

CURSO DE FORMAÇÃO PARA JUIZES NACIONAIS EM DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Com o apoio do
CONCELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
Patrocínio da
COMISSÃO EUROPEIA



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL

PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA:

SÚMULA ORIENTADA PARA A PRÁTICA JUDICIAL

COORDENAÇÃO DE TERESA MOREIRA

MIGUEL SOUSA FERRO

ÍNDICE

1. Introdução	3
2. Questões gerais	6
2.1. Definição de mercados relevantes	6
2.2. Âmbito de aplicação do Direito nacional e do Direito Europeu	8
2.3. Conceitos de “empresa” e de “actividade económica”	11
3. Art.º 101.º TFUE / Art.ºs 4.º e 5.º LC	13
3.1 Coligações entre empresas	14
3.1.1. <i>Acordos</i>	14
3.1.2. <i>Práticas concertadas</i>	16
3.1.3. <i>Decisões de associações de empresas</i>	17
3.2 Objecto ou efeito de restrição da concorrência	18
3.3 Restrição sensível da concorrência (<i>de minimis</i>)	20
3.4 Isenção individual	22
3.5 Isenção categorial	24
4. Art.º 102.º TFUE / Art.º 6.º LC	27
4.1 Posição dominante	28
4.2 Parte substancial do mercado interno	31
4.3 Abuso	32
5. Art.º 7.º LC	34
6. Serviços de interesse económico geral e outras excepções à aplicação do Direito da Concorrência	35

1. Introdução

As páginas que seguem foram redigidas tendo em mente, como público-alvo, os participantes da edição de 2010 do Curso de Formação para Juizes em Direito Europeu da Concorrência, organizado pelo Instituto Europeu e pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação científica do Prof. Doutor Eduardo Paz Ferreira, do Prof. Doutor Luís Silva Morais e da Mestre Teresa Moreira.

Não se dispensa a consulta dos vários manuais de Direito da Concorrência disponíveis¹ e dos restantes trabalhos doutrinários dedicados a esta matéria. Não é fácil resumir o Direito da Concorrência em tão poucas páginas sem perder substância. Perante a constatação da quantidade de questões que ficaram sem referência, ou que receberam uma referência extremamente superficial, só nos conforta a esperança de que este documento seja usado pelos participantes no Curso única e exclusivamente como um ponto de partida, extremamente sumário, que visa reunir as questões mais prementes para a prática judicial nacional.

Como a maioria dos casos que poderão surgir perante os tribunais de onde provêm os participantes do Curso não dirão respeito ao controlo da legalidade de decisões da Autoridade da Concorrência, optou-se por se omitir vários aspectos do regime que se inserem no âmbito da sua dimensão

¹ De entre as muitas obras genéricas disponíveis, destacamos:

- Em língua portuguesa:

- i) GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 6ª ed., Almedina, 2010, pp. 637-741; e
- ii) MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009
- iii) MOTA DE CAMPOS, J., e MOTA DE CAMPOS, J. L., *Manual de Direito Comunitário*, Coimbra Editora, 5ª ed. 2007, Livro III, Título III
- iv) MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Almedina, 2008;
- v) PAZ FERREIRA, *Lições de Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa, 2001 (Reimpressão de 2002), pp. 457-538
- vi) SILVA MORAIS, Luis, *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009;
- vii) SANTOS, GONÇALVES & MARQUES, *Direito Económico*, Almedina, Coimbra, 5ª ed., 2004 (Reimpressão de 2010).

- Em língua inglesa:

- i) WHISH, *Competition Law*, 6ª ed., Oxford University Press, 2008;
- ii) BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, 6ª ed., Oxford University Press, 2008;
- iii) FAULL & NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2ª ed., Oxford University Press, 2007
- iv) KORAH, *An introductory guide to EC Competition Law and practice*, 9ª ed., Hart Publishing, 2007;
- v) MONTI, G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, 2007; e
- vi) ELHAUGE & GERADIN, *Competition law and economics*, Hart Publishing, 2007.

administrativa². Também se omitem considerações de Direito processual, de responsabilidade civil e outras que seriam forçosamente muito genéricas e extravasariam o âmbito deste trabalho.

Mostra-se conveniente fornecer alguns esclarecimentos gerais e preliminares:

- (i) Análise conjunta do Direito europeu e nacional: atenta a ampla convergência das normas nacionais em relação às normas europeias sobre práticas restritivas da concorrência, os dois regimes serão apresentados em paralelo. Nos raros casos em que tal se revele necessário, será devidamente assinalada a existência de uma diferença de regimes.
- (ii) Relevância da jurisprudência europeia: o Direito Europeu sobre práticas restritivas da concorrência assenta em duas normas do Tratado, cujo texto muito sintético tem vindo a ser densificado há décadas pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), até se tornar num extenso oceano normativo, impossível de navegar sem se recorrer amplamente a esta prática decisória e jurisprudência. Atento o objectivo do presente trabalho, optámos por não citar a prática decisória da Comissão Europeia, de modo a não correr o risco de induzir os leitores em erro sobre a interpretação vigente no ordenamento jurídico europeu. Apenas o TJUE pode interpretar com autoridade o Tratado.

Reconhecendo que a força vinculativa da jurisprudência do TJUE é disputada na doutrina, não queremos deixar de recordar que o juiz nacional, enquanto órgão de autoridade, se enquadra no amplo conceito comunitário de “Estado”, e que o Tratado impõe aos Estados Membros (EMs) a obrigação de cooperação leal com as instituições europeias – Art.º 4.º(3) do Tratado da União Europeia (TUE). A interpretação do Direito Europeu por um tribunal nacional em termos que contradigam a interpretação fixada na jurisprudência europeia, sem a prévia consulta do TJUE, será, em princípio, uma violação desta obrigação.

² Veja-se o documento da Autoridade da Concorrência, por enquanto em versão *draft*, “Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho”, de 23 de Dezembro de 2010, disponível em http://www.concorrenca.pt/download/Linhas_de_orientacao_sobre_a_instru%C3%A7%C3%A3o_de_proc%20essos_relativos_%20%C3%A0_aplica%C3%A7%C3%A3o_dos_artigos_4_6_e_7_da_Lei_18_2003_11_Junho.pdf.

- (iii) Casos já decididos ou submetidos à Comissão Europeia: Nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003³, quando um tribunal nacional for chamado a pronunciar-se sobre um acordo, decisão ou prática sobre o qual a Comissão já se tenha pronunciado, não pode tomar uma decisão contrária à da Comissão. Sem prejuízo da possibilidade de submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, deve também o tribunal nacional evitar tomar decisões que possam vir a conflitar com decisões da Comissão, quando esta esteja a analisar os mesmos factos, sustentando a instância sempre que necessário.
- (iv) Mecanismos de cooperação: Sempre que sejam chamados a aplicar o Direito Europeu da Concorrência, os tribunais nacionais têm ao seu dispor mecanismos de cooperação com o TJUE (questões prejudiciais, opcionais ou obrigatórias, nos termos do Art.º 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)) e com a Comissão Europeia⁴, os quais podem tornar substancialmente mais simples a missão que lhes é conferida.
- (v) Numeração: Os Art.ºs 101.º e 102.º TFUE foram, até 1 de Maio de 1999 (Tratado de Amesterdão), os Art.ºs 85.º e 86.º TCE, e de então até 1 de Dezembro de 2009 (Tratado de Lisboa), os Art.ºs 81.º e 82.º TCE.
- (vi) Cenários de aplicação do Direito da Concorrência: São três os principais cenários nos quais os tribunais nacionais podem ser chamados a aplicar o regime das práticas restritivas da concorrência:
- pedidos de indemnização por danos resultantes de práticas anti-concorrenciais (e eventuais medidas cautelares)⁵;
 - pedidos de declaração de nulidade de acordos anti-concorrenciais⁶;
 - controlo da legalidade de decisões da Autoridade da Concorrência⁷.

³ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16/12/2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1/1, de 04/01/2003), com a redacção resultante do Regulamento (CE) n.º 411/2004, de 26/02/2004 (JO L 68/1, de 28/09/2004) e do Regulamento (CE) n.º 1419/2006, de 25/09/2006 (JO L 269/1, de 28/09/2006).

⁴ Ver: Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO C 101/54, de 27/04/2004).

⁵ Por exemplo, os concorrentes e os clientes de uma empresa podem pedir o ressarcimento de danos causados por um abuso de posição dominante, nomeadamente após uma decisão da Autoridade da Concorrência que identificou esse abuso ter sido confirmada em sede de recurso judicial ou na ausência da sua interposição.

⁶ Por exemplo, um distribuidor pode invocar a nulidade de uma cláusula contratual, ao abrigo do Direito da Concorrência, para contestar a rescisão do contrato com base na violação dessa cláusula.

- (vii) Direito a indemnização (impacto do Direito Europeu no regime nacional de responsabilidade civil): Sempre que seja aplicável o Direito Europeu, qualquer pessoa que tenha sofrido danos decorrentes de práticas restritivas da concorrência de terceiros tem direito a ser indemnizada. Esse direito decorre directamente do ordenamento europeu. Segundo a jurisprudência europeia:

“A plena eficácia do artigo [101.º] do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1, seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência. (...) Nesta perspectiva, as acções de indemnização por perdas e danos junto dos órgãos jurisdicionais nacionais são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade”⁸.

“... qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo [101.º] CE. Na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a tutela dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade)”⁹.

2. Questões gerais

2.1. Definição de mercados relevantes

Sempre que seja chamado a aplicar as normas relativas às práticas restritivas da concorrência, o juiz nacional ver-se-á confrontado com a necessidade de delimitar o(s) mercado(s) relevante(s) em causa. Ainda que a

⁷ Realizado, em primeira instância, pelo Tribunal do Comércio de Lisboa, nos termos do previsto no artigo 50.º da Lei da Concorrência.

⁸ Acórdão do TJUE de 20 de Setembro de 2001, *Courage* (C-453/99), C.J. (2001) I-6297, paras. 26-27.

⁹ Acórdão do TJUE de 13 de Julho de 2006, *Manfredi* (C-295/04 etc.), C.J. (2006) I-6619, paras. 61-62. Embora ambos estes casos se refiram ao Art.º 101.º TFUE, a mesma regra é aplicável ao Art.º 102.º TFUE, já que a conclusão do Tribunal se baseou no efeito directo da norma e no princípio do efeito útil do Direito Comunitário.

questão não seja suscitada pelas partes, poderá ser necessária a sua análise *ex officio*, atentas as implicações deste passo preliminar em qualquer análise concorrencial¹⁰.

A delimitação do mercado relevante (no âmbito material – ou de produto/serviço – e geográfico) é uma tarefa muito complexa que se insere no domínio da ciência económica. Não obstante, os princípios que lhe estão subjacentes são relativamente simples. Na prática, a definição de mercados acaba por se reconduzir amiúde a juízos de senso comum.

Trata-se de uma tarefa muito auxiliada pela possibilidade de recurso aos precedentes na vasta prática decisória da Comissão Europeia¹¹ e das Autoridades de Concorrência dos EMs (sem prejuízo da possibilidade de discordância com definições anteriores). Como se tratam de análises económicas, é indiferente o ordenamento jurídico em que foram realizadas. Se o tribunal se vir confrontado com uma proposta de definição de mercado que contradiga delimitações repetidamente adoptadas pela Comissão Europeia e por outras Autoridades, terá especiais motivos para se debruçar atentamente sobre esta questão. A falta de indicação de precedentes de delimitação de mercados pode constituir um indício de desconformidade ou de desconsideração de práticas decisórias anteriores.

Os princípios e métodos de definição de mercados foram descritos pela Comissão Europeia na Comunicação sobre mercados relevantes, cuja consulta se revela da maior importância, ainda que se trate de um documento de natureza não vinculativa¹². A Autoridade da Concorrência tem aparentemente seguido os mesmos princípios. O eficaz resumo fornecido por esta Comunicação dispensa-nos de uma introdução mais alargada nesta sede.

Não queremos porém deixar de sublinhar o essencial. O mercado de produto relevante deve ser determinado, na formulação tradicional da jurisprudência, atendendo às “*características dos produtos em causa, em virtude das quais estes produtos são particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco substituíveis com outros produtos*”¹³. O mercado geográfico relevante

¹⁰ No caso de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas: (i) para determinar o eventual efeito restritivo da concorrência; (ii) para aplicar o limiar *de minimis*; (iii) para aplicar isenções categoriais, etc. No caso de abusos de posição dominante: para aferir da existência de uma posição dominante e de certos tipos de abusos. Em ambos os casos: para auxiliar a determinação da aplicabilidade do Direito Europeu da Concorrência.

¹¹ Que pode ser consultada, organizada por actividade económica (códigos NACE), em http://ec.europa.eu/competition/index_pt.html. Note-se que, para este efeito, é indiferente a consulta de precedentes no âmbito de práticas restritivas da concorrência ou de controlo de concentrações (onde há um muito maior número de mercados já analisados), visto que os princípios de definição de mercado são os mesmos.

¹² Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência (JO C 372/5, de 9.12.1997).

¹³ Acórdão do TJUE de 21 de Fevereiro de 1973, *Continental Can* (6/72), C.J. (1973) 215, para. 32.

corresponde a uma “zona geográfica definida na qual [o produto] é comercializado e onde as condições de concorrência são suficientemente homogéneas para poder aferir do exercício de poder económico pela empresa em causa”¹⁴.

A definição de mercados visa identificar as pressões concorrenciais efectivamente sentidas pelas empresas (excluindo a concorrência potencial), para compreender de que modo a sua actuação no mercado está limitada. Adopta-se preferencialmente o critério da substituíbilidade cruzada da perspectiva da procura (e.g., na óptica de um cliente, os bens A e B são substitutos eficazes para satisfazer a mesma necessidade?). Muitas vezes, porém, é necessário temperar esta abordagem com a ponderação da substituíbilidade do lado da oferta, para impedir a criação de micro-mercados que não traduzam adequadamente as condições concorrenciais (e.g. o bem A pode não ter os mesmos clientes que o bem B, nem servir para satisfazer exactamente as mesmas necessidades, e no entanto a concorrência em ambos pode ser homogénea e indissociável – mesmos produtores concorrendo nos mesmos termos).

2.2. Âmbito de aplicação do Direito nacional e do Direito Europeu¹⁵

Colocado perante qualquer prática restritiva da concorrência, o juiz nacional deve determinar se deverá aplicar apenas o Direito nacional ou também o Direito Europeu.

Âmbito de aplicação: A Lei n.º 18/2003 (Lei da Concorrência, ou LC) aplica-se a práticas restritivas da concorrência “que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos”, “[s]ob reserva das obrigações internacionais do Estado” (Art.º 1.º(2) LC). Os Art.ºs 101.º e 102.º TFUE aplicam-se às práticas que sejam “susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados Membros”.

Afectação do comércio entre Estados Membros: O critério da afectação do comércio entre EMs recebeu uma interpretação muito ampla pelo TJUE. Atenta a importância crucial desta determinação, foi adoptada uma Comunicação que lhe é exclusivamente dedicada¹⁶. A aplicação deste critério implica o preenchimento cumulativo de três requisitos:

- (i) Deve estar em causa uma actividade económica (ver *infra* secção 2.3).

¹⁴ Acórdão do TJUE de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands* (27/76), C.J. (1978) 207, para. 11.

¹⁵ Para uma análise mais detalhada da matéria descrita nesta secção, ver: SOUSA FERRO, “A obrigatoriedade de aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas autoridades nacionais”, (2007) XLVIII(1-2) *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 271

¹⁶ Comunicação da Comissão com orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados Membros, previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO C 101/81, de 27/04/2004.

- (ii) A prática deve ser susceptível de afectar o comércio entre EMs: “deve ser possível determinar com um grau suficiente de probabilidade, baseando-se num conjunto de elementos de direito e de facto, se [a prática em questão] pode vir a exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, nas correntes de trocas entre os Estados Membros, de uma forma susceptível de prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre os Estados Membros”¹⁷. O critério é neutro (pode ser um efeito benéfico ou prejudicial)¹⁸ e refere-se tanto ao lado da oferta como da procura¹⁹.

Nos termos da jurisprudência do TJUE, presume-se que há afectação do comércio entre EMs sempre que esteja em causa um mercado que cubra a totalidade do território dum EM, i.e. um mercado nacional²⁰. Assim, por exemplo, presume-se que um abuso de posição dominante no mercado nacional de internet de banda larga, ou uma decisão de uma Ordem Profissional válida para todo o território, afecta o comércio entre EMs. Mas mesmo os mercados sub-nacionais podem preencher o critério²¹.

- (iii) A afectação deve ser “sensível”²²: Trata-se de um teste que segue uma lógica *de minimis*. Esta aferição é, em princípio, precedida pela delimitação do mercado relevante, excepto quando o efeito sensível é evidente. A partir de 5% de quota de mercado, já pode haver uma afectação “sensível”. Note-se que até um pequeno acordo de distribuição local pode preencher este critério - no caso de feixes de acordos (e.g. acordos idênticos entre produtores e seus distribuidores, ainda que nem todos esses produtores sejam visados no processo) deve-se atender, não ao efeito isolado, mas ao seu efeito cumulativo na concorrência²³. A existência de trocas reduzidas entre EMs aumenta a probabilidade de uma prática ter um impacto nelas²⁴.

A Comissão Europeia defende uma presunção negativa e uma presunção positiva de afectação do comércio entre EMs, ambas elidíveis, baseadas em quotas de mercado e volumes de negócios²⁵.

¹⁷ Acórdão do TJUE de 30 de Junho de 1966, *LTM* (56/65), C.J. (1966) 235

¹⁸ Acórdão do TJUE de 13 de Julho de 1966, *Consten e Grundig* (56/64 etc.), C.J. (1966) 429

¹⁹ Acórdão do TJUE de 23 de Abril de 1991, *Höfner & Elser* (C-41/90), C.J. (1991) I-1919, para. 33.

²⁰ Acórdão do TJUE de 17 de Outubro de 1972, *Cementhandelaren* (8/72), C.J. (1972) 977, para. 29.

²¹ Acórdão do TJUE de 3 de Dezembro de 1987, *BNIC* (136/86), C.J. (1987) 4789, paras. 17-18.

²² Acórdão do TJUE de 25 de Novembro de 1971, *Béguelin Import* (22/71), C.J. (1971) 949, paras. 16-17.

²³ Acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 1967, *Brasserie de Haecht* (23/67), C.J. (1967) 525; Acórdão *Béguelin Import*, cit. *supra* nota 22, para. 13; Acórdão do TJUE de 22 de Outubro de 1986, *Metro SB* (75/84), paras. 40 e 41.

²⁴ Acórdão do TJUE de 21 de Fevereiro de 1995, *SPO* (T-29/92), C.J. (1995) II-289, para. 235.

²⁵ Comunicação sobre afectação do comércio entre EMs, cit. *supra* nota 16, paras. 52-53.

Obrigatoriedade de aplicação: Sempre que o critério da afectação do comércio entre EMs esteja preenchido, os tribunais nacionais são obrigados a aplicar o Direito Europeu da Concorrência, em paralelo com o Direito nacional, por força do efeito directo dos Art.ºs 101.º e 102.º TFUE²⁶ e do Art.º 3.º(1) do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Primado do Direito Europeu: Na esmagadora maioria dos casos, a aplicação conjunta do Direito nacional e do Direito Europeu da Concorrência não suscitará dificuldades, atenta a profunda convergência verificada entre ambos. No entanto, são teoricamente possíveis casos em que os dois ordenamentos imponham soluções diferentes²⁷. Nos termos do Art.º 3.º(2) e (3) do Regulamento (CE) n.º 1/2003, sempre que ambos os ordenamentos sejam aplicáveis às mesmas práticas:

- a) O Art.º 4.º LC não pode resultar na proibição de práticas permitidas pelo Art.º 101.º TFUE.
- b) Os Art.ºs 6.º e 7.º LC podem resultar na proibição práticas permitidas pelo Art.º 102.º TFUE (note-se que o ordenamento comunitário não proíbe o abuso de dependência económica).
- c) [Por força do primado, a Lei da Concorrência não pode levar à autorização de práticas proibidas pelos Art.ºs 101.º e 102.º TFUE²⁸.]
- d) Leis que prossigam fins essencialmente diferentes do da protecção da concorrência no mercado (desde que compatíveis com o demais Direito da União Europeia) podem resultar na proibição de práticas permitidas pelos Art.ºs 101.º e 102.º TFUE (e.g. uma lei de protecção dos direitos dos consumidores pode proibir certas cláusulas gerais permitidas pelo Direito da Concorrência).

Em síntese, sempre que esteja preenchido o critério da afectação do comércio entre EMs, a aplicação do Direito nacional da Concorrência não pode conduzir a um resultado diferente do imposto pelas normas europeias, com a excepção de normas nacionais mais exigentes relativas a práticas unilaterais.

Sobreposição com casos pendentes ou decididos pela Comissão Europeia: Se forem chamados a pronunciar-se sobre acordos, decisões ou práticas que já tenham sido objecto de Decisão da Comissão Europeia, “os tribunais nacionais não

²⁶ Ver, e.g., Acórdão do TJUE de 3 de Fevereiro de 1976, *Fonderies Roubaix Wattrelos* (63/75), C.J. (1976) 111, paras. 9-11; Acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 1991, *Delimitis* (C-234/89), C.J. (1991) I-935, paras. 45-46.

²⁷ O principal exemplo de uma divergência entre os dois ordenamentos é a proibição do abuso de dependência económica (Art.º 7.º LC) – ver *infra* secção 5.

²⁸ Acórdão do TJUE de 16 de Novembro de 1977, *INNO / ATAB* (13/77), C.J. (1977) 2155; Acórdão do TJUE de 11 de Abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen* (66/86), C.J. (1989) 803, para. 48.

podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão”; quando se pronunciarem sobre questões cuja decisão pela Comissão está pendente, “devem evitar tomar decisões que entrem em conflito” com a decisão prevista, devendo “avaliar se é ou não necessário sustentar a instância”²⁹. Só o mecanismo das questões prejudiciais ao TJUE permite ao tribunal nacional desvincular-se de uma decisão anterior da Comissão Europeia no mesmo caso³⁰.

2.3. Conceitos de “empresa” e de “actividade económica”

O Direito Europeu e nacional da Concorrência é dirigido a “empresas”, não no sentido usual do termo, mas numa abordagem funcional. Os conceitos de “empresa” e de “actividade económica” encontram-se, no ordenamento interno, nos Art.ºs 2.º e 1.º(1) da Lei da Concorrência³¹, que acolheram as clarificações da jurisprudência comunitária, das quais destacamos:

- a) Empresa: “a noção de empresa abrange toda a entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do estatuto jurídico desta entidade e do seu modo de financiamento”³²;
 - i. Não é necessário que a entidade tenha fins lucrativos, desde que a actividade prosseguida tenha natureza económica³³;
 - ii. Podem ser empresas: pessoas singulares³⁴ (mas não enquanto assalariados³⁵ ou consumidores finais³⁶), cooperativas³⁷,

²⁹ Regulamento (CE) n.º 1/2003, Art.º 16.º(1); Comunicação sobre cooperação com tribunais nacionais, cit. *supra* nota 4, paras. 11 a 14.

³⁰ Refira-se ainda que:

1) a Comissão Europeia e a Autoridade da Concorrência estão habilitadas a adoptar decisões em casos em que entendam existir interesse em esclarecer o Direito vigente sobre a compatibilidade de determinadas práticas com o regime das práticas restritivas da concorrência (avaliação prévia e abstracta), pelo que também estas decisões (muito raras) poderão referir-se a casos perante tribunais nacionais – ver Art.º 10.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e Regulamento n.º 9/2005, de 3 de Fevereiro, da Autoridade da Concorrência (neste caso, apenas para práticas que recaiam exclusivamente no âmbito do Art.º 4.º(1) LC); e

2) Também pode haver sobreposição material com as ditas Decisões de Compromissos, previstas no Art.º 9.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e sem base formal na Lei da Concorrência, mas estas não visam produzir qualquer efeito jurídico para além da conclusão de um processo administrativo de investigação. A adopção de uma Decisão de Compromissos não permite concluir que existisse antes uma violação do Direito da Concorrência, tal como não permite concluir que não exista qualquer ilegalidade nas práticas em causa após a sua adopção. Uma Decisão de Compromissos implica apenas que não existia um interesse em concluir o processo administrativo de investigação, à luz dos compromissos oferecidos.

³¹ Ver ainda o Art.º 47.º LC.

³² Acórdão *Höfner e Elser*, cit. *supra* nota 19, para. 21.

³³ Acórdão do TJUE de 21 de Setembro de 1999, *Albany International* (C-67/96), C.J. (1999) I-5751, para. 85.

³⁴ Acórdão do TJUE de 11 de Julho de 1985, *Remia* (42/84), C.J. (1985) 2545, para. 49-50. Art. 47.º(1) LC.

³⁵ Acórdão do TJUE de 16 de Setembro de 1999, *Jean-Claude Becu* (C-22/98), C.J. (1999) I-5665, paras. 26-27.

³⁶ Acórdão do TJUE de 12 de Setembro de 2000, *Pavel Pavlov* (C-180/98 etc.), C.J. (2000) I-6451, paras. 78-81.

³⁷ Acórdão do TJUE de 25 de Março de 1981, *Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek* (61/80), C.J. (1981) 851.

autoridades públicas³⁸, clubes de futebol³⁹, profissionais liberais (assim como as Ordens Profissionais e as federações desportivas podem ser associações de empresas)⁴⁰, etc.

- b) Actividade económica: “constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado”⁴¹;
- c) Actividades não económicas: “uma actividade que, pela sua própria natureza, pelas regras a que está sujeita e pelo seu objecto, é estranha à esfera das trocas económicas (...) ou está associada ao exercício de prerrogativas de poder público (...) escapa à aplicação das regras de concorrência do Tratado”⁴²;

Não são actividades económicas: segurança social baseada em solidariedade, sem lógica comercial⁴³; serviços de controlo aéreo⁴⁴; vigilância antipoluição por serviços públicos portuários⁴⁵; etc.

- d) A mesma entidade pode ser “empresa” numas actividades e não noutras: “as diferentes actividades de uma entidade devem ser analisadas individualmente e não se pode deduzir da equiparação de algumas delas a prerrogativas de poder público que as outras actividades não possam ter carácter económico. (...) Por conseguinte, há que determinar, relativamente a cada uma das actividades da [entidade] postas em causa (...), por um lado, se são dissociáveis das suas actividades de missão pública e, por outro, se constituem actividades económicas...”⁴⁶.
- e) Unidade económica: “o conceito de empresa, inserido nesse contexto, deve ser entendido como designando uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas. (...) [O] comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, designadamente quando, apesar de ter personalidade jurídica distinta, essa filial não determinar de forma

³⁸ Acórdão *Höfner & Elser*, cit. *supra* nota 32.

³⁹ Acórdão do TGUE de 26 de Janeiro de 2005, *Laurent Piau* (T-193/02), C.J. (2005) II-209, para. 69.

⁴⁰ Acórdão *Pavel Pavlov*, cit. *supra* nota 36; Acórdão do TJUE de 19 de Fevereiro de 2002, *Wouters* (C-309/99), C.J. (2002) I-1577.

⁴¹ Acórdão *Pavel Pavlov*, cit. *supra* nota 36, para. 75.

⁴² Acórdão *Wouters*, cit. *supra* nota 40, para. 57. Ver também: Acórdão do TJUE de 18 de Março de 1997, *Diego Calì* (C-343/95), C.J. (1997) I-1547, para. 23.

⁴³ Acórdão do TJUE de 17 de Fevereiro de 1993, *Christian Poucet* (C-159/91), C.J. (1993) I-637. Contrastar (para identificar a fronteira entre solidariedade e lógica de mercado): Acórdão do TJUE de 16 de Novembro de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* (C-244/94), C.J. (1995) I-4013; e Acórdão *Albany International*, cit. *supra* nota 33.

⁴⁴ Acórdão do TJUE de 19 de Janeiro de 1994, *Eurocontrol* (C-364/92), C.J. (1994) I-43, paras. 18 *et ss.*

⁴⁵ Acórdão *Diego Calì*, cit. *supra* nota 42, paras. 23-25.

⁴⁶ Acórdão do TGUE de 12 de Dezembro de 2006, *SELEX* (T-155/04), C.J. (2006) II-4797, paras. 54-55.

autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe (...), atendendo em particular aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas”⁴⁷.

O conceito de empresa como unidade económica tem consequências práticas fundamentais, entre as quais destacamos:

- (i) Acordos entre empresas do mesmo grupo (unidade económica) não são abrangidos pelo Art.º 101.º TFUE / Art.º 4.º LC⁴⁸;
- (ii) A imputação subjectiva da infracção é feita à unidade económica, não à pessoa jurídica na origem da conduta. Assim, uma empresa-mãe (nacional ou estrangeira) pode ser responsabilizada e sancionada por infracções cometidas por uma sua subsidiária⁴⁹.

3. Art.º 101.º TFUE / Art.ºs 4.º e 5.º LC

O Art.º 101.º(1) TFUE, que corresponde na legislação nacional ao Art.º 4.º(1) LC, proíbe coligações entre empresas que restringem a concorrência (coordenação de comportamento entre concorrentes – práticas horizontais, ditas “cartéis” – ou entre empresas em diferentes níveis do mercado – práticas verticais⁵⁰). Esta proibição requer a verificação cumulativa das seguintes condições:

- (i) Existir um acordo ou uma prática concertada entre empresas, ou uma decisão de uma associação de empresas (ver secções 3.1 e 2.3);
- (ii) Que ocorra no território nacional ou nele tenha ou possa ter efeitos – Direito nacional – e que seja susceptível de afectar o comércio entre EMs – Direito Europeu (ver secção 2.2);

⁴⁷ Acórdão do TJUE de 10 de Setembro de 2009, *Akzo Nobel* (C-97/08 P), C.J. (2009) por publicar, paras. 55 e 58.

⁴⁸ Acórdão *Béguelin Import*, cit. *supra* nota 22, para. 8.

⁴⁹ Acórdão *Akzo Nobel*, cit. *supra* nota 47. PERESTRELO DE OLIVEIRA & SOUSA FERRO, “The sins of the son: parent company liability for Competition Law infringements”, (2010) 1(2) *Concorrência e Regulação*.

A lei nacional difere, neste plano, do Direito Europeu em dois sentidos. Enquanto que no Direito Europeu se exige a demonstração do exercício de influência decisiva (controlo), não apenas a sua possibilidade, excepto quando a empresa-mãe detém a totalidade ou quase-totalidade do capital social da subsidiária (em cujo caso se aplica uma presunção de efectivo exercício de influência decisiva), no Direito nacional: (i) remete-se para os critérios de controlo utilizados nas regras de controlo de concentrações (no plano comunitário, esta associação ainda é dúbia); (ii) com a consequência que basta demonstrar a possibilidade de exercício de influência dominante, não sendo necessário demonstrar o seu efectivo exercício.

⁵⁰ Acórdão *Consten e Grundig*, cit. *supra* nota 18.

- (iii) Que tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no mercado nacional – Direito nacional – e no mercado interno – Direito Europeu (ver secção 3.2); e
- (iv) Que o seu efeito restritivo da concorrência seja sensível, i.e. significativo (ver secção 3.3).

Porém, como o objectivo da política de concorrência é – no que aparenta ser a presentemente óptima dominante e sem prejuízo da controvérsia existente nesse domínio – a maximização do bem-estar dos consumidores,⁵¹ reconhece-se que nem todas as coligações são negativas, sendo autorizadas aquelas que, embora restringindo a concorrência de modo sensível, contribuam para aquele objectivo, preenchendo determinados requisitos de isenção individual ou categorial (ver secções 3.4 e 3.5). Também se permitem restrições concorrenciais necessárias para a prossecução de um serviço de interesse económico geral (ver secção 6).

Os acordos e decisões de associações de empresas que violem o Art.º 101.º(1) TFUE / Art.º 4.º(1) LC, e que não cumpram todos os requisitos de uma isenção individual ou categorial, estão viciados de nulidade (Art.º 101.º(2) TFUE e Art.º 4.º(2) LC).

3.1. Coligações entre empresas

Os conceitos de “acordo”, “prática concertada” e “decisão”, neste contexto, receberam uma interpretação muito ampla e funcional. Tratam-se de conceitos que *“incluem, do ponto de vista subjectivo, formas de conluio que são da mesma natureza e só se distinguem umas das outras pela respectiva intensidade e pelas formas como se manifestam”*⁵².

3.1.1. Acordos

São considerados “acordos”, para efeitos do Direito da Concorrência: contratos, acordos de transacção judicial⁵³, acordos de cavalheiros⁵⁴, etc. Não é necessário que o “acordo” tenha sido reduzido a escrito, que se consiga

⁵¹ Como acima se refere, tem subsistido até à presente data uma apreciável controvérsia sobre os objectivos dominantes da política e do direito da concorrência, que não existe aqui espaço para tratar desenvolvidamente. Em geral sobre a matéria e contendo elementos para investigação complementar cfr. Luis Silva Morais, *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, cit., esp. pp. 293 ss.

⁵² Acórdão do TJUE de 4 de Junho de 2009, *T-Mobile* (C-8/08), C.J. (2009) por publicar, para. 23.

⁵³ Acórdão do TJUE de 8 de Junho de 1982, *LC Nungesser* (258/78), C.J. (1982) 2015, paras. 80 *et ss.*

⁵⁴ Acórdão do TJUE de 15 de Julho de 1970, *ACF Chemiefarma NV* (41/69), C.J. (1970) 661, paras. 106 *et ss.*

determinar a sua data exacta⁵⁵, que tenha uma pretensão de vinculação formal das partes ou que seja judiciável. A questão coloca-se, portanto, essencialmente ao nível da prova de uma vontade comum acordada.

Nas palavras do Tribunal: *“Segundo jurisprudência constante, para que haja acordo, na acepção do artigo [101.º(1)] do Tratado, basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada (...). Nestas condições, não é pertinente analisar, contrariamente ao que defende a recorrente, se as empresas em causa se consideraram obrigadas - jurídica, factual ou moralmente - a adoptar o comportamento acordado”*⁵⁶.

A expressão da vontade comum pode ser implícita: *“o facto de apenas um dos participantes nas reuniões [de cartel] controvertidas ter revelado as suas intenções não é suficiente para excluir a existência de um acordo ou de uma prática concertada”*⁵⁷. Uma empresa que participe numa reunião de cartel só não será considerada participante no acordo se se tiver distanciado formalmente, perante as restantes participantes, do conteúdo dessa reunião⁵⁸.

A dificuldade de obter provas da participação em cartéis, especialmente para cada empresa e em cada momento dum cartel duradouro, levou o Tribunal a considerar a existência de *“infracções únicas e continuadas”*, reconhecendo que *“uma empresa pode ser considerada responsável por um cartel global mesmo que se prove que só participou directamente em um ou vários dos elementos constitutivos deste, se, por um lado, sabia, ou devia necessariamente saber, que a colusão em que participava, em especial através de reuniões regulares organizadas durante vários anos, se inscrevia num dispositivo de conjunto destinado a falsear o jogo normal da concorrência, e, por outro, que esse dispositivo compreendia o conjunto dos elementos constitutivos do cartel”*⁵⁹. Mas isto não significa que o Tribunal aceite sempre que cartéis com objectos semelhantes ou relacionados constituam um único cartel⁶⁰.

Chamamos a atenção para a problemática da fronteira entre acordos e práticas unilaterais, em especial no contexto de relações verticais (pense-se, por exemplo, numa circular enviada por um construtor de automóveis aos seus concessionários, exigindo a adopção de um comportamento contrário aos interesses destes). A jurisprudência tem oscilado drasticamente no nível de

⁵⁵ Para ambos, ver o Acórdão do TGUE de 15 de Março de 2000, *Cimenteries CBR* (T-25/95, etc.), C.J. (2000) II-491, para. 2341.

⁵⁶ Acórdão do TGUE de 14 de Maio de 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft* (T-347/94), C.J. (1998) II-1751, para. 65.

⁵⁷ Acórdão do TGUE de 12 de Julho de 2001, *British Sugar* (T-202/98 etc.), C.J. (2001) II-2035, para. 54.

⁵⁸ Acórdão do TGUE de 11 de Dezembro de 2003, *Adriatica di Navigazione* (T-61/99), C.J. (2003) II-5349, para. 135; Acórdão *Cimenteries CBR*, cit. *supra* nota 55, paras. 1353, 1389 e 3199.

⁵⁹ Acórdão do TGUE de 20 de Abril de 1999, *NV Limburgse Vinyl Maatschappij* (T-305/94 etc.), C.J. (1999) II-931, para. 773.

⁶⁰ Ver, e.g., Acórdão do TGUE de 12 de Dezembro de 2007, *BASF* (T-101/05 etc.), C.J. (2007) II-4949, paras. 157 *et ss.*

exigência na determinação da existência de acordo ou consentimento. Embora não seja uma questão que surja frequentemente, os casos marginais merecerão uma análise atenta das mais recentes orientações jurisprudenciais, que nem sempre são instintivas⁶¹.

3.1.2. Práticas concertadas

Uma prática concertada é “*uma forma de coordenação entre empresas que, sem que se tenha chegado a concluir um acordo propriamente dito, substituiu conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre empresas*”⁶². Para cair no âmbito da proibição, esta cooperação prática deve ter por objecto ou efeito levar a “*condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado, tendo em conta a natureza dos produtos, a importância e número das empresas, bem como o tamanho e a natureza do mercado em causa*”⁶³.

A proibição de práticas concertadas tem um especial impacto ao nível da troca de informações entre concorrentes: “*importa recordar que os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada devem ser interpretados à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum. Se é exacto que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente à actuação conhecida ou prevista dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directos ou indirectos entre tais operadores, que possa quer influenciar a actuação no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer permitir a esse concorrente descobrir a actuação que o outro ou os outros operadores decidiram adoptar ou planeiam adoptar nesse mercado (...). [O] Tribunal de Justiça declarou, assim, que, num mercado oligopolístico fortemente concentrado (...), a troca de informações é susceptível de permitir às empresas conhecer as posições no mercado e a estratégia comercial dos seus concorrentes e, deste modo, de alterar sensivelmente a concorrência que existe entre os operadores económicos. Daqui decorre que a troca de informações entre concorrentes é susceptível de infringir as regras da concorrência quando atenua ou suprime o grau de incerteza quanto ao funcionamento do mercado em causa, tendo por consequência a restrição da concorrência entre empresas*”⁶⁴.

Não é necessário provar que a prática concertada em questão tenha tido efectivamente um efeito sobre o mercado, já que o que se proíbe são as práticas

⁶¹ Para uma análise mais detalhada desta questão, ver: SOUSA FERRO, “Reassessing borders between agreements and unilateral practices after Volkswagen II (Case C-74/04)”, (2007) 28(3) *European Competition Law Review* 205

⁶² Acórdão do TJUE de 14 de Julho de 1972, ICI (48/69), C.J. (1972) 205, para. 64.

⁶³ Acórdão do TJUE de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie* (40/73 etc.), C.J. (1975) 1663, para. 26.

⁶⁴ Acórdão *T-Mobile*, cit. *supra* nota 52, paras. 32-35; Acórdão *Suiker Unie*, cit. *supra* nota 63, paras. 173-174.

cujo “*objectivo ou efeito*” seja de restringir a concorrência⁶⁵. Presume-se que a informação obtida através de certos contactos entre concorrentes será depois usada por estes. Porém, esta posição suscita dificuldades ao nível da prova e da distinção conceptual entre acordos e práticas concertadas. O Tribunal parece ter-se mostrado receptivo a considerar lícita uma mera troca de informações que não tenha chegado a produzir qualquer efeito, mas inverte-se a esse nível o ónus da prova (ou seja, uma vez demonstrada uma prática concertada que tem por objecto restringir a concorrência, as empresas participantes podem ainda procurar demonstrar a sua não implementação ou ausência de efeitos no mercado)⁶⁶.

Esta figura traduz uma reacção à frequente dificuldade de provar a existência de cartéis. Pretende-se permitir a prova da existência de coligações entre empresas (um “consenso mental”) com base em indícios de cooperação com o objectivo ou resultado de eliminar a incerteza no processo concorrencial (ainda que não haja propriamente um plano de acção comum). A dificuldade desta abordagem está em distinguir as situações de “comportamento paralelo” justificadas pela estrutura e características do mercado relevante (o paralelismo é típico de oligopólios) daquelas que só são justificáveis, numa atitude economicamente racional de maximização do lucro, na presença de conluio entre empresas. A demonstração da existência de práticas concertadas exige amiúde complexas análises económicas, tendo o Tribunal já discordado da conclusão da Comissão Europeia nalguns casos⁶⁷.

Embora, em teoria, as “práticas concertadas” sejam claramente distintas de “acordos”, na prática a fronteira entre os dois conceitos é difícil de traçar, em especial no caso de práticas complexas e duradouras. A jurisprudência comunitária aceitou, assim, a possibilidade de qualificar uma prática como um “acordo e/ou prática concertada”⁶⁸.

3.1.3. Decisões de associações de empresas

Como uma das formas mais naturais (e frequentes) de colusão num mercado, em especial na presença de um número elevado de operadores, passa pela organização através de associações, o Direito da Concorrência proíbe igualmente as decisões anticoncorrenciais de associações de empresas,

⁶⁵ Acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, *Hüls AG* (C-199/92 P), C.J. (1999) I-4287, para. 163 *et ss.*

⁶⁶ Acórdão *Cimenteries CBR*, cit. *supra* nota 55, para. 1865.

⁶⁷ Ver, e.g.: Acórdão do TJUE de 31 de Março de 1993, *Pasta de papel* (89/85), C.J. (1993) I-1307; e Acórdão do TJUE de 29 de Março de 1984, *Compagnie Royale Asturienne des Mines* (29/83 etc.), C.J. (1984) 1679.

⁶⁸ Acórdão *NV Limburgse Vinyl Maatschappij*, cit. *supra* nota 59, paras. 696-697; Acórdão do TJUE de 8 de Julho de 1999, *Anic* (C-49/92), C.J. (1999) I-4125, paras. 132-133; Acórdão do TJUE de 20 de Março de 2002, *HFP* (T-9/99), C.J. (2002) II-1487, paras. 188 *et ss.* Para uma análise mais detalhada desta questão, ver: PAIS ANTUNES, “Agreements and concerted practices under EEC Competition Law: is the distinction relevant?”, (1991) 11 *Yearbook of European Law* 57.

permitindo a responsabilização e a imposição de coimas a estas, em exclusivo ou em paralelo com os seus membros⁶⁹.

Uma associação está sujeita ao Direito da Concorrência se os seus membros forem empresas (pelo menos em parte das suas actividades), ou se os seus membros são, por sua vez, associações de empresas (e.g., o caso da FIFA)⁷⁰, não sendo necessário que a associação tenha uma actividade económica própria⁷¹.

Uma “decisão de associação de empresas” pode ser o próprio acordo constitutivo da associação, as regras sobre o seu funcionamento, uma recomendação de cláusulas gerais de contratação, um acordo concluído pela associação com outra entidade, etc. Como no caso dos “acordos”, não é necessário que a “decisão” tenha a pretensão de ser vinculativa dos membros⁷².

3.2. Objecto ou efeito de restrição da concorrência

São proibidos os acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência. Esta formulação geral da proibição é acompanhada de exemplos de alguns tipos de práticas que se entendem restritivas da concorrência:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;*
- b) Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;*
- c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;*
- f) Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;*

⁶⁹ Acórdão *Cimenteries CBR*, cit. *supra* nota 55, para. 485.

⁷⁰ Acórdão *Laurent Piau*, cit. *supra* nota 39, paras. 68 *et ss.*

⁷¹ Acórdão *Cimenteries CBR*, cit. *supra* nota 55, para. 1320.

⁷² Acórdão do TJUE de 27 de Janeiro de 1987, *Verband der Sachversicherer* (45/85), C.J. (1987) 405, paras. 30-32.

g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.”⁷³

Como indica a letra do Tratado e da lei, só é necessário demonstrar que uma prática colectiva tem um efeito anticoncorrencial se o seu objecto não for, por si só, anticoncorrencial⁷⁴. Isto facilita largamente a prova da violação do Art.º 101.º TFUE / Art.º 4.º(1) LC nos casos de acordos com objecto anticoncorrencial. Nos restantes casos, é necessário provar, pelo menos, a possibilidade de um efeito anticoncorrencial⁷⁵, o que implica juízos económicos complexos. Esta distinção parte da constatação de que certo tipo de práticas colusivas têm uma probabilidade tão elevada de serem prejudiciais para os consumidores que seria despendendo e demasiado oneroso exigir a prova do seu efeito anticoncorrencial.⁷⁶

O “objecto” da prática corresponde ao seu sentido e fim objectivo, no respectivo contexto económico e jurídico, e não à intenção das partes⁷⁷. A jurisprudência europeia tem vindo a identificar os seguintes tipos de acordos como sendo anticoncorrenciais pelo seu objecto:

- (i) Acordos horizontais de fixação de preços, de troca de informação sobre preços e de repartição de mercados (parecendo lógico incluir-se também a restrição da produção ou das vendas); e
- (ii) Acordos verticais de fixação de preços ou de proibição de exportações.⁷⁸

Práticas colusivas com outros conteúdos (e.g. exclusividade territorial de distribuidores sem proibição de exportações⁷⁹; nível mínimo de aquisições⁸⁰;

⁷³ Art.º 4.º(1) LC. Optámos por citar os exemplos fornecidos na lei nacional, por esta contar com alguns acréscimos relativamente aos exemplos fornecidos no Tratado, acréscimos esses que traduzem desenvolvimentos interpretativos da prática decisória e jurisprudência europeias.

⁷⁴ Acórdão *Consten e Grundig*, cit. *supra* nota 18; Acórdão do TGUE de 15 de Setembro de 1998, *European Night Services* (T-374/94 etc.), C.J. (1998) II-3141, para. 136.

⁷⁵ Acórdão do TJUE de 28 de Maio de 1998, *John Deere* (C-7/95 P), C.J. (1998) I-3111, para. 77: “o artigo [101.º(1)] não limita uma tal apreciação apenas aos efeitos actuais, antes devendo igualmente atender aos efeitos potenciais do acordo sobre a concorrência no mercado comum”.

⁷⁶ Em geral sobre os conceitos em causa e a contraposição entre objecto e efeitos restritivos da concorrência cfr. Luis Silva Morais, *Os Conceitos de Objecto e Efeito Restritivos da Concorrência e a Prescrição de Infracções de Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009.

⁷⁷ Acórdão *T-Mobile*, cit. *supra* nota 52, para. 27; Acórdão do TJUE de 6 de Abril de 2006, *General Motors BV* (C-551/03 P), C.J. (2006) I-3173, paras. 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”.

⁷⁸ Acórdão *European Night Services*, cit. *supra* nota 74, para. 136; Acórdão *Cimenteries CBR*, cit. *supra* nota 55, para. 1531; Acórdão do TGUE de 19 de Maio de 1999, *BASF Lacke* (T-175/95), C.J. (1999) II-1581, para. 133.

⁷⁹ Acórdão *LTM*, cit. *supra* nota 17.

⁸⁰ Acórdão *Delimitis*, cit. *supra* nota 26.

requisitos no âmbito de sistemas selectivos de distribuição⁸¹; etc.) exigirão uma análise dos seus efeitos efectivos e potenciais, após a definição do(s) mercado(s) relevante(s)⁸².

O tipo de efeito anticoncorrencial varia consoante a prática, podendo reconduzir-se a efeitos ao “*nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços*”⁸³, no mercado em que estão activos os participantes na prática ou em mercados associados (a montante, a jusante ou conexos).

Esta análise pressupõe a consideração da situação hipotética dos mercados afectados na ausência da prática em causa⁸⁴. Nas palavras do Tribunal, “*é necessário, para efeitos de análise da aplicabilidade desta disposição a um acordo, ter em conta o quadro concreto em que produz os seus efeitos, nomeadamente o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado*”⁸⁵, o que inclui a consideração dos termos em que os acordos em questão “*se possam combinar com outros para ter um efeito cumulativo na concorrência*”⁸⁶. Isto implica, nomeadamente, que se tenha em conta a existência de “*feixes de acordos*” (referidos na secção 3.3 e 2.2).

As restrições contratuais têm, assim, frequentemente que ser submetidas a análises de proporcionalidade, podendo ser permitidas na medida em que forem necessárias, adequadas e proporcionais à promoção de objectivos legítimos. Este é especialmente o caso de restrições acessórias ao objecto principal dum contrato (e.g. cláusula de não-concorrência futura, por determinado período, num contrato de transmissão dum negócio)⁸⁷.

3.3. Restrição sensível da concorrência (*de minimis*)

Embora a letra do Art.º 101.º(1) TFUE possa sugerir que qualquer restrição da concorrência é abrangida pela proibição, cedo foi esclarecido pelo Tribunal que apenas as restrições “sensíveis” da concorrência são abrangidas (sejam elas por objecto ou efeito): “*um acordo não é abrangido pela proibição do artigo [101.º(1)] quando tenha apenas um efeito insignificante no mercado, atendendo à fraca posição das*

⁸¹ Acórdão *United Brands*, cit. *supra* nota 14.

⁸² Acórdão *Delimitis*, cit. *supra* nota 26, paras. 13-18.

⁸³ Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101/97, de 27/04/2004, para. 24.

⁸⁴ Acórdão *John Deere*, cit. *supra* nota 75, para. 76.

⁸⁵ Acórdão do TGUE de 18 de Setembro de 2001, *Métropole Télévision (M6)* (T-112/99), C.J. (2001) II-2459, para. 76.

⁸⁶ Acórdão *Brasserie de Haecht*, cit. *supra* nota 23.

⁸⁷ Ver, e.g., Acórdão *Remia*, cit. *supra* nota 34.

peças em causa no mercado do produto em questão”⁸⁸. Esta precisão já consta da letra do Art.º 4.º(1) LC.

Note-se que esta discussão só tem sentido no âmbito da proibição de práticas colectivas, já que a proibição do Art.º 102.º TFUE / Art. 6.º LC, por definição, pressupõe a existência de poder de mercado (posição dominante) e, portanto, a possibilidade de afectação sensível.

A aplicação da regra *de minimis* (“*de minimis non curat praetor*”) deve atentar na existência de “feixes de acordos”. Quando se analise um acordo idêntico a muitos outros presentes no mesmo mercado (e.g. contrato-tipo entre um fornecedor e seus distribuidores), é o impacto cumulativo destes acordos idênticos que deve ser tido em conta para aferir da sensibilidade da restrição, e não apenas o impacto do acordo especificamente em causa. Assim, por exemplo, numa acção que vise a declaração da nulidade de um contrato de distribuição entre o principal produtor num dado mercado e um pequeno distribuidor local, haverá ainda assim um efeito sensível se esse contrato for idêntico aos restantes realizados pelo mesmo produtor (devendo até ter-se em conta as práticas idênticas de outros produtores), sempre que se cubra, por essa via, pelo menos 30% do mesmo mercado⁸⁹.

Procurando aumentar a segurança jurídica na aplicação deste critério, a Comissão publicou uma Comunicação sobre esta matéria⁹⁰ (não vinculativa), a qual estabelece níveis de quotas nos mercados relevantes abaixo dos quais se presume que um acordo (ou uma prática concertada ou decisão de associação de empresas), não restringe a concorrência:

- (i) Acordos entre concorrentes horizontais (efectivos ou potenciais): quota agregada das partes < 10%;
- (ii) Acordos entre não concorrentes (efectivos ou potenciais): quota individual < 15%; ou
- (iii) No caso de efeitos cumulativos devidos a redes paralelas de acordos de várias empresas (“feixes de acordos”): quota < 5%.⁹¹

⁸⁸ Acórdão do TJUE de 9 de Julho de 1969, *Völk c. Vervaecke* (5/69), C.J. (1969) 295.

⁸⁹ Ver jurisprudência citada a propósito da mesma questão na secção 2.2, *supra* nota 23, e o para. 8 da Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*), JO C 368/13, de 22/11/2001.

⁹⁰ Comunicação *De Minimis*, cit. *supra* nota 89.

⁹¹ Comunicação *De Minimis*, cit. *supra* nota 89, paras. 7 e 8, permitindo-se uma oscilação numa ligeira margem de 2 pontos percentuais (ver para. 9).

Esta presunção a que o executivo europeu se auto-vinculou não se aplica a restrições consideradas particularmente graves (e.g. fixação de preços, repartição de mercados, limitação da produção...)⁹². Não é claro, porém, à luz da jurisprudência, que se possa aplicar um nível de exigência maior, em termos de quotas de mercado, às restrições “graves”, apenas devido à sua substância, já que o impacto no mercado depende essencialmente do poder de mercado das partes⁹³. Em qualquer caso, o principal propósito da exclusão operada na Comunicação é de reservar o direito de apreciação casuística.

O limiar dos 5% da quota de mercado tem origem jurisprudencial. Segundo o Tribunal: “*uma empresa que detenha cerca de 5% do mercado relevante é uma empresa com importância suficiente para que o seu comportamento seja, em princípio, capaz de afectar o comércio*”⁹⁴.

Ainda assim, na óptica dum tribunal nacional, será sempre uma apreciação casuística que se imporá, até por ser errado adoptar uma análise puramente quantitativa neste plano⁹⁵. Na prática, o Tribunal Europeu parece tender para considerar a existência de uma afectação sensível sempre que essa afectação seja possível (ainda que de modo algo remoto).

3.4. Isenção individual

Um acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas que preencha os requisitos do Art.º 101.º(1) TFUE ou do Art.º 4.º(1) LC, ou seja, que caia no âmbito da proibição geral (mesmo no caso de práticas com um objecto – e não apenas efeito – anticoncorrencial), pode ainda assim ser permitido por uma lógica de justificação económica. Em suma, entende-se que pode haver uma restrição da concorrência que acabe por ser positiva para o bem estar dos consumidores. Para tal, é necessário que cumpra os 4 requisitos cumulativos indicados tanto no Art.º 101.º(3) TFUE como no Art.º 5.º(1) LC:

- (i) contribuir para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico;
- (ii) reservar aos utilizadores uma parte equitativa do benefício daí resultante;

⁹² Comunicação *De Minimis*, cit. *supra* nota 89, para. 11.

⁹³ O que não quer dizer que um acordo não possa ser considerado *de minimis* devido ao facto de a prática em questão ter, pelo seu conteúdo, um impacto negligenciável no mercado relevante (e.g. afectar uma parte insignificante dos custos do bem ou serviço em causa – ver o Acórdão *Pavel Pavlov*, cit. *supra* nota 36, paras. 90-97).

⁹⁴ Acórdão do TJUE de 25 de Outubro de 1983, *AEG-Telefunken* (107/82), C.J. (1983) 3151, para. 58.

⁹⁵ Acórdão do TJUE de 10 de Julho de 1980, *Distillers* (30/78), C.J. (1980) 2229, para. 28.

- (iii) não impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos; e
- (iv) não dar às empresas em causa a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado em causa.

A verificação do preenchimento destes requisitos exige frequentemente análises económicas muito complexas. A Comissão adoptou uma Comunicação que constitui um precioso auxílio na aplicação desta norma, resumindo a metodologia a adoptar (com devida fundamentação na jurisprudência do Tribunal)⁹⁶.

Justificação com base em princípios contraditórios: Embora não se trate de uma via de “isenção individual”, importa referir a excepção aberta pela jurisprudência *Wouters*, cujo efeito é idêntico. Segundo este Acórdão, cuja orientação teve raras aplicações posteriores⁹⁷, uma prática colectiva que seja restritiva da concorrência e que tenha um efeito nas trocas entre Estados-Membros pode, ainda assim, ser considerada legal, fora do quadro da análise exigida pelo Art.º 101.º(3) TFUE.

Na prática, o Tribunal criou uma nova excepção à proibição constante do Art.º 101.º(1) TFUE, com base numa ponderação de exigências contraditórias de ordem pública (protecção da concorrência v. outros objectivos da política pública). Estava em causa uma regra da Ordem dos Advogados holandesa, segundo a qual apenas advogados podiam ser sócios de escritórios de advogados. O Tribunal concluiu que esta restrição da concorrência era necessária (teste de proporcionalidade) para garantir o eficaz exercício da advocacia, de acordo com imperativos deontológicos e de organização do sistema de justiça⁹⁸. Num famoso *obiter dictum*, fixou o princípio de que: “qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo [101.º(1)] do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, que dão a necessária garantia de integridade e experiência aos

⁹⁶ Comunicação sobre a aplicação do Art.º 101.º(3), cit. *supra* nota 83.

⁹⁷ Ver, e.g., Acórdão do TGUE de 28 de Março de 2001, *Mandatários reconhecidos pelo Instituto Europeu de Patentes* (T-144/99), C.J. (2001) II-1087, para. 78; Acórdão do TJUE de 18 de Julho de 2006, *David Meca-Medina* (C-519/04 P), C.J. (2006) I-6991, paras. 42-56.

⁹⁸ Acórdão *Wouters*, cit. *supra* nota. 37, para. 107.

consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça (...). Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos”⁹⁹.

3.5. Isenção categorial

Para facilitar a implementação do Art.º 101.º(3) TFUE, foi atribuída à Comissão Europeia a competência para adoptar regulamentos de isenção por categoria¹⁰⁰. Actualmente, estes regulamentos contribuem sobretudo para aumentar o nível de segurança jurídica na aferição pelas empresas da legalidade das suas práticas, embora inicialmente grande parte da sua motivação tenha provindo de preocupações de economia administrativa¹⁰¹.

Em essência, os acordos que caiam no âmbito do Art.º 101.º(1) TFUE, mas que preencham os requisitos definidos num regulamento de isenção categorial, são considerados, por força de lei, compatíveis com o Tratado (ou seja, cumpridores dos requisitos do Art.º 101.º(3)).

Mesmo nos casos em que uma prática colectiva esteja apenas sujeita ao Direito nacional da Concorrência (por não afectar o comércio entre Estados Membros), os regulamentos europeus de isenção categorial continuam a aplicar-se, por terem sido incorporados no ordenamento nacional, através do Art.º 5.º(3) LC.

A Comissão Europeia e a Autoridade da Concorrência podem adoptar decisões que, em casos concretos e valendo apenas para o futuro, retiram o benefício duma isenção por categoria¹⁰².

Actualmente, vigoram os seguintes regulamentos de isenção categorial:

- Restrições verticais em geral: Regulamento (UE) n.º 330/2010¹⁰³;

⁹⁹ Acórdão *Wouters*, cit. *supra* nota. 37, para. 97.

¹⁰⁰ Por força do (e dentro dos limites estabelecidos pelo) Regulamento (CEE) n.º 19/65 do Conselho, de 2 de Março de 1965 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO P 36, de 6.3.1965, p. 533), com a última redacção resultante do Regulamento (CE) n.º 1/2003, adoptado ao abrigo do actual Art.º 103.º TFUE.

¹⁰¹ Recorde-se que, antes do Regulamento (CE) n.º 1/2003, o Art.º 101.º(3) não dispunha de efeito directo. Só podiam beneficiar de uma isenção ao abrigo dessa norma os acordos que fossem notificados à Comissão Europeia e por ela autorizados. Neste contexto, os regulamentos de isenção categorial desempenhavam um papel crucial de redução do número de acordos notificados ao executivo europeu, com as múltiplas vantagens que daí advinham para a Comissão Europeia e para as empresas.

¹⁰² Veja-se, e.g., os Art.ºs 6.º e 7.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999 e o Art.º 5.º(4) LC.

- Seguros: Regulamento (UE) n.º 267/2010¹⁰⁴;
- Transportes:
 - Transportes rodoviários, ferroviários e por via navegável: Regulamento (CEE) n.º 169/2009¹⁰⁵;
 - Transportes marítimos: Regulamentos (CE) n.ºs 823/2000¹⁰⁶, 246/2009¹⁰⁷ e 906/2009¹⁰⁸; e
 - Transportes aéreos: Regulamento (CE) n.º 487/2009¹⁰⁹;
- Distribuição automóvel: Regulamento (CE) n.º 1400/2002¹¹⁰, substituído a partir de 1 de Julho de 2013 pelo Regulamento (UE) n.º 461/2010¹¹¹;
- Acordos de especialização: Regulamento (UE) n.º 1218/2010¹¹²;
- Acordos de investigação e desenvolvimento: Regulamento (UE) n.º 1217/2010¹¹³;

¹⁰³ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de Abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO L 102/1, 23/04/2010).

¹⁰⁴ Regulamento (UE) n.º 267/2010 da Comissão, de 24 de Março de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas no sector dos seguros (JO L 83/1, de 30/03/2010), adoptado ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 1534/91.

¹⁰⁵ Regulamento (CE) n.º 169/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (Versão codificada) (JO L 61/1, de 05/03/2009).

¹⁰⁶ Regulamento (CE) n.º 823/2000 da Comissão de 19 de Abril de 2000 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios) (JO L 100/24, de 20/04/2000), revisto em último lugar pelo Regulamento (CE) n.º 611/2005.

¹⁰⁷ Regulamento (CE) n.º 246/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios) (Versão codificada) (JO L 79/1, de 25/03/2009).

¹⁰⁸ Regulamento (CE) n.º 906/2009 da Comissão, de 28 de Setembro de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas entre companhias de transportes marítimos regulares (consórcios) (JO L 256/31, de 29/09/2009).

¹⁰⁹ Regulamento (CE) n.º 487/2009 do Conselho, de 25 de Maio de 2009, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéreos (Versão codificada) (JO L 148/1, de 11/06/2009).

¹¹⁰ Regulamento (CE) n.º 1400/2002 da Comissão de 31 de Julho de 2002 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel (JO L 203/30, de 01/08/2002), revisto pelo Acto de Adesão de 2003.

¹¹¹ Regulamento (UE) n.º 461/2010 da Comissão, de 27 de Maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector dos veículos automóveis (JO L 129/52, de 28/05/2010).

¹¹² Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão, de 14 de Dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos de especialização (JO L 335/43, de 18/12/2010).

- Acordos de transferência de tecnologia: Regulamento (CE) n.º 772/2004¹¹⁴; e
- Acordos de investigação e especialização: Regulamento (CEE) n.º 2821/71¹¹⁵.

Nem sempre é simples a análise destes regulamentos, por implicarem o preenchimento cumulativo de numerosas condições. Como exemplo do tipo de requisitos que se encontram nestes regulamentos, atente-se no seguinte resumo (simplificado) das condições para se beneficiar de uma das isenções categoriais introduzidas pelo Regulamento (CE) n.º 2790/1999:

- a) Deve tratar-se de um acordo ou prática concertada vertical (i.e. entre empresas que operam a níveis diferentes da produção ou da cadeia de distribuição) entre empresas não concorrentes, relativo às condições de aquisição, venda ou revenda de bens ou serviços pelas partes¹¹⁶;
- b) Não se deve tratar de uma matéria regulada especialmente noutro regulamento de isenção categorial¹¹⁷;
- c) A quota de mercado do fornecedor não deve exceder 30% do seu mercado relevante¹¹⁸;
- d) Caso se imponham obrigações de fornecimento exclusivo, a quota de mercado do comprador não deve exceder 30% do seu mercado relevante¹¹⁹;
- e) Não se devem impor restrições ditas “hardcore” (particularmente gravosas)¹²⁰:

¹¹³ Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão, de 14 de Dezembro de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento (JO L 335/36, de 18/12/2010).

¹¹⁴ Regulamento (CE) n.º 772/2004 da Comissão de 27 de Abril de 2004 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a categorias de acordos de transferência de tecnologia (JO L 123/11, de 27/04/2004).

¹¹⁵ Regulamento (CEE) n.º 2821/71 do Conselho de 20 de Dezembro de 1971 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas (JO L 285/46, de 29/12/1971), revisto em último lugar pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003.

¹¹⁶ Art.º 2.º(1) do Regulamento (CE) n.º 2790/1999.

¹¹⁷ Art.º 2.º(5) do Regulamento (CE) n.º 2790/1999.

¹¹⁸ Art.º 3.º(1) do Regulamento (CE) n.º 2790/1999.

¹¹⁹ Art.º 3.º(2) do Regulamento (CE) n.º 2790/1999.

¹²⁰ Note-se que este tipo de restrições tipicamente invalidam a possibilidade de qualquer acordo beneficiar de uma isenção ao abrigo do Art.º 101.º(3), mesmo fora do âmbito dos regulamentos de isenção categorial.

- (i) fixação do preço de venda (sem prejuízo da fixação de preço máximo ou de preço recomendado sem vinculação jurídica nem prática);
 - (ii) certas restrições territoriais para distribuidores exclusivos (e.g. proibir a venda passiva a clientes sedeados fora do território atribuído ao distribuidor – i.e. por iniciativa dos clientes);
 - (iii) proibição de vendas activas ou passivas a consumidores finais por retalhistas numa rede de distribuição selectiva;
 - (iv) proibição de vendas cruzadas entre distribuidores selectos; etc.¹²¹
- f) Não se devem impor, directa ou indirectamente, obrigações:
- (i) de não concorrência, com duração indefinida (ou tacitamente renovável) ou superior a 5 anos, excepto em certos casos;
 - (ii) de proibição da produção, aquisição, venda ou revenda de bens ou serviços pelo comprador, após o termo do contrato (excepto por um ano, para bens ou serviços que concorram com os visados no acordo e para o mesmo território, na medida em que tal seja necessário para proteger *know-how* transferido no âmbito do contrato); ou
 - (iii) de proibição da venda de marcas concorrentes por distribuidores selectos.

4. Art.º 102.º TFUE / Art.º 6.º LC¹²²

O Art.º 102.º TFUE, que corresponde na legislação nacional ao Art.º 6.º LC, proíbe práticas unilaterais pelas quais uma empresa usa o seu poder de mercado para adoptar práticas anticoncorrenciais que prejudicam os consumidores. Esta proibição requer a verificação cumulativa das seguintes condições:

- (i) Tratar-se de uma empresa (ou mais que uma empresa) com posição dominante em pelo menos um do(s) mercado(s) relevante(s) (ver secções 4.1, 2.3 e 2.1);

¹²¹ Art.º 4.º do Regulamento (CE) n.º 2790/1999.

¹²² Para uma análise mais detalhada da matéria descrita nesta secção, ver: O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J., *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006; SANTANA, *O abuso da posição dominante no direito da concorrência*, Edições Cosmos, 1993.

- (ii) Que a *posição dominante* diga respeito a uma parte substancial do mercado interno (ver secção 4.2);
- (iii) Que a empresa adopte um comportamento abusivo (ver secção 4.3); e
- (iv) Que ocorra no território nacional ou nele tenha ou possa ter efeitos – Direito nacional – e que seja susceptível de afectar o comércio entre EMs – Direito Europeu (ver secção 2.2).

A figura do abuso de posição dominante encontra-se ainda numa situação relativamente fluida. Por um lado, tendo havido apenas um número reduzido de casos (em comparação com as práticas colectivas), os princípios gerais estão claramente definidos, mas há vários detalhes que ainda não foram inteiramente esclarecidos na jurisprudência. Por outro lado, as críticas aos fundamentos e justificação económica das posições adoptadas pela Comissão Europeia levaram esta a iniciar um processo de revisão da aplicação do Art.º 102.º. Adoptou-se em 2008 um documento que pretende clarificar a interpretação a seguir no futuro quanto aos abusos com efeitos de exclusão do mercado¹²³.

4.1. Posição dominante

O Tratado não explica o que seja uma posição dominante, pelo que esta tarefa foi deixada à jurisprudência. Segundo o Tribunal, uma posição dominante é *“uma posição de força económica de uma empresa que lhe permite impedir a manutenção de concorrência efectiva no mercado relevante, por ter o poder de se comportar, em larga medida, de modo independente dos seus concorrentes, clientes e, em última linha, dos seus consumidores”*¹²⁴.

Trata-se, porém, de uma definição que parece mais restritiva do que se tem evidenciado na sua aplicação jurisprudencial subsequente. De facto, o Tribunal esclareceu no ano seguinte que uma posição dominante não impede que exista alguma concorrência, mas permite à empresa em causa, *“se não determinar, pelo menos ter uma influência apreciável nas condições em que se desenvolverá a concorrência”*¹²⁵.

¹²³ Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (JO C 45/7, de 24/02/2009). O processo de reflexão foi iniciado pelo seguinte documento: “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, Dezembro de 2005, disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

¹²⁴ Acórdão *United Brands*, cit. *supra* nota 14, para. 65.

¹²⁵ Acórdão do TJUE de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche* (85/76), C.J. (1979) 461, para. 39.

No Direito nacional, a posição dominante é definida como a situação de uma “*empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes*”¹²⁶. Em suma, deter uma posição dominante significa ter “*poder de mercado*”.

Caso uma empresa detenha um monopólio conferido por lei, a sua posição dominante será indiscutível¹²⁷ (ver a secção 6, sobre possíveis excepções aplicáveis nalguns destes casos). Note-se que, como uma posição dominante é relativa ao mercado relevante, até uma pequena empresa pode ser uma empresa com posição dominante, dependendo das características do mercado relevante (local, regional ou nacional) em que actue.

A definição de mercados (ver secção 2.1) assume um papel crucial no contexto da determinação da existência de uma posição dominante. Quanto mais pequeno ou específico for o mercado, mais provável se torna que a empresa visada detenha uma quota de mercado muito elevada (e.g. uma empresa pode ter uma posição dominante no mercado das bananas, mas não o ter se o mercado relevante incluir outras frutas).

A determinação da existência de uma posição determinante depende, em geral, “*da combinação de vários factores que, considerados separadamente, não são necessariamente determinantes*”¹²⁸. Entre estes factores, a quota de mercado da empresa visada é especialmente importante, ainda que ponderada no contexto da estrutura do mercado (em especial, por comparação com as quotas de mercado dos concorrentes)¹²⁹. “*Embora a importância das quotas de mercado possa variar de um mercado para outro, pode-se legitimamente concluir que quotas muito elevadas [e duradouras] são, em si mesmas, e salvo em circunstâncias excepcionais, prova da existência de uma posição dominante*”¹³⁰.

Ou seja, embora uma quota de mercado elevada não se traduza automática e necessariamente em poder de mercado¹³¹, na prática, as quotas de mercado têm sido utilizadas pela jurisprudência como estabelecedoras de presunções que permitem simplificar análises que seriam, de outro modo, demasiado complexas, sem prejuízo de invariavelmente se discutirem outros factores. O Tribunal estabeleceu, em especial, a presunção de que uma quota de mercado de pelo menos 50%, na ausência de circunstâncias excepcionais, é prova

¹²⁶ Art.º 6.º(2)(a) LC.

¹²⁷ Acórdão do TJUE de 17 de Julho de 1997, *GT-Link* (C-242/95), C.J. (1997) I-4449, para. 35.

¹²⁸ Acórdão *United Brands*, cit. *supra* nota 14, para. 66.

¹²⁹ Acórdão *Hoffmann-La Roche*, cit. *supra* nota 125, paras. 39-40.

¹³⁰ Acórdão *Hoffmann-La Roche*, cit. *supra* nota 125, para. 41.

¹³¹ Em teoria, até uma empresa com 90% dum mercado pode não ter poder de mercado, e.g. por a sua actuação ser severamente limitada por concorrentes potenciais que podem, rapidamente e sem custos significativos, entrar no mercado, ou por se tratar de um monopsonio (mercado com um único cliente).

suficiente da existência de uma posição dominante¹³². Ao mesmo tempo, há exemplos de empresas com quotas de mercado inferiores a 50% (rondando os 40%) que o Tribunal concluiu terem uma posição dominante, com base em vários factores¹³³.

Além da quota de mercado, merecem destaque outros factores recorrentemente considerados na jurisprudência:

- (i) barreiras à entrada ou à expansão do mercado: podem ser impostas por lei ou resultarem da necessidade de investimentos avultados não recuperáveis, de economias de escala, de acesso privilegiado a matérias primas, da necessidade de redes de distribuição específicas e complexas, da conduta da empresa dominante (e.g. se esta oferece sistematicamente descontos selectivos clientes que sejam visados por potenciais concorrentes); e
- (ii) poder de mercado do lado dos clientes (e.g. frequentemente o caso das grandes superfícies comerciais relativamente a produtores ou distribuidores).

Além da posição dominante detida por uma única a empresa, a jurisprudência europeia admite a possível existência de uma posição dominante colectiva (questão tipicamente associada aos mercados oligopolistas). Tanto o Art.º 102.º TFUE como o Art.º 6.º LC falam de abusos de posição dominante por “*uma ou mais empresas*”. Trata-se de uma das questões mais controversas do Direito da Concorrência e cujas características estão ainda por consolidar. No entanto, no ordenamento interno, a questão é facilitada por uma previsão expressa na Lei da Concorrência, que descreve esta situação como “*duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros*”¹³⁴. Note-se que a actuação “concertada” das empresas que detêm uma posição dominante colectiva implica a possibilidade de aplicação simultânea do Art.º 102.º e do Art.º 101.º TFUE¹³⁵.

O Tribunal tem discutido a questão da dominância colectiva não apenas no contexto do Art.º 102.º TFUE, mas também ao abrigo do sistema comunitário de controlo de concentrações entre empresas, onde se usa como teste de

¹³² Acórdão do TJUE de 3 de Julho de 1991, *Akzo* (C-62/86), C.J. (1991) I-3359, para. 60.

¹³³ Ver, e.g. Acórdão *United Brands*, cit. *supra* nota 14; e Acórdão do TGUE de 17 de Dezembro de 2003, *British Airways* (T-219/99), C.J. (2003) II-5917.

¹³⁴ Art.º 6.º(2)(b) LC.

¹³⁵ Acórdão do TJUE de 16 de Março de 2000, *Compagnie Maritime Belge* (C-395/96 P etc.), C.J. (2000) I-1365, para. 33.

proibição destas operações a criação ou reforço de uma posição dominante¹³⁶. Os critérios utilizados na jurisprudência do controlo de concentrações¹³⁷ serão larga, mas não completamente, transponíveis para o regime de práticas restritivas da concorrência. No âmbito do Art.º 102.º TFUE, o Tribunal afirmou que: *“nada impede, em princípio, que duas ou mais entidades económicas independentes estejam, num dado mercado, unidas por laços económicos tais que, por virtude desse facto, detenham uma posição dominante relativamente aos outros operadores no mesmo mercado. Este pode ser o caso, por exemplo, quando duas ou mais empresas independentes têm em conjunto, através de acordos ou licenças, uma vantagem tecnológica que lhes confere o poder de se comportarem, em larga medida, de maneira independente dos seus consumidores, dos seus clientes e, em última linha, dos seus consumidores”*¹³⁸.

Este conceito viria ainda a evoluir. Primeiro esclareceu-se que a *“posição dominante colectiva exige (...) que as empresas do grupo em causa estejam suficientemente ligadas entre si para adoptarem a mesma linha de actuação no mercado”*¹³⁹. Pouco depois, o TJUE fixou os princípios vigentes nesta matéria no Acórdão *Compagnie Maritime Belge*¹⁴⁰. Veja-se ainda o resumo posteriormente elaborado pelo TGUE: *“A conclusão de que existe uma posição dominante colectiva depende da verificação de três condições cumulativas: em primeiro lugar, cada membro do oligopólio dominante deve poder conhecer o comportamento dos outros membros, a fim de verificar se eles adoptam ou não a mesma linha de acção; em segundo lugar, é necessário que a situação de coordenação tácita possa manter-se no tempo, quer dizer, deve existir um incitamento a não se afastar da linha de conduta comum no mercado; em terceiro lugar, a reacção previsível dos concorrentes actuais e potenciais, bem como dos consumidores não põe em causa os resultados esperados da linha de acção comum”*¹⁴¹.

4.2. Parte substancial do mercado interno

A exigência de que a posição dominante seja detida sobre uma *“parte substancial do mercado interno”* (ou, no Direito interno, numa parte substancial do mercado nacional) introduz ao nível do Art.º 102.º uma lógica semelhante à da regra *de minimis* no âmbito do Art.º 101.º.

¹³⁶ Art.º 2.º(3) do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24/1, de 29/01/2004), que substituiu o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395/1, de 30/12/1989).

¹³⁷ Ver, e.g., Acórdão do TJUE de 31 de Março de 1998, *França et al c. Comissão* (C-68/94 etc.), C.J. (1998) I-1375; Acórdão do TGUE de 25 de Março de 1999, *Gencor* (T-102/96), C.J. (1999) II-753; Acórdão do TGUE de 6 de Junho de 2002, *Airtours* (T-324/99), C.J. (2002) II-2585.

¹³⁸ Acórdão do TGUE de 10 de Março de 1992, *Società Italiana Vetro* (T-68/89 etc.), C.J. (1992) II-1403, para. 358.

¹³⁹ Acórdão do TJUE de 27 de Abril de 1994, *Almelo* (C-393/92), C.J. (1994) I-1477, para. 42.

¹⁴⁰ Acórdão *Compagnie Maritime Belge*, cit. *supra* nota 135, paras. 36, 39, e 41-45.

¹⁴¹ Acórdão *Laurent Piau*, cit. *supra* nota 39, para. 111.

Segundo o princípio definido pelo Tribunal: “para determinar se um determinado território é suficientemente grande para ser considerado uma «parte substancial do mercado comum» no sentido do artigo [102.º] do Tratado devem ser considerados o padrão e volume da produção e consumo do produto em causa, bem como os hábitos e as oportunidades económicas dos vendedores e compradores”¹⁴². Isto implica que o conceito se prende essencialmente com impacto económico, e não com a dimensão geográfica do mercado.

Em princípio, um mercado nacional corresponderá sempre a uma parte substancial do mercado interno¹⁴³, embora mesmo mercados infra-nacionais possam sê-lo¹⁴⁴. Num caso relativo a Portugal, considerou-se, por exemplo, que os três aeroportos internacionais portugueses constituíam uma parte substancial do mercado interno¹⁴⁵.

4.3. Abuso

O Direito da Concorrência não proíbe a detenção de *posições dominantes*, ou sequer de monopólios. Um concorrente pode ser tão eficiente que os restantes acabem por sair do mercado ou verem as suas quotas tornarem-se ínfimas. O Direito da Concorrência só se preocupa com essa situação a partir do momento em que a empresa com posição dominante use o seu poder de mercado para adoptar práticas abusivas. Desde que a concorrência se faça puramente com base no “mérito”, o seu resultado será, em princípio, benéfico para os consumidores.

Segundo a jurisprudência: “uma empresa em posição dominante tem uma responsabilidade especial de não prejudicar, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum (...). Uma empresa em posição dominante não pode, assim, recorrer a outros meios que não os que resultem de uma concorrência pelo mérito”¹⁴⁶.

O Art.º 102.º TFUE inclui uma lista exemplificativa de possíveis abusos:

- (i) “Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas”;
- (ii) “Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”;

¹⁴² Acórdão *Suiker Unie*, cit. *supra* nota 63, para. 371.

¹⁴³ Acórdão do TGUE de 7 de Outubro de 1999, *Irish Sugar* (T-228/97), C.J. (1999) II-2969, para. 99.

¹⁴⁴ Ver o Acórdão *Suiker Unie*, cit. *supra* nota 63.

¹⁴⁵ Acórdão do TJUE de 29 de Março de 2001, *Portugal c. Comissão* (C-163/99), C.J. (2001) I-2613, paras. 11 e 63.

¹⁴⁶ Acórdão do TGUE de 30 de Setembro de 2003, *Michelin II* (T-203/01), C.J. (2003) II-4071, para. 97.

- (iii) *“Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”*; e
- (iv) *“Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros concorrentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”*.

Já a lei nacional optou, estranhamente, por remeter para os exemplos de práticas colectivas anticoncorrenciais¹⁴⁷. Ainda assim, fornece-se um exemplo de prática que não consta da lista do Tratado e que reflecte desenvolvimentos jurisprudenciais europeus, relativos às ditas *“essential facilities”*:

- (v) *“A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”*¹⁴⁸.

Os abusos de posição dominante podem ter uma natureza de *“exploração”* (e.g. (i) *supra*) ou de *“exclusão”* (e.g. (v) *supra*), e pode-se usar a posição dominante num mercado para adoptar práticas abusivas noutro (e.g. uma empresa que obriga os seus clientes do produto A, em que tem uma posição dominante, a comprarem também o produto B, em que não tem poder de mercado). Os abusos de *“exclusão”* foram definidos genericamente pelo Tribunal, em termos reconhecidamente insatisfatórios, como segue: *“o conceito de abuso é um conceito objectivo relativo ao comportamento de uma empresa em posição dominante que influencie a estrutura de um mercado onde, devido à própria presença da empresa em causa, o grau de concorrência está enfraquecido, e que tem como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma concorrência normal nos produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência”*¹⁴⁹.

Não existe qualquer definição global do que constitui um abuso (desde logo porque a ciência económica ainda não a conseguiu produzir), pelo que se exige uma abordagem casuística e específica consoante os tipos de abuso, para cada um dos quais se encontrarão critérios específicos (ainda que nem sempre claros) na jurisprudência. Atento o âmbito e propósito deste trabalho, não

¹⁴⁷ Art.º 6.º(3)(a) LC.

¹⁴⁸ Art.º 6.º(3)(b) LC.

¹⁴⁹ Acórdão *Hoffmann-La Roche*, cit. *supra* nota 125, para. 91.

procuraremos fornecer sequer uma síntese – que seria ainda assim forçosamente extensa – desses critérios específicos. No entanto, realçamos o facto de ser um domínio extremamente complexo, que exige um estudo aprofundado com base nas obras gerais e na vasta doutrina especializada disponível em periódicos dedicados ao Direito da Concorrência.

Embora o Art.º 102.º TFUE / Art.º 6.º LC não inclua uma norma de justificação, como no caso do Art.º 101.º(3) TFUE / Art.º 5.º LC, a jurisprudência tem admitido a apresentação de certos argumentos de defesa pelas empresas acusadas de abusos de posição dominante¹⁵⁰. Embora se trate de discutir se existe de facto um abuso, a lógica acaba por ser semelhante àquela a que se assiste no contexto das práticas colectivas, especialmente devido à inversão do ónus da prova: *“embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objectiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida”*¹⁵¹.

5. Art.º 7.º LC¹⁵²

O Art.º 7.º da Lei da Concorrência proíbe os abusos de dependência económica, também chamados abusos de posição dominante relativa. A posição dominante relativa é diferente da posição dominante (absoluta) prevista no Art.º 102.º TFUE e no Art.º 6.º LC por não traduzir uma independência geral de actuação no mercado relevante, mas apenas relativamente a um fornecedor ou cliente específico.

Considera-se existir uma posição dominante relativa (dependência económica) se o fornecedor ou cliente dependente não dispuser de *“alternativa equivalente”*, o que sucederá apenas quando estejam preenchidos os dois requisitos do n.º 3 do Art.º 7.º LC: (i) *“o fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas”*; e

¹⁵⁰ Para um resumo do tipo de “justificações” que tem sido admitido pelo Tribunal e pela Comissão Europeia, ver o Documento de discussão da Comissão Europeia sobre o Art.º 102.º, cit. *supra* nota 123, para. 77 et ss.

¹⁵¹ Acórdão do TGUE de 17 de Setembro de 2007, *Microsoft* (T-201/04), C.J. (2007) II-3601, para. 688 (ver também o para. 698).

¹⁵² Para uma análise mais detalhada da matéria descrita nesta secção, ver: PEGO, *A posição dominante relativa no direito da concorrência*, Coimbra, Almedina, 2001.

(ii) “a empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável”.

Uma vez determinada a existência de dependência económica, os comportamentos que podem constituir uma actuação abusiva são os mesmos considerados ao abrigo do Art.º 6.º LC, e ainda: “a ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da actividade económica e as condições contratuais estabelecidas”¹⁵³.

Trata-se de uma norma pensada para as relações verticais (entre produtores e distribuidores) e herdada da anterior legislação da concorrência (inspirada no Direito alemão e francês), que não encontra paralelo no Direito Europeu, defronta-se com sérias dificuldades de justificação económica e nunca foi aplicada pela Autoridade da Concorrência. As propostas de reforma da Lei da Concorrência incluem frequentemente a defesa da eliminação desta norma.

6. Serviços de interesse económico geral e outras excepções à aplicação do Direito da Concorrência¹⁵⁴

Tanto ao nível europeu como nacional, o Direito da Concorrência não visa ser um obstáculo à prossecução de fins públicos, desde que não se verifiquem restrições supérfluas da concorrência. Isto releva-se, acima de tudo, ao nível das normas relativas aos serviços de interesse económico geral.

Por um lado, como já se referiu na secção 2.3, as empresas públicas e as empresas a quem o Estado conceda direitos especiais ou exclusivos não deixam, por isso, de estar submetidas ao Direito da Concorrência, desde que prossigam uma actividade económica¹⁵⁵. No entanto, “[a]s empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas [ao Direito da Concorrência], na medida em que a aplicação destas regras não constitua um obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da

¹⁵³ Art.º 7.º(2) LC.

¹⁵⁴ Para uma análise mais detalhada da matéria descrita nesta secção, ver: PAIS ANTUNES, “A aplicação do Direito Comunitário às relações entre os Estados Membros e as suas Empresas Públicas – O Artigo 90º do Tratado CEE”, (1987) 31-32 *Documentação e Direito Comparado* 311; CARDOSO SIMÕES, *Os serviços de interesse económico geral – análise conceptual no âmbito do Direito Comunitário*, Relatório de Mestrado na FDUL, Lisboa, 1998; BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*, Oxford University Press, 1999.

¹⁵⁵ Art.º 3.º(1) LC.

missão particular que lhes foi confiada” (Art.º 3.º(2) LC, que reproduz o Art.º 106.º(2) TFUE, tal como interpretado pelo TJUE¹⁵⁶).

Ou seja, práticas restritivas da concorrência não são proibidas se forem estritamente necessárias para a prossecução de um serviço de interesse económico geral, confiado, por lei, à(s) empresa(s) em causa. Como derrogação de uma norma proibitiva, o Art.º 106.º(2) deve ser interpretado restritivamente¹⁵⁷ e o respectivo ónus da prova cabe à entidade que o invoca como defesa¹⁵⁸.

Para que os requisitos do Art.º 106.º(2) estejam preenchidos, *“basta que a aplicação dessas regras constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, das especiais obrigações que incumbem a essa empresa. Não é necessário que a própria sobrevivência [o equilíbrio financeiro ou a viabilidade económica] da empresa seja ameaçada”*¹⁵⁹. No entanto, por força dos princípios gerais do ordenamento europeu, a derrogação no caso concreto tem de passar no teste de proporcionalidade, nas suas usuais três dimensões.

Tenha-se em conta, em especial, na aplicação desta disposição, a Directiva n.º 2006/111/CE¹⁶⁰ (a transparência financeira é instrumental na aplicação dos juízos de necessidade aqui exigidos) e o Livro Branco da Comissão Europeia sobre os serviços de interesse geral (nomeadamente para a discussão do que constitui um serviço de interesse económico geral – uma determinação que permanece, em larga medida, no âmbito da margem de discricionariedade de cada Estado-Membro)¹⁶¹.

No plano do Direito nacional, tenham-se ainda em conta os Art.ºs 3.º, 8.º, 9.º e 19.º a 21.º do regime do sector empresarial do Estado¹⁶².

¹⁵⁶ Ao nível do Direito Europeu, acresce ainda o requisito que *“o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União”* – Art.º 106.º(2) *in fine*. Cabe à parte que invoque este efeito demonstrá-lo. Sobre isto, ver: Acórdão do TJUE de 23 de Outubro de 1997, *Comissão c. Holanda* (C-157/94), C.J. (1997) I-5699, paras. 66 *et ss.*; e Acórdão do TJUE de 23 de Outubro de 1997, *Comissão c. França* (C-154/94), C.J. (1997) I-5815, paras. 109 *et ss.*

¹⁵⁷ Acórdão do TJUE de 27 de Março de 1974, *SABAM* (127/73), C.J. (1974) 313, para. 19; Acórdão *Comissão c. Holanda*, cit. *supra* nota 156, para. 37.

¹⁵⁸ Acórdão *Comissão c. Holanda*, cit. *supra* nota 156, para. 51.

¹⁵⁹ Acórdão *Comissão c. Holanda*, cit. *supra* nota 156, paras. 43 e 52.

¹⁶⁰ Directiva n.º 2006/111/CE da Comissão, de 16 de Novembro 2006, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, bem como à transparência financeira relativamente a certas empresas (Versão codificada) (JO L 318/17, de 17/11/2006), revista pela Directiva n.º 2009/162/UE do Conselho, de 22 de Dezembro de 2009.

¹⁶¹ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Livro Branco sobre os serviços de interesse geral (COM/2004/0374 final). Ver ainda a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - que acompanha a comunicação “Um mercado único para a Europa do século XXI” Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu (COM/2007/0725 final)

¹⁶² D.L. n.º 558/99, de 17 de Dezembro, revisto pelo D.L. n.º 300/2007, de 23 de Agosto.

Além da exceção acima descrita, relativa a serviços de interesse económico geral, o regime das práticas restritivas da concorrência, por visar o comportamento de empresas (e não de autoridades públicas actuando numa lógica não económica), não se aplica¹⁶³:

- (i) a comportamentos vinculados: comportamentos de empresas que tenham sido ordenados, sem margem de discricionariedade (no que releve para o caso concreto), por uma autoridade pública, por via legislativa ou administrativa. No entanto, esta exceção tem de ser interpretada restritivamente. Não basta que o comportamento em causa tenha sido discutido com uma autoridade pública, ou acordado em conjunto com, na presença, ou devido a pressão exercida por uma autoridade pública. Tem de existir uma obrigação jurídica de adopção do comportamento específico. Qualquer característica anticoncorrencial do comportamento que extravase os limites daquela obrigação já não constituirá um comportamento vinculado¹⁶⁴.
- (ii) a comportamentos forçosamente inconsequentes, devido a regulação pública: poderão verificar-se situações em que a própria regulação de um determinado mercado impede a normal concorrência. Esta determinação tem de ser feita restritiva e casualmente – só opera se o comportamento específico em causa não puder produzir efeitos anticoncorrenciais devido à existência de regulação que impossibilita absolutamente qualquer efeito ou que cria um quadro em que esses efeitos necessariamente se produzem¹⁶⁵.

Agosto de 2010

¹⁶³ Ver ainda a descrição da jurisprudência *Wouters*, no final da secção 3.4.

¹⁶⁴ Acórdão do TGUE de 30 de Março de 2000, *CNSD* (T-513/93), C.J. (2000) II-1807, paras. 58-61.

¹⁶⁵ Acórdão *Suiker Unie*, cit. *supra* nota 63; Acórdão do TGUE de 15 de Setembro de 2005, *DaimlerChrysler* (T-325/01), C.J. (2005) II-3319, para. 156.