*

**189 JURISPRUDÊNCIA**

**191 Jurisprudência geral**

191 Jurisprudência nacional de concorrência – julho a setembro de 2018

195 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – julho a setembro de 2018

**201 EVENTOS**

**205 NOTAS CURRICULARES**

**215 Índice consolidado por temas**

**237 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação***

**239 Órgãos Sociais**

# CONSIDERAÇÕES DE LEALDADE E EQUIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO. BREVES REFLEXÕES

*Sofia Oliveira Pais\**

**ABSTRACT:** *This article addresses briefly the multiple aims of the European competition rules, reflecting particularly on the role of fairness and distributive justice in the assessment of competition law cases. Although these issues are not new, there has been an increasing interest in the study of their role, mainly after the Euro crisis in 2008. We will notice that a broad concept of economic efficiency or consumer welfare already allows some distributive effects to be considered by the Competition Authorities and that fairness considerations are also present in several concepts used in the Treaty on the Functioning of the European Union (namely in Article 102) as well as in the case law of the Court of Justice. Nevertheless, fairness considerations may also be relevant in other areas of competition law.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os múltiplos objetivos do direito europeu da concorrência. 3. Considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência 3.1. Considerações de lealdade e equidade à luz dos ensinamentos de John Rawls e Amartya Sen 3.2. Considerações de lealdade e equidade nas decisões da Comissão Europeia e nos acórdãos dos Tribunais da União 3.3. Considerações de lealdade e equidade nas decisões dos tribunais nacionais 4. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO.

A defesa da concorrência na União Europeia funda-se em quatro pilares: proibição de acordos restritivos da concorrência, proibição de abusos de posição dominante, controlo das concentrações de empresas e controlo dos auxílios de Estado. Com exceção da legislação europeia sobre a fiscalização das operações de concentração “comunitárias”, adotada com o Regulamento 4064/89 (hoje Regulamento 139/2004), as normas de defesa da concorrência,

---

\* Professora Associada, UCP – Porto. Cátedra Jean Monnet. Diretora do Católica Research Centre for the Future of Law.

constantes do atual Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 101.º a 109.º), mantiveram-se inalteradas ao longo de 60 anos<sup>1</sup>. A estabilidade da redação das normas de defesa da concorrência não obistou, em todo o caso, à natural evolução dos seus objetivos, refletindo as mudanças do ambiente político-económico e institucional envolvente. Afirmar que os objetivos do direito da concorrência são múltiplos, parece-nos não levantar dúvidas, tendo em conta o texto dos Tratados, o direito derivado, e a respetiva *soft law*, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Justiça existentes neste domínio<sup>2</sup>. Menos consensual será o papel a atribuir ao objetivo da prossecução de uma concorrência *leal* enunciado no Tratado. O nosso propósito é o de enunciar sucintamente os múltiplos objetivos apontados tradicionalmente às normas europeias de defesa da concorrência, fazendo em seguida uma breve reflexão sobre o papel que tem sido atribuído a considerações de lealdade e equidade no direito da concorrência da União e respetiva *praxis*. Com este breve apontamento gostaríamos apenas de reconhecer o interesse numa reflexão renovada sobre o papel da justiça distributiva no direito da União. Sendo certo que um conceito lato de eficiência económica ou de bem-estar do consumidor já permitem trazer à colação alguns dos efeitos distributivos, e sabendo que considerações de equidade estão presentes em vários conceitos utilizados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (recorde-se a referência no artigo 102.º a práticas abusivas que conduzem a preços ou condições de transação não equitativas) e na jurisprudência do Tribunal de Justiça (recorde-se o conceito de concorrência pelo mérito), pensamos, ainda assim, que tal tipo de considerações poderá, eventualmente, ter interesse noutros domínios.

## 2. OS MÚLTIPLOS OBJETIVOS DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

Afirmar que o direito da concorrência visa prosseguir objetivos de eficiência económica e bem-estar dos consumidores é hoje o mantra utilizado na generalidade das decisões das Autoridades de Concorrência. Note-se, todavia, que, em 1958, quando entrou em vigor o Tratado da Comunidade Económica Europeia, a promoção da eficiência económica (entendida como eficiência

---

1 Regulamento 4064/89, substituído pelo Regulamento 139/2004, de 20.1.2004, JO L 24/1.

2 Para uma visão geral dos múltiplos objetivos do direito da concorrência, cf. Lianos, 2013a: 3; Sauter, 2016; Amato & Ehlermann, 2007; Fox & Geradin, 2017; Jones & Sufrin, 2016.

de Pareto ou eficiência Kaldor-Hicks<sup>3</sup>, ou ainda como bem-estar total<sup>4</sup>) era uma preocupação alheia às normas europeias de defesa da concorrência. Com efeito, os fundadores da Comunidade Económica Europeia concentraram seus esforços na realização de um mercado interno, visto como um instrumento necessário para a manutenção da paz e o desenvolvimento da prosperidade na Europa. Estados-Membros e instituições europeias confiaram que a criação de um mercado único europeu através de um sistema de concorrência não falseada evitaria o risco de o desmantelamento das barreiras ao comércio intracomunitário ser substituído por obstáculos privados às liberdades *comunitárias*<sup>5</sup>. Recorde-se, aliás, que a promoção de uma concorrência não falseada no mercado interno era claramente referida no artigo 2.º do Tratado da Comunidade Económica Europeia como um objetivo prioritário, ainda que a defesa da concorrência *qua tale* nunca tenha sido considerada um fim em si mesma. Dito de outro modo, as normas de defesa da concorrência seriam um instrumento particularmente adequado para a instituição de uma certa organização político-económica que o legislador Europeu pretendeu instituir num determinado contexto espacial.

Hoje, 60 anos volvidos, a visão da proteção da concorrência como um instrumento decisivo no processo contínuo de realização do mercado interno é referida no Protocolo n.º 27<sup>6</sup> e continua presente em várias decisões e

3 Pareto defende a alocação de bens entre os consumidores de forma a que a situação de um melhor se prejudicada a situação de outro consumidor; já Kaldor e Hicks entendem que um resultado é eficiente se a situação de alguns melhora de forma a compensar os prejuízos sofridos por outros. Cf. Pareto, 1971; Hicks, 1939: 696-712; Kaldor, 1939: 549-552.

4 O que une estes conceitos, como explica de forma simples Hovenkamp, é que as práticas das empresas melhoram o bem-estar total quando há uma melhoria (*surplus*) para todos, incluindo produtores e consumidores, cf. Hovenkamp, 2018: 47.

5 Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, e a absorção da Comunidade Europeia pela União Europeia, a expressão “comunitária” desapareceu dos Tratados.

6 Note-se que com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, as referências anteriores, existentes no Tratado da Comunidade Europeia, à “concorrência não falseada” e à “livre concorrência” (nomeadamente nos seus artigos 3.º e 3.º-A) desapareceram. Hoje as normas relevantes serão o artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia e o Protocolo n.º 27. O artigo 3.º n.º 3 do Tratado da União Europeia prevê que “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico”. O Protocolo n.º 27, por seu turno, acrescenta que “o mercado interno, tal como previsto no artigo 3.º do TUE, inclui um sistema que garante que a concorrência não seja distorcida”. A concorrência será, deste modo, um meio para a realização de objetivos económicos e não económicos e para a prossecução de uma economia social de mercado.

acórdãos das instituições da União. Refira-se, a título meramente ilustrativo, o acórdão *TeliaSonera*, no qual o Tribunal de Justiça (doravante também “Tribunal”) recorda que nos termos do artigo 3.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE) a União Europeia estabelece um mercado interno, o qual, de acordo com o Protocolo n.º 27, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada. O Tribunal confirma ainda que “o artigo 102.º TFUE conta-se entre as regras de concorrência que, como as visadas no artigo 3.º, n.º 1, al. b), TFUE, são necessárias ao funcionamento do referido mercado interno” [e que] “essas regras têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar na União”<sup>7</sup>.

Além de permitirem a realização do mercado interno, as regras europeias *antitrust* foram igualmente utilizadas para garantirem a liberdade económica de as empresas participarem no mercado. Tal liberdade seria ademais<sup>8</sup> considerada como uma condição de liberdade política, essencial para realização de uma sociedade justa<sup>9</sup>.

Outros interesses públicos como a saúde pública<sup>10</sup>, preocupações ambientais<sup>11</sup> a proteção do emprego<sup>12</sup>, ou a defesa das pequenas e médias empresas (PME), marcaram ainda presença em determinadas decisões da Comissão

---

7 Cf. acórdão de 17 de Fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, n.os. 21-22. Este objetivo específico – criação de um mercado interno – levou a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça a centrarem a sua atenção durante muito tempo nas restrições verticais – nomeadamente nas cláusulas de territorialidade e de exclusividade – que poderiam prejudicar a criação desse mercado.

8 Para uma excelente análise desta questão no pensamento ordoliberal, cf. Kerber&Harting, 2001: 337-358; Behrens, 2014: 1-38.

9 Cf. Amato, 1997: 2; ver ainda a decisão da Comissão Europeia de 24 de janeiro de 1999, n.º 2000/475/EC, relativa ao Processo IV.F.1/36.718 – CECED, [1999] JO L 187/47. Note-se ainda que, com a Escola de Chicago e a nova abordagem económica das regras de concorrência, argumentou-se que o objetivo da liberdade económica deveria ser considerado menos relevante, pois constituiria uma abordagem sobretudo formal dessas regras e os interesses dos consumidores não seriam devidamente tidos em conta. Não obstante estas críticas, a jurisprudência do Tribunal continua a fazer apelo a tal interesse, em vários acórdãos. Sobre esta questão cf. Jones & Sufrin, 2016: 37-42.

10 Decisão da Comissão Europeia, de 6 de outubro de 1994, n.º 94/770/CE, relativa ao Processo IV/34.776 – Pasteur Mérieux-Merck, [1994] JO L 309/1.

11 Decisão da Comissão Europeia n.º 2000/475/EC.

12 Decisão da Comissão Europeia de 23 de dezembro de 1992, n.º 93/49/CEE, relativa ao Processo (IV/33.814 – Ford/Volkswagen, [1992] JO L 20/14.

Europeia e acórdãos do Tribunal de Justiça<sup>13</sup> enquanto objetivos legítimos da política de concorrência<sup>14</sup>.

Com a “modernização” do direito da concorrência da União, traduzida nomeadamente no acolhimento dos ensinamentos da escola de Chicago<sup>15</sup> e na visão de eficiência económica como o principal objetivo do direito da concorrência, verifica-se uma revolução na *praxis* das Autoridades de Concorrência na União. Por um lado são adotados vários regulamentos no contexto do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) com vista a uma abordagem “mais económica” das questões concorrenciais<sup>16</sup> e os objetivos “não económicos” são, aparentemente, relegados para um plano secundário. O apelo à eficiência económica e ao critério de bem-estar social/bem-estar do consumidor<sup>17</sup> passam a ser constantes nas decisões das autoridades da concorrência<sup>18</sup>, sem que o seu sentido e alcance estejam, no entanto, totalmente determinados. De facto, dúvidas subsistem sobre os benefícios e os beneficiários a ter em conta na apreciação de práticas aparentemente restritivas da concorrência. Por exemplo, devem as autoridades da concorrência considerar apenas os benefícios produzidos a curto prazo ou devem atender igualmente aos benefícios gerados a longo prazo (não obstante as dificuldades em medi-los e a insegurança jurídica causada)? Se o conceito de “consumidor” incluir além do consumidor final também o de consumidor intermediário, que interesses devem prevalecer no caso de os interesses dos

---

13 Veja-se, por exemplo, a referência ao objetivo de manutenção do emprego no acórdão de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167, n.º 43.

14 Note-se que dos vários interesses enunciados, o apelo à proteção das PME é talvez o mais duradouro e relevante, sendo referido com regularidade no direito derivado e na jurisprudência. Recorde-se, por exemplo, a proteção especial conferida às PME na Diretiva Private Enforcement, 2014/104/UE, JO L 349, 5.12.2014, pp.1-19.

15 Pais, 2011a: 116ss.

16 Sobre a dita *modernização* do direito de concorrência da União, e sobre a adoção do 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 Tratado JO L I, 4.1.2003, pp. 1-25, cf. Pais, 2011a: 287-288ss.

17 Enquanto o critério de “bem-estar social/total” entende que as regras antitrust devem aumentar o *survival* total da sociedade – consumidores e produtores-, o padrão do “bem-estar do consumidor” defende que a riqueza do consumidor tem de melhorar. Robert Bork foi o grande defensor do “consumer welfare” (entendido este como bem-estar total), como maximização da riqueza, como o único critério que devia pautar a atuação das autoridades da concorrência norte-americanas (cf. Bork, 1978).

18 A necessidade de as autoridades de concorrência defenderem os interesses dos consumidores finais (e intermediários) é aliás referida em várias leis nacionais; veja-se por exemplo a Lei 19/2012, artigo 41.º.

consumidores e dos intermediários entrarem em conflito? Deverem considerações de justiça distributiva ser igualmente incluídas nessa apreciação?<sup>19</sup>

Estas e outras dúvidas são debatidas até hoje na jurisprudência<sup>20</sup> e na literatura<sup>21</sup>, o que não é de estranhar, sabendo-se que o conceito de bem-estar do consumidor tem sido, como já foi observado de forma pertinente, “the most abused term in modern antitrust analysis”<sup>22</sup>, não existindo consenso sobre o significado desta expressão<sup>23</sup>. Estas incertezas perpassam igualmente pela jurisprudência dos tribunais da União. Recorde-se o caso GlaxoSmithKline<sup>24</sup>, no qual o conceito de *consumidor final* foi apontado pelo Tribunal Geral como um objetivo decisivo das regras *antitrust*, enquanto o Tribunal de Justiça seguiu uma abordagem diferente. Ou seja, o Tribunal Geral afirmou que, tendo em conta o “quadro real e, portanto, o contexto jurídico e económico em que atua o acordo a que essa restrição é imputada”<sup>25</sup>, a aplicação do artigo 101.º do TFUE “não pode depender unicamente do facto de o acordo

---

19 Nos EUA a consideração de efeitos distributivos no plano da concorrência tem conhecido uma grande resistência. Sugere-se que as questões de justiça distributiva sejam tratadas através de outros instrumentos de política pública, como medidas fiscais, sendo certo que as dificuldades de uniformização e mesmo harmonização europeia nesse domínio dificultam a transposição dessa solução. Recentemente, todavia, certa literatura tem sublinhado que considerações de justiça no plano da concorrência devem ser repensadas nos EUA. Uma nova linha de pensamento, fundada nos escritos do juiz Louis Brandeis (juiz do *Supreme Court* dos EUA a partir de 1916), e intitulada *New Brandeis School*, surge com o objetivo de afastar a Escola de Chicago e de defender que as leis antimonopólios são essenciais para estruturar a sociedade em pilares democráticos. Outras ideias centrais desta nova corrente de pensamento salientadas por Lina Khan, seriam que as leis antimonopólio se focam na estrutura e processo concorrencial e não nos resultados, e não há forças de mercado naturais; para a *New Brandeis School* “political economy is structured only through law and policy”. Cf. Kahn, 2018: 3.

20 Cf. por todos Jones & Sufrin, 2016: 26-31.

21 Veja-se por exemplo o acórdão de 27 de março de 2012, *Post Danmark A/S*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, no qual o Tribunal de Justiça afirmou que o artigo 102.º do TFUE “se refere não apenas às práticas que causam um prejuízo imediato aos consumidores mas também àquelas que lhes causam prejuízo por falsearem o jogo da concorrência”. Por outro lado, acórdãos há em que o Tribunal de Justiça parece apoiar-se no conceito mais amplo de bem-estar total ou social, como sucedeu no caso *GlaxoSmithKline*, citado *infra*. Refira-se ainda que a própria Comissão Europeia apesar de referir, nas Orientações sobre o artigo 102.º – que o conceito de consumidor inclui o consumidor final e o intermediário, e de incluir nos benefícios a ter em conta além do preço, a qualidade, inovação e escolha, não dá igualmente uma definição clara de “bem-estar do consumidor”.

22 Brodley, 1987: 1032.

23 Orbach, 2010: 134: é um conceito que “30 years later has no clear meaning”, cf. p. 134.

24 Acórdão de 27 de setembro de 2006, *GlaxoSmithKline Services/Comissão*, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265 e acórdãos de 6 de Outubro de 2009, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, n.ºs 117-119.

25 N.º 110.

em causa visar limitar o comércio paralelo de medicamentos ou compartimentar o mercado comum, elementos que permitem concluir que ele afecta as trocas entre Estados-Membros, mas exige ainda uma análise destinada a determinar se o mesmo acordo tem por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado em causa em detrimento do consumidor final<sup>26</sup>. O Tribunal de Justiça, por seu turno, chegou a uma conclusão diferente quando sustentou que “ não resulta de modo nenhum [do artigo 101.º do TFUE] que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objectivo anticoncorrencial”; aliás, o Tribunal já decidiu que o artigo 101.º do TFUE “visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma”. Significa isto que a “declaração da existência de objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preço<sup>27</sup> . O Tribunal decidiu, portanto, que as restrições às importações paralelas de produtos farmacêuticos deveriam ser proibidas e que a protecção do processo concorrencial deveria ter prioridade, sendo o benefício para o consumidor apenas a consequência daí resultante.

Apesar das dúvidas enunciadas, certa literatura defende<sup>28</sup>, corretamente, como aliás já tivemos oportunidade de expor noutra local<sup>29</sup>, que o critério preferível no contexto europeu será o do bem-estar do consumidor<sup>30</sup>. Como bem refere Nazzini, o critério de bem-estar do consumidor é, desde logo, mais fácil de aplicar<sup>31</sup>, e tem, além disso, a vantagem de ser politicamente

26 N.º 119.

27 N.º 63.

28 Assim, entre muitos, Lianos, 2013b: 1 e Nazzini, 2011.

29 Veja-se Pais, 2011b: 587-627.

30 Na jurisprudência da União esta questão é igualmente discutida. No acórdão *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83), o Tribunal de Justiça seguiu aparentemente o critério do bem-estar total, decidindo que “(21) O artigo 102.º TFUE é uma das regras de concorrência referidas no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), do TFUE. (22) A função destas regras é precisamente impedir que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse público, das empresas e dos consumidores, garantindo assim o bem-estar da União Europeia”. Existem, todavia, outros acórdãos que parecem apontar para o critério do bem-estar do consumidor, como é o caso do acórdão *Post Danmark A/S* (C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172), já referido, no qual o Tribunal de Justiça explicou que o artigo 102.º não visa proteger concorrentes menos eficientes.

31 Também Lianos (2013b: 8-12) enuncia, além de dificuldades práticas, vários argumentos teóricos no sentido de dever ser afastado o critério de bem-estar total, a saber, tratar-se de um critério que não tem

aceitável (“o bem-estar do consumidor pode ser usado como slogan populista para vender ao público uma abordagem económica do direito da concorrência”<sup>32</sup>). Acresce que considerações de justiça distributiva, baseadas nos escritos de John Rawls e Amartya Sen, têm igualmente sido invocadas quer para apontar uma solução complementar à visão de um direito de concorrência pautado exclusivamente por objetivos de eficiência económica, quer para justificar a opção por um critério de bem-estar do consumidor em detrimento do padrão de bem-estar social<sup>33</sup>.

### 3. CONSIDERAÇÕES DE LEALDADE E EQUIDADE NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Embora a eficiência económica e a proteção ao consumidor ainda sejam o lema das decisões das autoridades da concorrência, têm surgido dúvidas sobre a capacidade do direito da concorrência contribuir para o crescimento económico e o bem-estar das populações. Disto nos dá nota Eleanor Fox, quando sublinha que, em períodos de crise, como os que ocorreram na Europa e nos EUA, é frequente o aparecimento de partidos populistas, antiliberais, que apontam o dedo aos mercados, às grandes empresas, e ao processo de globalização, como os “grandes culpados” da crise e desigualdade social<sup>34</sup>. É igualmente neste contexto de “descontentamento” que têm sido trazidas à colação considerações de lealdade e equidade, na apreciação das questões concorrenciais, como um complemento aos critérios de bem-estar total/bem-estar do consumidor. Não sendo o papel da justiça distributiva na política de concorrência um problema novo<sup>35</sup>, a questão assume um interesse renovado em períodos de dificuldades económico-sociais. E se é certo que dificuldades na definição dos contornos dos conceitos de concorrência “leal,

---

em conta os efeitos distributivos, só considera as preferências reveladas por um grupo específico (a que se aplica), e assume erroneamente que as preferências são apenas exógenas e se relacionam necessariamente com os resultados.

32 Nazzini, 2011: 44-45. No mesmo sentido, Lianos (2013b: 9-12) enuncia, além de dificuldades práticas nove argumentos no sentido de ser afastado o critério do bem estar total.

33 No sentido que os escritos de John Rawls seriam mais um argumento a favor do critério do bem estar do consumidor em detrimento do bem-estar social, cf. Lianos, 2013b: 21-22.

34 Cf. Fox, 2018: 19. Para Pablo (2017:147-148), o conceito de “fairness” pode ser uma resposta adequada aos perigos do “populismo”; este autor sublinha que “connecting ‘fairness’ to competition law is (...) not away to divorce the discipline from economics but to reconcile it with society, showing the wider public that it can contribute to their well-being”.

35 Veja-se *supra* Khan, 2018.

justa e equitativa”, ou mesmo o conceito de “justiça distributiva”, e a incerteza jurídica, daí resultante, podem ser obstáculos significativos à sua aplicação enquanto critérios operacionais na apreciação de práticas restritivas da concorrência, também é verdade que os critérios de eficiência económica e de bem-estar total/bem-estar do consumidor que têm vindo a ser aplicados não primam pela clareza e previsibilidade. Identificar e definir critérios operacionais no domínio da concorrência é, deste modo, uma questão complexa, que não deve todavia afastar uma reflexão doutrinal sobre o papel atual da “justiça distributiva” no direito da concorrência. Neste contexto as lições de filósofos como John Rawls, ou de economistas como Amartya Sen, podem ser especialmente valiosas.

Iremos assim realizar um breve apontamento sobre eventuais contributos que os ensinamentos destes teóricos podem trazer para o direito da concorrência (3.1.), para em seguida recordarmos que a “lealdade” e a “equidade” tornam-se conceitos cada vez mais presentes nos discursos e decisões das instituições europeias (3.2.), bem como nas decisões das Autoridades Nacionais de Concorrência (3.3).

### **3.1. Considerações de lealdade e equidade à luz dos ensinamentos de John Rawls e Amartya Sen**

Saber em que medida as normas de defesa da concorrência devem conduzir a resultados justos (*fair*), além de eficientes, pressupõe uma definição prévia deste conceito polissémico. Por razões de ordem prática, e de simplicidade, recorreremos às expressões acolhidas no preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (considerações de lealdade) e no artigo 102.º do TFUE (considerações de equidade)<sup>36</sup>. Note-se, desde já que uma concorrência pautada por valores de equidade e lealdade<sup>37</sup> pode ter uma dimensão

36 Veja-se o Preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “(...) DETERMINADOS a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus, DECIDIDOS a assegurar, mediante uma ação comum, o progresso económico e social dos seus Estados eliminando as barreiras que dividem a Europa, FIXANDO como objetivo essencial dos seus esforços a melhoria constante das condições de vida e de trabalho dos seus povos, RECONHECENDO que a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão económica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência”. Veja-se o artigo 102.º al. b) do TFUE nos termos do qual as práticas abusivas podem consistir em “impor de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas”.

37 O conceito de “concorrência leal” usado no TFUE não deve ser confundido com o de “concorrência desleal”, utilizado no artigo 317.º, n.º 1 do Código de Propriedade Industrial, o qual dispõe: “Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de ati-

processual (nomeadamente, direito a um processo justo)<sup>38</sup> ou substantiva (ligada, designadamente, a ideias de não discriminação e igualdade de oportunidades). É dentro da dimensão substantiva, uma concorrência leal e equitativa (também designada por “fair competition”), pode ainda dividir-se em vários segmentos. Trebilcock e Ducci, por, exemplo, avançam várias noções de “justiça” (*fairness*) que podem ser identificadas no plano da concorrência<sup>39</sup>: justiça vertical (entre produtores e consumidores); justiça horizontal do lado da procura (entre consumidores) e do lado da oferta (entre produtores). No contexto específico de mercado, há ainda quem prefira utilizar a expressão “desigualdade” na sua dupla faceta: desigualdade de oportunidades (de entrada e crescimento no mercado ou de aproveitar a oferta do mesmo) e desigualdade a nível da riqueza<sup>40</sup>. Será igualmente nesta dupla vertente – igualdade de oportunidades e de meios – que utilizaremos a expressão concorrência leal e equitativa.

Note-se ainda que reconhecer que a concorrência deve ser leal e equitativa, isto é, permeável a uma ideia condutora de distribuição justa, não resolve a questão de saber como transformar tais princípios orientadores em critérios operacionais.

Aceitar a existência de elementos distributivos na política de concorrência é hoje mais fácil, quando há análises, como a de Stiglitz<sup>41</sup>, que criticam as teorias defensoras da separação entre eficiência e de distribuição e que sustentam ser o único objetivo das leis de defesa da concorrência a promoção da eficiência económica. Outros autores sublinham ainda que a desigualdade é um assunto relevante neste domínio, uma vez que há estudos a comprovar que o poder de mercado pode conduzir a desigualdades significativas<sup>42</sup>.

---

vidade económica, nomeadamente”. Enquanto o artigo 317.º visa proteger interesses privados e, como bem explica Moura e Silva (2018: 44), a censurabilidade decorre “do desvalor ético que a comunidade atribuir a certos métodos de concorrência”, independentemente de produzir efeitos negativos no mercado, as normas de defesa da concorrência visam a proteção de interesses públicos.

38 Sobre a relevância da “transparência e justiça processual” também no plano concorrencial para garantir a confiança dos cidadãos no sistema jurídico (sem necessidade de as soluções, administrativas ou judiciais, serem uniformes; sendo suficiente que atinjam o objetivo visado referido), cf. o excelente estudo da OCDE, 2012.

39 Cf. Trebilcock & Ducci, 2017.

40 Neste sentido, cf. Gal, 2018: 7 “Inequality in the marketplace has two main facets: inequality of opportunity to enter and expand in the market (suppliers), to take advantage of what it can offer (consumers); and inequality of wealth, which affects the ability to act both as suppliers and as consumers.

41 Stiglitz, 2002: 460-501.

42 Furman & Stiglitz, 2002.

Encontrar critérios operacionais será, todavia, bastante mais difícil.

E daí que autores como Trebilcock e Ducci, no final da investigação que realizaram sobre o conceito de “fair competition”, se tenham mostrado céticos quanto ao seu relevo na política da concorrência<sup>43</sup>. No mesmo sentido Maurits Dolmans and Wanjie Lin<sup>44</sup>, afirmam que “(...) while competition law should reflect the values of fairness, if fairness were actually employed in substantive decision-making as a goal and criterion, that would lead to unequal and inefficient results”<sup>45</sup>. Seguindo a mesma abordagem, C. Shapiro<sup>46</sup> alega que “antitrust cannot be expected to solve the larger political and social problems facing the United States today. In particular, while antitrust enforcement does tend to reduce income inequality, antitrust cannot and should not be the primary means of addressing income inequality; tax policies and employment policies need to play that role”.

No plano oposto, há, no entanto, quem entenda, como é o caso de Eleanor Fox, que considerações de justiça distributiva e equidade podem, em certos contextos (como sucede nos países em vias de desenvolvimento), ser elementos relevantes na apreciação de problemas concorrenciais<sup>47</sup>. Segundo esta Autora, apesar de nos EUA considerações de “fairness” não terem aparentemente lugar enquanto objetivo ou critério, tal tipo de objetivo poderia ser inserido nas leis de concorrência dos países em desenvolvimento, uma vez que a realidade do mercado é muito diferente. Justificar-se-ia, assim, trazer

---

43 Cf. Trebilcock & Ducci, 2017.

44 Dolmans & Lin, 2017: 1. Ainda sobre este tópico, Geradin, 2018: 211.

45 Dolmans & Lin, 2017: 1.

46 Shapiro, 2017: 30.

47 Fox, 2016: 69-85. A principal mensagem de Eleanor Fox neste artigo é que o direito da concorrência dirige-se ao “mercado e a falhas de mercado” (p. 71); enquanto nos países desenvolvidos, como os EUA, o mercado funciona e o problema da desigualdade de oportunidades económicas não é “reconhecido pelo sistema de concorrência”, este visa sim garantir o acesso ao mercado e evitar o exercício abusivo de poder (pp. 72, 74), nos países em desenvolvimento a situação é totalmente diferente – os mercados geralmente não funcionam, a maioria das empresas são estatais, há monopólios com amplos privilégios que dificultam a entrada nos mercados, são amplas as desigualdades na distribuição da riqueza (p. 72) – justificando-se que os objetivos do direito da concorrência sejam diferentes e que “fairness” seja um fator determinante do que é anticoncorrencial (ao contrário do que se passaria nos EUA, onde segundo Fox “fairness is at war with antitrust”). No sentido que a consideração de noções de “fairness” no direito norte-americano da concorrência seria pior para todos (pois permitiria proteger empresas ineficientes e elevar os preços), cf. Kaplow & Shavell, 2011: 966; além da insegurança jurídica gerada por um conceito “subjetivo” (v. Areeda & Turner, 1980).

Já no sentido de serem considerados efeitos distributivos na aplicação das regras de concorrência veja-se Atkinson, 2015. Cf. ainda Gal, 2017.

à colação para a política de concorrência desses países, objetivos que não são meramente o da tradicional eficiência económica.

Note-se aliás que estas preocupações não existem apenas em países em desenvolvimento. Também em países desenvolvidos, como é o caso do Japão e da República da Coreia foram introduzidas disposições na lei para proteger os interesses de pequenas e médias empresas especialmente em suas relações contratuais com grandes empresas. Disso nos dá aliás nota a UNCTAD na sétima conferência das nações Unidas realizada em Genebra em 2015, na qual se discutiu o papel da concorrência para um crescimento sustentável e inclusivo<sup>48</sup>.

Ainda dentro do debate sobre o papel da justiça distributiva na política de concorrência, há quem entenda de forma mais cautelosa, como é o caso de Michal Gal<sup>49</sup>, que considerações de justiça distributiva são relevantes numa política de concorrência e que poderiam estar presentes, nomeadamente, na seleção dos casos a examinar pelas autoridades de concorrência (por exemplo, as autoridades poderiam dar prioridade a casos “que aumentem o bem estar dos grupos mais fracos da sociedade”); além disso se a aplicação das normas de defesa da concorrência prejudicam a igualdade e justiça social terão de ser “recalibradas” para o efeito<sup>50</sup>.

É também este o nosso entendimento. Considerações de justiça distributiva, e a necessidade de garantir que a concorrência seja leal e equitativa, garantindo igualdade de oportunidades, desde logo quanto ao acesso ao mercado, têm de ter lugar na apreciação dos problemas concorrenciais a desenvolver pelas autoridades da concorrência. Como sublinha Eleanor Fox<sup>51</sup>, “[a]ntitrust needs a reset, (...) needs an infusion of understanding the virtues of open markets to ordinary people in achieving the dignity and empowerment goals of the world we want. The competition agencies and tribunals, on their end, must create a consciousness of making markets work for people without power”.

48 Cf. UNCTAD, 2015: 35.

Em relação à República da Coreia, destaca-se o Regulamento do Monopólio e ainda Lei do Comércio Justo, que aborda os desequilíbrios no poder de negociação entre as partes. Além disso, a Comissão de Comércio Justo da República da Coreia (Republic of Korea Fair Trade Commission) visa assegurar a equidade das transações entre grandes empresas e as PME, aplicando a Lei de Transações Justas na Subcontratação, que está em vigor desde 1984.

49 Gal, 2017:19ss.

50 Acresce que considerações de equidade também exigem um controlo mais eficaz quanto concentrações que criam um poder de mercado significativo. Cf. Gal, 2017: 20.

51 Fox: 2018: 30.

Aceitando que o direito da concorrência não pode ignorar os “efeitos distributivos”, dificuldades subsistem quanto à questão de saber que critérios operacionais podem ser utilizados. Será que o direito da concorrência dispõe dos instrumentos necessários para realizar uma distribuição justa entre diferentes grupos de participantes no processo concorrencial, quando consiste sobretudo em proibições e aplicação de remédios? Não faltará às autoridades da concorrência, como já se questionou, legitimidade democrática para operarem a uma justiça distributiva<sup>52</sup>? Estas e outras dúvidas exigem uma reflexão mais aprofundada deste temática que não poderá, por esse motivo, ser abordada neste artigo. Podemos, em todo o caso, chamar aqui à colação, com um cariz puramente introdutório e ilustrativo da relevância desta discussão, e das dificuldades na construção de critérios operacionais, o pensamento do filósofo John Rawls e as concepções do economista Amartya Sen.

John Rawls, filósofo da universidade de Harvard, vem colocar em causa as teorias utilitaristas<sup>53</sup> que sublinham a necessidade de ser maximizada a eficiência económica, a qual deverá ser alheia a preocupações de justiça distributiva. Rawls apresentou na sua obra *Uma Teoria da Justiça* a ideia que a sociedade se apoia num sistema de cooperação (social) no qual inicialmente os indivíduos fixaram princípios de justiça. Para os princípios fixados serem equitativos, os indivíduos estão sob um véu de ignorância (ou seja, os indivíduos não conhecem a sua riqueza, características específicas, a sua situação futura, preferências, etc.). Sendo os indivíduos racionais e ignorantes (nos termos indicados) irão escolher princípios, necessariamente equitativos, para uma sociedade justa. Neste contexto surgem os seguintes princípios: por um lado, a cada indivíduo deve ter em sociedade a liberdade máxima, desde que compatível com a liberdade de todos os demais (princípio da liberdade) e, por outro lado, as desigualdades sociais e económicas devem ser ordenadas (princípio da igualdade) de maneira que ao mesmo tempo possam beneficiar os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença) e sejam ligadas a cargos e posições em condições igualitárias e justas de oportunidades (princípio da igualdade de oportunidades)<sup>54</sup>. Aplicando estas linhas de orientação, assentes na ideia de justiça e reciprocidade, no contexto do direito

---

52 Estas e outras dúvidas e limitações foram referidas nomeadamente por Gal (2017: 18-19).

53 Para os utilitaristas – movimento inspirado por Jeremy Bentham e John Stuart Mill – para sabermos se uma ação é boa temos de atender aos seus efeitos; uma ação será e útil se as suas consequências promoverem a felicidade, o bem-estar coletivo. Sobre o pensamento utilitarista veja-se Pais, 2011a: 54ss.

54 Rawls, 1999: 63-73.

da concorrência, poder-se-ia argumentar que não interessa apenas favorecer certos grupos, mas os mais fracos, sendo os consumidores finais geralmente os mais desfavorecidos no processo concorrencial.

A teoria de John Rawls tem sido, todavia, criticada quer pelas dificuldades na sua aplicação prática (será quase impossível o indivíduo colocar-se sob o véu da ignorância na posição inicial), quer pelas limitações à liberdade a que conduz, quer ainda por ser uma teoria que dá pouco relevo às escolhas dos indivíduos e ao mérito das suas ações traduzido em benefícios económicos<sup>55</sup>.

Amartya Sen, por seu turno, apresenta um padrão de bem-estar, em termos de capacidades dos indivíduos para funcionar de uma determinada maneira – ou seja, o que uma pessoa pode fazer ou pode ser<sup>56</sup>. O “capability test” estuda, assim, a qualidade de vida que os indivíduos são realmente capazes de alcançar – isto é, foca o bem-estar e a liberdade de persegui-la<sup>57</sup>. Para fazer essa avaliação, são fundamentais dois conceitos: (1) os *functionings*, que são as realizações de uma pessoa, são “constitutivas do bem-estar”<sup>58</sup>: o que conseguem fazer ou ser (por exemplo, estar saudável ou participar do vida da comunidade)<sup>59</sup>; (2) a *capability* refere-se ao conjunto de valiosos *functionings* a que uma pessoa tem acesso efetivo; por outras palavras, “capability represents a person’s freedom to achieve well-being”<sup>60</sup>.

A liberdade de escolha do indivíduo é particularmente adequada à lógica do direito da concorrência. Além disso, de acordo com a perspectiva de Sen, o nível de bem-estar ou justiça de uma sociedade será avaliado, como já foi apontado<sup>61</sup>, observando em que medida ela consegue garantir a cada cidadão um conjunto de *capabilities*. Segundo este economista, essa abordagem permite uma melhor avaliação da qualidade de vida e do progresso económico e é preferível a uma abordagem utilitarista baseada em recursos, *inputs* e utilidades individuais<sup>62</sup>.

---

55 Vejam-se sobretudo as críticas de Nozick, 2011, à teoria da justiça contratualista, ou neocontratualista e igualitária de Rawls, apoiada numa visão que considera, nomeadamente, a proteção da liberdade e da propriedade essencial e defende a distribuição da riqueza em função de mérito e uma intervenção mínima do Estado.

56 Sen, 1999.

57 Sen, 1995.

58 Sen, 1995: 49.

59 Exemplos dados por Sen, 1995: 39.

60 Sen, 1995: 49.

61 Claassen & Gerbrandy, 2016: 4-5.

62 Sen, 1995: 53.

Além disso, a desigualdade, considerada uma preocupação irrelevante ou secundária pelo critério do “bem-estar”, adquire um novo significado com a visão de Sen. Em vez de valorizar o aumento total ou o bem-estar do consumidor, a abordagem de Sen “abre espaço para uma variedade de ações”<sup>63</sup>. Segundo Sen “the evaluation of inequality has to take note of both the plurality of spaces in which inequality can be assessed, and the diversity of individuals”<sup>64</sup>.

Aplicando estas ideias no contexto da concorrência, alguns Autores defendem que o direito da concorrência deve visar igualmente alcançar a igualdade social e económica, chamando preocupações distributivas para este ramo do direito<sup>65</sup>. Além disso, condutas que prejudicam “consumidores de rendimento médio e baixo, mesmo beneficiando consumidores e acionistas mais ricos”, devem ser proibidas<sup>66</sup>.

Existem, no entanto, algumas dificuldades relacionadas com a construção de conceitos operacionais aplicáveis no plano do direito da concorrência<sup>67</sup>. De facto, o principal problema, uma vez seleccionadas as “capacidades”, é como quantificá-las, particularmente se quisermos incluir interesses não económicos, como a igualdade, na avaliação de casos de concorrência<sup>68</sup>. Além disso, ainda é discutida a questão de saber em que medida é que a falta de concorrência contribui para a desigualdade e se a lei de concorrência será a melhor ferramenta para abordar as questões de desigualdade. Resumindo, o debate sobre a abordagem desejável da desigualdade no domínio da concorrência está longe de se encontrar concluído.

### **3.2. Considerações de lealdade e de equidade nas decisões da Comissão Europeia e nos acórdãos dos Tribunais da União**

Embora possam ser encontradas referências à lealdade e à equidade nos Tratados – vejam-se, por exemplo, o artigo 101.º do TFUE, que menciona no

63 Sen, 1995: 43.

64 Sen, 1995: 88.

65 Cf. Trebilcock & Ducci, 2017. Cf. ainda Dolmans & Lin (2017: 1), segundo os quais “(...) if fairness were actually employed in substantive decision-making as a goal and criterion, that would lead to unequal and inefficient results”. Veja-se igualmente Geradin, 2018: 211.

66 Cf. Claassen & Gerbrandy, 2016: 4-5.

67 Sen, 2011 sugeriu a escolha das “capabilities” por um processo democrático. Outros exigem certos requisitos, cf. Claassen & Gerbrandy, 2016: 7.

68 Claassen & Gerbrandy, 2016: 7. Segundo estes autores há argumentos legais, morais e políticos para incluir interesses não económicos na apreciação concorrencial.

seu n.º 3 que as condutas das empresas devem reservar aos “consumidores uma parte equitativa” do lucro e o artigo 102.º do mesmo Tratado, que ilustra como abusos de posição dominante práticas que imponham “de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas” – tal tipo de preocupações estiveram ausentes da agenda das Autoridades da Concorrência durante muito tempo.

Recentemente, todavia, preocupações de justiça também apareceram nos discursos da Comissão Europeia. Como explicou o Diretor-Geral da Concorrência, Laitenberger, a noção de *justiça* remete para os objectivos finais do direito da concorrência: “cuidar dos interesses e do bem-estar dos consumidores e conceder as mesmas oportunidades a todos os agentes económicos” com operações no mercado único. Tal regulação ajudará a “elevar o nível de confiança” na sociedade. E no seu Relatório Anual de Política de Concorrência<sup>69</sup>, a Comissão afirmou igualmente que vai usar as regras de concorrência para divulgar “os benefícios da concorrência leal na Europa e no mundo”. Acresce que várias decisões *antitrust* recentes<sup>70</sup> têm permitido discutir estas questões. Particularmente relevantes foram as decisões de constituição de um cartel no setor automóvel, que foram pesadamente multadas pela Comissão em 21 de fevereiro de 2018. Os cartéis são geralmente considerados condutas desleais<sup>71</sup>, que conduzem a custos e preços mais elevados e podem “ameaçar a indústria e os empregos europeus no setor automóvel”<sup>72</sup>.

Por outro lado, no contexto de preços excessivos, a Comissão decidiu, em 24 de maio de 2018, impor obrigações vinculativas à Gazprom no sentido de permitir o livre fluxo de gás a preços competitivos nos mercados de gás da Europa Central e Oriental<sup>73</sup>. A Comissão suspeitava que a Gazprom estava a violar as regras de concorrência da União, adotando uma estratégia global para dividir os mercados de gás da Europa Central e Oriental. Esta estratégia permitia à empresa cobrar preços excessivos em certos Estados-Membros.

---

69 Cf Comissão Europeia, 2017: 2.

70 Laitenberger, 2017.

71 Como referiu Laitenberger (2017) “cartels were unfair because their members “extracted high profits”, car makers supported “higher costs” and consumers “higher prices”.

72 Laitenberger, 2017.

73 Cf. the Gasprom decision, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-3921\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3921_en.htm). . Cf. caso Aspen ainda pendente, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1323\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1323_en.htm). Laitenberger, 2017.

A Comissão impôs, deste modo, à empresa compromissos com o intuito de garantir que os preços da Gazprom permaneceriam “justos”<sup>74</sup>.

As preocupações de igualdade estão igualmente presentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Por exemplo, no caso da Huawei, referente a uma disputa de patentes, a Huawei detinha uma patente essencial e assumiu o compromisso de conceder licenças a terceiros em termos justos, razoáveis e não discriminatórios (FRAND)<sup>75</sup>. A Huawei entrou em negociações com outra empresa (ZTE), uma produtora multinacional de telemóveis, mas as negociações fracassaram. A Huawei interpôs então uma ação por violação de patente contra a ZTE, destinada a fazer obter a cessação da infração, e a ZTE defendeu-se alegando que a Huawei tinha abusado da sua posição dominante ao pedir providências cautelares. O Tribunal considerou que não existia abuso desde que, antes da propositura da ação, o titular da patente tivesse advertido o alegado infrator que estaria a violar a patente e o referido infrator continuasse a explorar a patente e não se mostrasse disponível para apresentar, de forma diligente, ao titular da patente, uma proposta em conformidade com a boa-fé e os usos comerciais existentes no setor<sup>76</sup>. O Tribunal decidiu, assim, que para a conduta do titular de uma patente essencial não ser considerada abusiva teria de respeitar as condições destinadas a garantir o *justo equilibrio* dos interesses em causa<sup>77</sup>.

### 3.3. Considerações de lealdade e de equidade nas decisões das Autoridades Nacionais de Concorrência

Preocupações de equidade na apreciação de casos nacionais de concorrência foram manifestadas recentemente pelo Bundeskartellamt aquando da adoção da decisão preliminar no processo “Facebook”. Segundo a autoridade alemã da concorrência, a prática do Facebook de tornar a utilização da rede social dependente de a empresa poder reunir, de fontes de terceiros, dados pessoais do utilizador (e associá-los à conta desse mesmo utilizador) e depois usar tal informação para atividades de processamento de dados (nomeadamente

---

74 Laitenberger, 2017.

75 Cf. Pais, 2017: 11.

76 Ver Pais, 2017.

77 Acórdão de 16 de julho de 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, n.º 77. Também no caso *MOTOE*, o Tribunal considerou que a “igualdade de oportunidades” era um objetivo das normas de defesa da concorrência, cf. acórdão de 1 de julho de 2008, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, n.º 51.

vender essa mesma informação aos seus clientes, as empresas de publicidade) seria uma prática restritiva da concorrência.

Recorde-se que a adoção de novas tecnologias permite às empresas privadas utilizarem dados pessoais numa escala sem precedente. Sendo certo que a aquisição desses dados é feita, via de regra, com o consentimento do próprio titular, que pretende usufruir de certos serviços “gratuitos”, é discutível se o consentimento prestado pelo utilizador do serviço pode ser considerado informado, quando este desconhece em que contexto e com que finalidade é que os seus dados, nomeadamente provenientes de fontes terceiras, vão ser aplicados<sup>78</sup>.

No caso Facebook, a autoridade da concorrência alemã teve em consideração quer a situação dominante da empresa no mercado alemão das redes sociais, quer vários elementos inscritos nos “termos do serviço” prestado pela empresa, que considerou inadequados e suscetíveis de gerarem preocupações a nível da concorrência, logo numa avaliação preliminar<sup>79</sup>. A detenção de uma posição dominante por parte do Facebook, suscetível de dificultar a mudança dos utilizadores para outras redes sociais, associada à obrigação de os utilizadores se registarem e terem de aprovar, na totalidade, os termos do serviço<sup>80</sup>, permite que a empresa reúna um número excessivo de dados e os utilize de forma abusiva<sup>81</sup>.

---

78 Note-se que a decisão preliminar foca a recolha e tratamento de dados de fontes terceiras (não visa a recolha e tratamento de dados pelo próprio facebook). Cf. Preliminary Assessment in Facebook Proceedings (doravante caso Facebook), Press release, 19.12.2017, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 1-2 (hereinafter Preliminary Assessment). Ver. Também, Background information on the Facebook proceeding, cf. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (acceded 1.3.2018)

79 Press release, 19.12.2017, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3), 1-2 (hereinafter Preliminary Assessment)

80 Caso Facebook cit.

81 Por outras palavras, o Facebook recolhe dados de serviços relacionados (por exemplo, WhatsApp e Instagram) e de sites não relacionados (que usam o API do Facebook, isto é, o Application Programming Interface). Como explica Boesten “many websites and apps offer the option to like or share their content on Facebook, which is made technically possible by using the Facebook API” [...] “when users visit websites or apps that have this API embedded (even without pressing the ‘like’ or ‘share’ button), their data is transmitted to Facebook, which then processes it to target advertising” (see <http://coreblog.lexxion.eu/bundeskartellamt-facebook-case/>, accessed 20.3.2018). Daí que o Bundeskartellamt tenha decidido: “users cannot expect data which is generated when they use services other than Facebook to be added to their Facebook account to this extent”, cf. caso Facebook cit.

A teoria do dano, neste caso, residiria no facto de o Facebook, ao impor condições comerciais injustas, poder causar danos aos consumidores, uma vez que estes não seriam capazes de controlar a utilização futura dos seus dados pessoais<sup>82</sup>. Ou seja, estaríamos perante um abuso de exploração.

Esta avaliação preliminar foi objeto, como seria expectável, de apreciações assaz divergentes na literatura jurídica.

Alguns Autores condenaram liminarmente a decisão do Bundeskartellamt<sup>83</sup>, argumentando que a tentativa de incluir considerações de proteção de dados e privacidade na lei de concorrência teria sido descartada pela própria Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça<sup>84</sup>. Além disso, as autoridades de concorrência não deveriam ser onipotentes e tentar regular este tipo de casos, uma vez que têm recursos escassos. Acresce que os consumidores teriam opções e poderiam mudar para outros serviços, não se justificando a intervenção da autoridade pública. Finalmente, importa referir que há várias dificuldades técnico-jurídicas na análise deste tipo de situações, nomeadamente quanto à identificação quer do mercado relevante<sup>85</sup>, quer da existência de uma posição dominante (sobretudo porque as redes sociais são muito dinâmicas, os serviços fornecidos são “gratuitos” e porque não há barreiras económicas ou técnicas que impeçam os utilizadores de mudarem para outros serviços). Seguindo esta linha de pensamento, a autoridade nacional da concorrência não devia ter aplicado as regras de concorrência, nem devia ter equiparado uma alegada violação das disposições em matéria de proteção de dados com um abuso de posição dominante<sup>86</sup>.

Outros autores partilham uma perspetiva diferente e apoiam a avaliação feita por Andreas Mundt, o presidente do Bundeskartellamt. Argumentam, por um lado, que o direito da concorrência tem múltiplos objetivos,

---

82 Caso Facebook. cit. Dito de outro modo, a prática do o Facebook é um abuso de exploração, pois os consumidores nunca aceitariam os termos do serviço se a empresa tivesse menor poder de mercado e os consumidores tivessem a possibilidade para recorrer a soluções alternativas.

83 Cf. Pablo, 2016.

84 Cf. por exemplo acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, n.º 63: “any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, matters of competition law”.

85 Segundo Pablo (2016), no caso Facebook está em causa um mercado gratuito e o teste SSNIP não é adequado. Claro que podemos sempre contra-argumentar que esses serviços não são gratuitos pois os dados pessoais são um ativo valioso.

86 Cf. Pablo, 2016.

reconhecidos pelos Tratados e pela jurisprudência<sup>87</sup>, e que as preocupações em matéria de privacidade podem, por conseguinte, ser tidas em conta na apreciação dos casos de concorrência, designadamente naqueles que envolvam abusos de exploração<sup>88</sup>. Por outro lado, a inadequação dos instrumentos tradicionais a este tipo de casos poderá, eventualmente, ser superada com o aparecimento de novas soluções alternativas (já foi sugerida, por exemplo, a substituição do critério de preço, usado no teste SSNIP, por um padrão de qualidade)<sup>89</sup>.

Em síntese, a complexidade e a novidade destas questões no plano da concorrência aconselham alguma prudência nas soluções e remédios avançados.

#### 4. CONCLUSÃO

Sendo certo que o certo que o direito a concorrência não pode ser “tudo para todas as pessoas” e não pode ser uma “panacea” para todas as preocupações políticas<sup>90</sup>, podemos afirmar que o direito da concorrência da União prossegue múltiplos objetivos. Verifica-se, ademais, uma certa “convergência” quanto à consideração da eficiência económica e proteção dos consumidores como os principais valores existentes neste domínio<sup>91</sup>. Sem prejuízo de outras finalidades poderem ser igualmente chamadas à colação pelas autoridades de defesa da concorrência, aquando da apreciação de um caso concreto. A liberdade económica das empresas, a garantia da igualdade de oportunidades, a concorrência leal e pelo mérito, a proteção do processo concorrencial no mercado interno e a defesa das pequenas e médias empresas são igualmente preocupações legítimas neste contexto. Conciliar, e eventualmente hierarquizar esses múltiplos objetivos, especialmente porque traduzem e refletem concepções e opções políticas muito diferentes, é, todavia, uma tarefa difícil. Acresce ainda alguma dificuldade na definição destes conceitos polissémicos, suscetível de comprometer a clareza e previsibilidade da normas jurídica envolvidas, características fundamentais para uma sua aplicação eficaz e simultaneamente

---

87 Cf. por exemplo o Acórdão de 6 de Outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, referido *supra*.

88 Cf. Claassen & Gerbrandy, 2016: 7.

89 Uma solução sugerida por Gebicka & Heinemann (2014: 149-172) seria adaptar o teste SSNIP aos serviços gratuitos da internet. Neste plano a qualidade devia ser considerada em vez do preço.

90 Ezrachi, 2007: 622-641.

91 Há, ademais, uma certa uniformização da linguagem concorrencial. Cf. Pablo, 2017: 147-148.

respeitadora do princípio da segurança jurídica. Não será, todavia, a eficiência económica, enquanto objetivo e critério do direito da concorrência que poderá conferir especial estabilidade e previsibilidade às normas de defesa da concorrência<sup>92</sup>. Com efeito, e como bem sublinha Ariel Ezrachi<sup>93</sup>, a apresentação de objetivos económicos como neutros pode mesmo ser enganosa: “it propagates a mirage of objectivity, clarity and analytical superiority – traits that are not always present”<sup>94</sup>. Note-se que, com estas observações, não queremos desconsiderar ou substituir os objetivos económicos referidos, apenas gostaríamos de sublinhar que existem igualmente dificuldades na aplicação do critério da eficiência económica e que preocupações de equidade, para além dos casos já consagrados no Tratado (como é o caso dos preços e condições não equitativos referido no artigo 102.º do TFUE) ou na jurisprudência (como são os casos de concorrência pelo mérito), podem igualmente ter lugar no direito da concorrência. Sem qualquer intenção de tratar o tema de forma exaustiva, ou de identificar neste momento, e neste contexto, novos critérios operacionais, complementares dos existentes, gostaríamos apenas de chamar a atenção, neste breve apontamento, para a necessidade de o direito europeu da concorrência não ser alheio a preocupações de justiça distributiva.

---

92 Segundo Ezrachi (2007: 622-641), a visão “apelativa” de que a concorrência “is a stable predictable and economically-based antitrust discipline is merely an illusion”. Para Pablo (2017: 147-148) por seu turno, o critério da eficiência deve ser visto “as part of the economic starting point [rather] than as the discipline’s bottom-line or ultimate goal”.

93 Ezrachi, 2007: 622-641.

94 Como refere Ariel Ezrachi esta visão é divulgada “as reality, to support its legitimacy” [ignoring its] “sponge-like” characteristics of the law – its susceptibility to national peculiarities originating in its design and evident in its application and its exposure to intellectual and regulatory capture”. Cf. Ezrachi, 2017.

## BIBLIOGRAFIA

AMATO, Giuliano

1997 *Antitrust and the bounds of power the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford: Hart Publishing

AMATO, Giuliano & EHLERMANN, Claus-Dieter

2007 *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Oxford: Hart Publishing

AREEDA, Philip & TURNER, Donald F.

1980 *Antitrust Law*, vol. 21

ATKINSON, Anthony B.

2015 *Inequality: What Can Be Done?*, Cambridge: Harvard University Press

BEHRENS, Peter

2014 “The ‘Consumer Choice’ Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law”, Europa-Kollege Hamburg, Institute for European Integration, Discussion Paper, n.º 1/14, pp. 1-38

BORK, R

1978 *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York: Basic Books

BRODLEY, Joseph F.

1987 “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress”, in *New York University Law Review*, n.º 62, pp. 1020-1053

CLAASSEN, Rutger & GERBRANDY, Anna

2016 “Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach”, in *Utrecht Law Review*, vol. 12, Issue 1, pp. 4-5.

COMISSÃO EUROPEIA

2017 *European Commission Report on Competition Policy 2016*, COM(2017) 285 final, de 31.05.2017.

DOLMANS, Maurits & LIN, Wanjie

2017 “Fairness and competition law: a fairness paradox”, in *Concurrences*, Nov. 2017-4, p. 1.

EZRACHI, Ariel

2007 “Merger Control and Cross Border Transactions – A Pragmatic View on Cooperation, Convergence and What’s in Between”, in Philip Marsden (ed.), *Handbook on Trans-Atlantic Antitrust*, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 622-641

2016 “Sponge”, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.5, Issue 1, April 2017, pp. 49-75, disponível em <https://academic.oup.com/antitrust/article/5/1/49/2525569>,

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2572028> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2572028>.

Fox, Eleanor

2016 “Competition policy: the comparative advantage of developing countries”, in *Law and Contemporary problems*, vol. 79, pp. 69-85 (disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss4/3>)

2018 “Antitrust and the pulls of populism”, in Fordham Competition Law Institute, *The 45th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy*, setembro 2018, p. 19

FOX, Eleanor M. & GERADIN, Damien

2017 *EU Competition Law – Cases, Text and Content*, UK: Edward Elgar Publishing

FURMAN, J. & STIGLITZ, J. E.

2002 “U.S. versus Microsoft, Declaration as Part of The Tunney Act Proceeding”, *Computer & Communications Industry Association*, Jan. 28, Disponível em [http://www.sbgo.com/Papers/tunney\\_jesjf.pdf](http://www.sbgo.com/Papers/tunney_jesjf.pdf)

GAL, Michal

2017 “The Social Contract at the Basis of Competition Law: Should we Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?”, in Ioannis Lianos & D. Gerard (eds.), *Competition Policy: between Equity and Efficiency*, Cambridge: Cambridge University Press, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3014354](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3014354)

2018 “The Social Contract at the Basis of Competition Law: Should we Recalibrate Competition Law to Limit Inequality?”, in *Fordham Competition Law Institute, 45th Annual Conference, on International Antitrust Law and Policy*, setembro 2018, pp. 7.

GEBICKA, Aleksandra & HEINEMANN, Andreas

2014 “Social Media & Competition Law”, in *World Competition*, vol. 37, Issue 2, pp. 149-172

GERADIN, Damien

2018 “Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 4, pp. 211

HICKS, John

1939 “The foundations of Welfare Economics” in *The Economic Journal*, vol. 49, n.º 196, pp. 696-712

HOVENKAMP, H.

2018 “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled”, in *Fordham Competition Law Institute, 45th Annual Conference, on International Antitrust Law and Policy*, setembro 2018, p. 47

JONES, alison & SUFRIN, brenda

2016 *EU Competition Law – Texts Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press

KAHN, Lina

2018 “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 9, n.º 3, pp. 3

KALDOR, Nicholas

1939 “Welfare propositions in Economics and interpersonal comparisons of utility”, in *The Economic journal*, vol. 49, n.º 195, pp. 549-552

KAPLOW, Louis & SHAVELL, Steven

2011 “Fairness Versus Welfare”, in *Harvard Law Review*, vol. 114, pp. 961-1388

KERBER, Wolfgang & HARTING, Sandra

2001 “*The Rise and Fall of the German Miracle*”, in *Critical Review*, vol. 13, pp. 337-358, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1081628>

LAITENBERGER, Johannes

2017 *EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective*, in evento MLex/Hogan Lovells, Bruxelas, 10 de outubro 2017

LIANOS, Ioannis

2013a “Some reflections on the question of the goals of EU Competition Law”, in Ioannis Lianos, Damien Geradin & Edward Elgar (eds.) *Handbook on European Competition Law Substantive Aspects*, UK: Edward Elgar Publishing, 1-84, p. 3

2013b “*Some reflections on the questions of the goals of EU Competition Law*”, Centre for law, Economics and Society, CLES Working Paper Series, 3/2013, janeiro 2013, p. 1

MOURA E SILVA, Miguel

2018 *Direito da Concorrência*, Coimbra: Almedina

NAZZINI, R.

2011 *The Foundations of European Union Competition Law: The objectives and principles of Article 102*, Oxford: Oxford University Press

NOZICK, Robert

2011 *Anarquia, Estado e Utopia*, Brasil: VMF Martins Fontes

## OCDE

2012 *Procedural Transparency and Fairness*, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf> (consultado em 2.3.2018).

## ORBACH, Barak Y.

2010 “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 7, n.º 1, pp. 133

## PABLO, Alfonso Lamadrid De

2016 *Facebook, Privacy and Article 102 – a first comment on the Bundeskartellamt’s investigation*, disponível em <https://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/> (consultado em 10.5.2018).

2017 “*Competition law as Fairness*”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, Issue 3, pp. 147–148

## PAIS, Sofia Oliveira

2011a *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo europeu*, Universidade Católica Editora

2011b “O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência”, in Assunção Cristas, Marta Tavares de Almeida, José Lebre de Freitas, Rui Pinto Duarte (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almedina, pp. 587–627

2017 “The *Huawei* Case and Its Aftermath: a New Test for a New Type of Abuse”, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 2017, 10 (16), pp. 11

## PARETO, Vilfredo

1971 *Manual of Political Economy*, London: Augustus M. Kelley Publishers

## RAWLS, J.

1999 *A Theory of Justice (Revised Edition)*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 63–73

## SAUTER, Wolf

2016 *Coherence in EU Competition Law*, Oxford: Oxford Studies in European Law

## SEN, Amartya

1995 *Inequality reexamined*, Cambridge: Harvard University Press

1999 *Commodities and capabilities*, India: Oxford University Press India Paperbacks,

2011 *The Idea of Justice*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, (Reprint edition)

SHAPIRO, Carl

2017 “Antitrust in a time of populism”, disponível em <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf>

STIGLITZ, J.e.

2002 “Information and the Change in the Paradigm in Economics”, in *American Economic Review*, 92(3), pp. 460-501

TREBILCOCK, Michael & DUCCI, Francesco

2017 “The Multifaceted Nature of Fairness in Competition Policy”, in *Competition Policy International*, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/10/CPI-Trebilcock-Ducci.pdf>

UNCTAD – United Nations Conference on Trade and Development

2015 The role of competition policy in promoting sustainable and inclusive growth, TD/RBP/CONF.8/6, disponível em [http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6\\_en.pdf](http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdrbpconf8d6_en.pdf)