

APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES EM PROCESSOS DE CONCORRÊNCIA: UM QUEBRA-CABEÇAS EM ERUPÇÃO

No passado mês de maio a Autoridade da Concorrência divulgou que tinha ordenado à **Liga Portuguesa de Futebol Profissional** a suspensão imediata da deliberação que impedia a contratação, pelos clubes da Primeira e Segunda Ligas, de futebolistas que rescindissem unilateralmente o contrato de trabalho invocando questões relacionadas com a pandemia da Covid-19.¹ No entender dessa Autoridade, a medida cautelar impõe-se face ao potencial impacto grave e irreparável da deliberação para a concorrência. Sublinha-se, no Comunicado 08/2020, que os acordos de não contratação (ou ‘no-poach’) têm sido considerados restrições graves da concorrência por parte das autoridades responsáveis pela aplicação das regras de concorrência nos EUA e na Europa.

No direito nacional, a imposição de medidas cautelares encontra respaldo no artigo 34.º da Lei n.º 19/2012 (Lei da Concorrência). Segundo este artigo, sempre que as investigações realizadas indicem que a prática está na **iminência** de provocar **prejuízo, grave e irreparável ou de difícil reparação, para a concorrência**, pode a Autoridade da Concorrência **ordenar** preventivamente a imediata **suspensão dessa prática** ou quaisquer **outras medidas provisórias** necessárias à imediata reposição da concorrência ou indispensáveis ao efeito útil da decisão a proferir no termo do processo (n.º 1). As

1

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_202008.aspx?lst=1&Cat=2020

medidas cautelares podem ser adotadas **oficiosamente ou a requerimento de qualquer interessado** (n.º 2).

Por sua vez, no anteprojeto de diploma de transposição da Diretiva (UE) 2019/1 (Diretiva ECN+),² enviado ao Governo em março deste ano e cujo prazo de transposição é 4 de fevereiro de 2021, a Autoridade da Concorrência alinha largamente os seus poderes com os poderes da Comissão Europeia para ordenar medidas cautelares. Assim, torna-se explícito que a aplicação de medidas cautelares pressupõe a constatação *prima facie* de uma infração (**fumus boni iuris**) e o respeito pelo **princípio da proporcionalidade**.³ Estas condições refletem o que dispõe o artigo 11.º da Diretiva ECN+. Porém, o legislador da União Europeia não efetuou uma harmonização total neste domínio, abrindo aquela diretiva a possibilidade de os Estados-Membros manterem, ou virem a introduzir, condições menos restritivas para a adoção de medidas cautelares, deste modo ampliando os poderes das autoridades de concorrência.

Quanto à Comissão Europeia, o artigo 8.º do Regulamento 1/2003 veio expressamente consagrar que esta instituição pode, em caso de urgência devida ao risco de um prejuízo grave e irreparável para a concorrência, com base no apuramento *prima facie* de uma infração, ordenar medidas provisórias.⁴ Contudo, foi o **Tribunal de Justiça da União Europeia**, que, logo em 1980, no processo *Camera Care/Comissão*, extraiu do anterior Regulamento 17/62⁵ a competência da Comissão Europeia para ordenar medidas cautelares em casos atinentes à violação das regras de concorrência.⁶ Embora a Comissão se tenha mostrado cética quanto à detenção desta competência no quadro do regime jurídico aplicável à época, o Tribunal de Justiça alicerçou as suas conclusões na necessidade de evitar prejuízos graves e irreparáveis para a concorrência e de garantir a efetividade das decisões condenatórias. Porém, não deixou aquele Tribunal de sublinhar

² Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, 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.

³ A respeito das condições de outorga de medidas cautelares, veja-se, por exemplo, Cruz Vilaça, J.L. (2013), anotação ao artigo 34.º da Lei de Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina.

⁴ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos (atualmente) artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

⁵ Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, 6 de fevereiro de 1962: Primeiro regulamento de execução dos (atualmente) artigos 101.º e 102.º TFUE.

⁶ Despacho do Tribunal de Justiça, de 17 de janeiro de 1980, 792/79 R, *Camera Care/Comissão*, EU:C:1980:18.

que a competência para ordenar medidas cautelares deve ser exercida em conformidade com os imperativos de proporcionalidade e respeito pelos direitos de defesa dos visados, devendo também assegurar-se a possibilidade de interpor recurso jurisdicional das decisões que decretam medidas cautelares.

O certo é que, historicamente, a imposição de medidas cautelares permaneceu uma via explorada **com relutância** pela generalidade das autoridades nacionais de concorrência e pela própria Comissão Europeia. Em Portugal, só se conhecem, até à data, três decisões de aplicação de medidas cautelares relacionadas com o direito da concorrência.⁷ Quanto à Comissão, terá aplicado, em cerca de 40 anos, desde o processo Camera Care/Comissão, medidas cautelares em menos de dez situações. Ao longo dos anos, foi-se registando com surpresa a hesitação da Comissão em recorrer a este instrumento na sua prática decisória. Alguns chegaram mesmo a apontar a ausência de medidas cautelares como uma das falhas mais graves por parte da Comissão na esfera da aplicação do direito da concorrência.⁸

Ora, mais recentemente, tem-se assistido a uma tentativa de inversão desta tendência. Sobretudo no contexto do triunfo da economia digital e dos grandes gigantes tecnológicos ('Big Tech'), a Comissária Europeia para a Concorrência, **Margrethe Vestager**, tem proferido várias declarações onde afirma o seu compromisso em utilizar de forma vigorosa o poder da Comissão para ordenar medidas cautelares sempre que tal se revele adequado. Os processos estarão a ser objeto de escrutínio pela DG Concorrência nesse sentido.

Com efeito, não obstante o valor muito elevado das coimas aplicadas nos últimos anos, há a vincada perceção que a plena efetividade da aplicação do direito da concorrência corre sérios riscos, em particular, no setor digital. A velocidade a que a evolução ocorre nos mercados digitais é difícil de conciliar com o ritmo e as exigências ligadas à conclusão definitiva dos processos, gerando receios que o panorama de concorrência possa alterar-se de modo irreversível, em benefício dos infratores, caso não haja uma intervenção mais célere na pendência das investigações.

⁷ Para além da decisão recente envolvendo a Liga Portuguesa de Futebol Profissional, contamos a decisão da Autoridade da Concorrência, em 2009, no processo ZON/Medeia Filmes, bem como a decisão do anterior Conselho da Concorrência, em 2001, no processo Lusoponte/Brisa.

⁸ Lang, J.T. (2013). The strengths and weaknesses of the DG Competition Manual of Procedure, *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1).

O novo desígnio da Comissão Europeia culminou, em outubro de 2019, na primeira decisão de medidas cautelares adotada por esta instituição em quase duas décadas. Considerou-se, após uma análise prima facie, que a **Broadcom**, empresa líder mundial no fornecimento de chipsets para TV set-top boxes e modems, abusou da sua posição dominante, tendo sido ordenada a suspensão de várias cláusulas contratuais celebradas entre esta empresa e alguns dos seus principais clientes.⁹

O recente movimento impulsionador em relação às medidas cautelares não se esgota na atividade da Comissão Europeia e da Autoridade da Concorrência ou na harmonização mínima dos poderes das autoridades nacionais de concorrência levada a cabo pela Diretiva ECN+. É possível observar várias outras iniciativas na mesma direção. Por exemplo, no **Reino Unido**, o Governo publicou, em março de 2019, um relatório elaborado por um grupo de peritos (Digital Competition Expert Panel), que defendeu que os procedimentos devem ser simplificados e os critérios e fundamentos de recurso jurisdicional estreitados com vista a facilitar a adoção de medidas cautelares; na **Alemanha**, um outro grupo de peritos (Commission ‘Competition Law 4.0’), nomeados pelo Ministro Federal para os Assuntos Económicos e Energia, recomendou, em setembro de 2019, que se passasse a examinar proativamente a necessidade de ordenar medidas cautelares de modo a preservar a concorrência de prejuízos irreversíveis; em **França**, em abril deste ano, a Autorité de la concurrence ordenou à Google, com caráter de urgência e provisoriamente, que negociasse de boa-fé com os editores e as agências de imprensa a remuneração devida pela utilização de conteúdos protegidos no quadro da lei relativa aos direitos vizinhos.¹⁰

É relativamente fácil de perceber que razões têm levado as autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência a direcionar o foco para um poder que lhes permite intervir de forma mais rápida, seja no contexto do setor digital seja no quadro da pandemia Covid-19. Porém, questão diversa, e que se mantém em aberto, é a de saber em que medida o poder para ordenar medidas cautelares é suscetível de responder aos **desafios** com que as autoridades são presentemente confrontadas. Em poucas palavras, quais são

⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6109

¹⁰ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/droits-voisins-lautorite-fait-droit-aux-demandes-de-mesures-conservatoires>

os **limites** desta ferramenta? Esta questão insere-se num debate mais amplo, atualmente em curso, sobre a adequação do conjunto de poderes que o legislador contemplou para a defesa da concorrência e a proteção dos valores que lhe subjazem, bem como a eventual necessidade de introduzir reformas.

A relutância histórica das autoridades nacionais de concorrência e da Comissão Europeia em adotar medidas cautelares figura como um *‘elefante na sala’* e carece de ser investigada. Há quem a atribua às exigências do procedimento, à rigidez das condições no plano substantivo ou ao âmbito e intensidade do controlo jurisdicional. Convém também ter em conta que a adoção de medidas cautelares pode implicar a imposição de medidas onerosas num cenário em que ainda não existe uma avaliação definitiva da existência e gravidade de uma infração. As medidas cautelares podem elas próprias conduzir a alterações nocivas para a concorrência difíceis de reverter. Estes aspetos têm levado algumas vezes a defender que o poder para ordenar medidas cautelares deve ficar reservado para casos pouco complexos, do ponto de vista fatural e jurídico, preferencialmente onde a existência da infração é patente.¹¹ Paradoxalmente, os litígios que envolvem as ‘Big Tech’, como a Google, Facebook, Apple, Amazon ou a Microsoft, onde precisamente há maior urgência em intervir atempadamente, estão longe de tipicamente reunir características de simplicidade!

Continuaremos a acompanhar com grande interesse os desenvolvimentos nesta matéria.

Julho de 2020

Carla Farinhas

¹¹ O certo é que o (na altura) Tribunal de Primeira Instância (hoje Tribunal Geral da União Europeia) rejeitou, no passado, fazer coincidir a constatação *prima facie* de uma infração com a verificação de uma infração clara e flagrante. Veja-se o acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) de 24 de janeiro de 1992, T- 44/90, La Cinq/Comissão, ECLI:EU:T:1992:5.