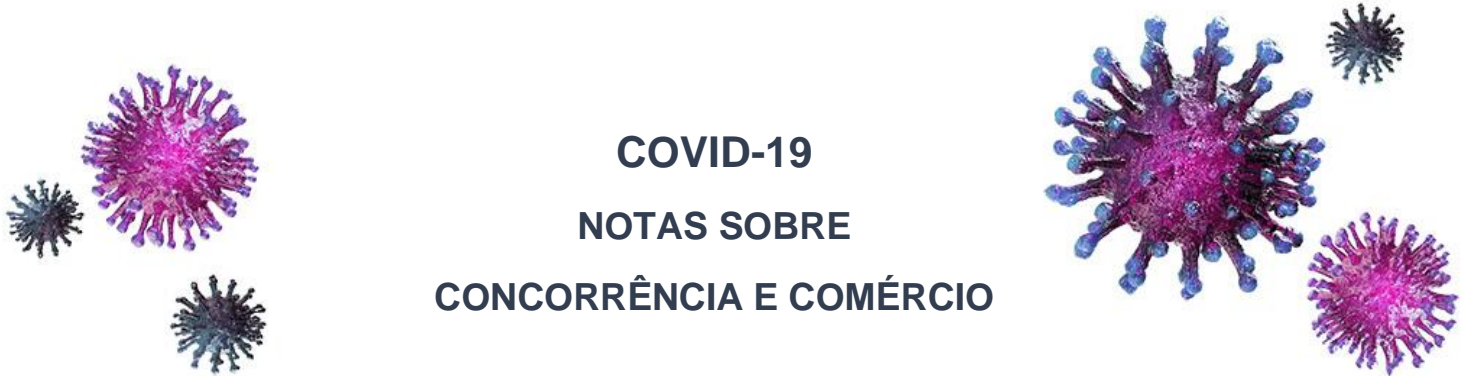




ALBUQUERQUE & ALMEIDA
ADVOGADOS

2 de Abril de 2020



COVID-19 NOTAS SOBRE CONCORRÊNCIA E COMÉRCIO

CONCORRÊNCIA

No contexto da crise Covid-19, embora o direito da concorrência não esteja hoje no topo das agendas das empresas, os desafios e dificuldades com que estas se confrontam, numa economia globalmente afetada, não pode passar pela procura de soluções que restrinjam a concorrência no mercado onde estas atuam. Por isso é importante saberem o que podem e o que não podem fazer para enfrentar a crise de um ponto de vista das regras da concorrência.

Em vários países, incluindo Portugal, as respetivas autoridades da concorrência informaram publicamente, através do respetivo *website*, que estavam a acompanhar de perto o comportamento das empresas relativamente à oferta de produtos com grande procura devido ao COVID-19.

Também a Comissão Europeia está atenta ao atual cenário, sendo que a sua prática tem sido a de considerar que, mesmo num contexto de crise económica, as atividades anticoncorrenciais entre empresas não estão isentas de escrutínio. Tal aconteceu após os ataques de 11 de Setembro e também depois da crise financeira global de 2008, corroborado, nomeadamente, pela contribuição da UE no Fórum Global sobre Concorrência, em Fevereiro de 2011, a propósito de *crisis cartels* (embora afirme que esta designação é errónea e não aplicável apenas a contextos de crise económica generalizada) e pelas afirmações da Comissão, feitas à época, de que não se tornaria cega por causa da crise financeira e que não existiria uma “defesa de recessão” para os intervenientes em cartéis. Todavia, a crise atual não tem precedentes.

Assim, além do novo *Quadro Temporário relativo a medidas de auxílios públicos para suportar a economia no atual contexto do surto de COVID-19* (já alvo de outras Notas a esse tema dedicadas), não deixa de ser importante continuar a chamar a atenção das empresas para as regras da concorrência, europeias e nacionais, as quais se mantêm plenamente aplicáveis. O que não significa que as autoridades da concorrência não possam criar períodos de exceção temporária de aplicação das regras e, embora a colaboração entre empresas continue a ser avaliada pela Comissão Europeia e pelas autoridades da concorrência nos Estados-Membros, é concebível que os governos possam adotar uma abordagem mais flexível de aplicação das regras (o que alguns já fizeram) e mais tolerante na fixação das sanções.

À data em que se escrevem estas Notas, estão inalteradas as regras que proíbem:

- Acordos entre empresas;
- Exploração abusiva de posição dominante;
- Regras a cumprir para concentrações de empresas que atinjam os limiares de notificação obrigatória, seja para autoridades de concorrência nacionais ou para a Comissão Europeia.

As consequências do seu incumprimento, mesmo na atual crise, não são despiciendas, continuando as autoridades da concorrência atentas e a trabalhar de forma remota através de novos procedimentos e tecnologias.

Acordos entre empresas

- Os acordos entre concorrentes ou com outros agentes económicos poderão ser considerados proibidos à luz do artigo 101.º do TFUE e do artigo 9.º da Lei da Concorrência, nomeadamente, no contexto da crise COVID-19, se as empresas concorrentes caírem na tentação de acordarem em não vender abaixo de um determinado preço ou não concorrer com clientes em determinadas regiões geográficas ou trocarem de informação comercialmente sensível.
- No entanto, qualquer acordo poderá ser justificado através de um balanço pró-concorrencial (deve contribuir para melhorar produtos ou serviços, desenvolver novos produtos ou encontrar formas inovadoras e mais eficazes de disponibilizar os produtos no mercado, desde que os efeitos positivos sejam superiores aos negativos; não seja concluído entre empresas concorrentes; e as empresas, em conjunto, detenham só uma pequena quota de mercado).
- A crise pandémica atual, por si só, não é suficiente para justificar eventuais acordos entre empresas por recurso à invocação de problemas de excesso de capacidade ou crise económica no setor em que atuam. A análise é casuística e dependerá das características das empresas e dos mercados em causa.
- No entanto, o referido balanço económico positivo poderá acontecer na atual situação de crise COVID-19. Algumas colaborações entre empresas poderão ser alvo do afastamento da proibição prevista no Tratado, nomeadamente, através de:
 - i. Aplicação dos regulamentos da UE que estabelecem uma isenção por categoria de acordos que criem benefícios suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais;
 - ii. Colaboração em I&D, e outras cooperações sujeitas a determinadas condições, e previstas pelas Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal;
 - iii. Colaboração em logística ou melhoria dos canais de distribuição temporária para garantir a continuidade do fornecimento de bens/serviços essenciais (sem troca de informações comercialmente sensíveis);
 - iv. Ações conjuntas entre concorrentes perante órgãos/autoridades governamentais para adotar medidas contra a crise.

Abuso de posição dominante

- No caso de empresas com posição dominante no mercado, é proibida a exploração abusiva dessa posição (artigo 102.º TFUE e artigo 11.º da Lei da Concorrência). Por exemplo, é ilegal impor aos seus distribuidores ou fornecedores condições que dificultem as relações entre os seus fornecedores ou clientes e as empresas concorrentes; praticar preços injustificadamente altos; ou praticar preços artificialmente baixos com o objetivo de prejudicar ou excluir os concorrentes do mercado.
- Estas regras mantem-se aplicáveis na sua integralidade.

Controlo de operações de concentração

- Apesar de nenhuma iniciativa legislativa ter sido adotada, até à data, a Comissão Europeia emitiu um comunicado, nos termos do qual incentiva as partes ao adiamento de projetos de concentração, dadas as circunstâncias e as contingências ao nível de pessoal e de meios.

Comissão Europeia

- No contexto da atual crise COVID-19 a Comissão chamou a atenção para que eventuais iniciativas específicas de cooperação com uma dimensão europeia, que carecem ser rapidamente implementadas para fazer face à crise mas onde existe incerteza a compatibilidade de tais iniciativas com o direito da concorrência da UE, a DG Concorrência está pronta para fornecer orientações às empresas através do seu endereço eletrónico. No atual contexto, a Comissão terá que demonstrar alguma flexibilidade na aplicação das regras procedimentais, embora sem perda da sua implementação.
- Nesse sentido, as empresas deverão enviar o máximo de informações possível sobre a iniciativa de cooperação, a qual estará sujeita a um tratamento totalmente confidencial, incluindo: (i) quais as empresas, produto ou serviço em questão; (ii) o objetivo e a estrutura da cooperação; (iii) os aspetos que podem suscitar preocupações jusconcorrenciais da UE; e (iv) as vantagens alcançadas com a cooperação e fundamento pelo qual a mesma é necessária e proporcional para alcançar aquelas vantagens no contexto da crise COVID-19.
- A Comissão Europeia continua, assim, a acompanhar de perto e ativamente a evolução relevante do mercado:
 - para detetar empresas que se aproveitam da situação atual para violar o normativo de concorrência;
 - incentiva as empresas e os cidadãos a denunciarem, até de forma anónima, cartéis e outras violações das regras de concorrência, incluindo os abusos de posições dominantes;
 - relembra que o programa de clemência da Comissão, que permite que as empresas denunciem seu próprio envolvimento num cartel em troca de uma redução da multa que lhes é aplicada, também permanece totalmente aplicável durante este período de crise.

Rede Europeia de Concorrência

A Rede Europeia de Concorrência (*European Competition Network-ECN*), que inclui a Comissão Europeia, o Órgão de Fiscalização da EFTA e as Autoridades Nacionais de Concorrência emitiram uma Declaração conjunta sobre a aplicação das regras da concorrência durante a crise do COVID-19, reconhecendo as regras da concorrência asseguram a igualdade das condições concorrenciais entre empresas também num período de danos provocados por uma conjuntura de crise e explicando como as autoridades da concorrência podem ajudar as empresas a lidar com estes tempos difíceis.

- Reconhece que a atual crise 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, reconhecendo que não intervirá ativamente contra medidas necessárias e temporárias implementadas para impedir a escassez de oferta.
- A necessidade de garantir preços competitivos para os produtos considerados essenciais para proteção da saúde dos consumidores (nomeadamente máscaras faciais e gel sanitário), poderá desencadear ações imediatas contra as empresas que tirem proveito das atuais circunstâncias através da criação de cartéis ou da exploração abusiva da sua posição dominante.
- Afirma que a definição de preços máximos pelos produtores para os seus produtos poderá ser útil para limitar aumentos de preço injustificados ao nível da distribuição.

Autoridade da Concorrência

- A AdC também fez um Comunicado onde informa que se mantém alerta para abusos ou práticas anticoncorrenciais que explorem a atual situação em detrimento das famílias e das empresas. Está particularmente vigilante nas situações de:
 - combinação de preços
 - repartição de mercados.
- Para questões de cooperação local ou nacional, onde se suscitem dúvidas de compatibilidade jusconcorrencial as empresas também poderão entrar em contacto diretamente com a AdC.
- Adverte que os fornecedores, distribuidores, revendedores de qualquer setor da economia, incluindo de bens e serviços necessários à proteção da saúde, ao abastecimento das famílias e empresas ou à vida em comunidade, devem adotar um comportamento comercial responsável, em qualquer nível da cadeia de abastecimento, incluindo no comércio eletrónico.
- Também informou acerca dos novos procedimentos de comunicação com a AdC motivados pela declaração do Estado de Emergência, tendo passado a funcionar preferencialmente através de meios não presenciais, incluindo correspondência para o endereço eletrónico da AdC; envio da correspondência relativa a operações de concentração para o Sistema de Notificação Eletrónica de Operações de Concentração (SNEOC), sendo que os documentos originais em papel apenas devem ser enviados mediante solicitação da AdC. Os contactos telefónicos para pedidos de Clemência e o Portal de Denúncias da AdC também se mantêm.
- Acresce que o Decreto-Lei n.º 10-A/2020 de 13 de Março, que estabelece medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – COVID-19, a produzir efeitos desde 12 de março, determina no respetivo artigo 17.º que *ficam suspensos os prazos de cujo decurso decorra o deferimento tácito pela administração de autorizações e licenciamentos requeridos pelos particulares*. Nesta medida, em sede de controlo de concentrações, caso a AdC não se pronuncie durante o prazo do deferimento tácito, o deferimento não se verificará.
- Também a Lei n.º 1-A/2020 de 19 de Março, que determina medidas excepcionais e temporárias de resposta à situação epidemiológica provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2 e da doença COVID-19, prevê no respetivo artigo 7.º/3 que a crise atual também constitui causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos, o que se aplica aos procedimentos contraordenacionais, e sancionatórios em curso na AdC.

V. PRÁTICAS RESTRITIVAS DO COMÉRCIO E OUTRAS PRÁTICAS COMERCIAIS

Em especial as comissões cobradas

Práticas individuais restritivas do comércio

- No âmbito do regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio, ou seja, condutas contrárias à boa-fé e à lealdade negocial entre empresas previstas no DL n.º 166/2013, de 27 de dezembro, as regras mantêm-se inalteradas, até à data em que se escrevem as presentes Notas, incluindo em matéria de:
 - proibição da venda com prejuízo,
 - recusa de venda de bens, ou de
 - prestação de serviços e práticas negociais abusivas.

Fiscalização pela ASAE

- A ASAE tem fiscalizado o lucro ilegítimo em bens necessários para a prevenção à pandemia, COVID-19, nomeadamente equipamentos de proteção individual e dispositivos médicos e produtos biocidas. Esta operação integrou também a verificação dos requisitos gerais e específicos de higiene dos estabelecimentos de restauração que estão a funcionar em regime de *take away*. Decorrente desta ação foram instaurados processos-crime pela prática de obtenção lucro ilegítimo na comercialização de álcool gel e processos de contraordenação por práticas comerciais ilegais.
- Também se incentiva a denúncia por via eletrónica relativamente a factos ilícitos relacionados com o COVID-19, designadamente, questões relacionadas com especulação de preços, açambarcamento ou outros.

Medidas adotadas em Portugal

- Em Portugal, à data da elaboração das presentes Notas, embora ainda não tenham sido adotadas medidas normativas genéricas nestes tópicos, foram aprovadas medidas específicas relativamente às:
 - Comissões cobradas por operação de pagamento com cartão, previstas no DL n.º 10-H/2020 de 26 de Março; e
 - Comissões cobradas pelas devoluções do valor do bilhete por espetáculos não realizados, previstas no DL n.º 10-I/2020 de 26 de Março.

Assim, a seguir deixam-se as principais notas sobre estes dois diplomas.

DL n.º 10-H/2020 de 26 de março
Estabelece medidas excecionais e temporárias de fomento da aceitação de pagamentos baseados em cartões, no âmbito da pandemia da doença COVID-19

Entrada em vigor e vigência

Entrou em vigor no dia 27 de Março e vigora até 30 de junho de 2020.

Suspensão de comissões em operações de pagamento com cartões

- Suspensão da cobrança da componente fixa de qualquer comissão, por operação de pagamento com cartão efetuada em terminais de pagamento automático, que seja devida pelos beneficiários desses pagamentos aos prestadores de serviços de pagamento.
- Proibição de os prestadores de serviços de pagamento efetuarem aumentos nas componentes variáveis das comissões por operação, que sejam devidas pela utilização de terminais de pagamento automático.
- Proibição de os prestadores de serviços de pagamento preverem nos seus preçários a cobrança de novas comissões fixas ou variáveis.

Aceitação de pagamentos com cartões

Os beneficiários dos pagamentos com cartão que disponibilizem terminais de pagamento automáticos - não podem recusar ou limitar a aceitação de cartões para pagamento de quaisquer bens ou serviços, independentemente do valor da operação, durante o período em que vigorar o regime de suspensão.

Fiscalização

É feita pelo Banco de Portugal, quando os factos sejam praticados por entidades sujeitas à sua supervisão; pela entidade reguladora setorial respetiva e pela ASAE.

DL n.º 10-i/2020 de 26 de março
Estabelece medidas excecionais no âmbito cultural e artístico,
em especial quanto aos espetáculos não realizados

Entrada em vigor e vigência

Entrou em vigor no dia 27 de Março e vigora pelo período de 1 ano após o término do estado de emergência.

Objeto

Aplica-se a todos os espetáculos que não podem ser realizados no lugar, dia ou hora agendados, entre os dias 28 de fevereiro de 2020 e até ao 90.º dia útil seguinte (3 meses) ao fim do estado de emergência.

Destinatários

- Agentes culturais, nomeadamente, aos artistas, intérpretes e executantes, autores, produtores, promotores de espetáculos, agentes, doravante agentes culturais;
- Proprietários ou entidades exploradoras de instalações, estabelecimentos e recintos de espetáculos;
- Agências, postos de venda e plataformas de venda eletrónica de bilhetes.

Reagendamento

- Os espetáculos não realizados devem, se possível, ser reagendados;
- O espetáculo reagendado deve ocorrer no prazo de 1 ano a contar da data inicialmente prevista;
- Caso seja necessário substituir o bilhete de ingresso do espetáculo reagendado, por mudança de local, data ou hora, o mesmo não terá custos acrescidos para o consumidor;
- Caso o espetáculo não possa ser reagendado, o seu cancelamento deve igualmente ser anunciado, devendo ser indicado o local, físico e eletrónico, o modo e o prazo de restituição do preço dos bilhetes de ingresso já adquiridos;
- Proibição de cobrança de comissões pelas entidades que vendem bilhetes aos agentes culturais pelos espetáculos não realizados;
- Aos proprietários ou entidades exploradoras de instalações, estabelecimentos e recintos de espetáculos aplicam-se as regras relativas ao reagendamento e cancelamento de espetáculos e respetivas devoluções de valores pagos.
- Caso o espetáculo seja reagendado, não pode ser cobrado qualquer valor suplementar ao promotor do evento.

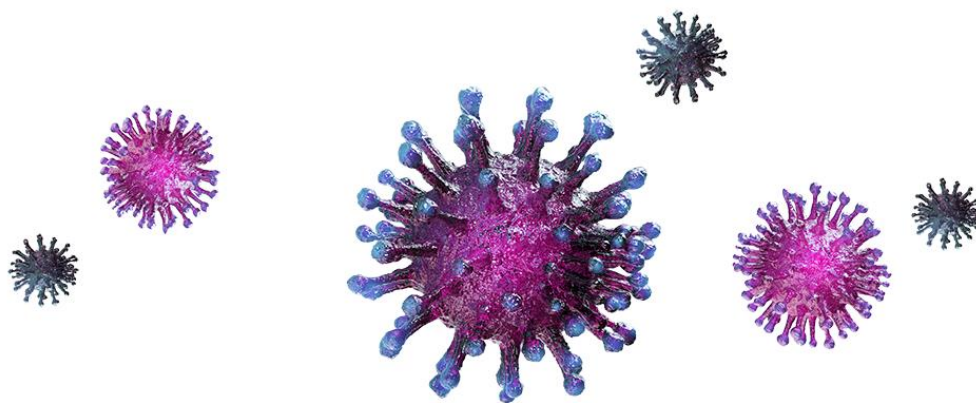
Cancelamento

- Caso o espetáculo seja cancelado, o valor pago pela reserva da sala ou recinto deve ser devolvido ao promotor do evento ou, por acordo entre as partes, o valor pago pela sala ou recinto pode ser utilizado para a realização de outro espetáculo;
- Publicitação, pelos agentes culturais, do cancelamento do espetáculo, bem como o local, físico e eletrónico, o modo e o prazo de restituição do preço dos bilhetes de ingresso já adquiridos;

- O cancelamento do espetáculo dá lugar à restituição do preço dos bilhetes de ingresso já vendidos, o qual deve ocorrer no prazo máximo de 60 dias úteis após o anúncio do cancelamento.

Entidades públicas promotoras

- Permite-se que as entidades públicas promotoras, em caso de reagendamento dos espetáculos, se socorram dos regimes de adiantamento do preço, revisão de preços e ainda do regime dos bens, serviços ou trabalhos complementares;
- Em caso de cancelamento podem as entidades públicas promotoras proceder ao pagamento dos compromissos assumidos e efetivamente realizados, na respetiva proporção.



| **Sónia Gemas Donário** |

Associada Coordenadora / Managing Associate

Responsável pelo Departamento de Concorrência e UE

Head of the Department of Competition and EU

sgd@albsa.pt

T. + 351 213 431 570 • F.+ 351 912 719 347

Calçada Bento da Rocha Cabral 1, 1250-047 Lisboa – Portugal

www.aalegal.pt