



MIGUEL SOUSA
FERRO

Consultor da Eduardo Paz Ferreira & Associados. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, é autor da tese de doutoramento “A definição de mercados relevantes no Direito Europeu e Português: Teoria e Prática”, pela mesma instituição.

O QUE É UM MERCADO? MISTÉRIOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Quando se suscitam questões sobre o mercado em causa, e se estas podem afetar o resultado final, os juristas têm de discutir os contornos desse mercado de acordo com os ditames do direito da concorrência, sem rezear este Adamastor que guarda o cabo na rota para a solução justa.

O direito da concorrência exige, frequentemente, que se comece por definir o mercado em causa, para se identificar uma prática coletiva restritiva da concorrência ou um abuso de posição dominante ou de dependência económica, para decidir sobre o dever de notificação e a autorização de uma operação de concentração, para avaliar a legalidade dum auxílio de Estado ou para respeitar múltiplos direito e deveres processuais.

A própria legitimidade deste ramo do direito está dependente da ideia de que os mercados são definidos de acordo com um método objetivo e previsível. Caso contrário, recai-se no campo da arbitrariedade, dando-se às autoridades o poder de restringir a iniciativa económica e a liberdade contratual com base em juízos que podem não ter qualquer ligação com a realidade do impacto das condutas nos mercados.

No entanto, vivemos uma profunda insegurança jurídica sobre o que seja, para o direito, um “mercado relevante” e como o devemos definir. Os mesmos mercados são definidos de maneira diferente de autoridade para autoridade e, dentro de cada autoridade, de caso para caso. A nossa AdC, por exemplo, já afirmou várias vezes que não existem mercados “gratuitos”, mas também já identificou mercados “gratuitos” em vários casos. São frequentes as instrumentalizações das delimitações para servir os interesses do caso concreto.

“Em 1980, Turner, um eminente professor de economia americano, debruçando-se sobre o modo como as autoridades definiam mercados, concluiu: this whole area is a bloody mess. Mais de três décadas depois, estas palavras continuam a ter um fundo de verdade”

Os princípios gerais afirmados em documentos administrativos e a prática das autoridades da concorrência não correspondem inteiramente aos esclarecimentos jurisprudenciais. Deixemos de citar a Comunicação da Comissão Europeia sobre esta matéria como se fosse fonte de direito: não é, e diverge da jurisprudência em vários pontos.

Infelizmente, os tribunais têm limitado, drástica e excessivamente, o seu controlo das definições de mercado realizadas pelas autoridades da concorrência. Neste plano, só em cerca de 5% dos casos em que a questão foi expressamente discutida perante as jurisdições europeia e nacional os tribunais se mostraram críticos. Nalguns casos, verifica-se mesmo, na prática, uma recusa de justiça, fundada na ideia errada de que estão sempre em causa apreciações económicas complexas.

Sejamos claros: estes conceitos e métodos são jurídicos. O facto de serem construídos com base em ensinamentos da ciência económica não permite que se remeta para esta a definição do conceito e método de definição de mercados, sob pena de violação do princípio do Estado de direito. E o controlo passa quase sempre por questões de facto, de direito e de lógica, sendo muito raros os juízos que assentam, efetivamente, em apreciações económicas.

A tese de doutoramento que aca-

bo de defender na Universidade de Lisboa, com o título “*A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*”, procura chamar a atenção para esta realidade e esclarecer os conceitos próprios do mercado relevante e o método da sua delimitação.

Resulta desta análise que, idealmente, o mercado em causa seria o conjunto mais estreito dos produtos e/ou serviços, áreas e períodos temporais que exercem suficiente pressão concorrencial imediata sobre o produto, a

“Vivemos uma profunda insegurança jurídica sobre o que seja, para o direito, um “mercado relevante” e como o devemos definir. Os mesmos mercados são definidos de maneira diferente de autoridade para autoridade e, dentro de cada autoridade, de caso para caso”

área e o período temporal focal da análise, devido à substituíbilidade do lado da procura ou do lado da oferta, de modo a que não haja incentivo económico para um pequeno aumento não transitório de preços do produto, na área e no período focal, na ordem dos 10%, acima de níveis concorrenciais.

No entanto, o conceito que tem vindo a ser defendido na jurisprudência, dividido em mercado de produto e mercado geográfico (e, implícita e ocasionalmente, em mercado temporal), não corresponde inteiramente a este. Nem se verifica que os conceitos jurídicos aplicados pelos tribunais estejam corretamente resumidos nos princípios por si sistematicamente reproduzidos.

Uma das conclusões mais surpreendentes foi o facto de, ao contrário do que é geralmente entendido, o famoso teste SSNIP, a que aludimos acima, não ter sido (ainda) adotado como critério orientador do conceito de mercado. O Tribunal de Justiça da União Europeia fala apenas em substituíbilidade “razoável” ou “suficiente” entre produtos/áreas, sem nunca concretizar estes conceitos indeterminados por referência ao critério quantitativo insito no teste SSNIP. Na prática, pode haver variações de preço muito superiores a 10%, sem causar substituição, e ainda assim os produtos/áreas serem incluídos no mesmo mercado.

Com a economia a confrontar-nos com novas realidades, difíceis de enquadrar na velha teoria de definição de mercados, torna-se premente trabalhar sobre fundações sólidas, para que todo o edifício não se desmorone.

Assim, por exemplo, não existem “mercados de inovação”, com mera potencialidade de produto/serviço futuro. O que existem são mercados atuais em que a inovação é um fator crucial a

“Os tribunais têm limitado, drástica e excessivamente, o seu controlo das definições de mercado realizadas pelas autoridades da concorrência. Neste plano, só em cerca de 5% dos casos em que a questão foi expressamente discutida perante as jurisdições europeia e nacional os tribunais se mostraram críticos”

ponderar na aferição do poder de mercado.

Não existem “mercados gratuitos”. Só pode haver um mercado se um determinado bem/serviço for transacionado. Mas a gratuitidade de certos bens/serviços pode ter um impacto determinante em mercados. A Google não está ativa num mercado de buscas online, está ativa num mercado de publicidade, no qual o seu sucesso é largamente influenciado pela sua capacidade de atrair utilizadores para o seu motor de busca.

Os ditos “mercados bilaterais” são, na realidade, dois mercados relevantes unidos por uma plataforma comum. Não existe um único mercado de jornais com dois tipos de procura de dois produtos diferentes, existe um mercado de leitores de jornais e um mercado de publicidade na imprensa, com relações de interdependência entre si que não podem deixar de ser ponderadas após a definição dos mercados.

Estas questões podem ter um impacto decisivo na prática. Uma empresa pode ver-se sujeita a uma coima por não ter notificado uma concentração que estava convicta de não ter de notificar. Outra pode ver-lhe atribuída uma posição dominante numa atividade que nem considera ser um mercado. Um acordo limitado a uma pequena área ou volume pode afinal ter um efeito sensível na concorrência e ser considerado inválido. Uma autoridade da concorrência pode não ter legitimidade para aceder, durante uma inspeção, a documentos sobre atividades noutros mercados. Etc.

Em 1980, Turner, um eminente professor de economia americano, debruçando-se sobre o modo como as autoridades definiam mercados, concluiu: *“this whole area is a bloody mess”*. Mais de três décadas depois, estas pala-

bras continuam a ter um fundo de verdade.

Não podemos ser irrealistas no nível de exigência com a operação de definição de mercados. Muitos casos não suscitam especiais dificuldades a este nível. Mas, quando se suscitam questões sobre o mercado em causa e se estas podem afetar o resultado final, os juristas têm de discutir os contornos desse mercado de acordo com os ditames do direito da concorrência, sem recear este Adamastor que guarda o cabo na rota para a solução justa.

Resta-nos esperar que o estudo ora concluído contribua para a consciencialização para a importância desta matéria e para o esclarecimento das dúvidas que inevitavelmente se suscitam.

“Os princípios gerais afirmados em documentos administrativos e a prática das autoridades da concorrência não correspondem inteiramente aos esclarecimentos jurisprudenciais”