

COVID-19 | Concorrência: exceções em tempos de exceção

Para assegurar a subsistência dos mercados e as cadeias de distribuição no contexto da crise pandêmica, poderá ser necessária e justificar-se alguma flexibilização das regras do direito da concorrência aplicáveis aos acordos entre empresas.

Mas como conciliar esta flexibilidade com os objetivos das regras concorrência?

A declaração da Rede Europeia da Concorrência (ECN)¹, de 23 de março de 2020, espelhou esta dicotomia: se, por um lado, lembrou que os objetivos das regras da concorrência permanecem relevantes nesta conjuntura, por outro considerou improvável que os acordos entre empresas, celebrados para impedir a escassez de oferta, violem aquelas regras - ou porque não restringem a concorrência ou porque os benefícios que a cooperação realiza justificam tal restrição².

¹ Da qual fazem parte a Autoridade da Concorrência (AdC) e a Comissão Europeia (CE).

² Foi publicada, na mesma data, uma declaração semelhante pela Rede Internacional da Concorrência (RIC).

Orientações da CE sobre a cooperação entre empresas no contexto da atual pandemia

Em 8 de abril de 2020, a CE adotou um [Quadro Temporário](#), para a análise de práticas de cooperação entre empresas, em resposta a situações de emergência decorrentes do surto de COVID-19.

Âmbito de aplicação: resposta à escassez de produtos e serviços essenciais, em todos os setores e até que a CE retire o referido quadro.

Ideias chave: o direito da concorrência permanece aplicável e as empresas continuam responsáveis por avaliar a legalidade das suas iniciativas, podendo recorrer às orientações excepcionais emitidas.

De acordo com essas orientações, a troca de informações comerciais sensíveis e a coordenação entre as instalações que produzem os medicamentos serão consideradas admissíveis, desde que:

- *Sejam concebidas e objetivamente necessárias para aumentar efetivamente a produção da forma mais eficiente possível para suprir ou evitar uma escassez de produtos ou serviços essenciais, como os que são utilizados no tratamento dos doentes com COVID-19;*
- *Tenham caráter temporário (ou seja, sejam aplicáveis apenas enquanto subsistir um risco de escassez ou, em todo o caso, durante o surto de COVID-19);*
- *Não ultrapassem o estritamente necessário para alcançar o objetivo de suprir ou evitar a escassez no aprovisionamento.*

Adicionalmente, as empresas devem documentar todos os intercâmbios de informação realizados e todos os acordos celebrados entre si e disponibilizá-los à Comissão, mediante pedido.

De modo a tranquilizar as empresas quanto à compatibilidade das suas medidas com o direito da concorrência da União Europeia (UE), a CE criou, ainda, um procedimento excecional para fornecer orientações *ad hoc*, que inclui a possibilidade de ser emitida um *carta de conforto* - relembre-se que a regra é a autoavaliação - pela CE, ao seu critério e a pedido das empresas³.

A CE já havia disponibilizado um e-mail (COMP-COVID-ANTITRUST@ec.europa.eu), através do qual as empresas podem solicitar uma orientação informal sobre quaisquer iniciativas específicas (âmbito alargado) no contexto da presente crise, identificando: (i) a(s) empresa(s) e o(s) produto(s) ou serviço(s) em causa; (ii) o âmbito e a estrutura da cooperação; (iii) os aspetos que podem suscitar preocupações ao abrigo do direito da concorrência da UE; (iv) os benefícios que a cooperação visa atingir; e (v) porque é que a cooperação é necessária e proporcional.

Assim, a mera invocação de que a intenção das partes é fazer face à crise provocada pelo COVID-19 não determina que o acordo em causa não está abrangido pela proibição de acordos anticoncorrenciais⁴.

Também o encorajamento à cooperação por parte do Estado, nesta conjuntura, constitui apenas um elemento, ainda que favorável, para a análise da conformidade das iniciativas das empresas, em concretização desse apelo, com o direito da concorrência. O mesmo já não se aplica aos pedidos imperativos das autoridades públicas, para responder a situações de emergência (como a escassez de meios dos profissionais de saúde).

³ A [primeira carta de conforto](#) foi emitida pela CE à associação *Medicines for Europe* (Medicamentos para a Europa) e visou um projeto de cooperação voluntária entre produtores farmacêuticos.

⁴ De acordo, aliás, com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

É mesmo necessário recorrer a tal quadro temporário e de âmbito limitado, ou seja, as regras da concorrência já não permitem excecionar este tipo de medidas?

Um acordo é proibido se tiver como objeto ou efeito uma restrição à concorrência. Dificilmente um acordo da natureza acima referida tem um efeito restritivo, sendo que os efeitos apenas são avaliados na ausência de um objeto restritivo.

Caso se trate de um acordo restritivo por objeto (como são tipicamente as trocas de informação confidencial, a distribuição de mercado, etc.), já há uma exceção legal (e respetivas orientações da CE) para os acordos que gerem ganhos de eficiência (melhor produção/distribuição, mais progresso), desde que: a restrição seja indispensável para atingir tais ganhos, estes se reflitam no consumidor e não originem uma eliminação da concorrência.

De acordo com a jurisprudência do TJUE e a Comunicação da CE relativa aos abusos de posição dominante, uma empresa pode justificar o seu comportamento demonstrando que este produz, igualmente, ganhos de eficiência que compensam qualquer efeito anticoncorrencial.

Relembre-se que os abusos acima referidos, como sejam os preços excessivos, pressupõem a existência de uma posição dominante (não confundir com o crime de especulação por lucro ilegítimo).

Derrogação excecional às regras da concorrência da UE nos setores do leite, plantas/flores e batatas

Em 4 de maio de 2020, a CE publicou um [pacote de medidas](#) de apoio ao setor agroalimentar, que inclui a [derrogação](#) da aplicação da proibição de acordos anticoncorrenciais aos setores do leite, plantas/flores e batatas, nos termos do artigo 222.º do Regulamento que estabelece uma organização comum dos mercados dos produtos agrícolas.

Âmbito de aplicação: os atos de execução da CE destinam-se aos agricultores, associações de agricultores e suas federações, organizações de produtores reconhecidas e suas associações, e organizações interprofissionais reconhecidas nos setores do leite, plantas/flores e batatas, no território da UE e pelo período de 6 (seis) meses.

Ideias chave: às medidas que se enquadrem nestes atos não se aplica a regra da proibição dos acordos restritivos da concorrência. Tais atos devem ser interpretado restritivamente.

- **Relativamente ao setor do leite**, *ficam autorizados, durante um período de seis meses com início em 1 de abril de 2020 [e não a contar de 5 de maio, conforme os restantes setores], a celebrar acordos e a adotar decisões comuns sobre o planeamento do volume de leite cru a produzir;*
- **Relativamente ao setor das plantas/flores**, *ficam autorizados a celebrar acordos e a adotar decisões comuns relativas às retiradas do mercado e distribuição gratuita, promoção conjunta e planeamento da produção;*

- *Relativamente ao setor das batatas, ficam autorizados a celebrar acordos relativos às batatas para transformação e a adotar decisões comuns relativas às batatas para transformação, às retiradas do mercado e à distribuição gratuita, à preparação e transformação, à armazenagem, à promoção conjunta e ao planeamento temporário da produção.*

Os atos de execução preveem, ainda, obrigações de comunicação por parte das empresas à AdC, para que se possa verificar se os acordos e decisões adotados não prejudicam o bom funcionamento do mercado interno e visam estritamente a estabilização do setor em causa.