

Capítulo 7

Jurisprudência de *private enforcement*

Miguel Sousa Ferro

1. ANÁLISE GERAL.....	4
1.1. Introdução	4
1.2. <i>Follow-on</i> v. <i>stand-alone</i>	5
1.3. Contexto e história do <i>private enforcement</i>	6
1.4. Organização do sistema judiciário	9
1.5. Tipos de casos	16
1.6. Sucesso dos argumentos jusconcorrenciais.....	17
1.7. Análise qualitativa global dos casos	20
2. DESCRIÇÃO DOS CASOS	26
2.1. Distribuidores de tabaco	26
2.2. Acordos coletivos de trabalho.....	27
2.3. Distribuição de bebidas no canal Horeca	29
2.4. Indemnização no contexto da interrupção da relação comercial.....	35
2.5. Pagamento de faturas	44
2.6. Telecomunicações e media	50
2.7. Contratação pública	59
2.8. Outros.....	64
3. QUESTÕES JURÍDICAS	71
3.1. Questões gerais de direito da concorrência.....	71
a) Conceito de concorrência.....	72
b) Conceito de empresa (quem pode ser responsabilizado por infrações concorrenciais)	72
c) Efeito direto das normas europeias de concorrência.....	76
d) Efeitos nas trocas entre Estados-membros.....	78
e) Definição de mercados relevantes	89

f) Direito da concorrência como normas de ordem pública	91
g) Razões imperiosas de interesse geral (Wouters).....	91
3.2. Práticas coletivas	92
a) Requisitos gerais	92
b) Conceito de acordo	93
c) Efeito restritivo da concorrência e de minimis	95
d) Restrição por objeto ou por efeito	100
e) Acordos verticais	102
f) Práticas concertadas	103
g) Decisão de associação de empresas	105
h) Cláusulas de exclusividade e de compras mínimas	105
i) Cláusulas de não-concorrência	109
j) Acordos de franquia.....	110
l) Outras práticas coletivas	112
m) Nulidade de cláusulas contratuais.....	113
n) Isenção individual.....	118
o) Isenção categorial	120
3.3. Práticas unilaterais	127
a) Abuso de posição dominante – questões gerais.....	127
b) Posição dominante.....	128
c) Práticas discriminatórias	132
d) Outras práticas unilaterais.....	134
e) Abuso de dependência económica	138
3.4. Questões gerais de direito processual ou civil	148
a) Aplicação do direito da concorrência pelos tribunais cíveis.....	148
b) Aplicação da lei no tempo	150
c) Processos de “public” e “private enforcement” em paralelo	152
d) Decisões das autoridades de concorrência.....	154
e) Ónus da alegação e da prova.....	157
f) Remissão de sentenças para a Comissão Europeia.....	160
g) Acesso.....	161
h) Matéria de direito ou de facto	163
i) Conhecimento oficioso do direito da concorrência e de factos	164
j) Prescrição	166
l) Responsabilidade contratual ou extracontratual	176

m) Pactos atributivos de jurisdição	191
3.5. Questões gerais de direito europeu e sua relação com o direito nacional	199
a) Relação entre direito europeu e nacional (primado e aplicação paralela).....	199
b) Citação de fontes europeias e interpretação do direito nacional em harmonia com o direito europeu da concorrência	200
c) Questões prejudiciais	202
d) Intervenção <i>amicus curiae</i> da ANC ou Comissão Europeia	206
3.6. O setor público e o direito da concorrência	208
a) Distorções concorrenciais pelo Estado	208
b) Contratação pública e direito da concorrência.....	209
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	220

1. ANÁLISE GERAL

1.1. Introdução

O *private enforcement* da concorrência abrange todas as circunstâncias em que uma pessoa, seja qual for a sua natureza (incluindo pessoas de direito público e de direito privado), promove uma ação perante uma autoridade judicial, ou entidade análoga com poderes vinculativos sobre as partes (e.g., arbitragem ou mediação), na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos ou difusos, sem que esteja diretamente em causa a aplicação de contraordenações ou de medidas ao abrigo da Lei da Concorrência ou do direito europeu da concorrência, ou em que se promove, através das mesmas entidades, passos para preparar ou dar sequência a tais ações.

Assim, o seu âmbito define-se negativamente, por exclusão do *public enforcement*, nas suas expressões administrativas e judiciais¹.

No que respeita às normas substantivas de concorrência, o *private enforcement* não diz apenas respeito aos artigos 101.º e 102.º TFUE e disposições nacionais correspondentes², mas também ao abuso de dependência económica (artigo 12.º da LdC), às normas de auxílios de Estado e, potencialmente, ao controlo de concentrações³.

E note-se que nem todas as ações de *private enforcement* correm ao abrigo das normas de processo civil, surgindo perante tribunais cíveis, administrativos e fiscais, do trabalho, etc.

Quando realizámos em 2012, em conjunto com Leonor Rossi, um primeiro levantamento alargado da jurisprudência portuguesa de *private enforcement* da concorrência⁴, observámos que existia uma crença generalizada entre os especialistas nacionais de direito da concorrência de que o

¹ Há certos casos em que se torna muito difícil dissociar os dois conceitos, *maxime* quando atores de *private enforcement* intervêm com pedidos de acesso num processo de *public enforcement*. Nestes casos, podemos ter um aspeto de *private enforcement* que se desenvolve no interior de um caso de *public enforcement*.

² Note-se, que por força das regras de direito internacional privado, é possível que os tribunais nacionais portugueses sejam chamados a aplicar (também) normas de concorrência de outros ordenamentos jurídicos.

³ Note-se que não incluímos no direito da concorrência as normas do regime das práticas individuais restritivas do comércio, hoje consagrado no DL 166/2013. Isto, apesar de, originalmente, estas normas estarem incluídas no mesmo diploma que as normas de concorrência (DL 422/83) e de haverem casos em que os dois conjuntos de norma são invocados em paralelo (ver, e.g., *Refrige*).

⁴ Ver: Rossi & Sousa Ferro, 2012; Rossi & Sousa Ferro, 2013a; Rossi & Sousa Ferro, 2013b; e Rossi & Sousa Ferro, 2014.

private enforcement era praticamente inexistente entre nós. Os trabalhos publicados até então referiam apenas uma mão cheia de casos⁵, e só dois casos tinham sido comunicados à Comissão Europeia, apesar da obrigação decorrente do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Esse estudo, ainda que forçosamente incompleto, veio demonstrar que o direito da concorrência era invocado perante os tribunais portugueses, no contexto da sua aplicação privada, com muito maior frequência do que se pensava. O presente capítulo atualiza aquele estudo e reforça aquela conclusão, tanto por se terem identificado casos antigos que ainda não tinham sobressaído, como por se ter verificado um incremento do ritmo de novos casos. Isto dito, é nossa convicção de que existirá ainda um número significativo de casos nacionais de que não há notícia, sobretudo ao nível de tribunais de 1ª instância e de tribunais arbitrais⁶.

Por opção de organização da presente obra, os casos relativos a auxílios de Estado serão discutidos no respetivo Capítulo, sendo referidos neste Capítulo apenas na medida em que tal se revele útil para o tratamento conjunto de alguma temática (e.g., da contratação pública) ou em que suscitem outras questões de direito da concorrência. No entanto, de acordo com o nosso entendimento do conceito, *supra* exposto, todas as ações de auxílios de Estado são, também, ações de *private enforcement*, e serão tratadas como tal nas estatísticas.

1.2. *Follow-on v. stand-alone*

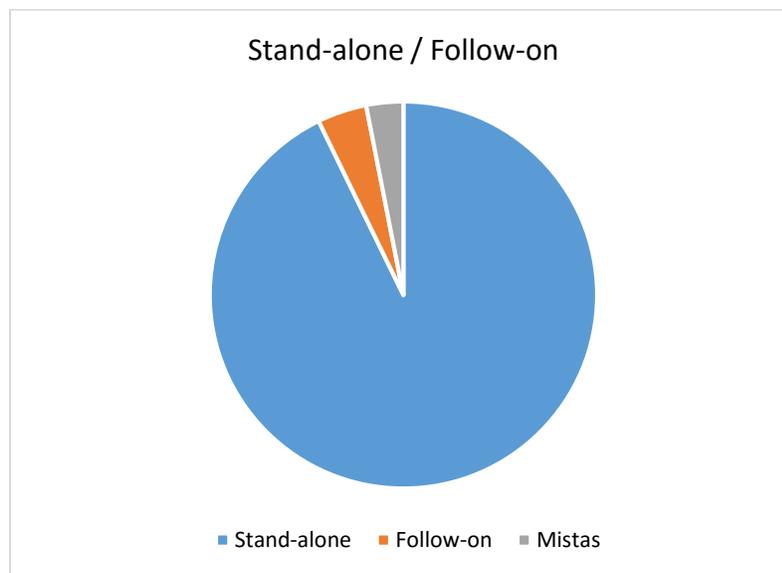
Normalmente, quando se pensa em *private enforcement* da concorrência, pensa-se em ações ditas *follow-on*, em que uma pessoa que sofreu danos por força de uma prática anticoncorrencial identificada por uma autoridade de concorrência pede indemnização em tribunal. É muito frequente ouvir-se especialistas desta área expressarem a convicção de que a maioria dos casos de *private enforcement* serão *follow-on*. Aliás, a Diretiva (UE) 2014/104/UE insere-se nesta linha de

⁵ Ver: Ruiz, 1999; Gorjão-Henriques & Vaz, 2004; Cruz Vilaça, Nápoles & Choussy, 2004; Sousa Ferro, 2007; Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008; Rosado da Fonseca & Nascimento Ferreira, 2009; Sérvulo Correia, 2008; Vieira Peres & Maia Cadete, 2011 (contraste-se a evolução com edições anteriores, e.g.: Vieira Peres & Maia Cadete, 2009); Coutinho de Abreu, 2011.

⁶ Como as arbitragens são confidenciais, não são publicamente conhecidas a não ser que se verifique um recurso para a Relação. Sobre o *private enforcement* da concorrência em contexto de arbitragem, ver: Cruz Vilaça, Nápoles & Choussy, 2004:135; Morais, 2007; Trabuço & Gouveia, 2010; e Antunes, 2001:133.

pensamento, tendo o seu regime sido construído, claramente, a pensar quase exclusivamente nas ações *follow-on* de decisões que identificam cartéis.

Ora, tanto em Portugal como nos restantes Estados-membros, os estudos empíricos comprovam que esta aferição não é correta no que respeita ao passado, não havendo motivo para crer que passe a ser verdadeira no futuro. A maioria das ações foi e é provável que continue a ser do tipo *stand-alone* (em que se discutem infrações de concorrência que não foram identificadas por autoridades de concorrência) (93%), ou de natureza mista (parcialmente apoiadas numa decisão duma autoridade de concorrência, mas com âmbito substantivo, subjetivo e/ou temporal mais amplo).



1.3. Contexto e história do *private enforcement*

É importante desprendermo-nos de preconceitos quanto às normas que se invocam e ao tipo de pedido que se pode fazer no âmbito do *private enforcement* da concorrência. A recolha de casos que segue mostra bem como a vida terá sempre mais imaginação do que nós próprios, fornecendo-nos exemplos de invocação do direito da concorrência em contextos que dificilmente teriam sido incluídos em previsões teóricas.

Quem esperava, por exemplo, encontrar casos de medidas provisórias⁷, casos em que o direito da concorrência foi invocado em apoio duma pretensão de inscrição num ginásio⁸, em prol duma qualificação jurídica de um contrato que garantisse o direito a indemnização de clientela⁹, a propósito de uma “Loja dos Trezentos”¹⁰, para atacar um acordo parassocial¹¹, como obstáculo ao direito de acesso a informação de um acionista minoritário¹², contra uma decisão de um Secretário de Estado¹³? Quem esperava que um monopolista invocasse o direito da concorrência em sua defesa, para deixar de praticar descontos que até então oferecera a alguns clientes¹⁴? Ou que fabricantes de automóveis tentariam utilizar a adoção de um regulamento de isenção por categoria para legitimar a resolução de contratos com concessionários¹⁵? Ou que uma entidade patronal invocasse normas de concorrência em sua defesa para não ter de pagar certos salários e indemnizações a trabalhadores¹⁶?

Tanto quanto foi possível determinar, os tribunais portugueses inauguraram-se na aplicação do direito da concorrência, no contexto de ações privadas, com duas ações contra a Tabaqueira¹⁷. Assim, o período coberto pela recolha de jurisprudência que subjaz a este Capítulo vai de 1988 até ao presente (29 anos).

Até hoje, identificámos 549 decisões judiciais, num total de 203 processos de *private enforcement* da concorrência, numa média de 18,9 decisões judiciais e de 7 novos casos por ano.

No entanto, estes valores enganam, porque incluem um grande número de ações que são, fundamentalmente, a repetição da mesma disputa com a Fazenda Pública, sobre auxílios de Estado – os casos do *Instituto da Vinha*, de que conhecemos 107 exemplos.

⁷ Ver: *Cooperativa agrícola (queijo)*, *Trespasse de ginásio*, *Inscrição em ginásio* e *Pagamentos eletrónicos*.

⁸ Ver: *Inscrição em ginásio*.

⁹ Ver: *Ford (I)* e *Viaturas e máquinas da Beira*.

¹⁰ Ver: *Loja dos Trezentos*.

¹¹ Ver: *Acordo parassocial*.

¹² Ver: *Deliberação social*.

¹³ Ver: *Vinho do Porto*.

¹⁴ Ver: *JFV v Tabaqueira* e *JCG v Tabaqueira*.

¹⁵ Ver: *Renault e Concessionário automóvel (IV)*.

¹⁶ Ver: *Empresa de limpezas e Climex*.

¹⁷ Ver: *JFV v Tabaqueira* e *JCG v Tabaqueira*. Mas ver também, no mesmo período, *Empresa de limpezas*.

Assim, se contarmos os casos do *Instituto da Vinha* uma única vez, chegamos a um número total ajustado de 97 casos. Neste universo, a grande maioria diz respeito a práticas restritivas (88) e uma minoria a auxílios de Estado (9).



Uma análise puramente quantitativa evidencia uma nítida tendência para um aumento no número de decisões judiciais no contexto do *private enforcement* do direito da concorrência. Esta tendência verifica-se mesmo que excluamos o efeito inflacionário dos casos *Instituto da Vinha*¹⁸.



¹⁸ Estes dados anuais devem ser aferidos com cautela. É provável que o processo de identificação de decisões relevantes seja tão mais imperfeito quanto mais para trás no tempo se for. É natural, portanto, que exista uma sub-representação das decisões mais antigas na amostra recolhida. Isto dito, mesmo admitindo este efeito, parece razoável concluir que há uma tendência, no mínimo, para um pequeno aumento do número anual de decisões.

Conhecemos apenas 6 casos pendentes. Mas estão, certamente, em curso várias outras ações cujo conhecimento só nos chegará (eventualmente) algum tempo após a sua conclusão.

1.4. Organização do sistema judiciário

Num momento em que se discute a reorganização do sistema judiciário para lidar com casos de *private enforcement*, estes números dão-nos uma importante base factual para aferir a racionalidade económica das opções possíveis.

A distribuição das decisões pelos tribunais nacionais mostra um quadro de aplicação profundamente descentralizada. Atualmente, qualquer juiz em qualquer tribunal, em qualquer instância e especialização, pode ser chamado a decidir um caso com questões que se enquadram no nosso conceito de *private enforcement* da concorrência.

A amostra recolhida comprova que estas ações têm surgido perante tribunais cíveis, administrativos e fiscais, de trabalho e arbitrais, por todo o país. Se contássemos todas as ocorrências do *Instituto da Vinha*, os tribunais com o maior número de casos de *private enforcement* em Portugal seriam o Supremo Tribunal Administrativo (131) e o Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu (107). Mas se contarmos este caso uma única vez, chegamos à seguinte distribuição nacional de casos:

Distribuição de casos por tribunais (1988 / 2016)	
Tribunais superiores	N.º casos
Supremo Tribunal de Justiça	23
Supremo Tribunal Administrativo	16
Tribunal Constitucional	4
Tribunais de 2ª instância	N.º casos
Tribunal da Relação de Lisboa	41
Tribunal da Relação do Porto	15
Tribunal Central Administrativo – Sul	13
Tribunal Central Administrativo – Norte	5
Tribunal da Relação de Coimbra	3
Tribunal da Relação de Guimarães	(2 tribunais)
Tribunal da Relação de Évora	1

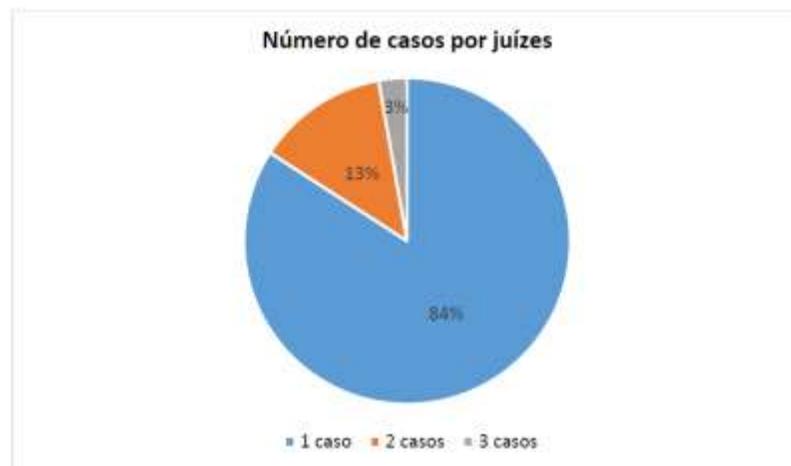
Tribunais de 1ª instância	N.º casos
Tribunal Judicial - Lisboa	35
Tribunal Administrativo – Sintra	8
Tribunal Judicial – Porto	6
Tribunal Administrativo – Porto	4
Tribunal Administrativo – Braga	2
Tribunal Administrativo – Lisboa	(3 tribunais)
Tribunal Judicial – Funchal	
Tribunal Administrativo – Almada	
Tribunal Administrativo – Aveiro	1 (28 tribunais)
Tribunal Administrativo – Castelo Branco	
Tribunal Administrativo – Coimbra	
Tribunal Administrativo – Leiria	
Tribunal Administrativo – Ponta Delgada	
Tribunal Administrativo – Viseu	
Tribunal Judicial – Braga	
Tribunal Judicial – Celorico de Beira	
Tribunal Judicial – Espinho	
Tribunal Judicial – Gondomar	
Tribunal Judicial – Matosinhos	
Tribunal Judicial – Marco de Canaveses	
Tribunal Judicial – Oeiras	
Tribunal Judicial – Ponta Delgada	
Tribunal Judicial – Santarém	
Tribunal Judicial – São João da Pesqueira	
Tribunal Judicial – Sintra	
Tribunal Judicial – Vale de Cambra	
Tribunal Judicial – Valongo	
Tribunal Judicial – Viana do Castelo	
Tribunal Judicial – Vila Nova de Cerveira	
Tribunal Judicial – Vila Real	
Tribunal Comercial - Lisboa	
Tribunal do Trabalho – Lisboa	
Tribunal do Trabalho – Ponta Delgada	
Tribunal do Trabalho – Aveiro	
Tribunal Arbitral	
<i>Desconhecido</i>	

Destacamos as seguintes conclusões com base nestes dados:

- (i) a grande maioria dos tribunais portugueses nunca foram confrontados com um caso em que se suscitasse uma questão de direito da concorrência;

- (ii) entre os tribunais que já foram confrontados com estas questões, 2/3 só conheceram um caso de *private enforcement* da concorrência (desde sempre);
- (iii) mesmo os tribunais que decidiram um maior número de casos de *private enforcement* (TRL e TJJ) tiveram uma média de apenas 1,4 e 1,2 casos (respetivamente) por ano, desde 1988.

Mas uma análise por tribunal esconde uma realidade estatística mais impressionante, que só se revela numa análise por magistrado judicial. Não existe qualquer regra formal que leve à concentração deste tipo de casos, dentro de um tribunal, num mesmo magistrado, e os dados recolhidos mostram que também não existe qualquer prática informal nesse sentido¹⁹. Em consequência, no universo de 109 juízes que foi possível identificar como autores ou relatores das decisões judiciais recolhidas (excluindo os casos *Instituto da Vinha*)²⁰, vemos a seguinte distribuição do número de casos:



Tendo em conta que existem cerca de 2100 juízes em Portugal²¹, realçamos as seguintes conclusões:

¹⁹ A título de exemplo, veja-se que as 107 repetições identificadas do caso *Instituto da Vinha*, ao nível do STA, tiveram 12 juízes relatores diferentes.

²⁰ Desconhecemos o juiz autor/relator em 216 das decisões judiciais identificadas.

²¹ De acordo com estatísticas disponibilizadas em: <https://www.csm.org.pt/juizes/estatistica>; e <http://www.cstaf.pt/STATS%202015/S%C3%A9rie%20-%20N%C3%BAmero%20de%20Ju%C3%ADzes.pdf>.

- (i) a grande maioria dos juízes portugueses (>90%) não devem ter qualquer expectativa de serem chamados, ao longo de toda a sua carreira, a decidir um caso com alguma questão de *private enforcement* da concorrência;
- (ii) de entre os juízes que serão chamados a decidir tais questões, a grande maioria (84%) devem esperar só o ser uma vez em toda a sua carreira;
- (iii) nenhum juiz português foi ainda chamado a decidir mais de 3 casos de *private enforcement* da concorrência, em toda a sua carreira;
- (iv) de 1988 até ao presente, só 3 juízes foram chamados a decidir 3 casos de *private enforcement* da concorrência, um do TRL, um do STA e um do TCA Sul (e estes dois últimos foram confrontados com casos de concursos públicos, que não suscitaram, verdadeiramente, questões complexas de interpretação do direito da concorrência).

Em suma, no quadro das atuais regras e práticas de organização do sistema judiciário, a grande maioria dos juízes portugueses não tem razões para esperar alguma vez ser confrontado com um caso com questões de direito da concorrência, e os casos excecionais sê-lo-ão apenas 1 ou 2 vezes em toda a sua carreira.

Confrontemos isto com o dado de que Portugal é o Estado-membro que deu formação em concorrência ao maior número de magistrados. De acordo com dados da Comissão Europeia, estas ações de formação especializadas já tiveram 1034 formandos em Portugal²². Isto implica que há um grande número de magistrados que receberam formação num ramo do direito que, provavelmente, nunca terão de aplicar.

No reverso da medalha, deve também considerar-se que estas ações de formação são meramente introdutórias e não pretendem nem poderiam fornecer aos magistrados (que quase nunca tiveram formação neste ramo do direito durante a licenciatura ou mestrado) uma base suficientemente ampla para os preparar para decidir casos de concorrência sem estudo adicional. As experiências passadas dos magistrados na área do *public enforcement*, que ouviram um número ligeiramente superior de casos de concorrência, demonstram que se verifica uma curva de aprendizagem pouco inclinada. Tudo indica que existe, tendencialmente, uma massa crítica de casos antes de os magistrados terem ouvido um número de casos suficiente para permitir um estudo suficientemente

²² Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/court/general_geographical_impact_en.pdf.

aprofundado do direito da concorrência e para alterar as abordagens instintivas provenientes do direito civil e comercial que raramente coincidem com as soluções jusconcorrenciais²³. 3 casos claramente não bastam para alcançar tal massa crítica.

Em suma, cremos que existe um elemento de nítida irracionalidade económica na atual organização do sistema judiciário, na medida em que se exige a todo e qualquer juiz que esteja apto a decidir casos com base num conjunto de normas com soluções que lhe são, muitas vezes, contraintuitivas, que assentam amplamente em conceitos indeterminados inspirados na ciência económica, e que exigem um conhecimento aprofundado de jurisprudência concretizadora destes conceitos, não bastando abordagens limitadas à letra da lei.

Este problema manter-se-á no futuro. É provável que a transposição da Diretiva 2014/104/UE, bem como o elevado número de iniciativas académicas e profissionais que acompanharão e se seguirão a este processo, levem a um acentuar da tendência de crescimento do número de casos. Não há motivos, porém, para esperar que este acentuar seja muito significativo, nem que altere as conclusões anteriores quanto à distribuição de casos por magistrado.

Nos últimos 5 anos completos (2011 a 2015), houve um total de 106 decisões judiciais de *private enforcement* da concorrência (excluindo *Instituto da Vinha*), numa média de 21,2 por ano. Em 2015 houve 212% mais decisões judiciais que em 2011. Mesmo admitindo um incremento da tendência de aumento do número de ações, para 250% ao longo dos próximos 5 anos, chegaríamos a 2020 com um total de 265 decisões judiciais nesse período de 5 anos, e uma média de 53 decisões por ano, em todas as instâncias e todos os tribunais do país. Estes números são, provavelmente, uma estimativa otimista.

Se olharmos para a evolução do número de casos (independentemente do número de decisões judiciais em cada caso), identificamos 54 casos que tiveram pelo menos uma decisão no período 2011/2016, numa média de 9 casos por ano. Naturalmente, este método de contagem inflaciona bastante o número de casos do período, porque inclui casos que se iniciaram antes e casos que só se concluirão depois do período. Usando o mesmo método de projeção otimista para o futuro,

²³ Pelo menos um magistrado tem reconhecido publicamente que, se pudesse voltar atrás, teria decidido alguns pontos dos seus primeiros casos de concorrência de modo diferente.

chegamos a uma estimativa de uma média de 22,5 casos por ano, até 2020. Realisticamente, o número de casos não deve chegar a esse nível.

Conhecendo-se as dificuldades de um juiz não especializado aplicar o direito da concorrência, o anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/UE divulgado pela AdC propõe as seguintes alterações às regras em vigor²⁴:

- (i) na 1ª instância, passará a competir ao TCRS “*julgar ações de indemnização cujo pedido se fundamente exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, ações destinadas ao exercício do direito de regresso entre coinfratores, bem como pedidos de acesso a meios de prova relativos a tais ações, nos termos previstos no [DIPLOMA DE TRANSPOSIÇÃO]*”, bem como ações de declaração de nulidade com o mesmo fundamento; e
- (ii) nas instâncias de recurso (cinco Tribunais da Relação e STJ), criar-se-á uma secção especializada em concorrência, regulação e supervisão ou distribuir-se-ão sempre estes casos à mesma secção cível.

À luz das características dos casos analisados nesta secção, forçoso é concluir que, ainda que seja expectável que estas disposições tenham um impacto positivo, as suas consequências serão mais limitadas do que à partida poderá parecer.

Desde logo, limitam-se à jurisdição cível, não tendo qualquer impacto nos muitos casos de *private enforcement* que caem no âmbito da jurisdição administrativa, fiscal ou laboral. Dentro da jurisdição cível, não permitirão necessariamente a especialização dos juízes desembargadores ou conselheiros. No TRL, por exemplo, cada secção tem entre 10 e 14 juízes. No STJ, cada secção tem 9 juízes. Na ausência de práticas informais que concentrem os casos de concorrência em 1 ou 2 dos juízes da secção, os números de casos expectáveis dificilmente permitirão a qualquer um deles alcançar a referida massa crítica (recorde-se que os casos de *public enforcement* vão para as secções penais do TRL e não chegam de todo ao STJ).

²⁴ Cfr. Artigo 22.º do anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/UE, que altera os artigos 54.º, 67.º e 112.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário

Quanto à 1ª instância, a redação da norma de concentração das competências no TCRS, em conjunto com o artigo 1.º(1) e 2.º(j) significa que este tribunal não conhecerá de casos de *private enforcement* relativos a auxílios de Estado ou controlo de concentrações, mas apenas aos que respeitem a práticas restritivas da concorrência. A isto acresce que só terá competência quando o direito da concorrência for invocado pelo Autor (não em defesa), e só se a petição inicial se fundar “exclusivamente” nessas práticas²⁵. Ora, a grande maioria das ações analisadas neste Capítulo invocam o direito da concorrência em defesa ou como um entre vários fundamentos jurídicos de ilicitude. São muito raros os casos em que o Autor invocou apenas uma violação do direito da concorrência.

Assim, dos 88 casos de práticas restritivas analisados, só 7, no máximo, caberiam, possivelmente, no âmbito da competência do TCRS assim definida (menos de 8%)²⁶. Mas, num destes casos, os tribunais “corrigiram” o pedido da Autora para um pedido de direito civil²⁷. E em três outros é possível que se tenham suscitado argumentos de direito regulatório e/ou civil²⁸. Só 1 destes casos não é uma ação *follow-on* ou mista, e todas são ações recentes, podendo sugerir um processo evolutivo que leve no futuro a um maior número relativo de ações assim configuradas.

Significa isto que, numa previsão otimista (assente na manutenção do mesmo ritmo de prática decisória da AdC), a cláusula de centralização de casos no TCRS trará a este tribunal cerca de 3 casos por ano, em média, nos próximos anos, e a grande maioria dos casos em que se suscitam questões de *private enforcement* da concorrência continuarão a ser conhecidos por outros tribunais de 1ª instância. Não está, pois, afastada a importância de se desenvolverem outras soluções que assegurem a correta aplicação do direito da concorrência, colocando ao dispor dos magistrados

²⁵ Pelo menos um juiz do TCRS afirmou entender ser possível ao TCRS preservar a sua competência se for confrontado com uma ação em que o Autor invoque como fundamento de ilicitude, por exemplo, direito da concorrência e direito civil, excluindo os argumentos de direito civil e conhecendo apenas dos primeiros.

²⁶ Sem prejuízo de esta análise depender de confirmação (por falta de acesso a algumas das petições iniciais), cremos que poderão estar nesta situação os casos: *Apple*, *Cabovisão v Sport TV*, *Cogeco v Sport TV*, *OdC v Sport TV*, *NOS v PT (I)*, *NOS v PT (II)*, *Onitecom v PT*. No caso *Botijas de gás*, por exemplo, o direito da concorrência foi o fundamento principal invocado, mas a Autora não deixou de invocar outros fundamentos (e.g. regime das cláusulas contratuais gerais). Este fundamento foi afastado por se entender não ser aplicável, suscitando dúvidas sobre se, em tais circunstâncias, o TCRS teria competência para conhecer desta ação.

²⁷ *Apple*.

²⁸ *NOS v PT (I)*, *NOS v PT (II)* e *Onitecom v PT*.

judiciais mecanismos de apoio que assentem numa abordagem economicamente racional à realidade factual, em vez de num ideal de conhecimento de todo o direito por todos os magistrados.

1.5. Tipos de casos

Já referimos, *supra*, a divisão dos casos analisados no presente Capítulo entre auxílios de Estado e práticas restritivas da concorrência.

Verifica-se uma clara predominância dos casos que surgem no contexto de relações verticais. Só 2 casos se referiram à indemnização de consumidores²⁹, e só 5 casos são pedidos de indemnização em litígios horizontais (entre concorrentes)³⁰.

Os casos analisados abrangeram múltiplos setores da economia nacional:

Distribuição de casos por setores de atividade económica (1988 / 2016)	
Setores de atividade económica	N.º casos
Distribuição e venda de bebidas no canal Horeca	17 ³¹
Distribuição de viaturas automóveis e produtos para automóveis e oficinas de reparação	14 ³²
Serviços de segurança privada	13 ³³
Telecomunicações e media	12 ³⁴
Distribuição de bens de consumo	7 ³⁵
Produtos agrícolas e de pecuária	5 ³⁶

²⁹ *DECO v PT e OdC v Sport TV*.

³⁰ *Cabovisão v Sport TV, COGECO v Sport TV, NOS v PT (I), NOS v PT (II), Onitecom v PT*. Poderão ainda ter-se em conta alguns dos litígios em concursos públicos, em que o litígio é contra uma autoridade administrativa, mas em que também está em causa, de certa forma, um problema de violação do direito da concorrência por um concorrente.

³¹ *Nestlé (I), Nestlé (II), Nestlé (III), Café (I), Nestlé (IV), Café (II), Café (III), Refrige, Central de cervejas (I), Central de cervejas (II), Central de cervejas (III), Central de cervejas (IV), Bebidas (I), Bebidas (II), Franchise de hotelaria, IEFP (I), IEFP (II)*.

³² *Ford (I), Ford (II), Viaturas e máquinas da Beira, Concessionário automóvel (I), Concessionário automóvel (II), Seguros, Concessionário automóvel (III), Renault, Goodyear, Salvador Caetano, Concessionário automóvel (IV), Concessionário automóvel (V), Deliberação social, Acidente de viação*.

³³ *CCI Ponta Delgada, Serviços de segurança (I), Serviços de segurança (II), Serviços de segurança (III), Serviços de segurança (IV), Serviços de segurança (V), Serviços de segurança (VI), Serviços de segurança (VII), Serviços de segurança (VIII), Serviços de segurança (IX), Serviços de segurança (X), Serviços de segurança (XI), Serviços de segurança (XII)*.

³⁴ *Olivedesportos, DECO v PT, VSC e FPF v RTP, NOS v PT (I), Onitecom v PT, NOS v PT (II), Sport TV, Cabovisão v Sport TV, Cogeco v Sport TV, OdC v Sport TV, Meo, Blog*.

³⁵ *Loja dos Trezentos, Apple, Gelados, Tabou Calzados, Carrefour, G v N (têxteis), Máquinas de jogos*.

³⁶ *Leite, Vinho do Porto, Cooperativa agrícola (queijo), Acordo parassocial, Instituto da Vinha*.

Serviços financeiros	4 ³⁷
Combustíveis e gás	3 ³⁸
Serviços de saúde e medicamentos	3 ³⁹
Limpezas	3 ⁴⁰
Tabaco	2 ⁴¹
Serviços desportivos	2 ⁴²
Setor da construção e relacionados	2 ⁴³
Setor portuário	1 ⁴⁴
Serviços de secretariado (outsourcing)	1 ⁴⁵
Serviços de registo e notariado	1 ⁴⁶
Serviços de informação	1 ⁴⁷
Desconhecido	1 ⁴⁸

É visível a mudança de alguns paradigmas nas características dos casos, em anos recentes. O setor da contratação pública, por exemplo, estava anteriormente ausente do *private enforcement* do direito da concorrência, passando a ser relativamente frequente a sua invocação nesse contexto a partir de há uns anos. Mas a mudança mais notável foi o surgimento, a partir do início desta década, de um novo tipo de caso: pedidos de indemnização por danos causados por práticas restritivas da concorrência. Estas ações tendem a envolver montantes milionários, muito acima dos valores até então verificados.

1.6. Sucesso dos argumentos jusconcorrenciais

³⁷ *CGD (I), CGD (II), Banco de Fomento & Exterior, Pagamentos eletrónicos.*

³⁸ *Petrogal, Botijas de gás, Postos de combustível.*

³⁹ *Franchise de clínicas dentárias, IMS Health, Transporte de doentes.*

⁴⁰ *Empresa de Limpezas, Climex, Limpezas industriais.*

⁴¹ *JFV v Tabaqueira, JCG v Tabaqueira.*

⁴² *Trespasse de ginásio, Inscrição em ginásio.*

⁴³ *Pavimentos vinílicos, Montagem de elevadores.*

⁴⁴ *Porto de Aveiro.*

⁴⁵ *ARS LVT.*

⁴⁶ *Notários.*

⁴⁷ *Reuter.*

⁴⁸ *Município de Lisboa.*

No universo de 96 casos analisados⁴⁹, identificámos uma medida de sucesso dos argumentos jusconcorrenciais invocados em 17 casos (+2⁵⁰), ou seja, uma taxa de “sucesso” de 18%. Dentro destes 17 casos, em 5 (29%) houve uma variação do resultado entre as instâncias (com “sucesso” na última instância)⁵¹.

Isto dito, por um lado, alguns dos casos estão pendentes e poderão ainda vir a ter “sucesso”. Por outro lado, os tipos de “sucesso” aqui incluídos inflacionam este valor.

Assim, num caso, o “sucesso” acabou por ser pior para a parte que invocou o direito da concorrência. Em *Central de cervejas (I)*, o retalhista ganhou e não teve de pagar a indemnização pedida, mas foi condenado a devolver o montante do incentivo inicial, que era superior⁵².

Em 2 outros casos, o “sucesso” foi inconsequente em termos práticos. Em *Franchise de clínicas dentárias*, os Réus conseguiram que a cláusula de não-concorrência fosse considerada nula, mas só na parte em que excedia o território anteriormente concedido (redução), o que significa que não afetou a indemnização que tiveram de pagar. E em *Concessionário automóvel (IV)*, o TRL concordou com a invocação pelo fabricante de um regulamento de isenção categorial para legitimar a resolução do contrato, mas cremos que se teria chegado ao mesmo desfecho só com base nas regras gerais de direito civil também discutidas.

Em *Acordo parassocial*, não é evidente que o “sucesso” dos argumentos jusconcorrenciais tenha levado a uma vantagem financeira para a parte que o alegou. Com efeito, ao ser decretada a nulidade da cláusula que garantia tarifas preferenciais a acionistas, os acionistas que invocaram esse argumento poderão ter deixado de ser discriminados relativamente aos restantes, mas não parecem ter beneficiado economicamente dessa decisão, exceto através do eventual (mas não garantido) aumento dos custos dos seus concorrentes.

⁴⁹ Excluindo os casos *Instituto da Vinha*.

⁵⁰ Em *Petrogal*, a questão não foi decidida pelo tribunal, mas, depois do acórdão do TJUE, parecia encaminhada para o sucesso dos argumentos da Ré, tendo-se chegado a um acordo que reduziu a indemnização pretendida pela Autora para 1/10 do que fora pedido. Em *Olivedesportos*, o tribunal de 1ª instância deu razão à Olivedesportos, mas o TRL inverteu a decisão, declarando a nulidade dos contratos exclusivos de direitos de transmissão televisiva celebrados com a Olivedesportos com base no direito da concorrência (embora este surja apenas como um argumento subsidiário). Foi interposto recurso para o STJ, que não foi decidido, porque a questão acabou por ser resolvida amigavelmente.

⁵¹ *Tabou Calzados*, *Franchise de hotelaria*, *VSC e FPF v RTP, IEFP (I)* e *Serviços de Segurança (VI)*.

⁵² Para uma situação com algumas analogias, ver o caso *Tabou Calzados*.

Em *Deliberação social*, as Rés conseguiram, através do direito da concorrência, impedir o acesso de um acionista minoritário (concorrente) a informação sobre estruturas de custos das Rés.

Em 4 litígios no âmbito da contratação pública, o “sucesso” traduziu-se na admissão ao concurso de propostas anteriormente excluídas, com base numa questão de direito da concorrência⁵³.

Vejam, por fim, os 7 casos em que o “sucesso” se traduziu, efetivamente, numa vantagem financeira mensurável, por ordem crescente dessa vantagem:

- (i) *Tabou Calzados*: vantagem de 1.500 EUR. Na 1ª instância, o fornecedor de sapatos não só não tinha recebido as faturas em dívida (9.000 EUR + juros vincendos), como ainda tinha sido condenado por litigância de má-fé, devendo pagar multa e indemnização à Ré (1.250 EUR). O TRL entendeu que as cláusulas invocadas pela R. para se fundar a rescisão eram inválidas, por violação do direito da concorrência, mas essas cláusulas eram essenciais à sua vontade de contratar, pelo que todo o contrato caiu. Em consequência, o fornecedor não recebeu o valor das faturas, mas não teve de pagar as consequências da má-fé.
- (ii) *Leite*: vantagem de 5.000 EUR. Nesta disputa entre o explorador duma produção de leite e um distribuidor de leite, o TRP deu razão à Autora (produtor), dizendo que a cláusula de exclusividade e cláusula penal associada (5.000 EUR) inserida no contrato de mútuo violava o direito da concorrência. Em consequência, o produtor não teve de pagar essa cláusula penal.
- (iii) *Franchise de hotelaria*: vantagem de 25.000 EUR. 1ª instância e STJ (TRL discordara) deram razão às RR. que a cláusula de não concorrência era inválida, violando o direito da concorrência por não ter subjacente uma transferência de *know-how* que justificasse proteção. Em consequência, pouparam o valor da cláusula penal que, de outro modo, teriam de ter pago.

⁵³ *IEFP (I), IEPF (II) e Município de Lisboa; Serviços de segurança (VI)*.

- (iv) *Carrefour*: vantagem de 49.000 EUR. O pedido reconvenicional da Ré teve sucesso. Os acordos que previam custos de referenciamento e abertura foram declarados nulos, por violação do direito da concorrência e, como consequência, foi ordenada a devolução dos montantes indevidamente pagos ao abrigo dessas cláusulas.
- (v) *Salvador Caetano*: vantagem de 50.000 EUR. Todas as instâncias atribuíram uma indemnização por abuso de dependência económica (resolução ilícita do contrato), que foi aumentada para 50.000 pelo STJ.
- (vi) *VSC e FPF v RTP*: vantagem de mais de 50.000 EUR. A 1ª instância tinha condenado a RTP a pagar danos ao VSC no valor de 50.000 EUR e juros de mora, mas o TRL inverteu a decisão, *inter alia*, porque os regulamentos da UEFA supostamente violados eram nulos por violação do direito europeu da concorrência.
- (vii) *IMS Health*: vantagem de 887.000 EUR. O tribunal arbitral, com a concordância do TRL, concluiu ter-se verificado um abuso de posição dominante, na forma de preço excessivo. Em consequência, embora a IMS tenha sido condenada a pagar faturas em dívida à ANF, a dívida foi reduzida no montante do preço excessivo.

1.7. Análise qualitativa global dos casos

A análise global do universo de casos abrangidos por este Capítulo transmite uma visão, senão negra, pelo menos bastante cinzenta do modo como o direito da concorrência tem vindo a ser interpretado e aplicado pelos tribunais nacionais, no âmbito do *private enforcement*.

De modo geral, vemos uma grande disparidade no rigor técnico e no nível de complexidade da abordagem dos tribunais entre os casos de *private enforcement* e de *public enforcement*. A manifestação mais clara deste facto são os casos que discutiremos *infra*: é muito mais frequente encontrarmos interpretações surpreendentes do direito da concorrência no universo do *private enforcement* do que no universo do *public enforcement*. Mas aquele facto conduz também a outros resultados interessantes. Como veremos, vários tribunais têm demonstrado uma abordagem civilista ou excessivamente restritiva ao direito da concorrência. Mas outros demonstraram um

nível de exigência na aplicação destas normas inferior ao que seria de esperar, com a consequência, por exemplo, de que se encontram no *private enforcement* casos de identificação de abusos de dependência económica e de preços excessivos, ausentes da prática decisória da AdC, ou quando se aplica o direito nacional da concorrência em conjunto com o regime das PIRC sem especial cuidado na demonstração do preenchimento dos requisitos do primeiro.

Temos exemplos de decisões contraditórias de tribunais que se debruçaram sobre as mesmas práticas, quer dentro do *private enforcement* (vejam-se as diferentes conclusões do TRL nos dois casos da Tabaqueira), quer entre o *private* e o *public enforcement* (veja-se o caso *IMS Health*).

Embora não se possa dizer que esta atitude ainda surja de modo predominante, a história do *private enforcement* é marcada por vários exemplos de análises judiciais dominadas por perspetivas civilistas, evidenciando resistências a seguir a lógica das normas de concorrência ou desconhecimento do seu conteúdo, ou ficando nitidamente à margem da posição dominante na jurisprudência e doutrina. Destacamos os seguintes exemplos, por ordem cronológica⁵⁴:

- (i) *Refrige*: o TRE (1996) considerou improcedente a invocação do direito da concorrência porque “*tal direito tinha necessariamente de passar pela demonstração de que a Ré tinha faltado ao cumprimento do contrato que a ligava à Autora*”, e afirmou que, se a Ré fosse contratualmente livre de por termo ao contrato, sem limitações, então poderia sempre fazê-lo e daí nunca poderia resultar uma violação do direito da concorrência. Acrescentou que a interrupção da relação comercial só afetara o distribuidor, não os consumidores (que continuaram a ter acesso aos mesmos produtos, pelos mesmos preços) e por isso não caía no âmbito nem *ratio* do DL 422/83.
- (ii) *Loja dos Trezentos*: o TRC (1998) afirmou que o artigo 101.º do TFUE e disposição nacional correspondente não se aplicavam a acordos verticais, afirmando que um acordo entre empresas que não concorriam uma com a outra nada tinha a ver com a possibilidade de restrição da concorrência. Acrescentou que o franchisado nunca poderia invocar o direito da concorrência em sua defesa, porque tal seria *venire contra factum proprium*, já que celebrara livremente o contrato.

⁵⁴ Ver ainda: *Nestlé (II)*, *Concessionário automóvel (II)* e *Concessionário automóvel (IV)*.

- (iii) *Reuter*: o tribunal de 1ª instância (1999) respondeu a uma alegação de abuso de posição dominante (preços discriminatórios) só com base no Código Civil, sem referir qualquer disposição da lei da concorrência, e entendendo que só poderia haver fundamento de ilegalidade se a empresa não tivesse tido qualquer liberdade contratual (ausência de fornecedores alternativos) nem de estipulação (possibilidade de negociar o preço). O TRL (2001) pareceu afirmar que nunca poderia haver preços discriminatórios se os preços comparados fossem de datas diferentes. O STJ (2002) respondeu à alegação de posição dominante (absoluta) analisando os requisitos da existência de dependência económica (posição dominante relativa), apesar da diferença entre os dois institutos e de esta proibição não existir à data dos factos.
- (iv) *Olivedesportos*: o tribunal de 1ª instância (1999) entendeu que um contrato que atribuía o exclusivo dos direitos de transmissão televisiva de jogos de futebol de um clube a uma só entidade (existindo um feixe de acordos similares com os outros clubes) não restringia a concorrência porque não se criava uma situação monopolista, já que essa entidade tinha necessariamente que os ceder posteriormente a operadores de televisão.
- (v) *Nestlé (I)*: entre as justificações para não aceitar o argumento da nulidade das cláusulas em causa, por força do direito da concorrência, o TRP (2004) invocou o princípio da liberdade contratual: “foi a própria Ré que manifestou interesse em só consumir em exclusivo o café da autora e, na sequência dessa manifestação de vontade, vinculou-se a não vender produtos concorrentes”.
- (vi) *Acordo parassocial*: o TRL (2009) pareceu afirmar que os sócios de uma *joint venture* não podem ter acesso a preços preferenciais relativamente a terceiros (por acordo num pacto acionista) porque isso violaria a proibição de acordos anticoncorrenciais – prática de preços discriminatórios.
- (vii) *Salas de cinema*: o STJ (2010) recusou que uma violação do direito da concorrência possa ser invocada por uma empresa como base de responsabilidade extracontratual,

afirmando que só os consumidores estão diretamente no âmbito de proteção destas normas.

- (viii) Em *Pagamentos eletrónicos*, o tribunal de 1ª instância (2010) considerou-se absolutamente incompetente, em razão da matéria, por entender que só a AdC podia aplicar o direito da concorrência, decretando medidas cautelares com esse fundamento. O TRL corrigiu essa posição.
- (ix) *Salvador Caetano*: da 1ª instância (2011?) ao STJ (2013), os tribunais identificaram um abuso de dependência económica com base num quadro de factos provados que, manifestamente, não apoiava tal conclusão. O acórdão do STJ foi especialmente claro quanto ao facto de que esta figura apenas estava a ser usada para demonstrar a ilicitude da resolução do contrato pela Ré, e que isso já resultava da aplicação das normas gerais do direito civil, o que poderá explicar, *in casu*, o “facilitismo” na aplicação do artigo 7.º da Lei 18/2003.
- (x) *Botijas de gás*: o tribunal de 1ª instância (2012?) afirmou que uma cláusula de exclusividade (sem discutir, e.g., se era uma proibição absoluta ou se se permitiam vendas passivas) “*não é em si nula, por contrária à Lei de Defesa da Concorrência, (...) pois que o concessionário, que pese embora atue em nome próprio integra a rede de distribuição do concessionário, está obrigado a todo um conjunto de deveres e obrigações, de entre as quais resulta a obrigação de revender naquela área e acatando as instruções, orientação e fiscalização da própria concedente*”. Depois de uma análise rigorosa e extremamente cuidada do TRL, o STJ (2014) afirmou que não são proibidas cláusulas de proteção territorial absoluta, porque o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE não se aplica a relações verticais no contexto da concorrência intramarca e porque o fornecedor e os concessionários constituem uma única empresa para efeitos do direito da concorrência (influência do conceito civilista de “agente”).
- (xi) *Onitelecom v PT*: numa questão decisiva para o desfecho do caso, que consideramos que teria de ser diferente ao abrigo do direito europeu da concorrência (aplicável neste caso), o TRL (2013) foi confrontado com as consequências dos princípios da

equivalência e da efetividade do direito europeu da concorrência para a contagem do prazo de prescrição, mas respondeu apenas ao primeiro, nada dizendo quanto ao segundo. A incompreensão do impacto do princípio da efetividade levou ainda à recusa do reenvio prejudicial para o TJUE, por se entender que estava em causa a interpretação de uma norma do Código Civil e que a interpretação do artigo 102.º do TFUE não podia ter qualquer impacto a esse nível.

- (xii) *Porto de Aveiro*: o tribunal de 1ª instância, o TRC (2013) e o TRP (2015) afirmaram que as cláusulas de uma convenção coletiva de trabalho que criavam a exclusividade de uma empresa na prestação de determinados serviços laborais violavam a proibição de abuso de dependência económica.
- (xiii) *Apple*: a Autora só invocou a violação de normas do direito da concorrência, e não qualquer violação de cláusulas contratuais ou de normas de direito civil, mas o tribunal de 1ª instância (2014) configurou o litígio como respeitando a uma disputa contratual, excluindo da sua síntese dos comportamentos em causa as práticas tipicamente abusivas que eram alegadas. Isto levou a que esse tribunal, com a confirmação do TRL e do STJ, declarasse a incompetência dos tribunais portugueses, por força de um pacto atributivo de jurisdição, assim violando, em nosso entender, o direito europeu.
- (xiv) *Café (III)*: apesar de reproduzir a análise realizada anteriormente em *Café (I)*, que já implicava a solução do caso da perspetiva jusconcorrencial, o TRP (2015) não resistiu a acrescentar, ainda dentro da parte dedicada ao direito da concorrência, considerações sobre o equilíbrio do contrato da perspetiva da vontade de contratar do retalhista, irrelevantes para o ponto em discussão.
- (xv) *IEFP (I)* e *Município de Lisboa*: a linha jurisprudencial que foi inaugurada pelo STA em *IEFP(I)* (2010), e que teve a sua mais recente expressão em *Município de Lisboa* (2016), é uma aplicação desastrosa do conceito de unidade económica no âmbito da contratação pública. Os tribunais administrativos excluem propostas apresentadas por várias pessoas jurídicas da mesma unidade económica, por dizerem que há indícios de

concertação entre elas violadora do direito da concorrência, que obviamente não pode suceder.

No extremo oposto, identificam-se também casos com um nível relativamente sofisticado de análise jusconcorrencial⁵⁵. Procurámos compreender, na medida do possível, os fatores que estiveram na base dos saltos qualitativos que ocasionalmente se verificaram na jurisprudência.

Por um lado, há uma tendência geral evolutiva positiva (ainda que com bastantes relapsos), que pode estar ligada à generalização do estudo desta matéria, sobretudo ao nível pós-graduado, às múltiplas ações de formação contínua de magistrados dedicadas ao direito da concorrência e ainda ao aprofundamento da cultura de concorrência, em geral, entre nós. Infelizmente, esta tendência geral não se verifica de forma consolidada, sendo que algumas das pronúncias mais recentes, mesmo na mais alta instância, demonstram uma incompreensão do direito da concorrência tão profunda quanto se verificava nos seus primórdios. Por outro lado, os principais fatores prendem-se, necessariamente, com o(s) magistrado(s) que decidiu(ram) o caso. Mas estes fatores são muito difíceis de concretizar, em detalhe.

Isto dito, sobressaem outros fatores que nos parecem decisivos. Assim, alguns dos acórdãos que dão saltos qualitativos na profundidade e rigor da análise jusconcorrencial, fazem-no na sequência da consulta e mediante citação extensa de doutrina especializada⁵⁶ ou com base em pareceres juntos ao processo em causa⁵⁷. Outros verificam-se em processos em que houve uma intervenção da Comissão Europeia ou Autoridade da Concorrência ou em que foi junto ao processo uma decisão das autoridades de concorrência sobre as práticas em causa⁵⁸. Especialmente decisiva se tem mostrado a divulgação no *website* “www.dgsi.pt” de decisões judiciais, na medida em que posteriores decisões passam a aderir e citar essas anteriores posições (mesmo quando fundamentadas em termos sucintos), e este efeito verifica-se não apenas dentro do mesmo tribunal,

⁵⁵ Veja-se, a título de exemplo: *Goodyear*, 04/10/2011 (TRL); *NOS v PT (II)* (TJL); *Botijas de gás*, 09/04/2013 (TRL); este caso é especialmente interessante, por mostrar como, mesmo após uma profunda investigação doutrinária e jurisprudencial e análise de elevada qualidade, o tribunal pode chegar a uma conclusão lógica (em nosso entender) desadequada, na aplicação do direito à matéria de facto (saber se o acordo em causa proibia vendas passivas), por questões de sensibilidade económica e comercial.

⁵⁶ Ver, e.g.: *Tabou Calzados*, 09/04/2002; *Franchise de clínicas dentárias*, 05/02/2013; *Goodyear*; *Botijas de gás*, 09/04/2013.

⁵⁷ Ver *IMS Health*, 03/04/2014.

⁵⁸ Ver, e.g.: *Central de Cervejas (II)*; *Central de Cervejas (III)*; *Central de Cervejas (IV)*; e *Deliberação social*.

mas também entre tribunais, tanto num sentido descendente, como horizontal e ascendente na hierarquia judicial⁵⁹. Alguns “grandes” processos levaram a pronúncias notáveis de tribunais⁶⁰, mas o mérito é claramente dos magistrados, já que outros de características semelhantes levaram a resultados qualitativamente muito distintos.

2. DESCRIÇÃO DOS CASOS

2.1. Distribuidores de tabaco

Nos anos 80, a Tabaqueira tinha um monopólio legal sobre o processamento e indústria de tabaco em território nacional e mais de 90% do mercado nacional de cigarros. Alguns dos seus clientes grossistas beneficiavam de descontos superiores aos que eram conferidos a outros. Em 1986, após a adesão de Portugal à CEE, a Tabaqueira comunicou-lhes que, por força do direito europeu da concorrência (note-se que Portugal já tinha uma lei de concorrência análoga à europeia desde 1983), estava proibida de ter este tipo de prática e considerava nulas as cláusulas de que resultava discriminação. A Tabaqueira defendia que esta solução lhe fora imposta pela Comissão Europeia, na sequência da notificação de uma nota de ilicitude. Em 1988, a Tabaqueira foi condenada pela ANC portuguesa por abuso de posição dominante, embora por práticas diferentes das destes casos.

Os clientes foram para tribunal pedir indemnização por violação de obrigação contratual – *JFV v Tabaqueira* e *JCG v Tabaqueira* – e a empresa dominante invocou o direito da concorrência em sua defesa⁶¹. Perderia em ambos os casos.

⁵⁹ Ver, e.g.: a influência do acórdão do TRP em *Café (I)* na sentença de 1ª instância em *Nestlé (IV)*, nos acórdãos do TRP em *Café (II)* e *Café (III)*, e nos acórdãos do TRL e do STJ em *Central de cervejas (IV)*; a influência do acórdão do STJ em *Franchise de clínicas dentárias* no seu acórdão no caso *Franchise de hotelaria*; a influência do acórdão do STJ em *Ford (I)* no seu acórdão em *Renault* e em *Salvador Caetano* e no acórdão do TRL em *Concessionário automóvel (III)*; a influência do acórdão do STJ em *Viaturas e máquinas da Beira* no acórdão do TRL em *Renault* e em *Concessionário automóvel (III)*; a influência do acórdão do STJ em *Ford II* no acórdão do TRL em *Concessionário automóvel (I)*; a influência do acórdão do STJ em *Renault* nos acórdãos do TRP e do STJ em *Salvador Caetano*.

⁶⁰ Ver, e.g., *NOS v PT (II)*, 07/12/2012.

⁶¹ Estes casos destacam-se, desde logo, como um curioso exemplo de uma empresa dominante a utilizar o direito da concorrência como defesa em tribunal e como instrumento para aumentar os seus lucros. A ação *JCG v Tabaqueira* é

Em *JFV v Tabaqueira*, tanto o TRL como o STJ rejeitaram o argumento da Tabaqueira, concluindo que os descontos tinham subjacente uma justificação objetiva, sendo por isso legais (no que respeita ao direito da concorrência).

Já em *JCG v Tabaqueira*, a 1ª instância e o TRL deram razão à Tabaqueira. O TRL concluiu que as cláusulas eram discriminatórias e proibidas, não encontrando fatores que justificassem a diferenciação de tratamento, e declarando a nulidade dessas cláusulas por abuso de posição dominante. A posição do TRL foi influenciada pela decisão condenatória do Conselho da Concorrência e parece menos uma condenação de descontos discriminatórios em si, e mais uma condenação da prática de descontos de fidelidade para os melhores grossistas por uma empresa com posição dominante que assim pretendia alcançar um efeito de *foreclosure* do mercado ao nível dos canais de distribuição. Mas o STJ manteve a sua posição anterior. O acórdão limita-se a afirmar que não havia um abuso de posição dominante porque não fora demonstrado um objeto ou efeito impeditivo ou de distorção da concorrência (o que, na ausência de maiores explicações, não pode deixar de surpreender, atenta a prática em causa).

2.2. Acordos coletivos de trabalho

Conhecem-se quatro casos em que o direito da concorrência foi invocado perante tribunais de trabalho, no contexto de disputas laborais ou da pretensão de declaração de nulidade de uma convenção coletiva de trabalho (CCT). O problema central dos primeiros três é a imposição normativa da contratação de trabalhadores, no contexto de concursos para contratos com relativa curta duração⁶².

Em *Empresa de limpezas*, para evitar pagar uma indemnização por despedimento e salários, uma empresa alegou que a convenção coletiva de trabalho, que não assinara mas que a vinculava por força de uma Portaria, violava os seus direitos constitucionais, nomeadamente de livre iniciativa económica e de livre concorrência e o artigo 13.º do DL 422/83. O tribunal do trabalho considerou

também um exemplo de como pode ser pedida a declaração da validade de uma cláusula contratual, para confirmar que não se viola o direito da concorrência (como fizeram os Autores).

⁶² Para uma análise doutrinal mais ampla desta linha jurisprudencial, não focada nas questões de direito da concorrência, ver: Carvalho Martins, 2013: 194-198.

que a natureza vinculativa da convenção resultava do enquadramento normativo, não ofendendo a lei. O recurso para o Tribunal Constitucional também não lhe foi favorável. Um caso anterior tinha efetivamente declarado a inconstitucionalidade de uma cláusula semelhante de um contrato coletivo de trabalho, em circunstâncias comparáveis. Mas este acórdão seguiu uma lógica diversa e considerou justificada e proporcional, *in casu*, a restrição das liberdades da Ré.

Em *Climex*, os mesmos argumentos voltaram a ser apresentados, desta feita até ao STJ, com o mesmo resultado.

No caso *CCI Ponta Delgada*, um sindicato de âmbito nacional pediu a anulação de uma convenção coletiva de trabalho (para o domínio da segurança privada) celebrado entre uma câmara de comércio e indústria e um sindicato de âmbito regional, por ofensa aos princípios da concorrência. Só uma das empresas de segurança ativas no território abrangido não estava já vinculadas pelas CCT celebradas pela Autora, com a consequência de que esta nova CCT do sindicato regional permitiria a essa empresa oferecer salários inferiores aos das restantes, dando-lhe uma significativa vantagem na concorrência. No entender da Autora, tratava-se de um acordo que violava o (atua) artigo 101.º do TFUE e o artigo 2.º, n.º 1, do DL 371/93. O tribunal de 1ª instância discordou, afirmando que estas normas só se aplicavam a empresas, e não a sindicatos ou associações, como as Rés⁶³.

Em *Porto de Aveiro*, uma empresa de trabalho portuário intentou uma ação contra duas empresas de estiva, pedindo indemnização total de 164.000 EUR, acrescida de juros de mora. As Rés tinham decidido abdicar de alguns trabalhadores de *outsourcing* da Autora para passar a usar os seus trabalhadores, em violação (segundo esta) de uma convenção coletiva do trabalho. A Autora perdeu a ação em ambas as instâncias. A principal questão jurídica que o TRP foi chamado a decidir reconduzia-se a saber se o regime legal do trabalho portuário e as cláusulas em causa da CCT impediam a contratação direta destes trabalhadores. Foi no âmbito desta última questão que as Rés argumentaram que, se as cláusulas tivessem efetivamente esse sentido, dariam àquela empresa um monopólio no fornecimento desta mão-de-obra no Porto de Aveiro e seriam nulas por violarem, *inter alia*, o direito da concorrência.

⁶³ A questão só foi discutida na 1ª instância, porque as instâncias superiores limitaram-se à questão da (falta de) legitimidade ativa da Autora.

Este argumento já fora analisado pelo TRC no procedimento cautelar apenso a este processo. O TRC e o tribunal de 1ª instância deram razão às Rés, concluindo que as cláusulas obrigavam, efetivamente, à contratação (exclusiva) dos trabalhadores da Autora e que, portanto, eram nulas por violação de princípios constitucionais, da lei do trabalho e do artigo 106.º do TFUE e do artigo 12.º da Lei 19/2012. O TRP chegou à mesma conclusão, afirmando que as cláusulas da CCT em questão “*poderão ser suscetíveis de contenderem, designadamente, com o art. 12º, n.º 1, da Lei 19/2012*”.

Estas decisões, na parte do direito da concorrência, têm uma fundamentação manifestamente desajustada. Tratando-se de uma prática coletiva de empresas (não parecia estar em causa qualquer extensão dos efeitos da CCT por via normativa), é descabida tanto a invocação do artigo 12.º da LdC como do artigo 106.º do TFUE. O tribunal de 1ª instância invocou também os artigos 49.º e 101.º do TFUE, querendo ver neles a fonte de um “*direito de natureza análoga a um direito, liberdade e garantia*”, no que respeita ao “*direito de estabelecimento e liberdade de concorrência*”, o que, quanto ao segundo, é, no mínimo, dúbio. O TRP fundamentou a sua conclusão com a afirmação de que as cláusulas do CCT, ao criarem um “*exclusivo de todo o mercado de trabalho desse setor*”, são “*suscetíveis de introduzir distorções e/ou limitações e restrições a esse mesmo mercado e à livre concorrência*”. Tal poderia ser um fundamento para a identificação de uma violação do artigo 9.º da LdC, mas o tribunal não demonstrou o preenchimento dos respetivos requisitos, ou sequer discutiu essa possibilidade. Isto dito, deve ter-se em conta que o direito da concorrência foi uma questão menor e supérflua nestas decisões, sendo o desfecho já assegurado por outras normas sobre as quais os tribunais focaram, sobretudo, a sua atenção.

2.3. Distribuição de bebidas no canal Horeca

O setor da distribuição de bebidas no canal Horeca, com destaque para as relações entre fornecedores de café e de cerveja e pequenos retalhistas, é onde se tem suscitado maior número de casos de *private enforcement* da concorrência.

Conhecemos 7 casos de café⁶⁴ (todos semelhantes, começando em 2003 e continuando até ao presente) e 7 casos de cerveja e outras bebidas⁶⁵ (entre 1995 e 2011), mas é provável que existam outros ainda não recolhidos.

Começando pelos casos de café, importa ter em consideração o processo de práticas restritivas aberto pela AdC contra a Nestlé (PRC 2004/31)⁶⁶. Por decisão de abril de 2006, a AdC entendeu que a Nestlé violara o artigo 4.º da Lei 18/2003 ao impor ao canal Horeca cláusulas de exclusividade com duração superior a 5 anos e cláusulas de compra de quantidades mínimas, e aplicou uma coima de um milhão de euros. A AdC sublinhou que se tratavam de contratos-tipo, celebrados em todo o território nacional desde 1999. No entanto, esta decisão foi anulada pelo tribunal por motivos formais⁶⁷. Subsequentemente, em vez de readotar a decisão, a AdC decidiu fechar o processo aceitando e tornando vinculativos os compromissos oferecidos pela Nestlé, que garantiam o essencial do resultado prático pretendido pela decisão (exceto a coima)⁶⁸.

Nos litígios que aqui nos ocupam, o fornecedor de café pede para ser indemnizado por um retalhista por incumprimento contratual e este defende-se, *inter alia*, invocando a nulidade, à luz do direito da concorrência, de cláusulas de exclusividade, com duração igual ou superior a 5 anos e condições variáveis de renovação, e/ou de compras mínimas (como contrapartida de certos investimentos feitos pelo fornecedor na forma de equipamento para o estabelecimento do retalhista)⁶⁹. Os Réus tenderam a argumentar estar-lhes a ser cobrado um preço significativamente superior ao do mercado, e/ou a ser-lhes exigida a compra de uma quantidade mínima que não conseguiam alcançar.

Todos estes casos são decisivamente caracterizados por argumentações pouco desenvolvidas, no que respeita ao direito da concorrência, com lacunas inultrapassáveis ao nível do ónus de alegação.

⁶⁴ *Nestlé (I), Nestlé (II), Nestlé (III), Café (I), Nestlé (IV), Café (II) e Café (III)*.

⁶⁵ *Refrige, Central de cervejas (I), Central de cervejas (II), Central de cervejas (III), Central de cervejas (IV), Bebidas (I) e Bebidas (II)*.

⁶⁶ Tanto quanto sabemos, outros fornecedores não foram alvo de processos, apesar de haver indícios de práticas similares.

⁶⁷ Ver: *Nestlé v AdC*.

⁶⁸ Os compromissos foram resumidos nos seguintes termos: “a) *Alteração dos contratos-tipo de fornecimento de café, em particular no que respeita ao prazo de vigência e da correspondente obrigação de compra exclusiva; b) Envio de Comunicado a cada um dos seus clientes cujo contrato haja excedido cinco anos de vigência; c) Não intentar ou desistir de ações judiciais com fundamento na violação de cláusulas de contratos anteriores que não seriam possíveis à luz dos contratos alterados*” – AdC, Comunicado de imprensa n.º 2008/13, de 16 de julho de 2008.

⁶⁹ Exceto em *Café (II)*, em que se verifica a oposição a uma execução, mas a lógica do litígio subjacente é idêntica.

Sobretudo nos últimos casos, o direito da concorrência parece surgir como um argumento rebuscado entre vários que foram esgrimidos pelos mandatários dos retalhistas. Sem surpresa, portanto, o fornecedor tem invariavelmente ganho todas estas ações.

O *supra* referido processo junto da AdC não teve qualquer impacto visível no desfecho destes casos.

Estas ações têm-se fundado apenas na disposição nacional correspondente ao artigo 101.º do TFUE (*Nestlé (I)*), ou nesta e nas disposições nacionais que proíbem o abuso de posição dominante e o abuso de dependência económica (*Nestlé (II)* e *Nestlé (III)*). Em *Café (I)* e *Café (III)* foi invocado o direito europeu (artigo 101.º do TFUE).

Estes casos fornecem múltiplos exemplos da falta de domínio do regime da concorrência, tanto pelas partes como pelos tribunais. Em *Nestlé (I)* e *Nestlé (II)*, os argumentos de direito da concorrência foram afastados com base numa interpretação manifestamente errada destas normas. No primeiro, o TRP entendeu que as cláusulas em causa não restringiam a concorrência, aplicando uma lógica similar à da *rule of reason* americana (sem discutir a aplicação dos requisitos de isenção individual). No segundo, o tribunal de 1ª instância entendeu que o equivalente nacional ao artigo 101.º do TFUE não se aplicava a relações verticais, e defendeu que, em todo o caso, as cláusulas não eram “*uma prática limitativa da concorrência*”, mas, “*quando muito, uma prática restritiva do comércio*” (porque, disse o tribunal, a concorrência entre os operadores verificara-se antes de celebrar o contrato exclusivo). Em *Café (I)*, com aparente confirmação em *Café (III)*, o TRP afirmou que, quando um acordo não preenche todos os requisitos para beneficiar da isenção categorial, tal “*afasta ipso jure a possibilidade da cláusula ser permitida em face do artigo [101.º], n.º 3, do Tratado*”.

A sentença da 1ª instância no caso *Nestlé (III)*, louvada pelo TRP como “*um trabalho exemplar*”, deu um passo em frente na sofisticação na análise, nomeadamente realçando que não se tratava de uma restrição por objeto, sendo necessário a análise dos efeitos. Este ponto viria a ser confirmado em termos mais claros pelo TRP em *Café (I)*. Esta característica destes casos do café dificulta drasticamente o sucesso da pretensão do Réu.

Com efeito, a análise destes casos suscita-nos dúvidas sobre o realismo do ónus imposto à parte que invoca o direito da concorrência, não pela solidez teórico-abstrata da posição expressa, mas pela sua falta de adaptação às características dos casos concretos. Sem prejuízo da justiça do desfecho dos processos (ligado a questões processuais e ao parco esforço da defesa para preencher o seu ónus de alegação e de prova), cremos haver razões económicas para duvidar que Réus em ações deste tipo – pequenos retalhistas em processos com valor de poucas dezenas de milhares de euros, se tanto – possam alguma vez ter sucesso sem uma adaptação ou aligeiramento do ónus que, em princípio, lhes é exigível.

Nestlé (III) destacou-se, também, por a *supra* referida decisão da AdC ter sido publicada enquanto a ação estava pendente na 1ª instância, tendo a Ré juntado ao processo, em fase de recurso, o respetivo comunicado de imprensa. O modo como os tribunais lidaram com este desenvolvimento foi inevitável, no caso concreto, mas o resultado prático foi, efetivamente, que a Ré perdeu, por motivos processuais, um argumento que a AdC já afirmara entender ser verdade, sem que o tribunal se tenha debruçado sobre a análise realizada pela autoridade administrativa.

Em *Café (I)*, encontramos um TRP visivelmente predisposto a identificar uma proibição, nomeadamente através da aplicação da teoria do feixe de acordos, mas frustrado pela omissão da alegação dos factos de que necessitaria para concluir pela presença de um efeito sensível de restrição da concorrência. Este caso viria a fazer “escola”, passando esta jurisprudência a ser fielmente seguida e reproduzida pelo tribunal de 1ª instância no caso *Nestlé (IV)* (em que a Ré tentou, sem sucesso, esticar o âmbito de aplicação da *supra* referida decisão de compromissos da AdC), pelo próprio TRP em *Café (II)* e *Café (III)*, com o mesmo desfecho, e também pelo TRL e pelo STJ⁷⁰.

Debrucemo-nos, agora, sobre os casos de cervejas, águas e refrigerantes.

Em *Refrige*, um distribuidor de bebidas comercializadas em Portugal por esta empresa pediu uma indemnização por danos materiais e morais e lucros cessantes, por uma alegada interrupção ilegal de fornecimento. A Ré pediu indemnização em reconvenção, alegando que pusera termo à relação comercial porque a Autora começara a distribuir uma cerveja concorrente, dando-lhe preferência

⁷⁰ Cfr. *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011; e *Central de cervejas (IV)*, 17/05/2012.

sobre a sua, e violara obrigações contratuais. Embora a Autora tenha começado por invocar também uma violação da disposição nacional correspondente ao artigo 101.º do TFUE, em sede de recurso o litígio já se circunscrevera à violação da proibição de recusa de venda. Esta proibição, hoje constante do regime de práticas individuais restritivas do comércio (DL 166/2013), na altura fazia parte do regime jurídico da concorrência (DL 422/83). Assim, embora as instâncias superiores não tenham chegado a discutir a aplicação de normas de concorrência, o caso é relevante pela discussão da possibilidade de responsabilidade civil extracontratual em caso de violação do direito da concorrência. A Ré ganhou o caso, tendo os tribunais considerado justificada a interrupção da relação comercial.

Os casos da Central de Cervejas são muito semelhantes aos do café, respeitando a situações em que um produtor processa um retalhista por incumprimento de contrato com cláusula de exclusividade e/ou de compras mínimas.

Em *Central de cervejas (I)*, o contrato de exclusividade fora celebrado sem prazo. A Ré defendeu-se, *inter alia*, alegando violação do atual artigo 101.º do TFUE e do Reg. (CE) n.º 1984/83. Conhecemos poucos detalhes deste caso. A 1ª instância declarou o contrato nulo “*por violação de norma imperativa*”, especificamente do DL 422/83. Este sucesso do argumento da Ré, ainda que lhe tenha poupado o pagamento de indemnizações superiores, implicou, ainda assim, pagamentos à Autora, já que a 1ª instância entendeu que a nulidade abrangia todo o contrato e condenou-a a devolver o (substancial) valor que lhe fora entregue pela Autora a título de incentivo inicial. O TRL limitou-se a confirmar a sentença de 1ª instância por remissão, e o STJ anulou esse acórdão por omissão de pronúncia. Não conhecemos o desfecho subsequente do caso.

Este caso destaca-se dos restantes por ser o único em que, à partida, o produtor saiu derrotado. Poderá ser especialmente relevante que a decisão do STJ quanto à omissão de pronúncia do TRL tenha sublinhado, particularmente, a necessidade de se ter discutido se o contrato caía na exceção *de minimis* e se poderia beneficiar de uma isenção individual. Poderá ler-se nesse acórdão o desacordo quanto à decisão da 1ª instância e a perceção de que não se deveria ter aplicado o direito da concorrência, por ausência de efeito sensível.

Os casos *Central de cervejas (II)*⁷¹ e *Central de cervejas (III)*⁷² foram decididos no mesmo ano pela mesma magistrada, revelando um passo de evolução qualitativa na abordagem deste tipo de acordos que se viria, posteriormente, a verificar também no TRP. As características, análise e desfecho sendo idênticos, os dois casos podem ser descritos em conjunto. O direito da concorrência foi suscitado *ex officio* pelo tribunal. Destaca-se a intervenção *amicus curiae* da AdC e o seu visível impacto na análise jurídica. Desta feita, os Réus perderam o argumento concorrencial com base na exceção *de minimis*, após ponderação da jurisprudência *Delimitis* para feixes de acordos.

O desfecho do caso *Central de cervejas (IV)* foi idêntico, embora se tenha chegado a ele de modo diferente. O tribunal de 1ª instância não viu necessidade de discutir a aplicabilidade do direito nacional da concorrência, limitando-se a responder, logo no despacho saneador⁷³, à invocação pela Ré de um regulamento de isenção categorial dizendo que o direito europeu era “*manifestamente*” inaplicável. Seguiram-se recursos, em que tanto o TRL como o STJ discutiram as normas dos dois ordenamentos e afirmaram que o acordo caía na exceção *de minimis* (ou, pelo menos, que não se cumprira os ónus da alegação e da prova duma afetação sensível da concorrência).

No caso *Bebidas (I)*, ambas instâncias discordaram que resultasse das cláusulas do contrato uma sua renovação automática. Concluindo pela aplicação exclusiva do direito nacional, o TRL entendeu que o contrato em causa beneficiava duma isenção categorial ou, pelo menos, que a Ré não preencheria suficientemente o seu ónus de alegação e de prova do contrário.

Por último, no caso *Bebidas (II)* a questão não chegou a ser discutida. Os Réus invocaram a nulidade do contrato na 1ª instância, mas com outros fundamentos. Só no recurso invocaram o direito da concorrência, tendo o TRP entendido que era tarde demais para o fazer.

⁷¹ Ver: Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008:769-770.

⁷² Ver: Botelho Moniz & Rosado da Fonseca, 2008:770.

⁷³ O TRL entendeu que isto não impedia as instâncias superiores de reapreciarem esta questão. Já o STJ entendeu que ficara “*definitivamente julgada, em sede de despacho saneador, a eventual caducidade do contrato (...), por despacho transitado em julgado*”, ficando “*esgotado o poder jurisdicional relativamente a esta matéria*”. Mas não deixou de reanalisar a questão (“*Mesmo que assim não se entendesse...*”).

2.4. Indemnização no contexto da interrupção da relação comercial

São numerosos os casos – identificámos 19 – em que o direito da concorrência foi invocado num litígio centrado na interrupção de uma relação comercial (a que acrescem os casos de distribuição de bebidas no canal Horeca, descritos na secção anterior, que surgem tipicamente numa situação de rutura da relação comercial; portanto, 33 ao todo). Em alguns, o direito da concorrência é invocado como defesa contra pretensões indemnizatórias fundadas em cláusulas alegadamente anticoncorrenciais (*Petrogal* e *Botijas de gás*), incluindo três casos relativos a contratos de franquia (*Loja dos Trezentos*, *Franchise de clínicas dentárias* e *Franchise de hotelaria*). Noutros, é o distribuidor/retalhista que pede uma indemnização ao produtor/fornecedor e invoca normas de concorrência em apoio da sua pretensão (*Ford (I)*, *Ford (II)*, *Viaturas e máquinas da Beira*, *Concessionário automóvel (I)*, *Concessionário automóvel (II)*, *Concessionário automóvel (III)*, *Salvador Caetano*, *Concessionário automóvel (V)*, *Seguros*, *Goodyear* e *Apple*), ou essas normas são invocadas em defesa pelo fabricante (*Renault*, *Concessionário automóvel (II)*⁷⁴ e *Concessionário automóvel (IV)*). Num caso (*Pavimentos vinílicos*), o direito da concorrência foi referido apenas *ex officio* e sem qualquer consequência para o seu desfecho.

Em *Petrogal*, o fornecedor de combustíveis celebrara (em 1982) acordos com dois retalhistas com cláusulas de exclusividade de 15 anos. Quando foi posto termo a estes contratos antecipadamente, a *Petrogal* pediu uma indemnização por violação do contrato e os retalhistas argumentaram que a cláusula violava o direito da concorrência. O caso destaca-se por ser o único em que um tribunal português submeteu questões prejudiciais ao TJUE no âmbito do *private enforcement* do direito da concorrência. O tribunal não chegou a decidir o mérito já que, após a pronúncia do TJUE, as partes chegaram a um acordo que passou pela redução substancial do montante de indemnização a ser pago à Autora pelas Rés (para 1/10 do pedido).

No caso *Loja dos Trezentos*, o franquiador pôs termo à relação comercial e pediu uma indemnização (cláusula penal) ao proprietário de uma destas lojas, com base na violação de cláusulas de exclusividade e de fixação de preços. O franquiado invocou a nulidade dessas cláusulas ao abrigo do direito europeu e nacional da concorrência. Não conhecemos muitos detalhes do caso, mas a Ré perdeu na 1ª instância. Chamado a pronunciar-se pela primeira vez

⁷⁴ Neste caso, o direito da concorrência foi invocado por ambas as partes em apoio das suas pretensões.

sobre o direito da concorrência, o TRC confirmou a decisão da 1ª instância, mas em termos que revelaram profundas incompreensões deste ramo do direito (recusou a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE e disposição nacional correspondente a acordos verticais e disse que o franquiado nunca poderia invocar o direito da concorrência em sua defesa porque seria *venire contra factum proprium*).

Em *Franchise de clínicas dentárias*, um franquiador pediu uma indemnização a um ex-franquiado, nomeadamente, por este ter violado obrigações de não-concorrência incluídas no contrato de transação que pôs termo à franquia⁷⁵. Os Réus alegaram que esta cláusula era “absolutamente nula”, por violação do direito da concorrência. Os tribunais, desde a 1ª instância ao STJ, não lhes deram razão, tendo sido condenados a pagar a indemnização correspondente à cláusula penal. De acordo com as várias instâncias, aquela cláusula violava o direito da concorrência, mas apenas na medida em que fornecia uma proteção que ia para além do território anteriormente conferido ao franquiado, devendo ser reduzida (sendo que o comportamento dos Réus violara a cláusula assim reduzida).

Em termos de valor, o caso *Franchise de hotelaria* tinha, sobretudo, a ver com dívidas por produtos e mercadorias fornecidos na vigência do contrato de franquia e juros (8,8 milhões de euros). Ao pé deste, o outro pedido de 25.000 euros de indemnização (cláusula penal) por violação de obrigação de não-concorrência, durante e após a cessação da franquia, parece irrisório. No entanto, foi essa a única questão discutida em recurso, depois dos RR. terem sido condenados ao pagamento das referidas dívidas, e permitiu ao STJ reafirmar e concretizar as clarificações já transmitidas em *Franchise de clínicas dentárias* sobre estas cláusulas no contexto de acordos de franquia. O caso tem alguns pontos de interesse adicionais. Desde logo, o facto de os Réus não só terem ganho o argumento de concorrência, como isso lhes ter efetivamente poupado dinheiro. Mas também o facto de o TRL ter discordado da análise da 1ª instância, que foi confirmada pelo STJ, e o facto de o STJ ter apoiado a sua conclusão jusconcorrencial em normas de direito civil (trazendo à colação o regime do contrato de agência ou representação comercial).

⁷⁵ A qualificação como contrato de franquia era um dos pontos litigiosos, entendendo os Réus – sem sucesso perante os tribunais – que se tratava de um acordo de licença (“*mera licença de uso de marca*”). O STJ apoiou-se, *inter alia*, num regulamento europeu de isenção categorial para proceder a esta qualificação.

Seguem-se cinco casos em que a invocação do direito da concorrência, nos termos em que foi feita, centrada em alegadas consequências jurídicas de regulamentos de isenção categorial, nos parece deslocada. Incluem-se aqui potenciais candidatos à invocação de abuso de dependência económica, mas o argumento não foi suscitado.

Em *Ford (I)*, um ex-concessionário pretendia ser indemnizado na sequência da denúncia unilateral do contrato pelo produtor. O caso girou em torno da *vexata quaestio* civilista da aplicação analógica do direito à indemnização de clientela, previsto no regime dos contratos de agência, a contratos de distribuição. Imaginativamente, a Autora invocou o direito da concorrência (regulamento de isenção categorial) em apoio de uma qualificação jurídica do contrato favorável à sua pretensão. A questão foi rapidamente posta de parte pelo tribunal de 1ª instância (com confirmação pelo STJ), já que não se invocava qualquer prática anticoncorrencial.

A mesma questão foi suscitada em *Viaturas e máquinas da Beira* e em *Renault* (embora, neste último caso, tenha sido o fabricante de automóveis a suscitar a questão). Em ambos, o STJ voltou a excluir a relevância da invocação do regulamento de isenção categorial.

Em *Ford (II)* e em *Concessionário automóvel (I)*, a Autora pretendia fundar a ilicitude da resolução do contrato de concessão pelo fabricante automóvel na violação de condições fixadas no regulamento de isenção categorial. No primeiro, a 1ª instância referiu a conformidade do prazo de denúncia contratual com as normas do regulamento, mas o STJ observou que o regulamento “*não estabelece o prazo de denúncia dos contratos de distribuição do setor automóvel*”, apenas determina condições de isenção de certos contratos proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do TFUE. No segundo, o tribunal de 1ª instância e o TRL afirmaram que o Regulamento não se aplicava por falta de efeito nas trocas entre Estados-membros. O TRL acrescentou que, em todo o caso, estes regulamentos visam definir as condições de isenção da proibição do artigo 101.º(1) do TFUE, e não estabelecer o prazo de denúncia de contratos de distribuição no setor automóvel, pelo que sempre seria descabida a sua invocação.

Concessionário automóvel (II), embora partilhe dum quadro factual similar, distingue-se deste grupo de casos por vários motivos, desde logo por ser um caso de responsabilidade *in contrahendo* e por ter, inicialmente, levado a uma indemnização mais elevada que usual ao retalhista (8,14 milhões de euros na 1ª instância, reduzido para 1,3 milhões de euros pelo TRL). As partes

negociaram um novo contrato de concessão que, apesar do cumprimento de todos os critérios qualificativos, não foi concluído porque a Ré se queixava, acima de tudo, que a Autora estava a vender os seus automóveis a preços de “saldos”. O TRL concordou com a Autora que a Ré tinha a obrigação de ter celebrado o contrato, não só ao abrigo do direito civil, mas também, surpreendentemente, por força do regulamento de isenção categorial⁷⁶. Em contrapartida, rejeitou o argumento da Ré de que o retalhista só podia ter legítimas expectativas da manutenção de uma relação contratual pelo máximo de dois anos, ao abrigo do artigo 101.º do TFUE e do regulamento de isenção categorial.

Concessionário automóvel (III) pode ser visto como um caso de transição. O concessionário Autor continua a trazer à colação o regulamento de isenção categorial, mas desta vez alega que a denúncia do contrato foi ilícita, por ter violado aquele regulamento, bem como os artigos 101.º e 102.º do TFUE, disposições nacionais correspondentes e proibição de abuso de dependência económica⁷⁷. Fá-lo, porém, em termos genéricos e ineptos. Quanto ao regulamento, o TRL reafirma a jurisprudência do STJ dos casos anteriores, e, além disso, conclui que este regime não fora “violado”⁷⁸. Não discutiu a violação do artigo 101.º e, quanto ao abuso de posição dominante, afirma simplesmente que “não resultou” dos autos tal abuso⁷⁹. Ainda assim, o TRL reconheceu que se o direito da concorrência tivesse sido infringido, tal “*seria fundamento de indemnização pelos danos daí decorrentes*”. A Autora perdeu em ambas as instâncias.

Salvador Caetano continuou a transição para uma nova utilização do direito da concorrência neste tipo de casos, merecendo destaque a vários níveis. De novo, a Autora alegou que a denúncia fora ilegal, nomeadamente, por “violação” do regulamento de isenção categorial e por abuso de dependência económica. A invocação do regulamento comunitário surge em termos diferentes, mas igualmente imaginativos: a interrupção da relação fundara-se numa reorganização da rede

⁷⁶ Nas palavras do TRL: “*também por aplicação do regime estabelecido no Regulamento (CE) n.º 1400/2002 (...) a [Ré] estava obrigada a celebrar os mencionados contratos pois a apelada havia superado satisfatoriamente [todos os requisitos qualitativos] (...) definidos pela apelante*”.

⁷⁷ A Autora pediu, para esta infração, uma indemnização (3,6 milhões euros) diferente da indemnização de clientela (1,5 milhões de euros).

⁷⁸ Em vez de simplesmente realçar que um regulamento de isenção categorial não pode ser “violado”, pode-se não preencher os requisitos para beneficiar dessa isenção, e tal não basta para identificar uma violação do direito da concorrência.

⁷⁹ Esta abordagem extremamente sucinta do TRL parece ter a sua plena correspondência e justificação no modo genérico como esta questão foi suscitada pela Autora, que não terá sequer alegado os factos necessários à ponderação destas infrações.

tornada necessária pelo Regulamento (CE) n.º 1400/2002⁸⁰ e a Autora argumentou que resultava deste normativo a obrigação das Rés de terem mantido em vigor o contrato de concessão, por aí ser imposta uma duração mínima de 5 anos. Sobressai um maior grau de sofisticação, por exemplo, na argumentação a favor da existência de um efeito nas trocas entre Estados-membros, não obstante as várias instâncias terem discordado, reafirmando a jurisprudência anterior.

Os tribunais concordaram que existia uma posição de dependência económica (e o seu abuso), ainda que – em nosso entender – os factos provados não permitissem, em bom rigor, tal conclusão, a qual terá sido influenciada (pelo menos, psicologicamente facilitada) pelo facto de a ilicitude em causa também decorrer do direito civil⁸¹. Invulgar por aplicar esta figura, este caso é também um raríssimo exemplo de sucesso em obter uma indemnização por violação do direito da concorrência. Mas também essa indemnização foi surpreendente, por dois motivos. Primeiro, por o seu valor ter sido tão baixo e sucessivamente alterado (62.500 euros na 1ª instância, aumentado pelo TRP para 101.500 euros, e aumentado pelo STJ para 144.500 euros). Segundo, por não ser inteiramente claro o dano que está em causa, e pelo modo como ele foi calculado. Parece que as várias instâncias atribuíram uma indemnização “por” abuso de dependência económica, a par de indemnizações de clientela e de outros tipos de danos⁸². O STJ clarificou que a indemnização anteriormente fixada

⁸⁰ O tribunal de 1ª instância ficou persuadido que este concessionário cumpria as suas obrigações e objetivos, até mais do que outros concessionários que continuaram a integrar a rede deste fabricante. Fica-se com a sensação de o tribunal achou reprovável a substituição pelas Rés deste concessionário por outro controlado por elas, passando a beneficiar do negócio desenvolvido pela Autora ao longo de muitos anos. O STJ partilhou da mesma convicção (ver citação na nota de rodapé seguinte).

⁸¹ Com efeito, não temos por certo que a violação do direito da concorrência tenha sido um elemento decisivo neste caso. Neste sentido, mostra-se especialmente reveladora a seguinte passagem do acórdão do STJ, que parece indicar que sempre teria existido, no entender deste tribunal, uma resolução ilícita, pela aplicação do direito civil: *“Competindo ao Tribunal apenas verificar da existência do fundamento invocado pela parte que resolveu o contrato ou da regularidade do respetivo exercício. Precisando, assim, de se verificar um facto ou situação, a que a lei liga, como consequência, o direito (potestativo) de resolução. Todavia, provada não tendo ficado a reorganização da rede de distribuição de produtos TOYOTA, pressuposto necessário da acordada resolução do contrato entre as partes celebrado, tendo antes, e em concreto, as rés se limitado a substituir a autora (cumpridora do contrato em apreço, reunindo todas as condições, humanas e de logística empresarial, em conformidade com os requisitos pelas rés exigidos, contrariamente até ao que sucedia com outros “distribuidores” cujos contratos não foram resolvidos) por um outro concessionário, a AUTOCC (cujo capital é detido em 50% pelas rés), entender se tem, tal como bem fundamentado está na sentença de 1ª instância, com aplauso, também a respeito, da Relação, que a resolução assim operada foi ilícita, por para ela não haver fundamento. (...) Não podendo as rés fazer uso do direito de resolução, afinal entre todas acordado, sem que tenha resultado, previamente ao seu exercício, uma situação de rutura da relação contratual. Já que não se constituiu, pelo menos comprovadamente, a condição resolútiva que permitiria fazer caducar o contrato celebrado, o qual, por seu turno, havia extinguido, também por acordo das partes, o anterior. A tal se opondo, desde logo, o princípio geral da boa fé, ínsito em todos os contratos (art. 762.º, nº do CC), bem como o do abuso de direito”*.

⁸² A Autora tinha pedido uma indemnização de clientela no valor de 160.000 euros e uma indemnização, no valor de 1,3 milhões euros, *“em consequência direta e necessária da resolução [ilícita] do contrato”*, devido ao abuso de

para a violação do artigo 7.º da Lei 18/2003 fora “*pela defraudação das expectativas da autora, correspondente a dois anos da média anual do lucro líquido encontrado*”, qualificando-o ainda como “*danos indiretos resultantes da aludida violação da concorrência*”. Depois de ter afirmado que não ficara provado o nexo de causalidade quanto a lucros cessantes, aumentou o valor desta indemnização com base num juízo de equidade (admitindo a falta de prova) e disse nada mais ser devido “*a título de lucros cessantes*”⁸³.

Em *Concessionário automóvel (IV)*, tal como em *Renault* e em *Salvador Caetano*, um fabricante automóvel invocou a entrada em vigor do Regulamento (CE) nº 1400/2002 para tentar legitimar a resolução de um contrato com um concessionário e, surpreendentemente, o TRL aceitou esse argumento. Desta vez, a Autora não invocou abuso de dependência económica, mas o tribunal de 1ª instância suscitou a questão *ex officio* e afastou a sua verificação, por entender não haver abuso (mas evidenciando-se a mesma tendência de facilitismo na identificação de uma situação de dependência económica, encontrada em *Salvador Caetano*).

Quanto a *Concessionário automóvel (V)*, outro caso em que um distribuidor pede indemnização a um fabricante automóvel após resolução do contrato (invocando-se, deslocadamente, um regulamento de isenção categorial, e alegando-se abuso de dependência económica) conhecemos, por enquanto, apenas a disputa quanto à definição dos temas da prova no despacho saneador, que permitiu ao TRG fornecer importantes esclarecimentos gerais sobre o processo de reenvio prejudicial para o TJUE e a oportunidade do momento para o realizar.

dependência económica. O tribunal de 1ª instância fixou uma indemnização de clientela (10.950 euros) e ainda “*uma indemnização pela resolução sem justa causa do contrato*”, “*no valor total de € 51.462,16, correspondente ao somatório de € 21.907 (danos indiretos resultantes de abuso de dependência económica), € 4.554 (indemnizações a trabalhadores) e €25.000 (danos morais relativos à imagem da Autora)*”, acrescidos de juros de mora desde a citação – cfr.: *Salvador Caetano*, 11/09/2012. O TRL aumentou o valor da indemnização de clientela para 50.000 euros. O STJ decidiu: “*alterar o acórdão recorrido na parte em que fixou a indemnização pelos danos indiretos pela autora sofridos resultantes do abuso de [dependência] económica, arbitrando-se estes em €50.000, bem como na parte em que fixou os danos não patrimoniais da mesma autora/recorrente, que aqui se arbitram em € 40.000*”.

⁸³ Segundo o STJ, em *Salvador Caetano*: “*Cremos, mesmo desconhecendo se a autora canalizou os investimentos feitos na sequência do contrato com as rés gizado para outras atividades ou se, de outro modo, os tem rentabilizado, face à gravidade que assumiu a descrita conduta das rés, pecar tal indemnização por defeito. Arbitrando-se antes a mesma, sem que seja possível averiguar o valor exato dos danos (art. 566.º, nº 3, do CC), com recurso à equidade, seja, de acordo com a solução que parece ser a mais justa, atendendo-se apenas às características da situação, em € 50 000,00. Nenhuma outra indemnização havendo que atribuir a título de lucros cessantes.*”

No caso *Pavimentos vinílicos*, o direito da concorrência foi referido apenas em passagem, afirmando o STJ que a relação entre o concessionário e o fornecedor (neste caso, de produtos de construção – revestimentos vinílicos para pavimentos) estava sujeita às regras de concorrência.

Em *Seguros*, uma oficina argumentou, *inter alia*, que a decisão de uma seguradora de passar a recusar a reparação de automóveis por si segurados nesse estabelecimento (aleadamente por a Autora se recusar a utilizar peças não autênticas ou usadas, que reduziriam os custos das reparações) violava o artigo 4.º da Lei 18/2003. Pediu uma indemnização e a condenação da Ré a permitir aos seus segurados a utilização dessa oficina. O TRG concluiu que não se provara existir qualquer acordo entre a seguradora e esta oficina, ou com outras oficinas, que pudesse violar aquela disposição. Apenas se mostrara que a seguradora tinha acordos com os seus segurados, e que os informara da sua recusa de ter relações comerciais com a Autora. É outro exemplo de caso em que o direito da concorrência é invocado de modo desajustado, já que se tratava de um comportamento unilateral da seguradora. A Autora não invocou abuso de posição dominante absoluta ou relativa, mas nada indica que os requisitos de qualquer uma dessas posições estivessem preenchidos.

Deixámos para últimos nesta secção três casos que se distinguem dos restantes pelo tipo de questões discutidas e pela profundidade da análise jusconcorrencial.

O caso *Goodyear* foi aquele em que se discutiu em maior profundidade e com maior sofisticação um pedido de indemnização dum retalhista com base em alegado abuso de dependência económica por um fabricante de pneus (seu representante em Portugal). Com base numa análise detalhada de factos e doutrina, e num caso onde os produtos do fornecedor em causa representavam 1/3 do volume de negócios do retalhista e onde a interrupção da relação comercial não fora colorida pelo mesmo tipo de censura ética vista noutros casos, ambas as instâncias concluíram inexistir uma posição dominante relativa. Não conhecemos ainda o resultado do recurso para o STJ.

Apple foi, até hoje, o maior pedido de indemnização por violação do direito da concorrência (40 milhões de euros). O ex-distribuidor exclusivo da Apple em Portugal alegou que a multinacional abusara da sua posição dominante e da dependência económica das Autoras através de um conjunto de práticas durante a relação entre as duas e na rutura dessa relação comercial. O caso não foi decidido quanto ao mérito porque as várias instâncias consideraram os tribunais portugueses

incompetentes, por força de um pacto atributivo de jurisdição aos tribunais irlandeses, incluído no contrato entre as partes.

Não se tendo entrado no mérito da causa, a questão crucial discutida neste caso foi, portanto, a qualificação da disputa como dizendo respeito a responsabilidade contratual ou extracontratual e as consequências dessa qualificação na presença de um pacto atributivo de jurisdição no contrato entre as partes. Pelos motivos que veremos no próximo capítulo, trata-se, quanto a nós, de uma das mais preocupantes manifestações de abordagens civilistas e de indisponibilidade dos tribunais cíveis para ouvirem ações complexas de *private enforcement* da concorrência, que resultam na recusa da aplicação do direito da concorrência, com a agravante de ter criado um perigoso precedente que não só contraria a jurisprudência do TJUE como pode levar a que as multinacionais que operam em Portugal possam sempre escapar, na prática, à aplicação do direito da concorrência português e europeu.

O caso *Botijas de gás*, tendo começado com uma clássica leitura civilista do direito da concorrência pelo tribunal de 1ª instância, deu azo, na pronúncia do TRL, a um dos mais importantes acórdãos portugueses sobre direito da concorrência. Ainda que discordemos de uma das conclusões decisivas a que chegou este tribunal, não podemos deixar de realçar a extraordinária profundidade da investigação visível e da fundamentação do acórdão. Este acórdão é um ponto de referência incontornável no que respeita à análise de cláusulas de exclusividade e do efeito nas trocas entre Estados-membros, entre outras questões. Infelizmente (embora sem impacto na solução em concreto), o caso terminou com uma das mais desafortunadas pronúncias do STJ sobre o direito da concorrência.

Um fornecedor de gás engarrafado pôs termo ao contrato com um distribuidor com fundamento na violação reiterada duma cláusula de exclusividade territorial⁸⁴, segundo a qual o concessionário ficara adstrito “*a vender exclusivamente no concelho de [...]*”. O distribuidor pediu uma indemnização com fundamento na ilicitude da resolução, nomeadamente, por a cláusula em questão violar o direito europeu e nacional da concorrência. Infelizmente, a Autora não alegou na

⁸⁴ A Autora alegou que já deixara de realizar vendas fora do seu território, antes da resolução do contrato, por acordo com a Ré, e os factos provados incluíam pressões da Ré para que a Autora deixasse de vender a clientes de outras zonas – factos interessantes para a ponderação da subsequente decisão da AdC que identificou uma restrição da concorrência neste setor.

petição inicial um conjunto de factos necessários para demonstrar, *inter alia*, um efeito sensível nas trocas entre Estados-membros e uma restrição sensível da concorrência, e assim viu cair integralmente o seu pedido.

Em nosso entender, neste caso, o TRL terá incorrido numa falácia de pensamento que decorre da tendência para se aplicar uma *rule of reason* que não existe no direito da concorrência europeu. Para o tribunal, esta relação comercial não devia ser proibida a não ser que fosse para além do que era necessário para alcançar os efeitos positivos alcançados pela criação da rede de distribuição com as respetivas características. Este instinto é acertado, mas o direito da concorrência europeu chega a este resultado através de um método muito específico. Uma cláusula de exclusividade territorial é restritiva da concorrência e viola o artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (e/ou disposição nacional correspondente), a não ser que seja *de minimis*. Passado este ponto, a cláusula só será válida⁸⁵ se beneficiar de uma isenção categorial ou de uma isenção individual, cabendo à parte que beneficiaria dessa isenção o respetivo ónus de alegação e prova. Não conhecemos detalhes suficientes do caso, mas mesmo admitindo que o contrato preenchesse todos os outros requisitos de isenção categorial para acordos verticais, a inclusão numa cláusula “negra” (proibida), como seja uma proteção territorial absoluta, teria por consequência a não aplicação da isenção categorial. Era neste contexto que o tribunal devia ter discutido a questão da proibição das vendas passivas.

O TRL chegou à conclusão de que a cláusula em questão “*confere uma proteção territorial que não inclui as restrições às vendas passivas*”. Neste ponto, não podemos concordar (e a apreciação desta questão específica não dependia de factos não alegados, mas apenas da letra da cláusula). O TRL afirmou que, nos termos da cláusula, a A. era livre de vender a qualquer cliente (independentemente da sua residência/estabelecimento) desde que o cliente se fosse abastecer nas suas instalações (dentro do seu território), mas “*apenas pode revender numa determinada área geográfica, previamente fixada, estando proibid[a] de revender fora dessa área*”. Ora, mesmo que admitamos esta leitura, resulta dos factos dados por provados pelo TRL (que misturou o critério civilista do local de execução do contrato com o critério do direito da concorrência relevante neste contexto) a proibição de vendas passivas: o retalhista não podia enviar ou ir entregar o produto

⁸⁵ Deixando agora de lado a questão da jurisprudência *Wouters*.

fora do seu território, quando a solicitação partia espontaneamente do cliente, em vez de ser ativamente incentivada por ele.

Esta questão torna-se especialmente interessante por a AdC ter, posteriormente, adotado uma decisão em que aplicou uma coima a um fornecedor de gás engarrafado, precisamente, por causa desta cláusula, que considerou uma restrição por objeto (que incluía a proibição de vendas passivas) e esta decisão (e leitura da cláusula) foi confirmada pelo TCRS.

Dito isto, sublinhamos que não cremos que o desfecho deste caso concreto pudesse ter sido diferente, devido às graves omissões de alegação de factos (desde logo, a não alegação de factos que permitissem provar o efeito sensível de restrição da concorrência, essencial para se identificar uma infração do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE⁸⁶).

Seguiu-se ainda um último recurso, no qual o STJ revelou um extraordinário desconhecimento e incompreensão do direito da concorrência. Pronunciando-se em apenas 3 páginas (por contraste com a extensa análise do TRL), o STJ recusou a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (e disposição nacional correspondente) a relações verticais no contexto da concorrência intramarca e afirmou que o fornecedor e os concessionários constituíam uma única empresa para efeitos do direito da concorrência.

2.5. Pagamento de faturas

Decidimos agrupar nesta secção outros casos que respeitam, exclusiva e especificamente, a litígios em que o direito da concorrência foi invocado no contexto da discussão do pagamento de faturas alegadamente em dívida.

⁸⁶ O TRL deu por provado que o fornecedor incluía aquela cláusula em todos os seus contratos (“*a rede de revenda da ré, espalhada por todo o território nacional, é organizada da mesma forma, tendo a ré celebrado com cada um dos seus revendedores contratos similares àquele objeto de análise, no que concerne à cláusula em causa*”), mas realçou que “*continuamos sem ter a dimensão desse mercado – nomeadamente as quotas de mercado e volume de negócios, bem como a posição dos vários interessados no mercado, nem em que moldes concretamente se processa a rede de revenda, para além do que acontece nos concelhos a que alude o n.º 8 dos factos assentes –, ou seja, não temos elementos que permitam aferir da percentagem do mercado relevante abarcada pelo alegado efeito cumulativo desse conjunto de acordos*”.

No caso **Reuter**, estava em causa o não pagamento de faturas relativas a serviços de informação financeira. A Ré defendeu-se alegando abuso de posição dominante, por discriminação de preços. Pediu a declaração da nulidade do contrato ou, subsidiariamente, a redução do preço. Para conseguir provar a discriminação de preços, pediu – e conseguiu – que a Autora juntasse faturas de outros clientes. Não produziu prova quanto à definição e quota de mercado, mas a Autora não contestou que detivesse 90% do mercado, tal como definido pela Ré.

O tribunal de 1ª instância deu por provado que a Reuter tinha, na altura, uma posição dominante no “*mercado de prestação, através de terminal de dados, de informação financeira e noticiosa em tempo real, por via de linha de dados próprios*”, e que praticara preços mais baixos pelos mesmos serviços a outras empresas. No entanto, decidiu o caso sem qualquer referência ao direito da concorrência, enquadrando a disputa numa abordagem exclusivamente civilista⁸⁷. Foi notória a repulsa do tribunal pelo que entendeu como uma falta de tentativa de negociação dos termos do contrato. Na lógica do tribunal, só haveria um fundamento de ilicitude se a Ré não tivesse tido qualquer liberdade contratual (ausência de fornecedores alternativos) nem liberdade de estipulação.

O TRL, embora citando as normas de concorrência, seguiu, fundamentalmente, a mesma linha civilista. Começou por descrever a disputa como centrando-se sobre se o contrato era invalidado por “*a autora atuar alegadamente em posição excessivamente dominante, violando o princípio da liberdade contratual*”. Posteriormente (tal como o viria a fazer também o STJ), ao citar o DL 422/83, juntou a interpretação da norma de abuso de posição dominante com a norma sobre vendas discriminatórias (de práticas restritivas do comércio, que na altura se encontravam reguladas no mesmo diploma). A sua conclusão fundou-se na falta do cumprimento do ónus da prova relativa à presença de discriminação, mas incluiu uma observação geral, baseada na liberdade de estipulação, que, efetivamente, retirava todo o efeito útil à proibição de preços discriminatórios praticados por empresas em posição dominante. Esta observação seria reafirmada pelo STJ.

O STJ conseguiu acrescentar um novo nível de complexidade e estranheza ao caso. Embora identificando corretamente a norma em causa no DL 422/83 (abuso de posição dominante

⁸⁷ Apesar da invocação da violação da norma de abuso de posição dominante, o tribunal de 1ª instância descreveu a questão a decidir nos seguintes termos: “*importará verificar se realmente a A., abusando da sua posição económica e social dominante, tornou impossível à Ré exercer a sua liberdade de celebração e de estipulação de contratos*”.

absoluta), discutiu apenas os requisitos para a existência de dependência económica (posição dominante relativa), referindo-se à respetiva norma do DL 371/93. Apesar de o tribunal de 1ª instância ter dado como facto provado que existia uma posição dominante, o STJ parece ter considerado que não fora provada a situação de dependência económica (o que é natural, já que não fora alegada). Recorde-se que o DL 422/83 não proibia abuso de dependência económica, significando que o STJ aplicou uma proibição que não existia à data dos factos. Apesar da sua irrelevância para o caso concreto, o acórdão fornece-nos esclarecimentos jurisprudenciais sobre a interpretação da figura da dependência económica (embora, também aqui, com necessidade de leitura cuidada). Por fim, o STJ concordou com o TRL que não se alegara factos necessários para provar a prática discriminatória.

Em *Tabou Calzados*, um fornecedor espanhol de sapatos pedia o pagamento de faturas em dívida por um retalhista português. Em sua defesa, a Ré afirmou, *inter alia*, que o fornecedor violara cláusulas de exclusividade territorial e de distribuição seletiva, levando a Ré a rescindir o contrato e devolver os bens em questão. O tribunal de 1ª instância deu razão à Ré e condenou a Autora por litigância de má-fé (com indemnização à Ré). O TRL afastou-se da perspetiva civilista, recordando que o direito da concorrência estabelece limites à liberdade de estipulação e concluindo que ambas as cláusulas violavam o direito da concorrência e eram proibidas pelo artigo 2.º(1) do DL 371/93. Por estas cláusulas serem essenciais, neste caso concreto, todo o contrato era nulo. Embora a decisão mostre um avanço no domínio do direito da concorrência, o TRL chegou àquela conclusão sem definir o mercado relevante e sem discutir o grau sensível de restrição da concorrência, que levou a um desfecho diferente em tantos outros casos.

Em *Carrefour*, o grande retalhista pediu 7.000 EUR a um fornecedor por faturas em dívida relativas a serviços promocionais. Este defendeu-se alegando, em reconvenção, a ilegalidade dos valores exigidos pelo Carrefour a título de “referenciação” e de “rappel de abertura” e pedindo a devolução dos montantes indevidamente pagos (49.000 EUR). A relação comercial terminara quando o Carrefour passara a abastecer-se junto de outro fornecedor. O pedido da Autora não teve sucesso e foi resolvido com base no direito civil⁸⁸.

⁸⁸ Na 1ª instância, a Autora obtivera apenas 85 EUR. O TRL entendeu que a conduta do Carrefour constituía uma revogação unilateral injustificada do contrato. Concluiu que as promoções e ações em causa, faturados à Ré,

Já as pretensões da Ré foram (quase) integralmente acolhidas. Foi dado por provado que aqueles custos tinham sido impostos como contrapartida do início duma relação contratual, que não eram justificados pelos benefícios ou serviços prestados e que não estavam objetivamente ligados aos fornecimentos em questão, de acordo com os usos comerciais. Com esta base, o TRL concluiu que a imposição daqueles custos violara o artigo 2.º do DL 371/93, especificamente a alínea g) do n.º 1 (bem como a proibição de práticas negociais abusivas do atual DL 166/2013), e que o Carrefour não provara o necessário para beneficiar duma isenção, com a consequência da nulidade dos contratos em causa.

Em *G v N (têxteis)*, um retalhista de têxteis pretendia ser indemnizado por um fabricante por danos resultantes do cancelamento de uma encomenda (19.000 EUR). A fornecedora resolvera o contrato por violação de uma cláusula que impedia o retalhista de colocar os bens em causa na vitrina ou de os publicitar em meios de comunicação social (para proteger outro vendedor daquela marca na mesma zona). A 1ª instância e o TRL consideraram legítima a resolução e improcedente a ação. Entre os argumentos da Autora (rejeitados), contava-se um abuso de dependência económica (condições discriminatórias e rutura ilícita da relação comercial) e o facto de uma cláusula do contrato constituir um acordo restritivo da concorrência. Quanto ao primeiro, o TRL concluiu que a Autora não demonstrara a existência de dependência económica. O argumento relativo ao acordo anticoncorrencial foi afastado pelo TRL com a ideia de que, se vingasse, tratando-se de uma cláusula essencial, todo o acordo seria nulo e o fundamento contratual para o pedido desapareceria, ficando a ação sem objeto.

O caso *Leite* foi uma disputa entre o explorador duma produção de leite e um distribuidor de leite. O primeiro comprometera-se a vender ao segundo toda a sua produção enquanto não amortizasse a dívida de um empréstimo (por 20 meses), com uma cláusula penal (5.000 EUR) em caso de violação da obrigação de exclusividade. O fornecedor foi a tribunal pedir o pagamento de parte de faturas em dívida (5.000 EUR), e o comprador defendeu-se alegando retenção do montante da cláusula penal (compensação), por violação da cláusula de exclusividade. O tribunal de 1ª instância condenara a Ré a pagar à A. 2.500 EUR (redução com base em equidade). Ambos recorreram, e o

ocorreriam após a cessação das relações comerciais entre ambos (quando apenas os produtos do concorrente seriam vendidos nos supermercados da Autora), constituindo um claro abuso de boa-fé contratual.

TRP deu integralmente razão à Autora, com base em direito civil, mas também numa violação do direito da concorrência (afastando, nessa parte, o argumento da liberdade contratual).

A autora invocou o direito da concorrência nacional e europeu, pela primeira vez, perante o TRP. Atento o resultado, é interessante observar que a Ré não discutiu estas questões concorrenciais perante o TRP, achando que não podiam ser invocadas nessa fase. A Relação entendeu que o contrato de mútuo fora cumprido, pelo que nunca se justificaria a aplicação da cláusula penal. Ainda assim, mesmo que se desse autonomia à obrigação de exclusividade, o TRP considerou que esta era nula por violação do artigo 4.º da Lei 18/2003. Não se definiu o mercado relevante nem se discutiu a presença de um efeito sensível no mercado.

No caso *Gelados*, um fornecedor de gelados pediu o pagamento de faturas não pagas por um seu ex-distribuidor⁸⁹, e este respondeu com um pedido reconvenicional por rutura ilícita do contrato de distribuição. O tribunal de 1ª instância deu razão a ambos (à Ré, só parcialmente). O TRL absolveu a Autora do pedido reconvenicional. O caso foi exclusivamente decidido com base em normas de direito civil. No entanto, uma das alíneas da matéria de facto dada como provada afirmara que a Autora tinha “*uma posição dominante no mercado português no âmbito do comércio dos produtos alimentares*”. A questão não teve, aparentemente, qualquer impacto no desfecho do caso mas, possivelmente preocupada com efeitos desta declaração em litígios futuros, a Autora pediu e conseguiu que o TRL desse essa alínea por não escrita.

Postos de combustível respeitou a uma disputa entre um fornecedor e uma empresa que assinara com ele acordos de distribuição exclusiva de combustíveis (em conjunto com contratos-promessa de constituição de direito de superfície e em troca de avultados investimentos pelo fornecedor), por um período de 20 anos. Os tribunais deram, no essencial, razão ao fornecedor, condenando o retalhista a pagar-lhe as faturas em dívida e a proceder à restituição de equipamentos, aplicando, neste contexto, uma isenção categorial. O Regulamento comunitário fora invocado pela Ré, mas em termos que acabaram por não favorecer a sua posição.

⁸⁹ As 2ª e 3ª Rés foram demandadas porque o património imobiliário da 1ª Ré tinha passado para elas. Pedia-se a ineficácia de contratos de compra e venda de imóveis, para poder obter a satisfação do crédito. Essa parte do pedido não teve sucesso.

O caso *IMS Health* foi inicialmente decidido por arbitragem e posteriormente submetido ao TRL. A IMS Health adquiria informação de mercado à Associação Nacional de Farmácias (ANF), que utilizava para prestar serviços de “*pharma market intelligence*”. Em dado momento, a ANF começa a concorrer nesse mercado com a IMS, através da sua subsidiária Farminveste. A ANF primeiro aumentou os preços, acabando por suspender por completo o fornecimento de dados. A IMS apresentou queixa junto da AdC⁹⁰. Entretanto, a ANF pede a um tribunal arbitral uma indemnização de 18,2 milhões EUR por faturas não pagas, relativas a três meses de 2009, lucros cessantes e juros de mora. A IMS defende-se, por exceção, *inter alia*, com base em acordo anticoncorrencial e abuso de posição dominante e de dependência económica e, em reconvenção⁹¹, pede uma indemnização de 19 milhões EUR por perda de negócio e danos não patrimoniais. O processo de *private enforcement* vai, assim, correr em paralelo com (e ser resolvido primeiro que) o de *public enforcement*.

Na parte que releva para o presente estudo, o tribunal arbitral, com a concordância do TRL (recurso interposto pelas demandantes)⁹², concluiu ter-se verificado um abuso de posição dominante, no mercado de recolha e transmissão de dados de vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de *pharma market intelligence*, na forma de preço excessivo. Para chegar a esta conclusão, o tribunal baseou-se, sobretudo, num drástico aumento dos preços entre 2003 e 2008, na história da negociação concreta do preço e na comparação com outros mercados⁹³. A cláusula de fixação do preço foi considerada nula na parte excessiva e reduzida em conformidade. Em

⁹⁰ Esta queixa daria lugar, mais tarde, a uma decisão contraordenacional da AdC (com fundamentos algo distintos), que ainda está a ser contestada perante os tribunais.

⁹¹ A ANF argumentou que o pedido reconvenicional era inadmissível por extravasar o âmbito da cláusula compromissória deste processo arbitral, mas o tribunal arbitral e o TRL discordaram.

⁹² O TRL discordou do tribunal arbitral no que respeita à declaração de nulidade, por este, da cláusula relativa à aplicação de “diferenciais”, entendendo que a aferição do preço excessivo e suas consequências devia respeitar apenas à cláusula do preço propriamente dita.

⁹³ O tribunal arbitral rejeitou os argumentos de abuso de posição dominante por preços discriminatórios, recusa de fornecimento e recusa de acesso a uma infraestrutura essencial, bem como de acordo anticoncorrencial e de abuso de dependência económica. A decisão do tribunal arbitral, na parte de concorrência, parece ter sido decisivamente enformada por um parecer de Abel Mateus, Eduardo Paz Ferreira e Luís Morais e por um parecer de Manuel Lopes Porto, juntos pela IMS, que também apresentou pareceres de Romano Martinez, Ribeiro Mendes e Engrácia Antunes. A ANF apresentou pareceres de Lebre de Freitas, Menezes Cordeiro, Pinto Monteiro/Pedro Maia e Jorge Padilla/Watson/Lorenzo (este último, de economistas).

consequência, embora a IMS tenha sido condenada a pagar uma indemnização contratual à ANF, esta foi reduzida em 887.000 EUR⁹⁴.

2.6. Telecomunicações e media

Não será surpreendente que o setor das telecomunicações e media tenha dado azo a um número substancial de casos (13)⁹⁵. Mas talvez já surpreenda a natureza e características de alguns destes casos.

Começemos por dois litígios centrados em direitos de transmissão televisiva de jogos de futebol.

No primeiro – *Olivedesportos* –, o TRL inverteu a decisão da 1ª instância sobre contratos assinados entre o Sport Lisboa e Benfica (Autora)⁹⁶ e a Olivedesportos (Ré), transferindo para esta, com exclusividade, os direitos de transmissão dos jogos de futebol do Benfica (contratos similares tinham sido celebrado com outros clubes da 1ª Liga). O TRL deu razão à Autora com base na violação das normas constitucionais e ordinárias que regulam a atividade televisiva (por a Ré não estar licenciada para exercer a atividade de televisão), mas concluiu ainda, subsidiariamente, *inter alia*, que estes contratos infringiam o artigo 101.º do TFUE e a disposição nacional correspondente, ao estabelecerem uma exclusividade necessariamente restritiva da concorrência e criando um monopólio que permitiria à Olivedesportos impor aos operadores de televisão os preços e condições que entendesse (a 1ª instância entendera que não havia qualquer restrição da concorrência nesta relação). Tendo em conta a distribuição do ónus da prova, como a Ré não invocara o benefício de qualquer isenção, o tribunal declarou a nulidade do contrato. O recurso para o STJ não chegou a ser decidido porque uma posterior alteração na gestão do clube conduziu a uma resolução amigável.

⁹⁴ Já com base em violação do contrato, a ANF (não a Farminveste) foi condenada a pagar à IMS uma indemnização por danos patrimoniais passados e futuros resultantes da perda de clientela causada pela suspensão da transmissão de dados (a liquidar em execução de sentença).

⁹⁵ Em Rossi & Sousa Ferro, 2012, tinha sido indicada a notícia de uma ação da TV Tel contra a Portugal Telecom. A recolha de informações adicionais permitiu esclarecer que não foram invocadas questões de direito da concorrência nessa ação.

⁹⁶ O Benfica apoiou as suas pretensões em pareceres de Menezes Cordeiro e Antunes Varela, que foram acolhidos pelo TRL.

No segundo – *VSC e FPF v RTP*⁹⁷ –, o Vitória Sport Club e a Federação Portuguesa de Futebol pediram a condenação da Radiotelevisão Portuguesa no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais (271.000 EUR) decorrentes da transmissão televisiva de um jogo (cujos direitos adquirira ao VSC) sem a autorização da FPF, como exigido pelos Regulamentos da UEFA. O tribunal de 1ª instância deu-lhes razão, condenando a RTP a pagar 49.880 EUR (e juros de mora). De novo, o TRL inverteu a decisão, afirmando que os Regulamentos da UEFA não vinculavam terceiros e que, em todo o caso, esses Regulamentos eram inválidos por violarem o direito europeu da concorrência, ao exigirem a autorização de um terceiro para a transmissão televisiva dos jogos. A versão dos Regulamentos então em vigor fora notificada à Comissão Europeia, que os considerara restritivos da concorrência e recusado a isenção. O facto de, desde então, ter sido aprovada uma nova versão dos Regulamentos da UEFA, já autorizada pela Comissão, não alterava o enquadramento à data dos factos. O TRL apoiou as suas conclusões, abundantemente, nas decisões da Comissão Europeia e na jurisprudência do TJUE. O STJ confirmou o acórdão do TRL, mas nesta instância não foram suscitadas questões de direito da concorrência.

Foi o setor das telecomunicações que nos deu, até agora, os únicos dois exemplos de ações populares de *private enforcement* do direito da concorrência. O segundo (*OdC v Sport TV*) será referido em conjunto com os casos relativos à Sport TV. No primeiro, *DECO v PT* (de 1999 a 2003), a DECO pediu que fosse devolvido aos consumidores o montante (ilegalmente) cobrado pela PT a título de taxa de ativação no início de cada chamada telefónica, no ano de 1999. As normas de concorrência foram invocadas (abuso de posição dominante) mas não chegaram a ser discutidas, porque o caso foi decidido com base em normas especiais aplicáveis à atividade de telecomunicações. Ainda assim, o caso continua, ainda hoje, a ser muito importante como único precedente (que conhecemos) de ação popular para proteção de interesses individuais homogêneos (representando dois milhões de clientes, só 5 tendo exercido o direito de *opt-out*), servindo a pronúncia do STJ para confirmar esta possibilidade genérica, bem como, tacitamente, a inclusão da proteção dos consumidores contra infrações concorrenciais no âmbito da ação popular. Importantes também as críticas do STJ aos defeitos do enquadramento legislativo e a sua

⁹⁷ Os factos do caso remontam a 16 de setembro de 1997, tendo a ação sido instaurada na 1ª instância a 4 de maio de 1999.

abordagem às dificuldades de quantificação dos danos, identificação dos lesados e distribuição dos danos, remetendo a questão para liquidação de sentença. No caso concreto, os tribunais nunca tiveram que lidar com estas dificuldades da lei de ação popular, porque a PT chegou a acordo com a DECO para um modo de indemnização dos consumidores⁹⁸.

O caso *NOS v PT (I)* é um exemplo de ação *follow-on*, mas não de uma decisão de uma autoridade da concorrência. Esta ação cível segue-se a uma decisão do regulador, fundando-se o pedido em violação do direito regulatório, mas também do direito da concorrência (abuso de posição dominante). Em síntese, a Autora alega que a sua capacidade de concorrer eficazmente na oferta de serviços de telecomunicações (incluindo *double-play* e *triple-play*) foi afetada pela violação das obrigações da PT de garantir a portabilidade dos números de telefone fixo. Por decisão de 29 de maio de 2008, a ANACOM notificou a PT para repor a legalidade na questão da portabilidade dos números. A Autora alega que o comportamento ilegal continuou ainda durante vários meses e que lhe causou danos no montante de 22,4 milhões EUR.

A ação foi instaurada a 25 de outubro de 2011 e encontra-se pendente. Num trabalho exemplar, a vários níveis, o tribunal de 1ª instância adotou já um despacho saneador e o processo encontra-se atualmente em fase de esclarecimento de uma primeira peritagem realizada (o tribunal decidiu realizar uma peritagem por amostra), estando já prevista a realização de outra peritagem, de natureza económico-financeira⁹⁹. No despacho saneador, o tribunal afastou a invocação da prescrição do direito, por ter sido realizada uma notificação judicial avulsa antes de terem passado 3 anos sobre o início do comportamento da Ré em causa.

Verificaram-se duas ações *follow-on* da decisão da AdC de 28 de agosto de 2009 que identificou um abuso de posição dominante do grupo PT na forma de um esmagamento de margens entre os tarifários grossistas e retalhistas de internet de banda larga. As contraordenações foram declaradas

⁹⁸ De acordo com o Relatório e Contas da PT de 2004, este acordo foi alcançado em março de 2004, num valor estimado pela PT em 120 milhões EUR. Não foram feitos quaisquer pagamentos diretos a consumidores. Em vez disso, a PT permitiu aos seus clientes a realização de telefonemas nacionais, regionais e locais gratuitos em 14 domingos consecutivos, a partir de 15 de março de 2004. A PT terá ainda concordado em reembolsar qualquer cliente que apresentasse um pedido relativo à sua porção de custos decorrentes de uma prática similar em 1998, mas não se conhecem detalhes a este respeito (cfr. Mulheron, 2008:77-78).

⁹⁹ No momento do despacho saneador, o processo incluía “97.000 folhas, cento e noventa e oito volumes, ocupando cerca de três armários”.

prescritas pelo Tribunal de Comércio de Lisboa em outubro de 2011. Mas entretanto já tinham sido instauradas ações pela Onitelecom e pela Optimus (hoje, NOS).

O processo *Onitelecom v PT* terminou com a confirmação pelo TRL da decisão de 1ª instância segundo a qual o direito prescrevera, contando-se o prazo a partir do momento da apresentação da denúncia da respetiva prática (pela Autora) à AdC. A Autora pedira 1,5 milhões EUR de danos emergentes, e outros danos emergentes, lucros cessantes e custo de capital a determinar em liquidação de sentença, acrescido de juros de mora.

O caso traz importantes contributos para a reflexão sobre o regime da prescrição no contexto do *private enforcement* da concorrência. Em princípio, este precedente perderá relevância a partir do momento em que seja transposta a Diretiva 2014/104/UE. Tratou-se, quanto a nós, de um exemplo de manifesto desrespeito da jurisprudência europeia e de violação dos princípios do efeito útil do direito europeu e da cooperação leal. Há fortes probabilidades de que a interpretação defendida pelo TRL tenha violado o princípio da efetividade. Este foi invocado, mas o TRL não se pronunciou sobre essa questão e entendeu que o direito europeu não podia afetar a interpretação da norma nacional sobre o prazo de prescrição.

O processo *NOS v PT (II)* encontra-se pendente. Este não foi considerado prescrito porque a Autora logrou “alterar” o seu pedido na réplica, passando a pedir a declaração da nulidade das cláusulas sobre preços e descontos, na parte correspondente ao sobrepreço, a devolução dessa parte indevida (2.761.000 EUR e juros de mora desde a citação) e indemnização por lucros cessantes (8.603.000 EUR e juros de mora). Após uma extensa e notável análise (revelando, em contraste com o TRL no caso anterior, uma profunda sensibilidade ao impacto do direito da União Europeia e da jurisprudência *Courage e Manfredi*), o tribunal concluiu que se passara, na réplica, a invocar uma situação de responsabilidade contratual, em vez de responsabilidade extracontratual, mas que não fora alterada a essência da relação controvertida, prosseguindo a ação nesses termos. Não nos é evidente, porém, que esta conclusão – que assenta expressamente na identificação de um pedido de nulidade de cláusulas contratuais e devolução do indevido – viabilize o sucesso da ação na parte da indemnização por lucros cessantes.

Este caso levou ainda a uma discussão dos honorários devidos ao perito económico, que subiu ao Tribunal Constitucional, com um importante desfecho – norma do Regulamento das Custas

Processuais considerado inconstitucional na medida em que impeça remuneração adequada de ser paga aos peritos (ver Capítulo 9).

A decisão da AdC que identificou um abuso de posição dominante da Sport TV deu azo, até hoje, a três ações de *private enforcement*, todas pendentes perante juízes diferentes do Tribunal Judicial de Lisboa. Todas suscitam interessantes questões em comum, incluindo a existência de uma infração concorrencial continuada e o impacto sobre a prescrição dos direitos de indemnização.

Primeiro, no âmbito do caso de *public enforcement Sport TV*, quando o recurso estava pendente, duas entidades que pretendiam intentar uma ação *follow-on* pediram e obtiveram acesso no TRL à versão não confidencial do processo administrativo e judicial. Pediram também acesso à versão confidencial de documentos que entendiam necessários para exercer os seus direitos em juízo. O TRL deixou em aberto a possibilidade de uma apreciação casuística do acesso a cada documento, mas afirmou que, nos termos do CPP, as decisões judiciais eram públicas, dando acesso às duas requerentes à versão integral da sentença de 1ª instância e do acórdão do TRL, que continham os dados que estas pretendiam. Até à data da redação, porém, estas entidades ainda não tinham logrado juntar essas decisões judiciais às suas ações *follow-on*, porque a Ré intentou um recurso para o STJ (considerado inadmissível), seguido de um recurso uniformizador de jurisprudência, aguardando os juízes do TJL por essa decisão (ver análise mais detalhada no Capítulo 8).

Por facilidade de exposição, começemos pela primeira e terceira ações intentadas: *Cogeco v Sport TV*¹⁰⁰ e *Cabovisão v Sport TV*.

Ambos os processos trazem de novo à barra a questão da prescrição em contextos em que as práticas em causa haviam sido denunciadas pelas Autoras à AdC (ver caso *Onitelecom v PT*). Estes casos suscitam uma questão, tanto quanto sabemos, inaudita a nível europeu: saber qual a entidade que deve ser indemnizada por danos causados por práticas anticoncorrenciais quando é pedida uma indemnização pela pessoa jurídica diretamente afetada e também pela sua empresa-mãe, e como impedir decisões judiciais conflituantes. À complexidade da prova ao abrigo das normas de direito civil junta-se a dificuldade da conciliação dessas regras com o direito da concorrência, com o seu conceito de “unidade económica” e com a responsabilização da empresa-mãe pelas infrações

¹⁰⁰ Em prol da transparência, note-se que o autor representa a Autora nesta ação.

realizadas pelas suas subsidiárias enquanto o foram. Poderá vir a concluir-se que uma empresa é financeiramente responsável pela conduta anticoncorrencial de uma sua ex-subsidiária, ao abrigo do direito da concorrência, mas não é indemnizada pelos danos causados a essa ex-subsidiária por práticas anticoncorreciais, no mesmo período, o que suscitaria interessantes questões de equidade.

Na ação *Cogeco v Sport TV*, a operadora canadiana que deteve a Cabovisão entre 3 de agosto de 2006 e 29 de fevereiro de 2012, pede indemnização por danos que alega lhe terem sido causados por comportamentos anticoncorreciais da Sport TV entre 3 de agosto de 2006 e 30 de março de 2011 (data final da decisão da AdC). Trata-se de uma ação puramente *follow-on*, baseada apenas nos comportamentos anticoncorreciais identificados na decisão da AdC: abuso de posição dominante, ao abrigo do direito europeu e nacional, no mercado nacional de canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*. Foi pedida a condenação no pagamento de indemnização pelos “danos correspondentes ao excesso de preço pago pelos canais Sport TV, no valor de EUR 9.148.011”, “danos correspondentes à remuneração do capital não disponível por força deste excesso de preço, calculado por referência às taxas de rendibilidade de obrigações do tesouro divulgadas pelo Banco de Portugal, durante o período em causa e até à citação, que até ao final de janeiro de 2015 ascendiam a EUR 2.396.293” e “danos decorrentes da perda de negócio resultante das práticas anticoncorreciais da Sport TV, em termos a determinar em fase de liquidação de sentença”.

Este processo suscita outra questão até hoje nunca discutida. A ação foi intentada contra a Sport TV, mas também contra as suas duas empresas-mãe que detêm o seu controlo conjunto (Controlinveste e NOS), invocando-se responsabilidade solidária. Alega-se que estas empresas foram responsáveis pela determinação da conduta da Sport TV e que violaram obrigações de garantir a conduta não discriminatória da Sport TV que lhes haviam sido impostas pela AdC.

Esta ação foi intentada a 27 de fevereiro de 2015. Até à data da escrita, ainda não tinha sido marcada audiência prévia. O tribunal decidira apenas da admissão de um parecer de economistas e da não junção (temporária) aos autos da sentença e acórdão do caso *Sport TV*.

A ação *Cabovisão v Sport TV*, intentada pela operadora nacional, atualmente detida pelo grupo francês Altice, é uma ação mista, na medida em que inclui práticas identificadas na decisão da

AdC mas vai para além dessas práticas, pelo menos temporalmente. Alega-se um abuso de posição dominante (violação do direito europeu e nacional), no mesmo mercado, entre setembro de 1998 e a atualidade, com base nas condições do sistema remuneratório praticado pela Ré, traduzindo-se na “*imposição de preços não equitativos e discriminatórios*”.

Pede-se, *inter alia*, a condenação da Sport TV no pagamento de: (i) indemnização a título de danos sofridos / devolução do sobrepreço até 31 de dezembro de 2014, no montante de 16.448.721 EUR, acrescido de juros de mora comerciais (até então contabilizados em 1.622.537 EUR); (ii) indemnização a título de danos sofridos / devolução do sobrepreço dos montantes que venham a ser pagos até resolução do litígio, acrescido de juros de mora comerciais; e (iii) indemnização a título de lucros cessantes, em termos a liquidar ulteriormente. Incluíram-se ainda pedidos subsidiários que discriminam a condenação no pagamento das componentes do sobrepreço correspondente a dois aspetos do esquema remuneratório (“TPM” e “escalões de descontos discriminatórios”).

Esta ação foi intentada a 13 de junho de 2015. Até à data da escrita, tanto quanto sabemos, ainda não tinha sido marcada audiência prévia. [Confirmar com RBJ e perguntar se houve algum outro passo]

O caso *OdC v Sport TV*¹⁰¹ é a 2ª ação popular, acima referida, e o primeiro exemplo em Portugal de ação coletiva para tutela dos consumidores exclusivamente com base no direito da concorrência. A Autora é uma associação de académicos (Observatório da Concorrência) provenientes de várias Universidades nacionais, das áreas do Direito e Economia, que tem por objeto, *inter alia*, a proteção dos consumidores, nomeadamente através da propositura de ações judiciais. A ação é parcialmente *follow-on*, mas o âmbito material e temporal das práticas alegadas extravasa a decisão da AdC. O OdC alega que a Sport TV, entre janeiro de 2005 e junho de 2013 (fim do monopólio da Sport TV neste tipo de canais), violou os artigos 101.º e 102.º do TFUE e as disposições correspondentes da lei nacional:

- (i) proibindo os operadores de realizarem campanhas comerciais ou promocionais envolvendo os canais Sport TV sem autorização prévia da Sport TV;

¹⁰¹ Em prol da transparência, note-se que o autor representa a Autora nesta ação.

- (ii) recusando, pelo menos ocasionalmente, a realização de campanhas promocionais envolvendo canais Sport TV;
- (iii) obrigando os operadores a apresentarem-lhe um conjunto de informações comerciais sensíveis (incluindo promoções planeadas), às quais o maior operador de televisão por subscrição, seu acionista (atualmente, NOS), tinha acesso, assim aumentando a transparência no mercado e dissuadindo uma concorrência mais agressiva, por lhe retirar eficácia;
- (iv) usando um sistema de cálculo de preços grossistas ligado ao PVP recomendado que, em conjunto com as suas outras práticas e com as características do mercado da televisão por subscrição, implicava que os preços recomendados funcionassem, na prática, como preços de revenda impostos;
- (v) usando um sistema de cálculo de preços grossistas discriminatório, que implicava prejuízos para alguns operadores na venda dos canais Sport TV aos preços recomendados, dissuadindo a oferta desses canais a valores abaixo dos preços recomendados e a pressão para a descida generalizada dos preços da Sport TV no mercado retalhista;
- (vi) conduzindo, pelo conjunto destas práticas, à subida artificial dos preços retalhistas;
- (vii) recusando a venda individualizada de canais Sport TV, obrigando à aquisição do pacote de canais e inviabilizando a aquisição de um único canal por um preço muito inferior;
- (viii) discriminando sistematicamente os outros operadores de televisão por subscrição, em favor da sua acionista (atualmente, NOS), causando-lhes prejuízos que impediram a prática de preços mais reduzidos e o desenvolvimento e investimento no mercado da televisão por subscrição e geral.

Alega-se que estes comportamentos causaram danos aos utilizadores finais dos canais Sport TV e a todos os clientes da televisão por subscrição. Pede-se condenação no pagamento de indemnização a todos os utilizadores finais representados, em termos a determinar em fase de liquidação de sentença. São, assim, potencialmente representados nesta ação cerca de 3 milhões de utilizadores finais.

Esta ação foi intentada a 12 de março de 2015. Até à data da escrita, ainda não fora marcada audiência prévia. O tribunal decidira apenas da não junção (temporária) aos autos da sentença e

acórdão do caso *Sport TV* (seguindo-se recurso da Autora, sem efeito suspensivo, para o TRL, improcedente) e do não chamamento da COGECO a esta ação (solicitado pela Ré). Trata-se de um caso pioneiro que tem atraído substancial atenção além-fronteiras – como primeiro exemplo de aplicação no *private enforcement* da concorrência do regime de *opt-out* mais flexível da UE – e que tem, pelo menos, o potencial de vir a esclarecer várias questões jusconcorrenciais e processuais inovadoras.

Por último, encontramos ainda nesta secção alguns casos “excêntricos”.

A ação *Salas de cinema*¹⁰² respeitava a uma disputa sobre uma recusa de aluguer de três cópias de filmes para serem exibidos em salas de cinema da Autora, pedindo-se indemnização no montante de 55.000 EUR, acrescida de perda de clientela a quantificar em execução de sentença. A 1ª instância julgou a ação parcialmente procedente, condenando a Ré a pagar à Autora quantia a liquidar posteriormente, correspondente ao lucro líquido que teria auferido com a projeção de um dos filmes (“Entre les murs”, vencedor da Palma de Ouro 2008), até ao limite do pedido. O TRL revogou a sentença e absolveu a Ré do pedido, e o STJ confirmou esta decisão. Não conhecemos os detalhes dos argumentos esgrimidos nessas instâncias, mas a Ré terá fundado as suas pretensões na violação do regime das práticas individuais restritivas do comércio (recusa de venda). O STJ refere-se também à eventual violação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, mas não é claro se a norma foi invocada pela Autora. O caso merece destaque por o STJ ter recusado que uma violação do direito da concorrência possa ser invocada por uma empresa como base de responsabilidade extracontratual, afirmando que só os consumidores estão diretamente no âmbito de proteção destas normas.

Em *Blog*, 3 cidadãos (ligados à Associação Nacional do Ramo Automóvel) interpuseram uma ação contra a Google, pedindo a sua condenação no pagamento de indemnizações totais de 180.000 EUR por danos alegadamente decorrentes do conteúdo, atentatório do seu crédito e bom nome, de um *blog* publicado numa página gerida pela Google (com base numa suposta obrigação geral de vigilância). A ação foi interposta contra 3 empresas do grupo Google, mas o tribunal de 1ª instância considerou uma das Rés parte ilegítima e a ação prescrita quanto a outra e improcedente quanto à

¹⁰² Decidida de modo célere - intentada a 11 de novembro de 2008 e decidida na última instância, pelo STJ, a 21 de outubro de 2010.

restante (só esta tinha sido destinatária da notificação avulsa que interrompera o prazo de prescrição), com base nas normas que regulamentam a prestação de serviços da sociedade de informação. No recurso, embora não invocassem qualquer violação do direito da concorrência, mas apenas de regras gerais de responsabilidade civil, os Autores alegaram que as RR. deviam ser consideradas uma única empresa, por força do conceito de unidade económica da LdC. O TRL afastou esse argumento por motivos processuais (não ter sido alegada na petição inicial a factualidade respetiva). O STJ afastou o mesmo argumento, estranhamente, com base na aplicação da lei no tempo e por estar em causa o regime do comércio eletrónico, afirmando que a respetiva Diretiva europeia exclui do seu âmbito “*a disciplina da concorrência*”.

O caso *Meo* é um microlitígio (tal como o caso *Inscrição em ginásio*) do tipo cuja litigância em tribunal é economicamente irracional e só aconteceu por posição de princípio de ambas as partes¹⁰³. Em essência, a Meo pretendeu alterar unilateralmente um contrato um dia após a sua celebração, aumentando o preço 15 EUR/mês, e a consumidora não aceitou, embora a operadora afirmasse que houvera aceitação¹⁰⁴. Apesar de a ação ter sido intentada menos de 3 meses após a celebração do contrato, e de se ter de imediato pedido a junção aos autos das gravações, a Meo recusou-se inicialmente a juntar as gravações e veio posteriormente afirmar que as tinha eliminado. Além dos argumentos de direito civil, a Autora alegou também um abuso de posição dominante da Meo. Foi pedida a condenação da Ré por litigância de má-fé. A ação encontra-se pendente.

2.7. Contratação pública

O direito da concorrência também tem sido invocado em litígios relativos a processos de contratação pública (contencioso administrativo pré-contratual), com uma frequência crescente

¹⁰³ Em prol da transparência, note-se que o autor representou a consumidora nesta ação.

¹⁰⁴ A consumidora contratou com a Meo serviços de telefone e internet por um determinado preço. Um dia após a celebração do contrato, a Meo informa que se enganara e que não “podia” praticar o preço em causa na zona de residência da consumidora, dando-lhe a oportunidade de se desvincular do contrato sem consequências. A consumidora recusou e pretendeu o cumprimento do contrato nos termos acordados. Afirmou que pagaria o preço que a Meo pretendia impor, por o serviço ser indispensável à sua atividade profissional e por não ter alternativa no mercado (os outros operadores só ofereciam internet por rede móvel naquele local, que não funcionava dentro da residência), mas que isso não podia ser entendido como aceitação da alteração contratual e que apresentaria queixa e iria para tribunal litigar a questão. Além do valor indevidamente cobrado, acrescido de juros de mora, a consumidora pediu também a sua indemnização pelo valor das horas que foi obrigada a despender com este assunto.

nos últimos anos, sobretudo graças a casos sobre a prestação de serviços no domínio da segurança privada. Identificámos 18 casos nesta categoria, sendo provável a existência de um número significativo de casos ainda não recolhidos.

Note-se que há muitos casos de contratação pública que discutem o princípio da concorrência e suas consequências. Na presente recolha e secção só se incluíram os casos que, no mínimo, se referiram às normas da LdC¹⁰⁵.

O primeiro caso que identificámos – *Transporte de doentes* – encontra-se descrito no Capítulo 6. Uma empresa impugnou um concurso, *inter alia*, com o argumento de que o adjudicatário beneficiara de auxílios de Estado, distorcendo a concorrência. Teve sucesso na 1ª instância, mas já não perante o STA, que entendeu que a norma sobre auxílios de Estado que constava do DL 371/93 “*não integra o bloco de legalidade do ato de adjudicação do concurso público*”.

A questão voltaria a ser discutida, muito mais recentemente, no caso *Serviços de segurança (VI)*, com desfecho diametralmente oposto. Desta feita, o STA indicou que o benefício de um auxílio de Estado ilegal, relevante na proposta apresentada ao concurso, é fundamento para a exclusão dessa proposta. No caso concreto, a proposta fora excluída porque o concorrente reduzira o preço em cerca de 10% para ter em conta “*medidas de apoio à contratação previstas no DL n.º 89/95 e na Portaria n.º 106/2013*”. A 1ª instância e o TCA Sul concordaram, mas o STA anulou a decisão do júri, considerando que não fora invocada qualquer prática restritiva da concorrência e que o benefício daquelas medidas de apoio “*não constitui ou pode ser qualificado como «auxílio público» ou «auxílio de Estado» e que, assim, integre a previsão dos arts. 107.º do TFUE e 65.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012*”, por inexistir uma vantagem seletiva. Ainda que, no caso concreto, não existisse um auxílio de Estado ilegal que pudesse justificar a exclusão do concorrente, esteve subjacente à análise do STA a possibilidade de tal suceder.

O ponto de encontro mais óbvio entre o direito da concorrência e o direito da contratação pública é o da aplicação da norma deste último segundo a qual devem ser excluídas propostas que resultem de práticas restritivas da concorrência.

¹⁰⁵ A diferença entre as duas bases normativas já vem sendo afirmada, pelo menos, deste: *Transporte de doentes*, 10/10/2002.

Foi no processo *Limpezas industriais* que encontramos o primeiro exemplo de aplicação desta norma, levando à exclusão das propostas de duas empresas (confirmada pelos tribunais). Este caso distingue-se de todos os subsequentes por ter na sua base um quadro factual efetivamente constitutivo de uma infração da LdC. O júri do concurso entendeu que existira um acordo ou prática concertada ilícita, com base na extraordinária similitude entre as propostas (apresentadas por duas empresas aparentemente independentes), inexplicável de outro modo. A 1ª instância e o TCA Sul confirmaram que basta este facto, assente num “juízo de objetividade”, para se aplicar a referida norma, não sendo necessária “*prova material da ligação entre os concorrentes, ou (...) do conhecimento mútuo antecipado das respetivas propostas*”.

Mas alguns júris de concursos começaram a excluir propostas apresentadas por empresas pertencentes à mesma unidade económica. E surgiram decisões judiciais contraditórias a este respeito.

O caso *IEFP (I)* levou a questão ao STA num recurso de revista excecional, que concluiu, justamente, que resultava da jurisprudência do TJUE que a simples existência daquela relação de domínio não podia justificar a exclusão das propostas (inexistência de presunção). O direito da concorrência não proíbe acordos entre entidades da mesma unidade económica (mesma “empresa”). Neste caso, o STA não se apercebeu desta questão, abrindo a porta à possibilidade de se concluir que existisse, efetivamente, em tais situações, um acordo ou prática concertada proibida pela Lei da Concorrência.

Esta jurisprudência foi depois citada pelo TCA Sul em *IEFP (II)* (virtualmente idêntico ao anterior), tornando-se questão consolidada e repetidamente reafirmada. Infelizmente, os tribunais continuaram a afirmar a possibilidade de a coordenação entre subsidiárias da mesma empresa poder violar o direito da concorrência (e não o princípio da concorrência do direito da contratação pública).

O caso mais recente deste grupo mostra bem os perigos que foram criados por esta jurisprudência. Em *Município de Lisboa*, a 1ª instância e o TCA Sul anularam o contrato celebrado com as concontratadas e ordenaram a exclusão das suas propostas e a adjudicação da proposta da Autora. Ambos entenderam que as propostas deviam ser excluídas por violação do direito da concorrência, aplicando a jurisprudência consagrada em *IEFP (I)*, já que a sua análise concreta

revelava a sua absoluta identidade, que não poderia ser explicada senão por concertação (concluiu o TCA Sul “*que existiam fortes indícios de práticas concertadas entre as contrainteressadas na elaboração e apresentação das suas propostas, as quais eram suscetíveis de falsear as regras da concorrência*”).

Ora, as pessoas jurídicas em causa (que tinham a mesma estrutura societária e os mesmos gerentes, tendo as propostas sido assinadas pela mesma pessoa) eram a mesma empresa para efeitos do direito da concorrência, pelo que o artigo 4.º da Lei 18/2003 não poderia ter sido violado. E foi, precisamente, com esse fundamento que uma das excluídas procurou um recurso de revista excecional. O STA considerou o recurso inadmissível, nomeadamente por entender que se tratava de “*uma questão sem projeção geral que muito raramente se verificará*”. E, ao fazê-lo, afirmou que o TCA Sul seguira, corretamente, a jurisprudência do STA em *IEFP (I)*. Mais do que recusar uma oportunidade de esclarecer a questão, este acórdão veio assim confirmar a interpretação daquela jurisprudência que, manifestamente, não tem qualquer apoio no direito da concorrência.

Como seria de esperar, não deixam de surgir invocações do direito da concorrência descontextualizadas e inadequadas. Infelizmente, gerou-se significativa confusão na jurisprudência a propósito da interpretação do artigo 70.º(2)(g) do CCP.

É frequente que a par da invocação duma violação do artigo 70.º(2)(f) do CCP (violação de normas legais ou regulamentares) também se invoque uma violação da alínea (g) do mesmo número.

Assim sucedeu, por exemplo, em *Serviços de segurança (I)*, no qual, como em tantos outros casos de contratação pública de serviços de segurança privada, se discutiu a prática de preços ilegais por se situarem abaixo do mínimo necessário para cumprir as obrigações decorrentes de uma convenção coletiva de trabalho ou de uma recomendação da ACT. Neste caso, o tribunal deu razão à Autora nessa frente. Quanto à invocação imprecisa e inexplicada de uma violação do direito da concorrência, o tribunal disse simplesmente que a questão não se podia suscitar porque, *in casu*, era o próprio caderno de encargos que obrigava à prática do preço abaixo dos mínimos legais.

Em *Serviços de segurança (II)*, num contexto similar, o TCA Norte também afastou liminarmente a relevância deste argumento, afirmando que a violação das regras de concorrência não poderia

resultar dos próprios termos do concurso e que não haviam sido alegados factos que a pudessem consubstanciar.

Em *Serviços de segurança (IV)*, o TCA Sul afirmou – sem justificação – que as situações deste tipo, configurando uma violação do artigo 70.º(2)(f) do CCP, configuram também uma violação do artigo 70.º(2)(g). A mesma magistrada relatora reafirmou esta posição em *Serviços de segurança (VIII)*. Especialmente clara fora a posição da contrainteressada no primeiro destes dois casos, a que o tribunal não respondeu. Esta realçara que não podia estar em causa uma prática restritiva da concorrência porque se tratava de um comportamento unilateral e a empresa em causa não detinha uma posição dominante, e também não se podia aplicar a proibição da venda com prejuízo do DL 166/2013, por esta não abranger a prestação de serviços e por não se tratar de direito da concorrência abrangido pelo artigo 70.º(2)(g) do CCP.

No caso *Serviços de segurança (VII)*, o tribunal de 1ª instância parece ter, *inter alia*, aplicado a Lei n.º 19/2012 e a proibição de vendas com prejuízo do DL 166/2013. A questão não precisou de ser discutida no TCA Sul, embora este tenha referido que entendia que o artigo 70.º(2)(g) do CCP se refere “*a casos de posição dominante comprovada e de preços predatórios comprovados*”.

O tribunal de 1ª instância, em *Serviços de segurança (IX)*, confrontado com o fundamento do artigo 70.º(2)(g) do CCP, pela primeira vez, na fase de alegações de direito, excluiu a relevância desse argumento por se ter reconhecido que a empresa em causa não detinha posição dominante no mercado (procurara-se argumentar que o comportamento era ilegal porque levaria, rapidamente, à criação de uma posição dominante), pelo que a prática de um preço abaixo de custo nunca poderia constituir uma violação do artigo 11.º da LdC. O TCA Norte afirmou que a questão deveria ter sido suscitada na petição inicial, mas acrescentou que a “*mera invocação de que um preço não comporta todos os custos que lhe estão inerentes não consubstancia só por si qualquer prática suscetível de gerar uma violação das «regras mais elementares da concorrência»*”. Citou o acórdão do TCA Sul em *Serviços de segurança (XI)*, afirmando que também neste caso “*nada foi alegado pela recorrente nesse sentido, sendo certo que não integra a previsão daquele preceito a invocação de que o preço proposto não suporta todos os custos obrigatórios, pois a mesma impõe, como vimos, uma alegação e prova muito diversa da que foi feita*”. Conclui que o argumento só

poderia proceder se tivesse sido demonstrada a detenção de uma posição dominante pela empresa em causa, “à data da prática do ato impugnado”.

Vários contributos têm complicado ainda mais esta discussão.

Assim sucedeu com um contributo do STA, em revista excecional. Em *Serviços de segurança (III)*, no mesmo contexto, o TCA Sul dera razão à Autora quanto à exclusão ilegítima das suas propostas. A questão centrou-se, fundamentalmente, noutras causas de exclusão, mas, quanto ao artigo 70.º(2)(g) do CCP, o TCA Sul disse simplesmente que não constavam dos autos “*quaisquer fortes indícios de falseamento da concorrência*”. Já o STA, embora confirmando aquele acórdão, pareceu confundir a aplicação da alínea g) com a aplicação do princípio da concorrência no contexto da contratação pública, sem discutir o direito da concorrência.

E em *Serviços de segurança (V)* e *Serviços de segurança (XI)*, lemos sobre um parecer de Nuno Ruiz segundo o qual “*a Recomendação da ACT, tal como emitida, constitui intromissão nos critérios de gestão e na capacidade negocial e organizativa das empresas e introduz uma forma inadmissível de fixação de preços mínimos, proibida pelo Art.º 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio*”. Faltando-nos o contexto desta afirmação, não compreendemos como se poderá entender que uma recomendação de uma autoridade pública possa constituir uma prática coletiva restritiva da concorrência.

Em *ARS LVT*, um concorrente pretendia que várias propostas fossem excluídas, *inter alia*, por alegada prática de “*dumping*” (preço abaixo de custo) violadora da Lei da Concorrência. Não se compreende a base jurídica invocada, porque só se refere o artigo 4.º da Lei 18/2003 (e não uma posição dominante individual ou coletiva), mas não se parece alegar especificamente concertação entre as três empresas em causa. O direito da concorrência nem chegou a ser discutido pelos tribunais, que simplesmente referiram a não alegação de factos que pudessem estar na base da aplicação dessas normas (este acórdão foi citado em *Serviços de segurança (X)*).

2.8. Outros

No caso ***Vinho do Porto***, uma sociedade inglesa com sucursal em Portugal pretendia contornar o monopólio do Entrepósito de Vila Nova de Gaia para armazenamento, engarrafamento e comercialização de vinho de pasto. Recorreu de um despacho do Secretário de Estado da Alimentação que recusou a pretensão de utilizar instalações suas, com base em vários argumentos sobre a vigência daquelas leis, e com um argumento subsidiário de que estas normas violariam os (atuais) artigos 101.º e 107.º do TFUE. Depois de rejeitar todos os outros argumentos, o STA afirmou que as normas comunitárias invocadas não eram aplicáveis. Quanto ao artigo 101.º, disse que não estava em causa um acordo entre empresas, decisão de associação de empresas ou prática concertada suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros.

Em ***CGD (II)*** – e possivelmente também e ***CGD (I)*** –, uma das questões que se discutia era saber se a possibilidade de a CGD se servir da faculdade de cobrar as suas dívidas através do processo de execução fiscal, num processo despido de formalidades e sendo dispensada do depósito de preparos e da constituição de advogado, constituía privilégio relativamente a outras instituições que praticam operações similares que violasse os atuais artigos 101.º, 106.º(2) e 107.º/108.º do TFUE. O STA afastou este argumento sem qualquer fundamentação.

A mesma questão foi suscitada, a propósito de outra instituição financeira, em ***Banco de Fomento & Exterior***. Os proprietários de uma empresa de construção deduziram oposição contra uma execução feita com base nos mesmos privilégios. Invocaram, *inter alia*, uma violação dos (atuais) artigos 101.º e 106.º do TFUE. As suas pretensões foram rejeitadas em ambas as instâncias. O TRL começou por afirmar que o direito nacional da concorrência não era aplicável, por esta situação cair dentro da exceção de restrições de concorrência decorrentes de lei especial. Quanto às normas do Tratado, o TRL disse que não eram aplicáveis porque as normas do Decreto-Lei em causa não afetavam o comércio entre EMs. Entendeu também que as atividades deste banco não constituíam uma atividade económica.

Seguem-se 4 casos de providências cautelares, relativamente às quais desconhecemos o desfecho da ação principal.

Em ***Cooperativa agrícola (queijo)***, dois membros de uma cooperativa intentaram uma providência cautelar para suspender a execução da deliberação da assembleia geral da cooperativa que alterou as regras de produção do queijo da Serra da Estrela, impondo um limite máximo de laboração de

leite, com vista à produção de queijo, de 50.000 litros por ano para cada produtor. Entre os fundamentos jurídicos, pelo menos na fase de recurso, contava-se a invocação de uma decisão de associação de empresas restritiva da concorrência (artigo 2.º do DL 371/93). Não tiveram sucesso na 1ª instância. O TRC deu-lhes razão quanto à nulidade da deliberação, sem chegar a discutir as questões de direito da concorrência, mas não decretou a providência cautelar por falta de *periculum in mora*.

Situação similar se verificou no caso ***Trespasse de ginásio***, em que novamente a providência cautelar desejada foi recusada por falta de *periculum in mora*. O litígio centrava-se no trespasse de um ginásio e na violação de uma cláusula de não-concorrência (abertura de um novo ginásio a menos de 200 metros de distância e desvio de clientela). O TRP fez uma breve referência supérflua ao direito da concorrência europeu e nacional, para sublinhar que, por via de regra, a concorrência é lícita, concentrando-se depois na figura da concorrência desleal.

No caso ***Inscrição em ginásio***, a Autora instaurou uma providência cautelar, pretendendo que a Ré fosse obrigada a (re-)autorizar a sua entrada no ginásio que era membro. Alegava que se tratava do único ginásio nas proximidades com o tipo de aulas que pretendia. Entre outros fundamentos legais, a Autora argumentou que o comportamento dos proprietários do ginásio violava o direito nacional da concorrência. O tribunal de 1ª instância terá respondido a este argumento (em termos que não conhecemos), e decretou a providência cautelar. O TRP revogou o despacho da 1ª instância. Quanto ao direito da concorrência, o TRP afirmou simplesmente que a situação não caía no âmbito da LdC (artigo 1.º da Lei 18/2003) porque “*não estão em causa atividades económicas relevadoras de práticas restritivas da concorrência ou operações de concentração de empresas*” (sem justificação adicional). Tendo em conta que a decisão do TRP se fundou na liberdade de revogar o contrato, este afastar da relevância do direito da concorrência pode ter um impacto decisivo no desfecho do caso, já que, aparentemente, a Autora argumentava que existia uma posição dominante num determinado mercado local (restaria saber se a delimitação proposta seria correta).

Em ***Pagamentos eletrónicos***, uma instituição financeira detentora de uma rede de pagamentos eletrónicos, pediu uma providência cautelar contra outro e contra a SIBS, procurando impedir uma operação de transferência das transações da sua rede para a rede da SIBS que, dizia a Autora,

restabeleceria o monopólio da SIBS no mercado nacional de *acquiring* de Visa e Mastercard e violaria o artigo 4.º da Lei 18/2003. O tribunal de 1ª instância considerou-se absolutamente incompetente, em razão da matéria, por entender que só a AdC podia aplicar o direito da concorrência, decretando as medidas cautelares solicitadas (anteriormente, a Autora já procurara obter estas providências cautelares junto de um tribunal administrativo, que se considerara incompetente). O TRL inverteu a decisão da 1ª instância, confirmando a competência dos tribunais cíveis para aplicar o direito da concorrência, especificamente no contexto dos seus poderes de decretarem providências cautelares em matéria cível, excluindo que estes poderes fossem limitados pelos poderes da AdC. Não conhecemos o desfecho do caso.

Máquinas de jogos respeitava a uma disputa entre um casal português e uma empresa austríaca, centrada na importação paralela de máquinas eletrónicas de diversão. O produtor austríaco interpusera uma ação contra aqueles, pedindo, *inter alia*, indemnização por danos sofridos e apreensão das suas máquinas na posse daquelas entidades. Foi decretada uma providência cautelar que resultou na apreensão das máquinas. O fundamento dessa primeira ação era a violação dos exclusivos de distribuição e comercialização destas máquinas atribuídos a outras empresas em Portugal. O casal português tinha comprado máquinas em Espanha, importava-as e revendia-as a um preço mais de 15% inferior ao praticado pelos distribuidores exclusivos. Estes intentaram uma segunda ação em que pediam para ser indemnizados por danos resultantes do decretamento daquela providência cautelar. Alegavam que a conduta violava vários normativos, incluindo acordo anticoncorrencial, abuso de posição dominante e abuso de dependência económica, ao abrigo da lei europeia e nacional. Este caso é o único que identificámos em que está em causa a utilização de mecanismos judiciais para prosseguir objetivos anticoncorrenciais (reação a danos causados por uma “injustificada ação judicial”, procurando-se atribuir a responsabilidade dos danos à contraparte). O mérito da ação não chegou a ser discutido. O TRP entendeu que não estavam preenchidos os requisitos da responsabilidade por uma providência cautelar imprudente e que o direito se encontrava prescrito.

Em **Acordo parassocial** encontramos uma disputa entre acionistas de um matadouro (uma *joint venture*), em que se pedia que fosse declarada a nulidade de algumas cláusulas de um acordo parassocial entre as Autoras e 3 das 4 Rés (a 1ª era o matadouro), que estas fossem condenadas a abster-se de comportamentos, com fundamentos naquelas cláusulas, que perturbassem o normal

funcionamento da sociedade e que a 1ª Ré fosse impedida de dar cumprimento ao previsto naquelas cláusulas. As cláusulas em causa fixavam uma tabela de preços para a prestação de serviços aos acionistas, variável em função do volume de cada, sempre com tratamento preferencial relativamente a outros clientes (ao nível de preços e da utilização exclusiva de certas áreas). As Autoras alegaram, *inter alia*, que tal violava o artigo 4.º da Lei 18/2003. A 1ª instância deu integralmente razão às Autoras (não conhecemos os fundamentos). O TRL confirmou a sentença. Para concluir que as cláusulas eram nulas, o TRL afirmou que estas violavam a proibição de preços de venda discriminatórios (do regime das práticas individuais restritivas do comércio), mas também o artigo 4.º(1) da Lei 18/2003 (não se discutiu o efeito sensível da restrição concorrencial). A proibição de condições de venda discriminatórias desta disposição foi aplicada sem especial justificação e numa situação que nos deixa muitas dúvidas. Este caso destaca-se por confirmar a aplicabilidade do direito da concorrência a pactos acionistas, mas sobretudo por parecer recusar o direito dos sócios de uma *joint venture* de terem acesso a tarifas preferenciais relativamente a terceiros.

O caso *Notários* foi um dos que levou aos tribunais a contestação da reforma iniciada em 2004 da prestação de serviços de notário. Impugnava-se normas regulamentares que, especificamente, no âmbito do programa “Casa Pronta”, a inclusão de duas Conservatórias Prediais de Braga no período experimental. Além de questões constitucionais e de direito europeu, invocou-se uma violação das regras de concorrência: abuso de posição dominante pelo Instituto dos Registos e do Notariado, na forma de preços predatórios. O Presidente do TAF de Braga procedeu a um reenvio prejudicial para o STA (artigo 93.º(1) do CPTA – questões novas e de difícil resolução e comuns a outros processos), em que perguntava, *inter alia*, se haveria uma violação do “*princípio da concorrência*”. Apesar desta formulação da questão, o STA também se debruçou sobre a eventual violação do direito da concorrência, tratando-a conjuntamente com a violação do princípio constitucional da concorrência. Este caso destaca-se por ser o único (que conhecemos) que trata a questão do conceito de empresa no quadro do exercício de poderes de autoridade pública. O STA entendeu que o IRN e as conservatórias não podiam ser consideradas uma empresa para efeitos do direito da concorrência, com base em três grandes ideias: (i) uma abordagem formal à sua natureza legal; (ii) o objetivo primordial das suas funções e o exercício de poderes de autoridade pública; e (iii) o facto de os serviços especificamente em causa não serem prestados em concorrência com operadores privados (abordagem funcional). Não conhecemos o desfecho do caso na 1ª instância.

Numa perspetiva, o caso *Deliberação social* foi a história de um acionista minoritário que pretendia fazer valer os seus direitos contra práticas ilícitas na gestão da empresa participada, e viu o direito da concorrência a ser usado como defesa para o impedir. Noutra perspetiva, foi a história duma empresa a tentar usar a sua posição de acionista minoritário para obter informação comercial sensível sobre uma sua concorrente e distorcer a concorrência no mercado. Os tribunais inclinaram-se para esta última ótica (para a qual também nos inclinamos), resumindo o seu pensamento nesta afirmação: “*Não é lícito, pois, que a Apelante use o seu direito à informação como um verdadeiro «cavalo de Tróia» para obter conhecimentos que devem permanecer no mais absoluto secretismo*”.

Uma empresa alemã fornecedora de componentes para automóveis tinha uma posição minoritária (49%) num grupo concorrente (sobreposição no fornecimento de volantes e *airbags*). Intentou ações idênticas (pelo menos) em Espanha e em Portugal. Em Portugal, numa ação contra as subsidiárias portuguesa e espanhola do grupo, pediu a anulação da deliberação social que aprovara um relatório de gestão e contas de exercício da 1ª Ré, que a 1ª Ré fosse instada a prestar-lhe todas as informações e esclarecimentos solicitados na AG, e que a 2ª Ré fosse condenada a pagar-lhe uma indemnização (a apurar em execução de sentença em função dos dados que fossem juntos ao processo) a título da participação nos lucros que não recebeu por força da falsificação da contabilidade da 1ª Ré. A Autora suspeitava que a 1ª Ré praticava preços de transferência para a 2ª Ré (sua principal cliente) diferentes dos preços de mercado, reduzindo os lucros, com prejuízo para a Autora.

As Rés tinham recusado prestar as informações solicitadas, alegando que a Autora era concorrente no mercado e não podia ter acesso a informação sobre preços. Defenderam que a prestação de tal informação violaria as regras da concorrência. O tribunal de 1ª instância julgou a ação improcedente, tendo, aparentemente, concordado com as Rés quanto aos limites decorrentes do direito da concorrência. O TRG confirmou a decisão da 1ª instância.

Numa decisão com um nível de análise concorrencial significativamente superior à média, o TRG mostrou-se sensibilizado por uma decisão de controlo de concentrações e um parecer *amicus curiae* da Comissão Europeia que realçavam a importância de não permitir um aumento dos fluxos de informação entre estes concorrentes. De facto, o não acesso a informação sensível (como

poderia ser a que estava em causa) foi um dos pressupostos da autorização da concentração pela Comissão. Ficou matéria de facto assente que, se a Autora tivesse acesso aos dossiers com os dados dos preços de transferência, ficaria a conhecer (ou deduziria) as estruturas de custos da sua concorrente.

A Comissão defendeu que a Autora tinha a obrigação de se abster de exigir informação comercial sensível da sua concorrente. E defendeu que o fornecimento de informações pela Ré à Autora, quando solicitado na AG, teria sido um acordo ou prática concertada (apesar da unidirecionalidade da informação) proibida pelo direito da concorrência. O TRG aderiu por inteiro a esta posição da Comissão, fundamentada com jurisprudência europeia. Pelo caminho, forneceu múltiplos esclarecimentos que se poderão revelar importantes para futuros casos de práticas concertadas relativas a trocas de informações entre concorrentes, bem como sobre várias outras questões circundantes.

Uma questão interessante que ficou por responder prende-se com o facto de que, tecnicamente, se o tribunal ordenasse a entrega de informação, não existiria aqui qualquer acordo ou prática concertada que pudesse ser proibida pelo artigo 101.º TFUE. Portanto, se o acesso à informação fosse mesmo necessária para proteger os direitos do acionista minoritária, esse acesso não seria, de modo necessário e absoluto, proibido pelo direito da concorrência. No entanto, inclinamo-nos que, para evitar o defraudar da lei, o tribunal poderia, nesse caso, ter limitado o acesso a peritos externos que preparariam um relatório e resumo da informação estritamente necessária, com obrigações estritas de não divulgação do restante à Autora.

O caso *Acidente de viação* foi uma ação de responsabilidade civil extracontratual contra uma seguradora na sequência de acidente de viação, pedindo-se indemnização de 24.000 EUR (danos materiais à viatura e privação do uso), acrescido de valores diários de paralisação vincendos e de juros de mora. A seguradora disputava o valor da reparação na oficina escolhida pelo Autor, porque pretendia que esta fosse realizada, não com peças originais, mas com peças equivalentes. A 1ª instância declarou a ação parcialmente procedente e condenou a Ré no pagamento de 14.200 EUR e juros de mora. O TRP fixou a indemnização devida em 10.900 EUR (redução apenas na parte da privação do uso) e juros de mora. A seguradora invocou em sua defesa um regulamento de isenção categorial, alegando que daqui resultava a obrigação para as oficinas de aceitarem realizar

reparações com peças de qualidade equivalente a peças originais e, no caso concreto, a obrigação desta oficina de aceitar fazer a reparação pelo valor orçamentado. O TRP passa ao lado desta distorção das consequências do Regulamento, resolvendo a questão através do direito civil, afirmando que é ao proprietário do veículo (não à seguradora) que cabe decidir se pretende peças originais ou equivalentes e que se deve garantir a reconstituição natural. Na parte em que se refere ao Regulamento, o TRP afirma (superfluamente) a usual leitura errónea segundo a qual resultaria deste Regulamento de isenção categorial que “*qualquer carro de qualquer marca pode fazer as revisões e/ou reparações em qualquer oficina, seja ele autorizada da marca ou independente, sem que o cliente perca a validade do período de garantia*”.

Por último, em *Montagem de elevadores*, vemos uma disputa entre empresas de instalação e manutenção de elevadores. A Autora celebrou um contrato de promessa pelo qual adquiria às Rés a sua posição num conjunto de contratos de manutenção, acompanhado de uma cláusula de não concorrência de 10 anos, com cláusula penal associada. O litígio tem várias componentes, entre as quais a subsequente violação da cláusula de não concorrência. A ação foi julgada parcialmente procedente na 1ª instância, e essa sentença foi confirmada pelo TRL. As Rés invocaram a nulidade daquela cláusula, mas não identificaram as normas imperativas que teriam sido violadas. Não obstante, o TRL suscita *ex officio* a ponderação do direito da concorrência. Porque não tinham sido alegados pela Ré os factos necessários, não foi possível ao tribunal avançar na aplicação destas normas, mas o TRL não deixou de transmitir que entendia que o prazo de dez anos da cláusula de não concorrência era economicamente justificado atento o preço elevado pago.

3. QUESTÕES JURÍDICAS

A presente Secção pretende apresentar de modo sucinto as questões jurídicas que têm sido discutidas perante os tribunais nos casos tratados neste Capítulo, indicando as posições assumidas pelos tribunais, quando adequado, acompanhadas de comentários do autor.

3.1. Questões gerais de direito da concorrência

a) Conceito de concorrência

Pessoalmente, uma das conclusões mais inesperadas da análise desta recolha de jurisprudência foi a de que os tribunais demonstram, frequentemente, que o seu raciocínio assenta numa noção de concorrência diversa daquela que subjaz ao direito da concorrência. Essa diversidade de base ideológica faz com que possa ser difícil chegar a um ponto de encontro entre a mente do tribunal e a teleologia deste ramo do direito.

Encontra-se a expressão mais clara desta divergência num acórdão do STJ de 2014, segundo o qual a noção de livre concorrência consagrada no direito europeu e nacional da concorrência seria a seguinte: “*A competição de mercado em que existe a igualdade de oportunidades para todos os produtores e a irrestrita possibilidade de opção para todos os consumidores. O objetivo é, pois, que a concorrência seja livre, sendo proibidas as atuações que a visem limitar ou condicionar*”¹⁰⁶. É uma noção que tem mais a ver com justiça e moral do que com liberalismo (ou ordoliberalismo) económico.

Em 2012, o TRG afirmou a seguinte ideia adequada à promoção da concorrência no que respeita às práticas coletivas (apesar de ser apresentada como relevante também para as práticas unilaterais): “*O que está na base das proibições constantes daqueles dispositivos legais é o princípio de que num mercado concorrencial cada operador económico deve determinar-se e conduzir-se livremente e de forma autónoma no mercado. Visam aqueles art.ºs 101.º e 102.º (...) proteger a concorrência no mercado, impedindo que as empresas restrinjam a concorrência entre si ou relativamente a terceiros mediante a coordenação entre elas*”.

b) Conceito de empresa (quem pode ser responsabilizado por infrações concorrenciais)

Apesar da jurisprudência europeia assente sobre o conceito de empresa no direito da concorrência, e de esta jurisprudência se encontrar (parcialmente) resumida na LdC, os tribunais nacionais manifestaram, com acentuada frequência, compreensões manifestamente erróneas do conceito.

¹⁰⁶ *Botijas de gás.*

O exemplo mais importante deste grupo de casos é um acórdão do STJ de 2014. Apesar do amplamente fundamentado acórdão anterior do TRL que assentara numa interpretação correta do conceito de “empresa”, o STJ, numa decisão sucinta e baseada no conceito civilista de “agente”, afirmou que o fornecedor de botijas de gás e os seus concessionários (independentes) constituíam uma única empresa para efeitos do direito da concorrência, não lhes sendo aplicável a proibição de acordos anticoncorrenciais (e que o direito da concorrência não proíbe restrições de concorrência intramarca)¹⁰⁷.

STJ – Botijas de gás, 03/04/2014

“Cabe finalmente ver se um contrato de concessão de venda, limitando-se a sua área de atuação a um determinado território integra uma partilha de mercado. Do ponto de vista económico, que não jurídico, esta concessão significa apenas o estabelecimento de um «balcão de venda». O concessionário atua como um agente do verdadeiro produtor, aquele que lhe deu a concessão. É um intermediário da oferta, não um produtor autónomo. Em conjunto formam, para efeitos de concorrência, uma única empresa, tal como entende o art.º 2º n.º 2 da lei 18/2003 e o art.º 3º n.º 2 da lei 19/2012: «Consideram-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica». O que significa que a ré e cada um dos seus concessionários formam uma única oferta no mercado, não sendo possível, nem tendo sentido, a competição consigo próprio. E isso aconteceria se se pudesse conceber a competição entre diversos concessionários do mesmo produtor. Aliás, entendimento contrário levaria ao absurdo de ter-se de considerar que para um dado mercado só pudesse haver um único concessionário, ou concessionários integralmente sobrepostos. Em qualquer dos casos estaríamos sempre fora da competição de mercado e antes na concorrência interna. No caso vertente, onde deve existir a livre concorrência é entre o concessionário de uma marca e o de outra, que o mesmo é dizer concorrência entre uma marca e outra. É esta a competição que permite a opção dos consumidores (não a escolha entre os concessionários da mesma marca) e é também ela que interessa aos produtores”.

Por volta de 2001, o Tribunal Administrativo de Coimbra afirmou que a Cruz Vermelha Portuguesa não era uma “empresa”, embora estivessem em causa serviços prestados em concorrência com entidades privadas¹⁰⁸.

Em 2002, num contexto que nos parece francamente dúbio, o TRL entendeu que um banco não constituía uma “empresa”, por não desempenhar uma atividade económica (não era um banco comercial), não estando sujeito ao direito da concorrência¹⁰⁹.

¹⁰⁷ *Botijas de gás*. Em sentido inverso, também numa relação de contrato de concessão, veja-se o acórdão do TRL em *Goodyear*.

¹⁰⁸ *Transporte de doentes*. A questão não foi discutida no subsequente acórdão do STA, que resolveu o litígio de outra maneira, mas o Procurador-Geral Adjunto, nesse tribunal, concordou com o tribunal de 1ª instância.

¹⁰⁹ *Banco de Fomento & Exterior*, 03/10/2002.

Por volta de 2004, o Tribunal do Trabalho de Ponta Delgada afirmou que as normas de concorrência “*apenas assum[em] como capazes de práticas restritivas da concorrência as empresas – e não os sindicatos, partidos políticos, pessoas coletivas de utilidade pública, associações*”; e, porque neste caso estava em causa um acordo entre uma associação e um sindicato, julgou a ação improcedente¹¹⁰.

Desde 2011, tem sido, infelizmente, repetidamente afirmado nos tribunais administrativos (em pelo menos 3 casos¹¹¹) que a apresentação de propostas concertadas por subsidiárias de uma mesma unidade económica pode violar a proibição de práticas coletivas restritivas da concorrência – ver secção 3.6.b).

Isto dito, também se encontram muitos exemplos jurisprudenciais de sensibilidade à especificidade deste conceito neste ramo do direito, discutindo-se, nomeadamente, as seguintes questões:

a) os consumidores não são “empresas”

Em 2011, o TRG concluiu pela inexistência de um acordo restritivo da concorrência porque não existia qualquer acordo entre a oficina e a seguradora partes na disputa, nem se provara acordos com outras empresas. Existiam acordos entre a seguradora e os seus segurados, mas resulta implicitamente do acórdão que o tribunal não considerou estes “empresas” para efeitos do direito da concorrência¹¹².

b) as associações (incluindo associações desportivas) podem ser “empresas”, se exercem uma atividade económica¹¹³

¹¹⁰ *CCI Ponta Delgada*.

¹¹¹ *IEFP (I), IEFP (II) e Município de Lisboa*.

¹¹² *Seguros*. Note-se que, no caso concreto, estava em causa um contrato de seguro automóvel celebrado com um consumidor. Cremos que a mesma apreciação não se manteria relativamente a seguros celebrados com empresas.

¹¹³ *IMS Health*. O TRL afirmou em *VSC e FPF v RTP*: “*É fora de dúvida que, malgrado a específica ligação ao desporto, a UEFA (assim como as federações nacionais ou clubes que as integra) deve ser considerada agente económico ou «empresa» para efeitos de sujeição às regras da concorrência no que respeita aos regulamentos elaborados (que paralelamente devem ser qualificados como «acordos de empresas»)*”.

- c) a natureza pública ou privada das empresas é irrelevante, em si, para a aplicação do direito da concorrência¹¹⁴, devendo o exercício de atividade económica ser identificado com base numa análise funcional da atividade especificamente em causa¹¹⁵

Em 2009, o STA rejeitou que o Instituto dos Registos e do Notariado pudesse ser considerado uma “empresa”, no que dizia respeito aos serviços especificamente em causa no caso, por corresponderem ao exercício de poderes de autoridade pública e por não serem prestados em concorrência com operadores privados (embora tenha argumentado também com base no conceito económico de empresa e no conceito jurídico de empresa pública)¹¹⁶.

STA – Notários, 02/07/2009

“A alegação da Autora parte, assim, do pressuposto de que o IRN é uma empresa pública que desenvolve uma atividade económica concorrencial da atividade notarial. (...) Daí que a tese sustentada pela Autora parta do pressuposto de que o IRN é uma empresa pública que desenvolve, mediante remuneração, uma atividade de natureza empresarial no domínio dos serviços de registo e do notariado em condições privilegiadas em relação àqueles com quem tem de concorrer no mercado, designadamente com os notários, violando desta forma o princípio da concorrência. Isto é, a Autora defende que o IRN presta os mesmos serviços que a Autora presta e que ao fazê-lo, atentas as regalias de que goza, viola o princípio da concorrência. Todavia, esta alegação carece de fundamento. (...) a função das conservatórias de registo predial – que são quem, na qualidade de serviços desconcentrados daquele Instituto, pratica os atos que a Autora considera violadores do princípio ora em causa – consiste primordialmente em inscrever os factos jurídicos indicados no art.º 2.º do CRP em nome do respetivo titular com vista a publicitar a sua situação jurídica e desse modo, promover a segurança no comércio jurídico imobiliário (seu art.º 1.º) e uma tal atividade não pode ser confundida com uma atividade económica, ainda que a mesma seja remunerada. As funções desempenhadas pelo IRN integram-se, assim, nas funções do Estado e são exercidas ao abrigo de normas de direito público e, porque desenvolvidas a coberto de prerrogativas de poder público, são insuscetíveis de ser confundidas com uma atividade de natureza económica sujeita ao comércio jurídico e às regras da concorrência. Finalmente, as atividades desenvolvidas pelos notários não se confundem nem se sobrepõem com as funções legalmente atribuídas ao IRN como se pode ver se confrontarmos as competências (...). Aliás, a Autora reconhece que assim é quando afirma que «o IRN detém o exclusivo para prestar serviços de registo e, em particular, para prestar os três pacotes combinados, nomeadamente ‘Empresa da Hora’, ‘Casa Pronta’ e ‘Balcão Heranças e Sucessões’», competência essa que, indiscutivelmente, que os notários não dispõem. E, se assim é, e se a atividade do IRN é fundamentalmente uma atividade registral e se a função notarial é destituída do poder de fazer registos não se pode afirmar que a atividade do IRN é concorrencial com a atividade dos notários.”

¹¹⁴ Cfr.: *JFV v Tabaqueira* e *JCG v Tabaqueira*, em que estavam em causa cláusulas alegadamente abusivas que tinham sido celebradas quando a Tabaqueira ainda era uma pessoa coletiva de direito público (embora no momento das decisões judiciais já fosse uma empresa privada). No caso *Petrogal*, perante o TJUE, o Governo português (representado por Luís Inez Fernandes e Luís Máximo dos Santos) defendeu que o acordo em causa estava sujeito ao direito da concorrência apesar de a Petrogal ser uma empresa pública (*Petrogal*, 10/11/1993, §25).

¹¹⁵ *Notários*.

¹¹⁶ *Notários*, 02/07/2009.

- d) As empresas-mãe fazem parte da unidade económica e podem ser responsabilizadas pelas infrações concorrenciais das suas subsidiárias

No caso *Salvador Caetano*, a ação tinha sido interposta, aparentemente, contra a empresa que celebrara o contrato de concessão e contra a sua empresa-mãe, do mesmo grupo. Numa decisão judicial original, o TRP acabou por considerar a empresa-mãe solidariamente responsável pelo abuso de dependência económica identificado. Mas fê-lo, não com base no conceito de empresa (unidade económica) do direito da concorrência, mas com base no que parece ter sido uma aplicação errónea, no caso concreto, do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais (a questão não foi discutida no STJ).

TRP – Salvador Caetano, 11/09/2012

Questão jurídica: “*Se há lugar a responsabilidade solidária das duas Rés por tais quantias ou, inversamente, à 2ª Ré, «C2... S.A.», porque alheia à relação contratual em apreço, nenhuma responsabilidade cabe.*”. Matéria provada: as duas Rés integram o mesmo grupo; a 2ª Ré “*domina a 1ª Ré, uma vez que possui ações desta correspondentes a 46,3056% do respetivo capital social e, através da «C3... S.A.», detém ações correspondentes a 45,7978% desse capital*”. Provaram-se outras características da estrutura corporativa e a composição das administrações – as duas Rés tinham os mesmos administradores. “*Finalmente, no tocante à responsabilidade solidária da 2ª Ré pelas quantias arbitradas, merece inteira concordância o expendido pela 1ª instância. Como aí se considerou, configura-se aqui uma relação societária de domínio, determinando a responsabilidade solidária da sociedade dominante (2ª Ré) no tocante às obrigações da sociedade subordinada (1ª Ré) de acordo com o disposto no art. 501º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais*”.

- e) os “facilitadores” de práticas restritivas da concorrência podem ser responsabilizados por estas

Embora não estejamos certos quanto à possibilidade de ligação deste caso com a jurisprudência europeia *AC Treuhand*, poderá encontrar-se um precedente nacional na decisão do Tribunal Judicial de Lisboa, por volta de 2010, que considerou legítima uma 2ª Ré externa à unidade económica da 1ª Ré, que interviera na formação dos contratos. Não obstante, esta foi posteriormente absolvida do pedido¹¹⁷.

c) Efeito direto das normas europeias de concorrência

¹¹⁷ *Concessionário automóvel (II)*.

Todos os casos em que se aplicaram os artigos 101.º e 102.º do TFUE em litígios nacionais assentam, forçosamente, no reconhecimento do efeito direto dessas normas. Mas a questão já foi expressa e especificamente clarificada em vários casos, sendo ponto assente não só na jurisprudência europeia, mas também na jurisprudência nacional. Não queremos dar a entender que a jurisprudência não forneceu quaisquer sinais em sentido contrário¹¹⁸, mas essas posições são claramente minoritárias.

Como exemplos de decisões judiciais que afirmaram esta questão de modo particularmente claro, destacamos as seguintes¹¹⁹:

TRP – Café (I), 12/04/2010

“... A sentença recorrida conclui no sentido da sua inaplicabilidade, essencialmente, por o citado artigo [101, n.º 1] não ser de aplicação direta no ordenamento português, não conferindo direitos subjetivos aos particulares. Discordamos desta argumentação, por contradizer o princípio do primado do direito comunitário vertido no artigo 8.º da Constituição. Para além disso, e conforme refere João Mota de Campos, no que concerne à aplicação direta do artigo [101.º]: «Esta disposição do Tratado CE, explicitamente dirigida aos particulares, é, segundo todos os critérios da aplicabilidade direta (...), diretamente aplicável no sentido de que produz efeitos imediatos na esfera jurídica individual e habilita por isso os interessados, titulares dos direitos que desse artigo para eles resultem, a invocá-lo perante as jurisdições nacionais competentes». E conclui dizendo: «Em virtude do efeito direto do art. [101] cabe aos órgãos jurisdicionais dos EMs – sem prejuízo da intervenção repressiva da Comissão – sancionar os acordos e decisões proibidos pelo artigo [101.º] mediante a declaração da sua nulidade e a atribuição às pessoas lesadas da indemnização adequada.»”

TRL – Central de cervejas (IV), 07/06/2011 (confirmado em STJ – Central de cervejas (IV), 17/05/2012)

“tem-se o artigo [101], bem como o [102] do [TFUE] como disposições com efeito direto, que podem ser invocadas por particulares junto dos tribunais dos Estados-membros, independentemente de qualquer decisão comunitária prévia, no reforço da aplicabilidade direta decorrente do Regulamento 1/2003”

TJL – NOS v PT (II), 20/12/2012

“tais normas [artigos 101.º e 102.º do TFUE] também tutelam interesses particulares, tal como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Courage c. Crehan, ao afirmar que as práticas violadoras do direito comunitário da concorrência e, mutatis mutandis, pelas regras da concorrência nacionais, podem causar danos a particulares, sejam eles empresas ou pessoas singulares e que as

¹¹⁸ Cfr., e.g.: *Central de cervejas (I)*, 13/01/2005 (o STJ parece criticar que nulidade seja invocada com base no direito comunitário, mas não é claro se essa crítica se baseia na falta de efeito direto das normas, ou na falta de efeito nas trocas entre Estados-membros); *Café (I)* (1ª instância).

¹¹⁹ Para outros exemplos, ver: *Deliberação social*, 20/11/2012; *Petrogal*, 08/07/1993 (§15); *Olivedesportos*, 02/11/2000; *VSC e FPF v RTP*, 10/11/2009.

mesmas têm, por isso, direito a ser indemnizados. E esta doutrina impõe-se no direito interno dado o primado do direito comunitário sobre aquele, sem prejuízo, o que também ficou referido, de caber a cada Estado-membro definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização”.

TRL – Botijas de gás, 09/04/2013

“Por força do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (...), os particulares podem invocar esse regime perante o tribunal nacional, sem necessidade de qualquer decisão comunitária prévia – cfr. os artigos 1.º e 6.º -, impondo-se ainda que o tribunal atente no disposto no artigo 3.º e proceda à aplicação uniforme do direito comunitário da concorrência”

d) Efeitos nas trocas entre Estados-membros

A aplicabilidade do direito da concorrência europeu é uma das questões mais frequentemente discutidas nestes casos, e que mais frequentemente conduz a desfechos desconformes com a jurisprudência europeia. Já resumimos a jurisprudência do TJUE sobre esta matéria noutra sede, para a qual remetemos¹²⁰.

Nos 88 casos de práticas restritivas da concorrência discutidos neste Capítulo¹²¹, identificámos 41 casos em que foi aplicado o direito europeu da concorrência, ou em que a sua aplicabilidade foi discutida ou, pelo menos, suscitada.

Em termos quantitativos, não é possível identificar uma tendência global predominante. A principal conclusão global possível na análise destes 41 casos é a de uma acentuada inconstância no modo como o critério da afetação do comércio entre Estados-membros é aplicado, e isto tanto de tribunal para tribunal, como no mesmo tribunal, mesmo quando confrontado com casos muito similares.

Nos 41 casos:

- a) em 18, foi aplicado o direito europeu da concorrência¹²²;

¹²⁰ Sousa Ferro, 2007.

¹²¹ Excluimos os casos de auxílios de Estado, aos quais não se aplica o critério dos “efeitos na troca entre Estados-membros” nos mesmos termos que para os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

¹²² *Petrogal; Olivledesportos; Ford (II); CCI Ponta Delgada; Central de cervejas (II); Central de cervejas (III); VSC e FPF v RTP; Concessionário automóvel (II); Franchise de clínicas dentárias; Deliberação social; Postos de combustível; Franchise de hotelaria; NOS v PT (II); Concessionário automóvel (IV); Onitelecom v PT; Porto de Aveiro; Acidente de viação; e Apple.*

- b) em 20, foi recusada a aplicação do direito europeu da concorrência¹²³ (incluindo 2 casos em que o STJ inverteu a decisão da instância anterior¹²⁴); e
- c) em 3, a questão não chegou a ser discutida¹²⁵.

No entanto, este aparente (quase) equilíbrio quantitativo esconde, em nosso entender, uma prevalência dos casos negativos e de uma atitude predominante de interpretação incorretamente restritiva do critério da afetação do comércio entre Estados-membros.

Primeiro, porque não incluímos nesta amostra os muitos casos em que se podia ter suscitado a questão, mas em que as partes se limitaram a invocar o direito nacional, sem se fazer qualquer referência ao direito europeu. É natural que, nesses casos, limitados pelo ónus da alegação, os tribunais não discutam a questão, não podendo daí retirar-se qualquer conclusão sobre as suas posições nesta matéria¹²⁶.

Segundo, porque, em pelo menos 7 daqueles 18 casos, os tribunais aplicaram um regulamento europeu de isenção categorial, sem ser claro se estavam a aplicar (também) o direito europeu da concorrência, ou se estavam apenas a aplicar o direito nacional da concorrência, por força da norma que integra no direito nacional aqueles regulamentos europeus, mesmo quando não há efeitos nas trocas entre EMs (ou com base numa compreensão incorreta do âmbito de aplicação e efeitos destes regulamentos)¹²⁷.

Terceiro, porque em 2 outros (decididos pela mesma juíza), também não é claro se o tribunal considerou aplicável o direito europeu – as sentenças referem-se ao artigo 101.º do TFUE e são

¹²³ *Vinho do Porto; Loja dos Trezentos; Tabou Calzados; Banco de Fomento & Exterior; Central de cervejas (I); Ford (I); Central de cervejas (IV); Viaturas e máquinas da Beira; Notários; Concessionário automóvel (I); Bebidas (I); Leite; Limpezas industriais; Renault; Concessionário automóvel (III); Salvador Caetano; Botijas de gás; e IMS Health.*

¹²⁴ *JFV v Tabaqueira e JCG v Tabaqueira.*

¹²⁵ *Máquinas de jogos; Café (I); Café (III).*

¹²⁶ Embora o tribunal deva conhecer oficiosamente do direito, a existência de um efeito nas trocas entre Estados-membros, em princípio, exige a alegação e prova de determinados factos, não podendo o tribunal substituir-se às partes nesse plano. Isto dito, veja-se o caso *NOS v PT (II)*, em que não conseguimos identificar que as partes tivessem invocado as normas do TFUE, mas estas foram consideradas aplicáveis pelo tribunal de 1ª instância.

¹²⁷ *Acidente de viação; Ford (II); Concessionário automóvel (II); Franchise de clínicas dentárias; Postos de combustível; Franchise de hotelaria; e Concessionário automóvel (IV).*

notificadas à Comissão Europeia por decisão da juíza, mas consideram que as práticas são *de minimis*, o que torna improvável a afetação do comércio entre EMs¹²⁸.

Quarto, porque em 7 outros casos, o direito europeu foi aplicado sem qualquer fundamentação dessa opção¹²⁹. Dentro destes, alguns há em que nos é fácil aceitar a presença de um efeito transfronteiriço (por tratar-se de um litígio que envolvia pelo menos uma empresa de outro Estado-membro, ou compras transfronteiriças, ou um mercado de âmbito nacional, ou em que a questão já tinha sido discutida numa decisão da AdC¹³⁰). Mas outros requeriam alguma fundamentação e nestes, portanto, poderá ler-se, possivelmente, uma aplicação demasiado facilitada do direito europeu¹³¹.

Quinto, porque só em 2 casos a opção de aplicar o direito europeu da concorrência foi acompanhada de alguma fundamentação efetiva da presença de um efeito nas trocas entre EMs¹³².

TRL – VSC e FPF v RTP, 10/11/2009

“Também é claro que a área das transmissões televisivas de desporto e designadamente de jogos de futebol apresenta suficiente «relevo comunitário» e não apenas nacional, mais a mais quando o Regulamento se destinava a regular a transmissão de jogos nível internacional, como ocorreu no caso concreto”.

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

[disputa entre empresas alemã, portuguesa e espanhola] *“Tanto quanto podemos avaliar do estudo de mercado feito pela Comissão quando proferiu a sua decisão sobre a operação de concentração das empresas do Grupo “DM” e a TRW [litigantes nesta ação] (...), podemos considerar que aqueles valor e percentagem [limiar de ausência de efeito sensível referido na Comunicação da Comissão sobre a afetação do comércio entre EMs] são ultrapassados (o valor de vendas da Ré DMP no ano de 2006 foi de € 48.195.788, 98% dos quais à Ré DME). Assim sendo, temos de concluir que a «troca de informações» pretendida pela Apelante, constituindo «prática concertada» suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, é proibida pelo art.º 101.º, do TFUE”.*

¹²⁸ *Central de cervejas (II)* e *Central de cervejas (III)*. Pelo menos um destes processos contou com um parecer *amicus curiae* da AdC.

¹²⁹ *Petrogal*; *Olivedesportos*; *CCI Ponta Delgada*; *NOS v PT (II)*; *Onitelecom v PT*; *Porto de Aveiro*; e *Apple*.

¹³⁰ *Olivedesportos*; *CCI Ponta Delgada*; *NOS v PT (II)*; *Onitelecom v PT*; *Apple*.

¹³¹ *Petrogal* (embora o mercado em causa pudesse ser de âmbito nacional, não parece que essa questão tenha sido esclarecida, nem que se tenha provado que as cláusulas restritivas em causa no caso concreto se repetiam num leque de acordos nesse mercado); *Porto de Aveiro* (neste caso, em particular, não nos parece evidente a afetação do comércio entre EMs, estando em causa um mercado de prestação de serviços local).

¹³² *VSC e FPF v RTP*; *Deliberação social*.

Sexto, porque nos casos de não aplicação do direito europeu encontramos repetidas afirmações de princípio com um nível de convicção não encontrado nos casos positivos. Apesar de esta questão ter sido há décadas ultrapassada na jurisprudência europeia, continua a encontrar-se, frequentemente, nos tribunais nacionais a posição de que o direito europeu não pode ser aplicável a um litígio entre empresas portuguesas ou sobre uma prática localizada exclusivamente em Portugal.

Foi o Supremo Tribunal de Justiça o responsável pela difusão desta escola de pensamento. Nos dois primeiros casos de *private enforcement* em Portugal, o STJ começou logo por contradizer o TRL e recusar a aplicação do direito europeu, apesar de estar perante um mercado de âmbito nacional e de uma cláusula contratual presente num grande número de contratos (do quase-monopolista) por todo o país¹³³. A posição do STJ foi ainda mais surpreendente por a Tabaqueira ter recebido uma comunicação de acusações da Comissão Europeia, sobre estas práticas, entendendo o tribunal que esse documento europeu se referia a uma violação do direito português da concorrência. O contraste das posições dos dois tribunais foi particularmente acentuado:

TRL - JCG v Tabaqueira, 18/04/1991

“facilmente se verificará, com efeito, que, a despeito da nossa pequenês, não deixa a Tabaqueira de constituir já uma empresa de alguma envergadura e que, por isso, a entender-se necessária a afetação do comércio entre intracomunitário com um certo grau de probabilidade e de forma sensível para se poderem afirmar desrespeitados os seus comandos, os seus negócios, atenta a sua implantação no mercado português, se apresentam já em termos de afetar sobremaneira os de outras empresas da CEE, designadamente as de igual dimensão”.

STJ - JCG v Tabaqueira, 08/07/1993

“Nada nos factos provados aponta para eventuais reflexos de tais contratos no comércio jurídico praticado entre os vários Estados-membros da Comunidade Europeia. E, muito menos, para que poderiam ter por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência dentro do mercado comum, isto nem diretamente, nem com sinais de efetiva e real possibilidade virtual. (...) [É] “uma situação puramente interna do Estado português, inexistindo qualquer elemento de conexão com alguma das situações previstas no Tratado de Roma e respetivo direito derivado”

¹³³ *JFV v Tabaqueira e JCG v Tabaqueira.*

A tendência para o contraste entre a posição de ambos os tribunais não desapareceu, como se viu nos anos recentes. Em *Central de cervejas (IV)*, o TRL não aplicou o direito europeu da concorrência porque entendeu que não fora preenchido o ónus da prova quanto à afetação do comércio entre EMs, referindo a existência de indícios de ausência de efeito sensível. O STJ chegou ao mesmo resultado, mas fundamentou-o, não com base num problema de ónus da prova, mas com uma certeza quanto à aplicação do direito à factualidade do caso, afirmando uma interpretação que ignorava a eventual presença de um “feixe de acordos” e que parecia assentar na mesma ideia de que têm de existir trocas transfronteiriças na prática em causa para que o direito europeu seja aplicável. Em *Concessionário automóvel (IV)*, o TRL voltou a ir contra a jurisprudência reiterada do STJ (referida abaixo) sobre a não aplicação do direito europeu da concorrência a contratos de concessionários de automóvel em território nacional¹³⁴ (ainda que o tenha feito com uma fundamentação que deixou bastante a desejar).

STJ – Central de cervejas (IV), 17/05/2012

“o contrato aqui em causa não tinha a virtualidade de afetar, quer pela sua natureza, quer pelo volume de negócios envolvidos, o mercado entre os Estados-membros da União Europeia, restringindo-se a sua influência ao mercado nacional. (...) Como salienta a recorrida, «tal realidade é facilmente inferida da natureza do estabelecimento de que a recorrente é titular e onde se dedica à restauração, bem como da sua situação e do mercado onde está inserido, o qual não envolve quaisquer trocas comunitárias»”

TRL – Concessionário automóvel (IV), 22/05/2014

“Estando em causa uma rede de distribuição de automóveis ao nível de um Estado-Membro, atinente à importação de veículos produzidos noutro ou noutros Estados-Membros, admite-se que a R. se tivesse sentido compelida a reorganizar essa rede, por força do dito Regulamento”.

Encontramos esta mesma ideia nos seguintes casos:

STJ – Ford (I), 21/04/2005 (reafirmado em STJ – Viaturas e máquinas da Beira, 05/03/2009; em STJ – Renault, 24/01/2012; e em TRL – Concessionário automóvel (III), 10/02/2011)

“[o direito europeu da concorrência] não tem aplicabilidade no caso versado nos autos (...). Aqui tudo se passa entre empresas de direito português e exclusivamente em território nacional, sem projeção de quaisquer efeitos imediatos para além de fronteiras nacionais, não estando, portanto, em causa atos de

¹³⁴ Como já o fizera em *Concessionário automóvel (II)*.

comércio entre agentes de dois ou mais Estados-membros ou qualquer elemento de conexão objetiva de carácter transfronteiriço relativo à relação jurídica em discussão” [este caso respeitava a uma rede de concessionários do fabricante de automóveis Ford]

STJ – Renault, 24/01/2012

“[normas comunitárias] não são aqui aplicáveis, desde logo, porque não se trata de relações comerciais transfronteiriças, mas, antes, de um contrato para valer numa restrita área territorial portuguesa. Por outro lado, aquela legislação comunitária visa, essencialmente, regular e disciplinar a concorrência e, acima de tudo, a proteção dos concessionários”

O caso *Salvador Caetano* merece destaque por a Autora ter apresentado um conjunto persuasivo de factos e argumentos a favor da presença de um efeito nas trocas entre EMs (chamando a aplicação da teoria do “feixe de acordos”), procurando ultrapassar a jurisprudência *Ford (I)*, mas recebendo do TRP e do STJ resposta assente nesse precedente:

TRP – Salvador Caetano, 11/09/2012; STJ – Salvador Caetano, 20/06/2013

Argumentos da Autora: “Quando apreciado no seu contexto económico e jurídico – apreciação para a qual relevam, nomeadamente, o número global de estabelecimentos autorizados da marca ligados ao importador exclusivo para Portugal (aqui 2ª Ré), a quota de mercado das Rés (importador exclusivo e simultaneamente retalhista ou distribuidor autorizado com uma quota de 77,4% da revenda da marca junto dos consumidores portugueses) – o contrato celebrado entre a A. e as Rés releva do ponto de vista do direito comunitário”. [Referiu ainda o facto, dado por provado, de, a partir do Regulamento 1400/2002, a rede de distribuição ter sido reorganizada e regras alteradas, de modo que o território de atuação de cada um dos concessionários passou a incluir todo o EEE] “Por força do contrato celebrado entre a A./Recorrente e a R./Recorrida que impunha à A./Recorrente a obrigação de expor e revender exclusivamente nos seus «estabelecimentos comerciais autorizados Toyota» da Lixa, Amarante e Marco de Canaveses, a marca Toyota, e impendendo obrigação semelhante sobre os outros 11 distribuidores independentes espalhados pelo território do continente e os 4 distribuidores independentes espalhados pelas ilhas da Madeira e Açores, bem assim como sobre os 35 estabelecimentos comerciais autorizados Toyota espalhados ao longo do país pertencentes à R./Recorrida, poder-se-á impedir a penetração, no mercado nacional, de outras empresas ou marcas provenientes de outros Estados Membros, que, nomeadamente, através daqueles estabelecimentos não poderão desenvolver ou incrementar as suas atividades o que redundaria no isolamento do mercado nacional (acordo de proteção do mercado nacional, em sentido amplo), contrário aos fins do Tratado.”

TRP: “Sobre a aplicabilidade ao caso dos Regulamentos (CE) n.º 1475/95 (...), substituído pelo Regulamento n.º 1400/2002 (...), pronunciou-se já o Supremo negativamente, entendendo que tais normas comunitárias não são aplicáveis a contratos celebrados para valer numa restrita área territorial portuguesa, (...) (cfr. [Ac. STJ em Renault], a que ora se adere)

STJ: “Não obstante a regra do primado do direito comunitário e da sua prevalência sobre o direito nacional, a verdade é que o [regulamento de isenção categorial] aplica-se apenas, como direito comunitário, quando estiverem em causa relações transfronteiriças [cita acórdão STJ em Ford (I)]. Tudo se passando aqui entre empresas de direito português e exclusivamente em território nacional, sem projeção de quaisquer efeitos imediatos para além das fronteiras nacionais, não estando, portanto, em causa atos de comércio entre agentes de dois ou mais Estados-Membros ou qualquer elemento de conexão objetiva de carácter transfronteiriço relativo à relação jurídica em discussão. Sendo certo que

as regras do Direito Comunitário da Concorrência, de acordo com os arts 85.º e 86.º do Tratado só regulam as restrições da concorrência derivadas de certas práticas, se forem suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros. Não se aplicando tais normas quando, como é o caso, se trate de um contrato para valer apenas numa área territorial nacional”

O STJ é, assim, o tribunal nacional que mais consistentemente se recusa a aplicar o direito europeu da concorrência. De facto, só identificámos 3 casos que fogem a esta regra¹³⁵. Em todos, o STJ simplesmente aderiu à posição da instância anterior, sem a discutir, e participavam no litígio grupos internacionais com presença noutros Estados-membros. Num destes, o STJ aceitou (implicitamente) a aplicação do direito europeu no mesmo contexto em que a recusou repetidamente¹³⁶.

Mesmo no TRL, a escola de pensamento do STJ acabou por vingar junto de alguns juízes, como se viu no recente caso *IMS Health* (que respeitava a um mercado de âmbito nacional, cujos clientes eram grandes farmacêuticas e em que um dos litigantes era um grupo internacional presente noutros EMs):

TRL – IMS Health, 03/04/2014

“Se um qualquer negócio/acordo/comportamento não tem efeitos significativos no comércio entre os Estados [membros da UE], então o caso está fora do escopo da lei da UE e a lei nacional do Estado do litígio em apreciação é livremente aplicável. No caso, as normas da concorrência estão a ser convocadas para se aferir da validade do concreto contrato celebrado e já resolvido, entre empresas nacionais, sem qualquer envolvimento interestadual, pelo que não tem, a nosso ver, justificação a invocação da violação do tratado, dado não se tratar de situação «suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros»” [Cita o acórdão do STJ no caso *Salvador Caetano*]

Por outro lado, muitas das decisões “negativas” são-no muito justamente: porque a prática em causa não era, efetivamente, suscetível de afetar o comércio entre EMs ou, muito frequentemente, porque as partes não cumpriram o seu ónus de alegação e/ou de prova dos factos que o tribunal precisava para poder chegar àquela conclusão. Nalguns casos, é evidente a sensibilidade do tribunal para esta problemática e, por vezes, até a sua frustração por estar de mãos atadas, face aos factos não alegados ou não provados pela parte a quem tal incumbia¹³⁷.

¹³⁵ *Ford (II)*; *Franchise de clínicas dentárias*; *Franchise de hotelaria*. Há mais 2 casos em que não é claro se o STJ entendia que o TFUE era aplicável, por não ter chegado a discutir a questão (*Botijas de gás* e *Apple*).

¹³⁶ Cfr. *Ford (I)* (e casos associados) e *Ford (II)*.

¹³⁷ Cfr., e.g.: *Café (I)*, 12/04/2010; *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011; *Botijas de gás*, 09/04/2013; *Café (III)*, 30/11/2015;

Sem prejuízo de tudo o que antecede, resulta de toda esta jurisprudência (mesmo de alguma que chegou, nos casos concretos, a resultados com os quais não concordamos) um conjunto de princípios que podem ser úteis a guiar futuras análises desta matéria. Merecem destaque os acórdãos do TRL em *Bebidas (I)* e em *Botijas de gás*, como pontos altos da jurisprudência nacional sobre esta matéria (ambos são exemplos de aplicação da teoria do “feixe de acordos”).

STJ - JCG v Tabaqueira, 08/07/1993

“[parafraseando Mota de Campos] há afetação do comércio entre Estados-membros sempre que uma prática restritiva da concorrência interfere com vendas, aprovisionamentos ou prestações de serviços interessando a mais de um Estado da Comunidade. (...) um acordo entre empresas cujos efeitos se manifestem exclusivamente no interior de um Estado da Comunidade ou apenas em relação a terceiros Estados não afeta, normalmente, o comércio entre Estados-membros”. Citando Mário Paulo Tenreiro: “não basta uma mera hipótese teórica para que tal suscetibilidade seja estabelecida. (...) O Tribunal de Justiça tem usado a fórmula de dever 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 direta ou indireta, atual ou potencial, sobre as correntes de trocas entre os Estados-membros”.

TRP – Café (I), 12/04/2010 (reafirmado em TRP – Café (III), 30/11/2015)

“exige-se que a cláusula obste, ainda que potencialmente, à realização do comércio entre os Estados-membros e, conseqüentemente à realização do mercado único”.

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

“Como refere a Comissão (nas Orientações sobre o conceito de afetação do comércio), acima referida, «o conceito de afetação do comércio integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário a acordos e práticas suscetíveis de produzir efeitos de certa magnitude», sendo que «o caráter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa» (cfr. parágrafo n.º 44). Assim, «quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de um acordo ou prática suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros o vir a afetar de forma sensível», tendo o Tribunal de Justiça decidido que estava satisfeito este requisito quando as vendas das empresas em causa representassem 5% do mercado (idem nos. 45 e 46). A Comissão entende que não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que satisfaçam cumulativamente, as seguintes condições: a) A quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante da Comunidade afetado pelo acordo não ultrapassa os 5%; e b) No caso de acordos horizontais (como o das *Apelante e Rés* por serem empresas que se situam ao mesmo nível do mercado) o volume de negócios anual agregado na Comunidade das empresas em causa em relação aos produtos objeto do acordo não é superior a 40 milhões de euros (cfr. parágrafo 52 da mencionada comunicação).

TRL – Bebidas (I), 16/06/2011

“Assim, e apesar de, com a adesão de Portugal ao Tratado de Roma, o direito comunitário da concorrência integrar a ordem jurídica portuguesa, a sua aplicação cumulativa com o regime nacional dependerá de se encontrar preenchida a condição de aplicabilidade do direito comunitário: a prática restritiva da concorrência há-de ser suscetível de afetar, de modo sensível (como precisam a doutrina e a jurisprudência) o comércio entre os Estados membros. «A noção de suscetível de afetar implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente apurado com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados Membros». Como refere Miguel Moura e Silva, a propósito de um caso reportado ao mercado alemão de distribuição de cerveja em bares e estabelecimentos similares, depois de se definir qual o mercado relevante, deve ser apurado qual o grau de encerramento provocado não apenas pela rede de contratos com o produtor em questão mas também o inerente efeito cumulativo de outras redes afins, vinculando estabelecimentos de bebidas e outros produtores. E, ainda segundo tal autor, só caso seja constatada a existência de um efeito de encerramento resultante da vinculação de uma parte substancial dos estabelecimentos de bebidas é que deve medir-se a importância do contributo da rede em causa para tal efeito de encerramento.”

“Ora, no caso em apreço, não só nos encontramos perante empresas provenientes do mesmo Estado, como ficou demonstrado que o volume de vendas total efetuado pela autora ao abrigo destes contratos corresponde unicamente a 3,5% do volume total do mercado nacional. E, tendo os contratos de compra exclusiva celebrados pela C. com os diversos retalhistas, sido submetidos à apreciação do Conselho da Concorrência, este concluiu que “tais contratos não devem ser considerados restritivos da concorrência, uma vez que, face nas circunstâncias atuais, não levam a um efeito de encerramento do mercado”: representando o volume de vendas ao abrigo de tais contratos apenas 3,5 % do total das vendas no sector Horeca, e ainda que se tenha em conta o peso dos estabelecimentos vinculados por contratos similares com a U., o grau de encerramento do mercado continua a ser diminuto, não ultrapassando os 11% do tal de vendas do canal Horeca (cfr., fls. 45 da decisão proferida a 13 de Julho de 2000, Proc. 3/98, junta aos autos a fls. 70 e ss.). E, afirma-se ainda em tal decisão: «Nestas condições, o elevado número de postos de venda não vinculados à U. e à C. e sobretudo a proporção das vendas de cerveja comercializadas por esses estabelecimentos face às vendas realizadas pelos estabelecimentos vinculados, permitem concluir que o efeito cumulativo daqueles contratos não atingiu ainda níveis suficientes que permitam concluir, a priori, pela existência de um eventual efeito de encerramento de mercado». O reconhecimento jurisprudencial de uma regra de *minimis* enquanto instrumento de flexibilização do carácter aparentemente absoluto da proibição enunciada pelo n.º 1 do art. 81.º, levou a Comissão a pronunciar-se no sentido não serem considerados como restringindo sensivelmente a concorrência os acordos (bem como as práticas concertadas e decisões de associações de empresas) cujas partes não representem mais de 10% de qualquer dos mercados relevantes afetados, no caso de as empresas em questão serem concorrentes efetivos ou potenciais ou 15% no que se refere a acordos com não concorrentes. Como tal, e do circunstancialismo descrito, encontrar-se-á desde logo afastada a aplicação direta do direito comunitário por não se encontrar demonstrado que tais práticas restritivas da concorrência exerçam algum efeito sobre as trocas interestaduais, e que, como tal fossem suscetíveis de afetar, «de modo sensível» o comércio entre os Estados membros. Como refere Miguel Moura e Silva, quanto aos acordos que não preencham o requisito da afetação do comércio intracomunitário, por muito graves que sejam as restrições nele contidas, não sendo atingido aquele comércio com a intensidade necessária para convocar a competência comunitária, o mesmo não será abrangido pelas normas do Tratado.”

TRL – Botijas de gás, 09/04/2013

[Autora defendeu a aplicação do direito europeu com base nos feixes de acordos e efeitos cumulativos. Ré discorda. Reconhece que os contratos celebrados com outros distribuidores são “semelhantes”, mas que as cláusulas variam, não são “uniformes”. No entanto, admite que a cláusula de exclusividade em causa era imposta a grande número de agentes, de modo uniforme. O tribunal de 1ª instância rejeitou a existência de um efeito nas trocas entre EMs, sem fundamentação]

TRL: “A aplicação do direito comunitário da concorrência impõe-se aos tribunais nacionais sempre que se mostre verificado o condicionalismo subsumível ao critério enunciado no artigo [101.º do

TFUE], (...) isto é, o critério da «afetação do comércio entre Estados-membros». “Como refere Miguel Sousa Ferro, a aplicação do critério da afetação implica três passos lógicos: 1º deve estar em causa uma atividade económica; 2º o acordo ou prática deve ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros; 3º esta afetação deve ser «sensível»”. “Não oferecendo dificuldade a aferição do primeiro parâmetro enunciado, quanto ao segundo vem a doutrina salientando, tendo por referência a jurisprudência do TJ [nota de rodapé: “Salienta-se o acórdão do TJ usualmente citado a este propósito – independentemente da cláusula aí em questão, indiferente para o plano de análise que ora nos interessa -, de 30 de junho de 1966, proferido no processo 56/65 – acórdão LTM – MBU (...)”, segue-se uma extensa citação do acórdão] que: - se trata de um critério neutro, isto é, pode ter um efeito benéfico ou prejudicial da concorrência; - se trata de um critério que pode ser valorado, tanto pelo lado da oferta como da procura; - se pode tratar de um efeito atual ou, ao invés, de um efeito meramente potencial, exigindo-se apenas a prova da possibilidade de se verificar este efeito; - se presume a afetação do comércio entre os EMs «sempre que um acordo restritivo da concorrência diga respeito à totalidade do território de um Estado-membro» [citando Miguel Sousa Ferro; nota de rodapé: “Esclarece o autor, a p. 312: «Um dos erros mais frequentes na aplicação do critério da afetação do comércio entre Estados-membros deriva da crença de que uma prática restrita às fronteiras nacionais não pode preencher aquele critério. Por isso mesmo, nunca será demais repetir: pode haver afetação ainda que o mercado geográfico relevante seja meramente nacional ou até sub-nacional (...). Ou seja, sempre que um acordo restritivo da concorrência diga respeito à totalidade do território dum Estado-membro, deve presumir-se a afetação do comércio entre os Estados-membros. (...) Este princípio foi desenvolvido pelo Tribunal, que aplicou o mesmo raciocínio (foreclosure) ao efeito cumulativo de um conjunto de acordos de exclusividade relativos à totalidade do território de um Estado-membro e abarcando mais de 30% do mercado relevante»”]. Por último, a afetação do comércio entre os EMs deve ser «sensível» - «an appreciable extent», «de manière sensible», sendo essa uma condição de aplicação do [artigo 101.º, n. 1, do TFUE] [nota de rodapé: “Expressões usualmente empregues nos acórdãos do TJ, como aconteceu no Ac. Sirena/EDA de 18 de fevereiro de 1971, processo 40/70 e no Ac. Béguelin, de 25 de novembro de 1971, processo 22/71 (...). Refira-se que nem sempre tais expressões são corretamente traduzidas na versão portuguesa, como aconteceu no referido acórdão Béguelin, em que se utilizou, de forma que temos por desajustada, a expressão «notória» (...)]. Estamos perante um conceito aberto, relevando a conformação que vem sendo feita pela jurisprudência comunitária, a par das Comunicações da Comissão [nota de rodapé: “As comunicações da Comissão, pese embora a sua relevância para a perceção do direito comunitário, não têm efeitos jurídicos vinculativos para as autoridades e tribunais nacionais. Com particular interesse, veja-se o acórdão do TJ de 13 de dezembro de 2012, processo C-226/11 (...) [segue-se extensa citação do acórdão]”, e os Regulamentos, sendo certo que se trata sempre de uma apreciação casuística, como vem sendo unanimemente entendido”].

Aplicação ao caso concreto: “estamos perante um acordo vertical, estando em causa avaliar da prática restritiva da concorrência consubstanciada na cláusula segunda, pela qual o concessionário tinha a sua atividade (revenda de um produto – gás – do concedente) limitada exclusivamente a uma zona do território, o concelho de ... -, começamos por salientar a orientação expressa no acórdão do TJUE de 12 de Dezembro de 1967, Brasserie de Haecht/Wilkin, (processo 23/67), no sentido de que essa avaliação implica a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência. [notas de rodapé: extensas análise e citações do acórdão referido e de obra de doutrina]”

“Depois, relevam as comunicações que ao longo do tempo a Comissão Europeia foi efetuando [nota de rodapé: “Não cuidamos agora de diferenciar entre a afetação sensível do comércio entre EMs e o efeito sensível reportado à regra de minimis, matéria de que dá conta Miguel Sousa Ferro (segue-se citação do autor). Assinala-se, contudo, que só com a Comunicação de 22/12/2001 é que se distinguem os dois planos, como expressamente decorre do seu n.º 3, em que se refere: (citação da Comunicação)”: a Comunicação da Comissão de 3 de Setembro de 1986, relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85º do Tratado (...), depois a Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos de direito comunitário da concorrência, (...), substituída pela Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81º do Tratado (...) in JO n.º C368 de 22/12/2001 e presunções aqui estabelecidas [nota de rodapé: citação do

n.º 2 desta Comunicação], *com base na quota de mercado* [nota de rodapé: “*Quanto aos acordos efetuados entre empresas não concorrentes, a Comissão considerou que os acordos entre empresas que afetam o comércio entre os Estados-membros não restringem sensivelmente a concorrência na aceção do n.º 1 do artigo 81.º quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassar 15% em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo – n.º 7, alínea b) –, sendo esse limiar reduzido para 5% nos casos contemplados no n.º 8, nomeadamente pelo efeito de exclusão cumulativo provocado por redes paralelas de acordos que produzem efeitos semelhantes no mercado*”], *mantendo-se a definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência que constava da Comunicação anterior* [citação do n.º 2 da Comunicação sobre mercados relevantes], *mercado relevante no âmbito do qual se deve apreciar uma determinada questão do ponto de vista da concorrência e que é determinado pela conjugação dos mercados do produto e geográfico* [nota de rodapé: remissão para n.º 9 e citação dos n.ºs 7 e 8 da Comunicação sobre mercados relevantes]. *Refira-se, ainda, a Comunicação sobre orientações relativas às restrições verticais, publicada no JO C- 291 de 13/10/2000* [nota de rodapé: “*A Comunicação foi depois substituída pela Comunicação publicada no JO C 130 de 19/05/2010, que estabeleceu Orientações relativas às restrições verticais no âmbito do artigo 101.º do TFUE*”], *nomeadamente o que dispõem os n.ºs 8 a 11* [nota de rodapé: citação destes pontos] *e a Comunicação sobre orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado, in JO C 101/07, de 27/04/2004* [nota de rodapé: “*Quanto ao n.º 3 do artigo 81.º do Tratado cfr. a Comunicação sobre orientações relativas à sua aplicação, in JO C 101/08 de 27/04/2004*”], *em particular o vertido nos n.ºs 44, 45, 46, 47, 48 e 49* [nota de rodapé: citação de todos estes pontos], *bem como da presunção negativa elidível (expressa pelo vocábulo “em princípio”) que consta do n.º 52 (regra NASC) e a presunção positiva elidível vertida no n.º 53* [notas de rodapé: citação destes pontos]”

“*Considerando que estamos perante um acordo vertical* [nota de rodapé: “*Os acordos verticais podem, assumidamente, potenciar o aumento da eficiência económica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, compensando efeitos anticoncorrenciais, como é expressamente referido nos considerandos do Regulamento*”], *há que atentar no Regulamento (CE) n.º 2790/1999 (...), não se nos oferecendo qualquer dúvida que competiria à ré o ónus de alegação e prova do benefício da isenção por categoria, hipótese que não se coloca porquanto a ré nem sequer reconhece estarmos perante hipótese subsumível ao* [artigo 101.º do TFUE] [nota de rodapé: “*O Regulamento caducou em 31 de maio de 2010 e foi substituído pelo Regulamento (UE) n.º 330/2010 (...)*”].”

“*Efetivamente, o processo não fornece qualquer elemento que permita concluir que o caso em apreço configura uma hipótese em que o acordo celebrado entre as partes ou a prática em questão, pelo seu objeto ou efeitos – obrigação da autora vender os produtos do concedente exclusivamente no concelho de ... – tenha a virtualidade (susceptibilidade) de afetar o comércio entre os Estados-membros, na aceção a que supra se aludiu e com os parâmetros indicados, não podendo sustentar-se que estejam em causa relações transfronteiriças. (...) É certo que, em sede de recurso e na tentativa de justificar a aplicação do direito comunitário, a apelante vem aduzir um conjunto de (novos) argumentos que se reconduzem, verdadeiramente, sob a capa de invocação de direito, a factos cuja articulação se impunha ter sido feita em tempo oportuno, aquando da apresentação da petição inicial, o que nos conduz à próxima questão a analisar até porque, pela mesma ordem de razões, se chega a idêntica conclusão aplicando o direito interno, quando se trata de aferir se tal prática tem por objeto e/ou efeito restringir de forma sensível a concorrência, o que não surpreende considerando a convergência dos dois regimes, como se disse.*”

Não pretendemos, porém, exagerar a importância desta questão. Uma coisa é o rigor técnico e o ideal da interpretação e aplicação do direito, outra é a identificação de consequências práticas de abordagens jurídicas menos rigorosas. De modo geral, sobretudo devido à harmonia entre o direito europeu e o direito nacional da concorrência, não conseguimos identificar qualquer caso em que a interpretação errónea do critério da afetação do comércio entre EMs tenha tido um impacto prático óbvio no desfecho do caso.

Não obstante, os novos desafios que se adivinham com a aplicação das normas de transposição da Diretiva 2014/104/EU poderão alterar este quadro, criando situações em que a recusa de aplicação do direito europeu, por implicar (como tem implicado) a recusa de submissão de questões prejudiciais ao TJUE, pode por em causa a uniformidade de aplicação do direito europeu da concorrência e conduzir à consagração nacional de interpretações divergentes das fixadas pelo TJUE.

e) Definição de mercados relevantes

Como já tivemos oportunidade de realçar e descrever noutra sede¹³⁸, embora alguns tribunais nacionais, no contexto do *private enforcement*, tenham reconhecido a importância da operação de definição de mercados, não se verificou – por enquanto – uma única discussão significativa da delimitação de um mercado neste contexto¹³⁹.

Ainda que a delimitação do mercado em causa fosse frequentemente um passo lógico prévio às conclusões alcançadas pelos tribunais (e.g. identificação de uma posição dominante absoluta ou relativa ou existência de um acordo com efeitos restritivos da concorrência), estes raramente identificaram esses mercados e, quando o fizeram, não justificaram a sua opção¹⁴⁰.

O que mais se aproximou de uma justificação da delimitação do mercado foi uma remissão do TRL para doutrina que, por seu turno, se apoiava na prática decisória comunitária¹⁴¹, eventualmente revelando uma predisposição para seguir precedentes europeus de definição de mercados.

¹³⁸ Sousa Ferro, 2015 (*maxime*, secção II.3.2.1).

¹³⁹ Com a exceção da decisão do tribunal arbitral em *IMS Health*, que assentou em estudos económicos e pareceres, nomeadamente, sobre a questão da definição do mercado relevante.

¹⁴⁰ Cfr., e.g.: *JFV v Tabaqueira*; *JCG v Tabaqueira*; *Reuter*; *Nestlé (I)*; *Central de Cervejas (II)*; *Central de Cervejas (III)*; *Central de Cervejas (IV)*;

¹⁴¹ *VSC & FPF c. RTP*, 10/11/2009.

Decorre, implícita ou expressamente, de alguma desta jurisprudência que a delimitação do mercado é necessária para aplicar os artigos 101.º e 102.º do TFUE e as disposições nacionais equivalentes nalgumas circunstâncias¹⁴².

Em paralelo, também encontramos exemplos de sentenças e acórdãos que omitiram a definição de mercados em situações em que, no plano da teoria do direito da concorrência, esta devia ter sido realizada. No entanto, vemos nestes casos, acima de tudo, uma abordagem pragmática que chega, geralmente, às soluções justas, ainda que não realizando (expressamente) o passo da definição de mercados¹⁴³, ou circunstâncias nas quais a jurisprudência do TJ também admite a desnecessidade de definição do mercado relevante, como no caso de acordos com restrições de objeto¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr., e.g.: *VSC & FPF c. RTP*, 10/11/2009; *JCG v Tabaqueira*, 18/04/1991; *Reuter*; *IMS Health*, 03/04/2014.

¹⁴³ Em *JCG v Tabaqueira*, o TRL identificou o mercado, a quota da Ré e a presença de uma posição dominante, sem discutir de todo a sua definição, mas tratava-se de um mercado em que não havia dúvidas quanto à existência de uma posição dominante (nem foi esta contestada).

Em *Loja dos Trezentos*, o TRC afastou a existência de uma posição dominante sem sequer identificar o mercado em causa. Contudo, deve relevar-se que, no caso concreto, parecia efetivamente notória a ausência de uma posição dominante.

Em *Tabou Calzados*, o TRL referiu, especificamente, a necessidade de aferir a sensibilidade da afetação da concorrência (*de minimis*), mas não identificou o mercado em causa, apesar de considerar proibidas certas cláusulas concorrenciais.

Em *Reuter*, a definição do mercado nunca foi discutida. Na 1ª instância, o mercado foi identificado, mas não resultava da matéria de facto provada quaisquer elementos que pudessem fundamentar essa delimitação. Isto dito, a empresa acusada de posição dominante não contestou essa definição de mercado e aceitou a quota de mercado referida pela Autora. O TRL centrou-se na ausência da prova do comportamento abusivo em si, evitando qualquer ponto que exigisse a delimitação do mercado. O STJ reorientou a discussão para a proibição do abuso de dependência económica, e aplicou esta norma sem definir o mercado em causa.

Em *Nestlé (I)* e em *Café (I)*, o TRP aplicou o princípio *de minimis* sem justificar o mercado identificado, apesar de se inferir a afirmação da necessidade de definição do mercado para este efeito.

Em *Central de Cervejas (II)* e *Central de Cervejas (III)*, o TJL aplicou o princípio *de minimis* sem discutir nem identificar, claramente, o mercado em causa.

Em *Acordo parassocial*, o TRL identificou uma violação do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 (atual artigo 9.º da LdC) sem sequer identificar o mercado relevante, num caso de restrição por efeito que poderia, eventualmente, ser *de minimis*.

Em *Salvador Caetano*, o TRP o STJ identificaram um abuso de dependência económica sem delimitar o mercado relevante, num contexto em que a relação comercial (que representava mais de 80% das vendas do concessionário) havia sido interrompida (aparentemente) sem justificação.

Em *Franchise de clínicas dentárias e Franchise de hotelaria*, o STJ anulou cláusulas de contratos de franquia por violação do direito da concorrência, sem discutir o mercado relevante, embora tal pudesse ter relevado para aferir a sensibilidade do efeito (não parece que a questão tenha sido suscitada).

¹⁴⁴ Em *Olivedesportos*, o TRL identificou uma violação por objeto do artigo 101.º do TFUE e da disposição nacional equivalente, sem discutir o mercado em causa (apesar de se referir aos “direitos de transmissão de jogos de futebol”). Criticando este ponto do acórdão: Paz Ferreira, 2000:14. No mesmo sentido: *Leite*, 03/11/2009. Em *Botijas de gás*, o TRL realçou a importância da definição de mercados, mas acabou por não a precisar de discutir no caso concreto, devido à falta de cumprimento do ónus da prova pela Autora.

f) Direito da concorrência como normas de ordem pública

Embora sejam raras as vezes em que os tribunais nacionais se debruçaram sobre esta questão, no âmbito do *private enforcement*, quando o fizeram, pareceu pacífica a inclusão do direito da concorrência no conjunto das normas de ordem pública. Curiosamente, a questão não foi discutida precisamente no caso em que podia ter sido mais relevante¹⁴⁵.

TRL - IMS Health, 03/04/2014

As normas do direito da concorrência são “*normas de ordem pública e de natureza imperativa*”.

TJL - NOS v PT (II), 20/12/2012

“*Olhando para o Direito Comunitário, para a Constituição da República Portuguesa e para a lei ordinária, somos levados a concluir que estamos perante um conjunto de normas que visam tutelar um bem jurídico público – a concorrência*”.

g) Razões imperiosas de interesse geral (Wouters)

Em nenhum dos casos discutido neste Capítulo tivemos, estritamente, uma discussão da questão abordada pelo TJUE em *Wouters*. Mas dois casos relativos a convenções coletivas de trabalho no setor das limpezas suscitaram uma questão de constitucionalidade que, no mínimo, se aproximou bastante¹⁴⁶.

Nestes, o TC e o TRL estavam confrontados com o problema de uma CCT tornada imperativa por via normativa, que obrigava as empresas de limpezas a contratarem certos trabalhadores em certas circunstâncias. Um dos argumentos, embora algo inábil, era o de isto levava a uma violação do direito da concorrência. Os tribunais rejeitaram esta ideia, justamente, com base na lógica *Wouters* de que alguns princípios constitucionais podem justificar a derrogação de outros, sujeito a um teste de proporcionalidade.

¹⁴⁵ *Apple*. Só as partes se referiram a esta questão.

¹⁴⁶ *Empresa de limpezas e Climex*.

Na sua ponderação dos interesses em conflito, o TC colocou especial ênfase nas consequências práticas no mercado: se estas regras fossem voluntárias em vez de imperativas para todos, nenhuma associação assinaria a convenção porque tal seria ruinoso para a capacidade concorrencial dos seus associados; se não se impusesse a transferência dos trabalhadores, estes mercados não funcionariam, não seria viável esta atividade económica. A possibilidade de limitação da livre iniciativa económica e da livre concorrência era “*nomeadamente ditada pela necessidade de assegurar uma situação de real liberdade e igualdade dos contraentes, bem como garantir as exigências de justiça social*”.

TRL - Climex, 30/09/1992

“O recorrente pretende que tal cláusula é nula e inconstitucional. Porém, o artigo 53.º da Constituição garante aos trabalhadores a segurança e a estabilidade no emprego, e precisamente para concretizar esse princípio constitucional fundamental é que os artigos [do DL] e a [cláusula da CCT] procuraram assegurar a manutenção dos postos de trabalho e do próprio local de trabalho e do próprio local de trabalho nas hipóteses aí previstas, em que se acentua o risco de instabilidade do emprego. Não se vê assim que a cláusula [da CCT] contrarie quaisquer normas legais imperativas ou qualquer regulamentação das atividades económicas, em termos de afetar uma equilibrada concorrência entre as empresas, uma vez que ela se limita a estabelecer um regime idêntico ao consagrado no art. 37 da LGT, para um caso que o legislador não previu diretamente mas que apresenta uma similitude quase total com este. Neste sentido se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 249/90, de 12/7, que foca o paralelismo existente entre o art. 37 da LGT – chamando a atenção para o facto de ser inquestionável a constitucionalidade desta norma – e a cláusula 46 em questão, para aferir da validade desta cláusula, quer perante o art. 37 da LGT, quer perante o art. 13 da chamada Lei da Concorrência. (...) Por outro lado, visando os preceitos em causa, como se disse, garantir a segurança e a estabilidade no emprego – direitos fundamentais, expressamente acolhidos no art. 53 da CRP, não está demonstrado que a solução por eles imposta ofenda em termos excessivos ou desproporcionados os direitos também constitucionalmente garantidos da liberdade contratual, viabilidade económica e da concorrência entre empresas, que, como aqueles, não são direitos absolutos. Neste sentido se pronunciaram os Acórdãos do TC n.º 249/90, de 12/7, e 431/91, de 14/11, este tirado em plenário, confirmando o primeiro (...). Cfr. ainda o Ac. desta Relação de 21-03-90, C.J. T. II”

3.2. Práticas coletivas

a) *Requisitos gerais*

Em *Café (I)* (reafirmado em *Café (III)*), o TRP citou doutrina sobre três requisitos cumulativos do artigo 101º(1) do TFUE (coligação entre empresas, afetação do comércio entre EMs e restrição da concorrência). Quanto ao terceiro requisito, o tribunal concentrou-se, especificamente, no

problema da sensibilidade do efeito restritivo (*de minimis*). Quanto ao primeiro requisito, afirmou, no que relevava para o caso concreto:

TRP – Café (I), 12/04/2010

“Em termos sintéticos, e já tendo em mente a aplicação ao caso em apreço, o primeiro pressuposto fica satisfeito com a existência de um acordo entre duas sociedades, no qual sejam inseridas cláusulas restritivas que podem estar relacionadas com a fixação de preços ou a imposição de condicionamentos à liberdade de escolha dos fornecedores do serviço ou dos bens, por exemplo, através da inclusão da cláusula de exclusividade com uma duração superior a cinco anos.”

Quanto à disposição nacional correspondente, a jurisprudência esclareceu a existência dos seguintes três requisitos cumulativos:

TRL – Tabou Calzados, 09/04/2002

“Neste quadro normativo, prefiguram-se como pressupostos da referida proibição: a) o concurso de vontades dos agentes económicos, independentemente da sua fórmula jurídica; b) a finalidade ou o efeito anticoncorrencial daí emergente; c) a suscetibilidade de afetação do comércio no todo ou em parte do mercado nacional”.

Confirmou-se que o elenco de práticas coletivas restritivas da concorrência constantes do direito europeu e nacional da concorrência é meramente exemplificativo:

STJ – Botijas de gás, 03/04/2014 (no mesmo sentido: TRL – JCG v Tabaqueira, 18/04/1991)

“As normas nacionais e europeias que previnem as práticas proibidas por violarem a livre concorrência não são taxativas, mas apenas indicativas das práticas mais relevantes. É o que decorre do facto das normas que as preveem usarem as expressões “designadamente” e “nomeadamente”. Assim, são práticas proibidas não só aquelas previstas nesses normativos, mas quaisquer outras que ponham em causa a liberdade da concorrência, entendida esta pelo modo definido em A. Logo, constituem práticas violadoras das regras de mercado aquelas de que resulte a diminuição das oportunidades de um ou mais produtores, ou das possibilidades de escolha dos consumidores.”

b) Conceito de acordo

Encontramos as seguintes orientações jurisprudenciais gerais sobre o conceito de acordo no direito da concorrência, frisando, nomeadamente, a natureza funcional, não formalista, do conceito:

TRL – Tabou Calzados, 09/04/2002

“tais cláusulas são per se acordos relevantes para o efeito da aplicação do disposto no artigo 2.º do Dec-Lei n.º 371/93 na medida em que a previsão deste normativo, aliás, à semelhança do que sucede no âmbito do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado de Roma (CE), contempla os simples acordos, qualquer que seja a forma que revistam, incluindo, por conseguinte, cláusulas elementares inseridas em contratos singulares, ainda que não suportados em contratos-quadro de distribuição”.

TRP – Nestlé (I), 09/03/2004

Tribunal cita e adere à opinião de Helena Brito, dizendo que deve estar em causa “*um acordo ou concertação entre empresas, seja qual for a forma e o grau de vinculação jurídica que tal acordo ou concertação revista, exigindo-se apenas uma disposição formada coletivamente de agir de modo uniforme*”.

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

“*Como se refere no ponto 8 do preâmbulo daquele Regulamento [1/2003] «As noções de acordos, decisões e práticas concertadas são conceitos autónomos da legislação comunitária em matéria de concorrência que abrangem a coordenação do comportamento das empresas no mercado tal como interpretado pelos tribunais da Comunidade». Seguindo de perto as Comunicações da Comissão Europeia de 27/04/2004, que dão orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º, do Tratado (publicada no JO n.º C101, a págs. 81 e sgs.), e sobre a aplicação do n.º 3 daquele artigo 81.º (publicada no mesmo JO a págs. 97 e sgs.), e ainda a Comunicação de 14/01/2011, que dá orientações sobre a aplicação do art.º 101º. do TFUE aos acordos de cooperação horizontal (publicada no JO n.º C 11/1), a jurisprudência comunitária entende que no conceito de «acordo» cabem os contratos celebrados por duas ou mais empresas, sejam eles escritos ou verbais, sendo relevantes os simples «acordos de cavalheiros» (Ac. do TJUE de 15/07/1970, ACF Chemiefarma, Proc.º 41/69, parágrafos 110 a 114), desde que as empresas em causa manifestem uma vontade de se comportarem no mercado de uma forma determinada. Como refere a Comissão, «Só os acordos que são suscetíveis de ter um impacto negativo apreciável nos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, a produção, qualidade do produto, variedade do produto e inovação» é que estão abrangidos pelo n.º 1 do art.º 81.º, do Tratado. O impacto no mercado pode resultar de uma redução considerável «da rivalidade entre as partes no acordo ou entre estas e terceiros» (cfr. ponto 16 da Comunicação relativa à aplicação do n.º 3 do art.º 81.º)”.*

STA – Serviços de segurança (VI), 07/01/2016

“*qualquer acordo, conluio ou acordo de cartel [escritos/verbais; públicos/secretos; expressos/tácitos; horizontais/verticais; vinculativos/não vinculativos «gentleman’s agreement»; com ou sem autorização/instrução da entidade empregadora], destinados, nomeadamente, à definição, manipulação de preços ou à divisão de mercados*”

A jurisprudência confirmou a aplicabilidade do artigo 101.º e disposição nacional correspondente a pactos acionistas¹⁴⁷.

Em dois casos, a aplicação prática deste conceito teórico merece ressalvas.

Em *VSC e FPF v RTP*, o TRL afirmou que os Regulamentos da UEFA “*devem ser qualificados como «acordos de empresas»*”, quando nos parece mais rigoroso qualificá-los como decisões de uma associação de empresas.

¹⁴⁷ *Acordo parassocial.*

E em *Seguros*, o TRG pareceu adotar uma visão, eventualmente, demasiado limitativa. Neste caso, a parte que invocou o direito da concorrência não cumpriu o seu ónus de alegação e de prova nesta matéria, e invocou um problema de prática coletiva quando poderia ser mais natural discutir (só ou também) uma prática unilateral da seguradora. Ainda assim, o TRG concluiu que não se provara existir qualquer acordo entre a seguradora e esta oficina, ou com outras oficinas. No entanto, existiam acordos entre a seguradora e os segurados, e a seguradora alegava que a prática concorrencial assentava e era permitida por esses acordos. Não sabemos se a parte alegou os factos necessários para permitir ao tribunal ponderar esta possível fonte das restrições concorrenciais.

c) Efeito restritivo da concorrência e de minimis

Os nossos tribunais já afirmaram (no contexto de restrições por objeto) que basta identificar a suscetibilidade do efeito restritivo da concorrência (efeito potencial) das práticas coletivas para que estas sejam proibidas.

TRP – Nestlé (I), 09/03/2004

Tribunal cita e adere à opinião de Helena Brito, dizendo que deve estar em causa: “*a suscetibilidade de a prática em causa exercer influência negativa sobre a concorrência, eliminando-a, restringindo-a ou alterando artificialmente os seus pressupostos ou condições de exercício*”.

TRL – Tabou Calzados, 09/04/2002

“*Quanto ao efeito anticoncorrencial, basta que se verifique a suscetibilidade (efeito potencial) de a execução do acordo impedir, limitar ou modificar, em parte do mercado nacional, as condições de troca tais como resultam da estrutura do mercado e da conjuntura, à luz de um juízo de probabilidade fundado numa previsibilidade objetiva, prescindindo-se da intencionalidade das partes*”

É ponto assente na jurisprudência nacional que, embora as disposições europeias e nacionais não o digam expressamente, o efeito restritivo da concorrência deve ser “sensível”, não sendo, por isso proibidas as práticas *de minimis*¹⁴⁸.

¹⁴⁸ *Tabou Calzados*, 09/04/2002; *Central de cervejas (II)*, 14/03/2005 e *Central de cervejas (III)*, 02/11/2005 (“*tem-se exigido [no direito europeu] que a restrição à concorrência seja significativa, pelo que um acordo, mesmo que preencha os dois requisitos, não será abrangido pela proibição «desde que afete o mercado de uma forma ténue, tendo em linha de conta o peso diminuto dos intervenientes no mercado dos produtos em causa», como refere o Tribunal de Justiça no Acórdão Volk c. Vervaecke de 09.07.1969*”); *Café (I)*, 12/04/2010; *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011; *Bebidas (I)*, 16/06/2011: “[esta proibição] abrange agora somente aqueles comportamentos que sejam suscetíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência «de forma sensível», criando-se assim uma regra de *minimis* destinada a focar a aplicação das regras de concorrência unicamente naquelas práticas que afetem gravemente o funcionamento do mercado. Ou seja, também perante a legislação nacional, para que tais

Esta questão tem vindo a ser explorada, com especial incidência, nos casos de distribuição de bebidas no canal Horeca, mas surge em quase todos os casos de acordos verticais. Alguns tribunais têm revelado uma tendência para uma abordagem excessivamente simplificadora desta matéria. Em regra, quando confrontados com um acordo vertical em que uma das partes é uma pequena empresa, os tribunais nacionais tendem a partir do princípio de que não há um efeito sensível na concorrência, sem discutir a questão da eventual existência de um “feixe de acordos”. Infelizmente, mesmo quando estão conscientes desta teoria e se mostram recetivos a aplicá-la, a parte à qual ela interessa raramente alega os factos necessários para tanto (sem prejuízo das óbvias dificuldades de ónus da prova que se suscitariam). Em consequência, a análise global dos casos de *private enforcement* indicia a prática generalizada, nalguns mercados, de cláusulas restritivas da concorrência, cuja ilegalidade acaba por nunca ser declarada pelos tribunais neste contexto, frequentemente por falta de alegação ou de prova.

Mostra-se especialmente reveladora a análise da evolução cronológica do modo como os tribunais têm abordado esta questão.

Em 1991, em *Petrogal*, apesar de se tratar duma situação que manifestamente suscitava a problemática, o TJL não discutiu a sensibilidade do efeito restritivo da concorrência (ou sequer do efeito no comércio entre EMs) e colocou questões prejudiciais ao TJUE que tinham o preenchimento desse requisito como pressuposto. O TJUE, portanto, não se debruçou sobre esse ponto, mas o AG fez a seguinte chamada de atenção, sobre a teoria do feixe de acordos: “*é necessário ter em conta que a apreciação dos efeitos de tal acordo «implica a necessidade de se observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência» [acórdão Delimitis]*” (§11).

comportamentos se considerassem proibidos (...), haveria que provar-se esse impacto significativo sobre a concorrência”; Central de cervejas (IV), 17/05/2012 (A “susceptibilidade de afetar a concorrência tem de ser relevante, ou sensível, como tem vindo a ser uniforme e pacificamente entendido, tanto no direito comunitário da concorrência, como no direito nacional, pelo que, a contrario, não são passíveis de afetar essa concorrência os acordos que «afetam o mercado de forma ténue, tendo em linha de conta o peso diminuto dos intervenientes no mercado dos produtos em causa» [Ac. TJUE, Volk Vervaecke]”.); Botijas de gás, 09/04/2013; Nestlé (IV), 27/05/2013; Café (III), 30/11/2015.

Em 2002, o TRL concluiu que a cláusula anticoncorrencial dum pequeno acordo em causa era proibida, sem justificar de todo a sensibilidade do efeito¹⁴⁹.

Mas, depois destes primeiros casos com abordagens muito facilitadoras da identificação dum efeito sensível, a entrada em campo dos acordos no setor da Horeca, mas sobretudo do TRP e do STJ, começou uma mudança radical (ainda que não imediata).

Em *Nestlé (I)*, o TRP concluiu que o acordo de distribuição retalhista de café em causa ficava excluídos da proibição de práticas coletivas restritivas da concorrência por ser *de minimis*¹⁵⁰, sem sequer referir a questão do eventual feixe de acordos.

Em *Central de cervejas (I)*, o TJL e o TRL continuaram na linha facilitadora anteriormente defendida (contrato declarado nulo, devido a cláusula de exclusividade sem prazo)¹⁵¹. A fabricante invocou perante o TRL que o contrato era *de minimis*, e este foi um dos argumentos que levou o STJ a identificar uma omissão de pronúncia, o que poderá sugerir a sua intenção de ver a decisão invertida, precisamente por causa desta questão¹⁵².

Alguns meses depois, uma juíza do TJL decidiu os casos *Central de cervejas (II)* e *Central de cervejas (III)* procedendo à primeira análise aprofundada desta temática, com o apoio de um parecer *amicus curiae* da AdC solicitado pelo tribunal. Usando dos seus poderes de produção de prova, o tribunal concluiu que os acordos em causa eram *de minimis*, com base em dados de uma decisão do CC reproduzidos no parecer da AdC, já que só uma pequena parte do mercado nacional de cerveja no canal Horeca (delimitação do mercado implícita, por adesão à posição do CC, mas não discutida) – no máximo, 11% do total de vendas, juntando todos os fornecedores – estava coberto por acordos deste tipo¹⁵³.

TJL – *Central de cervejas (II)*, 14/03/2005; TJL – *Central de cervejas (III)*, 02/11/2005

[A propósito da aplicação do critério *de minimis*] “O parecer da Autoridade da Concorrência, junto aos autos, fornece dados que não foram contraditados pelas partes e que podem servir de indicativo sério. Aí se diz, em resumo, que o Conselho da Concorrência havia apurado que o volume de vendas

¹⁴⁹ *Tabou Calzados*, 09/04/2002.

¹⁵⁰ *Nestlé (I)*, 09/03/2004 (“atendendo aos quantitativos a adquirir – média mensal de 100Kg – não se pode de modo algum considerar que esteja posta em causa a concorrência numa parte substancial do mercado do café”).

¹⁵¹ *Central de cervejas (I)*, 09/07/2003.

¹⁵² *Central de cervejas (I)*, 13/01/2005. Não conhecemos o desfecho do caso no TRL.

¹⁵³ A conclusão do tribunal teve uma pequena imprecisão técnica jurídica, sem consequência prática. Se os acordos eram *de minimis*, então não violavam o disposto no artigo 2.º.

total, ao abrigo dos acordos de venda exclusiva celebrados, como o dos autos, com retalhistas do setor Horeca (hotéis, restaurantes e cafés), cifrava-se apenas em 3,5% do total das vendas neste setor. Somado com o peso dos estabelecimentos que contrataram de forma similar com a Unicer, a outra produtora com posição dominante no mercado da cerveja no território nacional, não ultrapassava, em conjunto, os 11% do total de vendas nesse canal, pelo que no entender do Conselho se mantinha diminuto o grau de encerramento do mercado, não tendo o efeito cumulativo de tais contratos atingido ainda níveis suficientemente elevados que permitissem considerá-los restritivos da concorrência, pelo menos à época”.

“A nível comunitário, a jurisprudência do Tribunal de Justiça vai no sentido de que para se apreciar se a existência de vários contratos de fornecimento de cerveja entrava o acesso ao mercado da distribuição é necessário analisar a natureza e a importância do conjunto desses contratos. Se se concluir que não têm por efeito cumulativo fechar o acesso a esse mercado a novos concorrentes, os contratos individuais que constituem o feixe de acordos, eles não podem constituir um obstáculo ao livre jogo da concorrência, na aceção do artigo [101.º TFUE] e, por isso, escapam à proibição nele previsto – Acórdão Stergios Delimitis c. Henninger Bräu, de 28.02.1991 [nota de rodapé: Apelando ao efeito cumulativo de bloqueio do mercado produzido por um conjunto de contratos similares, também a propósito da cerveja, vd. ainda o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Terceira Secção, de 05.07.2001, no caso Roberts c. Comissão]”

“Atentos os dados referentes ao mercado nacional, acima constantes, não poderão subsistir dúvidas sobre a falta de importância do conjunto de acordos de exclusividade, celebrados pela ora A., com parceiros como o R., daquele setor Horeca, quando considerado o mercado comunitário. Os valores em causa serão, certamente, irrisórios no quadro mais amplo desse mercado comunitário. Donde, não cremos que seja possível considerar proibido, e como tal nulo, o acordo celebrado entre as partes, em face do direito comunitário, porque mesmo considerado o conjunto dos acordos que a A. celebrou e que vinculam outros revendedores, a afetação do mercado europeu é de tal forma pequena que é despicienda.”

[Expansão ao direito nacional da solução consagrada na direito europeu]: *“se no texto da lei não encontramos motivo para tal restrição, já no seu espírito a poderemos sustentar. Se o que se pretende é garantir a concorrência, através da proibição das práticas que lhe sejam restritivas, uma prática não deverá ter-se por proibida se não for suscetível de criar um efeito anticoncorrencial com um mínimo de visibilidade [citação em rodapé do acórdão do TRL em Tabou Calzados]”.* “Atendendo aos dados avançados pelo Conselho da Concorrência, já acima elencados, e pelos motivos de direitos acabados de expor, defenderemos também a validade do acordo celebrado pelas partes, em face do direito interno. É que, embora obviamente violadores do disposto no artigo 2.º do diploma em análise, os acordos celebrados pela A. em termos análogos aos dos autos não atingiram um volume capaz de distorcer a concorrência”.

Ainda assim, o TRL continuou, em 2005 e 2009, a identificar violações da disposição nacional correspondente ao artigo 101.º do TFUE sem discutir a sensibilidade do impacto na concorrência e em contextos que não demonstravam tal impacto de modo evidente¹⁵⁴. E também o TRP, em 2009, considerou que uma cláusula num acordo entre um pequeno produtor de leite e um distribuidor violava o direito da concorrência, sem definir o mercado relevante nem discutir a sensibilidade do efeito na concorrência¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Carrefour*, 24/11/2005 (neste caso, a questão era inconsequente, na prática, porque também havia uma violação do regime das PIRC); e *Acordo parassocial*, 05/03/2009. Também não se discutiu a questão em *VSC e FPF v RTP*, 10/11/2009, mas aqui não podia haver dúvidas, por estarem em causa Regulamentos da UEFA que já tinham sido alvo de decisões da Comissão Europeia.

¹⁵⁵ *Leite*, 03/11/2009.

Mas, a partir de 2010, os casos em que se concluiu pela ausência de efeito restritivo na concorrência passaram a ser a regra. Identificámos apenas duas exceções pacíficas (ambas chegaram ao STJ)¹⁵⁶ e uma exceção criticável, mas sem relevância prática¹⁵⁷.

Em *Café (I)* (e também em *Nestlé (IV)* e *Café (III)*), o TRP debruçou-se sobre a teoria do feixe de acordos e rejeitou a presença de um efeito sensível por falta de alegação de factos necessários à sua demonstração.

TRP – Café (I), 12/04/2010

“exige-se que a prática concertada subjacente à cláusula de exclusividade seja relevante em face do contexto económico e jurídico onde é aplicada, ou seja, há que ponderar critérios, como seja [citando Gorjão-Henriques] «a natureza e quantidade de produtos (ou serviços) que são objeto do acordo, a importância relativa das partes no conjunto do mercado relevante, o carácter isolado do ato ou não do acordo, o rigor das cláusulas que restringem a liberdade das partes e de terceiros...»”¹⁵⁸.

O TRP afirmou que no caso concreto não havia violação do 101.º(1) “porque (...) não se afigura que em face do contexto económico e geográfico onde o contrato é aplicado possa ser relevante em termos de restrição relevante da concorrência. Na verdade, dos autos não resultam, porque nem sequer foram alegados, factos que seriam [indispensáveis nesta aferição, como sejam, qual a percentagem do mercado que este tipo de contratação absorve? Há outros contratos de natureza semelhante envolvendo o mesmo fornecedor e marca de café? Se sim, qual a sua abrangência geográfica? Há algum reflexo negativo na atividade comercial das demais empresas concorrentes neste mercado de venda de café?]”¹⁵⁹. Nada estando provado nos autos sobre todas estas questões (...), a mesma prática não apresenta um grau de eficácia e prejudicialidade relevante das regras de funcionamento do mercado único e da livre concorrência nele vigente, que justifique a proibição da cláusula e determine a sua nulidade, não se encontrando preenchidos os requisitos de aplicação do n.º 1 do artigo [101.º] do [TFUE].¹⁶⁰ E também não [se viola o direito nacional da concorrência porque não se provou] que a cláusula em apreciação impeça, falseie ou restrinja de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”¹⁶¹.

Em *Central de Cervejas (IV)*, a produtora invocou o mesmo precedente de análise do mercado pelo CC (apesar de muito datado) que fora decisivo nos dois casos *supra* referidos. O TRL afastou

¹⁵⁶ *Franchise de clínicas dentárias*, 05/02/2013: embora o acordo em causa respeitasse a dois mercados locais/regionais, estavam em causa cláusulas de um contrato de uma rede internacional de *franchise*, com uma Autora estrangeira (ainda assim, note-se que a questão não foi discutida, pelo menos não no STJ). *Botijas de gás*, 09/04/2013: o TRL citou a Comunicação de *minimis* da Comissão Europeia e discutiu esta questão. A questão era pacífica porque se determinou que se incluíam cláusulas semelhantes à *sub judice* em vários outros contratos da rede de distribuição.

¹⁵⁷ *Acidente de viação*, 16/06/2014: Nesta micro disputa entre o proprietário de um veículo acidentado e uma seguradora automóvel, o TRP aceitou a aplicação do direito da concorrência sem discutir se havia uma restrição sensível da concorrência. A questão era irrelevante, porém, porque o direito da concorrência não tinha as consequências para as quais tinha sido invocado.

¹⁵⁸ Reafirmado em *Café (III)*, 30/11/2015.

¹⁵⁹ Esta parte é repetida em *Nestlé (IV)*, 27/05/2013, precedida do seguinte: “Na verdade, para que se lograsse demonstrar que tal cláusula de exclusividade de constituía uma violação das normas de concorrência, nos termos do referido diploma, sempre se impunha apurar toda uma série de factos indispensáveis...”. Reafirmado ainda em *Café (III)*, 30/11/2015.

¹⁶⁰ Reafirmado em *Café (III)*, 30/11/2015.

¹⁶¹ Reafirmado em *Café (III)*, 30/11/2015.

o preenchimento deste requisito por força do ónus da alegação e da prova. O STJ concordou, fornecendo importantes esclarecimentos gerais, mas incorrendo na imprecisão técnica de afirmar que a qualificação como *de minimis* implica a inaplicabilidade da Lei da Concorrência (esta continua a ser aplicável, não está preenchido um dos requisitos da proibição do atual artigo 9.º da LdC).

TRL – Central de cervejas (IV), 07/06/2011

“Reportando-se aos autos, para além da existência do acordo celebrado entre as duas empresas, no qual foi efetivamente aposta uma cláusula de exclusividade, preciso se mostrava que ficassem demonstrados os demais requisitos no que concerne à afetação do comércio e restrições na concorrência, nomeadamente que a Apelante tivesse carreado, em sede própria, os factos necessários para tanto, sendo certo que, não se afigura, no atendimento dos elementos constantes dos autos, no que concerne ao volume de negócios, bem como à respetiva abrangência, e consequente contexto económico, que o acordo celebrado entre as partes se possa traduzir numa restrição relevante à livre concorrência”. “De igual modo, [no âmbito do direito nacional] não se divisa, nem foi alegado o factualismo necessário que tal permitisse, isto é, que a cláusula em referência, de algum modo, falseasse, restringisse, impedisse de forma sensível, a concorrência no mercado nacional”

STJ – Central de cervejas (IV), 17/05/2012

“o contrato dos autos, bem como todos os outros, com teor semelhante, que a recorrida celebrou com pontos de venda do sector “XXX”, não se subordinam à aplicação da Lei n.º 18/2003, de 11-06, porquanto, para que esses acordos ou práticas se subsumam às imposições do citado diploma legal, têm de ter por objeto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência em todo, ou em parte, do mercado nacional de cerveja, o que não acontece com os contratos do tipo dos autos celebrados pela autora, atento o pouco peso que têm no mercado nacional de cerveja, não sendo, consequentemente, passíveis de afetar de forma relevante a concorrência desse mercado”. “[T]endo a recorrente invocado que o contrato em causa viola as leis nacionais e comunitárias de proteção da concorrência, competia-lhe, no momento próprio, fazer a prova do preenchimento dos pressupostos da aplicação da referida legislação, designadamente da relevância do volume total de vendas efetuadas indiretamente pela autora/recorrida ao abrigo desses contratos, em face do volume total verificado no mercado, quer interno, quer comunitário. Ora, no caso em apreço, a recorrente nada invocou, nem, consequentemente, nada provou que permitisse concluir pela distorção da concorrência (...). Ainda assim, a recorrida logrou demonstrar que, atenta a pequena quota de mercado que detém, o negócio em causa apresenta-se irrisório no mercado relevante”.

d) Restrição por objeto ou por efeito

Nos casos *Nestlé (I)* e *Tabou Calzados*, os tribunais afirmaram que basta identificar a suscetibilidade do efeito restritivo da concorrência (efeito potencial) das práticas coletivas para que estas sejam proibidas (ver secção anterior). Estavam, aparentemente, a pensar em restrições por objeto, embora não tivessem discutido esta questão.

Diferentemente, em *Nestlé (III)* e *Café (I)*, o TRP entendeu que cláusulas de exclusividade e de compras mínimas não eram restrições por objeto, mas sim por efeito:

TJP – Nestlé (III), 15/09/2006; TRP – Nestlé (III), 01/03/2007

O tribunal de 1ª instância afirma (e o TRP repete, parecendo estar a confirmar), quanto a cláusulas de exclusividade e de compras mínimas, que “*só na análise dos efeitos concretos no mercado é que se poderia concluir se o acordo em causa efetivamente restringe, ou não, a concorrência (e se esta restrição é sensível), sendo para tanto imprescindível uma abordagem económica da questão definindo o mercado relevante e determinando se ficou ou não encerrado para os outros concorrentes ou impediu a expansão dos concorrentes existentes (restringindo a concorrência inter-marcas); em caso afirmativo, é ainda necessário que o acordo em causa tenha contribuído consideravelmente para esse efeito de encerramento do mercado. Concluindo que no caso dos autos não se provaram quaisquer factos que permitam concluir que o acordo em causa efetivamente produziu algum efeito anticoncorrencial no apontado sentido*”.

TRP – Café (I), 12/04/2010

“*A oposição em tal contrato [de compra de café] de uma cláusula de exclusividade por período de seis anos, renovados automaticamente, se não for denunciado e com a possibilidade de extensão do período inicial, caso o volume de comprar contratado não seja alcançado nesse período, só por si, não viola as regras comunitárias da concorrência, mormente o artigo [101.º(1) TFUE]*”. A utilização da expressão “por si” parece referir-se à expressão *per se* utilizada em inglês, referindo-se a restrições por objeto¹⁶².

Esta posição parece ter sido confirmada pelo TRL e pelo STJ em *Central de Cervejas (IV)*.

TRL – Central de cervejas (IV), 07/06/2011; [citado em STJ – Central de cervejas (IV), 17/05/2012]

Sumário II: “*A mera oposição de uma cláusula de exclusividade num contrato, que por renovações tácitas, face à intenção de se obter determinado objetivo, ultrapassa o prazo de cinco anos, não se traduz necessariamente numa prática anticoncorrencial, ferindo de nulidade o convencionado*”. “[N]a análise a efetuar, (...) importava que se mostrassem preenchidos os pressupostos, cumulativos, aí previstos para que o acordo ou decisão enfermasse de nulidade, isto é, a existência de um acordo entre empresas (...), afetação do comércio entre os Estados-membros, e a restrição da concorrência que legitime a intervenção da administração para defesa da liberdade da concorrência no mercado”. “*Reportando-se aos autos, para além da existência do acordo celebrado entre as duas empresas, no qual foi efetivamente aposta uma cláusula de exclusividade, preciso se mostrava que fossem demonstrados os demais requisitos no que concerne à afetação do comércio e restrições na concorrência, nomeadamente que a Apelante tivesse carreado, em sede própria, os factos necessários para tanto, sendo certo que, não se afigura, no atendimento dos elementos constantes dos autos, no que concerne ao volume de negócios, bem como à respetiva abrangência, e conseqüente contexto económico, que o acordo celebrado entre as partes se possa traduzir numa restrição relevante à livre concorrência*”.

No caso *Botijas de gás*, o TRL forneceu os seguintes esclarecimentos gerais úteis para a identificação de restrições por objeto, citando doutrina:

TRL – Botijas de gás, 09/04/2013

¹⁶² Neste sentido: Vieira Peres & Maia Cadete, 2010:202.

“A propósito da expressão «objeto» refere Miguel Mendes Pereira, obr cit., p. 102, que a expressão não reflete porventura com inteira fidelidade o sentido da expressão inglesa «object», a qual, em rigor, aponta para o escopo ou propósito do acordo”
“«A Comissão elaborou um conjunto de documentos que fornecem pistas para a identificação de restrições por objeto. Por regra, as restrições excluídas das isenções por categoria ou qualificadas como restrições graves nas Orientações e Comunicações tendem a ser identificadas como restrições por objeto. (...) No que toca a acordos verticais, são-no, designadamente, a imposição de preços mínimos ou fixos e a proteção territorial absoluta (quando incluam restrições às vendas passivas)» (Miguel Mendes Pereira, obr. cit., p. 103)”

e) Acordos verticais

33 anos depois da adoção da primeira Lei da Concorrência em Portugal, deveria ser óbvio e pacífico que o artigo 101.º do TFUE e as disposições nacionais correspondentes se aplicam tanto a acordos horizontais como a acordos verticais (para não falar de que é jurisprudência europeia assente). E, de facto, um grande número das decisões judiciais analisadas respeitam a práticas coletivas em relações verticais e, ao aplicarem o direito da concorrência, os tribunais confirmaram, implicitamente, essa aplicabilidade. Alguns tribunais, incluindo o STJ, já esclareceram, expressamente esta questão.

TRL – Tabou Calzados, 09/04/2002

“No que tange aos acordos, relevam [do DL 371/93, art. 3.º, equivalente ao 101.º] não só os celebrados entre as empresas do mesmo nível ou estágio do circuito económico – v.g. entre produtores ou distribuidores do mesmo produto – (acordos horizontais), mas também os que sejam concluídos entre operadores colocados em diferentes níveis do processo produtivo e de comercialização – v.g. produtor/importador-grossista-retalhista – (acordos verticais)”

STJ – Pavimentos vinílicos, 10/12/2009

“o concessionário goza de bastante autonomia, não suscitando tantas dúvidas, como acontece em relação ao contrato de agência, a subsunção da sua figura aos comandos da concorrência, que, aliás, o artigo 12º, b), do DL nº 371/93, de 29 de Outubro (Lei da Defesa da Concorrência), reconhece”

TRL – Bebidas (I), 16/06/2011

“Embora entre a autora e a ré não se afirme uma relação de concorrência direta - não são empresários operantes ao mesmo nível do processo de produção ou distribuição: a autora é produtora/distribuidora e a ré é retalhista direta -, tal não obsta a que o contrato em causa não afete a concorrência. A proibição de comercialização de produtos concorrentes associada à imposição de aquisição de quantidades mínimas, pode revelar-se restritiva da concorrência”.

Mas, inexplicavelmente, continuam a verificar-se decisões judiciais que afirmam que o direito da concorrência não proíbe práticas coletivas restritivas da concorrência em relações verticais. A recente pronúncia do STJ neste sentido, no caso *Botijas de Gás*, é especialmente incompreensível,

não só pela especial responsabilidade deste tribunal no esclarecimento do direito, mas também tendo em conta que se seguiu a um acórdão do TRL com uma fundamentação e análise legal e jurisprudencial muito extensa, que esclarecera precisamente o ponto contrário.

TRC – Loja dos Trezentos, 05/05/1998

TRC afirmou que o artigo 101.º do TFUE e disposição nacional correspondente não se aplicavam a acordos verticais, afirmando que um acordo entre empresas que não concorriam uma com a outra não tinha nada a ver com a possibilidade de restrição da concorrência.

TJP – Nestlé (II), 06/01/2006

[sobre artigo 4.º da Lei 18/2003] “no escopo de tal norma está subjacente que tais práticas resultem da concertação horizontal entre empresas no sentido de dominar o mercado e restringir a concorrência. Ou seja, a norma em questão não se aplica às relações verticais, ou seja, às relações criadas entre uma empresa e seus clientes, pelo que não tem aplicação no caso presente”.

Botijas de gás (tribunal de 1ª instância)

O tribunal recusou a aplicação do artigo 101.º no contexto de relações verticais em redes de distribuição - afirmou que uma cláusula de proteção territorial (sem discutir, e.g., se era uma proibição absoluta ou se se permitiam vendas passivas) “*não é em si nula, por contrária à Lei de Defesa da Concorrência, (...) pois que o concessionário, que pese embora atue em nome próprio integra a rede de distribuição do concessionário, está obrigado a todo um conjunto de deveres e obrigações, de entre as quais resulta a obrigação de revender naquela área e acatando as instruções, orientação e fiscalização da própria concedente*”.

STJ – Botijas de gás, 03/04/2014

STJ recusou que a cláusula fosse proibida, por entender que o produtor e o concessionário eram a mesma empresa para efeitos do direito da concorrência e que este não proíbe as restrições de concorrência intramarcas (ver detalhes na secção 3.2.h)).

f) Práticas concertadas

Só identificámos 2 casos que se tivessem debruçado sobre práticas concertadas.

Em *Limpezas industriais*, o júri de um concurso público identificou uma prática concertada, com confirmação pelo tribunal de 1ª instância e pelo TCA Sul. A qualificação como prática concertada, e não acordo, foi crucial para a decisão do caso, porque as propostas tinham sido excluídas sem prova de encontro de vontades, apenas com a demonstração de que, objetivamente, a similitude das propostas era inexplicável senão através de concertação.

Em *Deliberação social*, o TRG apoiou-se na jurisprudência europeia e nas posições da Comissão Europeia para concluir que uma troca de informações entre concorrentes (em causa, pedido de acesso a informação societária por acionista minoritário), se se verificasse, seria uma prática concertada ilícita. Ainda que concordemos com o imperativo de se impedir o acesso a informação comercial sensível por um concorrente, temos muitas dúvidas que uma obrigação de acesso imposta por um tribunal a uma empresa que recusa prestar essa informação ao seu concorrente possa, tecnicamente, ser qualificada como uma prática concertada (muito menos um acordo). O TRG forneceu os seguintes esclarecimentos sobre esta temática:

TRG – *Deliberação social*, 20/11/2012

“No que se refere à «prática concertada entre empresas», trata-se de uma «coordenação de conduta ou colusão entre empresas ... em que pelo menos uma empresa se comprometa perante outra a adotar determinada conduta no mercado ou que, na sequência de contactos entre elas, seja eliminada ou, pelo menos, substancialmente reduzida a incerteza quanto à sua conduta no mercado» (cfr. ponto n.º 15, Proc.º T25/95). Como vem referido no Ac. do TJUE de 14/07/72, «basta que se informem previamente da atitude recíproca que têm a intenção de adotar, de forma a que cada um possa delinear a sua acção na perspectiva de um comportamento análogo da parte dos seus concorrentes” (n.º 56. Proc.º 48/69). A «prática concertada» é, pois, uma forma de coordenação entre empresas, sem que estas tenham chegado a estabelecer um acordo, sensu proprio. Não é necessário que a coordenação seja do interesse de todas as empresas em causa. A coordenação não tem de ser expressa, podendo manifestar-se apenas pelo comportamento das empresas participantes – neste caso, a avaliação da afetação do mercado deve considerar a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas concertadas e o volume do mercado”.

“E posta [a Comissão Europeia em parecer amicus curiae] perante a questão se «a troca de informações entre concorrentes, mesmo quando é ‘unidirecional’, ou seja, quando apenas um concorrente proporciona informação ao outro, deve considerar-se um ‘acordo’ segundo o disposto no artigo 81.º do Tratado», respondeu: «Se um intercâmbio de informação ‘unidirecional’, ... ocorre no âmbito de contactos contínuos decorrentes da participação de uma empresa no capital social da outra empresa concorrente e se tal intercâmbio permite que a empresa utilize a informação recebida para coordenar o seu comportamento com o da empresa que fornece a informação, esta prática pode constituir um ‘acordo’ ou uma ‘prática concertada’ no sentido do artigo [101.º do TFUE]”, louvando-se, para tanto, no Ac. do Tribunal de Primeira Instância de 12/07/2001 (proferido nos Procos. T202/98, T204/98 e T207/98, Tate e Lyle v/ Comissão, pontos 35, 39 e 60 a 68). E, prossegue a Comissão, o princípio de que todos os agentes económicos devem determinar de forma autónoma a política comercial que se propõem seguir no mercado «opõe-se rigorosamente a qualquer contacto direto ou indireto entre os operadores capaz de influenciar o comportamento de um concorrente atual ou potencial no mercado bem como revelar a tal concorrente o comportamento que outro decidiu adotar, quando estes contactos têm por objeto ou por efeito obter condições de concorrência que não corresponderiam às condições normais do mercado relevante» (cfr. resposta à pergunta G, fls. 1831 dos autos (19 do Parecer), sendo aquela a transcrição do parágrafo 87 do Ac. do TJUE de 28/05/1998, John Deere Lda. v/ Comissão, que considerou que um sistema de troca de informações ofende as regras da concorrência pela simples diminuição do grau de incerteza sobre o funcionamento do mercado, por restringir a autonomia decisional das empresas). Chamando à colação o que se referiu já quanto à «prática concertada», como supra se deixa exposto, para que se considera inclusa no art.º 101.º, do TFUE basta que dela resulte (causalidade adequada) a obtenção de condições de concorrência diversas das normais. Basta,

pois, que dela resulte a diminuição do grau de incerteza em que se baseia a concorrência. Ora, a avaliação da afetação da concorrência baseia-se em fatores objetivos. Não releva a motivação das partes. A estrutura de custos de produção é informação sensível (cfr., na resposta à “pergunta 3”, o terceiro parágrafo de fls. 9 do Parecer – 1821 dos autos), que, sem exceção, é rodeada do maior secretismo por ser um elemento essencial da definição da estratégia da empresa. E, na situação sub judicio não colhe a argumentação de se tratar de “informação histórica”. A Comissão, na resposta à “pergunta 3”, de facto, confirmou que “na sua prática decisória tem vindo a estimar que a informação que data de mais de um ano é histórica”, mas logo alerta que “a natureza recente ou histórica da informação deve ser avaliada com uma certa flexibilidade, tendo em conta a medida em que os dados se tornam caducos no mercado em causa”. Este entendimento foi agora “institucionalizado” na Comunicação de 14/01/2011 (acima mencionada), aí se referindo que a classificação dos dados como “históricos” depende “da frequência das renegociações de preços no sector” e “do tipo dos dados, do seu grau de agregação, da frequência do intercâmbio e das características do mercado relevante (ou seja, da sua estabilidade e transparência) (cfr. parágrafo 90). Como acima se deixou referido a estrutura de preços de uma empresa sofre alterações mas muito lentamente, o que não permite classificar de “histórica” a informação pretendida. Como se sabe, quer pelo lado da oferta, quer pelo lado da procura, o mercado em que se movem a Apelante e as Rés é de natureza oligopolística. Ainda que se restrinjam os contactos entre a Apelante e as Rés às assembleias, eles terão, pelo menos, uma periodicidade anual. Uma vez conhecida a estrutura de custos de produção das Rés, a Apelante podia alterar os seus próprios preços em função dos preços praticados por aquelas, destarte utilizando a informação em seu benefício”.

g) Decisão de associação de empresas

Nos *VSC e FPF v RTP* e *Porto de Aveiro* estavam em causa decisões de associações de empresas, embora não tenham sido descritas enquanto tal pelos tribunais.

Sobre esta figura, afirmou, em termos gerais, o TRG:

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

“Relativamente às decisões de associações de empresas, como refere Miguel Moura e Silva, está em causa a possibilidade de coordenação das empresas associadas através de «atos formalmente unilaterais porque imputáveis à vontade da associação, mas que partilham da natureza dos acordos e práticas concertadas» (in ‘Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial’, Almedina, 2008, pág. 386. Cfr. ainda a nota de rodapé n.º 161, que transcreve António José da Silva Robalo Cordeiro na parte em que este distingue o «acordo» enquanto «radica num concurso de vontades individuais», e as «decisões de associações de empresas» enquanto «atos de vontade coletiva organizados pela própria associação»).”

h) Cláusulas de exclusividade e de compras mínimas

São relativamente frequentes os casos de práticas restritivas verticais em que se suscitaram cláusulas de exclusividade e/ou de compras mínimas, com destaque para os casos da secção 2.3.

As posições dos tribunais quanto a estas cláusulas têm variado drasticamente.

Em *Nestlé (III)* e *Café (I)*, o TRP afirmou que estas cláusulas são restrições por efeitos, não sendo portanto proibidas *per se*¹⁶³ (ver secção 3.2.d)), tendo o mesmo sido afirmado pelo TRL em *Botijas de gás*. Ainda neste caso, o TRL discutiu a possibilidade de as cláusulas de proteção territorial serem essenciais aos acordos de distribuição, salientando a necessidade de uma análise casuística¹⁶⁴.

O desfecho de alguns casos resultou da incompreensão do artigo 101.º e disposição nacional correspondente, como sucedeu em *Nestlé (I)*, *Nestlé (II)* e no acórdão do STJ em *Botijas de gás*.

Em vários casos, a ilicitude foi excluída com base na natureza *de minimis* das práticas em causa¹⁶⁵.

Num caso, a cláusula (inferior a 5 anos e sem renovação automática) foi considerada compatível com o direito da concorrência, embora não conheçamos os detalhes da motivação do tribunal¹⁶⁶.

Em *G v N*, o TRL afastou a relevância da ponderação da ilegalidade da cláusula de exclusividade (proteção territorial) com base na ideia da sua essencialidade, porque todo o acordo seria nulo e a ação ficaria sem objeto.

E, em *Bebidas (I)*, concluiu-se que o contrato não estabelecia uma obrigação de não concorrência por um período sem termo certo (sem renovação automática) e que beneficiava duma isenção categorial ou, pelo menos, que a Ré não preencheria o seu ónus de alegação e de prova.

¹⁶³ No mesmo sentido: *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011.

¹⁶⁴ *Botijas de gás*, 09/04/2013: “A cláusula de exclusividade aposta num contrato de concessão comercial – na medida em que impõe ao concessionário o desenvolvimento da sua atividade apenas numa determinada zona, que pode ser mais ou menos ampla (o país, uma região, uma cidade...) – não é um elemento essencial desse contrato, pese embora a relevância deste tipo de cláusulas nos contratos de cooperação, aos quais usualmente estão associadas”. “Ou seja, estamos perante cláusula que é acessória, não fazendo parte do núcleo que define o contrato, o que não quer dizer que, no âmbito da relação negocial estabelecida entre as partes, tal cláusula não possa configurar um elemento determinante do negócio, sem o qual porventura este não teria sido concluído, avaliação que só pode ser feita perante a hipótese que concretamente se depara ao julgador, tratando-se de uma análise casuística”

¹⁶⁵ Cfr., e.g.: *Central de cervejas (II)*; *Central de cervejas (III)*; *Central de cervejas (IV)*; *Café (III)*.

¹⁶⁶ *Nestlé (IV)* (que expressamente distinguiu este caso da situação vista em *Café (I)*).

Noutros casos, o tribunal pareceu inclinado para identificar uma prática restritiva da concorrência, mas impossibilitado de o fazer por motivos de ónus de alegação e prova¹⁶⁷.

Em *Botijas de gás*, em que a relação comercial fora rompida com base na violação reiterada duma cláusula contratual de exclusividade territorial, o TRL concluiu, numa análise de facto (em contraste com a conclusão da AdC, confirmada judicialmente, no processo de *public enforcement*), que esta cláusula não conferia uma proteção absoluta (não proibia vendas passivas), sendo por isso legítima.

Quanto aos casos em que se concluiu pela ilegalidade de cláusulas de exclusividade, temos um primeiro exemplo logo em *JGC v Tabaqueira*, mas não é claro se estava a ser aplicado o artigo 101.º ou o 102.º (ver secção 3.3.d)). Chegou-se à mesma conclusão em *Central de cervejas (I)*¹⁶⁸,

¹⁶⁷ Cfr., e.g.: *Café (I)* (relativo a contrato com exclusividade por 6 anos, renováveis por iguais períodos se não fosse denunciado e com possibilidade de extensão do período inicial caso o volume de compras mínimo contratado não fosse alcançado nos 6 anos); e *Café (II)* (menos claro que o tribunal estivesse inclinado para a nulidade da cláusula; em causa uma exclusividade de 5 anos, com o repagamento do mútuo antes do termo desse prazo).

¹⁶⁸ Veja-se ainda a posição do Governo português perante o TJUE em *Petrogal* (§§19-24), no sentido de que estas cláusulas restringem a concorrência, podendo cair no âmbito do artigo 101.º(1)

em *Tabou Calzados*¹⁶⁹, em *Olivedesportos*¹⁷⁰ e em *Leite*¹⁷¹ (não obstante a ausência da análise da sensibilidade do efeito restritivo da concorrência).

¹⁶⁹ Em causa, obrigações de “*não vender do mesmo produto a comerciantes com imagem de mercado menos reconhecida que a da R., vocacionados para clientela com poder de compra inferior [reservado a poder de compra médio/alto], bem como a não pôr à venda desse produto em estabelecimentos sitos num raio inferior a 10kms dos explorados pela R*”. Tratava-se, aparentemente, de uma cláusula “solta” neste acordo – não havia um contrato-quadro de distribuição (um sistema), o que tornava ainda mais difícil a identificação de um impacto sensível da restrição (não discutida pelo tribunal). O TRL confirma que as cláusulas de distribuição exclusiva e seletiva restringem a concorrência. Quanto à eventual aplicação duma isenção individual neste caso, afirmou o TRL: “*No caso dos autos, não se depreendem quaisquer circunstâncias que confirmem às cláusulas restritivas em apreço as finalidades eleitas no n.º 1 do sobredito artigo 5.º, não se chegando a vislumbrar qual o seu preciso alcance no contexto da comercialização da mercadoria em referência. Bem pelo contrário, é a própria R. que deixa transparecer a ideia de que as preditas cláusulas visavam, fundamentalmente, preservar o prestígio da sua imagem no mercado o que reflete uma pretensão de tratamento mais favorável, sem razões plausíveis objetivamente fundadas na natureza do produto ou na estrutura e funcionamento peculiares daquele segmento do mercado*”.

¹⁷⁰ *Olivedesportos*, 02/11/2000: “*De acordo com a tese do apelante, as cláusulas de exclusividade constantes dos três contratos em causa e nomeadamente a já referida 13ª cláusula do contrato C, por um lado, limitam a oferta e procura dos direitos televisivos de transmissão de jogos de futebol e, por outro lado, impedem o acesso ao mercado de outros concorrentes. [1ª instância] Esta posição não foi acolhida pela sentença recorrida e com um duplo argumento: 1º o contrato com a RTP não é objeto deste processo; 2º dos contratos celebrados entre a A. e R. «não resulta uma situação monopolista no domínio dos direitos televisivos, desde logo porque essa questão não se coloca no momento em que a Olivedesportos os vai ceder a operadores de televisão, pois... só estes estão em condições de legalmente os exercer». Ou dito de outra forma (para a sentença recorrida) não é no momento da celebração de contratos entre a R. e os vários clubes que radicam os efeitos nocivos apontados pela A., ou seja, não é esse o momento que se «impede o acesso ao mercado de outros interessados nos direitos de transmissão televisiva integral e parcial de jogos de futebol em sinal aberto ou não aberto, eliminando a concorrência entre eles e deixando sem alternativas as empresas que exercem a atividade de empresas de televisão», mas «no segundo momento, em que necessariamente a Olivedesportos transmite a uma operadora de televisão os direitos que adquiriu. Esta perspetiva da sentença recorrida é, com todo o devido desrespeito, distorcida, e como tal, não tem em conta a verdade realidade dos factos. Ao colocar nas mãos da R. o poder de só ela dispor (a quem e como ela entender) dos direitos de transmissão de jogos de futebol, seja em sinal aberto ou não, teremos de concluir que tal prática vai contra o art. 81º do Tratado CE e também contra o art. 2º do DL 371/93, na medida em que deixa sem possibilidade de outras entidades (as que estão devidamente licenciadas) contratarem com os clubes com vista à transmissão dos jogos de futebol. Aponta neste preciso sentido Menezes Cordeiro: «temos aqui acordos que veem falsear ou restringir a concorrência em todo o mercado nacional... os clubes ficam inibidos de negociar melhores condições. Estando todo o mercado tomado, não poderão surgir novas ‘Olivedesportos’ em concorrência com a ora existente. Por seu turno, a Olivedesportos vai vender os direitos – ou pode fazê-lo – a apenas uma estação de televisão, podendo pedir – pois não há concorrência – as condições que entender» (fls. 834). Assim sendo, como nos parece que é, os contratos celebrados entre a A. e R. são nulos, por força do n.º 2 do DL 371/93 e n.º 2 do art.º 85.º do Tratado citado”. No caso concreto, não tinha sido invocado benefício de isenção pela Ré.*

¹⁷¹ *Leite*, 03/11/2009: “*Ora, a cláusula inserida no contrato de mútuo em que se estipula para a autora a obrigação de venda exclusiva da sua produção leiteira à Ré, mesmo que temporária, traduz um significativa limitação ao produtor para, na livre concorrência do mercado, obter o melhor preço para o seu leite e também aos outros compradores que ficam impossibilitados de concorrer na compra da produção leiteira da autora. E, por outro lado, essa cláusula surge-nos muito claramente como uma obrigação suplementar que, no contrato de mútuo celebrado entre as partes, acresce à obrigação de restituir a quantia mutuada (o que foi pontualmente cumprido pela autora), não tendo, pela sua natureza, nem de acordo com os usos comerciais, qualquer ligação com o objeto desse contrato de mútuo. Por conseguinte, a cláusula sétima do contrato que aqui se vem analisando infringe o disposto nas alíneas c) e g) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei 18/2003 e, assim sendo, deve ser considerada nula, face ao que se dispõe no n.º 2 do mesmo preceito*”.

i) Cláusulas de não-concorrência

A análise jusconcorrencial de cláusulas de não-concorrência foi objeto de especial atenção em dois casos relativos a acordos de franquia¹⁷²: *Franchise de clínicas dentárias* e *Franchise de hotelaria*.

No primeiro, o STJ concluiu que a cláusula era nula, “concretamente ao proibir a concorrência pós-contratual excedendo os limites territoriais indispensáveis à proteção da propriedade intelectual do franquizador, o «saber fazer» por este fornecido à franquiada”, reduzindo-a na parte em excesso.

Este caso suscita-nos dúvidas sobre a *ratio*, à luz do direito da concorrência, de se admitir uma cláusula de não concorrência no território concessionado, mas de se proibir a extensão dessa cláusula para outros territórios (ver secção 3.2.j)).

No segundo, o STJ reafirmou o primeiro caso, mas acrescentou uma consideração de direito civil que pode esclarecer o que estava na mente do STJ também naquele outro caso: “Por sua vez, no direito interno, o art.º 9.º, n.º 2, do dec-lei 178/86, de 3 de junho, prevê a possibilidade de ser estipulada uma obrigação de não concorrência, nos contratos de agência, por um período máximo de dois anos e circunscrita à zona ou círculo de clientes confiado ao agente”. O desfecho do caso foi especialmente interessante por passar por um juízo objetivo do tribunal (afastando estipulação contratual no sentido contrário) sobre o valor acrescentado do *know-how* transmitido.

STJ – Franchise de hotelaria, 08/10/2013

“Da análise dos textos normativos invocados, é possível concluir que é lícita a inclusão, num contrato de franquia, de uma cláusula proibitiva de concorrência, desde que limitada no tempo e respeite os limites e fins da indispensabilidade da proteção e salvaguarda do saber transmitido pelo franquizador. As cláusulas que sejam indispensáveis para impedir que os concorrentes se aproveitem do património de conhecimento, da técnica e da assistência fornecida ao franquiado não constituem restrições à concorrência, no sentido do [artigo 101.º do TFUE]. O franqueador tem que poder comunicar o seu «saber fazer» e prestar a sua assistência ao franqueado, sem que daí resultem benefícios para terceiros, pelo que as cláusulas que prevejam uma obrigação de não concorrência justificam a obrigação do franqueado de não concorrer com a sua contraparte, durante o mesmo e após a cessação do contrato.”. O STJ recorda o conteúdo da cláusula 13ª e afirma: “Nas conclusões da revista, os recorrentes sustentam que as cláusulas que impõem obrigações de não concorrência, nos contratos de franquia, só são válidas se forem indispensáveis à proteção do “saber fazer”, transmitido pelo franquizador ao franquiado. Efetivamente, as informações transmitidas devem ser secretas, substanciais e identificadas,

¹⁷² Ver também *Bebidas (I)* e *Montagem de elevadores*.

como é entendimento da doutrina e da jurisprudência. Secretas, na medida em que o “saber fazer” não é normalmente conhecido ou de fácil obtenção. Substanciais, porque este inclui informações indispensáveis ao comprador para utilização, venda, revenda de bens ou serviços prestados. Identificadas, na medida em que este deve ser definido de uma forma suficientemente abrangente, a fim de permitir verificar se preenche os critérios de confidencialidade e substancialidade. No caso concreto, a autora não provou a transmissão aos recorrentes de qualquer “saber fazer” relevante, que se possa considerar secreto, substancial e identificado. Com efeito, ao contrário do que se diz no início da cláusula 13ª, o réu BB, na data da assinatura do contrato de franquia, não tinha recebido qualquer formação da autora (facto 83). O know-how que foi transmitido aos recorrentes pela recorrida resumiu-se à formação inicial, que consistiu num curso teórico de dois dias e num curso prático de cinco dias, este já aberto a seis empregados, com o esclarecimento de que pontualmente, em regra uma vez por mês, eram corrigidos alguns procedimentos, ministrados alguns esclarecimentos e dado algum apoio em campanhas publicitárias, e sendo que a generalidade do conhecimento assim transmitido é acessível a qualquer pessoa que se interesse pela matéria e é o que tem que aprender qualquer empregado de qualquer cafetaria (factos 61, 84 e 85). Grande parte do que o recorrente BB aprendeu e sabe do negócio de cafetaria, aprendeu-o a expensas próprias e mercê da experiência adquirida no seu trabalho à frente do estabelecimento que pertencia à ré “DDLda” (facto 86). Os produtos comercializados nos estabelecimentos “GG” são idênticos ou similares aos que se encontram em muitos estabelecimentos do ramo de cafetaria, com o esclarecimento de que, em parte, tais produtos vieram a ser comercializados, pois ainda que alguns fossem “originários” da autora, vieram com o decurso do tempo a vulgarizar-se (facto 87). Não são produtos exclusivos da autora. Perante esta factualidade apurada, forçoso é concluir que não foi transmitido aos recorrentes qualquer know-how relevante, pelo que a indicada cláusula de não concorrência não preenche o requisito de indispensabilidade à proteção do “saber-fazer” transmitido. Não há qualquer know-how relevante que justifique que os réus. pudessem ficar impedidos de exercer atividades concorrentes com as da autora. Por isso, a cláusula 13ª do contrato é de considerar nula, como se considera.”. A cláusula 13ª do contrato começava por dizer: “O licenciado reconhece que recebeu uma formação especializada e valiosa, e que lhe foi fornecida informação confidencial sobre o negócio franquiado”, o que significa que o STJ não deu relevância a esta estipulação contratual.

j) Acordos de franquia

Identificámos 3 casos relativos a acordos de franquia, descritos nas secções 2.4 e 3.2.i) (*Loja dos Trezentos, Franchise de clínicas dentárias e Franchise de hotelaria*).

Em *Franchise de clínicas dentárias*, o STJ recorreu a normas de um regulamento de isenção por categoria para qualificar o acordo como um contrato de franquia e citou largamente uma obra de Maria de Fátima Ribeiro.

STJ – Franchise de clínicas dentárias, 05/02/2013

“Sendo um verdadeiro contrato de franquia, apesar das normas do Tratado de Roma que proibem os acordos restritivos de concorrência (art.ºs 81.º e 82.º), a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, reconhecendo as vantagens económicas da importação deste modelo de contrato dos EUA, têm-lhe concedido um tratamento privilegiado. O Tribunal de Justiça das Comunidades pronunciou-se a primeira vez sobre a compatibilidade de um contrato de franquia com o direito europeu da concorrência no caso “Pronuptia”, Ac. de 28 de Janeiro de 1986, conferindo-lhe um tratamento privilegiado em relação aos contratos de venda exclusiva. Definiu, entre outros

princípios, que a compatibilidade dos contratos de franquia em matéria de distribuição com o art.º 81.º n.º 1 depende das cláusulas que esses contratos contenham e do contexto económico no qual se inserem. Mais definiu que as cláusulas que sejam indispensáveis para impedir que os concorrentes se aproveitem do património de conhecimento e de técnica e da assistência fornecida ao franquiado não constituem restrições à concorrência no sentido do art.º 81.º n.º 1. O Tribunal determinou, enquanto não existisse uma isenção por categoria específica para estes acordos, o recurso ao processo individual de isenção, por força do n.º 3 do art.º 81.º, em todos os casos em que estes contratos apresentem cláusulas restritivas da concorrência não reconduzíveis às que o Tribunal considerou indispensáveis à realização dos fins da franquia. Posteriormente, entre 1986 e 1988, a Comissão das Comunidades Europeias decidiu em cinco casos concretos acerca da compatibilidade com o direito comunitário de certas cláusulas contidas noutros contratos de franquia, respondendo a pedidos de isenção individual. A Comissão, nestas decisões, confirmou os princípios enunciados pelo Tribunal de Justiça no Caso ...: o contrato de franquia apresenta uma especificidade que lhe confere autonomia em relação a outros tipos de contratos de distribuição e pode favorecer uma concorrência efetiva no seio do mercado comum, o que justifica a proteção do saber-fazer e da imagem de marca do franquiador, condição de sucesso para a implantação de novos franquiados. A Comissão concedeu o benefício da isenção em todos estes cinco casos de contratos de franquia, apesar de algumas cláusulas proibidas pelo art.º 81.º n.º 1, considerando que nos casos concretos estavam preenchidas as condições de aplicação do n.º 3 do art.º 81.º do Tratado de Roma, que podem resumir-se no seguinte: devem contribuir realmente para melhorar a concorrência, por exemplo relativamente às grandes cadeias de distribuição, permitindo a penetração em novos mercados; devem permitir que as duas partes do contrato dele retirem vantagens: o franquiador deve poder estender a sua rede e desenvolver os seus métodos de comercialização e o franquiado deve poder realizar benefícios aos quais não teria acesso sem a colaboração do franquiador; devem atribuir aos consumidores uma parte substancial das vantagens obtidas, graças à instauração de uma rede de distribuição que tome em consideração os seus gostos e lhes garanta uma qualidade uniforme de produtos nos diferentes pontos de venda. Assim, a Comissão considerou lícitas, nomeadamente, as cláusulas relativas à proteção territorial, desde que não eliminem a concorrência relativamente a uma parte substancial do mercado. Por outro lado, entendeu não preencherem as condições de isenção outras cláusulas, que foram posteriormente modificadas para não impedirem a atribuição da declaração de isenção aos respetivos contratos. Entre as cláusulas que foram modificadas por indicação da Comissão, temos, nomeadamente: A obrigação de não concorrência depois de terminado o acordo, que era demasiado ampla em termos territoriais e de tempo, passando a ser de um ano num raio de 10 Km do precedente negócio (...); A obrigação de o franquiado praticar preços mínimos foi substituída pela faculdade reconhecida ao franquiador de distribuir aos franquiados uma lista de preços máximos aconselhados (...). Posteriormente, a Comissão, a 30 de novembro de 1988, emitiu o Regulamento de isenção por categoria nº 4087/88, relativo à aplicação do art.º 81.º do Tratado de Roma a certas categorias de contratos de franquia de distribuição e de serviços. A Comissão fixou neste Regulamento uma disciplina condescendente para os contratos de franquia, nomeadamente quanto à cláusula de não concorrência pós-contratual. A cláusula passou a entrar na lista branca (isenção por categoria), desde que o período de tempo não fosse superior a um ano, no território em que se executou o contrato. O Regulamento indicava no seu art.º 3.º uma série de cláusulas que tanto o Tribunal de Justiça como, ulteriormente, a Comissão consideraram não restritivas da concorrência, porque necessárias para proteger os direitos de propriedade industrial ou intelectual do franquiador, ou para manter a identidade comum e a reputação da rede franquiada. O art.º 5.º do Regulamento previa um conjunto de cláusulas que foram consideradas restritivas da concorrência nos termos do disposto no art.º 81.º n.º 1, e relativamente às quais não existia uma presunção geral de que produzissem os efeitos positivos exigidos pelo n.º 3 do citado art.º 81.º Tais cláusulas são consideradas particularmente danosas para a concorrência no âmbito da política comunitária, tendo sido, por isso, liminarmente excluídas do âmbito da isenção. Nenhuma destas cláusulas foi inserida, quer no contrato de franquia, quer na transação que foi celebrada, quando da sua rescisão antecipada. “Por fim a Comissão adotou, em 22 de dezembro de 1999, o Regulamento de isenção nº 2790/1999, entrado em vigor em 1 de junho de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do art.º 81.º do Tratado de Roma a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, destinado a substituir alguns dos regulamentos de isenção por categoria específica existentes (1983/83, 1983/84 e 4087/88). Ulteriormente, em 24 de maio de 2000, a Comissão aprovou a Comunicação sobre Orientações

relativas às Restrições Verticais, que estabelecem os princípios para a apreciação dos acordos verticais ao abrigo do art.º 81.º do Tratado de Roma”
“As cláusulas 8ª e 16ª, inseridas na transação preventiva e no contrato de franquia, respetivamente [não concorrência após termo da relação comercial], não estão limitadas ao indispensável para proteger os legítimos interesses do franquiador, sendo nulas, porque restritivas da concorrência, nos termos do art.º 81.º n.º 1 do Tratado de Roma. ”

O desfecho deste caso suscita-nos alguma perplexidade. Se o tribunal concorda que se justifica a cláusula de não concorrência dentro do território atribuído, para proteger a propriedade intelectual partilhada durante a vigência do contrato de franquia, por que motivo se entende que essa propriedade intelectual já não merece proteção se a concorrência se verificar noutra território? Que diferença prática faz, nessa perspectiva, o ex-franchisado abrir uma clínica idêntica em Coimbra ou em Aveiro, usando o conhecimento que lhe foi transferido?

1) Outras práticas coletivas

Em *Franchise de clínicas dentárias*, suscitou-se uma questão de fixação de preços de revenda. Os Réus alegaram que contrato de franquia incluía “*disposições contratuais que conjugadamente incentivavam o licenciado a cumprir a política de preços de venda da rede, já que estes eram definidos pelo licenciador, tratando-se de preços âncora ou mínimos*”, e que estas violavam o direito da concorrência. Tanto quanto nos foi possível determinar, a questão não foi discutida pelos tribunais.

Em *Carrefour*, discutiu-se uma prática de subordinação de contratos a condições suplementares. A aplicação conjunta do direito da concorrência e do regime das PIRC dificulta a análise do acórdão. Não é evidente que estivessem preenchidos os requisitos de aplicação do art.º 2.º do DL 371/93, sendo o artigo das PIRC era mais fácil de aplicar. A linguagem do tribunal na conclusão sugere que estaria a pensar mais nas PIRC (“caráter abusivo” e impor contratos à Ré) do que no DL 371/93¹⁷³.

TRL – Carrefour, 24/11/2005

¹⁷³ A lógica de imposição unilateral e de práticas abusivas, no âmbito do direito da concorrência, deveria ter sido analisada no âmbito das práticas unilaterais. Por isso, a Autora tinha-se defendido dizendo que não se provava um estado de dependência económica da Ré.

“Resultou provado que «os valores exigidos a título de referência e sempre que são abertas novas lojas «rappel de abertura», não têm contrapartida ou serviço que as justifique, ou que justifique o seu elevado montante». Provou-se igualmente que a A. fez depender a celebração de contratos de fornecimento da aceitação, por parte da Ré, de tais obrigações de «referência» e «rappel de abertura». Finalmente, está apurado que «a exigência de tais montantes não tem, de acordo com os usos comerciais de compra e venda de produtos, ligação objetiva aos fornecimentos».
“Nos termos do artº 2º n.º 1 g) do DL 371/93 – aplicável à data dos factos - «subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos.»
“Os normativos citados não deixam dúvidas quanto ao carácter abusivo dos «contratos de prestação de serviço» que a A. foi impondo à R., constituindo esta em sujeito de obrigações sem qualquer contrapartida. Tais contratos são nulos, nos termos do art 2 do DL 371/93, já que a A. não logrou demonstrar as circunstâncias justificativas previstas no art. 5.º do mesmo diploma. De resto, tal nulidade resultaria desde logo do disposto no art. 280.º, n.º 1, do CC. Nos termos do artº 289º, n.º 1, do CC, a declaração de nulidade tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado.”

Em *VSC e FPF v RTP* discutiu-se uma versão dos Regulamentos UEFA declarada ilegal pela Comissão Europeia por nela se prever a exigência de autorização de terceiro (“*a necessidade de as empresas de televisão obterem prévia autorização da associação nacional, no caso a FPF*”).

E, em *Acordo parassocial*, discutiu-se a celebração de um acordo que previa a prática de preços discriminatórios. O tribunal aplicou a proibição com muita facilidade (novamente, no contexto da aplicação paralela do regime das PIRC).

TRL – Acordo parassocial, 05/03/2009

“o mecanismo criado no acordo parassocial para determinação dos preços a serem praticados pela C aos sócios poderá implicar a existência de preços diferentes entre sócios e não sócios para a mesma prestação de serviços. Tal situação configura uma violação do artigo 1º do DL nº 370/93 [regime PIRC – preços discriminatórios], (...) quando determina [citação] (...). Por outro lado, dispõe o n.º 1 do artigo 4º da Lei 18/2003: [citação da alínea e) – condições discriminatórias]. [Cita também o n.º 2 quanto à nulidade]. Assim, atendo-nos ao C em apreço, visa-se no acordo parassocial o estabelecimento dum conjunto de regras determinativas do preço pela prestação dum serviço pela C, preço esse que, assim determinado, poderá implicar a existência de preços diferenciados em relação a prestações equivalentes. Logo, tais disposições são proibidas por lei e, em consequência, nulas.”

m) Nulidade de cláusulas contratuais

Como não poderia deixar de ser, tendo em conta que esta solução resulta expressamente da letra da lei, é pacífico na jurisprudência nacional que a consequência da violação do direito da concorrência é a nulidade das respetivas cláusulas contratuais¹⁷⁴.

Mas a jurisprudência esclareceu já várias questões que se suscitam neste domínio.

Esclareceu-se, por exemplo, que o abuso de posição dominante também implica a nulidade das cláusulas contratuais indissociáveis desse abuso (nalguns casos aplicando-se o 101.º(2) ou disposição nacional correspondente, noutros – que nos parecem mais adequados –, aplicando-se a regra geral do direito civil)¹⁷⁵. Esta questão foi discutida em detalhe no caso *IMS Health*, tendo o tribunal arbitral e o TRL confirmado esta posição, discordando dos argumentos da ANF (apoiados num parecer do Prof. Doutor Menezes Cordeiro)

TRL – *IMS Health*, 03/04/2014

Argumentos da ANF: “*um eventual abuso de posição dominante nunca seria gerador de nulidade, mas simplesmente determinante da aplicação de coima e outras sanções pela autoridade competente. Com efeito, o artigo 6.º da Lei de Concorrência não prevê a sanção da nulidade, não havendo razão, face aos fins específicos daquela norma, para entender tratar-se de uma lacuna a integrar por remissão para o Código Civil*”

Argumentos da IMS: [a nulidade resulta das regras gerais do CC (280.º(1) e (2) e 294.º) mas também da LdC, aplicando-se o artigo 4.º por via do artigo 6.º]

Tribunal arbitral: o tribunal tem “*competência (...) para conhecer tais atos alegadamente ilícitos e sobre eles decidir, se, e na medida em que, tenham sido invocados neste processo como questão prévia de pedidos ou de exceções compreendidos no objeto do processo. Ora, em concreto, as questões de atuação anticoncorrencial foram suscitadas pela Demandada como fundamento de invalidade do contrato em que funda o pedido das Demandantes. É neste quadro e a esse título (e só esse) que o Tribunal apreciará os atos alegadamente anticoncorrenciais. (...) Mas pode, e deve, tomá-los em consideração como eventual fundamento de nulidade por violação de normas imperativas, como haveria de fazer em relação a quaisquer outras normas imperativas potencialmente determinantes da invalidade do contrato em causa.*”. “*Na decisão [arbitral] justifica-se a não aplicação do artigo 4.º n.º*”

¹⁷⁴ A primeira vez que um tribunal declarou a nulidade de cláusulas contratuais como consequência da violação do direito da concorrência foi logo no seminal caso *JCG v Tabaqueira* (acórdão do TRL, apesar de esta decisão ter sido invertida pelo STJ): “*Assim sendo, e porque são nulos os negócios jurídicos cujo objeto seja contrária à lei (art. 280-1 do CC), embora a nulidade não determine sempre a nulidade de todo o negócio – e é o caso, visto tudo indicar que os contratos se concluíam da mesma maneira sem os referenciados descontos especiais (art. 292 do CC), bem andou o Sr. Juiz, em face do previsto nos arts. 13-3 do DL 422/83 e 85.2 do Tratado de Roma, declarar nula a cláusula 4ª-1 b) que os consagrou*”.

¹⁷⁵ *JCG v Tabaqueira*, 18/04/1991 (este caso demonstrou também que há situações em que se justifica e é legítimo o pedido de confirmação da validade de cláusulas contratuais, por não violarem o direito da concorrência). Em *Reuter*, a Ré alegou em sua defesa um abuso de posição dominante e consequente nulidade do contrato (com preço discriminatório). O tribunal não lhe deu razão, portanto não teve de discutir esta questão. Ainda assim, todas as instâncias até ao STJ discutiram a questão do abuso de posição dominante como potencial fundamento para a nulidade do contrato, o que pode ser interpretado como significando que aceitaram tacitamente essa possibilidade. O STJ citou expressamente o 13.º, n.º 3, neste contexto, parecendo implicar que via a mesma consequência no abuso de posição dominante.

2 da L 18/2003 assim: «Não se aplica ao caso a cominação da nulidade contemplada no artigo 4.º n.º 2, da LdC, porque a prática anticoncorrencial não consiste num acordo entre empresas infratoras das regras sobre defesa da concorrência (...). Nem é necessário aplicar tal cominação por analogia, porquanto o mesmo efeito se obtém pela aplicação direta da citada norma civil, que fere de nulidade todo o conteúdo contratual (que, no contexto, está compreendido no objeto) contrário à lei imperativa»”

TRL: “Em abono da tese das recorrentes, e contra a posição do Tribunal, o Professor Menezes Cordeiro, no Parecer junto, defendendo que a proibição do abuso da posição dominante é punível com coimas e que «não podemos transformá-la numa norma delimitadora da autonomia privada, como se fez no acórdão, em termos de provocar a nulidade dos contratos que dela advirem. Na verdade, tal nulidade poderia por termo ao serviço em jogo, com danos para todos». E continua: «Os tribunais não têm meios técnicos nem poderes para determinar a existência de posição dominante e de abusos que dela decorram. E muito menos têm poderes para corrigir os preços praticados em função de abusos desse tipo». Vindo a concluir que no direito privado português a invalidação de um contrato, por excesso de poder, só poderá ocorrer no âmbito dos negócios usurários (...). Permitimo-nos discordar. (...) Quanto à expressa pronúncia sobre a validade das cláusulas contratuais, em face das normas do direito da concorrência, julgamos não assistir razão às recorrentes, dado estarmos, de forma evidente, perante normas imperativas e de ordem pública, a caírem sob a alçada dos arts. 280.º e 294.º do CC, que cominam com o vício da nulidade os negócios contrários à ordem pública ou contra lei imperativa”. “Quanto à questão das normas violadas e das sanções decorrentes, (...) ao tribunal cabe aferir da validade do contrato (ou das cláusulas contratuais) que violem as normas de direito público e imperativas como são as da Lei da Concorrência e dirimir o litígio do caso concreto, com as regras do ordenamento jurídico português, maxime, o Código Civil, que foi o caminho seguido.”

A principal dúvida que se tende a suscitar é sobre a nulidade total ou parcial e consequências desta. Embora a regra seja a nulidade parcial e a redução do negócio, os precedentes fornecem-nos vários exemplos de ambos os cenários.

Começando pelos casos de nulidade parcial e redução, podemos referir casos relativos a cláusulas de exclusividade e compras mínimas (*Petrogal*¹⁷⁶, *Nestlé (III)*¹⁷⁷, *Leite e Botijas de gás*¹⁷⁸), casos relativos a preços excessivos ou esmagamento de margens (*IMS Health, NOS v PT (II)*), um caso

¹⁷⁶ No processo de reenvio prejudicial, o A.G. afirmou (§16): “a nulidade prescrita no n.º 2 se restringe às partes do acordo atingidas pela proibição. O acordo, no seu conjunto, só será nulo «se estes elementos se revelarem inseparáveis do próprio acordo». [Acórdão STM, 56/65] *Compete ao tribunal nacional apreciar, face ao direito nacional aplicável, os efeitos da nulidade de algumas disposições do acordo sobre este no seu conjunto* [Acórdão Kerpen, 319/82; acórdão VAG France, 10/86]”. E o Governo português, nas suas observações neste caso (§§43-56) defendeu que, nada havendo no direito civil nacional que o impedisse, a cláusula de exclusividade deveria ser reduzida até ao máximo permissível, em vez de declarada nula na sua integralidade.

¹⁷⁷ Embora o TRP não tenha precisado de tomar posição no caso concreto, afirmou que, em todo o caso, a declaração de nulidade valeria só para as cláusulas indicadas na decisão da AdC que fora invocada.

¹⁷⁸ *Botijas de gás*, 09/04/2013: “A cláusula de exclusividade aposta num contrato de concessão comercial – na medida em que impõe ao concessionário o desenvolvimento da sua atividade apenas numa determinada zona, que pode ser mais ou menos ampla (o país, uma região, uma cidade...) – não é um elemento essencial desse contrato, pese embora a relevância deste tipo de cláusulas nos contratos de cooperação, aos quais usualmente estão associadas”. “Ou seja, estamos perante cláusula que é acessória, não fazendo parte do núcleo que define o contrato, o que não quer dizer que, no âmbito da relação negocial estabelecida entre as partes, tal cláusula não possa configurar um elemento determinante do negócio, sem o qual porventura este não teria sido concluído, avaliação que só pode ser feita perante a hipótese que concretamente se depara ao julgador, tratando-se de uma análise casuística”.

relativo a uma cláusula de não-concorrência (*Franchise de clínicas dentárias*) e outro relativo a encerramento do mercado (*Porto de Aveiro*).

Estes casos mostraram que a nulidade parcial duma cláusula pode traduzir-se na sua redução, por exemplo, através da fixação de um preço inferior (em caso de preços excessivos) ou de fixação de uma duração ou âmbito substantivo ou territorial mais limitado (em caso de cláusulas de exclusividade, proteção territorial ou pactos de não concorrência)¹⁷⁹. Esta questão foi tratada de modo especialmente claro em *Franchise de clínicas dentárias*.

STJ – Franchise de clínicas dentárias, 05/02/2013

O TRL tinha aparentemente reduzido a cláusula de não-concorrência do contrato de transação. Réus argumentaram que decorria da jurisprudência europeia uma “*nulidade absoluta [que] impede que se leve a cabo uma redução, conversão ou qualquer outra forma de modificação de uma obrigação ou cláusula anticoncorrencial em si mesma, que tenha por resultado a inerente produção de efeitos jurídicos retroativos*”. Argumentaram também que o TRL não reduzira, mas sim convertera a cláusula noutra com objeto diverso. STJ considerou ser nula a cláusula do contrato de transação que tinha sido celebrado entre as partes, “*concretamente ao proibir a concorrência pós-contratual excedendo os limites territoriais indispensáveis à proteção da propriedade intelectual do franquizador, o «saber fazer» por este fornecido à franquiada*”, reduzindo-a na parte em excesso: “*é admissível a sua redução nos termos do preceituado pelo art. 292.º do CC. (...) A cláusula 6ª da transação não é intrinsecamente nula, já que, como vimos, as cláusulas de proibição de concorrência pós-contratuais não são proibidas. Excede, no entanto, os limites territoriais indispensáveis à proteção da propriedade intelectual do franquizador, o “saber-fazer” por este fornecido à franquiada. Sendo parcialmente nula, bem andaram as instâncias ao reduzi-la nos termos do preceituado pelo art.º 292º do CC. A redução do negócio jurídico constitui a regra e só não deve ser opção se se mostrar que a transação não seria celebrada sem uma tão excessiva cláusula de proibição de concorrência, o que não ocorreu. Aliás, a parte que poderia insurgir-se contra a redução seria a recorrida, pois a redução da cláusula só a podia lesar a si, já que os recorrentes naturalmente subscreveriam um contrato que lhes fosse mais favorável, com uma cláusula de proibição de concorrência mais restrita em termos territoriais. Não tem discussão a aplicabilidade do art.º 292º ao contrato de transação. Aliás, os próprios recorrentes também defenderam uma redução, pois entenderam que a nulidade da cláusula de proibição da concorrência não afetava o contrato de transação preventiva em que foi inserida. Há, no entanto, que não limitar o apelo ao instituto da redução do negócio jurídico, usando-o na sua plenitude e considerar que a cláusula de proibição de concorrência deve ser mantida, ainda que reduzida na área territorial de aplicação, em conformidade com o direito comunitário vigente.*”

Por outro lado, em *Acordo parassocial*, em que o tribunal concluiu que um acordo sobre discriminação de preços num pacto acionista violava o direito da concorrência, a respetiva cláusula teve de ser considerada nula na sua integralidade, não sendo possível a sua redução.

Vejamos agora os casos em que os tribunais concluíram pela nulidade total do acordo em causa.

¹⁷⁹ Ver, e.g.: *IMS Health*; posição expressa pelo Governo português no processo *Petrogal* perante o TJUE (§§43-56).

Em *Tabou Calzados*, o TRL concluiu que as cláusulas anticoncorrenciais em causa (exclusividade territorial e distribuição seletiva) eram essenciais à celebração do acordo.

TRL – *Tabou Calzados*, 09/04/2002

“Verificada que está a ilicitude das cláusulas em análise nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do Dec.-Lei n.º 371/93, não resta senão concluir pela sua nulidade, conforme o preceituado no n.º 2 do mesmo artigo, cujo conhecimento é oficioso por força do artigo 286.º do CC”. “Mas será que a nulidade das cláusulas de distribuição exclusiva e seletiva estipuladas no contexto do contrato de compra e venda em causa, acarretam a nulidade deste contrato? Ora, o artigo 292.º do CC, inspirado no princípio da conservação dos negócios jurídicos, consigna que a nulidade ou anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada. Estabelece-se, pois, aqui uma presunção juris tantum de validade dos contratos afetados de nulidade ou anulabilidade parcial”. “No caso dos autos, foi dado como provado que a R. tinha conhecimento de que as circunstâncias a que se reportam as cláusulas restritivas eram essenciais para a celebração do contrato com a R. (...), tanto mais que tinha em vista preservar a sua imagem de renome no mercado. A ideia de essencialidade é ainda, de certo modo, reforçada pelo facto de a própria A., após reconhecer ter efetuado venda do produto a outros comerciantes, propor à R. o desconto substancial de 30% (...). Nesse contexto, afigura-se-nos poder concluir com segurança que a A. jamais celebraria o contrato de compra e venda em causa sem tais condições ou outras que pudessem encontrar justificação à luz do artigo 5.º do Dec-Lei 371/93, por forma a conseguir o fim por ela pretendido”. “Assim sendo, torna-se forçoso reconhecer a nulidade total do contrato de compra e venda ajuizado, o que prejudica, desde logo, a apreciação das questões suscitadas.... De qualquer modo, os efeitos da nulidade tem, no caso em apreço, o mesmo alcance prático da decisão da 1ª instância, conduzindo de igual modo à improcedência da ação”.

Chegou-se à mesma conclusão em *G v N (têxteis)*, outro caso de violação de cláusula de proteção territorial.

TRL – *G v N (têxteis)*, 12/09/2006

[A autora alega que a cláusula era nula por violar o direito da concorrência.] *“Esquece, no entanto, a recorrente que, nos termos do art. 271.º, n.º 1, do C. Civil, o negócio jurídico subordinado a uma condição ilícita (contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes) é nula, mas que tal nulidade inquina todo o negócio e não somente a cláusula condicional ilícita, de acordo com a máxima da incidibilidade do negócio condicional (cfr. Mota Pinto, ob. cit., pág.443). Sendo que, por força do art. 289.º, n.º 1, do C. Civil, a declaração de nulidade tem efeito retroativo, havendo lugar à repristinação das coisas no estado anterior ao negócio, restituindo-se tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente. O que vale por dizer que, mesmo partindo do princípio de que a condição contratual em causa é nula, por contrária à lei, sendo igualmente nulo o próprio negócio jurídico, nunca poderia a recorrente obter, com base na nulidade daquela condição, a condenação da ré no pagamento da pretendida quantia, que é, no fundo, o equivalente ao cumprimento da obrigação contratual. Na verdade, atenta a causa de pedir invocada na petição e a matéria de facto apurada nos autos, não podia a ré deixar de ser, como foi, absolvida do pedido.”*

Também em *Olivedesportos*, o TRL baseou o seu juízo sobre a nulidade total do acordo de direitos de transmissão televisiva dos jogos do Benfica no caráter essencial da exclusividade.

O desfecho em *Carrefour* foi menos claro. O TRL parece ter declarado a nulidade da integralidade dos acordos, devido à ilegalidade das cláusulas sobre custos de referenciamento e de abertura, mas o desfecho concreto sugere que o tribunal se referia apenas a esta parte dos acordos, e não aos contratos de fornecimento subjacentes¹⁸⁰.

Por último, o caso *Central de Cervejas (I)* demonstra a extensão do potencial impacto prático desta questão, podendo levar a um resultado mais prejudicial para a parte que invocou a nulidade da cláusula. Discutindo-se um incumprimento contratual que valeria entre 25.000 EUR e 150.000 EUR, o TJL deu razão ao retalhista, que não teve de pagar o alegado incumprimento, mas a sua decisão de considerar o contrato nulo na sua integralidade (diferentemente, note-se, do desfecho de outros casos com cláusulas semelhantes, referidos acima) levou a que o retalhista tivesse que devolver o incentivo inicial pago pelo fornecedor, no valor de 50.000 EUR. Embora não conheçamos o desfecho final do caso, após a anulação do acórdão do TRL pelo STJ, é provável que se tenha confirmado a decisão da 1ª instância¹⁸¹.

n) Isenção individual

Há muito pouca – praticamente nenhuma – experiência com a aplicação dos critérios de isenção individual em casos de *private enforcement* perante os tribunais nacionais.

Ao analisar os precedentes de aplicação do artigo 101.º(3) do TFUE, devemos ter presente que só após o R. 1/2003 é que os tribunais nacionais passaram a estar habilitados a aplicar diretamente esta norma (até então, só se podia beneficiar de uma isenção individual por decisão prévia da Comissão Europeia). Mas as disposições nacionais correspondentes não estavam sujeitas a tal limitação.

¹⁸⁰ *Carrefour*, 24/11/2005: “*Tais contratos são nulos, nos termos do art 2 do DL 371/93, já que a A. não logrou demonstrar as circunstâncias justificativas previstas no art. 5.º do mesmo diploma. De resto, tal nulidade resultaria desde logo do disposto no art. 280.º, n.º 1, do CC. Nos termos do artº 289º, n.º 1, do CC, a declaração de nulidade tem efeito retroativo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado*”.

¹⁸¹ Embora nos surpreenda a conclusão de uma nulidade total do acordo, não podemos deixar de considerar que o incentivo inicial era, pelo menos em parte, uma contrapartida indissociável da relação de exclusividade.

Falando num momento anterior ao R. 1/2003, o TRL diferenciou o direito europeu do direito nacional neste ponto, fornecendo esclarecimentos quanto a este último e recusando a sua aplicação no caso concreto:

TRL – Tabou Calzados, 09/04/2002

“[N]o plano nacional [prevê-se] a justificação casuística com base no critério do chamado balanço económico, nos termos definidos no artigo 5.º, n.º 1, do Dec Lei 371/93, segundo o qual poderão ser consideradas justificadas as práticas restritivas da concorrência que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico, desde que preenchidas cumulativamente as condições previstas nas diversas alíneas daquele normativo. A competência para reconhecer tal justificação é atribuída ao Conselho da Concorrência, nomeadamente em processo de avaliação prévia, conforme o disposto no n.º 2 do referido artigo 5.º e nos termos estabelecidos pela Portaria n.º 1097/93, sem prejuízo da possibilidade de apreciação em sede jurisdicional”.

“No caso dos autos, não se depreendem quaisquer circunstâncias que confirmem às cláusulas restritivas em apreço as finalidades eleitas no n.º 1 do sobredito artigo 5.º, não se chegando a vislumbrar qual o seu preciso alcance no contexto da comercialização da mercadoria em referência. Bem pelo contrário, é a própria R. que deixa transparecer a ideia de que as preditas cláusulas visavam, fundamentalmente, preservar o prestígio da sua imagem no mercado o que reflete uma pretensão de tratamento mais favorável, sem razões plausíveis objetivamente fundadas na natureza do produto ou na estrutura e funcionamento peculiares daquele segmento do mercado”

Em *Olivedesportos*, o TRL admitiu a possibilidade da isenção individual, mas recusou-a no caso concreto porque “os contratos em causa só não seriam nulos por atentarem contra as regras da concorrência se a R. tivesse alegado e provado, como lhe competia, que a sua atividade se encaixa na tipificação acabada de enumerar [da isenção individual], o que não aconteceu”.

Em *Central de Cervejas (I)* e *Central de Cervejas (II)*, o produtor invocou o benefício da isenção individual, mas não se chegou a discutir a questão ou não dispomos das decisões em que tal poderá ter sido discutido.

Por último, em *Nestlé (I)*, o TRP parece ter ignorado a lógica do direito da concorrência europeu e nacional – proibição, salvo no caso de preenchimento dos requisitos de isenção categorial ou individual – e aplicado a lógica da *rule of reason* americana (conclui que as cláusulas não são restritivas da concorrência).

TRP – Nestlé (I), 09/03/2004

Sem qualquer discussão factual ou justificação, o TRP afirma que, por efeito da cláusula de exclusividade, “o concessionário especializou-se, deste modo, na venda dos produtos do concedente, o que contribui sem dúvida para melhorar a distribuição. Por outro lado, a restrição de venda exclusiva apresenta-se como indispensável ou, no mínimo, como potenciadora de um efetivo melhoramento da distribuição do produto”. Concluiu que as duas cláusulas (exclusividade e compras mínimas) não são

“*impeditivas ou mesmo limitativas do livre jogo do mercado, ou seja, [não têm] qualquer repercussão anticoncorrencial*”.

o) Isenção categorial

A temática das isenções categoriais tem conhecido um tratamento surpreendente na maioria dos casos. Tanto as partes como os tribunais têm tendido a discutir os regulamentos de isenção categorial em termos muito longínquos do seu real alcance jurídico. A questão surgiu em 22 casos¹⁸², com predominância das disputas envolvendo concessionários automóveis e distribuição de bebidas no setor Horeca.

Frequentemente, uma das partes invoca perante o tribunal a “violação” de um Regulamento de isenção categorial (sem mais)¹⁸³. Naturalmente, este argumento é inoperante. Mesmo que os requisitos de benefício da isenção categorial não estejam preenchidos, daí não decorre, por si, qualquer fundamento de ilegalidade, sem se demonstrar a violação do artigo 101.º do TFUE e/ou da disposição nacional correspondente.

Outra utilização “imaginativa” dos regulamentos de isenção categorial pelas partes é a tentativa de usar estes atos normativos europeus em apoio duma determinada qualificação jurídica do contrato à luz do direito civil nacional (no quadro do problema da aplicação analógica do direito à indemnização de clientela, previsto no regime dos contratos de agência, a contratos de distribuição)¹⁸⁴. Os tribunais têm rejeitado estes argumentos¹⁸⁵.

¹⁸² *Petrogal, Tabou Calzados, Central de Cervejas (I), Ford (I), Ford (II), Viaturas e máquinas da Beira, Concessionário automóvel (I), Café (I), Concessionário automóvel (II), Concessionário automóvel (III), Bebidas (I), Renault, Central de Cervejas (IV), Franchise de clínicas dentárias, Salvador Caetano, Franchise de hotelaria, Postos de combustível, Acidente de viação, Concessionário automóvel (IV), Botijas de gás, Concessionário automóvel (V), Café (III).*

¹⁸³ Cfr., e.g.: *Central de Cervejas (I); Café (I); Concessionário automóvel (III); Central de Cervejas (IV); Salvador Caetano.*

¹⁸⁴ Cfr., e.g.: *Ford (I), Viaturas e máquinas da Beira, Renault.*

¹⁸⁵ Afirmou o tribunal de 1ª instância, numa nota de rodapé: “*dir-se-á que as normas e princípios comunitários invocados pela Ré não têm por objeto ou efeito definir o regime substancial aplicável ao contrato de concessão – pois relevam exclusivamente da disciplina comunitária da concorrência, e visam delimitar a margem de liberdade das partes na celebração de contratos que a restrinjam, enunciando as cláusulas admissíveis e inadmissíveis à luz do regime do artigo [101.º do TFUE]. Em suma, estes regulamentos têm por único objeto definir as condições de isenção e de notificação individual de certas categorias de acordos à Comissão Europeia, nada dispondo acerca do regime material a que os mesmos estão sujeitos em cada Estado-membro*” (citado em *Ford (I)*, 03/04/2004). Nos dois ouros

A compreensão desta matéria pelos tribunais tem evoluído, mas não de modo consistente.

O problema foi perfeitamente identificado pelo TJUE na resposta às questões prejudiciais colocadas pelo TJL no primeiro caso em que esta questão se suscitou. O tribunal nacional foi criticado pelo TJUE por não perceber que os regulamentos de isenção categoriais não estabelecem condições de validade dos acordos, cuja violação importa, em si mesmo, a sua nulidade, e por não admitir a possibilidade de aplicar o artigo 101.º(3) do TFUE quando os requisitos do regulamento de isenção categorial não estavam preenchidos (na altura, isto só seria possível por decisão da Comissão Europeia).

Opinião do AG – Petrogal, 08/07/1993

§4: “*esta opinião poderia ser correta nas conclusões, mas não o é, contudo, na fundamentação*”; e, pior que isso, “*o tribunal a quo entende que a inaplicabilidade do Regulamento [de isenção categorial] conduz à violação da norma citada [artigo 101.º, n.º 1 do TFUE] pelo acordo (...), pelo que este é total ou parcialmente nulo, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo do Tratado. Esta opinião não é correta...*”.

§10: “*o facto de o acordo em causa não satisfazer os requisitos do Regulamento [de isenção categorial] e, por esta razão, não poder beneficiar da isenção ali consagrada, não significa que viole necessariamente o n.º 1 do artigo [101.º do TFUE]*”.

§11: “*Um acordo que não satisfaça os pressupostos de aplicação de determinada isenção por categorias não é por esta razão nulo, sem mais, face ao n.º 2 do artigo [101.º]. Este acordo terá que ser apreciado de modo a verificar se viola o n.º 1 do artigo [101.º]. Assim, o tribunal nacional terá que apurar se o acordo em causa é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros e se tem por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*”.

§13: “*No caso de a apreciação efetuada pelo tribunal a quo levar à conclusão de que o acordo em causa se encontra abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo [101.º], será necessário, num segundo momento, verificar se o acordo se encontra ou deve encontrar isento da aplicação daquela norma. Há duas possibilidades de aplicação de tal isenção: ou o acordo satisfaz os requisitos de outro regulamento de isenção por categorias, ou é isento pela Comissão, em decisão sobre o caso concreto*”

TJUE – Petrogal, 10/11/1993

§7: “*A questão prejudicial parece assentar na hipótese de o Regulamento [de isenção categorial] prescrever condições de validade dos acordos de estação de serviço em função das regras comunitárias de concorrência*”. §8: “*O Regulamento [em causa] é exclusivamente um regulamento de isenção por categoria (...). Se determinado acordo não reunir todas as condições de isenção fixadas naquele regulamento, tal facto, por si só, não implica necessariamente que seja contrário ao n.º 1 do artigo [101.º] do Tratado. Nestes casos competirá ao juiz nacional verificar se o acordo é compatível com estas últimas disposições.*”

Em *Ford (II)*, a 1ª instância referira a conformidade do prazo de denúncia contratual com as normas do regulamento, mas o STJ observou que o regulamento “*não estabelece o prazo de denúncia dos*

casos, o STJ voltou a excluir a relevância da invocação do regulamento de isenção categorial, por falta de efeito nas trocas entre Estados-membros e “*por não se suscitar aqui qualquer princípio de defesa da concorrência*”.

contratos de distribuição do setor automóvel”, apenas determina condições de isenção automática de certos contratos proibidos pelo artigo 101.º, n.º 1, do TFUE.

Em *Concessionário automóvel (I)*, temos acesso, pela primeira vez, aos detalhes de uma discussão entre as partes em torno de um regulamento de isenção categorial. Neste caso cujos factos são anteriores ao R. 1/2003, a Autora alegou que o contrato violava o artigo 101.º(1) e disposição nacional correspondente, e que só era válido porque beneficiava da isenção categorial. No entanto, a cláusula invocada para resolver o contrato não respeitava todos os requisitos do Regulamento. A Ré alegou, *inter alia*, que o Regulamento não era aplicável, e que, em todo o caso (incorretamente, à altura), que o não preenchimento dos requisitos do Regulamento não implicaria a invalidade do contrato e não poderia servir de fundamento de responsabilidade civil. O tribunal de 1ª instância e o TRL concordaram com a Ré quanto à inaplicabilidade do Regulamento, por falta de efeito nas trocas entre EMs, tendo a 2ª instância aproveitado para fornecer alguns esclarecimentos com relevância histórica¹⁸⁶.

Em *Café (I)*, a Ré alegou que o contrato era nulo por ter sido celebrado por um prazo superior ao permitido por um regulamento de isenção categorial. Apesar de os factos serem posteriores ao R. 1/2003, o TRP aplicou a lógica anterior a este Regulamento, ignorando o seu poder/dever de aferir a possibilidade de uma isenção individual. Pior, afirmou que a consequência de não se aplicar a isenção categorial é que o acordo já não pode beneficiar do 101.º(3). A sua abordagem

¹⁸⁶ *Concessionário automóvel (I)*, 17/03/2009: o Regulamento “*não estabelece o prazo de denúncia dos contratos de distribuição no setor automóvel, já que apenas visou isentar, até 30/9/2002, a aplicação da proibição de práticas violadoras de regras da concorrência a que se reporta o n.º 1, do art.º 81.º, do Tratado da União Europeia (...). Na verdade, no quadro do direito comunitário, as restrições da concorrência operadas pelos contratos de distribuição são abrangidas pela previsão do art.º 81.º, do Tratado de Roma (...). Porém, preenchidas as condições previstas no n.º 3, do mesmo art.º 81.º, é possível que a proibição cominada pelo n.º 1 seja declarada inaplicável a determinados acordos (isenções individuais) ou a determinadas categorias de acordos (isenções por categoria) entre empresas, tendo a competência para conceder isenções individuais sido atribuída, pelo Regulamento n.º 17, de 6/2/1962, à Comissão, que notificava as empresas interessadas em beneficiar da declaração de inaplicabilidade prevista no n.º 3, do art.º 81.º. Posteriormente, dada a dimensão do fluxo de notificações, o Conselho adotou o Regulamento n.º 19/65/CEE, de 2/3/1965 (alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1215/1999, de 10/6/1999), que veio atribuir à Comissão a competência para conceder, através da emissão de regulamentos de vigência limitada, isenções por categoria a certas modalidades de acordos entre empresas, em particular no domínio dos contratos de distribuição. Daí o Regulamento (CE) n.º 1475/95 da Comissão, de 28/6/95, ora em questão, que sucedeu ao Regulamento (CEE) n.º 123/85 da Comissão, de 12/12/84, sobre acordos de distribuição de veículos automóveis. Nos termos do art.º 1.º, daquele Regulamento, o n.º 1 do art.º 85.º do Tratado é declarado inaplicável, nas condições aí fixadas, aos acordos em que participam apenas duas empresas e nos quais uma parte se obriga perante a outra, numa parte definida do mercado comum, a fornecer só a esta ou só a esta e a um número determinado de empresas da rede de distribuição, para fins de revenda, veículos automóveis novos de três ou mais rodas, destinados a serem utilizados na via pública e, em ligação com estes, as respetivas peças sobressalentes”.*

metodológica também pecou por discutir a aplicabilidade da isenção categorial antes de discutir se o acordo restringia a concorrência nos termos do 101.º(1).

TRP – Café (I), 12/04/2010

“Foi através do Regulamento 2790/1999 (...) que a Comissão Europeia estabeleceu os critérios de aplicação daquele n.º 3 do artigo [101.º] em relação a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, sem prejuízo de poderem ser dadas isenções individuais pela própria Comissão”. [TRP explica o funcionamento da isenção por categoria – isenção para acordos X, a não ser que tenham características Y]. “Resulta assim deste artigo 5.º do Regulamento que, em regra, a cláusula aposta num contrato que imponha aos compradores obrigações de não concorrência, por exemplo, através da compra exclusiva de certo produto, por um período de duração indefinida ou superior a 5 anos ou, ainda, se a obrigação de não concorrência for tacitamente renovada por mais de um período de 5 anos, impede que seja aplicado ao caso a isenção do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado CE, ou seja, aplicar-se-á o seu n.º 1, e portanto a cláusula é tida como anticoncorrencial e, por isso, nula, desde que se verifiquem os requisitos ali previstos”. “O que significa que não é pelo simples facto de se inserir num contrato de fornecimento, ou de outra natureza similar, uma cláusula de exclusividade de duração superior a 5 anos que são violadas as regras da concorrência previstas no Tratado CE, já que é necessário verificar-se se os requisitos cumulativos prescritos no [101(1)] se verificam no caso em apreciação”. “O que se verifica é que a inclusão desse prazo superior a cinco anos afasta ipso jure a possibilidade da cláusula ser permitida em face do artigo [101.º], n.º 3, do [TFUE] conjugado com o Regulamento CE n.º 2790/1999, (...). Restando saber se a mesma colide ou não com a previsão no n.º 1 do citado artigo [101.º]”.

Aqueles princípios gerais viriam, infelizmente, a ser reafirmados pelo TRP no recente *Café (III)*. Apenas se corrigiu a abordagem metodológica, o que permitiu ao tribunal excluir a relevância do regulamento por entender que o acordo era *de minimis* e, portanto, não abrangido pelo 101.º(1).

Erro similar viria a ser feito pelo TRL, e confirmado pelo STJ, no caso *Central de cervejas (IV)*¹⁸⁷.

Em *Concessionário automóvel (II)*, a Autora alegou que a Ré estava obrigada a celebrar o contrato, *inter alia*, por força do Regulamento de isenção categorial. Quando o TRL se debruça sobre esta questão, já tinha concluído que o direito civil obrigava a Ré a celebrar o contrato, pelo que as suas considerações sobre o regulamento europeu eram suplementares. Isto dito, é manifesta a distorção pelo TRL dos efeitos jurídicos do regulamento, que entendeu criar uma obrigação de contratação nas circunstâncias do caso e impor limites legais à duração do contrato.

TRL – Concessionário automóvel (II), 11/01/2011

¹⁸⁷ *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011: “O Regulamento CEE 1984/83 veio estabelecer os critérios de aplicação desta última disposição legal [101.º(3)]. (...) [S]e o facto da obrigação de não concorrência afasta, à luz dos normativos do Regulamento referenciado, a aplicabilidade do disposto no artigo [101.º, n.º 3, do TFUE], tal significa que fica assim o acordo sob a alçada do disposto no n.º 1 da mesma disposição”. Confirmado em *Central de cervejas (IV)*, 17/05/2012.

“[T]ambém por aplicação do regime estabelecido no Regulamento (CE) n.º 1400/2002 (...) a B.S.A. estava obrigada a celebrar os mencionados contratos pois a apelada havia superado satisfatoriamente a auditoria SSQMS, qualificando-se assim para obter os contratos e havia satisfeito as demais exigências no âmbito dos critérios de distribuição seleção qualitativa definidos pela apelante como decorre dos factos provados 13 a 24. De resto, a apelante apenas rejeita a existência de uma obrigação automática de contratar com a apelada por aplicação do Regulamento n.º 1400/2002 ao alegar: «266. (...) face ao sistema de distribuição adotado pela Apelante – seletiva qualitativa – não impedia sobre a mesma, imediatamente e de forma automática, um dever de contratar com a Apelada. De facto, 267. Num primeiro momento, o fornecedor (no caso a 1.ª Ré) tem o direito (e o dever) de verificar o preenchimento dos critérios qualitativos que ela própria, 1.ª Ré, estabeleceu (...) (...) 273. Embora pudesse decorrer do sistema qualitativo seletivo a celebração de um contrato entre a Apelante e aqueles que preenchessem os requisitos qualitativos por si estabelecidos, tal não seria nunca uma consequência automática e obrigatória. De facto, 274. O clausulado do contrato a assinar entre a Apelada e a Apelante, dependeria apenas da vontade de ambas, desde que, como é óbvio, não fossem introduzidas no mesmo quaisquer cláusulas que de alguma forma limitassem ou restringissem o sistema seletivo qualitativo em si (...) 275. E não havendo acordo sobre o respetivo clausulado, não haveria contrato! (...) 280. Pelo exposto, conclui-se – ao abrigo do mencionado regulamento – não impedia sobre a Apelante qualquer dever de contratar com a Apelada, ou com qualquer terceiro que o requeresse, mas tão só a exigência de que, caso pretendesse, adequar-se ao BER 1400/2002 – como era sua intenção – a obrigatoriedade de adotar o sistema de distribuição seletiva qualitativa e, como tal admitindo a negociar um contrato com todos aqueles que se adequassem a tal sistema de distribuição seletiva qualitativa». Daí que, repete-se, no caso concreto a indemnização deva abranger não só o interesse contratual negativo mas também o interesse contratual positivo.”

Posteriormente, o TRL responde à invocação do Regulamento pela Ré para mostrar que a A. só podia contar com uma relação contratual de um ano, máximo de dois, por causa da norma sobre a cláusula de denúncia neste regulamento. O TRL cita o Art. 101 TFUE e várias normas do Regulamento 1400/2002. E conclui: “Portanto, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 1400/2002 os contratos poderiam ser celebrados com termo certo mas a sua duração não poderia ser inferior a 5 anos, estando sujeitos a renovação, pois a intenção da sua não renovação por uma das partes deveria ser comunicada com uma antecedência mínima de seis meses; poderiam também os contratos ser celebrados por tempo indeterminado e neste caso a denúncia teria de ser comunicada à outra parte com a antecedência mínima de dois anos ou de um ano consoante as situações aí previstas. Mas, de harmonia com o Regulamento, o fornecedor estava sempre obrigado a apresentar as razões da rescisão quer no caso de contrato com termo certo quer no caso de contrato por tempo indeterminado, pois as palavras «rescisão» e «denúncia» são usadas indiferentemente. Além disso, atenta a exigência de que a duração mínima do contrato com termo certo seja de cinco anos não faz sentido admitir que o contrato celebrado por tempo indeterminado possa ter uma duração inferior. Na verdade, quem celebra um contrato por tempo indeterminado sabendo que o prazo mínimo permitido pelo Regulamento é de cinco anos não tem em vista uma duração inferior a cinco anos. Por isso, tem de se interpretar o art.º 3.º do Regulamento como fixando para os contratos uma duração mínima de cinco anos. Mas sempre o princípio da boa fé justifica uma duração razoável do contrato, não se mostrando como tal uma duração de um ano ou de dois em contratos deste tipo, atenta a natureza da atividade em causa e a complexidade da sua negociação. Por outro lado, enquanto a apelada satisfizesse os critérios adotados pela apelante no âmbito do sistema de distribuição seletiva qualitativa, não poderia esta opor-se a que a apelada continuasse a ser uma oficina de reparação autorizada. Acresce que não há notícia nos autos de que a apelante tenha procedido a qualquer reorganização da rede de distribuição da S..., totalmente ou em parte substancial, nem que contratos com outras oficinas de reparação autorizadas tenha durado apenas um ou dois anos. Por quanto se disse, não tem razão a apelante ao sustentar que a apelada só poderia contar com a continuação da atividade de reparação e peças de veículos da marca S... no âmbito dos referidos contratos pelo período máximo de 2 anos.”

O regulamento foi invocado em situação similar em *Salvador Caetano*, perante o TRP e o STJ (Autora alegava que o regulamento obrigava as Rés a manterem em vigor o contrato de concessão pelo período mínimo de 5 anos). Infelizmente, pode-se ler estes acórdãos como admitindo que o

regulamento possa ter esses efeitos, já que os tribunais rejeitaram o argumento apenas por não haver efeito nas trocas entre EMs.

Em *Acidente de viação*, uma seguradora invocou em sua defesa um regulamento de isenção categorial, alegando, imaginativamente, que dele resultava a obrigação para as oficinas de aceitarem realizar reparações com peças de qualidade equivalente a peças originais e, no caso concreto, a obrigação da oficina aceitar fazer a reparação pelo valor orçamentado. O TRP rejeitou o argumento, mas com base numa lógica civilista e afirmando (supérflua e erroneamente) que decorre deste Regulamento o direito do cliente de escolher fazer as reparações em qualquer oficina, de marca ou independente, sem perder o direito à garantia.

Em *Concessionário automóvel (IV)*, a representante do fabricante alegou que fora obrigada a resolver o contrato com o concessionário por causa da entrada em vigor de um novo regulamento de isenção categorial. Estranhamente, o TRL aceitou este argumento, entendendo que, necessariamente, o acordo só poderia beneficiar do artigo 101.º(3) se cumprisse os requisitos do regulamento¹⁸⁸.

Antes da Lei 18/2003, os regulamentos de isenção categorial não tinham qualquer efeito quando fosse aplicável apenas o direito nacional da concorrência¹⁸⁹, mas a partir desse momento a lei nacional alargou os seus efeitos também a estas situações (por via do artigo 5.º(3) da Lei 18/2003, e do artigo 10.º(3) da Lei 19/2012)¹⁹⁰. Em *Salvador Caetano*, o TRP ignorou este facto (ainda que sem impacto prático no desfecho do caso). Citando a decisão do STJ em *Renault* (que era anterior

¹⁸⁸ *Concessionário automóvel (IV)*, 22/05/2014: “provou-se que a denúncia do contrato resultou da reestruturação da rede de distribuição, tornada necessária pelo direito comunitário”. “Sendo certo que o Regulamento (CE) 1400/2002 (...) obrigava que, para que tais acordos beneficiassem da isenção prevista no mencionado n.º 3 do art.º 81.º do Tratado (ou seja, beneficiassem da inaplicabilidade da proibição imposta no n.º 1 do art.º 81.º do Tratado a todos os acordos entre empresas que pudessem afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tivessem por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno), não contivessem a obrigação de a mesma empresa assegurar, simultaneamente, a venda e o serviço pós-venda (alínea g) do n.º 1 do art.º 4.º do Regulamento). (...) Estando em causa uma rede de distribuição de automóveis ao nível de um Estado-Membro, atinente à importação de veículos produzidos noutra ou noutros Estados-Membros, admite-se que a R. se tivesse sentido compelida a reorganizar essa rede, por força do dito Regulamento”.

¹⁸⁹ *Tabou Calzados*, 09/04/2002; *Central de cervejas (IV)*.

¹⁹⁰ *Bebidas (I)*; *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011; *Franchise de clínicas dentárias*, 05/02/2013; *Franchise de hotelaria*, 08/10/2013; *Postos de combustível*, 31/10/2013.

ao R. 1/2003), excluiu a aplicabilidade do regulamento por a prática não ter efeito nas trocas entre EMs, e o STJ pareceu confirmar esta abordagem¹⁹¹.

Os acordos não beneficiam das isenções categoriais quando incluam alguma restrição constante da “lista negra” prevista nestes regulamentos¹⁹².

O ónus da alegação e prova do benefício de um regulamento de isenção categorial cabe à parte à qual esta aproveita¹⁹³.

A propósito da estrutura e lógica de um dos principais regulamentos de isenção categorial, debruçando-se especificamente sobre cláusulas de proteção de *know-how* após o termo de um acordo de franquia, o STJ prestou os seguintes esclarecimentos de âmbito geral:

STJ – Franchise de clínicas dentárias, 05/02/2013; STJ – Franchise de hotelaria, 08/10/2013

“O Regulamento (CE) n.º 2790/1999 (...) aplica-se aos acordos celebrados entre duas ou mais empresas, em que cada uma delas opere, para efeitos de acordo, a um nível diferente da cadeia de produção ou de distribuição, desde que não seja ultrapassado o limiar de 30% da quota de mercado. O art.º 5.º, n.º 2, deste Regulamento, dispõe que a isenção prevista no art.º 2.º não é aplicável a qualquer obrigação direta ou indireta que imponha ao comprador, após o acordo, não produzir, adquirir, vender ou revender bens ou serviços, exceto quando tal obrigação: diga respeito a bens ou serviços que concorram com os bens ou serviços contratuais, seja limitada às instalações e terrenos a partir dos quais o comprador operava durante o período contratual, seja indispensável para proteger o saber-fazer transferido pelo fornecedor para o comprador, e desde que o período de vigência dessa obrigação de não concorrência seja limitado a um período de 1 ano após o termo do acordo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, a prática da Comissão e os Regulamentos por esta aprovados apontam inquestionavelmente para a isenção das cláusulas de não concorrência pós contratuais, sempre que limitadas no tempo (um ano), no espaço (área franqueada) e indispensáveis para proteger o “saber fazer” transferido pelo franquiador para o franquiado.”

¹⁹¹ Salvador Caetano, 11/09/2012: “Sobre a aplicabilidade ao caso dos Regulamentos (CE) n.º 1475/95 (...), substituído pelo Regulamento n.º 1400/2002 (...), pronunciou-se já o Supremo negativamente, entendendo que tais normas comunitárias não são aplicáveis a contratos celebrados para valer numa restrita área territorial portuguesa, antes visando, essencialmente, regular e disciplinar a concorrência e, acima de tudo, a proteção dos concessionários do setor da distribuição automóvel em relações comerciais transfronteiriças (cfr. [Ac. STJ em Renault], a que ora se adere)”.

Salvador Caetano, 20/06/2013: “[deve-se] lançar aqui mão do direito interno e não também do citado Regulamento comunitário”.

¹⁹² Tabou Calzados, 09/04/2002.

¹⁹³ Botijas de gás, 09/04/2013.

3.3. Práticas unilaterais

a) *Abuso de posição dominante – questões gerais*

As normas europeias e/ou nacionais de abuso de posição dominante já foram invocadas num grande número de casos – pelo menos em 26¹⁹⁴. Mas, na realidade (sem prejuízo dos casos pendentes que ainda poderão trazer importantes contributos neste domínio), só 2 casos levaram a discussões significativas sobre a aplicação destas normas: *Reuter* e *IMS Health*.

Na grande maioria dos casos, a parte que invoca uma violação destas disposições fá-lo em termos muito genéricos e imprecisos, permitindo aos tribunais afastar o argumento sem necessidade de entrar nos seus detalhes¹⁹⁵.

Encontramos na jurisprudência as seguintes orientações de base sobre abuso de posição dominante, com influência da jurisprudência europeia¹⁹⁶:

TRP – Nestlé (II), 06/01/2006

“um comportamento influenciador da estrutura de um mercado no qual, em resultado da posição da empresa que o pratica, a concorrência se encontra enfraquecida e que tenha por efeito obstar, através do recurso a meios diferentes daqueles que presidem a uma concorrência normal dos produtos ou serviços à manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado e ao seu desenvolvimento”

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

“No artigo 82.º do Tratado (102.º do TFUE) estão previstas condutas unilaterais de uma ou mais empresas que abusa(m) da sua posição dominante no mercado, podendo distinguir-se os “abusos de exclusão”, que são os que criam entraves à entrada de novos operadores ou eliminam os concorrentes, e os “abusos de exploração”, pelos quais a empresa dominante aproveita o seu poder de mercado para, p. ex., praticar preços excessivos ou discriminatórios (cfr. as Orientações sobre ... artigos 81.º e 82.º, parágrafo 73)”

TRL – IMS Health, 03/04/2014

“Sobre o conceito de «posição dominante», «práticas abusivas» e «política de preços» interessante resenha é feita no Acórdão de 17 Fev 2011, processo C-52/2009T (...): «(...) Assim, o artigo 102.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se refere não apenas às práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores (v., neste sentido, acórdãos de 16 de Setembro de 2008, Sot.

¹⁹⁴ *ARS LVT; Apple; Botijas de gás; Cabovisão v Sport TV; Cogeco v Sport TV; Concessionário automóvel (III); DECO v PT; Gelados; IMS Health; Inscrição em ginásio; JCG v Tabaqueira; JFV v Tabaqueira; Leite; Máquinas de jogos; Meo; Montagem de elevadores; Nestlé (II); Nestlé (III); NOS v PT (I); NOS v PT (II); Notários; OdC v Sport TV; Onitecom v PT; Reuter; Serviços de segurança (IX); Serviços de segurança (XI).*

¹⁹⁵ Ver, a título de exemplo: *Concessionário automóvel (III)* e *Botijas de gás*.

¹⁹⁶ Note-se que, em *Deliberação social*, o TRG presta estes esclarecimentos apesar de não ter sido invocada esta figura nesse caso).

Lélos kai Sia e o., C-468/06 a C-478/06, Colect., p. I-7139, n.º 68, e Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 180) mas também àquelas que lhes causam prejuízo por falsearem o jogo da concorrência. Se, com efeito, o artigo 102.º TFUE não proíbe que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, a posição dominante num mercado, e se, por maioria de razão, a constatação da existência de tal posição não implica, em si, qualquer censura à empresa em causa (v., neste sentido, acórdãos de 9 de Novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.º 57, e de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.º 37), não deixa de ser verdade que, segundo jurisprudência assente, incumbe à empresa que ocupa uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interior (v., neste sentido, acórdão de 2 de Abril de 2009, France Télécom/Comissão, C-202/07 P, Colect., p. I-2369, n.º 105 e jurisprudência aí referida). (...) Acresce que a lista das práticas abusivas constante do artigo 102.º TFUE não é taxativa, de modo que a enumeração das práticas abusivas contida nessa disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo direito da União (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 173 e jurisprudência aí referida)»”.

b) Posição dominante

A determinação de uma posição dominante (absoluta) é, frequentemente, o passo decisivo na aplicação do artigo 102.º do TFUE ou da disposição nacional correspondente. O modo como os tribunais nacionais têm identificado posições dominantes no âmbito de processos de *private enforcement* tem ficado bastante aquém da metodologia teórica consagrada na jurisprudência.

Em *JCG v Tabaqueira*, os tribunais identificaram uma posição dominante da Tabaqueira no mercado nacional de tabacos, apesar de não se ter discutido a definição de mercados. Foi visível, nestas decisões, a influência de uma decisão da ANC. A parca fundamentação poderá explicar-se pelo facto de a questão não ser controversa, pela existência de um monopólio legal de produção e, sobretudo, pela identificação de quotas de mercado (aparentemente, em qualquer definição alternativa razoável) acima da (então existente) presunção legal de dominância.

TRL – *JCG v Tabaqueira*, 18/04/1991

“[D]etendo a ré não só ao tempo da celebração dos contratos como ainda hoje uma quota de 98% no mercado português de cigarros e uma quota de 68% no mesmo mercado de charutos e cigarrilhas, dispõe de uma bem marcada posição dominante no mercado nacional de tabacos”. “... valendo-se para tanto – e de que manifestamente abusou por, por não ser fácil mudar de ramo de negócio e menos ainda pôr termo ou substituir de um momento para o outro enraizados hábitos de consumo de tabaco – da sua posição dominante no mercado”.

Em *Loja dos Trezentos*, apesar de não ter sido invocado o artigo 102.º, o tribunal fez questão de esclarecer que entendia que não existia uma posição dominante do franquizador, porque o facto de

reunir numa só loja produtos cujo fator comunal era poderem ser vendidos a trezentos escudos, e de deter o direito exclusivo sobre a marca, não era suficiente para criar uma posição dominante.

Em *Reuter*, a 1ª instância deu como matéria de facto provada a existência de posição dominante no “mercado de prestação, através de terminal de dados, de informação financeira e noticiosa em tempo real, por via de linha de dados próprios”, não tendo justificado a definição do mercado e sem ser claro em que prova ou considerações se baseou. A Autora não contestou que detinha 90% do “mercado de serviços de informação financeira” que fora identificado pela Ré. Mas o tribunal não se referiu à presunção de dominância e disse que cabia ainda à Ré a prova da quota de mercado da Reuter. Na 2ª instância, o TRL começou por descrever a disputa como centrado-se sobre saber se o contrato era invalidado por “a autora atuar alegadamente em posição excessivamente dominante, violando o princípio da liberdade contratual”, como se o direito previsse uma posição “excessivamente” dominante, e como se uma posição dominante fosse em si ilícita (além da óbvia ligação ao pensamento civilista). Seguidamente, citou o conceito e presunção do artigo 14.º(2)(a) e (3) do DL 422/83, mantendo a decisão da 1ª instância neste ponto. Por último, o STJ, apesar de usar o título correto e de identificar a norma em causa quando se referiu ao DL 422/83 (abuso de posição dominante absoluta), discutiu apenas os requisitos para a existência de dependência económica (posição dominante relativa)¹⁹⁷, referindo-se ao DL 371/93.

Em *Gelados*, de novo, o tribunal de 1ª instância incluiu a existência de uma posição dominante na matéria de facto dada como provada. O TRL deu razão à recorrente, esclarecendo que a conclusão sobre a existência de tal posição é uma conclusão de direito, que se deve basear em factos dados como provados, tendo anulado a respetiva alínea da matéria de facto provada (ver citação na secção 3.4.h)).

Por último, em *IMS Health*, o tribunal arbitral concluiu que a ANF tinha uma posição dominante no mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal. A ANF argumentou que não constavam do processo os factos necessários para provar tal posição e que existiam alternativas no mercado. As decisões contaram com o apoio de pareceres jurídicos e económicos de ambas as partes. O mercado relevante parece ter sido delineado, tanto em termos

¹⁹⁷ *Reuter*, 24/04/2002: “Insiste a Ré, ora recorrente, em que a A., ora recorrida, (...) agiu com «abuso de posição dominante», (...). Mas – adianta-se desde já – não lhe assiste qualquer razão. O «estado de dependência económica», também designado por «posição dominante relativa»...”.

de produto como em termos geográficos, na lógica de identificação do *input* indispensável para a prestação dum serviço num mercado a jusante e, no seu essencial, não foi contestado (disputou-se apenas os agentes a incluir do lado da oferta). O tribunal sabia que, se a oferta incluísse apenas as farmácias, a ANF teria uma posição praticamente de monopólio, mas não tinha dados quanto à sua quota de mercado se se incluísse a oferta de informação por laboratórios e armazenistas. Mas a ausência de dados exatos quanto à quota no mercado definido não o impediu de identificar a posição dominante, afirmando expressamente que esse dado não é indispensável à aplicação da fórmula de dominância de *United Brands*. O TRL confirmou esta abordagem, realçando que se tinha uma ideia aproximada de uma quota de mercado muito elevada, acima da presunção jurisprudencial de dominância. Este caso salienta que a negociação com um único agente pode não ser economicamente substituível pela negociação com um grande número de agentes representados por aquele, ou cuja informação é centralizada naquele, o que poderá justificar a identificação de uma sua posição dominante. A intervenção do TRL permitiu também esclarecer que a posição dominante deve ser aferida no momento dos factos.

TRL - IMS Health, 03/04/2014

Argumentos da ANF: “*não existem quaisquer elementos no processo que permitam quantificar a quota de mercado da Recorrente ANF e, de igual modo, nunca se demonstrou que esta pudesse optar por comportamentos independentes face aos seus concorrentes, clientes e consumidores. O tribunal arbitral, na sua decisão, desconsiderou o facto de as farmácias serem as detentoras primárias dos seus dados de vendas, de não existir qualquer relação de exclusividade entre a Recorrente ANF e as farmácias suas associadas e, por fim, de outras entidades, entre as quais se inclui a Recorrida IMS, adquirirem os dados das vendas diretamente das farmácias (algumas delas associadas da Recorrente ANF).*”

Argumentos da IMS: “*existem vários critérios para aferir tal posição dominante: quota de mercado, ponderação das barreiras de entrada e expansão no mercado, bem como a ausência do poder da procura. Pelo que o facto de não ter sido aferida exata quota de mercado das Recorrentes não invalida de maneira nenhuma a conclusão pela existência de posição dominante das recorrentes. Pelo contrário, todos estes aspetos foram tidos em conta no parecer Mateus/Ferreira/Morais e a conclusão sobre este aspeto é precisamente a mesma. Aliás, dos elementos disponíveis no processo é fácil de afinar tal quota de mercado e afirmar, com segurança, que as Recorrentes (...) têm uma quota de mercado que ronda percentagens que indicam a existência de uma super-dominância*”. “*posição que as Recorrentes detêm no mercado, e pela influência que têm sobre as suas associadas através dos seus serviços, designadamente de intermediação financeira, e controlo de sistemas informáticos que são decisivos na recolha e fornecimento de dados. Tal posição é também reforçada pela estrutura altamente verticalizada das Recorrentes, com aspetos de integração horizontal. Sublinhe-se que nenhum destes aspetos foi tido em conta no Parecer da Lexecon...*”. “*Aliás, não é objetivamente explicável a troca do Acordo de 2006 pelo de 2008, não fora precisamente pelo forte ascendente de um dos contratante (dominância absoluta, i.e. posição dominante no mercado) que se manifestou na conduta abusiva do mesmo*”

Tribunal arbitral: “*No caso, e conforme resulta da prova, relevante é o mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de pharma market intelligence (FP VIII, 12 parte, e XIX), que por sua vez constituem o objeto de um mercado a jusante*

daquele: o mercado de estudos de mercado relativos ao consumo de produtos farmacêuticos, onde atuam, do lado da oferta, a IMS e a HMR (...). Naquele mercado de comunicação (primária) de dados incluem-se dados fornecidos pelas farmácias e pelos grossistas e, com menor relevância, pelos médicos e pelos hospitais (...). Os dados relativos às vendas das farmácias são necessários para, em Portugal, operar com efetividade e qualidade nalguns segmentos de mercado dos serviços de pharma market intelligence (...), como base que precisa de ser trabalhada para ser usada nos produtos e serviços comercializados pela IMS (...) e outras empresas com atividade similar, que, em relação ao fornecimento de dados relativos às vendas nas farmácias, atuam do lado da procura. Do que antecede resulta (e é indisputado) que o mercado geográfico relevante se circunscreve, no caso, a Portugal, porque integra apenas vendas de produtos farmacêuticos em Portugal, e que (aspeto controvertido) inclui no seu âmbito a comunicação de dados relativos às vendas das farmácias, fornecidos pelas próprias farmácias e/ou por grossistas (com exclusão dos dados provenientes de hospitais e de médicos que não contêm informação sobre as vendas das farmácias). Ora, no que respeita a dados fornecidos pelas farmácias, a ANF detém uma quota esmagadora, porque reúne no seu âmbito, como associados, 97% das farmácias portuguesas, sendo difícil a outras empresas obter aqueles dados (...). Tal resulta de a ANF centralizar o fornecimento dos dados de grande maioria das farmácias suas associadas (...), através de uma rede informática própria, formada pelo sistema Sifarma e pelo suporte Farmalink e ligada às farmácias suas associadas, pela qual recebe instantaneamente a informação sobre as vendas de cada farmácia (...). Se o mercado em causa fosse formado apenas por dados fornecidos pelas farmácias, a posição dominante da ANF aproximar-se-ia do monopólio, apesar de algumas farmácias associadas da ANF não lhe cederem dados e algumas cederem dados a outras entidades (...). Mas é preciso contar com os dados fornecidos pelos laboratórios e armazenistas que, indiretamente, canalizam também informação sobre as vendas das farmácias. Do processo não constam elementos para quantificar a quota da ANF neste mercado da informação sobre as vendas das farmácias, considerado com independência da fonte da informação (direta, pelas farmácias, ou indireta, pelos fornecedores destas). Mas este elemento, a quota de mercado, sendo o mais frequente e significativo, não é requisito indispensável para qualificar como dominante a posição de uma empresa num dado mercado. Necessário é que, por este e/ou por outros fatores, se verifique que a empresa [citação do artigo 6.º(2)(a) da L 18/2003] ou, conforme a fórmula do caso United Brands pacificamente aceite, que dispõe de poder económico que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe permite comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores. Ora, sucede que, no mercado em causa, a substituíbilidade dos dados comunicados diretamente pelas farmácias vendedoras e dos dados obtidos indiretamente por fabricantes ou grossistas não é perfeita. A informação proveniente das farmácias pode ter algumas limitações (...), mas, de acordo com a prova produzida, são muito mais acentuadas as limitações da informação alternativa, porquanto a informação recolhida nas farmácias, que documenta as vendas efetivas para o mercado (sell out), é mais esclarecedora do que a informação das vendas dos armazenistas às farmácias (sell in), porque esta não reflete a dimensão do inventário (stocks) nem as compras pelos clientes finais nem os prescritores e respetiva especialidade (...). Daí também a vantagem em usar, nalguns casos, a informação das farmácias para verificar e validar os dados oriundos dos armazenistas (...). A concentração quase monopolista da ANF neste segmento do mercado em Portugal explica que se tenha feito prova da seguinte asserção, que é quase uma definição de empresa em posição dominante: «A ANF goza de grande poder económico e atua, em larga medida, independentemente dos seus concorrentes» (...). Conclui-se assim que a ANF dispunha, ao tempo da celebração do contrato, de posição dominante no mercado relativo à comunicação de dados sobre as vendas das farmácias em Portugal, necessários para os estudos de mercado relativos ao consumo de produtos farmacêuticos.»

TRL: “Para se poder definir determinada empresa como detentora de «posição dominante» impõe-se, em primeira linha, delimitar o «mercado relevante» onde essa empresa possa atuar, por decorrência do disposto no artigo 6.º da Lei 18/2003. [Cita artigo 6.º(2)(a) da LdC]”. “Em abono da sua alegação, argumentam as recorrentes, além do mais, com o parecer da Compass Lexecon, subscrito pelos Professores Jorge Padilla, Nadine Watson e Patrícia Lorenzo, onde se defende, em síntese, que as afirmações do tribunal arbitral sobre a temática da posição dominante e a prática de preços excessivo carecem de fundamentação e contrariam as provas disponíveis, avançando com as críticas seguintes: a) exagerou a quota de mercado detida pela ANF; (...). “Aceitando-se esta definição de «mercado relevante» e a materialidade provada, não temos dúvidas em secundar a posição assumida pelo tribunal

arbitral, quando decide que a ANF, à data do contrato, se encontrava em «posição dominante», dado estar verificado o condicionalismo supracitado – art. 6, n.º 2, a). A alegação das recorrentes de que «não existem quaisquer elementos no processo que permitam quantificar a quota de mercado da Recorrente ANF e, de igual modo, nunca se demonstrou que esta pudesse optar por comportamentos independentes face aos seus concorrentes, clientes e consumidores», não é obstáculo à conclusão alcançada. Em primeiro lugar, embora não tenha sido provada a exata quota de mercado, podemos ter dela uma noção muito aproximada, quando se tem por provado que as associadas da ANF representam 97% das farmácias portuguesas e que a ANF centraliza os dados da «grande maioria» delas. [Presunção de dominância] Anote-se que o TJUE tem identificado como presunção de dominância uma quota de mercado de 50% e de superdominância quota acima de 75%. Por outro lado, está demonstrada aquilo que o tribunal denominou e bem de «concentração quase monopolista» (...), facto que foi dado como provado, sem ter sido objeto de qualquer impugnação. Neste contexto, não vemos fundamentos válidos para que não se considere a ANF como atuando no segmento de mercado definido em posição de dominância. A talhe de foice, sempre se dirá que não poderia ser acolhido o argumento que as demandantes esgrimiram, na resposta à ampliação o recurso, (quando pretenderam introduzir um suposto facto novo, mediante documento não admitido por este tribunal). Vieram pretender fazer prova de que a IMS em setembro de 2011 voltou ao mercado, para daí retirarem que afinal os dados da ANF não eram insubstituíveis. Trata-se de argumento falacioso. Estamos a tratar de uma situação ocorrida no início de 2009 que levou a que a IMS perdesse 65% dos seus clientes. O que ocorreu em dois anos e meio? Que alternativas a IMS foi desencantar? Qual a atual posição da ANF no mercado em questão? Tudo respostas não dadas.”

c) Práticas discriminatórias

Suscitaram-se alegadas práticas abusivas na forma de preços discriminatórios em *JFV v Tabaqueira*, *JCG v Tabaqueira*, *Reuter* e *IMS Health*. Neste último, os argumentos foram rejeitados (a alegada discriminação seria relativamente a uma empresa da mesma unidade económica da empresa com posição dominante).

Nos dois casos da *Tabaqueira*, concluiu-se que os descontos diferenciados entre retalhistas tinham subjacente uma justificação objetiva. No segundo caso, esta conclusão verificou-se apenas na última instância, não tendo o STJ oferecido argumentos que justificassem, verdadeiramente, a sua discordância da posição do TRL (que pareceu mais preocupado com o efeito de fidelização dos descontos do que, propriamente, com a sua natureza discriminatória – ver secção 2.1).

TRL – JFV v Tabaqueira, 06/03/1990

“Existe discriminação sempre que um fornecedor concede a determinados clientes benefícios não extensivos a outros que se encontram em situações idênticas, isto é, quando da parte daqueles não existe contrapartida aos referidos benefícios. (...) Nesta ordem de ideias tem-se entendido que não há discriminação, v.g., quando os benefícios especiais correspondem ao pagamento a pronto”. “Não se acham, neste caso, os descontos especiais concedidos pela Tabaqueira (...) a distribuidores de tabaco, selecionados em atenção às respetivas qualificações (volume de vendas, cumprimento das normas de comercialização, disponibilidade de meios para a distribuição do produto, idoneidade e prestígio na região, etc.). (...) As condições que presidiram à seleção daqueles distribuidores (...) representam uma maior contrapartida por parte deles, no sinalagma estabelecido nos contratos bilaterais entre eles e a

ré que justificam um tratamento mais favorável por parte da ré em relação a esses distribuidores, porque eles também cumprem mais e melhor.”

TRL – JCG v Tabaqueira, 18/04/1991

“[A] ré, ao contratar com os seus distribuidores grossistas, lhes exigiu, além do mais, a não comercialização de produtos concorrentes com os abrangidos pelos contratos, diretamente ou por intermédio de terceiros, incluindo outras empresas; (...) a ré, ao proporcionar aos autores os aludidos descontos, o fez com o fundamento de se tratar de grossistas que se evidenciavam pelo seu volume e vendas, pela sua idoneidade e prestígio na região e por disporem de meios próprios de distribuição. Sendo, no entanto, assim, como é, manifesto é também que a ré, ao contratar com os autores nos termos adotados, o fez com um duplo propósito: por um lado, o de garantir e aumentar a comercialização dos seus produtos através dos seus melhores distribuidores, ou seja, dos que, alcançando um maior volume de vendas, maiores lucros lhe proporcionavam já, aproveitando a circunstância não só de os mesmos serem pessoas idóneas e prestigiadas na região como também a de disporem de meios próprios de distribuição e, por outro, o de evitar que tais distribuidores se deixassem atrair por outros concorrentes igualmente interessados na venda dos seus artigos. Visando, todavia, assegurar uma maior fidelidade aos seus produtos por banda dos que já antes se haviam distinguido pelo seu maior número de vendas – o critério que afinal levou a seleccioná-los para a concessão dos especiais descontos em causa – e procurando afastar do mercado todos e quaisquer outros concorrentes – já existentes ou simplesmente potenciais – valendo-se para tanto – e de que manifestamente abusou por, por não ser fácil mudar de ramo de negócio e menos ainda pôr termo ou substituir de um momento para o outro enraizados hábitos de consumo de tabaco – da sua posição dominante no mercado, nenhuma dúvida pode haver de que a ré discriminou não só os seus melhores grossistas e aqueles com os quais celebrou contratos do teor do documentado a fls. 55 a 57, como também todos os demais interessados em vender produtos do género: os primeiros por, não obstante o benefício concedido através dos descontos em apreço, terem ficado impedidos da venda de artigos concorrentes; os segundos por, apesar de obrigados aos mesmos deveres a que se achavam vinculados os autores, designadamente o de não poderem vender artigos concorrentes, não terem ficado a usufruir dos mesmos benefícios; e os últimos por, face à posição assumida pela Tabaqueira, só muito dificilmente poderem concorrer com ela ou ter acesso ao mercado”. “A pretensão de que os «descontos» não são a contrapartida da não distribuição pelos autores de produtos concorrentes (...) não tem, pois, a menor credibilidade. É evidente que também os distribuidores aos quais não foram concedidos os «descontos» (...) ficaram impedidos de vender produtos concorrentes e que, por isso, não foi só esta «obrigação» (comum a todos os distribuidores) a determinar os descontos. Mas pretender que estes não são também uma contrapartida da obrigação assumida pelos autores de não comercializarem produtos concorrentes quando tudo indica que eles se deveram ao especial interesse da ré em aguentar os autores, dados os especiais resultados por eles alcançados, como seus distribuidores exclusivos, deste modo os afastando da cobiça de outros vendedores, é não ter presente a realidade dos negócios e que a Tabaqueira, como empresa industrial e comercial, criada para a obtenção de lucros, ao propor-se distinguir os demandantes, o não fez sem uma real contrapartida que naturalmente se propôs compensar de modo especial. ... O procedimento adotado pela demandada – porque destinado a incrementar a posição dominante da Tabaqueira no mercado nacional de tabacos com prejuízo não só dos próprios distribuidores da demandada como também de outros interessados na colocação de produtos similares no mercado português com todos os efeitos negativos daí resultantes, designadamente sobre o público consumidor que assim viu reduzidas as suas possibilidades de escolha dos produtos da sua eventual preferência – integra a autoria de uma contra-ordenação prevista e sancionada pelos arts. 14-1 e 16-1 do DL 422/83, conforme de resto o entendeu já o Conselho de Concorrência e o Tribunal de Polícia de Lisboa”

STJ – JCG v Tabaqueira, 08/07/1993

“Saber se certos descontos praticados são, ou não, «discriminatórios» constitui matéria de direito e não de facto, uma vez que tal qualificação implica, necessariamente, o disposto na norma donde flui aquele conceito e não o averiguar de acontecimentos da vida real apuráveis através dos sentidos”.

É difícil retirar do caso *Reuter* algum precedente relevante, quanto ao tratamento de preços discriminatórios no direito da concorrência, pelos motivos já explicados na secção 2.5. Especialmente problemática foi a atitude do TRL e do STJ de entenderem, aparentemente, que é forçosamente impossível de comparar preços de contratos celebrados em momentos distintos.

d) Outras práticas unilaterais

Em *IMS Health*, suscitaram-se também práticas de recusa de fornecimento e de infraestruturas essenciais, tendo esses argumentos sido rejeitados pelo tribunal arbitral no caso concreto. A prática abusiva que acabou por ser identificada foi a de preços excessivos. Por si só, isto é muito significativo. A figura dos preços excessivos praticamente que desapareceu do *public enforcement* da concorrência. A AdC ainda não condenou nenhuma empresa por preços excessivos e, de facto, ao adotar, posteriormente, uma decisão sobre estas mesmas práticas da ANF, optou por as enquadrar como um esmagamento de margens. Entende-se, de modo geral, que o motivo do “abandono” desta figura do lado do *public enforcement* se prende com a sua complexidade e dificuldades da prova. Curiosamente, na litigância privada, sem acesso (à partida) à estrutura de custos das empresas acusadas do abuso (a que uma autoridade de concorrência tem acesso), tenderá a ser mais desafiante demonstrar o preenchimento dos requisitos do esmagamento de margens do que de um preço excessivo. Isto dito, este caso parece reforçar a conclusão geral da maior facilidade com que os tribunais encontram uma violação do direito da concorrência no contexto do *private enforcement*.

O TRL confirmou que a qualificação de um preço como “excessivo” é matéria de direito, não de facto (ver secção 3.4.h)), e recusou a relevância de comparação com preços de vendas dentro da mesma unidade económica. Neste caso, os preços excessivos foram identificados com base em vários fatores, incluindo a comparação com preços de outros mercados, a imposição de um preço “sem negociação” e (aparentemente, com especial efeito persuasivo) o aumento de 150% dos preços em contratos espaçados por 5 anos.

TRL - IMS Health, 03/04/2014

Argumentos da ANF: [Parte sobre abuso de representação] “O tribunal considerou o valor de €255 excessivo e lesivo dos interesses da IMS, tendo reduzido o mesmo a €150. Para o efeito de consideração do preço (...) como excessivo, o tribunal atendeu a dois fundamentos e apenas a esses: custo direto da

aquisição dos dados para as Recorrentes e aos preços dos produtos equivalentes noutros mercados, os quais para além de incorretamente aferidos são claramente insuficientes para determinação do preço ser excessivo ou de o negócio ser prejudicial”. [Sobre abuso de posição dominante – defende teste mais permissivo de preço excessivo quando há propriedade intelectual]: decisão do tribunal nesta parte “*é manifestamente improcedente, absolutamente injustificada e corresponde a um facto conclusivo. Na aferição da razoabilidade do preço praticado pela ANF na venda dos dados das farmácias, o tribunal arbitral socorreu-se erradamente do teste fixado pelo United Brands, nos termos do qual se impõe averiguar: a) se era excessiva a diferença entre o custo de produção e o preço cobrado; e em caso afirmativo, b) se o preço seria injusto em si mesmo ou em comparação com produtos concorrentes. Esta averiguação exigia uma prova detalhada que nunca chegou a ser feita e portanto a conclusão relativa à indução dos preços em alta foi grosseira*”. “*Todavia, mesmo que se respondesse favoravelmente a todas as questões associadas ao teste do United Brands, a decisão do tribunal arbitral teria sido incorretamente adotada. Efetivamente, os dados recolhidos sobre as vendas das farmácias correspondem a uma base de dados protegida pelo Decreto-Lei n.º 122/2000 e sujeita à tutela dos direitos de autor. Nestes casos, em que estão em causa direitos de propriedade intelectual, o teste associado aos preços excessivos – a aceitar-se um ilícito nestas situações, o que parece contrariar a tendência da doutrina e da jurisprudência – corresponderia à disponibilidade do comprador para adquirir os produtos e jamais o «valor económico» do produto.*” “*A disponibilidade do comprador revelou-se na altura da assinatura do Acordo de 2008, nas margens de lucro obtidas pela Recorrida IMS pela venda dos estudos de market intelligence pharma elaborados com base nos dados das vendas das farmácias e na celebração de um acordo com a HMR por um preço de €255 farmácia/mês*”. Críticas do parecer Compass Lexecon ao tribunal arbitral: “*b) não fundamentou as suas afirmações relativas à prática de preços excessivos e não demonstrou que o preço praticado não tinha correspondência razoável com o valor dos serviços prestados; c) as comparações de preço devem ser feitas para produtos da mesma qualidade e quantidades semelhantes, sendo um exercício complexo; o tribunal não realizou a devida comparação de preços internacionais, o que torna não fiáveis os resultados; d) na comparação dos preços subvalorizou os custos de manutenção do Sinfarma e do Farmalink que em 2009 rondavam os €248/mês/farmácia; e) não estabeleceu uma ligação entre os preços praticados pela ANF e o valor económico dos dados sell-out.*”

Argumentos da IMS: além do preço excessivo em si, a IMS também se queixava de ter sido obrigada a pagar um número de farmácias manifestamente desnecessário para se obter uma amostra estatisticamente relevante. Mas esta questão não parece ter sido discutida. O preço de 255 euros “*não tem a mínima correspondência equitativa com os custos de recolha e transmissão dos dados, nem com o valor económico dos mesmos. Acresce que o preço em causa é várias vezes mais elevado que os preços praticados no resto do mundo...*”.

O contrato de 2003 entre as partes tinha fixado para o mesmo serviço o preço de 100€ por farmácia/mês. “*nas negociações para o contrato de 2008, a IMS propôs 150€/mês, tendo vindo a ser fixados os 255€, sem qualquer justificação racional*” (p. 116).

IMS Health – TRL: “*Sobre o conceito de «posição dominante», «práticas abusivas» e «política de preços» interessante resenha é feita no Acórdão de 17 Fev 2011, processo C-52/2009T (...): «(...) No que respeita ao carácter abusivo de uma prática tarifária como a que está em causa no processo principal, refira-se que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE proíbe expressamente que uma empresa dominante imponha direta ou indiretamente preços não equitativos. (...)»*”.

TRL: “*A propósito do preço excessivo é pertinente o que escreve Miguel Moura e Silva in O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia (...): «O principal instrumento de exercício do poder de mercado é a maximização dos lucros fazendo com que o preço suba ao nível do preço de monopólio. A al. a) do artigo 82.º visa precisamente impedir esta forma de exercício de poder de mercado seja diretamente ao nível dos preços ou através da imposição de outras condições de transação ‘não equitativas’. Uma forma de criar condições para a subida do preço por uma empresa dominante passa, naturalmente, pela diminuição da quantidade produzida, razão pela qual a al. b) do artigo 82.º qualifica como abusiva a conduta que consiste em ‘limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores’. Já vimos que um preço excessivamente baixo e dirigido à eliminação dos concorrentes é passível de ser qualificado como ‘não equitativo’. Por maioria de razão o será um preço excessivo: a única razão pela qual a empresa dominante consegue impor esse preço deve-se à posição dominante que ocupa. Não se pense, contudo, que o artigo 82.º se presta a operar como um sistema genérico de regulação de preços. A proibição de preços excessivos é raramente*

*aplicada devido ao conjunto de dificuldades que suscita. Afinal de contas, o juízo sobre o carácter excessivo de um preço evoca os debates escolásticos sobre o preço justo. Vimos já que os primeiros casos em que foi chamado a pronunciar-se sobre o artigo 82.º diziam respeito, justamente, à alegação de preços excessivos. Em causa estavam produtos patenteados e o Tribunal, mostrando particular acutilância quanto ao alcance de uma decisão que desse azo a uma aplicação descentralizada de um controlo de preços, sublinhou sempre que a existência de uma disparidade entre o preço prevalecente num país onde o produto em causa era protegido por patentes ou outros direitos de propriedade intelectual e o preço em vigor num Estado-membro onde tal proteção não estava disponível constituía um mero indício mas não um abuso por si só».*p414. E a propósito do caso *United Brands*, a que se faz alusão do acórdão recorrido, discorre o mesmo autor: «Para o tribunal, a questão colocada consistia em saber se a *United Brands* se tinha prevalecido das possibilidades oferecidas pela sua posição para obter vantagens que não poderia ter auferido de outra forma. No entanto, censura a análise da Comissão por ser insuficiente, desde logo por ter sido feita uma análise de margem de lucro da *United Brands* face aos respetivos custos. Não se pense, contudo que a mera existência de uma margem de lucro elevada é suficiente. O Tribunal exige um critério duplo: em primeiro lugar, a relação entre o custo e o preço deverá revelar ‘uma desproporção excessiva’; só depois disso se analisará se o preço deve ou não ser considerado excessivo, o que supõe uma análise do próprio produto ou uma análise comparativa com produtos concorrentes. Quanto a este último ponto, a acrescer à deficiente instrução do processo, revelava-se que os preços da *United Brands* se situavam a cerca de 7% acima dos praticados pelos concorrentes, percentagem que ‘não pode automaticamente ser considerada como exagerada e, portanto, não equitativa’ (considerando 266)».p417”.

TRL: “*Indo ao caso dos autos, importa atender à factualidade recolhida (parca, diga-se desde já, aproveitando-se para anotar que os pareceres que ambas as partes juntaram analisam o caso, socorrendo-se, bastas vezes, de muitos elementos que não constam dos autos como «provdados», o que subverte em grande medida os enquadramentos feitos): - o número de farmácias que fornecia dados veio aumentando em cada ano: 2004= 322,3; 2005=934,5; 2006=1078,8, com perspetivas de novos aumentos (...); - no contrato de 2003, entre a ANF e a IMS para o fornecimento de dados, foi fixado o preço de €100/mês/farmácia; - nas renegociações do contrato de 2006 e que antecederam o contrato de 2008, a IMS propôs o preço de €150/mês/farmácia; - a qualidade dos serviços prestados, ao nível do fornecimento de dados, foi significativamente melhorada em relação a 2003; - o preço fixado no contrato de 208, de €255/mês/farmácia não tem em conta o custo direto para a ANF e foi calculado pela ANF em face das receitas esperadas para os anos de 2009 a 2011 – tempo de vigência do contrato de 2008 – segundo as estimativas relativas ao contrato de 2006; - e é o valor mais alto conhecido, várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes. Pese embora não tenha sido feita averiguação mais detalhada, porque as partes nisso não se empenharam, não julgamos, contrariamente às recorrentes, que os elementos indicados sejam insuficientes para se alcançar um juízo. Melhor e mais seguro seria se um aprofundamento dos dados tivesse sido feito, mas com o que temos, e ponderando os diversos critérios jurisprudenciais, não sendo despiciendo notar que é unânime o entendimento de que a solução a dar é sempre casuística, julgamos ser permitido fazer um juízo de «desproporção excessiva» entre o custo e o preço fixado de €255/mês/farmácia. Não se encontra justificação plausível para o aumento de preço verificado entre 2003 e 2008; se os serviços foram melhorando também o número de farmácias aumentou (entre 2003 e 2006 aumentou em mais do triplo) o que levou a um considerável aumento de receita global. Menos compreensível é ainda que numa base de proposta negocial de €150 se tenha passado para a fixação de €255 (uma quase duplicação), sem qualquer alteração dos pressupostos do negócio, sem qualquer outra contrapartida visível para a IMS. Sendo o valor mais alto conhecido e várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes, então já considerada a «desproporção excessiva», podemos concluir que estamos perante um «preço excessivo».*”

TRL: “*Sobre os diferenciais escreve-se na decisão recorrida: [tribunal arbitral] «Além disso, do ponto de vista económico, o pagamento dos ‘diferenciais’, a pagar até abril de 2009 (...), incidiria sobre o preço real dos dados fornecidos durante os dois anos de vigência do contrato (...). Extrapolando o montante faturado, sem IVA, em relação aos três primeiros meses de 2009 (€1.508.580 [...]), o montante total a pagar pela IMS durante a vigência do contrato, ao preço unitário de €255, seria de cerca de €12.068.640. Adicionando a este montante o valor dos ‘diferenciais’ (€5.698.163), o montante total a pagar aumentaria em cerca de 47%, equivalente a um preço unitário de cerca de €374 (por farmácia, por mês), raiando o absurdo em relação a custos e a preços comparáveis.».* Aqui temos por

acertada a crítica feita pelas recorrentes: que «a compensação constante da Cláusula 10ª não pode, em se de alguma, ser confundida com o preço pelos dados que seriam transmitidos ao abrigo do próprio contrato de 2008, os quais se encontram e apenas regulados na cláusula 6ª do contrato de 2008». Neste caso, a questão do preço excessivo tem de ser reportada apenas à cl. 6ª e não à cl. 10ª.”

TRL: “Argumentam as recorrentes que «os dados recolhidos sobre as vendas das farmácias correspondem a uma base de dados protegida pelo DL n.º 122/2000, e sujeita à tutela dos direitos de autor. [continua citação da Recorrente]. Começando pelo fim: o acordo com a HMR é de irrelevância óbvia e manifesta. Trata-se de empresa detida em 90% pela Farminveste, que por sua vez é detida a 100% pela ANF e criada depois de instalado o litígio dos autos. Donde, o «preço» que aqui as partes (se é que de «parte» se pode falar) lograram consagrar não contribui com qualquer elemento sério de aferição. Foram €255 como poderiam ter sido €500. Não vale a pena esgrimir com argumentos baseados em dados viciados. Depois, o «preço», como resulta à evidência dos autos, não resultou de qualquer «negociação» que como tal possa ser apelidada, nem de qualquer disponibilidade do comprador para pagar; se a IMS chegou a propor €150/mês, como é que aparece o valor que acabou por constar do contrato, a não ser por imposição unilateral da ANF?”

TRL: “Em resumo, acompanhamos o discurso da decisão quando continua: [tribunal arbitral] «O objeto e o efeito anticoncorrenciais deste preço excessivo são óbvios, porque o mesmo se reflete, sem justificação, direta e decisivamente na estrutura de custos do cliente, distorcendo o acesso ao mercado, e, indiretamente, nos preços a pagar pelos consumidores. O preço estipulado pelos dados provenientes das farmácias no contrato de 2008 é portanto excessivo e induzido em alta pela ANF, que, ao mesmo tempo, detinha posição dominante no respetivo mercado. Sendo esta prática proibida por norma legal imperativa (LdC, artigo 4.º, n.º 1, ex vi do artigo 6.º, n.º 3, alínea), as correspondentes cláusulas 6.º, n.º 1 (quanto ao montante do preço) e 10ª do referido contrato são nulas, por força do artigo 280.º n.º 1 do Código Civil» (excluindo-se a alusão à cl. 10ª)”. “Mantém-se a decisão sob recurso quando decide pela procedência da exceção de abuso de posição dominante, por indução artificial de preço em alta, apenas no tocante à cl. 6ª.”

No caso *Meo* (pendente), também se suscitou uma prática de preços excessivos.

Em *Notários*, foi invocada uma prática de preços predatórios, mas não teve de ser discutida por se ter afastado a natureza de atividade económica dos serviços em causa¹⁹⁸.

Em *Onitecom v PT* (concluído por prescrição) e em *NOS v PT (II)* (pendente), suscitou-se uma prática de esmagamento de margens (como referido acima, o caso *IMS Health* também poderia ter sido discutido nessa ótica, como veio a suceder no domínio do *public enforcement*).

¹⁹⁸ *Notários*, 02/07/2009: [posição do Ministério Público, em representação do Estado] “a A. invoca a prática de supostos preços predatórios por parte do IRN, sem que tenha demonstrado quais os custos médios totais (average total costs) e os custos médios variáveis (average variable costs) de empresas dominantes e de empresas concorrentes”. “A alegação da Autora parte, assim, do pressuposto de que o IRN é uma empresa pública que desenvolve uma atividade económica concorrencial da atividade notarial e que ao fazê-lo viola o princípio da concorrência já que ela, ao invés daquele, se encontra obrigada (1) a cobrar pelos seus atos preços superiores aos praticados pelo IRN; (2) a ter habilitações académicas (licenciatura) não exigidas aos funcionários das conservatórias; (3) a pagar um preço pelo acesso à informação do Ministério da Justiça, do Arquivo Público e de outros Serviços Públicos; (4) a cobrar IVA; (5) impedida, por causa das burocracias e dos custos inerentes, de oferecer os pacotes que o Governo pode oferecer e, no fim de tudo, (6) a ver os seus atos sujeitos ao controlo do conservador. Será que ao assim litigar lhe assiste razão? A resposta, como se verá, é negativa”.

O caso *Apple* confrontou o tribunal com um vasto leque de práticas abusivas, que não foram discutidas, por os tribunais nacionais se terem declarado incompetentes.

Por último, no caso *NOS v PT (I)*, suscita-se uma prática abusiva atípica, sublinhando a natureza exemplificativa da enumeração de abusos da lei e a possibilidade de se identificarem comportamentos abusivos diferentes dos usualmente discutidos na jurisprudência e doutrina.

e) Abuso de dependência económica

O abuso de dependência económica é um instituto que se tornou praticamente letra morta na prática da Autoridade da Concorrência. Mas, do lado do *private enforcement*, foi e continua a ser invocado com relativa frequência. Foi alegado ou discutido um abuso de dependência económica em, pelo menos, 11 casos¹⁹⁹, fundamentalmente no contexto da rutura de relações comerciais. Outros casos houve em que se poderia ter suscitado esta prática, mas não foi alegada pela parte a quem aproveitava²⁰⁰.

Naqueles 11 casos, incluem-se situações em que:

- (i) não conhecemos o desfecho do argumento (*Concessionário automóvel (V)*);
- (ii) a questão não chegou a ser discutida, porque só foi invocada na segunda instância, tendo-se concluído cair fora do âmbito do recurso (*Bebidas (II)*), ou porque o tribunal identificou a violação de outra norma que entendeu tornar supérflua a discussão desta (*Leite*);
- (iii) a questão foi discutida por iniciativa do próprio tribunal (*Concessionário automóvel (IV)*);
- (iv) a questão foi invocada em termos tão imprecisos que os tribunais rejeitaram o argumento, afirmando sumariamente que a prática não resultava dos autos

¹⁹⁹ *Bebidas (II)*; *Concessionário automóvel (III)*; *Concessionário automóvel (IV)*; *Concessionário automóvel (V)*; *Goodyear*; *G v N (têxteis)*; *Leite*; *Nestlé (II)*; *Porto de Aveiro*; *Reuter*; *Salvador Caetano*.

²⁰⁰ Cfr., e.g.: *Ford (I)*; *Viaturas e máquinas da Beira*; *Renault*; e *Botijas de gás*. Em *Refrige*, a Autora não fundou o seu pedido de indemnização em abuso de dependência económica, apesar de ter dito que estava em “dependência parcial” da Ré. O facto de não ter invocado esta disposição poderá explicar-se por o negócio da Ré (refrigerantes) representar apenas cerca de 20% do negócio da Autora.

- (*Concessionário automóvel (III)*), ou que não tinha sido cumprido o ónus de alegação e prova (*Nestlé (II)*);
- (v) a questão foi discutida por confusão do tribunal entre abuso de posição dominante e abuso de dependência económica (acórdão do STJ em *Reuter*).

Começando por este último, a conclusão negativa do STJ quanto ao caso concreto não é relevante, já que a parte não alegara esta prática. Mas o acórdão fornece importantes esclarecimentos de âmbito geral sobre esta figura, por influência da jurisprudência e doutrina francesas. Infelizmente, incluiu-se um esclarecimento incorreto, ao afirmar-se que pode haver um abuso de dependência económica numa relação horizontal. Esta posição foi reiterada pelo TJP em *Nestlé (II)* e pelo TJJ em *Goodyear*, mas o próprio STJ viria a corrigir a sua jurisprudência, a este respeito, no caso *Salvador Caetano*.

STJ – Reuter, 24/04/2002

“Insiste a Ré, ora recorrente, em que a A., ora recorrida, (...) agiu com «abuso de posição dominante», (...). Mas - adianta-se desde já - não lhe assiste qualquer razão. O «estado de dependência económica», também designado por «posição dominante relativa», também designado por «posição dominante relativa», e que opõe a empresa a fornecedores ou a clientes, isto é, empresas situadas a montante ou a jusante no processo de produção ou distribuição de bens, pode por-se tanto num plano de relações horizontais - isto é, entre empresas produtoras ou distribuidoras do mesmo ramo ou segmento do mercado - como num plano de relações verticais, traduzido este em sentido ascendente ou descendente (empresas distribuidoras relativamente a fornecedoras ou clientes relativamente a produtores ou fabricantes). Planos estes ambos genericamente contemplados no art.º 4.º do DL 371/93”. “Com efeito, nesse preceito é «proibida a exploração abusiva [continua citação do 4.º do DL 371/93]”. “Ora, um desses comportamentos consiste precisamente em [citação do art. 4.º e 2.º, n.º 1, al. a) do DL 371/93 - não respeita a preços discriminatórios]”. “Nos termos do disposto no artigo 13.º do DL 422/83, neste domínio aplicável, [citação] (art. 14.º, n.º 1). E ex-vi do n.º 3 do mesmo preceito, [citação]. “A doutrina francesa - conf. Michel Glais, in «L'état de dépendence économique au sens de l'art. 8 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986: analyse économique» 1989, (...) - confunde as expressões «produtos equivalentes» e «soluções equivalentes», reconduzindo esta última à existência de produtos permutáveis (solução equivalente = produtos substituíveis para o sortido do comerciante). Não há, todavia, que restringir a «equivalência» no mercado de bens e serviços substituíveis, já que tal noção possui um alcance global, definindo ela própria a existência ou não de dependência económica. Não basta haver soluções alternativas equivalentes, sendo necessário que a elas se possa recorrer em tempo útil, sendo que a dimensão temporal constitui precisamente um dos elementos decisivos de ponderação da «solução equivalente». Esta não constitui propriamente um meio de avaliação da dominação relativa, constituindo antes uma conclusão que procede da análise combinada dos múltiplos critérios, v.g. o prestígio e reputação da marca, a quota de mercado do fornecedor, o vínculo que este mantém com o cliente. Torna-se, por isso, necessário verificar se existem ou não alternativas suficientes, bem como avaliar se essas alternativas são ou não razoáveis segundo critérios aferidores de caráter objetivo. A deteção de «solução equivalente» terá, assim - repete-se - de resultar de múltiplos fatores, tais como a reputação e notoriedade da marca, a quota de mercado do fornecedor, a extensão das relações que este mantém com o cliente, o lapso de tempo necessário para encontrar alternativas e, também, a existência de produtos permutáveis em certo mercado, tudo permitindo avaliar o custo resultante da alteração de fornecedor, em ordem a saber se existe ou não a sobredita... «solução equivalente». Em suma, a ponderação dos aludidos fatores de apreciação do estado de dependência

económica é que podem permitir concluir se existe ou não «solution equivalente» quer – no direito francês – (...) quer – no direito português – para efeitos do artigo 4.º do DL 371/93” [Remete para mais desenvolvimentos para a obra de Mariano Pego, 1991]
“Seja como for, face ao disposto no n.º 2 do art.º 7.º do cit DL, «não se consideram prestações equivalentes... [continua citação] (...). A título de exemplo, disporá de posição dominante [cita art. 14.º, n.º 2, al. a) e n.º 3, sobre conceito de posição dominante e presunção com quota de mercado]”.

Em *G v N (têxteis)* e em *Goodyear*, o TRL concluiu que não se provara a existência de dependência económica.

No primeiro, não se alegaram os factos necessários e, embora o tribunal não o diga, os próprios factos do caso mostravam a ausência de dependência (o retalhista encontrou rapidamente no mercado substituto para os produtos encomendados do fornecedor em causa). Decorrem da pronúncia do TRL alguns esclarecimentos gerais sobre esta figura.

TRL – *G v N (têxteis)*, 12/09/2006

“Aliás, conforme refere J.P.F. Mariano Pego, in A Posição Dominante Relativa No Direito Da Concorrência, pág.87, «Em Portugal, só em 2000 o art.4º do DL nº371/93 teve aplicação, algo que nem sequer estranhámos, pois nos outros países em que se conhece o «abuso de dependência económica», tem sido difícil precisar o que se entende por «estado de dependência económica» e por existência de «alternativa equivalente», assim como delicada se tem mostrado a distinção entre «abuso» e prática comercial normal e salutar». Seja como for, no caso dos autos, não se vê como poderia concluir-se, perante a matéria de facto apurada, que a autora se encontrava em estado de dependência económica relativamente à ré, por não dispor de alternativa equivalente, e que esta tinha explorado abusivamente esse estado, nomeadamente, aplicando condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes (cfr. os citados arts. 2.º, n.ºs 1, al. e) e 2 e 4º, do DL n.º 371/93). Na verdade, nada se sabe, desde logo, quanto ao peso representado pelos produtos da ré (fornecedora) no volume de negócios da autora (distribuidora), nem quanto à possibilidade que esta tinha de obter, junto de outros fornecedores, «produtos equivalentes». Situações estas que traduzem critérios de apreciação de dependência económica perante fornecedores (cfr. Mariano Pego, ob.cit., pág.123).”

O caso *Goodyear* foi aquele em que esta matéria foi discutida com maior profundidade. A Ré dedicou ao tema 30 páginas das suas alegações de recurso e a Autora dedicou-lhe a integralidade da sua resposta (40 páginas)²⁰¹. O tribunal de 1ª instância reproduziu, essencialmente, a posição do STJ em *Reuter* e confundiu esta figura com o abuso de posição dominante²⁰².

²⁰¹ O abuso alegado pela Ré era uma prática discriminatória e uma recusa de venda, embora construída de maneira típica: não uma recusa absoluta, mas funcional, por aumento de preços e oferta de preços reduzidos a concorrentes, etc. O argumento parecia basear-se, em parte, numa prática de fixação de preços de revenda, que a Ré aceitava como normal. Sobre isto, disse a 1ª instância: “Entende a ré que a prática da subida de preços e inerentes consequências nas suas margens de comercialização, como resultou provado em consequência das respostas aos quesitos 116º a 133º e 164º a 170, se resume, na prática, a uma verdadeira recusa de contratar, ainda que tácita”.

²⁰² *Goodyear*, 06/03/2009: [Depois de expor critérios para a determinação de dependência económica] “A título de exemplo, disporá de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço a empresa que atue num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus

A conclusão negativa dos tribunais parece ter sido decisivamente influenciada pelo facto de, não obstante a notoriedade da marca e o “monopólio” no fornecimento de pneus para alguns tipos de veículos (questão que cria dúvidas sobre a possibilidade de se ter recorrido, neste caso, à figura do abuso de posição dominante), os produtos deste fornecedor representarem apenas 1/3 do volume de negócios do retalhista e de se ter provado que o retalhista encontrou efetivamente fornecedores alternativos, sem que tal implicasse qualquer alteração estrutural, continuando a operar de maneira sólida no mercado.

Novamente, a posição dos tribunais foi visivelmente influenciada pela jurisprudência e doutrina francesas. Entre os importantes esclarecimentos feitos pelo TRL conta-se a fascinante observação de que a regra *de minimis* também vale para casos de abuso de dependência económica²⁰³. É uma questão que merece reflexão cuidada, dependendo, fundamentalmente, dos termos em que seja aferido o impacto significativo no mercado. Se este impacto for medido exclusivamente tendo em conta a quota de mercado representada pelo volume de negócios sujeito à relação de dependência concretamente em causa, o resultado pode ser a negação da teleologia da norma e a destruição de todo o seu efeito útil na esmagadora maioria das situações potencialmente cobertas.

TRL – Goodyear, 04/10/2011

Tribunal de 1ª instância: [Após confundir figuras de abuso de posição dominante e de dependência económica e de se referir à presunção de quota de mercado] “*Quanto a este último aspeto é necessário determinar o mercado relevante que, no caso em apreço, é o mercado nacional de pneus dos diferentes tipos, onde não existe posição dominante absoluta: a autora, como é facto notório, não é a dona do mercado nacional (nem do comunitário) onde existem outras multinacionais como, por exemplo, a Michelin, a Continental, a Pirelli, etc.. In casu, embora não se possa dizer que é inexistente a posição dominante relativa, uma vez que um terço do volume dos negócios da ré correspondia às vendas dos pneus de marca FULDA (cfr. resposta ao quesito 160°), a verdade é que aquela dispunha de alternativas no mercado nacional para os diferentes tipos de pneus, sendo certo que já à data da resolução do contrato efetuava distribuição de outras marcas de pneus, nomeadamente a Nokiam, com um volume de vendas muito próximo dos da marca Fulda (cfr. relatório pericial junto aos autos). Por outro lado, não deixa de causar alguma estranheza que uma empresa como a ré que comercializava e continuou a comercializar variadas marcas e gamas de pneus, que é uma empresa sólida e, como a própria diz no seu sítio, a quinta maior grossista de pneus em Portugal (cfr. doc. de fls. 3731), e cuja imagem não foi afetada pela resolução do contrato (cfr. respostas aos quesitos 217° a 219° e 144°), se*

concorrentes, (...) presumindo-se que se encontra nesta situação uma empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30% (art. 14°, n° 2, al. a) e n° 3). Sendo assim, e de harmonia com as regras do ónus da prova, incumbia à ré a demonstração da ocorrência dos pressupostos do invocado «abuso de posição dominante», relativamente ao mercado de bens ou serviços prestados e, designadamente, qual a percentagem ou «quota» de mercado ocupado pela autora”.

²⁰³ Por contraste, é muito difícil esta questão suscitar-se nos casos de abuso de posição dominante, já que a discussão da existência de uma posição dominante, se for minimamente razoável, à partida garante um impacto significativo da prática no mercado em causa.

possa considerar economicamente dependente da autora que, também ela, é um dos abastecedores do mercado em que concorre com os demais fornecedores. Ora, apesar de se ter provado que a autora sabia que o abandono por parte da ré da marca Fulda representaria para esta uma grande perda, que a ré não desistiria da comercialização dos produtos, mesmo sacrificando os seus resultados, face às subidas anuais de preços (cfr. respostas aos quesitos 156º a 158º), provou-se também que a generalidade dos 380 clientes angariados pela ré que compravam pneus da marca Fulda, adquiriam igualmente outras marcas de pneus comercializadas pela ré (resposta ao quesito 249º). Em suma, não se pode concluir pela existência de abuso de dependência económica da ré em relação à autora, im procedendo nessa parte o pedido formulado pela Ré.”

No recurso, Ré alegou que 1ª instância tornou o abuso de dependência económica “*numa figura passível de ser aplicada apenas a situações manifestamente utópicas e inexistentes. (...) [A] pesar de aceitar a existência de uma posição dominante relativa da Autora, Recorrida, e de considerar que a Ré ocupa uma posição no mercado nacional com bastante relevância, [o tribunal de 1ª instância] conclui que, por não ser «(...) a dona do mercado nacional (nem comunitário) onde existem outras multinacionais, por exemplo, a Michelin, a Continental, a Pirelli, etc. (...)» que a figura do abuso de dependência económica se não poderia aplicar*». Alegou que as marcas Goodyear e Fulda têm notoriedade, e que isso é um facto notório que deveria ter sido conhecido oficiosamente, tendo estado mal o tribunal de 1ª instância ao considerar que eram notórias apenas a Michelin, Continental e Pirelli. Quanto à quota de mercado, Ré alegou que essa tinha menor importância nesta figura que no abuso de posição dominante, devendo dar-se mais importância à percentagem do volume de negócios do retalhista.

TRL: “*[O] instituto da exploração abusiva do «estado de dependência económica», também designado por «posição dominante relativa» releva do Direito da Concorrência, tendo em vista sancionar as práticas restritivas da concorrência que se traduzam na exploração abusiva por parte de uma empresa que se encontre perante outra numa posição de supremacia no circuito da produção ou de distribuição de bens, inscrevendo-se portanto no plano das relações verticais, seja no sentido ascendente (v.g. distribuidor/fornecedor), seja no sentido descendente (v.g. fornecedor/distribuidor)” (...)*

“*[A] exploração abusiva de dependência económica só releva quando seja suscetível de desvirtuar o jogo concorrencial de determinado mercado.*”

“*Não expressamente previsto no Tratado da União Europeia, o instituto da exploração abusiva de dependência económica foi introduzido na ordem jurídica portuguesa, sob inspiração do direito francês, pelo artigo 4.º do [DL 371/93] – entretanto revogado e substituído pela [L 18/2003], por forma a compreender situações que extravasam do âmbito de aplicação do abuso de posição dominante, também designada «posição dominante absoluta», previsto no artigo 3.º do mesmo diploma, em particular nos casos em que uma empresa, embora não detendo o domínio do mercado específico de um bem ou serviço, mesmo assim detenha uma prevalência relativa sobre outro agente económico no mercado, explorando-a abusivamente em termos de restringir o jogo concorrencial”.*

Cita DL 371/93, art.º 4.º, e L 18/2003, art.º 7.º, que afirma ter “*redação bem mais aperfeiçoada e completa*”. “*Não é que este normativo tenha aplicação ao caso, mas a sua transcrição aqui afigura-se útil, na medida em que contém critérios diretivos não contemplados expressamente no artigo 4.º do DL 371/93, mas que correspondem a algumas soluções já anteriormente apontadas pela doutrina na interpretação e aplicação deste artigo*”

“*Segundo o ensinamento de Georges Virassamy [citado por Mariano Pego], na generalidade dos contratos de dependência, a dependência económica poderá resultar da conjugação de três fatores: a existência de uma relação contratual; a importância que esta reveste para a continuação em atividade do contraente mais débil; a constância da ligação entre as partes, em função da qual um dos contraentes organiza as respetivas atividades*”

“*No caso presente, estamos perante um contrato de concessão comercial, através do qual a R. se obrigou a comprar à A. determinada quota de bens (pneus) com o fim de os revender ao público no território português, assumindo perante a concedente determinadas obrigações na promoção do produto e na assistência de pós-venda. Neste tipo de contrato, a concessionária age em nome e por conta própria, adquirindo a mercadoria e correndo o risco da sua comercialização, auferindo como lucro a diferença entre o preço de compra dos bens ao concedente e o preço de revenda ao público, deduzidos os custos da comercialização.*” “*Questão é saber se, apesar da autonomia jurídica do concessionário perante o concedente, existe ainda assim dependência económica para efeitos de aplicação do normativo em foco*”.

“Para tanto, têm sido utilizados como critérios de dependência económica [citando Mariano Pego] os seguintes: a) a notoriedade da marca; b) a quota de mercado do fornecedor; c) a parte representada pelos produtos do fornecedor no volume de negócios do distribuidor”; d) a possibilidade que este tem de obter, junto de outros fornecedores, «produtos equivalentes»”

“Verificada que seja essa dependência económica, haverá depois que apurar se os comportamentos imputados ao concedente constituem exploração abusiva dessa dependência em termos de serem suscetíveis de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência. Este efeito de desvirtuamento das regras de concorrência não se encontra expresso no citado artigo 4.º do DL 371/93, diversamente do que hoje sucede com o artigo 7.º da Lei n.º 18/2003, mas era já considerado como implícito naquele dispositivo, dada a sua teleologia e inserção sistemática na disciplina legal das práticas proibidas suscetíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional. Significa isto que se os comportamentos em causa não revelarem tal incidência, não são alcançados por aquela proibição, sem prejuízo de poderem relevar, nos termos gerais da responsabilidade civil contratual ou extracontratual”

“Todos estes elementos integrativos do tipo legal do abuso da dependência económica configuram factos constitutivos da proibição estatuída e da correspondente sanção civil, recaindo o respetivo ónus probatório sobre a parte que desta se pretenda valer, nos termos do n.º 1 do artigo 342.º do CC, ainda que o possa conseguir através da prova de factos indiciários”

“Ora, quanto à notoriedade da marca, se é certo que objetivamente a dependência económica será tanto maior quanto maior for a reputação e notoriedade da mesma, não é mesmo certo que tal fator não pode ser visto isoladamente, pois terá de ser aquilado em função do peso que essa marca tenha no volume de negócios do concessionário”

“Relativamente à quota de mercado do fornecedor, embora se trate de um critério de grande relevância, em sede de domínio absoluto, para efeitos de caracterização da dependência económica perde tal relevância, restando-nos saber em que medida é que essa quota de mercado torna o fornecedor «parceiro obrigatório» dos seus distribuidores concorrentes”

“No que respeita ao peso dos produtos do fornecedor no volume de negócios do distribuidor, tudo está em avaliar a importância que o produto em causa tem na gama de negócios do concessionário e na consequente organização da sua estrutura mercantil dirigida ou confinada à promoção desse produto no mercado.”

“Por fim, na avaliação da alternativa equivalente, pesam fundamentalmente as condições de que o concessionário disponha para encontrar no mercado uma solução alternativa e os custos que terá de suportar com a adaptação da sua organização empresarial a novas soluções”

“No âmbito do contrato de concessão comercial, tal avaliação terá de ser equacionada em função do regime de cessação do contrato, mormente mediante da ponderação dos prazos de pré-aviso da denúncia do contrato por parte da concedente. Assim, nos contratos celebrados por tempo determinado, o concessionário dispõe, em regra, de tempo para ponderar as soluções alternativas em caso de rutura da relação comercial; já nos contratos por tempo indeterminado, terá de ser ponderada a razoabilidade com que a denúncia é operada para permitir tal adaptação, sendo certo que o concessionário jamais poderá contar com a subsistência ad eternum dessa relação.”

[Aplicação ao caso concreto] “No que respeita portanto à situação de dependência económica, tudo aponta para que o produto objeto da concessão se encontrava protegido por uma marca de reconhecida notoriedade no segmento de mercado relevante (o mercado de pneus, de marca FULDA), sendo que tal produto representava cerca de 1/3 do volume de negócios da R. e que a R. era a representante exclusiva daquela marca no território do concessionado, sem contar com o mercado dos mesmos produtos introduzidos por importação paralela em relação à qual não se evidencia qual o grau de responsabilidade da A.”

“Constata-se também que os produtos Fulda fornecidos pela A., apesar de representarem apenas 1/3 do volume de negócios da R., eram essenciais para a sua imagem no mercado, a ponto de levarem esta a não desistir da respetiva comercialização, mesmo com o sacrifício dos respetivos resultados, o que era do conhecimento da própria A. Acresce que a Fulda era a única marca que produzia pneus para jipes e para camiões de construção radial, que a R. comercializava, mas que deixou de dispor com a cessação do contrato, à razão de 33 medidas de pneus para jipes e de 69 medidas de pneus para camiões pesados radiais.”

“Em contraponto, verifica-se que a R. detinha 2/3 da sua atividade e clientela com a comercialização de outras marcas; que, no respeitante a pneus para jipes, entre 2004 e 2007, comercializou 3 medidas

de marca Triangle e outras tantas da marca Federal; que, na gama de pneus para camiões pesados radiais passou a dispor, a partir de 2003, de algumas medidas Barun, entre 2004 e 2007, de algumas medidas da Triangle e, a partir de 2007, de algumas medidas da Nokian.

Ante a inflexibilidade da A. em não rever os preços praticados, a R. mantinha o seu interesse na concessão, não obstante a insistência feita para conseguir tal revisão, sendo que obteve ainda em 1999 e 2000 margens de comercialização na ordem dos 12,73% e 13,5%, respetivamente, superiores às margens conseguidas em 1997, de 11,75%, e de 1998, de 9,61%”

[TRL descreve evolução dos custos e das vendas e das taxas de comercialização da R. nestes anos]

“Provou-se também que estavam a ser praticados no mercado, por outras empresas, preços de produtos Fulda bastante inferiores aos preços que a R. conseguia da A. do que esta teve conhecimento prestado pela R., sem que se dispusesse a rever tais preços, não obstante dispor de margem para tanto. No entanto, dos factos provados não resulta qual o envolvimento da A. nessa distribuição paralela.”

“Nestas circunstâncias, a questão que se coloca é saber se a R. dispunha, no mercado, de alternativa equivalente ao negócio que vinha mantendo com a A., ou seja, se a R. podia aceder ao tipo de produtos fornecidos pela A., junto de outros fornecedores, em condições equiparadas ou até mais favoráveis sem necessitar de grande esforço de investimento de adaptação em prazo razoável.

Neste particular, o que se colhe da factualidade provada é que a R. não estava impedida de comercializar marcas concorrentes da A. e que, mesmo depois da cessação do contrato, obteve fornecimentos de outras marcas, por exemplo na gama dos pneus para jipes e para camiões pesados radiais, ainda que, em menor medida, desconhecendo-se qual a razão desse menor fornecimento. Não consta também que a R. tivesse de efetuar relevante adaptação da sua estrutura empresarial para o efeito, já que 2/3 da sua atividade era destinada a outras marcas. E, não obstante a essencialidade dos produtos Fulda para a imagem da R. no mercado, não se provou que essa imagem tenha sido afetada, como se alcança das respostas negativas dadas aos artigos 217.º e 219.º da base instrutória acima transcritos.”

“Assim sendo, tudo aponta no sentido de que a R., face a distribuição paralela dos pneus Fulda, optou por uma estratégia de pressão sobre a A. para conseguir a revisão dos preços, em vez de procurar uma solução alternativa no mercado, que nada nos diz que não se existisse, pelo menos desde o momento em que foi confrontada com a quebra nas vendas, ou seja, a partir de 1997. E note-se que, mesmo assim, continuou interessada na manutenção do contrato aquando da intervenção da A., em 2000, obtendo mesmo nesse ano, como no anterior, alguma recuperação nas margens de comercialização”

“Por outro lado, a rutura das relações comerciais em 2001 não fora provocada propriamente pelo contencioso sobre o pagamento das faturas, não podendo a R justificar a falta de alternativa equivalente com referência a esse momento, na medida em que a intransigência da A. na referida revisão de preços já se vinha protelando pelo menos desde o ano 2000”

“Em suma, e salvo o devido respeito por opinião contrária, sem a prova de que a R. não dispusesse no mercado, de uma alternativa equivalente ao tipo de produtos fornecidos pela A., não divisamos que ocorresse o alegado estado de dependência económica e, por consequência, que o comportamento da A. constitua exploração abusiva restritiva da concorrência, nos termos previstos no artigo 4.º do DL 371/93”

Curiosamente, os três casos mais recentes são também os exemplos de identificação efetiva de situações de dependência económica. E todos eles chegaram a uma conclusão para as quais não encontramos os devidos fundamentos.

Em *Concessionário automóvel (IV)*, a existência de um abuso de dependência económica (embora designado de abuso de posição dominante) foi ponderada *ex officio* pelo Tribunal Judicial de Sintra. A posição deste quanto à posição dominante relativa, em si, não foi clara, mas, curiosamente, o TRL pareceu considerar preenchidos os requisitos da dependência económica

(mas não do seu abuso), o que é surpreendente num caso em que se provou que o retalhista conseguiu continuar a sua atividade comercial, passando a representar outra marca.

TRL – Concessionário automóvel (IV), 22/05/2014

1ª instância (TJ Sintra): “*Se bem que a A. não tenha invocado expressamente o regime jurídico da concorrência, não se verifica que tenha havido, por parte da R., abuso de posição dominante, a que se faz referência no art.º 7.º da Lei n.º 18/2003, de 11.6, uma vez que não se demonstra que o contrato de concessão foi denunciado ilicitamente, sendo certo que a A. manteve a relação comercial com a R., ainda que circunscrita a oficina e venda de peças, e a A. canalizou os investimentos feitos na sequência do contrato para a atividade de oficina autorizada da marca da R. e posteriormente para outra marca*”.
TRL: “*Ora, nada ficou provado no sentido de que a R., ao denunciar o contrato de concessão e ao propor à A. a celebração do contrato de oficina autorizada, pretendeu aproveitar-se da aludida situação de dependência ou fragilidade económica da A*”. “*De resto, dos autos não resulta que essa situação de dependência se prolongou durante todo o tempo de relacionamento entre as partes.*”

Em *Porto de Aveiro*, a 1ª instância, o TRC e o TRP entenderam, surpreendentemente, que as cláusulas de uma CCT que criavam um monopólio duma empresa num determinado mercado de trabalho violavam, em si, o artigo 12.º da LdC. Na decisão deste processo a que tivemos acesso não se encontra uma justificação desta conclusão, tendo o TRP concentrado a sua atenção na violação de princípios constitucionais e do direito do trabalho.

Por último, em *Salvador Caetano*, as 3 instâncias concordaram que havia um abuso de dependência económica. O caso é muito interessante, já que a violação desta norma serviu de base a um dos raros casos de sucesso na obtenção de uma indemnização por práticas restritivas da concorrência. Em nosso entender, tanto quanto foi possível determinar nas decisões consultadas, não se alegaram (ou pelo menos não se deram por provados) todos os factos necessários à identificação duma posição de dependência económica. E deram-se por provados factos que pareciam provar a existência de alternativas economicamente viáveis (a A. reorientara a sua atividade para a reparação e comércio de veículos usados, multimarca) e um devido pré-aviso da interrupção da relação comercial. A fundamentação dos tribunais quanto a este ponto é muito parca. Ficamos com a sensação de que estes ficaram predispostos a identificar esta violação por percecionarem a situação factual como especialmente chocante, num plano ético (ver a descrição deste caso na secção 2.4).

TRP – Salvador Caetano, 11/09/2012

Argumentos da R. perante o TRP: “*confrontado o requisito da alínea b) do n.º 3 do artigo 7.º da Lei da Concorrência com a matéria de facto assente, verifica-se que não foi julgada provada factualidade subsumível ao abuso de dependência económica. (...) a Autora teve três anos para se adaptar (e iniciou,*

após a rutura, a venda multi-marcas), pelo que é de todo falso que se encontrasse num estado de dependência económica”

O TRP configura a questão a discutir nestes termos: “*Se, ao basear a ilicitude da resolução do contrato em abuso de dependência económica, a sentença recorrida infringiu o disposto no artigo 664.º do CPC”.*

A matéria de facto provada não inclui quase nada de relevante para a aferição da situação de dependência económica. Prova-se, por exemplo, que tinham sido realizados avultados investimentos, que demorariam 12-15 anos a amortizar, para acomodar exigências das RR., mas isso não quer dizer que esses investimentos não pudessem ser usados para prosseguir outras atividades comerciais, nomeadamente distribuição de outras marcas. Ficou provado que tinha sido oferecido à A. a possibilidade de ser distribuidora de uma outra marca, que ela recusou porque era distribuidora da Ré. Ficou provado que: “*a atividade da Autora estava exclusivamente concentrada no negócio de revenda de veículos D... (...); atividade esta que nos anos de vigência da relação comercial entre as partes, nomeadamente, nos anos de 2004 e 2005, oscilou entre 79% e 81% do seu volume global de negócios (...); As Rés sabiam que 81% da atividade desenvolvida pela Autora dependia da subsistência do contrato referido em B”.* Verificaram-se factos, devido a práticas das Rés, que afetaram “*o prestígio e credibilidade empresarial da Autora nas áreas em que distribuía e comercializava os produtos das Rés*”, criando “*suspeições [junto dos clientes e banca] quanto à sua seriedade, idoneidade e eficácia comercial*”. “*A Autora sabia antecipadamente que a sua manutenção como agente de vendas após 1/10/2003 terminaria, no seu limite máximo, em 30/09/2005. Ou seja, antes de outorgar o referido contrato já a A. sabia que, por motivos de reestruturação da rede D... e do consequente desaparecimento da figura do Agente esse contrato não poderia continuar para lá de 01/10/2005”.*

Análise pelo TRP: “*Sustentam ainda as RR. que a fundamentação da ilicitude da resolução do contrato em abuso de dependência económica, tal como consta da sentença recorrida, infringe o disposto no artigo 664.º do CPC. Vejamos. Para assim qualificar o comportamento da contratual da 1ª Ré não se serviu a douta sentença recorrida de quaisquer outros factos que não aqueles que a Autora aduziu. E o próprio enquadramento jurídico que traçou vem na sequência direta do invocado pela Autora nos n.ºs 259.º a 262.º da petição inicial”.* De seguida, o TRP cita artigos da PI, incluindo: “*convém não olvidar que impedia sobre a Autora a obrigação de exclusivamente revender nos seus estabelecimentos e aos seus clientes a marca das Rés, não podendo a mesma transacionar outras marcas concorrentes, obrigação que, na prática, se traduziu no cerceamento da sua própria liberdade económica. Acresce que o contrato sub iudice constituía além do mais um instrumento de integração económica da Autora na rede comercial das Rés. Tal circunstancialismo, acompanhado da obrigação de revenda exclusiva da D... e da proibição de concorrência acima citada, é sugestivo da profunda e total dependência económica em que se encontrava a Autora defronte das Rés”.*

Após esta citação, continua o TRP, confirmando que não havia mais factos e que foi esta a lógica a que aderiu a 1ª instância: “*A douta sentença recorrida apenas acrescenta os normativos da Lei da Concorrência (...) dos quais retira a verificação, por parte da 1ª Ré, de um abuso de posição dominante contrário à ordem jurídica. Abuso de posição dominante que ocorre, dando lugar a responsabilidade civil contratual, nos termos gerais. E é precisamente essa a tarefa essencial do juiz – interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, conforme prescreve o n.º 2 do art. 659 do CPCivil. Sendo certo que, nessa função, não está o juiz sujeito às alegações das partes, como expressamente resulta do art.º 664.º do mesmo diploma. Conteve-se, pelo exposto, a Mma. Juíza nos estritos limites dos seus poderes de cognição”*

A propósito do valor da indemnização pela resolução ilícita, por abuso de dependência económica, o TRP diz apenas: “*No referente à questão da determinação dos prejuízos indemnizáveis em razão da resolução ilícita do contrato, acompanhamos inteiramente o expendido pela 1ª instância. Com efeito, com exceção dos € 4.554,58 que a A. suportou em indemnização a trabalhadores afetos ao setor do comércio de viaturas novas, nenhuns outros resultaram demonstrados suscetíveis de serem imputados à cessação de tal atividade. Designadamente, quanto aos investimentos que realizou na ampliação e remodelação das suas instalações, não consta que não possam ser aproveitados nas atividades que continua a desenvolver, de reparação e comércio de viaturas usadas. Tal como o poderão ser caso venha a receber representação comercial de outra marca, concorrente das vendidas pelas Rés”.*

STJ – Salvador Caetano, 20/06/2013

Perante o STJ, as Rés alegaram que os tribunais tinham interpretado mal o artigo 7.º da L 18/2003 e violado o ónus da prova. Sublinharam que o facto de se ter dado por provado que a autora sabia que o contrato ia terminar e teve tempo para se adaptar é incompatível com uma violação do artigo 7.º - não houve uma rutura súbita (pré-aviso de dois anos) nem injustificada. Sublinharam também que a A. não alegara nem provara a ausência de uma alternativa equivalente, e ela continua ativa no mesmo setor de atividade.

STJ: *“Podendo entender-se por abuso de dependência económica a prática que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa do poder ou ascendente de que dispõe em relação a outra empresa, que se encontra em relação a ela num estado de dependência, por não dispor de alternativa equivalente para fornecimento dos bens ou prestação dos serviços em causa. O abuso de dependência económica, sem consagração expressa no direito da União Europeia, embora existam figuras similares nos ordenamentos jurídicos de alguns dos seus Estados-Membros, é uma prática restritiva da concorrência, prevista na Lei da Concorrência (artigo 7.º antes reproduzido), referindo-se a situações em que é explorada abusivamente a ascendência (dominância) de uma empresa em relação a outra, no domínio das relações bilaterais entre ambas, sempre que esse comportamento seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.”*

“Podendo-se destacar como notas essenciais desta figura que (i) o abuso de dependência apenas se pode verificar numa relação vertical entre duas empresas; (ii) a empresa “vítima” tem que se encontrar num estado de dependência económica da empresa “dominante”, atendendo à inexistência de alternativas equivalentes. Considerando-se que a empresa “vítima” não dispõe de alternativa equivalente quando o fornecimento do bem ou serviço em causa for assegurado por um número restrito de empresas e a empresa “vítima” não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável; (iii) a empresa dominante tem que ter adotado comportamentos em relação à empresa “vítima” que, no âmbito daquela relação de dependência, sejam considerados abusivos. Exemplificando a lei alguns desses possíveis comportamentos abusivos, tais como a recusa de fornecimento, o corte abrupto de relações comerciais, tendo em conta as relações comerciais anteriores ou os usos do ramo de atividade económica, entre outros; e, finalmente, (iv) a exploração abusiva da situação de dependência económica tem de ser suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência.”

“Com efeito, como melhor explanado na referida sentença de 1ª instância, concluir se pode, face à matéria de facto atrás elencada, e que a mesma decisão devidamente reproduz em 6.9, pelo exercício abusivo das rés da posição de dependência, em relação a elas, da autora, não se percebendo, a não ser pela concessão atribuída à AUTOCC (de que detinham 50%), que, de imediato passou a operar na zona antes atribuída à autora, beneficiando do trabalho por esta (bem) desempenhado desde 1991, a resolução do contrato que haviam celebrado, com a erradicação da autora da rede de distribuição TOYOTA. Sendo a autora eliminada como concorrente da AUTOCC.”

Sobre a quantificação dos danos – STJ: *“sem embargo de nada se ter apurado com relevo quanto aos lucros cessantes pela autora estimados em € 436 762,35 a que atrás se aludiu, também aqui se entende, na sequência do decidido na sentença de 1ª instância, confirmado pela Relação no seu acórdão ora recorrido, dever a autora ser pelas rés indemnizada, a título de responsabilidade civil contratual, pelo abuso de dependência económica previsto na LdC então em vigor”. “As instâncias fixaram tal dano em € 21 907,58, pela defraudação das expectativas da autora, correspondente a dois anos da média anual do lucro líquido encontrado. Cremos, mesmo desconhecendo se a autora canalizou os investimentos feitos na sequência do contrato com as rés gizado para outras atividades ou se, de outro modo, os tem rentabilizado, face à gravidade que assumiu a descrita conduta das rés, pecar tal indemnização por defeito. Arbitrando-se antes a mesma, sem que seja possível averiguar o valor exato dos danos (art. 566.º, nº 3, do CC), com recurso à equidade, seja, de acordo com a solução que parece ser a mais justa, atendendo-se apenas às características da situação, em € 50 000,00 (pelos danos indiretos resultantes da aludida violação da concorrência). Nenhuma outra indemnização havendo que atribuir a título de lucros cessantes”.*

3.4. Questões gerais de direito processual ou civil

a) Aplicação do direito da concorrência pelos tribunais cíveis

A questão da aplicação do direito da concorrência pelos tribunais cíveis mistura-se, necessariamente, com a questão do efeito direto das normas europeias de concorrência, já analisada na secção 3.1.c). Tal como nessa secção, começaremos por dizer que todos os casos descritos neste Capítulo, em que os tribunais cíveis aplicaram o direito da concorrência, provam que tal é possível.

Em geral, sobre esta problemática, realçou o Tribunal Judicial de Lisboa:

TJL – NOS v PT (II), 20/12/2012

“tais normas [artigos 101.º e 102.º do TFUE] também tutelam interesses particulares, tal como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Courage c. Crehan, ao afirmar que as práticas violadoras do direito comunitário da concorrência e, mutatis mutandis, pelas regras da concorrência nacionais, podem causar danos a particulares, sejam eles empresas ou pessoas singulares e que as mesmas têm, por isso, direito a ser indemnizados. E esta doutrina impõe-se no direito interno dado o primado do direito comunitário sobre aquele, sem prejuízo, o que também ficou referido, de caber a cada Estado-membro definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização.”

O motivo que nos levou a referirmo-nos, especificamente, a esta questão, foi o facto de, por duas vezes, os tribunais nacionais já terem sido confrontados com o argumento de que só a Comissão Europeia e a Autoridade da Concorrência podiam aplicar o direito da concorrência (para mais, tendo esta posição sido apoiada por pareceres de eminentes juristas). Naturalmente, em ambos os casos o argumento foi rejeitado (embora, num deles, só na 2ª instância), tendo estas decisões confirmado também: (i) que os tribunais arbitrais também podem aplicar o direito da concorrência; (ii) que o facto de estar a correr um processo contraordenacional sobre as mesmas práticas junto da AdC não impede que o processo cível prossiga; e (iii) que os tribunais cíveis têm, nos termos das normas processuais gerais, o poder de ordenar medidas cautelares no âmbito destes processos.

TRL - IMS Health, 03/04/2014

Tribunal arbitral: o facto de ser à AdC que compete aplicar contraordenações por violações da LdC e o facto de estar a correr um processo na AdC sobre estas mesmas práticas “não conflitua com a competência deste tribunal para conhecer tais atos alegadamente ilícitos e sobre eles decidir, se, e na medida em que, tenham sido invocados neste processo como questão prévia de pedidos ou de exceções compreendidos no objeto do processo. Ora, em concreto, as questões de atuação anticoncorrencial foram suscitadas pela Demandada como fundamento de invalidade do contrato em que funda o pedido das Demandantes. É neste quadro e a esse título (e só esse) que o Tribunal apreciará os atos alegadamente anticoncorrenciais. Este tribunal não poderia, por várias razões, tomar conhecimento

de tais atos para deles eventualmente extrair efeitos contraordenacionais. Mas pode, e deve, tomá-los em consideração como eventual fundamento de nulidade por violação de normas imperativas, como haveria de fazer em relação a quaisquer outras normas imperativas potencialmente determinantes da invalidade do contrato em causa”.

TRL: *“Em abono da tese das recorrentes, e contra a posição do Tribunal, o Professor Menezes Cordeiro, no Parecer junto, defendendo que a proibição do abuso da posição dominante é punível com coimas e que «não podemos transformá-la numa norma delimitadora da autonomia privada, como se fez no acórdão, em termos de provocar a nulidade dos contratos que dela advirem. Na verdade, tal nulidade poderia por termo ao serviço em jogo, com danos para todos». E continua: «Os tribunais não têm meios técnicos nem poderes para determinar a existência de posição dominante e de abusos que dela decorram. E muito menos têm poderes para corrigir os preços praticados em função de abusos desse tipo». Vindo a concluir que no direito privado português a invalidação de um contrato, por excesso de poder, só poderá ocorrer no âmbito dos negócios usurários (...). Permitimo-nos discordar. (...) Regressando à questão da «competência» dos tribunais nacionais – estaduais e/ou arbitrais para apreciar as matérias de direito da concorrência e aplicar aos casos concretos as normas legais vigentes – seja a legislação nacional seja a comunitária – não alcançamos as razões obstaculizantes avançadas pelo ilustre professor e pelas recorrentes. Aos tribunais, no exercício do poder constituinte que lhes está conferido, cabe fazer respeitar as leis. [Cita artigo 202.º(1) CRP]. A posição avançada é contrariada, desde logo, pela própria lei nacional da concorrência que remete para os tribunais a competência de conhecer, em sede de recurso, das decisões tomadas pela autoridade da concorrência. A possibilidade de «reenvio prejudicial», aliás suscitada pelas recorrentes, legalmente prevista, só tem cabimento perante uma submissão de caso concreto à jurisdição dos tribunais nacionais, para cuja solução sejam convocadas as normas do direito comunitário, no caso, no âmbito da concorrência. Para além disso, não consta que se trate de verdadeira «questão», dado termos várias decisões do nosso Supremo Tribunal de Justiça a conhecer de casos em que a violação da lei da concorrência foi invocado, em primeira mão, servindo de fundamento base a ações declarativas, com vista à aferição da validade de contratos de natureza civil, no âmbito de relações jurídico-privadas, tendo sido inequívoca a competência dos tribunais nacionais para dirimirem o litígio, coenvolvendo normas de concorrência. Exemplos: Ac. STJ de 2002/04/24, proc. 01B4170, e de 2013/06/20, proc. 178/07 (...). E por fim, é no próprio TJUE que vêm sendo dirimidos os litígios de âmbito transnacional, envolvendo empresas privadas e as normas do tratado que regem em matéria de direito da concorrência. Carece assim de qualquer suporte a argumentação de que é à Autoridade da Concorrência e apenas a esta que cabe aferir da conformidade de condutas com as ditas normas”. “Não se vislumbram também razões para limitar a apreciação destas questões aos tribunais estaduais, pois tratando-se de normas de ordem pública e de natureza imperativa, os tribunais arbitrais estão igualmente a ela sujeitos no exercício do seu poder de julgar. A propósito, no Parecer junto aos autos dos Professores Paz Ferreira / Luís Morais / Abel Mateus, dá-se nota de jurisprudência do TJUE que julgou constitui causa de anulação da decisão arbitral a não ponderação de questões do direito da concorrência subjacentes ao litígio objeto do processo arbitral – acórdãos «Eco Swiss v Benetton» e «Van Shijndel». No mesmo sentido Cláudia Trabuço e Mariana França Gouveia, A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Coimbra, 2011, p. 433 ss.”. “Quanto à questão das normas violadas e das sanções decorrentes, ponto em que as recorrentes também se insurgem quanto ao entendimento do tribunal diremos que, como é evidente, não cabe ao tribunal aplicar as coimas que são da competência da AdC. Ao tribunal cabe aferir da validade do contrato (ou das cláusulas contratuais) que violem as normas de direito público e imperativas como são as da Lei da Concorrência e dirimir o litígio do caso concreto, com as regras do ordenamento jurídico português, maxime, o Código Civil, que foi o caminho seguido.”*

TRL – Pagamentos eletrónicos, 20/05/2010

[Tribunal de 1ª instância considerou-se absolutamente incompetente, em razão da matéria, por entender que só a AdC podia aplicar o direito da concorrência, decretando as medidas cautelares solicitadas (anteriormente, a Autora já procurara obter estas providências cautelares junto de um tribunal administrativo, que se considerara incompetente. O TRL inverteu a decisão da 1ª instância]

“Por decisão proferida em 01.02.2010, o primeiro grau julgou procedente a exceção dilatória de incompetência absoluta do Tribunal, em razão da matéria, para conhecer e decidir da causa e, conseqüentemente, absolveu as requeridas da instância.”. TRL começa por citar LdC e Estatutos da AdC e afirma: “do regime acima enunciado pode concluir-se, sem dificuldade, que a matéria para a qual a AdC tem competência exclusiva é de cariz contraordenacional, competindo-lhe, sancionar, em sede de concorrência os ilícitos penais administrativos, com as adequadas coimas. Para além disto, como refere a recorrente, a AdC tem, no plano administrativo o poder de determinar medidas preventivas e/ou correctivas dos efeitos das práticas e acordos restritivos da concorrência. Seguindo agora, mais de perto, as proficientes alegações da recorrente dir-se-á que: i) as prerrogativas e poderes da AdC em sede de ilícito penal administrativo e administrativa tout court em nada interfere com a competência dos Tribunais Judiciais para decretarem as providências cautelares em matéria cível; ii) não faz qualquer sentido invocar in casu a figura da litispendência, que pressupõe a tríplice identidade de ações – de sujeitos, causa de pedir e de pedido – que in casu não se verifica (artigos 497.º e 498.º, n.º 1, CPC); iii) nos presentes autos está em causa a vertente cível do diferendo, sendo que a apelante, como deixa claramente exposto, visará, com a ação principal «a declaração judicial da nulidade das práticas e acordos restritivos ou impeditivos da concorrência, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 4.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Concorrência»; iv) e não se diga que no caso sujeito a requerente está apenas a fazer valer interesses gerais, não subjetivados, da concorrência, do mercado ou dos consumidores, o que é contrariado, entre outros pelos artigos 31.º a 33.º; 36.º; 41.º; 47.º; 49.º; 54.º; 85.º; 89.º; 92.º a 94.º; 110.º; 111.º; 113.º; 116.º a 120.º; 123.º a 127.º; 134.º; 142.º a 144.º; 146.º a 154.º; 158.º; 159.º, 161.º e 170.º da petição inicial. De todo o exposto, e sem necessidade de mais considerações, resulta que o Tribunal recorrido é competente para conhecer do presente procedimento cautelar. Pelo exposto, acordamos em julgar procedente a apelação, e, conseqüentemente, em revogar a decisão recorrida que substituímos por outra que ordena o prosseguimento do processo”.

Ainda sobre esta problemática, veja-se a divergência jurisprudencial descrita na secção 3.4.1) (com destaque para as pronúncias do STJ nos casos *Refrige* e *Salas de cinema*).

b) Aplicação da lei no tempo

Nos processos de *private enforcement* da concorrência, por via de regra, porque o direito da concorrência nacional não tem conhecido alterações substanciais decisivas, a questão da aplicação da lei no tempo não costuma ter relevância prática. Isto talvez explique o motivo pelo qual, por vezes, os tribunais não sintam necessidade de ser especialmente claros sobre qual a lei que estão a aplicar. Mas, como veremos, em pelo menos um caso, chegou-se a um resultado que nos parece contrariar as regras da aplicação da lei no tempo.

Podemos distinguir nos precedentes, fundamentalmente, quatro tipos de situações:

(i) práticas anteriores à entrada em vigor da proibição original:

Em *Petrogal*, os acordos em causa antecediam o DL 422/83 e a entrada em vigor, para Portugal, do Tratado CEE, tendo o tribunal concluído que estes normativos se passavam a aplicar a partir da sua entrada em vigor.

- (ii) a prática ocorre inteiramente durante a vigência de uma lei mas é decidida durante a vigência de outra:

Na maioria destes casos, os tribunais aplicaram a lei da concorrência em vigor à data dos factos (mesmo que as partes tivessem invocado, incorretamente, a lei posterior), com ou sem justificação²⁰⁴. Mas há 3 casos que se destacam.

Em *Reuter*, a a 1ª instância e TRL discutiram apenas a existência de um abuso de posição dominante ao abrigo do DL 422/83, aplicável à data dos factos. Já o STJ, embora comece por dizer que é o DL 422/83 que é aplicável, acaba por citar e aplicar o DL 371/93, por motivos que não explica. Esta opção foi particularmente gravosa por o STJ ter procurado aplicar a proibição de abuso de dependência económica, que não existia na Lei da Concorrência aplicável à data dos factos.

Em *Goodyear*, estava em vigor o DL 371/93 à data dos factos. A 1ª instância refere a sucessão de leis mas não toma posição sobre a lei aplicável. O TRL aplicou só o DL 371/93, mas interpretou-o recorrendo à Lei 18/2003²⁰⁵.

²⁰⁴ *Salvador Caetano*, 20/06/2013 (“previsto na LdC então em vigor”); *Carrefour*, 24/11/2005: “aplicável à data dos factos”; *IMS Health*, 03/04/2014 (“ao tempo do contrato”); *Botijas de gás*, 09/04/2013; *Botijas de gás*, 03/04/2014; *Montagem de elevadores*, 17/09/2015; *Serviços de segurança (II)*, 06/12/2003; *G v N (têxteis)*, 12/09/2006 (“É certo que, conforme alega a recorrida, na altura dos factos ainda não estava em vigor a Lei n.º 18/2003, de 11/6, que aprovou o regime jurídico da concorrência. No entanto, é igualmente certo que, nessa altura, vigorava o DL n.º 371/93, de 29/10, que já havia introduzido a figura do abuso do estado de dependência económica, DL esse que veio a ser revogado por aquela Lei, que, todavia, na matéria em questão, manteve o essencial da anterior legislação. Assim, o disposto no art.7.º da Lei – abuso de dependência económica – estava previsto no art.4.º, do DL, enquanto que o disposto no art.4.º da Lei – práticas proibidas – estava previsto no art.2.º do DL.”); *Central de cervejas (II)*, 14/03/2005 (em resposta à alegação da Ré de que deveria ser aplicada a Lei 18/2003, o tribunal afirma: “É este o diploma a considerar [DL 371/93], e não – como quer a R. – aquele que mais tarde o revogou, uma vez que o que interessa, para apreciar a validade das cláusulas de um contrato, é confrontá-lo com as normas que vigoravam na data em que ele foi celebrado”).

²⁰⁵ *Goodyear*, 04/10/2011: TRL realça que a Lei 18/2003, art.º 7.º, tem “redação bem mais aperfeiçoada e completa” que o art.º 4.º do DL 371/93. E acrescenta: “Não é que este normativo tenha aplicação ao caso, mas a sua transcrição aqui afigura-se útil, na medida em que contém critérios diretos não contemplados expressamente no artigo 4.º do DL 371/93, mas que correspondem a algumas soluções já anteriormente apontadas pela doutrina na interpretação e aplicação deste artigo”. “Este efeito de desvirtuamento das regras de concorrência não se encontra expresso no citado artigo 4.º do DL 371/93, diversamente do que hoje sucede com o artigo 7.º da Lei n.º 18/2003, mas era já considerado como implícito naquele dispositivo, dada a sua teleologia e inserção sistemática na disciplina legal das práticas proibidas suscetíveis de impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”.

Em *Blog*, apesar do TRL ter afastado o mesmo argumento por outra via, o STJ afastou a invocação da Lei 19/2012 com o argumento de que os factos antecediam a entrada em vigor dessa lei, sem suscitar a aplicação da Lei 18/2003.

(iii) a prática começa no período de vigência de uma lei e termina durante a vigência de outra, sendo decidida na vigência desta outra:

Esta situação parece ser a que tende a conduzir a resultados mais surpreendentes, a julgar pelos 3 precedentes identificados. Em *Nestlé (II)* e *Nestlé (IV)*, os tribunais de 1^a instância aplicaram apenas a última lei em vigor e o TRP confirmou esta opção²⁰⁶. Em *Central de Cervejas (IV)*, a prática começara na vigência do DL 371/93, mas terminara na vigência da Lei 18/2003. O TRL referiu os dois diplomas, sem discutir qual se deveria aplicar, mas o STJ falou apenas da Lei 18/2003 (sem justificação).

(iv) a prática começa no período de vigência de uma lei, termina durante a vigência de outra e é decidida já na vigência de uma terceira lei:

Em *Franchise de hotelaria*, as RR. invocaram a violação de ambas leis (1^a e 2^a). Não conhecemos os detalhes das decisões das instâncias anteriores, mas o STJ só se referiu à 2^a lei (Lei 18/2003).

Em *Concessionário automóvel (IV)*, o TRL refere-se aos 3 diplomas, parecendo indicar serem aplicáveis a 1^a e 2^a leis²⁰⁷.

c) Processos de “public” e “private enforcement” em paralelo

Em *IMS Health*, o tribunal arbitral e o TRL confirmaram a possibilidade de processos de *public* e *private enforcement* correrem em paralelo. O processo cível foi concluído enquanto o processo contraordenacional ainda estava a decorrer. Posteriormente, a AdC adotou uma decisão sobre os

²⁰⁶ *Nestlé (II)*, 06/01/2006: confrontado com factos ao longo de vários anos, concluídos em novembro de 2003, o tribunal afirmou o que DL 371/93 tinha sido revogado pela Lei 18/2003, e, “*como tal, será este último diploma que o tribunal terá que ter em consideração*” (sem mais discussão). *Nestlé (IV)*, 27/05/2013: “*À data da celebração do contrato em causa nos autos, encontrava-se em vigor o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29/10, que veio a ser revogado pela Lei n.º 18/2003, de 11.06, que, por sua vez, também foi revogada pela Lei n.º 19/2012, de 08.05*”. “*Não obstante, a restante fundamentação acolhida na sentença quanto à inexistência de violação do regime da concorrência não nos suscita qualquer crítica ou dúvida, no pressuposto da subsistência do contrato em apreço à data da entrada em vigor do regime da concorrência aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11/06 (cfr. artigo 12.º, n.º 2, do Código Civil)*”.

²⁰⁷ *Concessionário automóvel (IV)*, 22/05/2014: factos tinham começado em 2000 e continuado até 2011. TRL cita DL 371/93 (em vigor “*à data dos factos*”) e “*depois a lei que substituiu aquele DL*”, Lei 18/2003, “*atualmente revogada e substituída pela*” Lei 19/2012.

mesmos factos, em que chegou à mesma conclusão (abuso de posição dominante), embora com um fundamento distinto.

Em *Botijas de gás*, os tribunais cíveis debruçaram-se sobre factos que vieram posteriormente a ser alvo de decisão da AdC. Curiosamente, o TRL (secção penal) confirmou uma decisão da AdC que identificava, com base nas mesmas cláusulas contratuais, uma prática anticoncorrencial que o mesmo TRL (secção cível) concluiu não existir (e que o STJ também disse inexistir, por outros motivos). Este é, portanto, o primeiro exemplo de contradição entre decisões judiciais de *public* e *private enforcement* sobre as mesmas práticas.

No caso *Pagamentos eletrónicos*, o TRL esclareceu que o facto de poder estar a correr um processo administrativo ou contraordenacional perante a AdC sobre a mesma questão não suscita um problema de litispendência nem é um obstáculo ao exercício dos poderes dos tribunais de decretarem medidas cautelares no âmbito de ações cíveis.

E em *Nestlé (III)*, depois de ter sido notificada para esta ação, a Ré apresentou à AdC um pedido de apreciação da legalidade das cláusulas contratuais em causa. Posteriormente, junto esse pedido aos autos de 1ª instância, mas não pediu ao tribunal que esperasse pela decisão da AdC e este não esperou. O TRP viria a pronunciar-se sobre o que poderia, efetivamente, constituir uma questão prejudicial que justificasse a suspensão da instância.

TRP – *Nestlé (III)*, 01/03/2007

[A junção aos autos de um pedido à AdC de apreciação prévia de legalidade do contrato] “*não determinava, nem determinou, a suspensão da instância (vd. art. 276 do CPC) nem essa suspensão com base nesse motivo alguma vez foi pedida pelas partes. E não implicava qualquer suspensão da instância porque tal pedido de apreciação da legalidade não constituía relativamente ao objeto desta ação uma questão prejudicial, uma vez que da atividade da AdC não decorreria a declaração da nulidade ou de inexistência do contrato celebrado entre Autora e Ré, nem a realização de uma abordagem económica que tivesse sido alegada nos seus elementos preponderantes pela Ré, mas apenas «a declaração da legalidade ou ilegalidade de qualquer acordo ou prática concertada entre empresas ou de qualquer decisão de associação de empresas, bem como declarar verificados os pressupostos de justificação previstos no n.º 1 do art. 5.º do Dec-Lei 371/93», como se afirma na Portaria 1097/93²⁰⁸”*

“*o processo de apreciação de legalidade prévia e o processo de contraordenação são realidades distintas que conduzem a decisões de diversa natureza (...). O tribunal a quo não estava obrigado por qualquer disposição legal a esperar pelo resultado da apreciação da legalidade prévia do contrato requerida pela Ré para poder proferir a sentença, pois a instância não se encontrava suspensa por qualquer pendência de causa prejudicial (...). Ainda que se pretendesse entender, como a recorrente parece querer, que a decisão no processo de contraordenação teria força de caso julgado quanto à*

²⁰⁸ As normas citadas pelo TRP respeitavam ao funcionamento do Conselho da Concorrência, já extinto (em vez da LdC e Estatutos da AdC).

decisão a proferir na presente ação, então teria, antes de mais, de ter alegado que a decisão se reportava ao contrato discutido nos autos e que tinha transitado em julgado, o que não foi feito”

d) Decisões das autoridades de concorrência

Nos dois casos seminais contra a Tabaqueira, o TRL foi confrontado com uma decisão do Conselho da Concorrência sobre práticas daquela empresa. Num dos casos realçou que as práticas restritivas em causa eram diferentes²⁰⁹. No outro, mostrou-se visivelmente influenciado pela decisão do CC quanto à identificação duma posição dominante da Ré²¹⁰.

Houve duas ações *follow-on* de uma decisão da AdC que identificou um abuso de posição dominante do grupo PT (esmagamento de margens na internet de banda larga). Após a instauração das ações, a decisão foi anulada por prescrição. Na ação que culminou com a afirmação da prescrição do direito de indemnização, não detetámos qualquer referência dos tribunais à decisão da AdC²¹¹. Na outra ação, ainda pendente, o tribunal já teve oportunidade de esclarecer que: “*a referida decisão não é, por qualquer forma, vinculativa ou condicionante da apreciação que a este Tribunal cabe fazer da questão objeto da causa*”²¹².

No mesmo sentido se expressou o TRP: “*é pacífico que pelos normativos que regulam o caso julgado (arts. 671, 674-A e 674-B do CPC) a decisão de uma entidade administrativa mesmo que em processo de contraordenação, não tem essa força de caso julgado noutra processo*”²¹³.

Quanto a decisões da Comissão Europeia, a jurisprudência nacional permite distinguir duas situações.

²⁰⁹ *JFV v Tabaqueira*, 06/03/1990: “*a condenação da ré pelo CC não resultou do facto dela ter concedido descontos especiais àqueles distribuidores*”.

²¹⁰ *JCG v Tabaqueira*, 18/04/1991: “*conforme de resto o entendeu já o Conselho de Concorrência e o Tribunal de Polícia de Lisboa*”.

²¹¹ *Onitelecom v PT*.

²¹² *NOS v PT (II)*, 20/12/2012.

²¹³ *Nestlé (III)*, 01/03/2007. Veja-se também a sua posição num caso subsequente, referindo-se a um comunicado de imprensa sobre uma decisão de compromissos – *Nestlé (IV)*, 27/05/2013: “*a nulidade de um contrato resulta do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 280.º do Código Civil, apreciados em sede jurisdicional, e não da informação ou teor de qualquer comunicado emitido pela entidade reguladora*”.

Se a Comissão Europeia já se debruçou especificamente sobre as práticas em causa da entidade em causa, o tribunal nacional está vinculado a essa decisão, por força do artigo 16.º(1) do Regulamento (CE) n.º 1/2003²¹⁴. O único caso em que esta questão foi testada na prática foi *VSC e FPF v RTP*, em que o TRL considerou os Regulamentos da UEFA inválidos com base na anterior decisão da Comissão Europeia nesse sentido²¹⁵. No entanto, parece tê-lo feito por adesão à argumentação jurídica da decisão, e não por vinculação, como seria de esperar.

Diferente é a possibilidade de o tribunal se socorrer de decisões da Comissão Europeia que analisaram a prática em causa ou o mercado em causa, mas em que não se tomou uma posição especificamente sobre a alegada prática restritiva *sub judice*. É livre de o fazer, mas não existe qualquer vinculação jurídica. Em *Deliberação social*, o TRG apoiou a sua posição quanto ao impacto concorrencial do aumento de fluxos de informação entre concorrentes numa decisão da Comissão Europeia sobre uma concentração entre as partes neste litígio. Em *IMS Health*, o TRL apoiou a sua definição do mercado relevante numa anterior decisão de controlo de concentrações da AdC²¹⁶.

Em 5 casos de distribuição de cerveja, em apoio da sua tese de que os contratos em causa eram *de minimis*, a fabricante invocou uma decisão do Conselho de Concorrência que alegadamente o afirmava²¹⁷. Em duas destas ações, o TJL usou dados desta decisão para fundamentar factualmente a sua conclusão sobre ausência de efeito de feixe de acordos e de efeito sensível na concorrência²¹⁸. O mesmo fez o TRL, citando diretamente a decisão do CC²¹⁹. Similarmente, noutra ação, ao concluir que o contrato não afetava sensivelmente a concorrência, o STJ remeteu para um

²¹⁴ *Botijas de gás*, 09/04/2013: “Por força do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (...), os particulares podem invocar esse regime perante o tribunal nacional, sem necessidade de qualquer decisão comunitária prévia – cfr. os artigos 1.º e 6.º -, impondo-se ainda que o tribunal atente no disposto no artigo 3.º e proceda à aplicação uniforme do direito comunitário da concorrência” [citando em nota de rodapé o artigo 16.º do R. 1/2013].

²¹⁵ *VSC e FPF v RTP*, 10/11/2009.

²¹⁶ *IMS Health*, 03/04/2014: “O «mercado» onde atua a IMS já foi definido pela AdC na decisão CCent 17/2010. Porque esta decisão tem contributos que ajudam a compreender o concreto universo onde se desenvolve o negócio subjacente aos presentes autos, passamos a transcrever. [citação da decisão]. (...) Mas, tal como decorre da decisão da AdC, temos como adquirido que...”.

²¹⁷ *Central de cervejas (I)* (não conhecemos os detalhes de como a questão foi tratada na 1ª e 2ª instâncias); *Central de cervejas (II)*; *Central de cervejas (III)*; *Central de cervejas (IV)*; *Bebidas (I)*.

²¹⁸ *Central de cervejas (II)* e *Central de cervejas (III)*.

²¹⁹ *Bebidas (I)*, 16/06/2011: “”.

documento do processo que cremos ser a decisão do CC²²⁰. Estes casos realçam a possibilidade de prova de factos sobre o mercado e seu funcionamento através da junção de decisões administrativas que o analisaram, bem como a aparente predisposição dos tribunais para darem por provados tais factos, nestas circunstâncias (e na ausência de elementos em sentido contrário).

Em sentido algo diverso foi o caso *Nestlé (III)*. Enquanto a ação pendia na 1ª instância, foi anunciada uma decisão da AdC que confirmava um argumento da Ré, tendo esta junto ao processo o respetivo comunicado de imprensa. O TRP entendeu que a junção de decisões ou documentos similares aos autos não podia compensar a falta de alegação dos factos que poderiam eventualmente ser provados por esses documentos (ver secção sobre ónus de alegação e prova). O caso parece distinguir-se dos anteriores na medida em que as alegações dos advogados da Ré se haviam limitado a invocar a presença de práticas restritivas da concorrência, sem mais. Em consequência, o tribunal não se chegou a debruçar sobre a questão suscitada da força de caso julgado da decisão.

Temos já um precedente de discussão de uma decisão de compromissos num processo de *private enforcement*. Em *Nestlé (IV)*, a Ré alegou que o contrato em causa no litígio estava abrangido por uma decisão de compromissos adotada pela AdC num processo contra a Autora, e que esta tinha violado os termos dessa decisão (quanto à duração da exclusividade). O TRP excluiu o argumento mostrando que o contrato deste não tinha mais de 5 anos nem as outras características dos contratos abrangidos pela decisão de compromissos.

Decorre de acórdão do TRP no caso *Nestlé (III)* que as partes podem juntar ao processo em fase de recurso uma decisão de autoridade de concorrência ainda não constante dos autos, sempre que não tivessem conhecimento da sua existência ou não a pudessem ter obtido, ou não a pudessem utilizar antes do encerramento da discussão em 1ª instância, ou ainda quando a junção apenas se torne necessária em virtude do julgamento proferido em 1ª instância (neste último caso, apenas

²²⁰ *Central de cervejas (IV)*. O tribunal afirmou também que a recorrida lograra demonstrar que, atenta a pequena quota de mercado que detinha, o negócio em causa apresentava-se irrisório no mercado relevante. Tanto quanto foi possível determinar, o único elemento probatório apresentado pela recorrida a este respeito foi a decisão do CC.

quando esse julgamento tenha tornado necessário provar factos cuja relevância a parte não podia razoavelmente contar antes de a decisão ser proferida)²²¹.

e) Ónus da alegação e da prova

Naturalmente, são frequentes os argumentos jusconcorrenciais perdidos por falta de preenchimento do ónus da prova ou do ónus de alegação²²².

A jurisprudência analisada no presente Capítulo esclarece que cabe à Autora provar um facto que seja, nas palavras do STJ, “*constitutivo do direito de indemnização que ela pretende fazer valer, atenta a regra de repartição do ónus da prova constante do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil*”²²³.

Mas também que cabe à parte que alega uma prática restritiva da concorrência alegar os factos necessários para aferir da sua existência²²⁴.

Particularmente interessante foi o caso *Nestlé (IV)*, em que a Ré perdeu um argumento jurídico já afirmado numa decisão da AdC, por falta de preenchimento do ónus da alegação:

TRP – Nestlé (IV), 27/05/2013

[Neste caso, o advogado da Ré alegara apenas uma violação do direito da concorrência, sem alegar factos que o fundamentassem] Segundo o TRP, o tribunal de 1ª instância não “*poderia tomar em consideração quaisquer factos constantes de documento junto*”. “*A Ré não alegou factos mas sim conceitos de direito retirados diretamente da lei não indicando para cada um desses conceitos os factos concretos que os ilustrariam, remetendo simplesmente para a indicação dos normativos que se diziam violados. E não servindo os documentos probatórios para substituir os factos não alegados, servindo antes para a demonstração dos factos que tenham sido alegados, quando falte essa alegação ela não pode ser suprida com junção de qualquer documento*”. “*... a recorrente que nada alegou sobre cada um dos itens dessa necessária abordagem económica, defende agora que com o documento que junta [o pedido de apreciação prévia] se deve dar como satisfeita aquela exigência de uma abordagem*

²²¹ Neste caso concreto, o TRP admitiu a junção de um comunicado de imprensa da AdC sobre uma decisão relativa às práticas em causa no processo, tendo o comunicado sido emitido após a produção das alegações em audiência de discussão e julgamento.

²²² Cfr., e.g.: *Refrige, Nestlé (II), Nestlé (IV), Café (I)* (TRP mostrou-se disponível para aplicar a teoria do feixe de acordos, mas não tinha nos autos factos que o permitisse fazer), *Central de cervejas (II), Central de cervejas (III)* (nestes dois casos, o TJL baseou factualmente a sua conclusão sobre ausência de efeito de feixe de acordos e de efeito sensível na concorrência numa decisão do CC, e não em factos alegados pelas partes; mas foi respeitado o ónus da prova e alegação, já que a decisão foi contra os interesses daquele que tinha esse ónus), *Central de cervejas (IV), Franchise de hotelaria, Goodyear, Botijas de gás, Bebidas (I), Reuter*.

²²³ *Refrige*, 21/03/1996.

²²⁴ *Nestlé (II)*, 06/01/2006. O TRL esclareceu em *Olivedesportos* que cabe à parte que pretende beneficiar de uma isenção (individual ou categorial) invocá-la e provar os seus requisitos.

económica e como provados os factos que a sentença considerou não existirem”. “Ainda que se pretendesse entender, como a recorrente parece querer, que a decisão no processo de contraordenação teria força de caso julgado quanto à decisão a proferir na presente ação, então teria, antes de mais, de ter alegado que a decisão se reportava ao contrato discutido nos autos e que tinha transitado em julgado, o que não foi feito.”

Encontramos importantes esclarecimentos de outros pontos específicos em vários casos:

TJL – Reuter, 01/09/1999; TRL – Reuter, 24/05/2001; STJ – Reuter, 24/04/2002

TJL: *“a parte que alega esse facto [abuso de posição dominante], de acordo com as regras de repartição do ónus da prova, tem que demonstrar para além de qualquer dúvida razoável (art.º 346.º do C Civil) não apenas – de preferência com dados estatísticos e logo aí se depara uma primeira grande dificuldade: uma talvez excessiva falibilidade dos danos estatísticos em matéria económica em Portugal dada a limitação no que respeita às possibilidades e meios de recolha de dados dessa natureza e até a pouca credibilidade que os informadores merecem – a percentagem de mercado ocupada pela empresa em causa, aqui a A.*

TRL: *“De acordo com as regras do ónus da prova (art. 342.º, n.º 2 CC), incumbia à Ré demonstrar se a autora ocupava uma posição dominante relativamente ao mercado de bens ou serviços prestados, nomeadamente, qual a percentagem do mercado ocupado pela autora”. E mesmo admitindo a posição dominante, “incumbia ainda à Ré demonstrar [que as outras clientes identificadas nos autos] eram concorrentes da Ré mas também a equivalência do posicionamento em termos comerciais das relações mantidas entre, por um lado, a autora e as referidas [outras clientes da Ré] e, por outro, entre a autora e a ré”. A A. não tinha alegado nem provado matéria de facto que permitisse cumprir este segundo ónus.*

STJ: *“de harmonia com as regras do ónus da prova (art. 342.º, n.º 2 CC), incumbia à Ré, ora recorrente – como invocante da correspondente exceção – a demonstração da ocorrência dos pressupostos do invocado «abuso de posição dominante» relativamente ao mercado de bens e serviços prestados e, designadamente, qual a percentagem ou «quota» de mercado ocupado pela A. Mesmo a admitir-se [que havia posição dominante], impedia sobre a Ré o ónus de demonstrar não só que as mencionadas [outras clientes da A.] eram concorrentes da Ré, mas também a «equivalência» do posicionamento em termos comerciais das relações mantidas entre a A. e as referidas [outras clientes], por um lado, e entre a A. e a Ré por outro.”*

TRL – Bebidas (I), 16/06/2011

“[A] requerida procede à invocação de tais nulidades para o efeito de obstar à aplicação da cláusula penal aí prevista (...), sem a invocação de qualquer facto respeitante ao peso ou influência que as cláusulas em causa possam ter no mercado nacional dos produtos em causa (...), factos cuja alegação e prova lhe competia. Com efeito, o Regulamento (CE) n.º1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro (...) atribui a quem invoca a infração dos arts. 81º e 82º, do Tratado, o ónus da prova quanto aos elementos típicos daquelas proibições.

TRL – Goodyear, 04/10/2011

“Todos estes elementos integrativos do tipo legal do abuso da dependência económica configuram factos constitutivos da proibição estatuída e da correspondente sanção civil, recaindo o respetivo ónus probatório sobre a parte que desta se pretenda valer, nos termos do n.º 1 do artigo 342.º do CC, ainda que o possa conseguir através da prova de factos indiciários”. “Em suma, e salvo o devido respeito

por opinião contrária, sem a prova de que a R. não dispusesse no mercado, de uma alternativa equivalente ao tipo de produtos fornecidos pela A., não divisamos que ocorresse o alegado estado de dependência económica e, por consequência, que o comportamento da A. constitua exploração abusiva restritiva da concorrência, nos termos previstos no artigo 4.º do DL 371/93”

TRL – Central de cervejas (IV), 17/05/2012

“tendo a recorrente invocado que o contrato em causa viola as leis nacionais e comunitárias de proteção da concorrência, competia-lhe, no momento próprio, fazer a prova do preenchimento dos pressupostos da aplicação da referida legislação”. “[N]o caso em apreço, a recorrente nada invocou, nem, consequentemente, nada provou que permitisse concluir pela distorção da concorrência”.

TRL – Botijas de gás, 09/04/2013

“A quota de mercado de uma empresa e o seu posicionamento no mercado não constituem factos notórios, para os efeitos a que alude o artigo 514.º, n.º 1, do CPC, impondo-se a sua alegação e prova pela parte a quem aproveitam. Invocando o distribuidor/concessionário a nulidade da cláusula de exclusividade para impugnar a resolução do contrato efetuada pelo concedente (fundamentada na violação das obrigações decorrentes daquela cláusula), compete ao concessionário o ónus da alegação e prova de que o acordo ou prática em causa, concertada entre o produtor e distribuidor, é suscetível de afetar de forma sensível a concorrência (artigo 4.º, n.º 1, da Lei 18/2003)”

“[N]ão se nos oferecendo qualquer dúvida que competiria à ré o ónus de alegação e prova do benefício da isenção por categoria, hipótese que não se coloca porquanto a ré nem sequer reconhece estarmos perante hipótese subsumível ao [artigo 101.º do TFUE]”

[A Autora perde o argumento a favor da aplicação do direito europeu, apesar de o TRL ter estudado a fundo a questão e se mostrar disposto a ter em conta os feixes de acordos, porque não alegara os factos necessários na petição inicial: “em sede de recurso e na tentativa de justificar a aplicação do direito comunitário, a apelante vem aduzir um conjunto de (novos) argumentos que se reconduzem, verdadeiramente, sob a capa de invocação de direito, a factos cuja articulação se impunha ter sido feita em tempo oportuno, aquando da apresentação da petição inicial”

[Mas também parece ter havido lacunas de alegação quanto à questão de fundo, para permitir a aplicação do direito nacional] 1ª instância: “para que estas cláusulas de exclusividade fossem nulas, quer no âmbito comunitário, quer no âmbito do art.º 4 da Lei 18/2003, de 11 de Junho, era necessário que fosse alegado e demonstrado que estas cláusulas de algum modo, falseassem, restringissem, impedissem, de forma sensível, a concorrência no mercado nacional ou comunitário” “Nem em bom rigor a A. alega factos de onde resulte essa violação, limitando-se a concluir que esta existe porque a impede a ela de vender fora da área concessionada, impedindo ainda os restantes distribuidores de vender noutras áreas, embora não impedisse a concedente de revender na área atribuída à A., designando um terceiro para o efeito. Tal não basta para podermos concluir que efetivamente este acordo e suas cláusulas, fossem violadoras das normas de defesa da concorrência”. TRL: “Não podemos deixar de acompanhar este raciocínio, sendo inteiramente correta a conclusão a que chegou o Sr. Juiz quando alude à insuficiência dos factos alegados pela autora/apelante para fundamentar juridicamente a invocada ilicitude da cláusula II – insiste-se, a pretensão dirigida à declaração de nulidade dessa cláusula do contrato, com fundamento em violação do Direito da Concorrência, é feita pelo distribuidor/concessionário para contestar a resolução do contrato efetuada pelo concedente, com fundamento no reiterado incumprimento da cláusula.”

Como já tivemos oportunidade de referir na secção 2.3, a problemática do ónus da prova neste contexto suscita importantes desafios à teoria geral desta matéria no nosso ordenamento. Como os próprios tribunais frisaram nalguns destes casos, frequentemente uma abordagem rígida ou estática

à distribuição do ónus da prova tem por consequência prática a imposição de uma prova diabólica. É frequente que a prova do preenchimento dos requisitos normativos seja impossível à parte a quem cabe essa prova, devido às assimetrias informativas e à indisponibilidade dos dados necessários. Mas pode não ser tecnicamente impossível, mas ser economicamente inviável e desrazoável, por contraste com a facilidade e baixo custo com que tal informação pode ser obtida pela contraparte (ou por outras entidades). Alguns casos já demonstraram a importância de sensibilidade para a adaptação do nível de exigência à realidade e características do caso concreto – se pode ser razoável exigir a uma grande empresa num processo multimilionário que apresente um estudo económico para provar as suas alegações jusconcorrenciais, já não o será num caso em que o custo de tal estudo seria próximo ou superior aos valores em disputa. No ordenamento europeu, esta questão é menor porque se recorre a uma abordagem dinâmica à distribuição da prova, mas a possibilidade desta abordagem no nosso ordenamento é sujeito de controvérsia jurídica.

f) Remissão de sentenças para a Comissão Europeia

O artigo 15.º(2) do Regulamento (CE) n.º 1/2003 obriga os EMs a “*transmitir à Comissão cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado. Essa cópia deve ser transmitida sem demora após a sentença escrita integral ter sido notificada às partes*”.

Tanto quanto foi possível determinar, apesar de todos os casos analisados neste Capítulo em que os tribunais aplicaram e discutiram a aplicabilidade do direito europeu da concorrência, só dois, decididos pela mesma juíza (e por instrução expressa desta no final da sentença), foram comunicados à Comissão Europeia²²⁵. Tal significa que Portugal tem incumprido sistematicamente esta obrigação. Para reagir a esta realidade, a proposta de transposição da Diretiva 2014/104/UE inclui um mecanismo de centralização na AdC do conhecimento de todas

²²⁵ *Central de cervejas (II)* e *Central de cervejas (III)*.

as decisões judiciais de *private enforcement*, para que esta possa dar cumprimento àquela norma do regulamento europeu.

g) Acesso

A matéria do acesso é tratada de modo mais amplo e específico no Capítulo 8²²⁶.

Em *Reuter* (caso para o qual foi possível consultar a totalidade das peças processuais), sabemos que a Ré pediu, na sua contestação na 1ª instância, que a Autora fosse notificada para juntar aos autos contratos celebrados pela Autora com terceiros (duas outras empresas nominadas), para poder provar a prática de condições discriminatórias. O tribunal de 1ª instância parece ter ordenado, efetivamente, a junção desses documentos, referindo-se a eles quando deu por provada a prática de preços inferiores para outras duas empresas.

Em *Nestlé (III)*, a Ré juntou aos autos um comunicado de imprensa sobre uma decisão da AdC (que não fora divulgada publicamente). Não parece ter tentado obter uma versão confidencial ou não confidencial da decisão junto da AdC, nem ter pedido ao tribunal que o fizesse. O TRP não tentou obter a decisão.

Em *Sport TV*, uma associação e uma empresa pediram ao TRL para consultar a versão não confidencial do processo de recurso da decisão da AdC que impôs uma contraordenação à Sport TV, para prepararem ações *follow-on*²²⁷. Num segundo momento, pediram acesso a uma lista de partes confidenciais de alguns dos documentos do processo. O juiz relator deixou aberta a possibilidade de ser concedido acesso a versões confidenciais de documentos, numa análise casuística, mas decidiu conceder acesso à versão integral da sentença de 1ª instância e do acórdão, por entender que estes eram, por força da lei, públicos na sua integralidade. A Sport TV recorreu para a conferência, que confirmou a decisão²²⁸.

TRL – Sport TV, 11/03/2015

²²⁶ Cfr. [citar meu artigo com Leonor Rossi sobre acesso].

²²⁷ Na sequência deste acesso, foram intentadas as ações *OdC v Sport TV* e *Cogeco v Sport TV*.

²²⁸ *Sport TV*, 06/02/2015; *Sport TV*, 11/03/2015. Porque a sentença de 1ª instância incluía na matéria de facto provada os detalhes confidenciais necessários às ações *follow-on*, esta decisão tornou supérfluo o pedido apresentado.

“[a publicidade da sentença] não quer dizer que a publicidade característica da fase judicial do processo de contraordenação não permita salvaguardar o segredo de negócio relativamente aos documentos juntos aos autos que até agora se mantiveram confidenciais. Na realidade, desde que não constituam meios de prova, essa salvaguarda é permitida pelo n.º 7 do artigo 86.º do Código de Processo Penal” (necessária uma “eventual ponderação caso a caso”).

“Por isso se ressaltou a possibilidade de uma ulterior ponderação, se se vier a tornar necessária, do regime dos inúmeros documentos constantes nos seis caixotes de pastas arquivadoras a que se atribuiu a natureza confidencial”

A LdC não regula “a questão da publicidade e do segredo na fase judicial do processo, [pelo que] há que aplicar as disposições contidas no Código de Processo Penal” (por via do regime geral de contraordenações). Nos termos do CPP, a sentença é: “necessariamente pública, por «exigência do próprio conceito do Estado de direito democrático», não tendo, a nosso ver, suporte legal a prática de elaborar e apenas conferir publicidade a uma versão não confidencial da sentença. Por isso, a sentença da 1ª instância e o acórdão a elaborar por esta Relação deverão ser públicos”.

A Sport TV recorreu para o STJ da decisão do TRL de conceder acesso. O STJ, por decisão sumária da relatora confirmada pela conferência, declarou inadmissível este recurso, devido à limitação dos recursos para o STJ no âmbito de processos contraordenacionais, e recusou a invocação de alegada violação do caso julgado como fundamento para recurso extraordinário. Por fim, num novo recurso, o STJ confirmou a inadmissibilidade do recurso extraordinário²²⁹.

Entretanto, as requerentes tinham recebido cópias destas decisões judiciais e tinham-nas juntado aos autos das suas ações *follow-on*. A Sport TV pediu aos tribunais das ações *follow-on* para recusarem a junção dos documentos, por conterem informação confidencial, ou, pelo menos, para suspenderem a junção até à decisão do STJ. Pediu também que as Autoras fossem impedidas de utilizar aqueles documentos de qualquer outro modo.

No caso *Cogeco v Sport TV*, até hoje, a questão não foi decidida. O tribunal perguntou ao STJ se a questão já fora decidida e este informou o tribunal da recusa do último recurso. A Sport TV veio posteriormente ao processo afirmar que considerava a questão encerrada. Aguardam-se desenvolvimentos.

No caso *OdC v Sport TV*, o tribunal aceitou o pedido da Ré, mandou desentranhar os documentos até que a questão fosse decidida pelo STJ, e proibiu a Autora de utilizar o documento para qualquer efeito fora do processo (embora não tivesse sido obtido no âmbito do processo). A Autora recorreu

²²⁹ *Sport TV*, 17/11/2015; *Sport TV*, 07/01/2016; *Sport TV*, 09/06/2016.

para o TRL apenas desta última obrigação *erga omnes*, alegando incompetência do tribunal, sem sucesso. Até agora, mais nada sucedeu no processo a este respeito.

h) Matéria de direito ou de facto

Os tribunais forneceram os esclarecimentos que seguem sobre a qualificação de matéria como sendo de facto ou de direito.

STJ, JCG v Tabaqueira, 08/07/1993

“Saber se certos descontos praticados são, ou não, «discriminatórios» constitui matéria de direito e não de facto, uma vez que tal qualificação implica, necessariamente, o disposto na norma donde flui aquele conceito e não o averiguar de acontecimentos da vida real apuráveis através dos sentidos.”

TRL – Gelados, 15/11/2012

Na matéria de facto dada como provada, incluiu-se a alínea M): *“A Autora detém uma posição dominante no mercado português no âmbito do comércio dos produtos alimentares, ocupando nesse mercado uma quota significativa.”* [o mesmo sucedera em *Reuter*]. Em recurso, a Autora pediu que se desse por não escrita a alínea M) da matéria de facto, afirmando: *“estamos perante matéria que envolve uma valoração jurídica e não sobre matéria de facto”*. TRL cita o artigo 6.º(2) da Lei 18/2003 e dá razão à Autora: *“somente a demonstração da existência dos pressupostos contidos nas alíneas a) e b) do citado art.º 6.º, poderia levar à conclusão levada à alínea M). Demonstração que não foi feita pelas rés. Deste modo, acorda-se em anular aquela alínea M) e o respetivo conteúdo”*.

TRL – IMS Health, 03/04/2014

TRL corrige tribunal arbitral porque a qualificação como preço excessivo ao abrigo do direito da concorrência é matéria de direito, não de facto: *“«O preço de 255€ (...) é excessivo, porque não tem em conta o custo direto para a ANF e é muito superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes» (...). Alegam as recorrentes: «Da resposta ao aludido facto resulta evidente que não foi considerado provado qualquer facto concreto. Para que o tribunal arbitral pudesse concluir que o preço era 'excessivo' – e a excessividade do preço de 255€ não é um facto em si mesmo – teria de, previamente, provar qual o custo efetivo, para a ANF, com a venda de dados por farmácia e qual o preço praticado no mercado para a venda de dados por farmácia; de qualquer forma, essa determinação não permitiria concluir pelo carácter excessivo, sendo necessário operar um juízo noutra sede, que não na discussão da matéria de facto. (...)».* A expressão não deveria ter constado da resposta, não sob a vertente de ser conclusiva (dado que a «conclusão» não aparece desgarrada, pois contém em si mesma os elementos que levaram o tribunal a alcançar o juízo de «excessivo»), mas porque a «expressão» contém, no caso, matéria de direito, dado que o conceito de «preço excessivo» é usado para a aplicação das normas que regem no direito da concorrência. Mas, como é evidente, o caso não é para se dar a resposta como não escrita, sendo antes de modificar a resposta, eliminando-se o conceito e elaborando a resposta de forma a conter matéria de facto, pertinente, abrangida pela pergunta e resultante da prova (...). Assim, altera-se a resposta nos moldes seguintes: Art. 87.º -O preço de 255€ (...) não tem em conta o custo direto para a ANF e é o valor mais alto conhecido, várias vezes superior ao preço praticado noutros mercados para serviços equivalentes.”. P.116: [na discussão de direito sobre abuso de representação] *“Chegados à análise dos factos e à sua integração no direito*

é que se impõe fazer uma apreciação dos elementos pertinentes para se alcançar um juízo sobre a «excessividade» (sem prejuízo do novo juízo a fazer, no âmbito das normas de concorrência, pois outros contornos se impõem)”.

i) Conhecimento officioso do direito da concorrência e de factos

Vários são os casos em que os tribunais suscitaram *ex officio* a ponderação do direito da concorrência, quando as partes não tinham invocado essas normas.

Em *Montagem de elevadores*, foi o tribunal que suscitou esta questão para aferir da validade duma cláusula contratual.

Em *Central de cervejas (IV)*, o TRL discutiu normas de concorrência que não tinham sido suscitadas pelas partes, esclarecendo ainda serem irrelevantes os argumentos apresentados por uma das partes noutro processo²³⁰.

Em *Central de cervejas (II)* e *Central de cervejas (III)*, foi o tribunal que suscitou a questão (afirmando: “*estas questões são de conhecimento officioso*”), pediu um parecer *amicus curiae* e citou as partes para se pronunciarem.

Em *Leite*, o Autor suscitou o problema jusconcorrencial, pela primeira vez, na 2ª instância. Não obstante, o TRP conheceu desta questão:

TRP – Leite, 03/11/2009

“Sustenta também a Ré que a questão que se vem apreciando só foi suscitada em fase de recurso e perante tribunal superior, não tendo sido submetida, como se importaria, à apreciação do tribunal recorrido. Não poderia por isso, na sua perspetiva, ser objeto de conhecimento no âmbito do presente recurso. Acontece que igualmente esse argumento está votado ao insucesso. É certo que os recursos visam tão só a reapreciação das decisões proferidas pelos tribunais recorridos. (...) Contudo, esta regra comporta duas exceções: (...) b) situações em que a causa é matéria de conhecimento officioso. Sucede que, no caso presente, em que a cláusula sétima do contrato [viola o direito da concorrência] (...) terá que se considerar como sendo matéria de conhecimento officioso e, por isso, suscetível de apreciação por parte deste Tribunal da Relação.”

²³⁰ *Central de cervejas (IV)*, 07/06/2011: “*irrelevando para os presentes autos o que uma das partes, no respetivo contexto, possa ter alegado noutro processo*”.

Contraste-se isto com a decisão do mesmo tribunal, dois anos depois, em que este recusou conhecer de uma questão jusconcorrencial suscitada tardiamente:

TRP – Bebidas (II), 17/10/2011

[Os Réus tinham invocado a nulidade do contrato na 1ª instância (por vício de forma), mas não tinham invocado a violação do direito da concorrência como fundamento legal] “[O]s *recorrentes* vêm apresentar novos fundamentos de sustentação da defesa, que não oportunamente alegados na contestação e a respeito dos quais o tribunal a quo não se pronunciou. Conclui-se, assim, nos termos do artigo 676.º do CPC que o tribunal de recurso está impedido de apreciar a exceção que não foi considerada na decisão objeto de recurso, pois ao tribunal de recurso apenas cumpre reapreciar as matérias anteriormente sujeitas à apreciação do tribunal a quo, ficando por isso vedado a apreciação de novos fundamentos de sustentação da defesa (matéria não anteriormente alegada)”.

Nalguns casos, as partes invocam apenas o direito europeu, mas os tribunais aplicam também o direito nacional²³¹.

Noutros, o tribunal conhece officiosamente do direito da concorrência, embora apenas para afirmar a irrelevância dessas normas para o desfecho do caso²³².

Como se afirmou em *Tabou Calzados*, quando as partes alegam a ilicitude das cláusulas, os tribunais podem conhecer officiosamente da consequência de nulidade²³³.

Encontramos também nestes precedentes esclarecimentos sobre a possibilidade de conhecimento *ex officio* pelo tribunal de factos não invocados pelas partes. Em *Nestlé (III)*, o TRP afirmou que: “os factos que constem de quaisquer decisões de entidades administrativas (mesmo que em

²³¹ Cfr.: *Salvador Caetano*, 11/09/2012 (“A douta sentença recorrida apenas acrescenta os normativos da Lei da Concorrência (...) dos quais retira a verificação, por parte da 1ª Ré, de um abuso de posição dominante contrário à ordem jurídica. (...) E é precisamente essa a tarefa essencial do juiz – interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, conforme prescreve o n.º 2 do art. 659 do CPCivil. Sendo certo que, nessa função, não está o juiz sujeito às alegações das partes, como expressamente resulta do art.º 664.º do mesmo diploma. Conteve-se, pelo exposto, a Mma. Juíza nos estritos limites dos seus poderes de cognição”); *Café (I)*, 12/04/2010; *Central de cervejas (I)*, 13/01/2005; *Banco de Fomento & Exterior*, 03/10/2002.

²³² Cfr.: *Pavimentos vinílicos*, 10/12/2009; e *Concessionário automóvel (IV)*: “Se bem que a A. não tenha invocado expressamente o regime jurídico da concorrência, não se verifica que tenha havido, por parte da R., abuso de posição dominante, a que se faz referência no art.º 7.º da Lei n.º 18/2003”.

²³³ *Tabou Calzados*, 09/04/2002: “Verificada que está a ilicitude das cláusulas em análise nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do Dec.-Lei n.º 371/93, não resta senão concluir pela sua nulidade, conforme o preceituado no n.º 2 do mesmo artigo, cujo conhecimento é officioso por força do artigo 286.º do CC”. Em sentido similar, ver *G v N (têxteis)*, 12/09/2006.

processos de contraordenações) não se podem considerar factos notórios para que nos termos do disposto no art. 514 do CPC o tribunal possa deles conhecer sem alegação e prova”²³⁴.

Em *Botijas de gás*, procurando colmatar as lacunas da petição inicial quanto aos factos necessários para provar um efeito restritivo na concorrência, a Autora alegou que alguns desses factos eram notórios, nomeadamente “quanto ao concreto posicionamento da ré apelada no mercado nacional do gás”. O TRL rejeitou o argumento:

TRL – Botijas de gás, 09/04/2013

“Os factos notórios não carecem de alegação nem prova, devendo considerar-se como tal os factos que são do conhecimento geral – art. 514º, nº1 do C.P.C. «As doutrinas exatas são as que põem na base do facto notório a ideia do conhecimento. Facto notório é, por definição, facto conhecido. Mas não basta qualquer conhecimento; é indispensável um conhecimento de tal modo extenso, isto é, elevado a tal grau de difusão, que o facto apareça, por assim dizer, revestido do carácter de certeza. Qual seja esse grau, eis o ponto de discórdia entre os processualistas. Claro que o facto há-de ser do conhecimento do juiz da causa, dado que é ele que tem de o tomar em consideração. Mas é intuitivo que não pode qualificar-se de notório um facto conhecido unicamente do juiz ou de um círculo restrito ou particular de pessoas. A notoriedade implica necessariamente a ideia de publicidade. Facto notório é, por essência, facto do conhecimento geral, facto conhecido do público» [citando Alberto dos Reis]. No caso, temos por absolutamente seguro que, abstraindo-nos das considerações genéricas e vagas feitas pela autora/apelante, que são irrelevantes, a quota de mercado da ré e o seu posicionamento no mercado, não constituem factos notórios, impondo-se a sua alegação e prova pela parte a quem aproveitam [nota de rodapé: “Quanto aos factos que têm vindo a ser rotulados pelos tribunais como factos notórios, vide a enunciação feita por Lebre de Freitas, Montalvão Machado e Rui Pinto in Código de Processo Civil Anotado, vol. 2º, 2ª edição, Coimbra Editora, p. 429.”]. Acresce que, relativamente a esta matéria, não encontramos na petição inicial qualquer referência para além do que consta do art. 111º.”

j) Prescrição

Em *Máquinas de jogo*, sendo invocada responsabilidade extracontratual por danos causados por uma providência cautelar imprudente, o TRP considerou o direito prescrito. A providência cautelar fora decidida a 15 de março de 1999 e executada a 22 de julho de 1999 e a ação de indemnização só fora intentada a 1 de outubro de 2002.

²³⁴ *Nestlé (III)*, 01/03/2007.

Em *Blog*, uma ação de responsabilidade extracontratual (com base na violação duma suposta obrigação geral de vigilância) foi considerada prescrita quanto a uma das Rés porque não tinha sido destinatária da notificação avulsa que interrompera o prazo de prescrição.

Cinco casos poderiam ter ou poderão suscitar a questão de saber quando se começa a contar o prazo de prescrição quando a empresa Autora da ação de indemnização *follow-on* apresentou a denúncia que levou à decisão da autoridade administrativa.

Nos casos *Cogeco v Sport TV* e *Cabovisão v Sport TV*, a questão ainda não foi abordada.

Em *NOS v PT (I)*, tínhamos uma ação *follow-on* atípica, na medida em que seguiu uma decisão de um regulador setorial (ANACOM). Essa decisão fora adotada na sequência de uma denúncia apresentada pela Autora a 19 de março de 2008. A ação foi instaurada a 25 de outubro de 2011, dizendo respeito a factos ocorridos entre 1 de fevereiro de 2008 e 28 de fevereiro de 2009. A Autora requereu a notificação judicial avulsa da Ré, efetuada em 28 de janeiro de 2011, ou seja, antes de terem passado 3 anos sobre a denúncia, ou sequer sobre o início da prática. Assim, o ponto mais relevante deste precedente prende-se com as exigências de conteúdo da notificação judicial avulsa.

TJL – NOS v PT (I)

A notificação judicial avulsa dissera: “*que a Requerente tem intenção de exercer o seu direito a ser indemnizada por todos os danos em consequência da atuação ilícita e culposa da Requerida no âmbito dos processos de portabilidade ocorridos entre o período de 1 de fevereiro de 2008 e, pelo menos, 31 de dezembro de 2009*”.

TJL, citando acórdão do STJ n.º 3/98: “*A notificação judicial avulsa pela qual se manifesta a intenção do exercício de um direito é meio adequado à interrupção da prescrição desse direito, nos termos do n.º 1 do artigo 323.º do Código Civil*”.

A Ré alegou que a notificação não fora suficientemente precisa, citando acórdão do TRL. TJL distinguiu os factos dos dois casos: “*No caso dos autos, partindo do facto objeto de que a petição aperfeiçoada contém trinta mil quatrocentas e setenta e uma páginas, infere-se que a prévia notificação judicial avulsa tem de ser bem mais sucinta face à morosidade e dificuldade do apuramento e enunciação completa dos factos pertinentes. Na notificação judicial avulsa em causa, a Autora: - enquadró as relações entre as partes ao abrigo do regime da portabilidade (...); - enunciou os factos ilícitos que imputa à Requerida (...); localiza temporalmente os factos entre 1.2.2008 e, pelo menos, 31.12.2009; - caracteriza os danos daí emergentes como patrimoniais e não patrimoniais (...); - concluindo com o pedido já enunciado. O pedido formulado nesta ação corresponde ao que já foi prevenido e anunciado na notificação judicial avulsa, sendo agora concretizado que os pedidos rejeitados foram no número de 93.064. Existe conformidade entre o que é pedido na ação e o que foi anunciado na notificação judicial avulsa, ao contrário do que se verificou na ação laboral citada. A Autora concretizou, minimamente, os direitos que pretendia reclamar da Ré e deu a conhecer, de forma objetiva, à Ré quais os factos onde iria fazer assentar as suas pretensões. Por outro lado, como enfatiza Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, V, Almedina, p. 197, do regime do Artigo 323.º, n.º 3 do Código Civil resulta que a interrupção se mantém mesmo quando haja anulação da citação ou da notificação, o que «(...)*

prova de que não se trata de praticar atos judiciais, mas de levar ao conhecimento do devedor, de modo particularmente solene, a intenção de exercer um direito». O que foi feito no caso em apreço. A função da notificação judicial avulsa é de fazer essa advertência solene à contraparte que, face à advertência, poderá tomar as devidas cautelas quanto à salvaguarda dos seus meios de defesa. Não é função da notificação judicial avulsa a de indicar um valor do pedido para que a contraparte constitua provisões contabilísticas. Nesta medida, o prazo de prescrição interrompeu-se em 28.1.2011 pelo que não se chegaram a completar três anos a partir de 1.2.2008. A interrupção do prazo determina o início de nova prazo – Artigo 326º, nº1 do Código Civil”.

Por fim, nos casos *Onitelecom v PT* e *NOS v PT (II)*, tínhamos ações *follow-on* da mesma decisão da AdC, de 28 de agosto de 2009, adotada na sequência de denúncias apresentadas pelas Autoras. Os casos são muito interessantes por terem conduzido a resultados parcialmente distintos.

Em *Onitelecom v PT*, alegavam-se comportamentos abusivos ocorridos entre o 3.º trimestre de 2002 e o quarto trimestre de 2006. A questão foi enquadrada pelo tribunal como sendo de responsabilidade extracontratual (ver secção ??), aplicando-se o prazo de prescrição de 3 anos.

Se se contasse esse prazo a partir da data da adoção da decisão da AdC, a ação não prescrevera. Mas a Ré alegou que o prazo devia começar a contar antes, porque a Autora conhecia ou estava em condições de conhecer o seu alegado direito: (i) na data em que foi anunciado o novo tarifário grossista (21 de maio de 2002); (ii) na data de entrada em vigor desse tarifário (08 de julho de 2002); (iii) na data do termo do alegado comportamento ilícito (30 de junho de 2003); ou (iv) na data em que a Autora apresentou a denúncia à AdC (17 de outubro de 2003). Em qualquer um destes cenários, o prazo de prescrição teria passado antes da submissão da petição inicial.

O TJL concluiu que o prazo de prescrição começara a contar na data da denúncia e que, portanto, o direito prescrevera. O TRL confirmou esta decisão nos termos que seguem:

TRL – *Onitelecom v PT*, 31/10/2013

Argumentos da Autora: “Os termos da queixa apresentada ao E... são claramente insuficientes para permitir dizer que a apelante, à data, tinha consciência da verificação dos pressupostos da responsabilidade extracontratual, o que se mostraria indispensável para o início da contagem do prazo prescricional. Ademais, aqueles nem sequer foram identificados e concretizados, pois havia mera suspeita, por exemplo, dos pressupostos do tipo objetivo de abuso de posição dominante, previsto no art. 6º da Lei da Concorrência e no art. 102º do TFUE. Quer isto dizer que a consciência da verificação de todos os pressupostos só aconteceu a partir da decisão condenatória da AdC, justamente no dia 28 de agosto de 2009. Não se verifica pois a prescrição decretada. 2. De acordo com a jurisprudência *Courage e Manfredi* do TJUE, o direito interno não pode prever prazos de prescrição menos favoráveis do que os prazos aplicáveis a ações análogas de âmbito interno (princípio da equivalência), bem como não pode impor prazos de prescrição que tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica da União Europeia (princípio da

efetividade). Ora. Tendo tais princípios em consideração, este último sempre estaria a ser violado, posto que se exigiria a propositura de uma ação antes de conhecer todos os seus elementos e pressupostos. Já no princípio da equivalência, igualmente se observaria violação por impossibilidade de analogia entre ações de responsabilidade por ilícito jusconcorrencial e as ações de responsabilidade por ilícito penal. É que a admitir analogia, como deverá ser, se o facto ilícito constituir crime e o respetivo procedimento penal estiver sujeito a prazo mais longo do que o fixado no art. 498º, nº1, do C. Civil, esse será o prazo de prescrição aplicável à própria responsabilidade civil. Nesta ordem de ideias, a prescrição decretada não teria lugar. 3. Caso porém existissem dúvidas quanto à compatibilidade do prazo de prescrição previsto no art. 498º do C. Civil com o art. 102º do TFUE, deveria o Tribunal a quo suspender a instância e pedir ao Pretório comunitário que pronuncia-se, a título prejudicial, sobre questões essenciais (art. 267, §2 ou §3 do TFUE) atinentes aquele normativo.”

Análise do TRL: “Não acompanhamos [os argumentos da Autora] (...). O prazo da prescrição começa a contar-se a partir do momento em que o direito pode ser exercido (art. 306º, nº1, C. Civil), sendo que, no âmbito específico da prescrição do direito de indemnização, presume o Legislador que o mesmo pode ser exercido a partir do momento do seu conhecimento pelo lesado, embora este desconheça ainda a pessoa do responsável e a extensão integral dos danos (art. 498º, nº1, do Civil). Significa isto que o termo inicial da contagem do prazo de prescrição do direito de indemnização baseada em responsabilidade civil por factos ilícitos residirá no conhecimento, pelo lesado, do direito que lhe compete, ou seja, no seu conhecimento de que tem direito a ser indemnizado, embora desconheça ainda a pessoa do responsável e a extensão integral dos danos. Do texto legal (art. 498º, nº1, C. Civil), podemos e devemos retirar, pois, um conjunto de imposições que são determinantes para aferir, em concreto, qual esse termo inicial de contagem (art. 9º do C. Civil). Desde logo, ao referir-se à data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, diz-nos o Legislador que não está em causa, nessa determinação do «termo inicial» de contagem do prazo de prescrição, saber em que momento um hipotético lesado, abstrato, agindo com ideal ou média diligência, poderia ter-se apercebido do direito a ser indemnizado, mas sim apurar quando é que dele efetivamente se apercebeu o concreto lesado que vem pedir a indemnização a Tribunal. E sendo relevante o conhecimento do lesado concreto, significa isso que esse conhecimento não implica conhecimento jurídico, bastando um conhecimento «empírico» dos factos constitutivos do direito, ou seja, é suficiente que o lesado saiba que foi praticado um ato que lhe provocou prejuízos, e que esteja em condições de formular o juízo subjetivo que lhe permita qualificar aquele ato como gerador de responsabilidade pelos danos que sofreu. A questão de determinar o «termo inicial de contagem» do prazo de prescrição implica, pois, essencialmente, a ponderação da factualidade denunciada, mediante recurso a regras da vida e experiência comum, de modo a poder ser formulado o juízo sobre o momento em que o concreto lesado teve conhecimento do direito que lhe compete. Ressuma, pois, que o momento inicial de contagem do prazo de prescrição coincide com o momento do «conhecimento empírico dos pressupostos da responsabilidade» pelo lesado concreto, conhecimento que deve enraizar suficientemente nos factos noticiados e deve potenciar ao lesado o exercício do seu direito. Neste conspecto, no dia 17 de outubro de 2003, data em que a recorrente apresentou queixa ao E..., tinha já «conhecimento empírico dos pressupostos da responsabilidade», não vingado a tese que apresenta de exigência de «consciência da verificação dos pressupostos da responsabilidade extracontratual».

Quanto à 2ª Conclusão: Diz ainda a recorrente que, de acordo com a jurisprudência *Courage e Manfredi* do TJUE, o direito interno não pode prever prazos de prescrição menos favoráveis do que os prazos aplicáveis a ações análogas de âmbito interno (princípio da equivalência), bem como não pode impor prazos de prescrição que tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica da União Europeia (princípio da efetividade). (...) Aceitamos – em parte não conflituante com o tópico antecedente – a doutrina desenvolvida nesta conclusão. Falha, porém, um dos argumentos que lhe é essencial e que não foi demonstrado: - que os factos noticiados integram ilícito criminal. E tanto assim é que a recorrente não optou por este caminho, nem pelo contraordenacional. Será pois ocioso o seu conhecimento. Igualmente improcede esta conclusão.”

Admitindo que este era um caso limítrofe (devido às características do abuso em causa), e que a lógica do próprio tribunal poderia ter levado a outra conclusão na maioria dos restantes casos, não podemos, ainda assim, seguir a posição do TRL, que cremos que inclui uma omissão de pronúncia.

Em termos de direito nacional, a questão crucial é a de saber quando é que o lesado passou, efetivamente, a conhecer que tinha aquele direito a ser indemnizado. Mas cremos que o tribunal deu dois passos lógicos em falso quando afirmou que *“sendo relevante o conhecimento do lesado concreto, significa isso que esse conhecimento não implica conhecimento jurídico, bastando um conhecimento «empírico» dos factos constitutivos do direito, ou seja, é suficiente que o lesado saiba que foi praticado um ato que lhe provocou prejuízos, e que esteja em condições de formular o juízo subjetivo que lhe permita qualificar aquele ato como gerador de responsabilidade pelos danos que sofreu”*.

Primeiro, o facto de ser relevante o conhecimento do lesado concreto, e não de um hipotético lesado diligente, nada implica, logicamente, quanto à natureza factual ou jurídica desse conhecimento. Assim, o tribunal não justificou o passo de não ser exigir um conhecimento jurídico do direito. Segundo, o tribunal pareceu contradizer-se logo de seguida. Pelo menos no âmbito do direito da concorrência, não faz sentido afirmar que basta conhecer que foi praticado um ato que causou danos para se poder formular um juízo subjetivo quanto à existência de uma violação do direito da concorrência e, portanto, de um direito a ser indemnizado. Se é preciso poder qualificar o ato em causa como gerador de responsabilidade, então não basta conhecer factualmente esse ato, mesmo que se admita que não é exigível um “conhecimento jurídico”.

Essa lógica pode fazer sentido no clássico direito da responsabilidade extracontratual. Se um saco de tijolos cai de uma obra para cima de um carro, o proprietário do carro pode não saber quem foi responsável nem quais os precisos danos, mas tem logo noção de que tem direito a ser indemnizado. Mas, no caso de práticas anticoncorrenciais, o conhecimento do facto/comportamento lesante, em si, quase nunca será um enquadramento factual suficiente para se concluir pela existência de um direito a ser indemnizado.

Nos casos de cartéis, a questão será mais pacífica. Cremos que ninguém discordará que o prazo de prescrição não pode começar a contar a partir do conhecimento, pela vítima do comportamento anticoncorrencial, do preço praticado, mas que apenas pode começar a contar a partir do momento

em que a vítima sabe que existia um cartel (o que, normalmente, só sucede com uma decisão *res judicata* de uma autoridade da concorrência). As dúvidas têm-se suscitado, sobretudo, para práticas unilaterais, mas serão também muito prováveis em casos de práticas verticais (sobretudo no que respeita à sensibilidade da afetação do comércio e à existência de feixes de acordos).

Para uma empresa saber que tem direito a ser indemnizada por um abuso de posição dominante consistindo num esmagamento de margens, como era este o caso, tem de saber um conjunto de factos que lhe permitam fazer um juízo factual sobre a prática de um preço retalhista que não permite obter lucro face ao preço grossista que é cobrado no mercado a montante, bem como fazer um juízo jurídico sobre a existência de uma posição dominante. Ambos são extremamente complexos. Não estamos convencidos que, no caso concreto, a denúncia contivesse todos os factos necessários para chegar a ambas estas conclusões. Designadamente, é possível que fosse necessário um conhecimento da estrutura de custos da Ré, factos esses que não poderiam constar da denúncia.

No atual enquadramento jurídico, se a empresa opta por fazer uma denúncia à AdC ou Comissão Europeia por abuso de posição dominante, sem avançar, também, para um pedido de indemnização em tribunal é, normalmente, porque não sabe todos os factos que teria que alegar e provar em tribunal para ter sucesso na sua ação. A autoridade da concorrência, através dos seus poderes de investigação, poderá obter esses factos em falta, após o que a empresa poderá ter acesso à decisão e socorrer-se dos factos determinados pela autoridade administrativa. Não obstante, é natural que as denúncias sejam redigidas em estilo persuasivo, procurando construir um caso tão convincente quanto possível.

Em suma, mesmo que se entenda que só é exigível um “conhecimento factual”, entendemos que os tribunais devem aferir cuidadosamente quando é que o Autor passou a ter ao seu dispor todos os factos que necessitava para determinar se estavam preenchidos todos os requisitos da prática anticoncorrencial em causa. No caso de práticas unilaterais, isto inclui saber que existia uma posição dominante e saber que se verificava o abuso em causa.

Mas mesmo isto é insuficiente. O tribunal terá sempre de fazer um juízo de razoabilidade. Quando é que se passa a saber que existe um “preço excessivo”? Só quando se sabe a estrutura de custos interna da empresa em causa, para poder aplicar a jurisprudência europeia sobre preços

excessivos? Ou quando se sabe que o preço aumentou bastante nos últimos anos, ou que noutros mercados é bastante inferior? Quando é que se passa a saber que existe um preço discriminatório? Quando se suspeita que concorrentes estão a comprar o serviço por um preço inferior, apesar de terem volumes de compra similares? Ou quando se confirma essas suspeitas através de notícias ou de acesso por qualquer outro modo às quantidades vendidas e condições de venda efetivamente praticadas para esses concorrentes?

Isto dito, em nosso entender, é incorreto não se exigir um “conhecimento jurídico”. O direito da concorrência é muito pouco conhecido (mesmo pelos juristas) e demasiado complexo para se poder presumir que um consumidor ou uma empresa tem noção do seu direito de indemnização ao abrigo da concorrência, mesmo que esteja na posse de todos os factos necessários para chegar a essa conclusão jurídica. A isto acresce que, como vimos, pelo menos no caso de práticas unilaterais, não basta um conhecimento factual para se saber da existência do direito a indemnização. Esse juízo implica passos prévios de qualificações jurídicas – e.g., a existência de uma posição dominante não depende de uma aferição factual, é uma questão de direito [ver secção 3.4.h)]. Em apoio desta perspetiva, note-se que, após transposta a Diretiva, passar-se-á a exigir um “conhecimento jurídico” (exige-se conhecer que o quadro factual em causa “*constitui uma infração ao direito da concorrência*”).

A questão crucial é saber a partir de que momento é que é razoável exigir que o lesado avance para tribunal, incorrendo o risco de suportar todos os custos com advogados e com o tribunal (seus e da contraparte)? E isto permite-nos fazer a ponte com o princípio da efetividade. No mínimo, exigir que uma parte avance para tribunal apenas com base em factos sobre a prática em si, sem ter todos os outros factos necessários a poder aferir se existe, efetivamente, um direito a ser indemnizado, torna excessivamente difícil o exercício do direito de indemnização. Provavelmente, perderá o caso, desde logo ao nível do ónus da alegação, e os custos da ação criam um enorme desincentivo económico a avançar em tais circunstâncias.

Por todos os motivos acima descritos, relativos às características muito especiais do direito da concorrência que levam a que seja tão difícil e complexo conhecer da existência de um direito a indemnização, a jurisprudência europeia tem vindo a estabelecer a necessidade de respeitar o princípio da efetividade na aplicação da regra nacional da prescrição (quando esteja em causa o

direito europeu da concorrência). Este princípio foi codificado na Diretiva 2014/104/UE, tanto em si, como na sua consequência concretamente ao nível da contagem do prazo de prescrição. Nos termos desta Diretiva, que terá de ser transposta até ao final de 2016, decorre do direito europeu a exigência, *inter alia*, de se suspender o prazo quando uma prática está a ser investigada por uma autoridade da concorrência, não recomeçando a contar o prazo antes de pelo menos um ano após o definitivo desfecho desse processo²³⁵. Ou seja, se o caso *Onitelecom v PT* tivesse sido decidido ao abrigo das normas da Diretiva, o direito não estaria prescrito.

Mas, se assim é, suscitam-se importantes dúvidas sobre se o desfecho do caso não violou o direito europeu da concorrência vigente já na altura. Isto porque o TJUE já afirmara a obrigação de respeitar o princípio da efetividade e já começara a explicar as consequências deste princípio para o prazo de prescrição. Como se pode ver pelo que veio a ser estabelecido na Diretiva, a exigência de um “conhecimento jurídico” é uma decorrência do princípio da efetividade, assim como decorre deste princípio a exigência de um quadro factual mais amplo que o mero *facto lesivo*. Parece-nos claro que existia, pelo menos, uma dúvida quanto ao impacto do direito europeu da concorrência sobre esta questão jurídica. A Autora suscitou expressamente a questão e sugeriu que fossem suscitadas questões prejudiciais. O TRL entendeu não serem necessárias questões prejudiciais, mas só justificou a sua posição quanto ao princípio da equivalência, não quanto ao princípio da equivalência, que era o que estava em causa.

Vejamos agora os fatores que levaram a um desfecho distinto em *NOS v PT (II)*.

²³⁵ O artigo 6.º do Anteprojeto de transposição desta Diretiva, publicado pela AdC, estabelece, quanto a esta questão: “1 – O direito de indemnização prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que o lesado teve conhecimento, ou da data em que se possa razoavelmente presumir que teve conhecimento:

a) Do comportamento em causa, e de que este constitui uma infração ao direito da concorrência;

b) Da identidade do infrator; e

c) Do *facto* de a infração ao direito da concorrência lhe ter causado danos.

2 – O prazo de prescrição só começa a correr depois de cessar a infração ao direito da concorrência.

(...)

4 – O prazo de prescrição suspende-se se uma autoridade de concorrência der início a uma investigação relativa à infração com a qual a ação de indemnização esteja relacionada, nomeadamente nos termos do n.º 1 do artigo 17.º e do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

5 – A suspensão a que se refere o número anterior não termina antes de decorrido um ano após a existência da infração ter sido declarada por decisão definitiva de uma autoridade de concorrência ou por decisão judicial transitada em julgado, ou após o processo ter sido de outro modo concluído.

6 – O prazo de prescrição para intentar uma ação de indemnização suspende-se em relação às partes que participam, participaram, estão ou estiveram representadas num procedimento de resolução extrajudicial de litígios, durante o período de tempo em que tal procedimento decorrer, sem prejuízo do disposto no artigo 324.º do Código Civil. (...)

A Autora também tinha apresentado denúncia à AdC em outubro de 2003. Alegou que o comportamento anticoncorrencial terminou mais tarde (abril de 2005), mas ainda assim mais de três anos antes de ter intentado a ação. Com a contestação e réplica, surgiu uma controvérsia jurídica sobre a qualificação da natureza da responsabilidade em causa. A PT defendeu que tinha sido alegada responsabilidade extracontratual. A NOS defendeu que tinha alegado responsabilidade contratual, mas alterou o pedido para passar a invocar responsabilidade contratual e repetição do indevido. O TJL indeferiu a exceção de prescrição nos termos que seguem:

TJL – NOS v PT (II), 07/12/2012

“As RR., invocam ainda que a autora deduz a sua pretensão fundada na alegada verificação de danos causados por abuso de posição dominante, o que constitui um ilícito contra-ordenacional nos termos dos artigos 6º n.º 1 e 4º n.º 1 alíneas a), c) e e) ex vi art.º 6º n.º 3 alínea a), todos da lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, o que constitui um ilícito extracontratual, pelo que se se aplica o prazo prescricional de três anos previsto no art.º 498º n.º 1 do CC, tal prazo há muito que decorreu pelos fundamentos que invocam. (...)

A A. replicou dizendo que o regime jurídico aplicável é o da responsabilidade contratual e não o da responsabilidade extracontratual, pelo que o prazo de prescrição é de 20 anos (art.º 309º do CC), ainda que se aplicasse o regime da responsabilidade contratual o início da contagem do prazo deveria coincidir com a publicação da Decisão da Autoridade da Concorrência em Agosto de 2009.

[R argumenta prescrição contratual de 5 anos, por ser valor faturado mensalmente] “Na sequência da alteração do pedido vieram as RR. na réplica invocar a prescrição, dizendo que sendo o serviço em causa cobrado mensalmente à Optimus, os alegados créditos resultantes da diferença entre o preço pago e aquela que, supostamente, deveria ter sido pago se não fosse a atuação das RR. sempre estaria prescrito 5 anos após a prestação, nos termos da alínea g) do art.º 310º do CC, prescrição que também se aplica aos juros vencidos e vincendos.

No requerimento que apresentou nos termos do art.º 3º do CPC, a autor pronuncia-se quanto à invocada prescrição afirmando que não está em causa nos autos o pagamento de faturas mensais mas sim a restituição da parcela do preço que pagou em excesso e que a lei não fixa para tal qualquer prazo especial, aplicando-se o prazo geral de 20 anos.

I. A prescrição invocada pelas RR. na contestação está prejudicada face à alteração do pedido e da causa de pedir.

Como ficou visto supra a A. alterou o pedido e a causa de pedir, de tal forma que na petição inicial estávamos perante uma ação de responsabilidade civil extracontratual, a que podia ser oposta a prescrição prevista no art.º 498º n.º 3 do CC; na réplica passámos a estar perante uma ação de declaração de nulidade parcial do contrato e respetivas consequências.

Afastada que está, pela alteração do pedido e da causa de pedir, a análise da pretensão da autora à luz da responsabilidade extracontratual, queda prejudicada a invocação do decurso do prazo prescricional previsto no n.º 3 do art.º 498º do CC.

II. Da prescrição prevista na alínea g) do art.º 310º do CC

Dispõe o artº 310º alínea g) que prescrevem no prazo de 5 anos quaisquer outras prestações periodicamente renováveis. Anotando este preceito, referem Pires de Lima e Antunes Varela, in CC Anotado, que nesta alínea estão compreendidos, entre outros, os créditos por fornecimento de energia elétrica, água ou aquecimento, por utilização de aparelhos de rádio, televisão ou telefone, ou relativos a prémios de seguro.

A autora alega que o pagamento do preço de acesso à rede era efetuado mensalmente. O prazo prescricional em referência seria eventualmente aplicável caso o pedido fosse o de condenação da autora a pagar alguma das mensalidades acordadas.

Ora, o que está em causa é algo bem diverso: a restituição da parcela do preço que a autora entende ter pago em excesso, sendo manifesto que, por isso, não se lhe aplica o prazo prescricional previsto no art.º 310º alínea g) do CC.

Não existe qualquer outra previsão prescricional específica para tal crédito, pelo que se lhe aplica o prazo prescricional ordinário previsto no art.º 309º do CC e que é de 20 anos. Atenta a data dos factos – 2002 a 2005 – é manifesto que o referido prazo não decorreu”.

Parece-nos decorrer desta posição do TJL que o tribunal entendeu que o processo passava a estar reduzido a uma situação de repetição de indevido e que essa não se encontrava prescrita. Sem prejuízo das considerações *de jure condendo* que tal nos pode suscitar, à letra da lei, a solução parece-nos ideal quanto à componente do excesso de preço. Através desta requalificação, a Autora conseguiu salvar uma parte da ação. Mas ficamos com dúvidas pelo facto de, tanto quanto conseguimos entender, o pedido, mesmo depois de modificado, incluir também outros danos (e.g., perda de negócio), que não nos parecem enquadrar-se na repetição do indevido. A ação encontra-se ainda pendente.

Esta ação veio realçar que, mesmo depois da transposição da Diretiva, os direitos de indemnização por práticas anticoncorrenciais podem encontrar-se parcialmente prescritos quanto a parte dos danos (às quais se apliquem a responsabilidade extracontratual e as regras da lei de transposição), mas podem não se encontrar prescritos quanto a partes de excesso de preço (*surcharge*), às quais se aplique o prazo prescricional para exigir a repetição do indevido. Se assim for, trata-se, quanto a nós, de uma diferença injustificada de tratamento entre dois tipos de danos que mereceria uma reflexão mais alargada pelo legislador e pelos tribunais.

Concluimos esta secção salientando que, até hoje, tanto quanto conseguimos determinar, nenhum tribunal se pronunciou, num caso de *private enforcement*, sobre a contagem do prazo prescrição no contexto de uma infração continuada.

Em *IMS Health*, esta empresa argumentou: “*Tal imposição [de preço excessivo] constitui um ilícito continuado, com o seu início no Acordo de 2008, inserindo-se numa estratégia global exclusionária das Recorrentes, dirigindo-se a ocupar a posição da Recorrida e evitando o acesso ao mercado a outros operadores*”. Mas a questão não foi discutida pelo tribunal, por não haver um problema de prescrição que tornasse necessária a discussão.

Em *Onitelem v PT*, a Ré alegou que se devia contar o prazo de prescrição a partir do momento do conhecimento do direito, o que entendia que acontecera antes de ter terminado o comportamento ilícito. Ao decidir que o prazo começava a contar na data da denúncia (posterior ao término do comportamento ilícito), poderá entender-se que o TRL confirmou, implicitamente, que o prazo de prescrição só começa a contar após o termo da infração concorrencial continuada. No entanto, parece mais razoável dizer, simplesmente, que o TRL não sentiu necessidade de se pronunciar sobre a questão, porque o direito estava – no seu entender – prescrito mesmo que se tomasse por referência aquela data posterior.

Vemos desfecho similar no caso *NOS v PT (II)*, onde a questão foi discutida mais claramente. De novo, o tribunal não precisou de tomar posição, porque o prazo de 20 anos que aplicou tornava a discussão supérflua (ver citação na caixa acima).

1) Responsabilidade contratual ou extracontratual

São conhecidas as acesas discussões doutrinárias sobre a (des)necessidade de distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual e sobre as incongruências e injustiças que daí podem decorrer ao nível dos prazos de prescrição. Os casos de *private enforcement* da concorrência são ótimos casos de estudo para esta problemática.

A nível da União Europeia, parte-se do princípio que a responsabilidade por danos causados por práticas anticoncorrenciais se enquadra no âmbito da responsabilidade extracontratual (*tort liability*)²³⁶. Esse pressuposto esteve, claramente, na base das discussões que conduziram à Diretiva 2014/104/UE. Ao indicarem os prazos prescricionais aplicáveis, os EMs indicaram o prazo prescricional da responsabilidade extracontratual. Daí que se tenha chegado a uma solução de compromisso de um prazo de 5 anos (superior ao prazo de 1 ano da Espanha, ou de 3 anos de Portugal).

²³⁶ Para uma demonstração jurisprudencial recente desta realidade, veja-se o Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13).

A lei de transposição desta Diretiva, embora não discuta esta questão, parece que assentará também no mesmo pressuposto (a julgar pelo seu anteprojeto), já que transpõe o prazo de 5 anos.

Entendemos, ainda, que sempre que for aplicável o direito europeu da concorrência, ou sempre que existir um conflito de leis que torne aplicável o Regulamento Roma II, decorre do direito da União Europeia a obrigação de qualificar a responsabilidade por violação do direito da concorrência como responsabilidade extracontratual (ver discussão desta questão na secção 3.4.m)).

Mas os precedentes analisados neste Capítulo mostram que não é de modo algum pacífico, para os tribunais nacionais, que as ações de indemnização ao abrigo do direito da concorrência (que serão abrangidas por aquela lei de transposição) caiam no âmbito da responsabilidade extracontratual. Isto obrigará a uma importante reflexão após a transposição. Ou se revisita algumas das anteriores qualificações jurídicas (opção que preferimos), ou se terá que resolver o problema de saber se a regra especial de prescrição, que pretendia aumentar o nível de proteção dos lesados, afinal vem reduzir o nível de proteção dos lesados nalguns casos em que, se não fosse essa regra especial, beneficiariam do prazo de 20 anos. Um resultado que, além de teleologicamente aberrante, poderá até suscitar problemas de constitucionalidade. Mas estes problemas não serão uma novidade pós-transposição. Como justificar, no seio da mesma ordem jurídica, que um consumidor sem relação contratual direta com um infrator tenha um prazo de 3 ou 5 anos para intentar uma ação que uma empresa cliente direta, lesada pelas mesmas práticas, pode intentar num prazo de 20 anos?

Começamos a nossa análise dos precedentes realçando que, nalguns casos, suscitou-se, exclusiva ou subsidiariamente, uma questão de repetição do indevido²³⁷. Na medida em que os danos que estejam a ser invocados possam ser enquadrados nesta figura, e de acordo com a interpretação dominante dos prazos de prescrição, ela permitirá, em princípio, o benefício de um prazo de prescrição muito mais alargado, como se viu decisivamente no caso *NOS v PT (II)*.

Existe, manifestamente, uma profunda divisão nos tribunais portugueses quanto à qualificação da responsabilidade nas ações de *private enforcement* da concorrência como contratual ou extracontratual. Isto dito, e apesar desta questão já ter sido decisiva em alguns casos (devido a

²³⁷ Ver: *JCG v Tabaqueira*; *Carrefour*; *DECO v PT*; *NOS v PT (II)*.

prazo de prescrição, âmbito de proteção da norma e pacto atributivo de jurisdição), só encontramos, por enquanto, uma discussão aprofundada desta temática na jurisprudência.

Do lado pró-responsabilidade extracontratual, identificámos 2 casos inconclusivos²³⁸ e 5 casos de tomadas de posições mais claras (uma delas com análise extensa)²³⁹. Mas nestes 5 incluímos 2 acórdãos do STJ com um desfecho deveras surpreendente quanto à posterior questão do escopo de proteção da norma. Do lado pró-responsabilidade contratual, identificámos 3 casos²⁴⁰. Incluem-se nestes dois grupos decisões em sentido distinto dos mesmos tribunais e sobre enquadramentos factuais equivalentes.

Começamos pelos que defenderam a qualificação de responsabilidade contratual. Naturalmente, todos diziam respeito à invocação de práticas anticoncorrenciais no contexto de uma relação contratual direta entre Autor e Réu.

Em *IMS Health*, a Ré fez um pedido reconvenicional com base num abuso de posição dominante (preço excessivo). O tribunal arbitral entendeu que não tinha competência para se pronunciar a título de responsabilidade extracontratual, mas decidiu esta questão ao abrigo de responsabilidade contratual. Poderá entender-se que o TRL confirmou, implicitamente, esta posição, na medida em que confirmou a competência do tribunal arbitral para conhecer o pedido reconvenicional, mas não a discutiu expressamente.

Salvador Caetano era um caso de resolução ilícita de contrato, com base, simultaneamente, no direito civil e no direito da concorrência (abuso de dependência económica). Aparentemente, as partes concordaram em tratar a questão ao abrigo da responsabilidade contratual, e a questão não parecia ter um impacto no desfecho do caso. O TRP afirmou: “*Abuso de posição dominante que*

²³⁸ *Goodyear* (Ré invocou artigo 483.º do CC, mas os tribunais não tiveram de tomar posição); e *Concessionário automóvel (III)*.

²³⁹ *Refrige; Máquinas de jogos; Salas de cinema; Onitelecom v PT; NOS v PT (II)*.

²⁴⁰ *Salvador Caetano; IMS Health; Apple*. Curiosamente, no caso *Apple*, os advogados desta empresa, apesar do visível esforço, só encontraram em apoio da sua posição doutrina que afirmava a incerteza sobre possibilidade de qualificação como responsabilidade contratual nalgumas jurisdições: “*de acordo com vários autores da 4ª edição da publicação Private Competition Enforcement Review de 2014, não pode ser afastada a existência de responsabilidade contratual no âmbito de ações de indemnização no domínio jusconcorrencial em jurisdições como França, Itália, Polónia e Portugal. Assim como em Espanha: (...) Jesus Quizano Gonzalez, in Private Enforcement of Competition Law, Almunia et al, p. 474, e na Holanda, de acordo com Scheurleer, Speyart, Wijers & Fanoy, The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law 2010, p. 373*”.

ocorre, dando lugar a responsabilidade civil contratual, nos termos gerais”²⁴¹. O STJ não tomou posição nesta questão²⁴².

Em *Apple*, estava em causa um conjunto de alegadas práticas anticoncorrenciais, ocorridas durante uma relação contratual e na interrupção dessa relação. A natureza da responsabilidade foi decisiva para o desfecho do caso – incompetência dos tribunais portugueses por força de um pacto atributivo de jurisdição. No entanto, o valor dos acórdãos dos tribunais superiores é limitado, por partirem do pressuposto de juízos factuais fixados na 1ª instância (erroneamente, em nosso entender).

O Tribunal Judicial do Funchal descreveu os comportamentos invocados pela Autora como: interferência na sua estrutura organizatória, não fornecimento de produtos que havia concordado vender-lhe, alteração do acordo estabelecido para a fixação de margens de lucro, recusa da anulação de encomendas, estabelecimento de novas regras sobre exportação de produtos e sobre mercados em que podia atuar, utilização de informação confidencial para usurpar clientes e para celebrar negócio com entidade terceira, esvaziando a possibilidade de negócio da Autora.

Esta descrição é, quanto a nós, muito problemática²⁴³, porque, na realidade, a Autora alegara: práticas de fixação de preços e descontos, imposição de quantidades mínimas de compras e de vendas, imposição de alterações contratuais, proibição de exportações para outros EMs, apropriação de clientes e de canais de vendas, recusas de vendas, aplicação de condições discriminatórias, imposição de obrigações suplementares não usuais, ingerência na estrutura de recursos humanos e imposição de venda de dois estabelecimentos comerciais. A maior parte destes comportamentos são típicos de práticas anticoncorrenciais unilaterais. O facto de o tribunal de 1ª instância ter optado por descrever as práticas em causa naqueles termos e não nestes foi, por si, revelador da perspetiva “contratualista” do litígio que viria a evidenciar. De acordo com o tribunal,

²⁴¹ *Salvador Caetano*, 11/09/2012.

²⁴² *Salvador Caetano*, 20/06/2013.

²⁴³ Em recurso, a Autora alegou que a “*decisão recorrida desconsidera de forma total o objeto do presente processo, nos termos em que o mesmo é configurado pelas Autoras*”, acrescentando que a sua causa de pedir se limitara à invocação da violação das normas de concorrência.

a Autora disfarçara, propositadamente, alegações sobre uma disputa contratual em roupagens de ilícitos extracontratuais, e o tribunal “corrigiu” o enquadramento do caso²⁴⁴.

Na perspetiva deste despacho do tribunal madeirense, só se podem discutir violações do direito da concorrência num contexto de responsabilidade extracontratual se a ação de *private enforcement* for intentada por empresas concorrentes, sem relação contratual com a empresa infratora (usa-se também a expressão “*entidade terceira*”, embora não se refira o caso dos adquirentes indiretos). O mesmo é dizer que sempre que a ação de *private enforcement* seja intentada entre pessoas que estabeleceram uma relação contratual entre elas, tendo sido no âmbito dessa relação que se verificaram os comportamentos anticoncorrenciais (“*na sequência e por causa da forma como a relação contratual que entre ambas se estabeleceu foi desenvolvida*”), ter-se-ia de aplicar as regras da responsabilidade contratual.

Note-se que o tribunal de 1^a instância afirmou não ter dúvidas de que a factualidade subjacente poderia implicar uma violação das normas de concorrência, mas acabou por concluir dever delimitar-se o litígio apenas em termos de violações do contrato e dos princípios da lealdade e boa-fé na sua execução, referindo, em passagem apenas, a possibilidade de uma “*eventual violação das regras de livre concorrência*” “*em segunda linha*”²⁴⁵. Isto, apesar de, num passo anterior, se ter configurado a possibilidade de um mesmo comportamento consubstanciar, em simultâneo, uma

²⁴⁴ O modo como o tribunal transmutou os argumentos de direito da concorrência da Autora em argumentos de direito civil é exemplificado na seguinte passagem: “*toda a imputação que vem feita à Ré, por parte da Autora, tem o seu ponto de partida na relação contratual entre ambas estabelecida, que a Autora integra como sendo violadora de vários princípios, entre eles o da igualdade das partes (integrado pelo abuso de posição dominante, obtido em função da forma como se desenvolveram os contratos entre ambas celebrados) e da lealdade e da boa-fé (integrado pela usurpação de clientes e pela utilização de informações que obteve em função desse mesmo contrato)*”. Tanto quanto foi possível determinar, a Autora não alegara a violação de qualquer um destes princípios. Foi o tribunal que entendeu que esses princípios estavam subjacentes às alegações de abuso de posição dominante e de dependência económica.

²⁴⁵ A conclusão desta parte estabelece: “*analisada aquela que é a alegação factual apresentada pela Autora, concluímos que entre ela e a Ré se constituiu uma relação contratual e que é baseada na forma como essa relação contratual se desenvolveu, rectius, é com base na forma como tal desenvolvimento violou aquelas que são as normas de lealdade e cooperação entre as partes cooperantes e os ditames da boa-fé, que a Autora estriba o seu direito*”. Um pouco antes, o tribunal afirmou: “*Ponderado tudo quanto vem de dizer-se – e tendo, inclusivamente em atenção o expressamente previsto e exarado no artigo 9.º da Lei da Concorrência – entendemos que no caso concreto nos debruçamos sobre danos advindos do desenvolvimento de uma relação contratual e, conseqüentemente, integrados no instituto de responsabilidade contratual*”. Esta referência ao artigo 9.º da LdC é especialmente enigmática. O tribunal parece invocá-lo em apoio da ideia de que qualquer prática unilateral anticoncorrencial deve ser entendida como uma violação de deveres contratuais, mas não explica esse passo lógico.

violação contratual e uma violação extracontratual, acrescentando-se que esta seria indissociável daquela no presente caso.

O TRL confirmou que a “*ação tem assim um fundamento contratual*”, em termos extremamente sucintos (3 páginas, ao todo), sem fundamentação para além de uma súmula do que fora alegado pela Autora, da qual não resulta, em nosso entender, que tivesse sido invocada qualquer violação contratual (pelo menos, não de modo óbvio que dispensasse explicações adicionais).

Já o STJ se debruçou com alguma profundidade sobre o caso, mas a sua análise estava limitada pela conclusão das instâncias anteriores quanto à matéria de facto, no sentido que a petição inicial alegava uma violação contratual. Em consequência, apesar da extensão do acórdão (37 páginas), este explora apenas de modo limitado esta questão específica.

Depois de afirmar que é pela petição do autor que se deve determinar “*o núcleo referencial donde se deve partir para aferição do pressuposto da competência de um órgão jurisdicional*”, o STJ saltou para a conclusão de que os factos invocados respeitavam a infrações contratuais, citando as Recorridas. Mas estas haviam-se limitado a notar que algumas (e não todas) as infrações invocadas pela Autora podiam constituir também violações contratuais, alegando que a própria Autora o reconhecia com afirmações que, em nosso entender, não poderiam ser interpretadas enquanto tal²⁴⁶. Afirmou o STJ que de “*toda a petição inicial (...) reverbera um sentido e projeção contratual-vinculativa que resulta e decorre do estabelecimento da relação contratual firmada entre os dois sujeitos da relação jurídica*”. No fundo, o STJ, tal como o tribunal de 1ª instância, parece ter reduzido a questão da qualificação da responsabilidade, nestes casos, a saber se os ilícitos concorrenciais se produziram no quadro de uma relação contratual.

Infelizmente, o STJ recusou submeter questões prejudiciais ao TJUE por achar que a questão decisiva (qualificação como responsabilidade contratual ou extracontratual) era de direito

²⁴⁶ E.g., as Recorridas alegaram que a infração relativa a fixação de preços de revenda era apresentada como uma infração contratual porque a Autora tinha afirmado que só em aparência, olhando para a letra do contrato, fora livre de fixar os preços. São usuais as situações de abuso em contexto vertical em que uma empresa a montante obriga a sua distribuidora a praticar certos preços de revenda. É dúbio, no mínimo, que se possam apresentar tais situações como violações do contrato, já que o contrato não o permite e a fornecedora pode sempre defender-se dizendo que a distribuidora era contratualmente livre de seguir ou não as suas indicações. Se a prática estivesse contratualizada ou acordada, poderia falar-se numa violação do artigo 101.º do TFUE ou artigo 9.º da LdC e a cláusula seria nula e não vincularia o distribuidor. A ilicitude daquelas situações decorre do abuso de posição dominante.

nacional, apesar de a decisão a que se chegou ser, em nosso entender, provavelmente incompatível com o direito da União Europeia (ver secção seguinte). Em consonância com as suas restantes abordagens desta temática, o STJ evidenciou uma visão civilista da disputa (e.g., falando em “*posição de domínio contratual*”, em vez de posição dominante absoluta ou relativa, e não fazendo qualquer referência às normas de direito da concorrência e às suas consequências no caso).

Caso esta jurisprudência se confirmasse no futuro, suscitaria problemas muito graves no nosso ordenamento, retirando, para as relações entre certas empresas, todo o efeito útil ao direito europeu e nacional da concorrência, permitindo às multinacionais que operam em Portugal escapar à aplicação daquelas regras com muita facilidade (ver secção seguinte).

Não há qualquer evidência nestas decisões judiciais de que os tribunais tenham sido sensíveis a esta dimensão do problema. Com efeito, ao discutir o impacto prático das diferenças dos dois regimes, o STJ referiu-se apenas, na senda do pensamento clássico, a uma facilitação do ónus da prova na responsabilidade contratual (poderia também ter-se referido ao prazo de prescrição)²⁴⁷. Nesta maneira de pensar, é natural que os tribunais não vejam grande problema em requalificar uma situação destas como sendo de responsabilidade contratual. Mas, nestas circunstâncias, essa qualificação tem o efeito contrário: ao privilegiar-se a responsabilidade contratual, prejudica-se a parte mais fraca, por causa dos pactos atributivos de jurisdição.

Mesmo antes dessa questão de fundo, esta jurisprudência suscita-nos três questões principais, que suscitamos para a ponderação de quem melhor domine estas matérias:

- (i) Saber como determinar qual é o verdadeiro ou principal fundamento da ilicitude invocada pela Autora.

Com o devido respeito, neste caso, no nosso entender, foi o tribunal de 1ª instância que distorceu a realidade jurídica do caso. Mesmo que alguns dos comportamentos

²⁴⁷ *Apple*, 16/02/2016: “*Todavia, existe interesse na destrinça das duas espécies que reside essencialmente no facto de a tutela contratual ser a que, em regra, mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (arts. 799º nº 1 e 487º nº 1)*”. Citando a mesma ideia noutro acórdão: “*Muito embora em pouco se traduza, no tocante aos respectivos requisitos, a diferença entre os dois tipos de responsabilidade supra-referidos, certo é que no que concerne ao ónus da prova existe entre ambas uma diferença fundamental; na responsabilidade civil obrigacional a culpa presume-se, o que não sucede na responsabilidade extracontratual ou aquiliana em que cabe ao lesado provar a culpa do lesante*”

invocados pela Autora também pudessem ser qualificados como uma violação de disposição contratual ou do direito civil, não foram apresentados ao tribunal enquanto tais, mas apenas como violações do direito da concorrência²⁴⁸. Poderá entender-se que o tribunal é livre na sua apreciação da matéria de direito, mas não nos é evidente que isso implique que o tribunal se possa substituir às partes na alegação de uma violação do contrato. Olhar para um caso em que só se invoca o direito da concorrência e reduzir todas as alegações a problemas de direito civil é uma atitude típica dos primórdios da aplicação do direito da concorrência em Portugal, que já devia estar ultrapassada.

Mas, independentemente dessa questão, alguns dos comportamentos da Ré invocados pela Autora eram permitidos ou resultavam até diretamente dos termos do contrato (e.g. sistema de preços que resultava na imposição de preços de revenda), não sendo proibidos pelo direito civil, pelo que claramente o fundamento da sua ilicitude só podia ser o direito da concorrência. Afirmar que, quanto a essas infrações, a verdadeira causa de pedir era a responsabilidade contratual, por via de princípios gerais de boa-fé e lealdade, é, no mínimo, surpreendente. E várias destas infrações não só podem ser dissociadas das infrações contratuais, como não estão, de modo algum, ligadas a infrações contratuais. A apreciação em bloco pelo tribunal do vasto conjunto de comportamentos anticoncorrenciais alegados não podia senão conduzir a um resultado iníquo e contrário à lei.

- (ii) Saber se o tribunal pode requalificar juridicamente a causa de pedir para aferir a sua competência.

Perante o TRL, a Autora argumentou que a competência do tribunal afere-se em função do modo como a relação jurídica em causa foi configurada na petição inicial²⁴⁹. A Ré

²⁴⁸ De facto, este caso destaca-se como um dos raros em que a causa de pedir se limitava à violação do direito da concorrência e que, num cenário pós-transposição da Diretiva 2014/104/UE (de acordo com a atual proposta), caberia na competência do TCRS.

²⁴⁹ “[A] competência material dos tribunais afere-se, única e exclusivamente, pela relação jurídica controvertida em causa nos autos, nos termos em que a mesma vem configurada pelo autor na petição inicial”. “Com efeito, «na aplicação da questão da competência territorial, deve analisar-se concretamente a causa de pedir e o pedido formulado, porque tal competência é determinada em função do modo como a causa é delineada na petição inicial e não pela controvérsia que resulta da confrontação entre a ação e a defesa» (Ac. TRP, 4.3.2002, processo 0151929)”.

argumentou que o tribunal não está vinculado à qualificação jurídica pela autora quando determina a sua competência e que solução diferente permitiria fraudes à lei²⁵⁰. Sem prejuízo da conclusão a que se chegue nesta complexa controvérsia jurídica, este caso concreto parece-nos evidenciar que há situações em que esta faculdade de requalificação deverá estar limitada. Nomeadamente, quando a Autora invoca que o contrato diz X, e que a Ré fez esse X, mas que esse X é contrário ao direito da concorrência, não me parece razoável que o tribunal seja livre de requalificar essa alegação como sendo de responsabilidade contratual.

- (iii) Saber como qualificar uma situação em que estão em causa, em simultâneo, responsabilidade contratual e extracontratual, ou em que o fundamento principal é a responsabilidade contratual e a extracontratual surge apenas de modo secundário.

Se admitirmos que este litígio podia ser qualificado simultaneamente como respeitando a responsabilidade contratual e extracontratual, e se admitirmos que o tribunal poderia acrescentar aquela qualificação contra a vontade da Autora, as partes notaram que se suscitaria a questão da eventual aplicação da tese de consumpção da responsabilidade extracontratual pela responsabilidade contratual²⁵¹. Mas cremos que esta tese pode, frequentemente, assentar no maior grau de proteção ao lesado que é conferido pela responsabilidade contratual (ónus da prova e prescrição), enquanto que nesta situação, devido à existência de um pacto atributivo de jurisdição, essa tese levaria à desproteção da parte mais fraca.

O tribunal de 1ª instância neste caso parece ter concordado com a tese da consumpção, pelo menos quando a petição inicial tem por principal fundamento a violação de

²⁵⁰ Citando em apoio desta posição: Ac. TRP de 16 de outubro de 2012; Ac. STJ de 4 de março de 2010, proc. 2425/07.1.TBVCD.P1.S1; Ac. STJ de 3 de março de 2005, proc. 05B316; Ac. TRC de 28 de setembro de 2010, proc. 512/09.0TBTND.C1; Ac. TRC de 5 de dezembro de 2006, proc. 2/04.8TB AVR.C1; Ac. TRC de 13 de março de 2007, proc. 3142/04.0TBVIS-A.C1.

²⁵¹ Argumentos perante o tribunal: “*tal não significa que a solução a adotar seja, automaticamente, a de considerar excluída a segunda em decorrência da primeira*”. Citando Vaz Serra, *Responsabilidade contratual e extracontratual*, pp. 247-248: “*«o que parece de entender é que, com o contrato, se não exclui o dever geral de não ofender os direitos ou interesses alheios protegidos pelas regras da responsabilidade delitual, mas antes se pretende reforçá-lo. (...) Donde resulta que a responsabilidade contratual não exclui a delitual, apenas tornando, quando for caso disso, mais apertado o regime da responsabilidade. (...) Por conseguinte, quando a violação do contrato for, ao mesmo tempo, um facto ilícito gerador de responsabilidade delitual nos termos gerais desta responsabilidade, o lesado parece dever ter o direito de invocar, à sua escolha, as regras de uma ou de outra responsabilidade, conforme melhor lhe convier»*” [ver também Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*].

obrigações contratuais ou decorrentes de regras gerais quanto à execução do contrato, só a nível secundário se suscitando a violação do direito da concorrência.

Como já acima referimos, cremos que esta posição implica que todo e qualquer litígio por violação do direito da concorrência que surja no contexto de relações verticais tem de ser visto como respeitando a responsabilidade contratual.

Passemos agora às decisões judiciais que qualificaram os litígios como respeitando a responsabilidade extracontratual (veja-se também a secção 3.4.a)).

Destes 5 casos, 2 (*Máquinas de jogo* e *Salas de cinema*) referiam-se a uma situação em que a prática anticoncorrencial não ocorreu no quadro de uma relação contratual. O mesmo é dizer que, em 3 destes casos, o facto de, tal como em *Apple*, as práticas anticoncorrenciais terem ocorrido no contexto de uma relação contratual entre as litigantes, não foi obstáculo a que os tribunais concluíssem estar-se perante responsabilidade delitual.

Em *Máquinas de jogo*, as Autoras alegaram a violação de vários normativos, incluindo a LdC. O tribunal de 1ª instância entendeu que tinham alegado a violação de responsabilidade contratual, mas que não tinham alegado a existência de qualquer vínculo contratual, dando a ação por improcedente. Esta opção foi surpreendente, porque as Autoras não eram clientes da Ré, não tinham indicado a natureza da responsabilidade, e estavam em causa danos decorrentes de uma providência cautelar alegadamente imprudente. O TRP discordou da 1ª instância:

TRP – Máquinas de jogos, 10/07/2006

“não entendemos assim. No caso concreto dos autos e atendendo à causa de pedir desta ação de indemnização, com base e suporte em prejuízos sofridos, tem como fundamento maior e único o decretamento de uma providência cautelar intentada pela aqui ré contra os autores, embora englobasse outros sujeitos processuais. Daí que o seu sustentáculo legal para o pedido seja o n.º 1 do art. 390.º do CPC [citação] (...). Daí que se entenda, Ac. STJ, de 11-02-03 (...) que nestes casos «É uma particular situação de responsabilidade civil extracontratual derivada de uma conduta processual imprudente do requerente do procedimento cautelar que, prevalecendo-se do seu carácter urgente e da sua sumária cognição, não tenha procurado informar-se da efetiva existência do seu direito substantivo com o cuidado de um homem normalmente diligente. Como se trata de uma situação envolvente desse tipo de responsabilidade civil, embora decorrente de uma conduta com incidência processual, os seus pressupostos são, como é a regra geral, o facto ilícito e culposo, o dano e o nexo de causalidade entre o último e o primeiro (artigos 483.º, n.º 1, e 563.º do Código Civil)». Assim, o tipo de responsabilidade prevista no art.º 390º do CPC e que faz incorrer quem, de forma injustificada, sem qualquer razão ou fundamento, ao intentar uma providência cautelar causar dano ao requerido, será a responsabilidade extracontratual. E a fixação de tal responsabilidade não necessita que haja julgamento, podendo fixar-se em função do pedido e da causa de pedir”. “... verifica-se também a ocorrência da prescrição do art. 498.º do CC”.

Em *Refrige* e em *Salas de cinema*, o STJ concluiu tratar-se de responsabilidade extracontratual, mas, em óbvia contradição com a jurisprudência europeia (e numa posição que perderá toda a razão de ser, mesmo quando se aplique exclusivamente o direito nacional, a partir da transposição da Diretiva 2014/104/UE), negou que as empresas lesadas recaiam no escopo de proteção das normas de concorrência, com a consequência de não terem direito a indemnização por violação destas normas.

O caso *Refrige* centrou-se nas normas do regime de práticas individuais restritivas do comércio, que na altura faziam parte do regime jurídico da concorrência (DL 422/83), mas a análise realizada pelos tribunais superiores baseou-se nos objetivos do diploma, comuns ao direito da concorrência²⁵². A Autora invocou responsabilidade extracontratual²⁵³. O TRE não discutiu diretamente a questão (afirmando, estranhamente, que teria de haver uma violação contratual antes de se poder discutir uma violação do direito da concorrência), mas não afastou a invocação do artigo 483.º do CC²⁵⁴. Já o STJ afirmou que estaria em causa responsabilidade civil extracontratual, mas afastou a possibilidade de os lesados invocarem a proteção das normas de concorrência para obterem uma indemnização, tendo em conta que essas normas não conferem aos lesados “*um direito subjetivo a esta tutela*”²⁵⁵.

STJ – Refrige, 21/03/1996

“visa a A. efetivar responsabilidade civil emergente de factos praticados pela Ré integradores de uma conduta que tem por violadora [de preceitos do DL 422/83]. Trata-se de responsabilidade civil extracontratual, a que são aplicáveis os artigos 483.º e seguintes do Código Civil, tendo portanto como pressupostos: o facto voluntário, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano. (...) Aquele artigo indica as duas formas essenciais que a ilicitude pode investir: a) a violação de um direito subjetivo de outrem; b) a violação de preceito de lei que proteja interesses alheios. Nesta última variante da ilicitude prevê-se a violação de preceito legal que tutela interesses privados, sem que confira aos respetivos titulares um direito subjetivo a essa tutela. E

²⁵² A pronúncia dos dois tribunais superiores sobre este ponto é de interpretação difícil e o nosso próprio entendimento alterou-se, desde Rossi & Sousa Ferro, 2012. Reapreciando as pronúncias, fomos levados a concordar com a interpretação contemporânea de Nuno Ruiz. Este autor viu no acórdão do STJ uma recusa da admissibilidade de pedidos de indemnização por violação do direito da concorrência, referindo que esta tendência se teria invertido a partir de 1997 (cfr. Ruiz, 1999:24).

²⁵³ De acordo com a Autora: “*a lei da concorrência (...), embora tutelando interesses públicos, como aliás todas as leis, tutela também de forma direta os interesses dos agentes económicos. Esta dupla tutela coloca a ilicitude no âmbito de aplicação do artigo 483.º do Código Civil*”.

²⁵⁴ Afirmou, a este respeito, o TRE: “*indemonstrado fica um dos pressupostos da responsabilidade civil, não estando a Ré, por isso, obrigada a indemnizar a Autora na medida dos lucros que esta deixou de auferir (artigo 483.º do Código Civil)*” (*Refrige*, 23/02/1995).

²⁵⁵

é precisamente na violação pela Ré do disposto [nos preceitos do DL 422/83] que a A., recorrente, funda a sua pretensão indemnizatória, preceitos que, segundo ela, «conferem aos cidadãos (ou agentes económicos) lesados (...) verdadeiros direitos respetivos» (...). Assim não consideraram as instâncias, e com acerto, poderá desde já adiantar-se. Com efeito, o [DL 422/83] tem por objeto, dispõe-se no seu artigo 1.º, a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, assegurar a transparência no mercado, favorecer a realização dos objetivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos agentes económicos face à economia nacional. (...) Com esta proibição, tem-se em vista a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de, além de mais, garantir a liberdade de acesso no mercado dos agentes económicos; existe um interesse particular (dos agentes económicos) a que a lei também atende, sem contudo conferir aos respetivos titulares um direito subjetivo a esta tutela”.

Em *Salas de cinema*, o STJ chegou à mesma conclusão, falando em simultâneo sobre o regime das PIRC e a LdC, e parecendo sugerir que só os consumidores podem pedir indemnização por violação do direito da concorrência.

STJ – Salas de cinema, 21/10/2010

“[O] legislador visou, com estes diplomas, defender a concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores”, e com o acréscimo da figura da venda com prejuízo passou a abranger “as relações entre agentes económicos”. “Na mesma linha, a [Lei 18/2003] também não veio modificar aquele desiderato, sobretudo quando estabelece, como âmbito da sua aplicação, que (Artigo 1.º, n.º 2) [citação] (...), e quando, sob a epígrafe de práticas proibidas, no seu artigo 4.º, assim dispõe: [citação]”. “Face a este quadro legislativo - destinado, como já anteriormente dissemos, a prevenir genericamente a afetação dos interesses dos consumidores, com o desejado funcionamento do mercado em concorrência - é óbvio que se não situa no seu objeto a tutela direta dos interesses das empresas produtoras e intermediárias de filmes (distribuidora e exibidora), de molde a podermos considerar que estão preenchidos todos os requisitos inicialmente aludidos da ilicitude necessária como pressuposto constitutivo da obrigação de indemnizar extracontratualmente, nos termos do Art.º 483.º, n.º 1, do Código Civil. Quando muito, a conduta da Ré (ora Recorrida), ao condicionar e acabar por recusar o aluguer das cópias do identificado filme, poderá preencher, se verificados os demais requisitos (...), um ilícito meramente contraordenacional.”

Em contraponto com estes dois casos, temos outros em que os tribunais já reconheceram que os consumidores e empresas lesados se enquadram no escopo de proteção das normas de concorrência²⁵⁶. O próprio STJ o parece ter reconhecido em *Salvador Caetano*, ao reconhecer que a violação do direito da concorrência podia ser o fundamento da responsabilidade civil do concessionário em relação ao concessionado²⁵⁷. No mesmo sentido, o TRL afirmou em

²⁵⁶ Para uma análise aprofundada desta questão na doutrina, que conclui neste sentido, ver: Menezes Leitão, A., 2008, e.g. pp. 78, 104, 226-227, 256-257, 316-324 e 388 e segs. Para uma lista não exaustiva de jurisprudência de outros Estados-membros relativa a responsabilidade civil por infrações concorrenciais, ver Comissão Europeia, 2013: 77-78.

²⁵⁷ *Salvador Caetano*, 20/06/2013: “Sendo certo que tal ilícito comportamento das Rés [abuso de dependência económica] é também gerador, nos termos gerais, de responsabilidade civil”.

Concessionário automóvel (III) que, se o direito da concorrência tivesse sido infringido, tal “*seria fundamento de indemnização pelos danos daí decorrentes*”.

Em *Onitelecom v PT* e em *NOS v PT (II)*, a prática anticoncorrencial alegada era um abuso de posição dominante (esmagamento de margens) ocorrido no quadro de uma relação contratual continuada. Nem o Tribunal Judicial de Lisboa nem o TRL hesitaram em reconhecer que se estava perante uma situação de responsabilidade extracontratual e que estas empresas (clientes da Ré) tinham direito a ser indemnizadas, nesse âmbito, por violação do direito da concorrência. Essas opções são tanto mais importantes por terem um impacto decisivo nos casos. Em *Onitelecom v PT*, essa opção levou a que o direito fosse considerado prescrito. No caso *NOS v PT (II)*, só não levou ao mesmo resultado porque a Autora conseguiu alterar o pedido para acrescentar uma devolução do indevido.

Este segundo caso foi especialmente interessante, devido à discussão detalhada desta questão na fase dos articulados, seguida da decisão sobre a prescrição na audiência preliminar. Numa notável exposição, que sublinhou nomeadamente o absurdo de uma interpretação que conduz a aplicar regimes de responsabilidade distintos na análise duma mesma prática violadora duma mesma norma, o TJL defendeu que a responsabilidade por violação do direito da concorrência é sempre extracontratual e que estas normas visam proteger interesses de consumidores e concorrentes.

TJL – NOS v PT (II), 07/12/2012

A NOS juntou “*um Parecer do Ilustre Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, intitulado «Responsabilidade civil pelo abuso de posição dominante: em especial os prazos de prescrição» (...) e em que, em essência, analisa a questão de saber se os factos constituem ilícito contratual ou extracontratual e, neste último caso, a forma como deve ser contado o prazo prescricional previsto no art.º 498º n.º 1 do CC*”.

“*Uma das classificações da responsabilidade civil distingue a responsabilidade obrigacional e delitual. A responsabilidade obrigacional resulta do incumprimento de obrigações; pressupõe a existência de uma relação intersubjetiva, que primariamente atribua ao lesado um direito à prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica.*

A responsabilidade obrigacional destina-se à tutela e à realização das expectativas ligadas ao vínculo obrigacional. O seu fundamento é, no caso da assunção contratual de obrigações, uma frustração da promessa de realização nos termos acordados. Por isso, a responsabilidade obrigacional pauta-se pelo interesse de cumprimento da obrigação. Ela protege contra um risco específico de dano, aquele que decorre de uma relação creditícia precedentemente instituída entre as partes e que é, afinal, o risco da falha ou frustração do laço obrigacional estabelecido. É pois uma responsabilidade que ocorre entre pessoas determinadas e que deriva de um vínculo específico (creditício) estabelecido entre elas” – Carneiro da Frada, Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?, 1997, pág. 22-23.

E mais adiante (pág. 23), refere o mesmo autor que não é qualquer dano que desencadeia a responsabilidade obrigacional, mas apenas o dano produzido com ofensa de uma situação jurídica creditícia. Só esta, quando violada, dá lugar a responsabilidade obrigacional. Ao determinar, pelo

modo referido, as posições dos sujeitos protegidas pela responsabilidade obrigacional, a situação de responsabilidade identifica também a pessoa do beneficiário da proteção: credor da indemnização é o titular da posição jurídica creditícia. Isto mesmo exprime o art.º 798º ao estabelecer a responsabilidade do devedor que falta ao cumprimento da obrigação perante o credor.

Refere ainda o mesmo autor (pág. 23) que a obrigação estabelece um vínculo que liga credor e devedor. Ordena entre ambos posições e interesses. O credor está legitimado a exigir do devedor o cumprimento da obrigação e este encontra-se vinculado à realização da prestação perante o credor. Só o credor é beneficiário da responsabilidade obrigacional porque apenas ele é o titular da posição ofendida pelo devedor. É, no fundo, o princípio da relatividade das obrigações que, no que respeita aos contratos, encontra expressão no n.º 2 do art.º 406º do CC.

Um contrato institui uma específica ordenação de posições jurídicas entre os contraentes que vale como regra interpartes. A responsabilidade contratual pressupõe o desrespeito de uma posição jurídica atribuída pelo contrato. As posições protegidas pelo contrato são identificadas pelo seu conteúdo percetivo. É o programa contratualmente instituído, na forma como o foi, que determina o âmbito possível da responsabilidade contratual – aut. e ob. cit. pág. 24.

Na responsabilidade delitual está em causa a violação de deveres genéricos de respeito, de normas gerais destinadas à proteção de outrem ou a prática de Tatbestände delituais específicos - Menezes Leitão, ob.cit. pág. 270. Ou como afirma Carneiro da Frada in Contrato e deveres de proteção, pág. 125, o fundamento da responsabilidade delitual é um facto ou comportamento social que afeta a ordenação geral dos bens, afirmando ainda a pág. 129 que a responsabilidade extracontratual há-de ser entendida como ordenada à defesa geral de uma ordem de coexistência pacífica pela proteção de determinadas posições jurídicas.

Ao contrário do que sucede com a responsabilidade obrigacional, a responsabilidade delitual não tutela qualquer relação obrigacional preexistente. Trata de proteger posições jurídicas contra interferências danosas de terceiros através de valorações gerais que se exprimem nas suas normas impositivas ou proibitivas. A determinação das posições jurídicas suscetíveis de proteção busca a conciliação entre a necessidade de assegurar a paz jurídica e a liberdade de ação dos sujeitos.

No nosso sistema jurídico, a lei indica as posições geradoras de um dever (delitual) de responder, apresentando duas previsões gerais no art.º 483º n.º 1 – violação de um direito de outrem e violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios - e previsões específicas nos artigos 484º a 486º e 491º a 493º, todos do CC.

Relativamente à primeira previsão geral, ao exigir-se a lesão de um direito subjetivo específico, a mesma limita a indemnização à frustração das utilidades proporcionadas pelo direito subjetivo, não se conferindo tutela aos danos puramente patrimoniais (pure economic loss) (idem Carneiro da Frada, ob. cit. pag. 37), ou seja, não se tem em vista tutelar todo o património do sujeito, mas apenas as utilidades que lhe proporcionava o direito subjetivo objeto de violação – Menezes Leitão, ob. cit. pág. 276. Nesta modalidade estão abrangidos os direitos sobre os bens jurídicos pessoais como a vida, corpo, saúde, liberdade, os direitos de personalidade em geral (art.º 70º n.º 2 do CC) direitos reais, direitos de propriedade industrial e direitos de autor). Os direitos de crédito não encontram guarida na responsabilidade delitual.

Relativamente à segunda previsão geral, Antunes Varela, in Das Obrigações em geral, I, 4ª edição, pág. 505, refere que abrange a infração das leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respetivos titulares um direito subjetivo a essa tutela (e in nota, refere que a lei quer proteger esses interesses, mas não quer deixar a respetiva tutela na livre disponibilidade das pessoas a quem ela respeita) abrange as normas de proteção.

E mais adiante, concretizando, refere os factos antijurídicos que resultem de uma contravenção ou transgressão (hoje, contraordenação) sempre que a norma violada vise proteger interesses dos particulares, como seja o caso de normas contidas em legislação sobre delitos antieconómicos, referindo-se em nota a normas sobre concorrência desleal.

Trata-se de normas que, embora dirigidas à tutela de interesses particulares – quer exclusivamente, quer conjuntamente com o interesse público – não atribuem aos titulares desses interesses um verdadeiro direito subjetivo, por não lhes atribuírem um exclusivo aproveitamento de um bem. Aqui se incluem normas de direito penal ou de mera ordenação social.

Esta categoria de ilicitude exige a verificação dos seguintes pressupostos:

- a não adoção de um comportamento, definidos em termos precisos pela norma – exige-se o desrespeito de um determinado comando;

- que o fim dessa imposição seja dirigido à tutela de interesses particulares e não de um interesse geral;
- a verificação de um dano no âmbito de interesses tutelados por esta via. (...)

Olhando para o Direito Comunitário, para a Constituição da República Portuguesa e para a lei ordinária, somos levados a concluir que estamos perante um conjunto de normas que visam tutelar um bem jurídico público – a concorrência – sendo tal tutela assegurada por um conjunto de normas de proibição e de normas sancionatórias e pela existência de uma entidade pública a quem cabe, no plano sancionatório, identificar e investigar as práticas suscetíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respetivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei.

Mas tais normas também tutelam interesses particulares, tal como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Courage c. Crehan*, ao afirmar que as práticas violadoras do direito comunitário da concorrência e, *mutatis mutandis*, pelas regras da concorrência nacionais, podem causar danos a particulares, sejam eles empresas ou pessoas singulares e que as mesmas têm, por isso, direito a ser indemnizados. E esta doutrina impõe-se no direito interno dado o primado do direito comunitário sobre aquele, sem prejuízo, o que também ficou referido, de caber a cada Estado-membro definir regras pormenorizadas para a introdução de pedidos de indemnização.

Mas se estamos perante normas que também tutelam interesses particulares, estamos perante normas que não atribuem aos particulares, que eventualmente possam ser incluídos no respetivo âmbito de proteção, um direito subjetivo, no sentido de não lhes ser atribuído um exclusivo aproveitamento de um bem.

Aliás, a propósito da parte do art.º 483º n.º 1 do CC, relativa à violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios, Pires de Lima e Antunes Varela, in CC anotado, anotação ao art.º 483º, referem:

«Assim acontece, por exemplo com as normas que, tutelando certos interesses públicos, visam ao mesmo tempo proteger determinados interesses particulares: pode tratar-se de normas incriminadora; de normas definidoras de contravenções; de regras de direito administrativo, de direito da economia ou de direito aduaneiro, etc. Se alguém, falsifica um documento ou uma assinatura, além de incorrer em responsabilidade criminal, fica sujeito à obrigação de indemnizar os danos que daí resultarem; se um automobilista viola as regras de trânsito e, com isso, provoca um acidente, além de sofrer a cominação de uma multa ou uma sanção de outro tipo, terá de indemnizar os danos a que der causa; e o mesmo se diga, *mutatis mutandis*, da violação de uma lei aduaneira destinada a proteger a indústria nacional, ou de uma lei que proíbe a venda de estupefacientes ou de bebidas alcoólicas, ou das normas disciplinadoras da concorrência, dos preceitos que obrigam a iluminar as escadas dos prédios, a adotar certas precauções na demolição de edifícios, etc.»

Miguel Moura e Silva, na sua obra *Direito da Concorrência*, pág. 189, nota 111, informa que o Conselho da Concorrência na Decisão *Unicer*, parágrafo 151, Relatório de Atividades, DR n.º 2001, Série II, suplemento de 29.08.2001, alude à posição dos referidos autores para considerar possível no direito português a concessão de uma indemnização aos lesados por práticas anti concorrenciais.

Está aliás aceite entre nós que a responsabilidade civil emergente de situações de concorrência desleal se enquadra na responsabilidade civil extracontratual (vd. Maria João Pestana de Vasconcelos, in *Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português*, in *Novas tendências da responsabilidade civil*, Almedina, pág. 183 e seguintes).

Não sendo o caso dos autos de concorrência desleal mas de direito da concorrência, considerando que o bem jurídico que em última análise se visa proteger, em ambas, é o regular funcionamento do mercado e a livre concorrência, a referida doutrina é aplicável *mutatis mutandis*.

Não estávamos (na petição inicial) perante uma situação de responsabilidade contratual, na medida em que, muito embora existisse um contrato entre as partes, não estava em causa o incumprimento de um dever de prestar emergente do referido contrato, não estava em causa a frustração da promessa de realização da prestação nos termos acordados, não estava em causa a tutela e realização de uma expectativa ligada ao vínculo obrigacional, não estava em causa um direito subjetivo da A., não estava em causa, em suma, o interesse no cumprimento, mas algo mais vasto e genérico - o regular funcionamento do mercado, a concorrência - que recobre toda a atividade económica e não apenas a relação estabelecida entre as partes.

A autora invocava a violação de determinadas regras da concorrência e, em consequência dessa violação, que sofreu danos. Mas não estava excluída, em tese, a possibilidade de terceiros, não titulares

de uma relação contratual com as RR., terem sofrido danos em consequência da violação das mesmas normas de direito da concorrência invocadas pela A.

Não faria sentido que numa situação, só pelo facto de existir uma relação contratual entre as partes, a responsabilidade fosse contratual e noutra, não existindo relação contratual, a responsabilidade fosse extracontratual quando a fonte ou o fundamento da pretensão é o mesmo – a violação das normas da concorrência.

E não faz sentido porque não estávamos perante a violação de um direito de crédito (“falta ao cumprimento da obrigação perante o credor”, diz o art.º 798º n.º 1), não estávamos perante a violação do programa contratualmente instituído, na forma como o foi, mas perante a violação de um dever geral de conduta, o dever que emerge das proibições, no caso, do art.º 6º da lei da Concorrência.

No caso, a factualidade alegada era consubstanciadora da previsão da violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios, na medida em que vem invocada a violação do art.º 6º da Lei n.º 18/2003, que proíbe o abuso de posição dominante, norma que tem em vista a proteção de um bem jurídico com consagração constitucional – o funcionamento eficiente dos mercados – ou seja, tem em vista um interesse geral, coletivo, mas também lhe estão subjacentes interesses particulares – dos concorrentes e dos consumidores em geral – e vem invocada a ocorrência de danos no âmbito dos interesses de um concorrente.

Destarte, a violação das normas que tutelam o direito da concorrência e produza danos, dá lugar ao dever de indemnizar enquadrado no âmbito da responsabilidade extracontratual por se traduzir na violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios e, deste modo, a responsabilidade extracontratual.

(...)

Na petição inicial estávamos perante uma ação de responsabilidade civil extracontratual (sendo, diga-se, absolutamente irrelevante a qualificação feita pela autora no formulário do Citius); na réplica passámos a estar perante uma ação de declaração de nulidade parcial do contrato e respetivas consequências.

É certo (adiantamo-lo desde já) que o complexo factual em que se baseava o pedido inicial se mantém. Mas o complexo normativo a que se reconduzia a pretensão deduzida inicialmente pela A. (isto é, o complexo normativo suscetível de produzir o efeito jurídico pretendido pela autora e que, esclareça-se desde já, não se confunde com a indicação, na petição inicial, de uma exposição dos fundamentos de direito), (complexo normativo esse, expressamente invocado pelo autor ou considerado, por interpretação e aplicação do direito, pelo réu e pelo tribunal, não pode deixar de integrar a causa de pedir) é diferente do complexo normativo a que se reconduz o pedido deduzido na réplica.

E tal alteração implica uma convolução para relação jurídica diversa? [Segue-se extensa análise da lei, jurisprudência e doutrina]. Afigura-se-nos no entanto possível afirmar, tendo em consideração os supra citados contributos, que o que estará subjacente à mesma [à norma a aplicar] é o mesmo complexo factual, os mesmos factos principais, a mesma realidade que está na base do pedido primitivo. No caso, apesar de a autora ter alterado simultaneamente o pedido e a causa de pedir, pode afirmar-se, com segurança, que não ocorre um alteração da relação controvertida, ou seja, a factualidade essencial, relevante para a decisão da causa, mantêm-se a mesma e reconduz-se à questão de saber se na relação contratual estabelecida com a A., as RR. estavam em posição dominante e abusaram da mesma, praticando preços discriminatórios. Em face do exposto, admite-se a alteração simultânea do pedido e da causa de pedir.”

[Por último, o tribunal afastou ainda que se pudesse considerar a PI inepta por não ter tomado posição sobre a questão da responsabilidade contratual ou extracontratual].

m) Pactos atributivos de jurisdição

A questão dos pactos atributivos de jurisdição no contexto das ações de *private enforcement* da concorrência só surgiu ainda uma vez, no caso *Apple*, mas em termos e com tal impacto que cremos justificarem uma análise detalhada.

Neste caso, já discutido *supra* – ver secções 2.4. e 3.4.1) – o Tribunal Judicial do Funchal via-se confrontado com uma ação extremamente complexa, com valor superior a 40 milhões EUR. Apesar de a Autora só ter invocado responsabilidade extracontratual por violação do direito da concorrência, o tribunal concluiu que, na verdade, o litígio era sobre responsabilidade contratual por violação do contrato e princípios gerais do direito das obrigações. Esta conclusão levou-o a declarar a incompetência dos tribunais portugueses, com base numa cláusula atributiva de jurisdição no contrato de distribuição, aplicando os artigos 5.º(1)(a), 22.º e 23.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 e os artigos 63.º e 94.º do CPC. Entendeu não existirem razões de ordem pública que impedissem a aplicação do pacto atributivo de jurisdição²⁵⁸. Os recursos para o TRL e para o STJ não tiveram sucesso. De acordo com o contrato de distribuição que vigorara entre a Ré e a Autora, as partes, atribuíram jurisdição aos tribunais irlandeses para “*todos os litígios emergentes do presente contrato*”.

Em nosso entender, estas decisões judiciais violaram o Regulamento (CE) n.º 44/2001, o Regulamento (CE) n.º 864/2007 e o artigo 102.º do TFUE (aplicável ao caso), tal como interpretados pelo TJUE, pelos motivos que veremos de seguida.

É ponto assente na jurisprudência do TJUE e do STJ que os Regulamentos comunitários de direito internacional privado prevalecem sobre as normas do CPC nesta matéria, por força do primado do direito da União Europeia.

O Regulamento (CE) n.º 864/2007 (Roma II) regula, expressa e especificamente, a responsabilidade extracontratual por atos que restrinjam a livre concorrência (artigo 6.º). Só por si, esta regulação implica que, à luz do ordenamento jurídico europeu, se entende que a violação do direito da concorrência dá azo a obrigações extracontratuais. Nesta ótica, qualquer interpretação judicial que implique que uma violação do direito da concorrência só dá azo a responsabilidade contratual, exclui a aplicação deste normativo europeu e frustra, por completo, o seu efeito útil, violando as obrigações dos Estados-membros à luz do direito da União Europeia.

E não se diga que há uma questão prévia que depende do direito nacional, a de saber a natureza contratual ou extracontratual da obrigação, porque o Regulamento estabelece muito claramente,

²⁵⁸ *Apple*, 27/04/2014: “já que não estão em causa interesses ou direitos que se mostrem elencados nos artigos 63.º e 94.º do CPC e artigos 22.º e 23.º do Reg. CE 44/2001”.

como não poderia deixar de ser, que o “*conceito de obrigação extracontratual varia entre os Estados-Membros. Por conseguinte, para efeitos do presente regulamento, a obrigação extracontratual deverá ser entendida como um conceito autónomo*” (considerando 11), ou seja, um conceito próprio do ordenamento europeu. Neste sentido, afirmou ainda o TJUE: “*o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado de maneira autónoma e estrita*”²⁵⁹.

Esta questão foi esclarecida na jurisprudência europeia:

Acórdão do TJUE de 21 de janeiro de 2016, *ERGO Insurance* (C-359/14 e C-475/14)

“43. Seguidamente, no que respeita ao âmbito de aplicação respetivo do Regulamento Roma I e do Regulamento Roma II, os conceitos de «obrigação contratual» e de «obrigação extracontratual» que neles figuram devem ser interpretados de forma autónoma, por referência à sistemática e à finalidade desses regulamentos (...). Deve igualmente ser tido em consideração, como resulta do considerando 7 de cada um dos dois regulamentos, o objetivo de coerência na aplicação recíproca destes regulamentos, mas igualmente do Regulamento Bruxelas I, que procede, designadamente, a uma distinção, no seu artigo 5.º, entre as matérias contratual e extracontratual.

44. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa a este último regulamento que só uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra e na qual se baseia a ação do demandante está abrangida pela «matéria contratual», na aceção do artigo 5.º, ponto 1, do referido regulamento (...). Por analogia e em conformidade com o objetivo de coerência mencionado no n.º 43 do presente acórdão, deve considerar-se que o conceito de «obrigação contratual», na aceção do artigo 1.º do Regulamento Roma I, designa uma obrigação jurídica livremente consentida por uma pessoa para com outra.

45. No que respeita ao conceito de «obrigação extracontratual», na aceção do artigo 1.º do Regulamento Roma II, há que recordar que o conceito de «matéria extracontratual», na aceção do artigo 5.º, ponto 3, do Regulamento Bruxelas I, abrange qualquer ação destinada a acionar a responsabilidade do demandado e que não esteja relacionada com a referida «matéria contratual» na aceção do ponto 1 deste artigo 5.º (...). Além disso, cumpre observar, como resulta do artigo 2.º do Regulamento Roma II, que este é aplicável às obrigações decorrentes de um dano, isto é, a todas as consequências decorrentes da responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco, do enriquecimento sem causa, da *negotiorum gestio* ou da culpa in contrahendo.

46. À luz destes elementos, deve entender-se por «obrigação extracontratual», na aceção do Regulamento Roma II, uma obrigação que tem origem num dos acontecimentos enumerados no artigo 2.º deste regulamento e recordados no número anterior.”

Em suma, para o direito europeu, só há responsabilidade contratual relativamente a “*obrigações jurídicas livremente consentidas por uma pessoa contra a outra e na qual se baseia a ação do demandante*”. Uma obrigação de fazer ou de não fazer algo que decorre do direito da concorrência não é uma obrigação livremente consentida. Aliás, mesmo que o contrato faça referência à necessidade de respeitar normas imperativas (tais como as do direito da concorrência), isso não pode implicar que se passe a considerar essas obrigações como tendo sido livremente consentidas,

²⁵⁹ Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13), §37.

sob pena de se frustrar o efeito útil de várias normas do Regulamento Roma II. E este conceito não se limita ao âmbito de aplicação do Regulamento Roma II, antes é um conceito próprio do ordenamento jurídico europeu, uniformemente interpretado e aplicado nos vários normativos europeus que abordam estas questões.

A leitura conjugada dos artigos 6.º e 4.º do Regulamento Roma II mostram que, numa situação como a do caso *Apple*, seria sempre aplicável a lei portuguesa (além do TFUE), enquanto lei do país em que o mercado foi afetado, em que ocorreu o dano. E o artigo 6.º(4) proíbe, expressamente, que se afaste esta imposição da lei aplicável através de acordo entre as partes, anterior ou posterior ao litígio. Esta regra especialmente limitadora da liberdade contratual, que o Regulamento Roma II aplica às obrigações extracontratuais decorrentes de práticas restritivas da concorrência e de concorrência desleal, é uma expressão da natureza de ordem pública destas regras, cuja aplicação não pode ficar dependente da vontade das partes.

De acordo com o artigo 5.º(3) do Regulamento (CE) n.º 44/2001 (aplicável à data dos factos): “*Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutra Estado-Membro: (...) [e]m matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso*”. Após a entrada em vigor da transposição da Diretiva 2014/104/UE, sempre que se trate duma ação *follow-on*, será ainda relevante o artigo 5.º(4).

O caso *CDC Hydrogen Peroxide*, que chegou ao TJUE pela via das questões prejudiciais²⁶⁰, confirmou que ações de *private enforcement* da concorrência, incluindo ações como a do caso *Apple*, devem ser integradas no artigo 5.º(3) do Regulamento (CE) n.º 44/2001 (entretanto substituído pelo artigo 7.º(3) do Regulamento (UE) n.º 1215/2012). A Autora, atuando ao abrigo de acordos de cessão de direitos de indemnização, pedia uma indemnização por danos causados por um cartel a 32 empresas. Estas práticas anticoncorrenciais aconteceram no quadro de acordos de fornecimento celebrados entre participantes do cartel e aquelas empresas. O TJUE não precisou de explicar a razão pela qual a ação se enquadrava no artigo 5.º(3), porque as perguntas do tribunal nacional assentavam nesse pressuposto, mas confirmou esse facto (o TJUE tinha toda a liberdade

²⁶⁰ Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13).

para alterar a qualificação jurídica da natureza da responsabilidade, à luz da norma europeia, se o tribunal nacional a tivesse interpretado incorretamente).

Numa afirmação sobre cartéis aplicável, *mutatis mutandis*, a abusos de posição dominante, o TJUE parece ter excluído a ideia de que os ilícitos concorrenciais que ocorram no quadro de relações contratuais se enquadram no âmbito de responsabilidade contratual para efeitos de aplicação do direito europeu: “*em circunstâncias como as do processo principal, os compradores certamente se abasteceram no quadro de relações contratuais com diferentes participantes no cartel em questão. No entanto, o facto gerador do dano alegado não reside numa eventual violação das obrigações contratuais, mas na limitação da liberdade contratual resultante deste cartel, limitação que implica a impossibilidade de o comprador se fornecer a um preço determinado segundo as leis do mercado*”²⁶¹.

O Tribunal começou por recordar que a regra do artigo 5.º(3) visa garantir que só seja chamado a decidir o litígio o tribunal melhor posicionado para o decidir, que é, normalmente, o tribunal do lugar onde ocorreram os danos.

Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13)

“39. Segundo jurisprudência constante, a regra de competência especial enunciada no artigo 5.º, n.º 3, do referido regulamento baseia-se na existência de um elemento de conexão particularmente estreita entre o litígio e o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso, que justifica uma atribuição de competência a esse tribunal por razões de boa administração da justiça e de organização útil do processo (...).

40. Com efeito, em matéria extracontratual, o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso é normalmente o mais apto para decidir, nomeadamente, por razões de proximidade do litígio e de facilidade na recolha das provas (...).

41. A identificação de um dos elementos de conexão reconhecidos pela jurisprudência evocada no n.º 38 do presente acórdão deve, pois, permitir determinar a competência do órgão jurisdicional objetivamente melhor posicionado para apreciar se os elementos constitutivos da responsabilidade do demandado estão reunidos, pelo que só pode ser validamente chamado a decidir o órgão jurisdicional em cuja área de jurisdição se situe o elemento de conexão pertinente (...).”

Quando estejam em causa ações de *private enforcement* para ressarcimento de danos causados a consumidores, o artigo 17.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 exclui, claramente, a possibilidade de pactos de jurisdição anteriores ao litígio que imponham um foro de um EM diferente do da residência do consumidor. Nos restantes casos – e.g., *Apple* (omitindo alguns requisitos adicionais

²⁶¹ Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13), §43. Veja-se também o §52.

que se mostravam preenchidos neste caso) –, nos termos do artigo 23.º, as partes podem convencionar, anterior ou posteriormente ao litígio, a competência exclusiva dos tribunais de outro Estado-membro “*para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica*”²⁶². A questão que se suscita, portanto (com relevância para o caso *Apple*), é a de saber se, mesmo qualificando a responsabilidade como extracontratual, as partes podiam convencionar entre si, por acordo anterior ao litígio, um foro diferente para a resolução de uma disputa sobre danos resultantes de práticas anticoncorrenciais.

Em *CDC Hydrogen Peroxide*, alguns dos acordos que regulavam as relações entre as empresas lesadas e os cartelizados continham cláusulas de arbitragem e cláusulas atributivas de jurisdição. O tribunal alemão perguntou ao TJUE “*se o artigo 23.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 e o princípio, consagrado no direito da União, de execução eficiente da proibição de cartéis [princípio da efetividade] devem ser interpretados no sentido de que permitem, em caso de pedido de indemnização em razão de uma infração ao artigo 101.º TFUE (...), ter em conta cláusulas atributivas de jurisdição contidas em contratos de fornecimento se isso implicar a derrogação das regras de competência internacional previstas nos artigos 5.º, n.º 3, e/ou 6.º, n.º 1, do referido regulamento*”.

O TJUE alargou a este Regulamento a sua jurisprudência interpretativa da anterior Convenção de Bruxelas, frisando que “*o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se pode, em princípio, estar vinculado por uma cláusula atributiva de jurisdição que derogue as competências previstas nos artigos 5.º e 6.º do Regulamento n.º 44/2001, que as partes celebraram em conformidade com o artigo 23.º, n.º 1, deste*”, e que isto não pode ser posto em causa pelas normas substantivas da concorrência (e pelo princípio da sua efetividade)²⁶³.

Mas, de modo decisivo para a análise do caso *Apple*, o Tribunal realçou que um pacto atributivo de jurisdição formulado em termos genéricos, para resolução de litígios resultantes dum contrato, sem referência à resolução de litígios resultantes da violação do direito da concorrência, não é válido para estes litígios:

²⁶² Este enquadramento normativo permaneceu inalterado no Regulamento (UE) n.º 1215/2012, ora em vigor, com a exceção de que se afasta a admissibilidade do pacto de jurisdição se este for “nos termos da lei desse Estado-Membro, substantivamente nulo”. Veja-se ainda o artigo 25.º(5) do Regulamento (UE) n.º 1215/2012.

²⁶³ Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13), §§61 e 62.

Acórdão do TJUE de 21 de maio de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide* (C-352/13)

“68. Uma cláusula atributiva de jurisdição só pode dizer respeito a litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, o que limita o alcance de um pacto atributivo de jurisdição apenas aos litígios que têm a sua origem na relação de direito na altura em que esse pacto foi celebrado. Esta exigência tem por objetivo evitar que uma parte seja surpreendida pela atribuição, a um foro determinado, dos litígios que surjam nas relações havidas com a outra parte contratante e que encontrariam a sua origem noutras relações para além das surgidas na altura em que a atribuição de jurisdição foi acordada (...).

69. À luz deste objetivo, o órgão jurisdicional de reenvio deverá considerar designadamente que uma cláusula que se refere, de modo abstrato, aos litígios surgidos nas relações contratuais não abrange um litígio relativo à responsabilidade extracontratual em que um cocontratante alegadamente incorreu em resultado do seu comportamento conforme com um cartel ilícito.

70. Com efeito, dado que tal litígio não é razoavelmente previsível para a empresa vítima no momento em que deu o seu consentimento à referida cláusula, por, nessa época, desconhecer o cartel ilícito que envolve o seu cocontratante, não se pode considerar que o mesmo tem origem nas relações contratuais. Por consequência, tal cláusula não derroga validamente a competência do órgão jurisdicional de reenvio.

71. Em contrapartida, perante uma cláusula que faz referência aos litígios relativos à responsabilidade decorrente de uma infração ao direito da concorrência e que designa um tribunal de um Estado-Membro diferente do Estado-Membro do órgão jurisdicional de reenvio, este deve declarar-se incompetente, mesmo quando essa cláusula exclui as regras de competência especiais, previstas nos artigos 5.º e/ou 6.º do Regulamento n.º 44/2001.

Em suma, à luz desta jurisprudência, o artigo 5.º(3) não pode ser afastado por qualquer pacto atributivo de jurisdição feito num momento em que não era razoavelmente previsível ao lesado que a prática anticoncorrencial em causa iria ocorrer. No caso *Apple*, quanto a nós, é discutível se algumas das práticas alegadas não seriam razoavelmente previsíveis, na medida em que alguns dos alegados abusos pareciam assentar, por exemplo, no modo como se permitia a determinação dos preços grossistas no contrato. Mas muitas das práticas invocadas resultavam de comportamentos posteriores e que não se pode razoavelmente exigir que o distribuidor tivesse previsto quando assinou o contrato e aceitou o pacto atributivo de jurisdição, pelo que, à luz desta jurisprudência, não estariam abrangidas pelo pacto²⁶⁴.

²⁶⁴ Não concordamos que a competência decorrente do artigo 5.º(3) possa sempre ser afastada, se o pacto se referir expressamente a violações do direito da concorrência. O TJUE sentiu-se, porventura, nesta questão, limitado pela sua jurisprudência anterior. Mas cremos que se tal acordo anterior puser, de facto, em causa, num caso concreto, o princípio da efetividade do direito europeu da concorrência, o pacto teria de ser desconsiderado. Conclusão contrária implica uma violação do direito fundamental de acesso à justiça – que subjaz, aliás, às regras do artigo 62.º e 94.º(3) do CPC – e, portanto, sempre implicaria a invalidade da norma europeia, por violação dos direitos fundamentais que também vinculam as instituições da UE, além de que constituiria um limite ao primado do direito europeu, permitindo aos tribunais nacionais desaplicar essa norma. A posição do TJUE tem ainda o demérito de constituir uma situação em que os direitos dos lesados ficariam muito facilmente sem proteção, graças a um formalismo. É extremamente fácil às multinacionais passarem a incluir nos seus pactos atributivos de jurisdição uma referência expressa a violações do direito da concorrência, elegendo um fórum de impossível ou difícil acesso para os seus clientes.

À luz da posição expressa pelos tribunais portugueses no caso *Apple*, todas as multinacionais a operar em Portugal poderiam violar o direito da concorrência europeu e nacional impunemente, bastando-lhes, para tanto, incluir nos contratos de distribuição uma cláusula genérica de atribuição de jurisdição para litígios relativos ao contrato a tribunais de uma jurisdição de difícil acesso às empresas portuguesas. Nas situações de abuso de posição dominante ou de dependência económica, sobretudo, mas também em casos de cartéis e de práticas restritivas verticais, as empresas lesadas tendem a ser empurradas para situações económicas muito difíceis pelas práticas anticoncorrenciais. Mesma na ausência dessa deterioração da sua posição, a grande maioria do tecido empresarial português não tem capacidades económicas para litigar no Reino Unido, na Irlanda ou na Alemanha, por exemplo. Os custos, a distância e os obstáculos linguísticos criam uma barreira muito eficaz à litigância, e tornam o exercício dos direitos de indemnização por infrações do direito europeu da concorrência impossível ou excessivamente difícil. Portanto, em nosso entender, mesmo que as regras normalmente aplicáveis ditassem que fosse respeitado o pacto atributivo de jurisdição, o princípio da efetividade, consagrado na jurisprudência europeia e agora também na Diretiva 2004/104/UE, obrigaria a que neste caso se permitisse que a ação fosse intentada no local onde os danos se produziram. Neste sentido, milita também o artigo 62.º(c) do CPC (situação em que se verifica “*para o autor dificuldade apreciável na propositura da ação no estrangeiro*”), e artigo 94.º(3) do CPC (situação que envolve “*inconveniente grave para a outra*” parte).

Parece-nos manifestamente intolerável que as empresas multinacionais possam escapar à aplicação das normas portuguesas da concorrência, quando adotam comportamentos anticoncorrenciais em Portugal que lesam empresas portuguesas, simplesmente colocando nos contratos uma cláusula genérica atributiva de jurisdição aos tribunais de um Estado-membro que são, na prática, inacessíveis à grande maioria das empresas portuguesas nas situações previsíveis. Normas nacionais de ordem pública ficam sem ser aplicadas. Foi isso que sucedeu no caso *Apple*, e voltar-se-á a repetir se esta posição jurisprudencial não for revista.

Por último, deve ainda considerar-se o grave problema da possibilidade de um conflito internacional negativo de competências. No caso *Apple* (ou em qualquer situação similar), não há qualquer garantia de que o tribunal irlandês se tivesse considerado competente. De facto, a expectativa devia ser a oposta. Devemos partir do princípio que, para esse tribunal, não haveria

dúvidas quanto à natureza delitual desta responsabilidade (*tort*), e devemos partir do princípio de que este interpretaria o direito europeu à luz da *supra* citada jurisprudência do TJUE (assim sucedeu, por exemplo, na decisão dum tribunal britânico no caso *Provimi*²⁶⁵). Ou seja, mesmo que a Autora fosse capaz de litigar na Irlanda, esse investimento e esforço ver-se-ia, provavelmente, frustrado por outra decisão de inadmissibilidade. É, portanto, um caso que mostra a importância crucial da interpretação uniforme do direito europeu, nomeadamente no que respeita à qualificação da natureza da responsabilidade em causa e à validade e âmbito de pactos atributivos de jurisdição.

3.5. Questões gerais de direito europeu e sua relação com o direito nacional

a) Relação entre direito europeu e nacional (primado e aplicação paralela)

Várias decisões judiciais deste Capítulo reconhecem, expressamente, o primado do direito europeu da concorrência e a necessidade da sua aplicação paralela com o direito nacional (sempre que exista efeito nas trocas entre EMs). No entanto, como era de esperar pela harmonia entre o direito europeu e nacional da concorrência (e a exceção para as práticas unilaterais permitida pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003), não identificámos qualquer caso em que o primado tivesse alguma consequência prática (i.e., em que se verificasse uma contradição com normas nacionais).

TRL – JFV v Tabaqueira, 06/03/1990

“No Tratado CEE existem também regras sobre a concorrência entre as empresas (...). Desde que a nossa adesão à CEE se tornou efetiva, existe o primado do direito comunitário sobre o direito interno português”.

TRP – Café (I), 12/04/2010

“como as normas comunitárias e nacionais têm vocação para serem aplicáveis a uma mesma situação, as normas internas nunca poderão prejudicar a aplicação plena e uniforme do direito comunitário, o que significa que, se a cláusula for proibida à luz do direito comunitário, também não tem acolhimento ao abrigo da lei interna”.

²⁶⁵ English High Court, *Provimi Ltd v Roche Products Ltd et al* ([2003] QBD, approved judgment at 6.5.03).

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

“*Corolário do princípio da lealdade, que decorre do compromisso dos países aderentes (ou admitidos) à (na) Comunidade Europeia, o princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito nacional implica a não aplicação do direito nacional que seja incompatível com o Direito da União. Este princípio, que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) enunciou no Ac. de 15/07/64 (Proc. 6/64, Costa v. ENEL), parte, no essencial, da consideração de que: o Tratado constitui “a carta constitucional da Comunidade baseada no princípio da Comunidade de Direito”; Os Estados-Membros ao subscreverem o Tratado obrigaram-se a assegurar a sua efetiva aplicação; é fundamental que ele seja aplicado uniformemente em todos os Estados-Membros para se evitarem discriminações; não é admissível que qualquer Estado-Membro, através de legislação posterior ponha em causa as obrigações que assumiu com a assinatura do Tratado. O referido princípio, da primazia do Direito Comunitário sobre o direito interno, veio a ser acolhido no n.º 4 do art.º 8.º, da nossa Constituição. Assim, quando houver divergência entre a nossa lei da concorrência – Lei 18/2003, de 11 de Junho – e o Direito Comunitário é este o aplicável. A ter em consideração, pois, os artos. 4.º e 5.º da Lei n.º 18/2003, e o art.º 81.º do Tratado – 101.º do TFUE, e os art.ºs 6.º e 7.º, daquela Lei e o art.º 82.º do Tratado – 102.º do TFUE, se bem que neste último nada disponha quanto ao abuso de dependência económica. Sem embargo, o Regulamento (CE) 1/2003, que veio uniformizar a aplicação daqueles artigos do Tratado para que não haja «distorção da concorrência no mercado comum», permite que os Estados-Membros criem e apliquem no seu território legislação mais restritiva, que proíba atos unilaterais de empresas”.*

STJ – Salvador Caetano, 20/06/2013

“*Não obstante a regra do primado do direito comunitário e da sua prevalência sobre o direito nacional, a verdade é que o [regulamento de isenção categorial] aplica-se apenas, como direito comunitário, quando estiverem em causa relações transfronteiriças”.*

b) Citação de fontes europeias e interpretação do direito nacional em harmonia com o direito europeu da concorrência

Em termos gerais, deteta-se no acervo de casos analisado neste Capítulo uma tendência dos tribunais nacionais (dos tribunais de 1ª instância ao STJ) para citarem jurisprudência europeia e prática decisória e documentos de *soft-law* da Comissão Europeia, aderindo à interpretação jurídica aí exposta, mesmo quando aplicam exclusivamente o direito nacional da concorrência²⁶⁶.

Na maioria dos casos, os tribunais não explicam as motivações destas citações, nem discutem se existe alguma vinculação às interpretações apresentadas nesses documentos. Mas há exceções. Ao

²⁶⁶ Cfr., e.g.: *JFV v Tabaqueira*, 06/03/1990; *Tabou Calzados*, 09/04/2002; *Central de cervejas (II)*; *Central de cervejas (III)*; *Central de cervejas (IV)*; *VSC e FPF v RTP*, 10/11/2009; *Franchise de clínicas dentárias*, 05/02/2013; *Ford (I)* (1ª instância); *Renault*, 24/01/2012; *Concessionário automóvel (V)*, 22/01/2015; *Botijas de gás*, 09/04/2013; *Bebidas (I)*, 16/06/2011; *IMS Health*, 03/04/2014; *Deliberação social*, 20/11/201; *Franchise de clínicas dentárias*, 05/02/2013; *IMS Health*, 03/04/2014.

aplicar o direito europeu da concorrência, o TRG afirmou: “*são conceitos autónomos da legislação comunitária em matéria de concorrência que abrangem a coordenação do comportamento das empresas no mercado tal como interpretado pelos tribunais da Comunidade*”²⁶⁷. Quanto aos documentos *soft-law* da Comissão, o TRL afirmou: “*As comunicações da Comissão, pese embora a sua relevância para a perceção do direito comunitário, não têm efeitos jurídicos vinculativos para as autoridades e tribunais nacionais*”²⁶⁸.

Aparentemente, é ponto assente na jurisprudência nacional que o direito nacional da concorrência “deve” ser interpretado em consonância com a interpretação do direito europeu, não por obrigação, mas por conveniência ou harmonia teleológica.

A explicação mais clara desta questão foi provavelmente a do Tribunal Judicial de Lisboa:

TJL – Central de cervejas (II), 14/03/2005 (reafirmado em TJL – Central de cervejas (III), 02/11/2005)

“é manifesto o paralelismo entre estas normas de direito interno e as normas dos artigos [101.º e 102.º] do Tratado. Resta saber se (...) se deve recorrer ao mesmo tipo de interpretação restritiva que o Tribunal de Justiça (...) defendem para as normas do Tratado” [de minimis e teoria dos feixes de acordos]. “[E]ste entendimento foi sustentado pelo Conselho da Concorrência, e foi também adotado, nos autos, pela A.. cremos que com razão. (...) Claro que nada obriga a seguir o entendimento das instâncias europeias, já que ele se refere unicamente ao direito comunitário. No entanto, as normas em causa, de direito interno e de direito comunitário, são muito parecidas, quer no seu texto quer, no que interessa verdadeiramente, na sua intencionalidade, pelo que nada impede sejam utilizados os mesmos processos hermenêuticos, que fazem todo o sentido dentro do quadro mais limitado do mercado interno. Como nada impede que, na análise dos comportamentos anticoncorrenciais no mercado interno, se aprecie o efeito do feixe dos diversos contratos individuais – seguindo aqui as coordenadas usadas na interpretação do direito comunitário”

Esta posição já foi confirmada pelo STJ. Em 2012, afirmou que só aplicaria o direito nacional no caso concreto, “*sem prejuízo dos princípios a aplicar e da interpretação normativas serem comuns*”²⁶⁹. Dois anos depois, afirmou que o conceito de concorrência livre que subjaz ao direito da concorrência é igual no direito europeu e português²⁷⁰.

²⁶⁷ *Deliberação social*, 20/11/2012.

²⁶⁸ *Botijas de gás*, 09/04/2013.

²⁶⁹ *Central de cervejas (IV)*, 17/05/2012.

²⁷⁰ *Botijas de gás*, 03/04/2014. Em sentido similar, veja-se a posição do TRL no seminal *JFV v Tabaqueira*: “*O Dec-Lei 422/83 foi publicado na previsão da nossa próxima adesão à CEE e reflete os mesmos princípios, pois no seu preâmbulo se declara que foi elaborada em moldes semelhantes aos existentes nos países europeus*”.

Também o TRL parece ter por assente esta questão:

TRL – Botijas de gás, 09/04/2013

“há uma notória convergência entre o direito europeu e o direito nacional – justificando, porventura, o recurso sistemático que é feito, nomeadamente pela ANC, aos ensinamentos da jurisprudência do TJ”. “Do confronto entre o artigo 81.º do TCE e artigo 4.º da Lei 18/2003, de 11/06, diplomas em vigor à data em que o contrato foi resolvido – que têm atualmente correspondência, em termos substanciais, respetivamente, com o artigo 101.º do TFUE e artigo 9.º da Lei 19/2012, de 8 de maio –, resulta uma notória convergência entre Direito Europeu e o Direito Nacional a propósito das regras relativas à defesa da concorrência”

c) Questões prejudiciais

A doutrina nacional já estudou amplamente a prática dos tribunais portugueses de submissão de questões prejudiciais, chegando a conclusões importantes, para as quais remetemos²⁷¹. Nesta secção, forneceremos uma visão da dimensão mais difícil de explorar nas análises jurisprudenciais, por ausência de recolhas – os casos de questões prejudiciais que não chegam a ser colocadas.

No âmbito do *private enforcement* da concorrência, os tribunais nacionais têm quase sempre recusado colocar questões prejudiciais. Só num caso de práticas restritivas, nos primórdios deste ramo em Portugal, foi usado o mecanismo do reenvio prejudicial para o TJUE (Tribunal Judicial de Lisboa)²⁷². Em contrapartida, dois casos de auxílios de Estado (representando uma proporção bastante maior do número total de casos) viram os tribunais colocar questões prejudiciais (STA e Tribunal de Comércio de Lisboa)²⁷³.

O motivo mais comum para se recusar a submissão de questões prejudiciais solicitada pelas partes é o da inaplicabilidade do direito europeu à resolução do litígio em causa. Infelizmente, os tribunais invocaram este fundamento mesmo em casos em que o direito europeu era, claramente, aplicável²⁷⁴, ou em que uma das partes tinha apresentado um conjunto de argumentos muito

²⁷¹ Cfr., e.g.: Pereira Coutinho, 2011.

²⁷² *Petrogal*. Ironicamente, estas questões prejudiciais foram colocadas num caso em que a maioria da jurisprudência teria considerado não existir um efeito sensível nas trocas entre EMs. Mas o tribunal nacional partiu do princípio que era aplicável o direito europeu e o TJUE respondeu sem discutir essa questão.

²⁷³ *Carris* e *BPP*.

²⁷⁴ *JCG v Tabaqueira* (STJ); e *IMS Health* (TRL).

persuasivo em favor do efeito nas trocas entre EMS²⁷⁵, ou em que a questão da aplicabilidade do direito europeu era justamente uma das que se pretendia esclarecer com o reenvio²⁷⁶.

Outro motivo por vezes invocado é a clareza da norma europeia em causa. Isto será pacífico quando a questão em causa já foi esclarecida pelo TJUE, como recordou o STA:

STA - IEFP (I), 11/01/2011 (reafirmado em TCA Sul – IEFP (II), 03/02/2011)

“o TJCE interpretava uniformemente o anterior artigo 234.º do TCE, que, conforme foi referido, tem uma redação absolutamente idêntica à do atual artigo 267.º do TFUE, no sentido de que esse reenvio apenas era obrigatório no caso de sobre essa questão não haver decisão interpretativa anterior desse Tribunal ou de a norma em causa suscitar qualquer dúvida razoável (teoria do ato claro) [refere vários acórdãos do TJUE e doutrina nacional]. Ora, relativamente à questão em análise, não só há decisões interpretativas do TJUE [cita acórdãos], como essa questão não apresenta dúvidas de interpretação razoáveis, como se evidenciará nos números seguintes. Por isso, não se procederá ao pretendido reenvio prejudicial”

Mas noutras situações, este fundamento tem sido invocado, em nosso entender, indevidamente.

Em 2013, o STJ recusou submeter questões prejudiciais porque *“as partes e as instâncias concorda[vam] na interpretação do Tratado e dos Regulamentos”, “não h[avendo] litígio quanto à interpretação das normas (do Tratado e dos Regulamentos), pelo que seria inútil a consulta ao TJUE. Quanto à possibilidade de redução do negócio jurídico trata-se de interpretação do direito interno, não tendo qualquer cabimento o reenvio”*²⁷⁷. Ora, as questões tinham sido solicitadas pelos Réus, que defendiam que decorria do direito europeu uma obrigação de “nulidade absoluta”, que impedia a redução da cláusula. Portanto, quanto a esse ponto, as partes (e os tribunais) não concordavam na interpretação da norma europeia. O STJ afirmou que a redução do negócio é uma questão de direito interno, quando tal pode não ser necessariamente assim.

De facto, encontrámos várias situações em que os tribunais interpretaram uma determinada questão como cabendo exclusivamente no âmbito do direito nacional, por falta de sensibilidade ao potencial impacto do direito europeu. Vejamos dois outros exemplos deste mesmo fenómeno.

²⁷⁵ Salvador Caetano (STJ): *“E, assim, se o Tribunal nacional considera que o litígio deve ser decidido tão só em conformidade com o direito interno, como ora sucede, não fica obrigado, nos termos do Tratado, a utilizar o reenvio prejudicial dirigido ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, solicitando-lhe interpretação de norma comunitária que em seu entender não se aplica ao caso vertente”*. Em nosso entender, neste caso o STJ deveria ter recusado as questões prejudiciais por estas serem irrelevantes para a resolução do litígio.

²⁷⁶ *Botijas de gás* (TRL).

²⁷⁷ *Franchise de clínicas dentárias*, 05/02/2013.

Em *Apple*, estava em causa o efeito útil e o princípio da efetividade no âmbito do direito europeu da concorrência, bem como a interpretação do Regulamento Roma II e do Regulamento (CE) 44/2001 quanto ao conteúdo necessário do pacto atributivo de jurisdição. Não obstante, o STJ afirmou:

STJ – *Apple*, 16/02/2016

“Em nosso juízo a questão em debate para a solução da questão da competência nacional versus internacional empreende-se dentro de um núcleo de matérias que atinam com a qualificação/integração, no plano do direito nacional, do que se recorta como uma relação jurídica meramente contratual ou uma relação jurídica de natureza extracontratual. Pensamos não dever ser necessário o recurso ao envio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia para dirimir a enunciada dicotomia, ou dialética, jurídica que deverá, para eleição por uma ou outra socorrer-se tão só dos conceitos, critérios definidores e orientações doutriniais e jurisprudenciais que dilucidem o tema em tela de juízo e estabeleçam, em raia enquadradora, se a causa de pedir donde decorre o pedido assenta, repousa e se desenvolve na base de uma relação contratualmente preponderante ou, ao invés, a causa de pedir se ancora numa relação conformadora da responsabilidade aquiliana.”. “A destrinça/distinção entre os dois tipos de responsabilização por violação de um pacto negocial e/ou de uma norma que protege direitos e regras gerais de comportamento/deveres socialmente impostos pela ordem jurídica deve ser efetuada à luz do ordenamento juspositivo português não se revelando uma questão de disquisição do direito comunitário ou que suscite controvérsia no conspecto desta ordenação compósita e multilateral. Do que se deixa dito, afigura-se-nos ser possível, à luz do ordenamento indígena, dirimir a questão axial de que se dessumirá a atribuição da competência dos tribunais da ordem jurídica nacional e/ou internacional.”

Em *Onitelem v PT*, a Autora, que viu o tribunal considerar o seu direito prescrito, pediu que fossem feitas questões prejudiciais para esclarecer o impacto do princípio da efetividade do direito europeu da concorrência no momento de início do prazo de prescrição. Era uma questão nova e de importância crucial. A solução que veio a ser consagrada na Diretiva 2014/104/UE, precisamente para garantir o respeito pelo princípio da efetividade, contradiz a solução a que os tribunais nacionais chegaram neste caso. O TRL recusou o reenvio sem sequer referir o princípio da efetividade (apenas o princípio da equivalência). A afirmação de que a interpretação do artigo 102.º do TFUE não poderia ter qualquer impacto nesta matéria mostra, claramente, que o TRL não se apercebeu do alcance deste argumento²⁷⁸.

As situações de recusa de questões prejudiciais com fundamentos erróneos, acima identificadas, implicam uma potencial violação das obrigações do Estado português ao abrigo do Tratado e

²⁷⁸ *Onitelem v PT*, 31/10/2013: “Do exposto tem de se concluir que não poderá haver lugar a interpretação prejudicial quanto à existência de dúvidas da compatibilidade do prazo de prescrição previsto no art. 498º do C. Civil com o art. 102º do TFUE, justamente por que está em causa uma norma civil de direito interno”.

podem até suscitar questões de responsabilidade civil extracontratual do Estado²⁷⁹. Na maioria dos exemplos acima identificados, não cremos que a submissão de questões prejudiciais pudesse ter alterado o desfecho dos casos. Mas, em 2 casos, a intervenção do TJUE poderia ter conduzido a um desfecho diametralmente distinto. Em *Apple*, poderia ter conduzido a que os tribunais portugueses fossem competentes para conhecer a ação (que foi considerada inadmissível). E em *Onitecom v PT* poderia ter levado a que o direito de indemnização ainda não estivesse prescrito.

Retiramos destes casos as seguintes considerações gerais sobre o enquadramento normativo do reenvio prejudicial para o TJUE:

TRL - Botijas de gás, 09/04/2013

“Foi com vista a salvaguardar uma aplicação coesa e uniforme do direito comunitário que foi estabelecido esse mecanismo, quer para as questões de interpretação quer para as de validade de um ato de direito comunitário [nota de rodapé: citação do artigo 267º do TFUE], sendo que o reenvio só é obrigatório nos casos em que, verificando-se os demais pressupostos para o reenvio prejudicial, o tribunal está a decidir em última instância [nota de rodapé: “Ressalva-se o caso contemplado no acórdão do TJ de 22 de outubro de 1987, Foto-Frost, processo 314/85, em que se decidiu que (segue-se citação deste acórdão que estabeleceu a teoria do ato claro)”].

TRL – Onitecom v PT, 31/10/2013

“Do citado artº 267º do TFUE, resulta que o reenvio prejudicial apenas tem em vista levar ao TJUE qualquer questão relativa à interpretação ou à apreciação da realidade de um ato de direito comunitário. Nessa medida, nas questões de reenvio prejudicial por efeito do disposto na aludida normas, não estão em causa questões relativas à interpretação ou apreciação das normas legislativas ou regulamentares de direito interno, nem matérias relacionadas com as compatibilidades destas normas ou regulamentos com o direito comunitário e muito menos, as questões respeitantes à validade ou interpretação das decisões dos tribunais nacionais. Na verdade, o aludido reenvio prejudicial, apenas pode/deve acontecer, quando um Tribunal nacional se vê confrontado com uma situação de interpretação de uma norma comunitária cuja resolução se torne necessária para o julgamento do caso sub judicio, pois só aí se justifica a submissão dessa questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Acrescente-se, que mesmo no domínio do reenvio obrigatório – ou seja, nos casos em que a decisão do Tribunal nacional não é passível de recurso – se vem entendendo que perante norma comunitária cuja interpretação não suscite nenhuma dúvida razoável, por respeitar a um caso em que, embora outras interpretações sejam possíveis, qualquer jurista ainda que pouco informado sempre optaria pela solução do Juiz nacional, será caso de dispensa da obrigação de reenvio. O efeito útil do citado art. 267º visa, precisamente, a harmonização europeia, razão pela qual, só faz sentido o reenvio prejudicial quando se coloquem questões contraditórias relativas à aplicação do direito comunitário na aplicação das normas jurídicas provenientes da União Europeia.”

TRG - Concessionário automóvel (V), 22/01/2015

²⁷⁹ Esta questão torna-se especialmente importante à luz da identificação pelo TJUE de um incumprimento deste tipo no acórdão de 9 de setembro de 2015, *Ferreira da Silva* (C-160/14).

[Autora que solicitara QPs recorre de despacho da 1.^a instância que decidiu não as submeter]
“sempre que, perante um órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, se coloque uma questão de interpretação dos Tratados Constitutivos da União (chamado Direito originário), ou dos regulamentos, diretivas, decisões atos unilaterais referidos no art.º 288.º do TFUE –, ou dos acordos e convenções que vinculam a União: i) se couber a esse órgão jurisdicional decidir em última instância está ele obrigado a submeter a questão de interpretação ao Tribunal de Justiça (T.J.); ii) se a questão for suscitada na 1.ª Instância ou numa Instância intermédia de recurso é-lhe facultado (não lhe é imposto) pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre ela se considerar que é necessário ao julgamento da causa. Na primeira das situações referidas o órgão jurisdicional nacional está obrigado a cumprir o seu dever de reenvio salvo, segundo a jurisprudência consagrada no Acórdão Cilfit, de 06/10/82, Proc.º 283/81, se: i) considerar que a questão não é necessária nem pertinente para o julgamento da causa; ii) o Tribunal de Justiça já tiver firmado jurisprudência sobre a questão a reenviar ou já exista jurisprudência consolidada sobre ela; iii) o Tribunal Nacional não tenha dúvidas quanto à correta aplicação do Direito da União por o sentido da norma ser claro e evidente (a designada “teoria do ato claro”). Estes critérios têm de se verificar cumulativamente, sendo que em caso de dúvida a opção há-de ser pelo reenvio, devendo o Tribunal Nacional ter sempre em conta o princípio da responsabilidade do Estado por danos causados por uma decisão de um órgão jurisdicional nacional decidindo em última instância que viole uma regra do direito da União (cfr. “Tratado de Lisboa” anotado e comentado, Ed. Almedina, págs. 964-965). Estando presente no reenvio prejudicial o espírito de auxiliar o juiz nacional na solução efetiva de um caso concreto, a sua ratio última é a de uniformizar no espaço da União Europeia a interpretação e aplicação do Direito da União, destarte se garantindo a igualdade jurídica de todos os cidadãos europeus. Sem embargo, como acima se deixou referido, se a questão for suscitada no Tribunal de 1.ª Instância ou no de uma instância intermédia, então, compete apenas ao juiz da causa decidir da necessidade do reenvio prejudicial assim como da pertinência das questões a submeter ao Tribunal de Justiça.”

“Ora, na situação sub judicio a ação, atento o seu valor, permite o recurso até ao Supremo Tribunal de Justiça o que, facultando recorrer ao Tribunal de Justiça, não se pode impor ao Tribunal de 1.ª Instância que o faça porque a apreciação da sua necessidade e pertinência para a decisão da causa, isto é, para a decisão que vai proferir, só a si lhe cabe. Contudo, há ainda uma outra circunstância a considerar que leva a não admitir o reenvio prejudicial pretendido pela Apelante, atenta a fase em que o processo se encontra. É que o Tribunal de Justiça tem-se recusado a pronunciar sobre uma questão prejudicial imprecisa (cfr. no “Tratado de Lisboa” cit., a fls. 965, a jurisprudência onde tal recusa foi manifestada) e daí que, até por considerações de economia processual, o reenvio só deverá ser feito depois dos factos se encontrarem assentes e os problemas do direito nacional resolvidos, porquanto só aí é que fica definido o quadro jurídico-factual sobre o qual se vai fazer atuar a interpretação do Tribunal de Justiça (cfr. o “Guia Prático do Reenvio Prejudicial” do Centro de Estudos Judiciários, disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaReenvioPrejudicial>). Ora, como se alcança do que acima se deixou referido em I, o processo, pelo menos à altura, ainda nem tampouco tinha entrado na fase do julgamento, ficando, por isso, em aberto a hipótese de a “consulta” ao Tribunal de Justiça se vir a revelar um ato desnecessário e sem utilidade para a decisão do litígio. O recurso era, pois, intempestivo”.

d) Intervenção amicus curiae da ANC ou Comissão Europeia

Os tribunais nacionais já têm recorrido, em casos de *private enforcement*, a pareceres *amicus curiae* da Comissão Europeia²⁸⁰ ou da AdC (e, anteriormente, do Conselho da Concorrência)²⁸¹. Nestes casos, os tribunais citaram estes pareceres em apoio das suas conclusões (indo no mesmo sentido).

Em *Botijas de gás*, o TRL recusou solicitar um parecer *amicus curiae* à Comissão por entender não haver efeito nas trocas entre EMs, nem à AdC por entender que a Autora pretendia, fundamentalmente, usar tal parecer para tentar suprir as omissões de alegação de factos e de prova da sua petição inicial. Curiosamente, isto poderá ter sucedido, efetivamente, em dois casos do Tribunal Judicial de Lisboa²⁸².

Em *Deliberação social*, a Comissão Europeia tinha apresentado um parecer *amicus curiae* a um tribunal espanhol em que corria um litígio idêntico entre as mesmas partes. Uma das Rés juntou este parecer ao processo, mas o tribunal de 1ª instância desconsiderou-o. O TRG entendeu que o referido parecer tinha de ser tido em conta.

TRG – Deliberação social, 20/11/2012

“de acordo com o artº. 15º., nº. 1, daquele Regulamento, «Nos processos relativos à aplicação dos artigos 81º., ou 82º., do Tratado, os tribunais dos Estados membros podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência». O parecer constante dos autos foi solicitado no âmbito de um processo movido pela aqui Apelante contra a Ré “D.. Espanha” e associada(s) espanhola(s), cujo objeto é, em tudo, coincidente com o dos presentes autos, como resulta das cópias das decisões que lhes foram juntas e do enquadramento da ação no âmbito da qual foi pedido o parecer, constante do parágrafo nº. 9 do referido Parecer (...). As questões colocadas à Comissão são pertinentes para estes autos, e esgotam o que de interesse há a equacionar neles. Consequentemente, também as respostas dadas pela Comissão o são, nada justificando, por isso, que se repita a consulta. Impõe-se, pois, que o referido Parecer seja considerado em tudo quanto for pertinente para a decisão, sendo certo que ele foi junto pela “D.. Espanha” como prova documental e, enquanto tal, não foi impugnado pela Apelante, acrescendo que, compulsados os autos, não vemos que neles figure o motivo que levou a Meritíssima Juiz a quo a desconsiderá-lo”.

²⁸⁰ *Deliberação social*.

²⁸¹ *JCG v Tabaqueira; Central de cervejas (II)*; e *Central de cervejas (III)*. Nestes dois últimos casos, a iniciativa de solicitar o parecer da AdC parece ter partido do próprio tribunal. Note-se que a AdC optou por não se pronunciar sobre a validade do contrato no caso concreto.

²⁸² Em *Central de cervejas (II)* e *Central de cervejas (III)*, o tribunal parece ter retirado factos necessários à conclusão jurídica, não das alegações das partes, mas da opinião da AdC: [a propósito da aplicação do critério *de minimis*] *“O parecer da Autoridade da Concorrência, junto aos autos, fornece dados que não foram contraditados pelas partes e que podem servir de indicativo sério”.*

3.6. O setor público e o direito da concorrência

a) Distorções concorrenciais pelo Estado

Sempre que uma determinada restrição à concorrência não resulta do comportamento das empresas, mas sim (exclusivamente) de normas adotadas pelas autoridades públicas, o direito da concorrência, enquanto tal, não é aplicável a essa restrição²⁸³. Isto permite às empresas que sejam acusadas de infrações concorrenciais que sejam impostas por normas públicas invocarem uma “defesa estatal”.

Por outro lado, em certos casos, os Estados-Membros podem infringir o TFUE na medida em que imponham, eles próprios, através de normas ou decisões administrativas, uma violação por empresas do direito europeu da concorrência. Esta questão ainda não foi discutida pelos nossos tribunais, apesar de já terem havido oportunidades para tanto, em que a questão não foi suscitada nestes termos ou em que foi suscitada mas não respondida²⁸⁴.

No caso *Vinho do Porto*, uma decisão administrativa de um Secretário de Estado foi contestada, *inter alia*, com uma inábil invocação dos artigos 101.º e 107.º do TFUE que o STA rapidamente considerou inaplicáveis ao caso.

No caso *Notários*, o STA foi confrontado com uma contestação de uma parte do processo de reforma da prestação de serviços de notários. O STA afastou a alegação de abuso de posição dominante pelo Instituto dos Registos e do Notariado, aplicando o conceito de empresa no direito da concorrência e afirmando que, no caso concreto, se estava perante o exercício de poderes de autoridade pública, não sendo os serviços em causa prestados em concorrência com operadores privados, pelo que não era aplicável o direito da concorrência²⁸⁵.

Em *CGD (II)* e *Banco de Fomento & Exterior*, suscitou-se a questão de saber se determinadas isenções (vantagens económicas) concedidas a certas instituições bancárias nacionais distorciam

²⁸³ Cfr.: *Empresa de limpezas; Climex; Banco de Fomento & Exterior*, 03/10/2002.

²⁸⁴ Cfr.: *Empresa de limpezas; Climex; Vinho do Porto; Notários; CGD (II); Banco de Fomento & Exterior; Serviços de segurança (V)* e *Serviços de segurança (XI)*.

²⁸⁵ Cfr.: *Notários*, 02/07/2009.

a concorrência relativamente as outras instituições bancárias, em violação dos artigos 101.º e 106.º(2) do TFUE (bem como o regime de auxílios de Estado). Num, a questão não parece ter sido analisada. No outro, foi excluída com base numa incorreta aplicação dos conceitos de atividade económica e de efeito nas trocas entre Estados-membros.

Em *Porto de Aveiro*, chegou a ser invocado o Art.º 106.º do TFUE, mas a restrição concorrencial resultava, aparentemente, de uma CCT livremente acordada, não se suscitando, por isso, qualquer questão de atuação do Estado.

b) Contratação pública e direito da concorrência

Por já termos agrupado na Secção 2.7 os casos desta temática, seria supérfluo reproduzir nesta sede os conteúdos já aí apresentados, para os quais remetemos.

Em todo o caso, poderá ser útil resumir os principais contextos em que o direito da concorrência tem sido invocado em processos de contratação pública:

a) impugnação de concurso com o argumento de que o vencedor beneficiara de auxílios de Estado ilegais

A jurisprudência, aqui, parece ter feito uma volta completa.

Em 2002, o STA excluiu o argumento afirmando que o regime de auxílios de Estado “*não integra o bloco de legalidade do ato de adjudicação do concurso público*”²⁸⁶.

Mas, em 2016, o mesmo STA entendeu que o benefício de medidas de apoio públicas ilegais que permitiam bater a concorrência era motivo para exclusão de um concorrente (ainda que, no caso concreto, tenha concluído não se ter demonstrado a existência de um auxílio de Estado)²⁸⁷.

STA - Serviços de segurança (VI), 07/01/2016 (reafirmado em TCA Sul – *Serviços de segurança (VI)*, 24/02/2016)

²⁸⁶ Cfr.: *Transporte de doentes*, 10/10/2002. Note-se que, à data deste caso, a questão da legalidade dos auxílios de Estado podia ser colocada ao abrigo do direito nacional (como aqui sucedeu). Hoje, a invocação do benefício de auxílios ilegais passa, necessariamente, pela aplicação do TFUE.

²⁸⁷ Cfr.: *Serviços de segurança (VI)*, 07/01/2016.

A concorrente em causa tinha apresentado uma proposta com redução do preço em cerca de 10% “*fundamentada na nota justificativa no sentido de poder vir a obter tal benefício (...) via incentivos à contratação previstos no DL 89/95, 6.5 e Portaria 106/2013, 14.5*”. Esta proposta foi excluída por violação do 70(2)(f) e (g), com referência ao artigo 65.º da LdC (apesar desta norma não ser fundamento de ilegalidade de auxílios). Ao recorrer, a concorrente alegou que não havia seletividade (e, por isso, não havia auxílio de Estado) porque “*todo e qualquer concorrente é suscetível de beneficiar dessas medidas bastando para tal apresentar a candidatura*”. O tribunal de 1ª instância e o TCA Sul confirmaram a decisão do júri com base noutros argumentos (aplicando o artigo 70.º(2)(f) do CCP). O STA discordou quanto a esses pontos e, passando à análise do artigo 70.º(2)(g) do CCP, concluiu que este não fora violado porque nos autos não se tinha provado (nem alegado) qualquer prática restritiva da concorrência e porque os auxílios invocados pela recorrente na sua proposta não podiam ser qualificados como auxílios de Estado. O STA entendeu que estas medidas de apoio, em concreto, eram genéricas, não dando por isso azo a qualquer vantagem seletiva: “*O recurso às medidas de apoio à contratação previstas no DL n.º 89/95 e na Portaria n.º 106/2013, ou o benefício obtido pelos empregadores com a sua atribuição, não constitui ou pode ser qualificado como «auxílio público» ou «auxílio de Estado» e que, assim, integre a previsão dos arts. 107.º do TFUE e 65.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012*”.

“*É certo que são, nomeadamente, consideradas como auxílios as intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que, normalmente, oneram o orçamento de uma empresa, pelo que, não sendo subvenções na aceção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos, na certeza de que o carácter social dessas intervenções estatais não é suficiente para que as mesmas deixem de ser, à primeira vista, qualificadas de auxílios porquanto o art. 107.º do TFUE não faz a distinção segundo as causas ou os objetivos das intervenções estatais, mas define-as em função dos seus efeitos [cfr., entre outros, o Ac. do TJUE de 17.06.1999 (Proc. n.º C75/97, §§ 23 e 25) e jurisprudência ali referida]. Resulta, porém, que, visto o regime de apoio invocado pela A./recorrente, do mesmo não derivam ou implicam vantagens, nem um benefício exclusivo de apenas certa ou certas empresas ou de certo ou certos setores de atividade e, por isso, não preenche a condição de especificidade que constitui uma das características do conceito de “auxílio de Estado”, a saber, o carácter seletivo das medidas em causa, na certeza de que as condições de atribuição ou concessão dos apoios em questão mostram-se estabelecidas pelo legislador através do quadro normativo referido que não confere às autoridades competentes qualquer margem de manobra, nomeadamente, na escolha das empresas beneficiárias ou dos setores que do mesmo se poderão aproveitar ou a eles recorrer. Na verdade, perante uma tão lata abrangência e abertura quanto àqueles que podem ser os candidatos e os beneficiários das “medidas de apoio à contratação” previstas no quadro normativo aludido, abrangência e abertura essa que não constituirá, pelo seu carácter temporário, vasto e transversal, um privilégio ou uma posição de vantagem restrita à A./recorrente dado no confronto com as demais empresas concorrentes no setor dos serviços de segurança estas poderão, de igual modo, beneficiar de idênticos apoios, não se perspetiva que ocorra aqui ou se possa qualificar um tal apoio como sendo incompatível com o mercado interno a ponto de se poder considerar haver favorecimento de certa empresa, mormente da A./recorrente, em detrimento de outra ou de outras, e, assim, se falseando ou ameaçando falsear a concorrência. (...). Ou seja, infere-se do regime previsto para estes apoios a possibilidade de obtenção duma redução dos encargos por parte de todas as empresas, independentemente do setor de atividade em que se insiram, nomeadamente, duma redução do montante das contribuições sociais, medida essa que é feita na e para a prossecução do objetivo de favorecimento da criação de empregos o que aponta para que a mesma possua uma lógica mais vasta, justificada na natureza ou na economia do próprio sistema geral de previdência social, promovendo a coesão social, diminuindo os encargos com subsídios de desemprego e alargando o número de contribuintes para o sistema previdencial, e que, nessa medida, não se reconduz minimamente a uma mera concessão duma vantagem direta apenas para a situação concorrencial duma empresa ou das empresas abrangidas e que pertençam a certos sectores de atividade económica, termos em que não devem, também por isso, ser qualificados como auxílios públicos ou de Estado para efeitos dos arts. 107.º do TFUE e 65.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012*”.

“*Não resultando demonstrada a existência de fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações, suscetíveis de falsear as regras de concorrência e os objetivos do referido princípio, nem que exista recurso por parte da concorrente a auxílios públicos ilegais violadores, em sede de contratação*

pública, das mesmas regras e princípio, padece de ilegalidade o ato que procedeu à exclusão de proposta enquanto fundado na al. g) do n.º 1 do art. 70.º do CCP”.

b) impugnação de concurso com o argumento de que o vencedor adotara práticas restritivas da concorrência

Para uma proposta ser excluída, através do artigo 70.º(2)(g) do CCP, com este fundamento, tem de ser efetivamente demonstrada a existência de uma prática restritiva da concorrência. Mas essa demonstração pode assentar num “*juízo de objetividade*” (e.g., extraordinária similitude das propostas, inexplicável de outro modo), não sendo necessária uma prévia declaração pela AdC ou sequer “*prova material da ligação entre os concorrentes, ou (...) do conhecimento mútuo antecipado das respetivas propostas*”²⁸⁸.

TCA Sul - Limpezas industriais, 29/01/2009

“De acordo com o disposto no artigo 53º, nº 1 do DL nº 197/99, de 8/6, «as propostas que resultem de práticas restritivas da concorrência ilícitas devem ser excluídas». A densificação do conceito de prática restritiva da concorrência passa pela interpretação do artigo 4º, nº1, alínea a) da Lei nº 18/2003 (...).”
“O ato de exclusão da recorrente e da concorrente “Number One” considerou que houve prática concertada entre elas, com base nos seguintes argumentos:

a) Dos preços globais apresentados para cada lote, constata-se uma diferença de apenas 0,12%, 0,06% e 0,12% respetivamente para os lotes 1, 2 e 3;

b) Ao nível dos preços unitários propostos para cada local colocado a concurso, constata-se uma correspondência exata ao cêntimo de 49% dos casos, sendo que, nas restantes situações as diferenças são na maioria inferior a 1%;

c) Ao nível dos dispositivos [nº de horas e nº de trabalhadores] apresentados nas respetivas propostas técnicas verifica-se, que ambos os concorrentes apresentam para todos os locais objeto de limpeza exatamente o mesmo nº de recursos e de horas aplicáveis;

d) As situações descritas nas alíneas anteriores ganham maior relevo considerando o modelo de adjudicação por lotes [lote 1, lote 2 e lote 3] submetido a concurso, na medida em que nenhuma das empresas concorrentes, poderia ganhar mais do que 2 [dois] lotes, ou seja, a prática concertada entre os dois concorrentes em causa, que resulta indiciada dos factos acima descritos, possibilita na prática a adjudicação da totalidade do objeto do concurso àquelas empresas.

A prática concertada entre duas ou mais empresas no âmbito dos procedimentos concursais não necessita da prova material da ligação entre os concorrentes, ou da prova do conhecimento mútuo antecipado das respetivas propostas, mas basta-se com um juízo de objetividade resultante das próprias propostas, traduzido em factos, tendo em conta que as semelhanças em elevado grau ou identidade das mesmas possam contribuir, no caso concreto, para possibilitar a obtenção de ganhos acrescidos no acesso ao mercado por efeito dessa conjugação das propostas.

No caso presente, as semelhanças e identidades entre as duas propostas são tão evidentes que a probabilidade da existência de conjugação de esforços na elaboração das propostas por parte de ambos os concorrentes é mais forte da que resultaria se se estivesse perante simples coincidências compreensíveis, porque baseadas nos mesmos critérios.”

²⁸⁸ *Limpezas industriais, 29/01/2009.*

Depois deste caso, não identificámos qualquer outro exemplo de invocação com sucesso do artigo 70.º(2)(g) do CCP²⁸⁹.

O STA afirmou que a exclusão de propostas só pode suceder perante a deteção de “*uma concertação, no caso concreto, suscetível de falsear as regras da concorrência*”, com efetivo prejuízo para a concorrência e que se baseie no “*real comportamento dos concorrentes no âmbito do concurso*”²⁹⁰; e que são necessários “*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência*”, que incluem ter “*trocado quaisquer informações suscetíveis de falsear ou cercear as regras da concorrência*”²⁹¹.

Sobre práticas unilaterais, o TCA Sul afirmou que o artigo 70.º(2)(g) do CCP se refere “*a casos de posição dominante comprovada e de preços predatórios comprovados*”²⁹². Não é proibida pelo direito da concorrência a oferta em concursos públicos de preços abaixo de custo por uma empresa sem posição dominante, mesmo que se alegue que essa oferta poderá levar à criação de uma posição dominante²⁹³. Para que se possa sequer discutir a existência de um preço predatório proibido pelo direito da concorrência, é necessária a deteção de uma posição dominante pela empresa em causa, “*à data da prática do ato impugnado*”²⁹⁴.

c) admissão ou exclusão de múltiplas propostas apresentadas pela mesma unidade económica

Esta questão tem sido tratada de modo particularmente infeliz na jurisprudência²⁹⁵.

Em 2011²⁹⁶, o STA afirmou que propostas nestas condições podiam ser excluídas por práticas restritivas da concorrência, mas só se se demonstrasse uma efetiva concertação entre essas empresas, no caso concreto, não se podendo presumir essa concertação só porque as empresas pertenciam à mesma unidade económica. De acordo com o STA, a exclusão das duas propostas, nestas situações, “*é que podia configurar prejuízo da*

²⁸⁹ Com a exceção do caso *Município de Lisboa*, que aplicou uma interpretação do direito com a qual discordamos, nos termos descritos na secção 2.7.

²⁹⁰ *IEFP (I)*, 11/01/2011. Reafirmado em *IEFP (II)*, 03/02/2011.

²⁹¹ *Serviços de segurança (VI)*, 07/01/2016.

²⁹² *Serviços de segurança (VII)*, 09/07/2015.

²⁹³ *Serviços de segurança (IX)*, 21/09/2015.

²⁹⁴ *Serviços de segurança (XI)*. No mesmo sentido: *Serviços de segurança (IV)*.

²⁹⁵ *IEFP (I)*; *IEFP (II)*; *Município de Lisboa*.

²⁹⁶ *IEFP (I)*, 11/01/2011.

concorrência, perturbando, através da limitação do universo de concorrentes, a livre formação da oferta e da procura”.

Ora, esta posição não tem qualquer fundamento no direito da concorrência. Não é fácil destringir, nesta discussão, a aplicação do princípio da concorrência, no puro plano do direito da contratação pública (é neste plano que se situava a jurisprudência europeia citada pelo STA), e a aplicação da norma de contratação pública que remete para as regras de concorrência. Não excluimos que a apresentação de várias propostas por um mesmo grupo económico possa suscitar problemas ao abrigo do princípio da concorrência do CCP, mediante a análise do caso concreto (se um mesmo grupo apresenta propostas diferentes, é provável que exista coordenação dessas propostas e alguma motivação económica subjacente que compense o custo da apresentação de múltiplas propostas). Em nosso entender, é estranha a afirmação de que uma unidade económica concorre consigo mesma. Mas esta é uma matéria que extravasa o âmbito da presente obra.

O que é certo é que a apresentação de múltiplas propostas por uma mesma unidade económica não suscita qualquer questão na ótica do direito da concorrência, não podendo justificar a exclusão de propostas ao abrigo do artigo 70.º(2)(g) do CCP, porque o direito da concorrência só proíbe acordos entre empresas, e as entidades incluídas no mesmo grupo são uma única e mesma empresa – os acordos e práticas concertadas entre si nunca serão proibidos pelo direito da concorrência.

Num caso mais recente, o STA deixou claramente expressa a sua preocupação subjacente quando afirmou *“não poder admitir-se que um só concorrente, isto é uma só empresa (na ótica das recorrentes) pudesse apresentar 10 propostas iguais, ainda que se apresentasse sob a forma jurídica de 10 sociedades, pois no caso das propostas iguais serem as melhores o acordo quadro ficaria reduzido a uma só empresa e a uma só proposta”*²⁹⁷. É compreensível que os tribunais queiram evitar resultados deste género mas, em nosso entender, esse resultado tem de ser procurado com base na interpretação do princípio da concorrência no direito da contratação pública, não se encontrando no direito da concorrência qualquer fundamento para a exclusão de propostas nestas circunstâncias.

²⁹⁷ *Município de Lisboa*, 01/03/2016.

Encontram-se na jurisprudência várias reafirmações da posição original do STA, indicando a possibilidade de a coordenação entre subsidiárias da mesma empresa poder violar o direito da concorrência (e não o princípio da concorrência do direito da contratação pública), culminando no estranho resultado de se excluírem propostas idênticas por prática coletiva restritiva da concorrência, apesar de serem apresentadas pela mesma unidade económica²⁹⁸.

d) alegação de preços ilegais por ficarem abaixo do mínimo necessário para cumprir obrigações legais ou contratuais (ou recomendações)

Vários concursos de prestação de serviços de segurança privada foram impugnados, *inter alia*, com o argumento de que os preços oferecidos por algum(ns) concorrente(s) ficavam abaixo do mínimo necessário para cumprir as obrigações decorrentes de uma convenção coletiva de trabalho ou de uma recomendação da ACT²⁹⁹.

A questão pode ser suscitada a vários níveis e tende a ser resolvida pelo artigo 70.º(2)(f) do CCP. Mas, no que diz estritamente respeito ao direito da concorrência, não é relevante, por si, para a exclusão de propostas. A demonstração de que os preços ficam abaixo de um determinado limiar legalmente imposto, acordado ou recomendado claramente não implica a existência de uma prática coletiva restritiva da concorrência nem passa, de todo, pelos requisitos necessários à demonstração da prática de um preço predatório.

Os tribunais têm quase sempre excluído estes argumentos, consoante o caso, porque: (i) era o próprio caderno de encargos que obrigava à prática do preço abaixo dos mínimos legais³⁰⁰; (ii) não tinham sido alegado factos necessários para provar a existência de uma prática restritiva da concorrência (e.g., abuso de posição dominante por preços predatórios)³⁰¹; e, em termos gerais, (iii) a “*mera invocação de que um preço não comporta todos os custos que lhe estão inerentes não consubstancia só por*

²⁹⁸ Ver descrição do caso *Município de Lisboa* na secção 2.7.

²⁹⁹ *Serviços de segurança (I); Serviços de segurança (II); Serviços de segurança (III); Serviços de segurança (IV); Serviços de segurança (V); Serviços de segurança (XI); Serviços de segurança (VII); Serviços de segurança (VIII); Serviços de segurança (IX); Serviços de segurança (X); Serviços de segurança (XI); ARS LVT.*

³⁰⁰ *Serviços de segurança (I); Serviços de segurança (II).*

³⁰¹ *Serviços de segurança (II); Serviços de segurança (III); Serviços de segurança (IX); Serviços de segurança (XI).*

*si qualquer prática suscetível de gerar uma violação das «regras mais elementares da concorrência»*³⁰².

Mas, em dois casos (da mesma relatora), numa lógica que não podemos seguir, o TCA Sul concluiu, sem fundamentação adicional, que, por violarem o artigo 70.º(2)(f), estas situações configuram também “*o falseamento da concorrência, passível, igualmente, de exclusão da proposta nos termos do artº 70º nº 2 g) CCP*”³⁰³.

³⁰² *Serviços de segurança (IX)*, 18/12/2015. No mesmo sentido, o STA, em *Serviços de segurança (III)*: “*Não tendo, pois, sido provada a existência de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência, e não integrando tal a invocação de que o preço proposto não suporta todos os custos obrigatórios, não foi posto em causa pela decisão recorrida aquela al. g) do nº 1 do art. 70º do CCP*”.

³⁰³ *Serviços de segurança (IV)*, 09/07/2015 (reafirmado em *Serviços de segurança (VIII)*, 28/08/2015): “*Atento o disposto no artº 96º nº 2 CCP, em caso de adjudicação os elementos constitutivos da proposta (maxime, atributos, termos e condições), assumem a natureza de clausulado contratual, o que significa que os elementos essenciais da proposta em desconformidade com disposições legais imperativas contêm, de per si, a capacidade de se refletir no contrato, afetando-o de invalidade por ilegalidade consequente, sendo, por isso, caso de exclusão da proposta integrável na previsão do artº 70º nº 2 f) CCP, além de que, em sede de contratação pública, a apresentação de preço contratual competitivo fundado no incumprimento dos mínimos legais de retribuição do trabalho e imposições fiscais e parafiscais configurar, a nosso ver, o falseamento da concorrência, passível, igualmente, de exclusão da proposta nos termos do artº 70º nº 2 g) CCP*”.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, L. P.

2001 Intervenção em *Conselho Económico e Social, Mesa Redonda: a Concorrência e os Consumidores*, Lisboa, p. 133.

BOTELHO MONIZ, C., ROSADO DA FONSECA, M.

2008 “Portuguese Report to FIDE Congress XXIII – The modernization of European competition law – first experiences with Regulation 1/2003“, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 736

CARVALHO MARTINS, D.

2013 *Da transmissão da unidade económica no direito individual do trabalho*, Almedina

COMISSÃO EUROPEIA

2008b “Executive summary and overview of the national report for Portugal”, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/executive_summaries/portugal_en.pdf

2013 *Guia Prático – Quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*

COUTINHO DE ABREU, J.

2011 “Private enforcement of competition law in Portugal”, in VELASCO SAN PEDRO, L. A. et al (eds.), *Private enforcement of competition law*, Lex Nova, p. 101

CRUZ VILAÇA, J. L., NÁPOLES, P. M., CHOussy, D.

2004 Informação sobre Portugal citada em WAELBROECK, D., SLATER, D. & EVENSHOSHAN, G. (eds.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition rules – Comparative Report*, Ashurst, 31 de Agosto de 2004, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf

GORJÃO-HENRIQUES, M., VAZ, I.

2004 “Portuguese Report to FIDE Congress XXI – Competition law and competition policy in the European Union: the reorganization of the competition law application system, may it prosper?“, in APDE, *Estudos de Direito Europeu: Congressos da FIDE – Relatórios Portugueses 1990-2008*, Principia, 2009, p. 621

MENEZES LEITÃO, A.

2008 *Normas de proteção e danos puramente patrimoniais*, Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008

MORAIS, L. S.

2007 “Aplicação do Direito da Concorrência, nacional e comunitário, por Tribunais Arbitrais: o possível papel da Comissão Europeia e das Autoridades Nacionais de Concorrência nesses processos“, Apresentação na Autoridade da Concorrência, 15 de outubro de 2007

2011 “Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law - Legal and Jurisdictional Issues”, apresentação na *16th Annual Competition Law and Policy Workshop (European University Institute, Florence)*, 17/18 June 2011, disponível em: http://www.institutoeuropeu.eu/images/stories/16_th_Annual_Competition_Law-LMORAIS-DRAFT-14-6-2011-v-2.pdf

MULHERON, R.

2008 “Competition law cases under the opt-out regimes of Australia, Canada and Portugal”, Research Paper, available at: <http://www.bis.gov.uk/files/file49008.pdf>

PAZ FERREIRA, E.

2000 “Os tribunais portugueses e o direito da concorrência”, *49 Revista da Banca* 5

PEREIRA COUTINHO, F.

2011 “Os juízes portugueses e o reenvio prejudicial”, DUARTE, M. L., FERNANDES, L., e PEREIRA COUTINHO, F. (coords.), *20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses*, Instituto Diplomático, Lisboa, p. 13

RODGER, B.

2014 *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress Across the EU*, Wolters Kluwer

ROSADO DA FONSECA, M., NASCIMENTO FERREIRA, L.

2009 “Portugal”, in *The International Comparative Legal Guide to: Enforcement of Competition Law 2009*, Global Legal Group, disponível em: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3010.pdf>, p. 118

ROSSI, L., SOUSA FERRO, M.

2014a “Private enforcement of competition law in Portugal – virtues and shortcomings of the *actio popularis*”, in BENACCHIO, G. A., CARPAGNANO, M. (eds.), *L'applicazione*

delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione Europea – Atti del IV Convegno biennale Antitrust (Trento, 18-19 aprile 2013), Editoriale Scientifica, p. 263

2013a “Portuguese report” in RODGER, B. (org.), *Competition Law – Comparative Private Enforcement & Consumer Redress in the EU*, disponível em: <http://www.clcpecreu.co.uk/>

2013b “Private enforcement of competition law in Portugal (II): *actio popularis* – facts, fictions and dreams”, 4(1) (2013) *Revista de Concorrência e Regulação* 35

2012 “Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law”, 3(2) (2012) *Revista de Concorrência e Regulação* 91

RUIZ, N.

1999 “A aplicação do direito comunitário da concorrência em Portugal”, *Documentação e Direito Comparado*, no. 77-78, disponível em: <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7778-a.pdf>, p. 6

SÉRVULO CORREIA, J. M.

2008 “Efetividade e limitações do sistema português de aplicação impositiva do direito da concorrência através de meios processuais administrativos e civis”, in MENEZES CORDEIRO, A., PAIS DE VASCONCELOS, P., COSTA E SILVA, P. (org.), *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Almedina

SOUSA FERRO, M.

2007 “A obrigatoriedade de aplicação do Direito Comunitário da Concorrência pelas autoridades nacionais”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, pp. 271-351

2015 *A definição de mercados relevantes no Direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*, Almedina

TRABUCO, C., GOUVEIA, M. F.

2010 “A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts”, disponível em: http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/miscellaneous/A_arbitrabilidade_das_questoes_de_concorrencia__C_Trabuco_e_M_Gouveia.pdf

VIEIRA PERES, J., MAIA CADETE, E.

2009 “Portugal”, in GOTTTS, I. K. (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 2nd ed., Law Business Research, disponível em: <http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/573.pdf>, p. 138

2011 “Portugal”, in GOTTS, I. K. (ed.), *The Private Competition Enforcement Review*, 4th ed., Law Business Research, p. 260

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Acidente de viação.....	16, 70, 78, 79, 99, 120, 125
Acordo parassocial	7, 16, 18, 22, 67, 90, 94, 98, 113, 116
Apple	15, 16, 24, 35, 41, 78, 80, 84, 91, 127, 138, 178, 179, 182, 185, 191, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 204, 205
ARS LVT.....	17, 64, 127, 214
Banco de Fomento & Exterior	17, 65, 73, 79, 165, 208
Bebidas (I).....	16, 30, 34, 79, 85, 86, 95, 102, 106, 109, 120, 125, 155, 157, 158, 200
Bebidas (II).....	16, 30, 34, 138, 165
Blog	16, 58, 152, 167
Botijas de gás.....	15, 17, 23, 25, 35, 42, 72, 73, 78, 79, 84, 85, 86, 90, 93, 96, 99, 101, 103, 106, 107, 115, 120, 126, 127, 138, 151, 153, 155, 157, 159, 166, 200, 201, 202, 203, 205, 207
BPP.....	202
Cabovisão v Sport TV	15, 16, 54, 55, 127, 167
Café (I).....	16, 24, 26, 30, 31, 32, 77, 79, 84, 85, 90, 92, 93, 95, 99, 101, 106, 107, 120, 122, 123, 157, 165, 199
Café (II)	16, 26, 30, 32, 107
Café (III).....	16, 24, 26, 30, 31, 32, 79, 84, 85, 92, 96, 99, 106, 120, 123
Carrefour.....	16, 20, 46, 47, 98, 112, 118, 151, 177
Carris	202
CCI Ponta Delgada	16, 28, 74, 78, 80
Central de cervejas (I).....	16, 18, 30, 33, 77, 79, 97, 107, 118, 119, 120, 155, 165
Central de cervejas (II)	16, 25, 30, 34, 78, 80, 89, 90, 95, 97, 106, 119, 151, 155, 157, 160, 164, 200, 201, 207
Central de cervejas (III).....	16, 25, 30, 34, 78, 80, 89, 90, 95, 97, 106, 155, 157, 160, 164, 200, 201, 207
Central de cervejas (IV).....	16, 25, 26, 30, 32, 34, 77, 79, 82, 84, 89, 95, 99, 100, 101, 106, 120, 123, 125, 152, 155, 156, 157, 159, 164, 200, 201
CGD (I).....	17, 65
CGD (II)	17, 65, 208
Climex	7, 17, 28, 91, 92, 208
Cogeco v Sport TV	15, 16, 54, 55, 127, 161, 162, 167
Concessionário automóvel (I).....	16, 26, 35, 37, 79, 120, 122
Concessionário automóvel (II)	16, 21, 35, 37, 76, 78, 79, 82, 120, 123
Concessionário automóvel (III)	16, 26, 35, 38, 79, 82, 120, 127, 138, 139, 178, 188
Concessionário automóvel (IV).....	7, 16, 18, 21, 35, 40, 78, 79, 82, 120, 125, 138, 144, 145, 152, 165
Concessionário automóvel (V)	16, 35, 40, 120, 138, 200, 205
Cooperativa agrícola (queijo)	7, 16, 65
DECO v PT.....	16, 51, 127, 177
Deliberação social.....	7, 16, 19, 25, 69, 77, 78, 80, 85, 94, 104, 105, 127, 155, 200, 201, 207
Empresa de limpezas	7, 27, 91, 208
Ford (I)	7, 16, 26, 35, 37, 79, 82, 83, 84, 120, 138, 200
Ford (II)	16, 35, 37, 78, 79, 84, 120, 121
Franchise de clínicas dentárias .	17, 18, 25, 26, 35, 36, 78, 79, 84, 90, 99, 109, 110, 112, 116, 120, 125, 126, 200, 203
Franchise de hotelaria	16, 18, 19, 26, 35, 36, 78, 79, 84, 90, 109, 110, 120, 125, 126, 152, 157
G v N (têxteis)	16, 47, 117, 138, 140, 151, 165
Gelados	16, 48, 127, 129, 163
Goodyear	16, 25, 35, 41, 73, 138, 139, 140, 141, 142, 151, 157, 158, 178
IEFP (I).....	16, 18, 19, 24, 61, 62, 74, 203, 212
IEFP (II).....	16, 19, 61, 74, 203, 212
IMS Health	17, 20, 21, 25, 49, 74, 79, 84, 89, 90, 91, 114, 115, 116, 127, 129, 130, 132, 134, 135, 137, 148, 151, 152, 155, 163, 175, 178, 200, 202
Inscrição em ginásio	7, 17, 59, 66, 127
Instituto da Vinha	7, 8, 9, 11, 13, 16, 18
JCG v Tabaqueira	7, 17, 26, 27, 75, 79, 81, 85, 89, 90, 93, 114, 127, 128, 132, 133, 154, 163, 177, 202, 207
JFV v Tabaqueira.....	7, 17, 26, 27, 75, 79, 81, 89, 127, 132, 154, 199, 200, 201

Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência
Capítulo 7: Jurisprudência de *private enforcement* (Miguel Sousa Ferro)

Leite.....	16, 19, 47, 79, 90, 98, 108, 115, 127, 138, 164
Limpezas industriais.....	17, 61, 79, 103, 211
Loja dos Trezentos.....	7, 16, 21, 35, 79, 90, 103, 110, 128
Máquinas de jogos.....	16, 67, 79, 127, 178, 185
Meo.....	16, 59, 127, 137
Montagem de elevadores.....	17, 71, 109, 127, 151, 164
Município de Lisboa.....	17, 19, 24, 61, 74, 212, 213, 214
Nestlé (I).....	16, 22, 30, 31, 89, 90, 94, 95, 97, 100, 106, 119
Nestlé (II).....	16, 21, 30, 31, 103, 106, 127, 138, 139, 152, 157
Nestlé (III).....	16, 30, 31, 32, 101, 106, 115, 127, 153, 154, 156, 161, 165, 166
Nestlé (IV).....	16, 26, 30, 32, 96, 99, 106, 152, 154, 156, 157
NOS v PT (I).....	15, 16, 52, 127, 138, 167
NOS v PT (II).....	15, 16, 25, 26, 53, 77, 78, 79, 80, 91, 115, 127, 137, 148, 154, 168, 173, 174, 176, 177, 178, 188
Notários.....	17, 68, 75, 79, 127, 137, 208
OdC v Sport TV.....	15, 16, 51, 56, 127, 161, 162
Olivedesportos.....	16, 18, 22, 50, 77, 78, 80, 90, 108, 117, 119, 157
Onitelecom v PT.....	15, 16, 23, 53, 54, 78, 80, 127, 137, 154, 168, 173, 176, 178, 188, 204, 205
Pagamentos eletrónicos.....	7, 17, 23, 66, 149, 153
Pavimentos viníflicos.....	17, 35, 41, 102, 165
Petrolgal.....	17, 18, 35, 75, 77, 78, 80, 96, 107, 115, 116, 120, 121, 151, 202
Porto de Aveiro.....	17, 24, 28, 78, 80, 105, 116, 138, 145, 209
Postos de combustível.....	17, 48, 78, 79, 120, 125
Refrige.....	4, 16, 21, 30, 32, 138, 150, 157, 178, 186
Renault.....	7, 16, 26, 35, 37, 40, 79, 82, 83, 120, 125, 126, 138, 200
Reuter.....	17, 22, 45, 89, 90, 114, 127, 129, 132, 134, 138, 139, 140, 151, 157, 158, 161, 163
Salas de cinema.....	22, 58, 150, 178, 185, 186, 187
Salvador Caetano.....	16, 20, 23, 26, 35, 38, 40, 76, 79, 83, 84, 90, 120, 124, 125, 126, 138, 139, 145, 146, 151, 165, 178, 179, 187, 200, 203
Seguros.....	16, 35, 41, 74, 95
Serviços de segurança (I).....	16, 62, 214
Serviços de segurança (II).....	16, 62, 151, 214
Serviços de segurança (III).....	16, 64, 214, 215
Serviços de segurança (IV).....	16, 63, 212, 214, 215
Serviços de segurança (IX).....	16, 63, 127, 212, 214, 215
Serviços de segurança (V).....	16, 64, 208, 214
Serviços de segurança (VI).....	16, 19, 60, 94, 209, 212
Serviços de segurança (VII).....	16, 63, 212, 214
Serviços de segurança (VIII).....	16, 63, 214, 215
Serviços de segurança (X).....	16, 64, 214
Serviços de segurança (XI).....	16, 63, 64, 127, 208, 212, 214
Serviços de segurança (XII).....	16
Sport TV.....	54, 55, 58, 161, 162
Tabou Calzados.....	16, 18, 19, 25, 46, 79, 90, 93, 95, 97, 98, 100, 102, 108, 117, 119, 120, 125, 126, 165, 200
Transporte de doentes.....	17, 60, 73, 209
Trespasse de ginásio.....	7, 17, 66
Viaturas e máquinas da Beira.....	7, 16, 26, 35, 37, 79, 82, 120, 138
Vinho do Porto.....	7, 16, 65, 79, 208
VSC e FPF v RTP.....	16, 18, 20, 51, 74, 77, 78, 80, 94, 98, 105, 113, 155, 200