

Artigo de Margarida Rosado da Fonseca para o Observador:

<https://observador.pt/opiniao/covid-19-e-a-concorrencia-em-prol-do-interesse-geral/>

The screenshot shows the Observador website's header with navigation icons and the word "OBSERVADOR". Below the header is a circular profile picture of Margarida Rosado da Fonseca. Her name is displayed below the picture, along with a "Seguir" button. A grey box contains her title: "Counsel e Responsável pela Área de Europeu e Concorrência na CS Associados".

## COVID 19 e a concorrência: em prol do interesse geral

*A “transversalidade” das regras de concorrência e as consequências do seu cumprimento pelas empresas não escaparam incólumes às mudanças em curso e podem ser consideradas positivas para o futuro.*

25 mar 2020, 00:07



A excepcionalidade que o mundo e, agora mais do que nunca, a União Europeia vive perante os efeitos da pandemia do novo Coronavírus (e da COVID 19) representa um constante desafio às autoridades públicas, aos agentes económicos e à população em geral. A “transversalidade” das regras de concorrência e as consequências do seu cumprimento (ou não) pelas empresas, bem como as prioridades das autoridades competentes para as aplicarem não escaparam incólumes às mudanças em curso e podem ser consideradas positivas para o futuro.

O artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê a regra da incompatibilidade com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, “os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.” Uma das várias exceções à mesma consiste nas medidas estatais que são “necessárias, adequadas e proporcionadas para sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro”.

Em concretização desta última exceção anteontem e ontem a [Comissão Europeia](#) aprovou em tempo recorde os regimes de auxílio notificados por [França](#), pela [Dinamarca](#), pela [Itália](#), pela [Alemanha](#) e por [Portugal](#), os quais considerou que cumprem igualmente as condições que esta instituição europeia estabeleceu no [“Quadro Temporário”](#) publicado na véspera. Significa isto que são consideradas admissíveis as medidas que preveem garantias a prestar pelo Estado, financiamentos por parte de bancos públicos e privados, programas de empréstimo, sistemas de garantias especificamente a PMEs e empresas de média capitalização e uma subvenção para apoiar o fabrico e fornecimento de equipamentos médicos (como máscaras de proteção). Os montantes dos auxílios por Estado-membro oscilam entre os 50 milhões e os 300 mil milhões de euros, sendo que o valor dos dois regimes de auxílio alemães não é publicamente conhecido e somente se prevê que pode ascender a mil milhões de euros por empresa destinatária. As medidas notificadas pelo Estado Português respeitam ao turismo, à restauração (e atividades similares), à indústria extrativa e transformadora, e ainda a atividades das agências de viagens, animação turística, organização de eventos (e atividades similares). Os quatro regimes são dotados de um orçamento total de 3 mil milhões de euros. Palavras para quê? *Time is of the essence...*

No dia 13 de março a Presidente da Comissão apresentou a [“resposta imediata” para a “mitigação do impacto socioeconómico resultante do surto do COVID-19, centrada numa resposta Europeia coordenada”](#) e recordou a “panóplia de munições” que os Estados-membros dispõem para financiarem a economia para além dos auxílios. Entre as mesmas contam-se “subsídios salariais, suspensão dos pagamentos de impostos sobre as sociedades e do imposto do valor acrescentado ou das contribuições sociais e apoio financeiro diretamente aos consumidores” no contexto do cancelamento

das viagens. Uma semana depois, a Comissão propôs ao Conselho a ativação da cláusula de derrogação de âmbito geral do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) no quadro da sua estratégia de resposta rápida, determinada e coordenada à pandemia de coronavírus. A aprovação desta ativação “permitirá que os Estados-Membros tomem medidas para lidar adequadamente com a situação de crise, desviando-se temporariamente das obrigações orçamentais normalmente aplicáveis no âmbito do quadro orçamental europeu”. Ainda que indiretamente e não assentes em exceções às regras de concorrência, esta flexibilização terá um profundo impacto a curto e médio prazo na concorrência no mercado. Alguns críticos, aliás, consideram que deste modo se permite a subsistência de empresas que em condições normais não subsistiriam devido ao seu insuficiente desempenho e, nessa medida, introduz distorções de concorrência.

A difícil “arte” de escolher “quando não lutar”... É sabido que, tanto à luz do Direito da União Europeia como de inúmeras leis nacionais (incluindo a Portuguesa), em regra são proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto ou por efeito restringir de forma sensível a concorrência. E as exceções implicam necessariamente uma análise de “custo-benefício” com ganho para a concorrência no mercado e as suas repercussões positivas nos consumidores.

Por essa razão o dia de hoje é também *histórico*, na medida em que o apelo constante da Comissão à conjugação de esforços para assegurar “consistência e solidariedade entre países” teve eco na divulgação de uma Declaração conjunta sobre a aplicação das regras da concorrência durante a crise do Coronavírus por parte da Rede Europeia de Concorrência (ECN), da qual faz parte a Autoridade da Concorrência.

Com efeito, nas últimas semanas assistiu-se a abordagens (aparentemente?) distintas por parte dos Estados membros, desde logo, pela “voz” dos Governos e das autoridades de Concorrência, relativamente a fenómenos de cooperação pública entre concorrentes, alegadamente destinados a assegurar o regular funcionamento de “infraestruturas essenciais” (como sejam as redes de transportes e de telecomunicações), bem como o regular fornecimento de “bens essenciais” à população (que incluiu bens alimentares “essenciais” e equipamentos médicos).

Na semana passada foi tornado público que o Governo norueguês decidiu que as regras de Concorrência nacionais não se aplicam ao setor transportador pelo menos durante os próximos três meses, atendendo a que o mesmo é essencial para assegurar o fornecimento de bens e serviços essenciais à população. Nestes termos e a título de exemplo, as transportadoras aéreas SAS e a Norwegian (esta última “em dificuldades financeiras” segundo a imprensa) passaram a cooperar relativamente às rotas.

A congénere holandesa da AdC, a ACM.nl, tornou pública a sua interação com empresas e associações de empresas para a clarificação dos limites da lei para as formas de cooperação que as mesmas pretendam concretizar no contexto excepcional atual e poderá entender-se que estaria a adotar um entendimento algo mais “flexível”, ainda que tenha enunciado de forma clara as condutas que continuam a ser consideradas contrárias à lei.

O Governo Britânico tornou pública a sua decisão de temporariamente “flexibilizar certos elementos de concorrência” como parte integrante de um conjunto de medidas que visam permitir ao comércio a retalho “trabalhar melhor em conjunto para alimentar a nação”. Neste sentido, permite-se “ao retalho partilhar informação sobre os níveis de stocks, cooperar no sentido de manter as lojas abertas, partilhar centro de distribuição e veículos de distribuição”, para além de “permitir aos retalhistas organizarem uma pool de colaboradores para prestarem entreajuda se necessário. De acordo com o mesmo comunicado, esta decisão foi tomada após a realização de reuniões com os representantes dos principais grupos de retalho alimentar e várias associações do setor. De forma complementar, a congénere britânica da AdC, a CMA tornou pública a sua estratégia relativamente à “cooperação essencial entre empresas no contexto do COVID 19”. Para além do decretamento da “legal relaxation” pelo Governo e não esquecendo as suas atribuições também quanto à defesa dos consumidores, a CMA assegura não pretender investigar “as empresas pela circunstância de cooperarem entre elas ou de rationarem produtos na estrita medida do necessário à proteção dos consumidores, por exemplo, para assegurar o abastecimento de produtos”. Em paralelo, a CMA dirigiu uma

carta aberta às indústrias farmacêutica, alimentar e de bebidas, tendo em consideração a essencialidade das atividades que prosseguem e a importância da manutenção da confiança pelos cidadãos. Assim, constatando o surgimento de algumas denúncias sobre elevados aumentos de preços de certos produtos ou a existência de alegações erróneas sobre a eficácia dos mesmos, a CMA apela à cooperação das mesmas para se “cortar o mal pela raiz” e recorda os amplos poderes de que dispõe para investigar condutas ilegais e a firme intenção de assegurar o bom funcionamento dos mercados.

Por outro lado e em simultâneo, já estão em curso investigações por alegadas práticas anticoncorrenciais no contexto da “emergência sanitária” resultante da COVID-19, por exemplo pela congénere italiana da AdC, a [AGCM](#). Na última semana [a AGCM tornou pública uma investigação a alegados preços excessivos praticados pelas plataformas Amazon e Ebay](#) relativos à comercialização de produtos de higiene e desinfetantes para as mãos, máscaras de proteção e outros produtos equiparáveis e [também a decretação de medidas cautelares de suspensão \(ou encerramento?\) de um sítio internet, bem como a suspensão da atividade de comercialização de um fármaco “antiviral” ao preço de 634,44 €. Estas ações foram realizadas em cooperação com uma unidade especial para esta área \(Nucleo Speciale de Antitrust\) da Guardia di Finanza](#).

A singularidade dos eventos nestes dias também “atingiu” Portugal. Multiplicam-se os esforços dos agentes económicos na minimização dos impactos socioeconómicos da COVID 19 e da [“Declaração de “Estado de Emergência”](#). Assim e apenas a título de exemplo, lemos a [“Carta aberta aos Portugueses”](#), subscrita por um conjunto de grupos económicos do setor da distribuição alimentar e pela associação do setor (APED) sobre os esforços conjunto que estão a ser feitos para os mesmos continuarem a assegurar o regular fornecimento das lojas. No dia 20 de março, [3 operadoras de telecomunicações apresentaram uma proposta conjunta ao Governo com o objetivo de “manter qualidade dos serviços e assegurar a rede para funções críticas do Estado”](#). No mesmo dia, a AdC invocou o “momento em que o país enfrenta uma pandemia” para aceitar o “pagamento faseado de uma coima” imposta por falta de notificação prévia de uma operação de concentração, “de modo a evitar algum impacto nos serviços prestados pela empresa (a qual está presente no setor da saúde). Num outro plano que não o de aplicação das regras de Concorrência mas igualmente relevante é a nota pública sobre a [realização de fiscalizações pela Autoridade de Segurança Alimentar e Económica](#) a propósito de alegados aumentos excessivos de preços de medicamentos e “produtos essenciais” no contexto do combate ao surto da COVID 19.

Numa comparação que se tente fazer entre a AdC e as suas congéneres cumpre notar desde logo que a aplicação das regras de concorrência nacionais conhece algumas especificidades, o que em parte se poderá atribuir à missão que prossegue e à organização funcional das autoridades nacionais que são competentes para as aplicar. Assim, e de forma muito simplista, são várias as diferenças entre a AdC e, designadamente, as suas congéneres britânica, holandesa e italiana. Desde logo, a AdC não acumula as atribuições de defesa da concorrência e de defesa dos consumidores, tem uma missão especificamente vocacionada para a aplicação das regras de concorrência e é uma “entidade administrativa independente”, não estando sujeita a instruções ou orientações nem do Governo nem da Assembleia da República quanto às suas prioridades de atuação. Estas diferenças poderão, eventualmente, ser atenuadas depois de ser transposta a [Diretiva 2019/1/EU que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competência para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno](#) (“Diretiva ECN+”) e cujo prazo de transposição termina em 4 de fevereiro de 2021.

Também há que distinguir as atribuições da AdC daquelas da [ASAE](#). Esta última é um serviço central da administração direta do Estado dotado de autonomia administrativa e que “tem por missão a fiscalização e prevenção do cumprimento da legislação reguladora do exercício das atividades económicas”. Mais precisamente, entre as suas competências contam-se “executar, em colaboração com outros organismos competentes, as medidas destinadas a assegurar o abastecimento do País em bens e serviços considerados essenciais, tendo em vista prevenir situações de açambarcamento”, e “fiscalizar a venda de produtos e serviços nos termos legalmente previstos tendo em vista garantir a segurança e saúde dos consumidores, bem como

*fiscalizar o cumprimento das obrigações legais dos agentes económicos*". Não tem competência para aplicar as regras de Concorrência, a qual, em Portugal foi atribuída pelo legislador exclusivamente à AdC.

É assim de felicitar a adoção da Declaração conjunta da ECN, embora a sua redação reflita as cautelas que antecipamos que as autoridades de concorrência mais "conservadoras" tenham "exigido" manter no texto e que deixam por clarificar várias questões prementes. De todo o modo é útil sermos lembrados de que "Os diversos instrumentos de concorrência da UE/EEE têm mecanismos que permitem considerar, quando apropriado e necessário, os desenvolvimentos do mercado e económicos". E também de que o objetivo das regras da concorrência (assegurar a igualdade das condições concorrenenciais entre empresas) "permanece também relevante [...] [numa] conjuntura de crise", mas que, não obstante, "a atual situação extraordinária poderá desencadear a necessidade de cooperação entre empresas de forma a garantir para todos os consumidores a oferta e distribuição justa de produtos de escassa disponibilidade".

Acresce que a ECN reconhece a ausência de caráter prioritário na intervenção "contra medidas necessárias e temporárias que sejam implementadas de forma a impedir a escassez de oferta". Mais sublinha, de forma pedagógica, que "é de importância fundamental garantir que os produtos considerados essenciais para proteger a saúde dos consumidores, nas atuais circunstâncias (p. ex. máscaras faciais e gel sanitário), permanecem disponíveis a preços competitivos" e que "não hesitará em agir contra as empresas que tirem proveito das atuais circunstâncias através da cartelização ou do abuso da sua posição dominante". Clarifica também a Declaração que "as atuais regras vigentes permitem aos produtores definir preços máximos para os seus produtos" uma vez que "estes poderão revelar-se úteis para limitar aumentos de preço injustificados ao nível da distribuição". E fica expressa a disponibilidade dos membros da ECN para serem contactados pelas empresas quanto à compatibilidade de tais iniciativas de cooperação com o direito da concorrência de modo a "obter[em] orientações informais".

É, assim, legítimo esperarmos da AdC que não só aplique o disposto na Declaração, como seja mais ambiciosa no aumento da segurança jurídica a transmitir aos agentes económicos neste período excepcional (e desejavelmente transitório). Desde logo o universo de empresas de setores particularmente relevantes no atual enquadramento e que não são mencionadas na Declaração abrange, desde logo, as farmacêuticas e os fabricantes de dispositivos médicos e, tendo em conta os auxílios de Estado agora aprovados, também o setor financeiro (pela relevância que terá no financiamento às empresas em geral).

A pandemia de COVID 19 e a magnitude das medidas que estão a ser adotadas pelas instituições Europeias e autoridades nacionais não permitem que o *status quo* das políticas de Concorrência escape incólume e esta prova. Será porventura apenas mais uma das muitas provas que a Concorrência tem ultrapassado com sucesso. De todo o modo, reforça a acuidade da reflexão que a comunidade jurídica e económica já iniciou a nível internacional e que aconselha a que o tema da sua aplicação neste período transitório e absolutamente excepcional seja tratado com transparência, realismo, seriedade e pragmatismo. Afinal, o princípio da livre concorrência encontra-se previsto nos Tratados da União Europeia e na Constituição da República Portuguesa. Mas não está só. *E há todo um mundo lá fora.*