

CONCORRÊNCIA AVANÇADA

Mestrado Profissionalizante – Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

FDL – Ano letivo 2022-2023

2º semestre

PROGRAMA

Regente – Coordenador
Professor Doutor Luís Silva Morais

**You can access my papers on the
Social Science Research Network (SSRN) at
<http://ssrn.com/author=1644131>**

Tomando como pressuposto o conhecimento dos institutos essenciais do direito da concorrência no ordenamento europeu e nacional (noutros graus de ensino prévios), o Seminário de Concorrência Avançada visa o aprofundamento de algumas fileiras temáticas em especial, tendo-se identificado oito áreas temáticas a desenvolver (a primeira, na realidade, dividida em duas áreas – interface do direito da concorrência com regulação de comunicações eletrónicas e interface do direito da concorrência com a regulação do setor financeiro).

Para o tratamento dessas fileiras temáticas privilegiar-se-á a análise/discussão crítica de textos, papers, estudos e também de alguma jurisprudência selecionados e distribuídos pela coordenação do curso/seminário

I - A articulação entre a disciplina horizontal do direito da concorrência e a disciplina vertical de regulação de determinados sectores da economia – os casos em especial do sector financeiro e do sector das comunicações eletrónicas

I – 1.1. - Perspetiva geral no quadro da ordem jurídica europeia e da ordem jurídica nacional - Remissão para a Disciplina/Seminário de Regulação Sectorial do Curso.

I – 1.2. – Revisão de alguns institutos essenciais do direito da concorrência nacional e europeu – a reforma de 2012 do direito nacional da concorrência (aspetos mais salientes)

I – 1.3. – A recente transposição (2022) da denominada Diretiva ECN

I – 2. - A regulação instrumentalmente associada à criação de novos mercados e à sua consolidação sob a forma de mercados abertos à concorrência como fenómeno normativo transitório ou como fenómeno duradouro mas com carácter evolutivo - Análise à luz das características da regulação de alguns sectores em particular - A regulação do sector das comunicações eletrónicas (“*preemptive competition law*”)

I – 2.1. – A moderna regulação europeia de comunicações eletrónicas orientada para o conceito de poder de mercado significativo.

I – 2.2. – A utilização de conceitos e categorias do direito da concorrência nas últimas gerações de diretivas europeias relativas a regulação de comunicações eletrónicas.

I – 2.3. – A última reforma da regulação europeia de comunicações eletrónicas e o estado do interface entre este domínio de regulação e o direito da concorrência.

I – 3. - Interface direito da concorrência/regulação Análise à luz das características da regulação de alguns sectores em particular - A regulação do sector financeiro

I – 3.1. – Reforma da regulação do setor financeiro pós-crise 2007-2009 e interface com o direito da concorrência – perspetiva geral.

I – 3.2. – Reestruturações do setor financeiro induzidas pela regulação do setor e controlo de auxílios de Estado.

I – 3.3. – Controlo de concentrações no setor financeiro e o problema do enquadramento de instituições sistémicas ('too big to fail').

I – 3.4. – Transparência exigida às instituições financeiras pelos reguladores setoriais e o problema de intercâmbio de informações comerciais sensíveis entre instituições financeiras

I-3.5. – Modelos institucionais de supervisão financeira e articulação com autoridades de concorrência

II - A mundialização das relações económicas e empresariais internacionais e as condicionantes daí resultantes para a delimitação do âmbito territorial de aplicação dos ordenamentos de concorrência – Especificidades de direito e política da concorrência em países em vias de desenvolvimento - Perspetiva geral e perspetiva referente ao ordenamento europeu da concorrência e ao ordenamento nacional da concorrência num contexto de proliferação internacional de ordenamentos de concorrência.

II – 1 - As possíveis tensões emergentes da afirmação de uma jurisdição extraterritorial dos ordenamentos da concorrência num contexto globalizado - o problema na perspetiva do direito comunitário e do direito norte-americano da concorrência. A contenção de possíveis extensões extraterritoriais dos principais ordenamentos da concorrência através de acordos de cooperação. O desenvolvimento de acordos de cooperação entre autoridades de concorrência de diferentes ordenamentos - as suas virtualidades e as suas limitações. A celebração de acordos comerciais ou acordos de associação dos quais decorra a expansão do modelo jurídico europeu de defesa da concorrência.

II – 2 – Desenvolvimento de políticas de defesa da concorrência em Estados em vias de desenvolvimento.

II – 3 – A possível diversidade de objetivos do direito e da política da concorrência em função do estágio de desenvolvimento económicos dos Estados.

II – 4 – Metodologias específicas de atuação de autoridades de concorrência em Estados em vias de desenvolvimento.

II – 5 - Possíveis áreas de intersecção entre os ordenamentos da concorrência e o direito do comércio internacional. Condicionantes e limitações de uma disciplina internacional da concorrência relacionada com o sistema da Organização Mundial do Comércio - a opção pela cooperação internacional através da Rede Internacional de Autoridades da Concorrência (“*International Competition Network*”). Os resultados desiguais desta cooperação internacional.

III - O desenvolvimento progressivo de uma metodologia de análise jurídico-económica no direito europeu da concorrência e, por sua influência direta, no direito nacional da concorrência - Perspetiva evolutiva e visão crítica geral.

III – 1 - O papel da análise económica na concretização jurídica das normas de direito da concorrência - Interação entre modelos e correntes teóricas nos EUA e na UE. A importância da Escola de Chicago na crítica de pressupostos tradicionais da teoria económica da concorrência e a emergência de modelos teóricos Pós-Chicago. A necessidade de consolidação desses modelos e da sua adequada integração em modelos previsíveis de análise jurídica.

III – 2 - O papel da análise económica e a progressiva incorporação dos modelos teóricos Pós-Chicago orientados para a ponderação do poder de mercado das empresas em domínios essenciais do direito comunitário e nacional da concorrência - um processo desigual e incompleto. O papel da análise económica e a progressiva incorporação dos modelos teóricos Pós-

Chicago orientados para a ponderação do poder de mercado no domínio da cooperação entre empresas restritiva da concorrência. Os desenvolvimentos hermenêuticos registados sucessivamente nas áreas de restrições verticais e restrições horizontais.

III – 3- Novas leituras hermenêuticas da interação entre a regra geral de proibição de formas de cooperação restritivas da concorrência e o regime especial de isenção ou balanço económico (no direito europeu e no direito nacional da concorrência). O contributo de Regulamentos de isenção por categoria e de orientações interpretativas. A extensão possível da ponderação dos elementos de eficiência económica. Modalidades de cooperação empresarial ou institutos jurídicos neste domínio que têm especialmente contribuído para esses novos modelos hermenêuticos.

III – 4 - O papel da análise económica e a progressiva incorporação dos modelos teóricos Pós-Chicago no domínio do controlo de concentrações de empresas. O aprofundamento nessa perspetiva dos modelos de avaliação jusconcorrencial de concentrações considerando as particularidades de vários tipos de concentrações. Os problemas particulares experimentados com os modelos de avaliação de concentrações em mercados de oligopólio (contexto normativo diverso no quadro comunitário e no quadro nacional).

III – 5 - As especiais dificuldades na afirmação coerente do papel da análise económica e na incorporação dos modelos teóricos Pós-Chicago no domínio do abuso de posição dominante. As flutuações interpretativas verificadas na praxis decisória e na jurisprudência em relação aos modelos de análise utilizados neste domínio e as especiais divergências subsistentes neste plano entre o ordenamento norte-americano e o ordenamento comunitário da concorrência. Novas vias hermenêuticas ensaiadas neste domínio através das

orientações interpretativas da Comissão Europeia referentes a práticas abusivas de exclusão de concorrentes (orientações de Dezembro de 2008) - o seu possível alcance e as suas limitações.

III – 6 - Os limites da análise económica em face dos requisitos de segurança jurídica e de mínima previsibilidade na aplicação de normas de concorrência. A possível construção de modelos de análise jurídico-económica incorporando parâmetros que conjuguem ponderação de efeitos económicos e elementos de previsibilidade. A construção desses modelos analíticos e o possível papel das orientações interpretativas de autoridades da concorrência ('soft law') - a natureza jurídica dessas orientações interpretativas à luz das mais recentes evoluções da jurisprudência comunitária (efeitos jurídicos gerados por essas orientações e passíveis de tutela). A margem de apreciação de autoridades de concorrência no quadro de modelos de análise jurídico-económica - os requisitos de demonstração de efeitos restritivos da concorrência e a extensão do seu escrutínio jurisdicional.

III – 7- Necessidade de novos equilíbrios na incorporação de modelos de análise económica nos processos de avaliação jusconcorrencial e de concretização jurídica das normas de concorrência - um processo dependente do aprofundamento dos modelos teleológicos subjacentes aos ordenamentos da concorrência. Os conceitos de eficiência económica associados ao aprofundamento desses modelos teleológicos - os objetivos de eficiência económica e a sua interação com outros objetivos.

IV - A complexa interação sistemática entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual - perspetiva geral. Convergência essencial de objetivos e necessária articulação funcional.

IV – 1 - A distinção fundamental entre a existência de um direito de propriedade intelectual e o seu exercício - a preservação da existência de direitos de propriedade intelectual mediante a utilização desses direitos em ordem a assegurar ao respetivo titular o benefício do objeto específico de cada direito (como núcleo do direito não passível de afetação ou compressão pelas normas de direito de concorrência).

IV – 2- O exercício de direitos de propriedade intelectual mediante a sua utilização em termos que se projetam para além do objeto específico de cada direito (como domínio passível de limitações impostas pelo direito da concorrência). Visões críticas sobre esta distinção e o seu eventual conceptualismo jurídico e possíveis metodologias alternativas de análise em torno da ponderação de efeitos económicos relevantes.

IV – 3- As limitações ao exercício de direitos de propriedade intelectual impostas pelo direito da concorrência em função do objeto específico de cada direito.

IV – 4 - Perspetiva particular referente a patentes, marcas, copyright ou outros direitos. Dos acordos de licença em geral e dos acordos de transferência de tecnologia em particular [Regulamento comunitário de isenção por categoria e orientações interpretativas da Comissão (2004), seu alcance e limitações]. Da aplicação do regime de abuso de posição dominante a certas atuações de titulares de direitos de propriedade intelectual (em especial).

V - *Private Enforcement* de direito da concorrência – que perspectivas na UE e em Portugal

V – 1 – Os objetivos do private enforcement do direito da concorrência.

V – 2 – Influência do direito norte-americano sobre o direito europeu da concorrência neste domínio.

V – 3 – O processo preparatório da Diretiva europeia private enforcement e as várias opções contempladas neste domínio.

V – 4 – A transposição da Diretiva europeia de private enforcement no ordenamento Português.

V-5- Questões essenciais suscitadas pelo enquadramento nacional emergente da transposição da Diretiva de private enforcement.

VI - Atuações de autoridades da concorrência sem carácter sancionatório

VI – 1- Vias alternativas de atuação das autoridades da concorrência no modelo europeu de aplicação do direito da concorrência para além do procedimento sancionatório – perspectiva geral.

VI – 2 – As decisões relativas a compromissos.

VI – 3 – A realização de estudos de mercado por autoridades da concorrência.

VI – 4- Medidas estruturais (não sancionatórias) impostas por autoridades de concorrência.

VII - Controlo de concentrações e práticas de cooperação – o caso das joint ventures e de participações minoritárias que confirmam influência significativa

VI – 1 – O fenómeno da concentração empresarial e o seu tratamento em sede de direito da concorrência.

VI – 2- O problema das joint ventures em direito da concorrência – joint ventures submetidas a controlo de concentrações e joint ventures subsumíveis no regime de cooperação entre empresas.

VI – 3- O tratamento das participações minoritárias conferindo influência apreciável não suscetível de comportar controlo empresarial e sentido próprio desde a jurisprudência ‘Philip Morris’.

VIII - Concorrência e mercados digitais (big data) – Novos padrões e metodologias de aplicação de normas de concorrência

VII – 1 – Mercados digitais e concorrência – a emergência de novas formas de poder de mercado (big data)

VII – 2- Problemas especiais de definição de mercado relevante no setor digital

VII – 3 – Alguns casos recentes ilustrativos do tratamento do poder de mercado no setor digital.

BIBLIOGRAFIA BASE

Luís Silva Morais – Direito da Concorrência – Perspetivas do seu Ensino
Almedina, Coimbra, 2009

(** outras indicações bibliográficas disponibilizadas em função da discussão das matérias em causa nos seminários)