



Cartelização Pandémica – Nota de Ilicitude

Paula Filipa Vieira

A 13 de dezembro de 2022, a Autoridade da Concorrência (doravante AdC) adotou uma nota de ilicitude contra sete laboratórios e uma associação empresarial de envolvimento num cartel na prestação de análises clínicas e testes COVID-19. A investigação foi aberta pela AdC a 24 de fevereiro de 2022, na sequência de um pedido de clemência que levou a diversas inspeções realizadas na sede das empresas visadas, com vista a reunir indícios da prática em causa. Vale referir que a Nota de Ilicitude não determina o resultado da investigação. É, ainda, dada oportunidade às empresas de exercerem os seus direitos de defesa em relação aos comportamentos ilícitos detetados.

Antes de desenvolver a análise em relação à Nota de Ilicitude, é relevante notar que um cartel é uma prática anticoncorrencial adotada por empresas com o objetivo de obtenção de poder no mercado, como por exemplo, o poder de manter os seus preços acima da média do preço praticado num mercado competitivo.

No âmbito europeu sentiu-se alguma dificuldade na definição do conceito de cartel. A OCDE definiu em 1988 os “cartéis injustificáveis” ou “cartéis *hardcore*” como um acordo, prática concentrada ou “arranjo” entre concorrentes anticoncorrencial “*para a fixação de preços, apresentação de propostas combinadas, estabelecer restrições à produção ou quotas, ou partilhar ou dividir mercados pela atribuição de clientes, fornecedor, territórios ou áreas de atividade*”¹. O TFUE não definiu nenhuma infração específica como correspondendo a um cartel, e este conceito apareceu apenas do direito derivado pela Diretiva n.º 2014/104/EU. Na alínea 14 do artigo 2.º desta Diretiva o conceito de cartel é definido como “*um acordo ou prática concertada entre dois ou mais concorrentes com o objetivo de coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência, através de práticas tais como, entre outras, fixar ou coordenar os preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, inclusive em relação aos direitos de propriedade intelectual,*

¹ MOURA E SILVA, Miguel (2020). *Direito da Concorrência*. Reimpressão. AAFDL Editora, p. 630.



atribuir quotas de produção ou de venda, repartir mercados e clientes, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, restringir as importações ou exportações ou conduzir ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes (...)". Concluímos, assim, que um cartel resulta de um acordo ou prática concentrada entre empresas concorrentes, com vista à fixação de preços superiores praticado num mercado que funcionasse com a normal concorrência entre os diversos operadores económicos².

Os cartéis são proibidos, uma vez que as empresas realizam um conluio de forma a prejudicar os consumidores finais e os danos resultantes do seu funcionamento não produzem ganhos de eficiência que possam justificar a sua aceitação. Ocorre que os consumidores que adquiram produtos abrangidos pelo cartel pagam preços que não têm correspondência com os custos de produção e com a natural margem de lucro dos vendedores, ficando sujeitos à diminuição da oferta e a pagar um valor manifestamente superior ao preço que deveria resultar do normal funcionamento do mercado³.

No caso concreto, embora não tenhamos extensos elementos, podemos avançar, desde já, que estamos perante um acordo horizontal, tendo em conta que estes diferentes laboratórios se encontram no mesmo patamar do processo económico. Relativamente à questão do tipo de restrição, por norma, os acordos de fixação de preços são considerados restrições pelo objeto. Sendo uma restrição pelo objeto não é necessário que a AdC demonstre que este acordo horizontal produz efeitos negativos no mercado e, como tal, cabe às visadas ilidir a presunção de que este acordo produz efeitos negativos no mercado. Veja-se, até, que uma eventual alegação de que as empresas visadas não tiveram a intenção de restringir a concorrência de nada serve para afastar a aplicação das sanções⁴.

A AdC acusa os laboratórios e a associação empresarial de envolvimento num cartel que visou a fixação dos preços aplicáveis à prestação de análises clínicas e ao fornecimento de testes COVID-19, assim como a repartição do mercado e de fontes de abastecimento, incluindo o compromisso de não angariar/contratar trabalhadores dos

² GIRÃO, Laura (2019), *O Regime da Clemência no Direito da Concorrência*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa, p. 9.

³ GIRÃO, Laura (2019), *O Regime da Clemência no Direito da Concorrência*. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa, p. 12.

⁴ Acórdão do TJUE de 6 de Abril de 2006, *General Motors BV (C-551/03 P)*, C.J. (2006) I-3173, parágrafo. 77-78: *"a prova dessa intenção [anticoncorrencial das partes] não constitui um elemento necessário para determinar se um acordo tem por objectivo tal restrição (...). Em contrapartida, embora a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o carácter restritivo de um acordo, nada impede a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários de ter em conta essa intenção"*



grupos laboratoriais concorrentes. Deste modo, estamos perante um acordo horizontal de fixação de preços e repartição do mercado que é realizado no âmbito de um cartel.

A concertação entre os laboratórios visados ter-lhes-á permitido aumentar o seu poder negocial face às entidades com as quais negociaram o fornecimento de análises clínicas e de testes COVID-19⁵, levando à fixação de preços potencialmente mais elevados do que os que resultariam de negociações individuais no âmbito do funcionamento normal do mercado, impedindo ou adiando a revisão e a redução dos preços.

Mas, o que torna esta prática, *in casu*, tão prejudicial para o mercado e para os consumidores? A fixação de preços é um problema por si só, visto que não permite aos consumidores escolherem livremente qual o produto que melhor satisfaz as suas necessidades, limitando a oferta do mercado. Além disso, neste caso, estamos perante testes COVID-19 e análises clínicas. A nosso ver, esta situação é extremamente gravosa, uma vez que, como é de conhecimento geral, ultrapassámos há pouco tempo uma pandemia que durou cerca de dois anos onde a procura por testes e análises foi enorme por razões de saúde pública. Os consumidores, não iniciaram uma procura colossal a estes produtos por escolha pessoal, muitas vezes eram obrigados a procurá-los em diversas situações, como por exemplo, se quisessem ir de férias. Assim, por estarmos perante produtos quanto aos quais se verificou uma procura bastante elevada durante o período que durou o acordo cartelizado, esta prática torna-se ainda mais séria para o normal funcionamento do mercado, visto que, para além de restringir a livre concorrência, foi criado numa altura em que as vulnerabilidades dos consumidores estavam no seu auge.

Porém, no caso em concreto ainda não temos nenhuma decisão que confirme estarmos ou não perante uma prática anticoncorrencial, visto que, apesar da adoção da Nota de Ilicitude, é dada a oportunidade às empresas, que beneficiam de presunção de inocência (artigo 48.º da CDFUE, artigo 32.º/2 da CRP, artigo 11.º da DUDH, artigo 6.º da CEDH), de exercerem os seus direitos de defesa, em particular o direito de ser ouvido em relação aos comportamentos alegadamente ilícitos detetados pela AdC.

⁵ Relativamente aos aspetos positivos desta prática, *vide*, JONES, Alison; SURFIN, Brenda (2016). *EU Competition Law - Text, Cases, and Material*. Oxford, 6th edition, p. 719. | BRODLEY, Joseph (1982). *Joint Ventures and Antitrust Policy*. In *Harvard Law Review*, vol. 95, p. 1521.