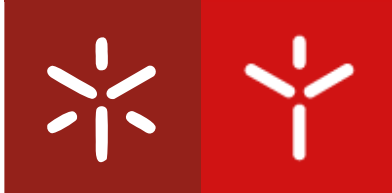




Universidade do Minho
Escola de Direito

Elsa Raquel Morim Neves

**Compatibilidade do Contrato de
Concessão Comercial com as regras
de Defesa da Concorrência**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Elsa Raquel Morim Neves

**Compatibilidade do Contrato de
Concessão Comercial com as regras
de Defesa da Concorrência**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

DECLARAÇÃO

Nome: Elsa Raquel Morim Neves

Endereço eletrónico: elsaneves7@gmail.com

Número do Cartão de Cidadão: 13762343

Título da dissertação de Mestrado: Compatibilidade do Contrato de Concessão Comercial com as regras de Defesa da Concorrência

Orientador: Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

Ano de conclusão: 2015

Designação do Mestrado: Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

Ao Nelson, por todo o apoio e carinho demonstrados

COMPATIBILIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL COM AS REGRAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA - RESUMO

O contrato de concessão comercial, inserido nos chamados contratos de distribuição, pode exercer uma significativa e importante influência na concorrência. Assim, revelou-se pertinente a exploração desta realidade que tem sido alvo de especial atenção – na perspectiva dos acordos de distribuição em geral - pelos órgãos de defesa da concorrência (quer da UE quer nacionais), que lutam diariamente para que estes acordos não limitem ou restrinjam significativa e injustificadamente a concorrência no mercado.

Além das vantagens económicas que o contrato de concessão proporciona a ambas as partes, este também prevê obrigações que, como correspondente dessas vantagens, implicam restrições à liberdade económica de cada uma das partes. Estas obrigações apresentam um conteúdo bastante diverso: algumas não são mais do que meras vinculações necessárias ao fim do contrato e com um conteúdo perfeitamente lícito, outras, porém, podem ter efeitos ou prosseguir objetivos anticoncorrenciais (*v.g.* as obrigações de exclusividade, as cláusulas de fixação de preços de revenda, as proibições de exportações, as vendas ligadas, entre outras).

No entanto, não é só o conteúdo do contrato de concessão comercial que é suscetível de levantar problemas concorrenciais. Há também que ter em especial atenção a posição de cada uma das partes envolvidas: falamos aqui da posição dominante e dos abusos que muitas vezes decorrem de certas práticas que são empregues pelo concedente na sua relação com a sua rede de concessionários (*v.g.* a aplicação de condições discriminatórias, a recusa de venda, as cláusulas inglesas, os descontos condicionais, entre outras).

Por conseguinte, o presente estudo pretendeu analisar os principais problemas que o contrato de concessão comercial habitualmente suscita no que concerne ao Direito da Concorrência. Deste modo, tendo como objetivo uma perspectiva quer nacional quer da UE, assumiram aqui particular relevância os artigos 101.º e 102.º do TFUE e a Lei n.º19/2012 (máxime, arts. 9º a 12º). A presente dissertação procurou, assim, fundamentalmente analisar a efetiva (ou não) compatibilidade da figura da concessão comercial com as regras de defesa da concorrência existentes (e respetivas consequências), razão pela qual a dissertação foi dividida em três importantes capítulos. No entanto, não existem respostas fáceis. A solução dependerá sempre do contexto em que o acordo se insere, pelo que a conclusão de se a prática é permitida ou não só será possível através de uma análise casuística da situação concreta, razão pela qual é de afastar qualquer tese que sustente a existência de acordos proibidos *a priori*.

COMPATIBILITY OF COMMERCIAL CONCESSION AGREEMENT WITH RULES OF ANTITRUST – ABSTRACT

The commercial concession agreement, part of the so-called distribution agreements, may have a significant and important influence on competition. Therefore, exploring this reality became relevant, as it has been subject of special attention – in the perspective of distribution agreements in general – by competition protection agencies (both of EU and national) that fight daily so that these agreements do not significantly and unjustifiably limit or restrict market competition.

Besides the economic advantages provided by the concession agreement for both parties, it also predicts obligations that, as a compensation for those advantages, imply restrictions to the economic freedom of each party. These obligations present a quite diverse content: some are nothing more than mere binding required at the end of the agreement and with a perfectly lawful content, yet others can have effects or pursue anti-competitive goals (*v.g.* exclusivity obligations, resale prices fixation clauses, export prohibition, tie-ins, among others).

However, the content of the commercial concession agreement is not the only thing liable to raise competition issues. One also has to pay special attention to the position of each involved party: in here we talk about the dominant position and abuse many times arising from certain practices used by the grantor in his relationship with his dealers network (*v.g.* the application of discriminatory conditions, sales refusal, english clauses, conditional discounts, among others).

Consequently, this study aimed to analyse the main problems normally arising from the commercial concession agreement concerning Competition Law. This way, having a national and EU perspective as a goal, articles 101 and 102 of TFEU and Law no. 19/2012 (specially, articles 9 through 12) assumed particular relevance herein. This dissertation therefore sought to fundamentally analyse the effective (or not) compatibility of the commercial concession figure with existing competition protection rules (and respective consequences), reason by which the dissertation was divided into three important chapters. However, there are no easy answers. The solution will always depend on the context of the agreement, wherefore concluding if practice is allowed or not allowed will only be possible by doing a case-by-case analysis of the specific situation, reason by which any thesis claiming the existence of *a priori* prohibited agreements is to be ruled out.

ÍNDICE

Lista de abreviaturas e siglas	xiii
Introdução	15
Capítulo I – O Contrato de Concessão Comercial	
1. Enquadramento do contrato de concessão comercial: os contratos de distribuição	19
1.1. A distribuição	19
1.2. Os contratos de distribuição.....	20
2. O contrato de concessão comercial.....	22
2.1. Conceito.....	22
2.2. Características.....	23
2.3. Conteúdo do contrato	25
2.3.1. As obrigações assumidas pelas partes de constituírem entre si relações contratuais futuras	26
2.3.2. As obrigações adotadas pelas partes relativamente à formação e conteúdo dos contratos a celebrar entre si	29
2.3.3. O dever de revenda do concessionário	30
2.3.4. As obrigações do concessionário no que concerne à fase de revenda	31
2.3.5. As obrigações disciplinadoras da atividade das partes na comercialização (organização e promoção de vendas)	31
2.3.6. As obrigações de exclusividade	32
2.4. Regime jurídico	37
2.5. O contrato de concessão comercial no Direito Comparado: breve referência.....	38
2.6. Distinção de figuras afins: agência e franquia.....	40
Capítulo II – A Concorrência	
1. A Concorrência.....	43
1.1. Conceito.....	43
1.2. O modelo atual de concorrência	44

2. O Direito da Concorrência.....	45
2.1. A importância do Direito da Concorrência	45
2.2. Ponto de ordem: direito de defesa da concorrência <i>vs</i> instituto da concorrência desleal.....	46
2.3. Aplicação do Direito da Concorrência: cooperação das autoridades	47
3. Apreciação e interpretação da legislação de defesa da concorrência.....	49
3.1. Legislação existente.....	49
3.1.1. A nível da UE: artigo 101º e artigo 102º do TFUE	49
3.1.2. A nível nacional: Lei nº 19/2012	50
3.2. Campo de aplicação da legislação referida.....	53
3.2.1. O princípio do efeito anticoncorrencial (ou da territorialidade objetiva)	53
3.2.1.1. O direito da União	53
3.2.1.2. O direito português.....	54
3.2.2. A suscetibilidade de afetação do comércio entre os EM.....	55
3.3. A questão da concorrência de direitos: a relação entre o direito nacional e o direito europeu da concorrência.....	58
3.4. O mercado relevante: a noção e a sua importância	60
3.5. A proibição prevista no art. 101º do TFUE (art. 9º da LdC).....	62
3.5.1. Os destinatários das normas: as empresas	62
3.5.2. As formas empregues.....	64
3.5.3. O objetivo/efeito anticoncorrencial.....	66
3.5.4. A exemplificação	67
3.5.5. Sanções legais	68
3.5.5.1. Nulidade dos acordos restritivos da concorrência	68
3.5.5.2. Coimas	69
3.6. A proibição do abuso de posição dominante	70
3.6.1. Alcance da interdição	70
3.6.2. A Posição Dominante	71
3.6.2.1. Noção	71
3.6.2.2. Mercado a ter em consideração.....	73
3.6.2.3. O abuso propriamente dito	74
3.6.3. Sanções legais	77
3.6.3.1. Nulidade	77

3.6.3.2. Coimas	77
3.7. O abuso de dependência económica.....	78
3.8. Restrições à concorrência: quando podem ser autorizadas? A possibilidade de justificação	81
3.8.1. Quanto aos acordos previstos no art. 101º do TFUE e no art. 9º da Lei nº 19/2012	81
3.8.2. Quanto aos abusos de posição dominante: art. 102º do TFUE e art. 11º da LdC	86
4. A aplicação das regras da concorrência da UE pelos Tribunais Cíveis Portugueses (<i>private enforcement</i>).....	90
5. Indemnização das vítimas de infrações ao Direito da Concorrência: publicação da Diretiva	93

Capítulo III – A Compatibilidade do Contrato de Concessão Comercial com as regras de Defesa da Concorrência

1. Razão de Ordem.....	97
2. As (potenciais) práticas restritivas da concorrência.....	98
2.1. Obrigações de exclusividade	98
2.1.1. Introdução.....	98
2.1.2. Problemas associados	99
2.1.3. Vantagens/Pontos positivos.....	105
2.1.4. O que é permitido/o que é proibido: raciocínio a seguir	106
2.2. Cláusulas inglesas (<i>english clauses</i>).....	111
2.3. Descontos condicionais	112
2.4. A atribuição exclusiva de clientes	117
2.5. A fixação/recomendação de preços de revenda	119
2.6. Imposição de quotas mínimas de aquisição	123
2.7. Subordinação: as vendas ligadas ou subordinadas (<i>tying</i>).....	126
2.8. A distribuição seletiva: em especial o setor automóvel.....	132
2.9. Condições discriminatórias	143
2.10. Recusa de venda pela empresa dominante aos distribuidores	147
2.10.1. Recusa de fornecimento para obstar ao comércio paralelo	147
2.11. O abuso de dependência económica.....	150
Conclusões	155
Bibliografia	159

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
AdC	Autoridade da Concorrência
al.	alínea
art./arts.	artigo/artigos
Cfr.	Conferir
C.J.	Coletânea Jurídica
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EM	Estado(s)-Membro(s)
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LdC	Lei da Concorrência (atual)
nº	número
<i>Op. cit.</i>	Obra citada (<i>opus citatum</i>)
p./pp.	página/páginas
proc.	processo
Reg.	Regulamento
RLJ	Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCRS	Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal de Primeira Instância
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

TUE Tratado da União Europeia
UE União Europeia
vol. volume

INTRODUÇÃO ¹

“ Numa economia de tipo ocidental que inscreva a livre concorrência como um valor básico, capaz de regularizar o mercado, protegendo a qualidade dos produtos e defendendo os consumidores, a distribuição tem a maior importância. As intervenções que o Direito aí tenha devem ser temperadas pela lógica da concorrência”².

O contrato de concessão comercial, inserido nos chamados contratos de distribuição, pode exercer uma significativa e pertinente influência na concorrência, uma vez que nas palavras de MARIA HELENA BRITO *“ele traduz uma conduta de sujeitos económicos susceptível de alterar a estrutura e o comportamento competitivo no mercado”³.*

A existência de uma concorrência saudável acarreta vantagens para todo o mercado, quer em relação aos operadores económicos, quer em relação ao consumidor, pelo que a sua defesa assume primordial importância. É por meio de uma concorrência livre e sã que a existência de preços competitivos se torna possível, que o mercado se torna acessível aos consumidores, que existe uma maior oferta de produtos e serviços diversificados e inovadores. A defesa da concorrência, essencial tanto do ponto de vista social como económico, representa a luta pelo bem-estar dos consumidores, pela transparência entre empresas, pela igualdade de oportunidades, pela qualidade, competitividade e produtividade, sendo aplicável tanto ao setor público como privado⁴.

O Direito da Concorrência é um instrumento essencial da economia de mercado. As normas jurídicas existentes pretendem essencialmente a defesa, preservação e a promoção do mercado contra os agentes económicos cujos comportamentos lesam a concorrência. Estas

¹ Chegadas a estes pontos e antes de quaisquer outras considerações importa esclarecer o seguinte:

- O presente trabalho foi redigido em obediência ao Novo Acordo Ortográfico;
- Todos os textos provenientes das instituições da União Europeia (jurisprudência do TJUE, comunicações, da Comissão Europeia, notas explicativas), assim como todos os normativos legais (nacionais e da UE) transcritos na presente dissertação foram adaptados ao acordo ortográfico atualmente em vigor;
- As obras dos autores portugueses, assim como a jurisprudência nacional, foram no entanto transcritos de acordo com a forma como estão originalmente redigidos, pelo que alguns textos e títulos surgem ainda com o antigo acordo ortográfico, por questões de respeito à posição de cada autor.

² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 742.

³ *O contrato de concessão comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 243.

⁴ Cfr. ANDRÉ MIGUEL DOS SANTOS LOPES DA SILVA, *O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas*, Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, sob orientação do Prof. Dr. José Cruz, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, julho de 2013, p.6.

normas delimitam a linha de fronteira entre aquilo que é lícito e ilícito, sancionando os comportamentos considerados ilícitos⁵.

A nível da União Europeia a legislação de defesa da concorrência assenta (essencialmente e no que releva para o presente trabalho) em dois importantes artigos: o artigo 101º e o artigo 102º do TFUE. Já a nível nacional, o regime jurídico da concorrência encontra-se previsto na Lei nº 19/2012, de 8 de maio, cuja estrutura se inspira e corresponde, no essencial, à do direito da União Europeia.

Nas palavras de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *“...a distribuição, o consumo e a concorrência andam de mãos dadas. A questão que neste contexto se deve colocar é a de saber se e em que medida os contratos de distribuição interferem com as regras de defesa da concorrência”*⁶.

Na verdade, além das vantagens económicas que o contrato de concessão comercial proporciona, este também prevê obrigações, que como corresponsivo dessas vantagens, implicam restrições à liberdade económica de cada uma das partes. Estas obrigações apresentam um conteúdo bastante diverso, sendo certo que só em relação a algumas delas é que os problemas concernentes ao Direito da Concorrência se levantam, ou seja só algumas delas podem, em rigor, afetar negativamente a concorrência. As outras mais não são do que (meras) vinculações necessárias ao fim do contrato e com um conteúdo perfeitamente lícito.

Como exemplo de obrigações usualmente presentes no contrato de concessão comercial e suscetíveis de levantarem problemas concorrenciais, são de salientar as obrigações de exclusividade, as cláusulas de fixação de preços de revenda, a imposição de quotas mínimas de aquisição, a proibição de exportações, as vendas ligadas, entre tantas outras que teremos oportunidade de desenvolver.

A questão da compatibilidade do contrato de concessão comercial com as regras de defesa da concorrência ainda se adensa mais e assume particular interesse, quando o concedente é, em boa verdade, uma empresa titular de uma posição dominante. Ao utilizar o contrato de concessão comercial como forma de distribuição dos seus produtos, há que analisar com especial cuidado se não se estabelecem aqui por parte da empresa práticas abusivas, como a imposição de preços, a obrigação de compra exclusiva, a aplicação de condições discriminatórias, a recusa de venda, etc., tal é a facilidade. De reter que o problema não é

⁵ ADALBERTO COSTA, *O Novo Regime Jurídico da Concorrência*, Editora Vida Económica, Porto, 2014, p.205.

⁶ *Direito Comercial: Contratos de Distribuição Comercial*, 3ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009, p. 52.

claramente a posição dominante em si, mas antes os abusos que muitas vezes daí decorrem, em especial os abusos decorrentes da utilização do contrato de concessão comercial, que restringirão fortemente a concorrência, algo que é sancionável tendo em conta as regras de defesa existentes (art. 102º do TFUE/art. 11º da LdC).

Por conseguinte, a questão da compatibilidade do contrato de concessão comercial com as regras de defesa da concorrência será apreciada quer ao abrigo do art. 101º do TFUE (art. 9º da LdC), quer ao abrigo do art. 102º do TFUE (art. 11º da LdC), uma vez que: i) certas obrigações presentes no contrato de concessão comercial poderão ser válidas nos termos do art. 101º, mas produzir efeitos anticoncorrenciais quando impostas/empregues por uma empresa em posição dominante; ii) uma cláusula que caia no âmbito dos acordos restritivos da concorrência, também pode cair no âmbito dos abusos de posição dominante, sendo possível em boa verdade a aplicação cumulativa de ambas as disposições normativas.

Por outro lado, existem certos problemas concorrenciais que só uma empresa em posição dominante é suscetível de criar e que, assim, só neste âmbito fará sentido equacionar. Por exemplo: as recusas de venda, os descontos de fidelidade, as cláusulas inglesas (*english clauses*), entre outros.

Importa, assim, reter que a questão da compatibilidade ao abrigo dos arts. 101º e 102º do TFUE (e respetiva legislação nacional) segue essencialmente duas linhas de raciocínio: 1) a compatibilidade com o Direito da Concorrência das obrigações que o concedente impõe ao concessionário (compatibilidade *stricto sensu*); 2) a compatibilidade de certas práticas que o concedente emprega na sua relação com a sua rede de concessionários (por exemplo, recusa de venda, aplicação de condições discriminatórias...) com a legislação de defesa da concorrência.

Por outro lado, um último problema a apreciar em sede de defesa da concorrência é precisamente a questão da dependência económica, em concreto a exploração abusiva que daí pode decorrer e a suscetibilidade de afetação do funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência. A figura do abuso de dependência económica (também denominada de posição dominante relativa), sem consagração expressa no Direito da União Europeia, encontra-se plasmada no artigo 12.º da Lei n.º 19/2012. Trata-se de uma prática restritiva da concorrência, referindo-se aos casos em que a ascendência de uma empresa em relação a outra é explorada abusivamente e foi precisamente pensada para as relações verticais (entre produtores e distribuidores). Apesar das dificuldades com que se tem deparado a nível de justificação económica e da sua aplicação, consideramos que é um instituto a analisar (em concreto os

abusos de dependência económica existentes no contrato de concessão comercial e as suas consequências), ainda que a título mais breve.

Quanto ao procedimento de sistematização, optámos por dividir a nossa dissertação em três capítulos distintos, correspondendo o primeiro à análise isolada do contrato de concessão comercial, o segundo à apreciação das regras de defesa da concorrência e o terceiro à discussão dos concretos problemas que o contrato de concessão comercial pode originar do ponto de vista do Direito da Concorrência e respetivas implicações práticas.

CAPÍTULO I.

O CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL

1. Enquadramento do contrato de concessão comercial: os contratos de distribuição

1.1. A distribuição ⁷

A necessidade de distribuição dos produtos é, naturalmente, sentida por qualquer produtor: se produz para venda, há que colocar no mercado o bem produzido. Todavia, o produtor tanto pode efetuar, por si mesmo, a distribuição dos seus produtos, como encarregar outrem de o fazer⁸.

Por conseguinte, a comercialização dos bens e a sua distribuição, na sociedade, pode ser feita de acordo com diferentes modalidades. Desde logo, a distribuição pode ser direta ou indireta. Na primeira *“o produtor cria a sua própria rede de comercialização, vendendo as mercadorias por si produzidas através de estabelecimentos próprios (sede, sucursais), auxiliares subordinados e sociedades controladas (filiais)”* ⁹, envolvendo-se o produtor desta forma num duplo esforço, uma vez que fabrica os bens e comercializa-os. Na última, *“o produtor concentra-se exclusivamente na função produtiva e renuncia à tarefa de comercialização, confiando esta a empresários ou intermediários autónomos especializados”* ¹⁰; esta distribuição baseia-se assim numa ideia de divisão de trabalho e subsequente especialização (por parte das empresas que distribuem).

Não obstante esta categorização, em que as formas de distribuição se contrapõem, a verdade é que o segundo tipo elencado se subdivide: a distribuição indireta pode ser integrada ou não integrada/simples. A saber: na distribuição indireta integrada *“existe uma coordenação entre a produção e a comercialização, de tal modo que o distribuidor é integrado em circuitos próprios do produtor, sujeitando-se, eventualmente, às suas directrizes”* ¹¹, já na distribuição

⁷ Como sublinha, e bem, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *O contrato de Concessão Comercial*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.9, *“o enquadramento da concessão comercial na distribuição é fundamental, a meu ver, não só para a compreensão da operação económica que lhe subjaz, situada na intermediação entre a produção e o consumo, como, do mesmo modo, para o entendimento da aproximação a outras figuras que com ela concorrem no mesmo âmbito...”*.

⁸ Quanto à distribuição no geral importa cfr. JOSÉ ANTÓNIO ROUSSEAU, *O que é a distribuição?*, Principia, S. João do Estoril, 2002 e *Manual de Distribuição*, 2ª edição, Principia, 2008.

⁹ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p.9.

¹⁰ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p.436.

¹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p.741.

indireta não integrada “ *não há tal coordenação, os distribuidores actuam sem concertação com os produtores*”¹².

A decisão dos produtores por que via de distribuição escolher está dependente de vários fatores, como sejam, os objetivos pretendidos pela empresa, o tipo de clientela, a imagem que se quer transmitir, os recursos disponíveis e o grau de controlo sobre a distribuição que o produtor pretende exercer. É certo, porém, que o crescimento empresarial e a necessidade de conquista de mercados geograficamente distantes do local de produção ditaram a tendência para os produtores não procederem eles próprios à distribuição dos seus bens até ao consumidor final – para o que necessitavam de pesadíssimas e ineficientes estruturas¹³ – antes preferindo associar outros sujeitos a essa atividade.

Nas palavras de ISABEL MARQUES DA SILVA, “ *a distribuição directa tem a vantagem de garantir ao produtor um total controlo da rede de distribuição. Contudo, é frequentemente pouco prática para os consumidores e envolve elevados custos para o produtor. A distribuição indirecta, aumentando o número de agentes económicos no mercado, permite uma maior proximidade dos consumidores e, conseqüentemente, uma melhor adequação da oferta à procura sem aumento dos custos suportados pelo produtor. Porém, quando essas funções de intermediação são exercidas por empresários independentes, o produtor tende a perder o controlo sobre as operações*”¹⁴.

1.2. Os contratos de distribuição

Nas palavras de JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, “*por contratos de distribuição comercial entendemos aqui genericamente aqueles contratos, típicos ou atípicos, que disciplinam as relações jurídicas entre o produtor e o distribuidor lato sensu com vista à comercialização dos bens e serviços do primeiro*”¹⁵. Estes contratos são, assim, um dos “*instrumentos jurídicos fundamentais de criação e organização da distribuição comercial*”¹⁶.

¹² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p.742.

¹³ Esta forma específica – venda direta dos produtos – exige enormes esforços financeiros por parte das empresas, esforços esses que muitas das empresas não estão sequer em vias de comportar, razão pela qual raramente é a via atualmente escolhida.

¹⁴ «Os acordos de distribuição e o Direito da concorrência», *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, vol. X, tomo II, 1996, p.169.

¹⁵ *Op. cit.*, cit., p.435.

¹⁶ *Idem*, p. 437.

Ou seja, quando abordamos os contratos de distribuição estamos apenas e só a analisar os contratos que disciplinam as relações entre o produtor¹⁷ e o distribuidor, e não as relações com o consumidor. Quando falamos em contratos de distribuição “*interessa, para o efeito, não o ato final da transmissão do bem ao consumidor, antes a actividade desenvolvida a montante, de intermediação, instrumental e preparatória daquela transmissão; numa palavra, não são as relações com o consumidor, antes as relações com o produtor que pertencem ao direito da distribuição*”¹⁸.

Dos diversos esquemas de distribuição *supra* mencionados, importa destacar a distribuição indireta integrada. Como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*esse tipo de distribuição pressupõe, em regra, a celebração, entre os interessados e, designadamente, entre o produtor e os distribuidores, de adequados instrumentos contratuais*”¹⁹. O elenco das figuras contratuais inseridas nesta categoria é diversificável, mas tem um núcleo comum estável e normalmente apresentado segundo uma ordem constante – agência, concessão comercial e franquia²⁰. Esta ordem não é arbitrária, sendo assim apresentada por razões de cronologia e de complexidade crescente²¹.

Por via desta modalidade, através dos referidos contratos, o produtor intervém ativamente na fase da distribuição, com poderes de controlo, mas com custos e riscos reduzidos (ou até suprimidos, através da transferência destes para outros operadores económicos). Tudo isto por força da existência de colaboradores autónomos²², “*mas que aceitam a orientação e*

¹⁷ Como parte contrária ao distribuidor tanto podemos ter o produtor, o importador, o grossista, um grande revendedor, entre outros. Por facilidade de exposição, e por ser o caso mais frequente, falaremos doravante apenas do “produtor”.

¹⁸ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Os contratos de distribuição comercial: agência, concessão e franquia» in *Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, Editora Saraiva, São Paulo, 2014, p.207.

¹⁹ a) *Op. cit.*, p.742.

b) Como refere JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, pp. 10-11, “*esta forma de integração permite coordenar a fase produtiva com a de comercialização. Porque é actuada por via contratual...denomina-se integração vertical convencional. Os acordos que a consubstanciam são, justamente, chamados acordos de distribuição*”.

²⁰ Apesar de outras figuras contratuais como a comissão (art. 266º do Código Comercial) e a mediação (contrato atípico), também fazerem parte do leque dos contratos de distribuição *supra* mencionados, o certo é que a agência, a concessão e a franquia são as modalidades mais importantes e mais correntemente abordadas quando estudamos os contratos de distribuição comercial. Como afirma, e com razão, PINTO MONTEIRO, *Os contratos de distribuição comercial...*, *cit.*, p.206, “*são a agência, a concessão e a franquia as modalidades mais importantes dos contratos de distribuição. Talvez melhor: é com base nestes esquemas contratuais e a partir deles que se constrói a categoria dos contratos de distribuição comercial*”.

²¹ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e risco*, Almedina, Coimbra, 2012, p.134.

²² Como veremos mais à frente, no que diz respeito à concessão comercial, esta autonomia, característica chave presente nos contratos de distribuição, pode muitas vezes ser apenas formal, e não corresponder à realidade, encontrando-se na verdade o distribuidor numa situação de dependência. Cfr. quanto a esta questão, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, pp.11-12; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, pp.48-51; FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *Contratos de distribuição - Da tutela*

directrizes do primeiro, em contrapartida das condições de comercialização privilegiadas de que beneficiam, seja em função da marca dos bens, seja pela integração numa rede de distribuição”

²³.

2. O contrato de concessão comercial

2.1. Conceito

O contrato de concessão comercial²⁴ é um contrato legalmente atípico²⁵ e inominado, ou seja, não possui um regime legal próprio, nem um *“nomen iuris”*. Nesta medida, a sua definição não pode ser encontrada em qualquer texto legal, ficando assim tal cargo entregue à Doutrina (e jurisprudência).

Ora, de um forma simples e nas palavras de JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, podemos definir o contrato de concessão comercial como *“o contrato pelo qual um empresário – o concedente – se obriga a vender a outro – concessionário –, ficando este último, em contrapartida, obrigado a comprar ao primeiro, certos produtos, para revenda em nome e por conta próprios numa determinada zona geográfica, bem assim como a observar determinados deveres emergentes da sua integração na rede de distribuição do concedente”*²⁶.

Unanimemente incluído nos contratos de distribuição comercial, este contrato corresponde a uma das formas mais propagadas da distribuição comercial de bens ou serviços de marca ou de reconhecida qualidade. Tradicionalmente associado ao setor automóvel, a verdade é que este contrato não se cinge a essa área, sendo utilizado na distribuição de uma vasta gama de bens, como produtos informáticos, combustíveis, bens de luxo, material de desporto, moda, bebidas, maquinaria, eletrodomésticos, etc. Nas palavras de FERNANDO A. FERREIRA PINTO *“se o modelo era inicialmente (e continua a ser) muito utilizado para a*

do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp.146-169; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p.133; MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *Direito Comercial – Direito da Empresa*, 12ª edição, Ediforum, Lisboa, 2011, p.501.

²³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, p.64.

²⁴ Outras designações para esta figura contratual que podemos também encontrar na doutrina: concessão de venda, compra e venda exclusiva, venda com monopólio, concessão de exclusividade. Apesar destas outras designações, a mais correta é sem dúvida a de concessão comercial.

²⁵ Não obstante a sua atipicidade legal, é comum reconhecer a este contrato uma espécie de tipicidade social, ou seja, trata-se de um contrato legalmente atípico, mas socialmente típico. Neste sentido importa cfr., entre outros, MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, pp.218 e ss; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, p.446; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Os contratos de distribuição comercial: agência, concessão e franquia...*, *cit.*, p.214; MIGUEL J. A. PUPO CORREIA, *op. cit.*, p.534. Em sentido crítico, desta tipicidade social que é reconhecida, veja-se JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, pp.78-79.

²⁶ *Op. cit.*, p.446.

distribuição de artigos «pré-vendidos» (em função da notoriedade da respectiva marca), de bens complexos com elevada tecnicidade ou cuja comercialização exigia investimentos avultados (como os veículos automóveis), a verdade é que acabou por democratizar-se, passando a aplicar-se relativamente a bens que não apresentam tais características”²⁷.

Como precursores do contrato de concessão comercial podemos encontrar os contratos de distribuição e venda de cerveja, que surgiram originalmente na Alemanha. Nos Estados Unidos da América estes contratos de concessão tiveram o seu auge no setor dos concessionários de venda de automóveis.

2.2. Características

O contrato de concessão comercial é, como já observamos, um contrato que se insere nos denominados “contratos de distribuição comercial”. Resulta, como enuncia SOFIA TOMÉ D’ALTE, “*do fenómeno de evolução económica dos factores de produção que ao longo do tempo tem vindo a alterar o rosto das actividades económicas em geral, uma vez que o seu crescimento acarreta o avolumar dos riscos que lhe são inerentes*”²⁸.

A concessão é desde logo e antes de mais um contrato-quadro, que faz surgir entre os contratantes uma relação obrigacional complexa, por via da qual um deles – o concedente – se vincula a vender ao outro – o concessionário - e este a comprar-lhe, para efeitos de revenda, um número definido de bens, aceitando determinadas obrigações próprias de um distribuidor, como sejam as relativas à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes, e submetendo-se a um certo controlo e fiscalização por parte do concedente²⁹.

A configuração como um contrato-quadro significa que o contrato de concessão comercial regula “*uma relação de colaboração estável, duradoura, de conteúdo múltiplo, cuja execução implica, designadamente, a celebração de futuros contratos entre as partes, pelos quais o concedente vende ao concessionário, para revenda, nos termos previamente estabelecidos, os bens que este se obrigou a distribuir*”³⁰.

²⁷ *Op. cit.*, p.62.

²⁸ SOFIA TOMÉ D’ALTE, «O contrato de concessão comercial», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, n.º2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p.1396.

²⁹ Cfr. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, p.110.

³⁰ *Ibidem*

Para além desta natureza essencial³¹, a concessão comercial apresenta-se ainda como um contrato consensual (art.219º C.C), oneroso (gerando benefícios patrimoniais para as partes), “*intuitus personae*” (o contrato é celebrado tendo em especial atenção as qualidades da contraparte) e de adesão (a regra nestes contratos é o recurso a cláusulas contratuais gerais na sua elaboração. O concessionário acaba por se limitar a aderir a um contrato pré-feito)³².

Por conseguinte, como características essenciais ou elementos distintivos do contrato em causa convém destacar quatro³³:

- a) A concessão comercial é um contrato em que se inserem obrigações de venda e de compra para revenda³⁴. Por um lado, o concedente obriga-se a vender ao concessionário os seus produtos, por enquanto, por outro, o concessionário se obriga a adquiri-los àquele e, principalmente, a revendê-los a terceiros. Deste modo, e como sublinha, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, “*o contrato de concessão serve justamente para fixar os principais termos destas obrigações recíprocas (v.g., quantitativos mínimos de aquisição, quota de revenda)*”³⁵.
- b) O concessionário, no contrato referido, atua em seu nome e por conta própria, assumindo os riscos inerentes à comercialização. Na revenda dos produtos vendidos pelo concedente, o concessionário fá-lo exclusivamente em seu nome, por sua conta e risco; é o concessionário que atua no mercado, submetendo-se às suas regras, é ele que contacta com os clientes e que suporta os eventuais problemas que surjam.
- c) A concessão tem como característica igualmente presente a autonomia das partes. Tanto o concedente como o concessionário são entidades jurídico - economicamente distintas, sendo o concessionário um colaborador, mas não um trabalhador ao serviço do concedente, com o que daí emana³⁶. Todavia, como alerta JOSÉ A.

³¹ Ou seja, a natureza de contrato unitário mas preliminar e, mais especificamente, de contrato-quadro normativo.

³² Veja-se neste sentido, JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *op. cit.*, pp.447-448.

³³ *Idem*, pp.448-449.

³⁴ Sublinha CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p.139, que “*a tradição da concessão comercial está intimamente ligada à distribuição através de contratos de compra e venda (daí, concessão de venda). Na verdade, porém, esquema similar é concebível para outros tipos contratuais (por exemplo, locação e licença de uso). Não são atualmente invulgares contratos de concessão comercial em que o concessionário, enquanto licenciário de bens informáticos, cede o uso destes a terceiros nos termos acordados com o concedente*”. No caso em questão, apenas analisaremos os contratos de concessão com obrigações de compra e venda associadas, ou seja, os tipicamente abordados quando nos referimos à figura em causa.

³⁵ *Idem*, p.448.

³⁶ Não sendo o concessionário trabalhador do concedente, não existe aqui qualquer retribuição a pagar. O concessionário obtém a sua remuneração por via da margem de lucro entre o preço pelo qual compra o produto e o preço por que revende a terceiros. Essa é a remuneração do concessionário, nada recebendo do concedente a título de retribuição, com exceção de eventuais bónus de distribuição, mas que claramente não se enquadram na categoria de remuneração.

ENGRÁCIA ANTUNES “*esta autonomia jurídica e económica é meramente relativa: com efeito, nota relevantíssima deste contrato é a sujeição do concessionário a certas obrigações destinadas a assegurar a sua integração na rede de distribuição do concedente, em matérias várias tais como a organização empresarial, a política promocional e comercial, e a assistência pós-venda a clientes*”³⁷.

- d) A relação contratual entre as partes funda-se numa ideia de estabilidade. Falamos normalmente de contratos celebrados por tempo indeterminado ou em que a renovação automática é permitida, razão pela qual se trata assim de um contrato duradouro. A implementação das obrigações tipicamente presentes no contrato em causa pressupõe uma relação estável entre os contraentes, não podendo deste modo qualificar-se como contrato de concessão comercial aquele contrato celebrado para fazer face a uma operação pontual.

2.3. Conteúdo do contrato³⁸

Como sabemos, o contrato de concessão comercial é, por natureza, um contrato-quadro ou contrato normativo. Nas palavras de MANUEL ANTÓNIO PITA, este “*contém as regras ao abrigo das quais se celebrarão, no futuro, outros contratos, que aparecem, face àquele, como atos de execução. O núcleo essencial desta execução traduz-se na celebração de contratos de compra e venda entre o concedente e o concessionário e nas posteriores vendas feitas por este aos consumidores finais*”³⁹.

Ora, deste modo, podemos afirmar que o contrato de concessão comercial organiza-se de acordo com duas fases sucessivas: a primeira referente aos contratos celebrados entre as

³⁷ a) *Idem*, p.449.

b) O Professor PINTO MONTEIRO, *Denúncia de um Contrato de Concessão Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 44-45, quanto às características essenciais relativas ao contrato de concessão comercial realça precisamente a obrigação do concessionário se submeter ao poder de controlo e fiscalização exercido pelo concedente. No entender deste autor é exatamente através desta característica que se justifica a aplicação do regime jurídico do contrato de agência ao contrato de concessão comercial. É precisamente a partir desta obrigação que se consegue aferir (ou não) da exata integração do concessionário na rede de distribuição do concedente, o que permitirá assim determinar o quão dependente (economicamente) o concessionário está do concedente. Defende o autor que é a existência desta característica que permite diferenciar o concessionário de outro qualquer simples comerciante. Igualmente neste sentido importa cfr. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *op. cit.*, pp. 1399, 1400, 1407 e 1408.

³⁸ Como sublinha RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 65, “*a qualificação do contrato depende essencialmente do seu conteúdo, mais importando as estipulações das partes que a designação que estas lhe atribuem*”. Cfr. ainda com interesse PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

³⁹ *Curso Elementar de Direito Comercial*, 3ª edição, Coleção Direito, Áreas Editora, 2011, p.345.

partes, de compra e venda (no decorrer dos deveres impostos a ambas) e a segunda relativa à revenda a terceiros levada a cabo pelo concessionário. Tendo em consideração estas fases, ligadas entre si e que essencialmente identificam o contrato de concessão comercial, compreende-se que este abarque numerosas obrigações, umas dizendo respeito e visando disciplinar a primeira fase, outras atinentes à fase de revenda a cargo do concessionário⁴⁰.

Posto isto, é nosso objetivo, no presente tópico, analisar as obrigações mais usualmente incluídas no contrato de concessão comercial, tanto a nível das principais, que dizem respeito ao núcleo puro e duro do contrato em causa, como das secundárias, que podem ou não estar presentes no contrato. Por outras palavras, pretendemos aqui analisar – ainda que de forma breve⁴¹ - o conteúdo do contrato em causa, com base não só no disposto na doutrina e jurisprudência, mas essencialmente tendo em consideração a prática contratual⁴².

2.3.1. As obrigações assumidas pelas partes de constituírem entre si relações contratuais futuras ⁴³

Como já *supra* mencionamos, o contrato de concessão comercial estabelece entre as partes uma relação de colaboração, colaboração essa caracterizada, normalmente, pelo seu carácter duradouro, esteja ou não submetida a um prazo.

Como sublinha SOFIA TOMÉ D'ALTE, *“essa colaboração é pois estável, e orienta-se no sentido de promover os interesses de ambas as partes: do concedente em colocar os seus produtos na rede de comercialização, e o do concessionário em vender esses mesmos produtos a terceiros com uma certa margem de lucro”*⁴⁴.

O contrato de concessão comercial não surge assim como um contrato definitivo, mas antes obriga à celebração entre as partes de outros contratos. Deste modo, cumpre analisar separadamente as obrigações seguintes: por um lado, a obrigação a cargo do concessionário de

⁴⁰ Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p.40.

⁴¹ Algumas obrigações/cláusulas usualmente presentes no contrato de concessão comercial, dada a sua simplicidade, serão apenas referidas mas não analisadas.

⁴² Como é sublinhado no Acórdão do TRL de 24.02.2011, *“a circunstância de no texto do contrato não constar determinada cláusula não impede que se possa entender que a mesma integrou e integra, efetivamente o contrato. Ponto é, que a integração/interpretação daquele negócio jurídico o consinta”*. Todos os Acórdãos nacionais referidos no presente trabalho, salvo indicação expressa em contrário, encontram-se livremente disponíveis em www.dgsi.pt

⁴³ A estrutura seguida é igual à utilizada por MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, pp.54-78.

⁴⁴ *Op. cit.*, p.1397.

comprar os produtos ao concedente; e a obrigação, por outro, do concedente vender os produtos ao concessionário⁴⁵.

a) A obrigação do concessionário de comprar produtos ao concedente

Como frisa JOSÉ ALBERTO VIEIRA “o núcleo fundamental da concessão comercial é a promoção da revenda dos produtos do concedente”⁴⁶. Não obstante, o certo é que para tal revenda acontecer é necessário existir por parte do concessionário uma operação de compra dos produtos em causa. Nas palavras do mencionado autor, o concessionário é um “adquirente-revendedor”. Ou seja, o concessionário tem a obrigação, numa primeira fase, de comprar os produtos ao concedente, para assim se tornar possível tudo o resto que caracteriza o contrato de concessão comercial.

Nas palavras de MARIA HELENA BRITO, “se o contrato de concessão comercial fixa ao concessionário a obrigação de revender, impõe-lhe também reflexamente a obrigação de celebrar futuros contratos através dos quais adquira os produtos ao concedente”⁴⁷.

Este dever de aquisição pode-nos surgir sobre variadas formas: diretamente, através da estipulação expressa de tal obrigação de compra, ou mediante a inserção no contrato de uma cláusula de aquisição de quantidades mínimas (obrigação do concessionário comprar, durante um determinado período, uma quantidade mínima dos produtos. Esta obrigação pode alargar-se também à compra de acessórios e peças de substituição), algo bastante frequente nos contratos em causa; ou indiretamente, por via de um dever de revenda (dos produtos do concedente), ou de revenda de uma determinada quota de produtos.

O contrato de concessão comercial impõe, assim, ao concessionário uma obrigação de celebrar contratos com o concedente por via dos quais adquira os produtos necessários para posterior revenda.

⁴⁵ Como refere MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p. 55, “o contrato celebrado entre o concedente e o concessionário não tem, só por si, o efeito de criar obrigações quanto à transferência da propriedade, entrega da coisa e pagamento do preço, mas tão-somente a obrigação de, no futuro, concedente e concessionário celebrarem entre si contratos de compra e venda”.

⁴⁶ *Op. cit.*, p.29.

⁴⁷ *Op. cit.*, p.56.

b) A obrigação do concedente de vender produtos ao concessionário

Por força da celebração do contrato de concessão comercial decorre para o concedente um dever de vender os seus produtos ao concessionário. Atualmente esta é a posição sufragada pela doutrina e jurisprudência, por ser sem dúvida a que mais se compagina com o contrato em causa, uma vez que sem esta obrigação o fim do contrato estaria iminentemente em causa⁴⁸. Como sublinha JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “...se assim não fosse, ao concedente ficaria aberta a porta da paralisação do funcionamento do contrato. Privado do abastecimento de produtos, o concessionário estaria impedido de promover toda a actividade de revenda”⁴⁹. Aliás, é seguro afirmar que o contrato de concessão deixaria de fazer sentido se tal obrigação não existisse, se esse dever não fosse imposto ao concedente. A realização do fim contratual imanente à concessão impõe ao concedente o fornecimento dos produtos para o concessionário os revender.

Sublinhe-se que esta obrigação tanto poderá resultar expressamente da previsão das partes, como surgir da estipulação contratual de um direito de revenda numa determinada zona a favor do concessionário ou, até, da imposição de quantidades mínimas de aquisição a este último (*i.e.* de uma forma indireta). Como refere JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “na falta de estipulação deste teor, a ponderação do fim contratual é suficiente para permitir extrapolar, por via hermenêutica (arts.236 e ss do C.C), um tal dever. Não está ao dispor do concedente o cumprimento do contrato (art.406, n.º1, do C.C). De resto, a solução aqui acolhida derivaria sempre, em última análise, do princípio da boa fé na execução do contrato (art.762.º, n.º2, do Código Civil)”⁵⁰.

Não obstante o *supra* explanado, há que ter em conta certos limites. Se por um lado não é claramente defensável para o concedente a possibilidade de recusar quando bem entender a venda dos seus produtos, também não deverá ser defensável algo completamente oposto, ou seja, que o concedente está obrigado a vender sempre, mediante qualquer solicitação que receba do concessionário. Há que estabelecer aqui um equilíbrio entre as partes, devendo-se analisar a obrigação de venda do concedente por dois diferentes prismas: i) quando se estabeleceu no contrato a obrigação do concessionário adquirir determinadas quantidades

⁴⁸ Há a reter que nem sempre assim sucedeu, tendo existido uma parte da doutrina italiana bastante representativa que defendeu a inexistência de tal dever. Diziam os autores que na falta de estipulação contratual nesse sentido, essa obrigação não poderia recair sobre o concedente.

⁴⁹ *Op. cit.*, p.26.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 28.

mínimas dos produtos, o concedente tem o dever de fornecer tais produtos até perfazer a quota estabelecida; ii) fora dessa situação ou extrapolando essa quota uma análise caso a caso é exigida⁵¹. Deve ser concedido o direito ao concedente de poder em certos casos recusar tal fornecimento, se tal for contrário aos seus objetivos de distribuição ou do ponto de vista da boa-fé não lhe for exigível.

Ou seja, o que o contrato de concessão estabelece, em termos simples, para o concedente é uma obrigação de realizar contratos mediante os quais venda os produtos ao concessionário. Obrigação que terá de ser equilibrada, procurando prosseguir da devida forma os interesses de ambas as partes.

2.3.2. As obrigações adotadas pelas partes relativamente à formação e conteúdo dos contratos a celebrar entre si

a) Cláusulas relativas à formação dos contratos de compra e venda

i) Lugar e tempo de celebração - é comum estas duas variáveis estarem reguladas no contrato de concessão comercial: em que momento e em que lugar devem ser celebrados os futuros contratos de compra e venda;

ii) Forma dos contratos - é habitual as partes estipularem a forma mediante a qual estarão sujeitos os futuros contratos de compra e venda, sendo frequente a sua redução a escrito.

b) Cláusulas atinentes ao conteúdo dos contratos de compra e venda

i) Objeto (produtos) - os produtos a fornecer pelo concedente, que constituem o objeto dos sucessivos contratos de compra e venda, são devidamente descritos no contrato celebrado. É habitual, a par com a indicação dos produtos a fornecer, o contrato de concessão incluir uma cláusula de aquisição mínima (o concessionário obriga-se a adquirir x quantidade de produtos durante um período limitado);

ii) Preço - o preço indicado por regra é o constante do catálogo do concedente, em vigor à data da entrega dos produtos, com a possibilidade da prática de descontos;

⁵¹ Cfr. neste sentido SOFIA TOMÉ D'ALTE, *op. cit.*, p.1401.

- iii) Prazo de entrega dos produtos;
- iv) Prazo de receção dos produtos;
- v) Modalidades de pagamento dos produtos comprados;
- vi) Cláusulas relativas à expedição, transporte e seguros;
- vii) Transferência do risco;
- viii) Reserva de propriedade;
- ix) Cláusula de garantia de qualidade.

2.3.3. O dever de revenda do concessionário

Como sublinha JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “o dever de revenda do concessionário representa o vector central do contrato, núcleo à volta do qual quase todas as outras obrigações contratuais giram”⁵².

Por força da celebração do contrato de concessão comercial decorre para o concessionário um dever de revenda dos produtos adquiridos ao concedente. Tal como inicialmente tem a obrigação de aquisição, o concessionário tem corresponsivamente a obrigação de vender (revender) esses produtos a terceiros. A esse dever associa-se normalmente uma zona territorial fixa: o concessionário tem a obrigação de revender os produtos adquiridos numa circunscrita área geográfica.

Esta obrigação, de prestação de facto positivo⁵³ pode assumir diversos contornos quanto ao seu conteúdo, desde os mais simples aos mais complexos. Ou seja, a par da obrigação de revender os produtos comprados ao concedente, existem por vezes outras cláusulas que densificam a obrigação em causa. A título de exemplo:

- Quotas mínimas de revenda (o concessionário obriga-se a revender uma quantidade mínima de produtos a terceiros);
- Venda exclusiva dos produtos do concedente (o concessionário obriga-se na zona fixada a revender apenas os produtos adquiridos ao concedente);
- e/ou - Obrigação de não vender produtos concorrentes.

⁵² *Op. cit.*, p.30.

⁵³ Cfr. MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p.64, e JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p.32.

2.3.4. As obrigações do concessionário no que concerne à fase de revenda

Como sublinha MARIA HELENA BRITO *“os contratos de concessão não se limitam a impor ao concessionário a obrigação de promover a revenda dos produtos adquiridos ao concedente; fixam também algumas regras que o concessionário deve observar se, e cada vez que, celebrar os contratos de venda com terceiros”*⁵⁴.

Ou seja, falamos aqui da obrigação que impende sobre o concessionário de incluir certas cláusulas nas operações de revenda que concretiza. Por via dessa obrigação o concedente consegue exercer um maior controlo sob o processo de distribuição, acompanhando o produto até ao consumidor final. Por outro lado, se o concedente detiver uma rede de concessionários que distribua o seu produto, com contratos de conteúdo idêntico, conseguirá por esta via assegurar uma distribuição uniforme, com o mesmo modo de funcionamento e rigidamente controlada⁵⁵.

A título de exemplo enumera-se de seguida as questões mais frequentemente reguladas no contrato de concessão comercial, a respeito da fase de revenda:

- a) Classe de compradores (a quem revender);
- b) Imutabilidade dos produtos (revenda dos produtos tal e qual como foram adquiridos, sem qualquer alteração);
- c) Fixação/Aconselhamento do preço de revenda;
- d) Condições de entrega;
- e) Condições de garantia.

2.3.5. As obrigações disciplinadoras da atividade das partes na comercialização (organização e promoção de vendas)

a) As obrigações do concedente – usualmente presentes nos contratos de concessão comercial:

- i) Prestar assistência técnica no que respeita aos produtos por si fornecidos;
- ii) Providenciar pelo fornecimento do material publicitário à parte contrária;
- iii) Prestar garantia aos produtos vendidos;

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁵ MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p.65.

iv) Diligenciar pela oferta de cursos de especialização para os trabalhadores do concessionário;

v) Prestar ao concessionário todas as informações técnicas e comerciais necessárias ao desenvolvimento da atividade;

vi) Ajudar financeiramente o concessionário (participar em certas despesas ou financiar determinados projetos).

b) As obrigações do concessionário – usualmente presentes:

i) Informar regularmente o concedente sobre o desenvolvimento do negócio (relatório de vendas, ficheiro de clientes...);

ii) Manter instalações adequadas;

iii) Promover os produtos;

iv) Angariar clientes e/ou atingir objetivos – determinados - de vendas;

v) Seguir os modelos, administrativos e financeiros, indicados pelo concedente quanto à organização da empresa;

vi) Respeitar as instruções do concedente quanto à comercialização dos produtos;

vii) Assegurar o serviço pós-venda;

viii) Assegurar um *stock* permanente de produtos e peças de substituição;

ix) Contratar quadros qualificados e assegurar a sua formação junto do concedente.

2.3.6. As obrigações de exclusividade

A exclusividade pode ser estipulada de forma unilateral, a favor de qualquer das partes, ou bilateral, a favor de ambas, assim como ter diferentes extensões. Nas palavras de JOSÉ ALBERTO VIEIRA “a cláusula de exclusividade tem um conteúdo negativo, cominando um dever de *non facere*”⁵⁶.

Quando atribuída a favor do concedente, a exclusividade pode assumir diversos contornos.

⁵⁶ *Op. cit.*, p.36.

Desde logo, o contrato *in casu* pode vincular a outra parte – o concessionário – a adquirir os produtos exclusivamente junto do concedente. Falamos aqui de uma obrigação de compra exclusiva (também designada por obrigação de “abastecimento exclusivo”), não sendo exigido porém que o abastecimento represente 100% das necessidades do negócio do distribuidor⁵⁷. Esta obrigação visa impedir que o concessionário obtenha os produtos produzidos ou distribuídos pelo concedente junto de outros produtores/fornecedores.

É também bastante frequente o concessionário obrigar-se, perante o concedente, a não (re)vender, direta ou indiretamente, produtos concorrentes dos que constituem o objeto do contrato. De realçar que esta obrigação de revenda pode assumir vários graus de exclusividade. Desde a obrigação de não vender determinados produtos ou gama de produtos concorrentes com os do concedente, à obrigação de não vender quaisquer outros produtos que não sejam do concedente⁵⁸. Esta obrigação pode igualmente estender-se a produtos, que apesar de não serem concorrentes, são fabricados por produtores concorrentes ou até pelo próprio concessionário⁵⁹.

Neste sentido, a Comissão Europeia, no art. 1º, nº1, alínea d) do Regulamento (UE) nº 330/2010, adota o conceito de “obrigação de não concorrência” para *“qualquer obrigação direta ou indireta que impeça o comprador de fabricar, adquirir, vender ou revender bens ou serviços que entrem em concorrência com os bens ou serviços contratuais, ou qualquer obrigação direta ou indireta imposta ao comprador no sentido de adquirir ao fornecedor⁶⁰ ou a outra empresa designada pelo fornecedor mais de 80 % das suas compras totais dos bens ou serviços contratuais e respetivos substitutos no mercado relevante, calculados com base no valor ou, caso tal corresponda à prática normal do setor, com base no volume das suas compras do ano civil anterior”*⁶¹.

⁵⁷ A jurisprudência do TJUE tem entendido que uma obrigação atinente a 75% ou 80% das necessidades totais do comprador já é passível de ser considerada uma obrigação de compra exclusiva. Cfr. a este respeito o Acórdão TJ, de 13.02.1979, Proc. 85/76 *Hoffman – La Roche*/Comissão, Col. 1979-I, p. 217, parágrafo 83, alíneas c) e d) e parágrafo 89.

⁵⁸ Cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p.36.

⁵⁹ De notar que em regra, como sublinha MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p. 73, nota 55, *“o contrato não impõe ao concessionário a obrigação de não vender produtos que não estejam em concorrência com os produtos que constituem o objecto do contrato. Mas é frequente a inclusão de uma cláusula que obriga o concessionário, por um lado, a dar conhecimento à outra parte do facto de distribuir produtos não concorrentes e, por outro, a não prejudicar, por essa razão, o pleno cumprimento dos deveres assumidos perante o concedente”*.

⁶⁰ Ao longo do presente trabalho além do “produtor” será igualmente feita a referência a “fornecedor”. Fornecedor é todo aquele que fornece mercadorias ou serviços. Pode ser utilizado como contraparte do concessionário (o concedente), para designar terceiros (fornecedores estanhos ao contrato de concessão – os concorrentes), como num sentido geral.

⁶¹ Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n. 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, publicado no JOUE em 23.04.2010, L 102, pp.1-7.

A par com esta exclusividade de compra e de revenda há que ter igualmente em consideração a “exclusividade territorial” imposta ao concessionário. Trata-se da atribuição de uma zona geográfica de atuação exclusiva: o concessionário obriga-se a exercer a sua atividade apenas numa determinada e específica zona. Ou seja, através desta cláusula, o concessionário obriga-se, direta ou indiretamente, a vender os produtos comprados ao concedente só na zona referida no contrato.

Por exemplo, o concessionário A tem como área de distribuição os concelhos do distrito de Braga, o concessionário B os concelhos do distrito do Porto e o concessionário C os concelhos do distrito de Lisboa. Nestes casos é comum a inclusão no contrato de uma cláusula do género: *“O concessionário deve, entre outras obrigações, vender os produtos da empresa X dentro do território concedido, abstendo-se de promover ativamente as vendas dos mesmos produtos fora do referido território, tal como definido no anexo I”*. Tratam-se aqui das designadas “vendas ativas”, ou seja, significa isto que o concessionário fica impedido, por força da citada alínea, de vender os produtos fora da área geográfica que lhe foi atribuída. Existe, assim, por esta via uma exclusividade, uma vez que o concessionário só pode distribuir naquela zona, não lhe sendo permitido qualquer venda – ativa - fora do território concedido.

A par com as vendas ativas, existem igualmente as denominadas vendas passivas. De acordo com o Acórdão do TRL de 09.04.2013 *“são consideradas «vendas passivas», aquelas no âmbito das quais são os consumidores que tomam a iniciativa de procurar o distribuidor”*, ou seja, aquelas vendas efetuadas em resposta a uma encomenda espontânea por parte de um cliente que se encontra fora do território concedido⁶². Aqui não é o concessionário que procura o cliente, mas o cliente que o procura⁶³.

Por outro lado, quando estabelecida a favor do concessionário, isto significa que o concedente obriga-se a vender os produtos contratualmente acordados apenas àquele, na zona concedida (“distribuição exclusiva”).

⁶² Naturalmente que os distribuidores, com o intuito de se adaptarem ao mercado atual, utilizam a internet para divulgarem os seus produtos. Ora, se um consumidor visitar o *site* do concessionário e se mostrar interessado em comprar um produto, a venda que daí resultar deve ser considerada como uma venda passiva. O mesmo se aplica ao caso em que o cliente pede para ser informado acerca de novos produtos que surjam (serviço automático) e daí resulte uma venda. Cfr. *Regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição - Política de Concorrência na Europa*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 16, disponível no seguinte endereço: <http://bookshop.europa.eu/pt/regras-de-concorr-ncia-aplic-veis-aos-acordos-de-fornecimento-e-distribui-o-pbKD3211986/>

⁶³ Quanto às vendas passivas, cfr. Comunicação da Comissão Europeia - *Orientações relativas às restrições verticais*, publicada no JOUE em 19.05.2010, C 130, pp. 1-46, ponto 51 das orientações, 2º travessão.

Não obstante, tal exclusividade não põe em causa a possibilidade de o concedente reservar para si o direito de vender os produtos diretamente a determinados sujeitos, como sejam o Estado, cadeias de hipermercados, etc. Todavia, como defende SOFIA TOMÉ D'ALTE “ *se tal reserva se não fizer contratualmente, deverá ainda assim entender-se que, pelo menos na zona de concessão somente o concessionário poderá proceder à venda dos produtos do concedente*”⁶⁴.

Por último, a exclusividade poderá também ser recíproca: i) o concessionário obriga-se a não adquirir e a não vender produtos concorrentes/de outras entidades que não o concedente; ii) o concedente vincula-se para com o concessionário a não vender os produtos em causa a outros concessionários ou revendedores, na zona atribuída.

Densifica-se assim aqui a questão da exclusividade territorial *supra* aludida, uma vez que o concessionário por via da presente bilateralidade (obrigações para ambas as partes) detém o exclusivo de revenda na área geográfica que lhe foi atribuída. Ou seja, o concessionário obriga-se a revender os produtos apenas numa determinada área, mas com a segurança do exclusivo territorial que o concedente lhe proporciona.

Este exclusivo territorial pode assumir uma maior proporção se o concedente assumir uma obrigação de proteção territorial absoluta da área concedida ao concessionário (exclusividade reforçada ou fechada). A exclusividade reforçada diz respeito àqueles casos em que o concedente atribui o exclusivo em determinada área territorial apenas àquele concessionário, abstendo-se de ele próprio comercializar naquela zona, assim como proibindo que outros concessionários revendam, direta ou indiretamente, na área em questão. Estão também aqui incluídas aquelas situações em que o concedente assume o compromisso de não vender os produtos objeto do contrato a outros clientes/distribuidores caso saiba que estes pretendem revendê-los na zona atribuída ao concessionário.

Chegados a este ponto, é importante ainda ter presente que as obrigações de exclusividade que estamos a analisar não necessitam de estar expressamente consagradas no acordo. Na realidade, pode não existir uma exclusividade formal, prevista no contrato, mas ela subsistir plenamente na prática. Como sublinha GONÇALO ANASTÁCIO, “*não é necessária uma obrigação formalizada num contrato, sendo suficiente a existência de um efeito equivalente*”⁶⁵.

⁶⁴ *Op. cit.*, pp. 1408-1409.

⁶⁵ «Artigo 11º» in *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 141.

Como o contrato de concessão comercial não necessita de se submeter, em concreto, a uma forma específica, a exclusividade que nos interessa é a de facto, ou seja, ao que efetivamente as partes se obrigam na prática. De reter que o próprio nome também não é o mais relevante aqui, uma vez que existem diversas obrigações a que as partes se sujeitam que são na realidade obrigações de exclusividade, apesar do nome atribuído ser outro. Mais uma vez, o que assume importância é a realidade dos factos⁶⁶.

Não obstante, cumpre sublinhar que apesar de atualmente (sobretudo devido às imposições do Direito da Concorrência) se referir que a exclusividade não é uma característica intrínseca ao contrato de concessão comercial, a verdade é que a prática dita uma realidade bem distinta. As obrigações de exclusividade continuam a ser das cláusulas mais estipuladas no contrato de concessão, sendo raro o contrato que não estipula tais obrigações, pelo menos a favor do concedente (situação mais comum). Ou seja, a exclusividade pode perfeitamente não ser uma característica essencial para a definição do contrato de concessão comercial, como é posição maioritária, mas isto não significa que na prática ela não esteja habitualmente presente, como assim demonstra a realidade⁶⁷.

Aliás, ainda existe nos dias de hoje quer doutrina quer jurisprudência que na definição do contrato de concessão incluem a exclusividade⁶⁸.

Por exemplo, no *Dicionário Jurídico – contratos e obrigações*, entende-se por concessionário aquele “*comerciante independente que aceita comprar para revender apenas certos materiais ou produtos de marca determinada, com a condição de o fabricante ou construtor lhe atribuir a exclusividade de venda num sector determinado*”⁶⁹.

Na jurisprudência, o Acórdão do STJ de 20.06.2013, defendeu que são “*os seguintes os traços caracterizadores de tal contrato: (i) estabilidade do vínculo; (ii) dever de venda dos produtos a cargo do concedente; (iii) dever de aquisição impendente sobre o concessionário; (iv) dever de revenda; (v) actuação do concessionário, em nome e por conta própria; (vi) autonomia; (vii) exclusividade; (viii) zona de actuação*”.

⁶⁶ O TJUE já considerou que, por exemplo, uma obrigação de armazenagem pode em certas condições conduzir ao mesmo resultado que um exposto acordo de compra exclusiva. Cfr. processo T-65/98 Van den Bergh Foods/ Comissão, Col.2003, p.II-4653. Ver também RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 363. Todos os Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia e referidos ao longo do presente trabalho podem ser consultados através do *site* <http://curia.europa.eu/>, bastando colocar o número do processo.

⁶⁷ Cfr., a título de exemplo, o Ac. TRL 09.04.2013 e o Ac. TRL 14.11.2013, que apesar de defenderem a não essencialidade da cláusula, admitem a frequência com que ela surge associada ao contrato em questão.

⁶⁸ A título de curiosidade, ainda existem sistemas jurídicos, como o francês, que consideram a exclusividade uma nota essencial do contrato de concessão comercial.

⁶⁹ Vol. I, de F. CUNHA LEAL CARMO, Escolar Editora, 2013, p.50.

2.4. Regime jurídico ⁷⁰

Ora, como sabemos, o contrato de concessão comercial é um contrato legalmente atípico e inominado, ou seja, não possui um regime legal próprio, nem um “*nomen iuris*”. Deste modo, surge naturalmente o problema de saber que regime jurídico será de lhe aplicar.

Desde logo, e porque se trata de um contrato, deve-se ter em conta as próprias cláusulas estipuladas pelas partes (art. 405º do Código Civil), desde que lícitas obviamente⁷¹, dando-se assim primazia à vontade dos contraentes. De sublinhar que nos encontramos perante uma figura contratual assente na autonomia privada, não estando sujeita, por princípio, a qualquer forma solene⁷².

Importa igualmente ter em consideração os “princípios e as regras gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico”, nomeadamente no que diz respeito à formação do contrato, à idoneidade dos contraentes, à declaração negocial, ao conteúdo, ao cumprimento ou incumprimento e ao comportamento das partes⁷³.

Além do descrito, há ainda que ter em linha de conta o regime dedicado às cláusulas contratuais gerais (cfr. a LCCG – DL nº 446/85), pois como sublinha ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “*é natural que em muitos casos – maxime quando se pretende uniformizar as condições contratuais e de actuação dos vários distribuidores no âmbito da rede – seja esse o modus negocial típico e adequado da formação destes contratos*”⁷⁴.

No que diz respeito às lacunas do regime jurídico - contratual predisposto pelas partes, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesas têm reconhecido o contrato de agência como aquele “*cujo regime se mostra mais vocacionado, à partida, para se aplicar ao contrato de concessão*”⁷⁵, admitindo assim o recurso à analogia (art. 10º do Código Civil)⁷⁶. De referir, que o contrato de agência começou igualmente por ser um contrato atípico e inominado, sendo designado no início como uma “representação comercial”, ao qual eram-lhe aplicáveis as regras

⁷⁰ Para este tema cfr. a nível doutrinário, entre outros: MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pp.768-770; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, pp.64-71, e pp.117-118; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, *cit.*, pp.450-451; SOFIA TOMÉ D'ALTE, *op. cit.*, pp.1418 e ss. A nível jurisprudencial cfr., a título meramente exemplificativo, Ac. STJ 05.03.2009, Ac. STJ 27.10.2011, Ac. TRP 30.06.2011, Ac. TRP 11.09.2012, Ac. TRP 17.10.2013, Ac. TRC 18.02.2014, Ac. TRL 14.11.2013, e Ac. TRL 22.05.2014.

⁷¹ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 65.

⁷² O contrato de concessão comercial pode até ser meramente verbal.

⁷³ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, p. 65.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial*, *cit.*, p.66.

⁷⁶ Posição igualmente sufragada no direito comparado. De reter que as normas mais relevantes e aplicáveis por analogia ao contrato de concessão dizem respeito à cessação do contrato e à indemnização de clientela.

do mandato mercantil e da comissão. Mais tarde, fruto da necessidade de regulação, recebeu um regime jurídico próprio por via do DL n.º 178/86, de 3 de julho, o qual reconheceu expressamente no final do n.º4 do seu preâmbulo a possibilidade de aplicação analógica de tal regime à figura da concessão comercial. Independentemente das diferenças assinaláveis em ambas as figuras, dos seus contornos distintos e característicos, o certo é que existem pontos de contacto e semelhanças que justificam tal aplicação analógica. Ou como o próprio ANTÓNIO PINTO MONTEIRO sublinha, e bem, é *“metodologicamente correcto, perante um contrato legalmente atípico, atender às regras dos contratos mais próximos, às regras daqueles contratos que tenham a sua disciplina fixada na lei e possam aplicar-se aos contratos de concessão...por analogia”*⁷⁷.

Não obstante o exposto e isto é importante de sublinhar, a aplicação das disposições previstas no DL n.º 178/86 ao contrato de concessão comercial dadas as semelhanças existentes, não significa que o seu regime jurídico se deva ter por idêntico, apresentando o contrato de concessão comercial especificidades, às quais deve ser conferida a devida relevância, tanto por ocasião da escolha do tipo contratual, bem como no momento da sua negociação, e tendo sempre em consideração os particulares interesses de cada uma das partes.

Ponto assente será claramente o seguinte: o recurso à analogia não é (nem deve ser) automático, mas antes depende da análise do caso em concreto. O recurso ao regime legal da agência deve ser ponderado, sendo necessário averiguar para cada situação se a norma que se quer aplicar permite uma aplicação analógica, ou seja, é necessário ponderar se a *ratio* daquele normativo se adequa ao contrato de concessão comercial⁷⁸.

2.5. O contrato de concessão comercial no Direito Comparado: breve referência⁷⁹

Tal como sucede na ordem jurídica portuguesa, o contrato de concessão comercial não é acolhido expressamente a nível legal na generalidade das ordens jurídicas estrangeiras. A

⁷⁷ *Op. cit.*, p.66.

⁷⁸ Cfr. FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *op. cit.*, pp.93-103; e MARIANA SOARES DAVID, «A Aplicação Analógica do Regime Jurídico da Cessação do Contrato de Agência aos Contratos de Concessão Comercial: Tradição ou Verdadeira Analogia?», *ROA*, ano 71, vol.III, julho - setembro, 2011, pp.885-908, que analisam criticamente esta posição quase uniforme da doutrina e jurisprudência portuguesas (*i.e.* a aplicação analógica do regime jurídico da agência).

⁷⁹ Para melhor explicação cfr. FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *op. cit.*, pp.82-92.

atipicidade legal que lhe está subjacente no nosso ordenamento é, aliás, uma situação bastante comum no direito comparado. O próprio preâmbulo do DL n.º 178/86, de 3 de julho, ao referir-se aos traços diferenciadores entre o contrato de agência e o contrato de concessão comercial, fala da tendência seguida pelo direito comparado em manter o contrato de concessão comercial como um contrato atípico, assim como da necessidade de se lhe aplicar por analogia o regime jurídico do contrato de agência. Nas suas exatas palavras: *“relativamente a este último, deteta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia - quando e na medida em que ela se verifique -, o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato”* (ponto 4, *in fine*).

Como países exceção podemos apontar a Bélgica (Lei de 27 de julho de 1961, alterada pela Lei de 13 de abril de 1971)⁸⁰, o Brasil (Lei n. 6.729/79, de 28 de novembro de 1979, conhecida como *Lei Ferrari*)⁸¹, Angola (Lei n. 18/2003, de 12 de agosto) e Macau (Código Comercial, arts. 657º e 658º)⁸².

O art.657º do Código Comercial de Macau, de 1999, define o contrato de concessão comercial nos seguintes termos:

“Concessão Comercial é o contrato pelo qual uma das partes, em seu nome e por conta própria, se obriga a comprar e a revender, em certa zona e de modo estável, os bens produzidos ou distribuídos pela outra, sujeitando-se a um certo controlo por parte desta”.

A lei belga, por sua vez, utiliza antes a seguinte definição: *“convenção em virtude da qual um concedente reserva, a um ou a vários concessionários, o direito de vender, em seu próprio nome e por conta própria, os produtos que aquele fabrica ou distribui”* (artigo 1º, parágrafo 2).

⁸⁰ No entanto com um âmbito muito restrito, limitando-se a regular a duração e a cessação da figura em causa.

⁸¹ De realçar, no entanto, que esta lei circunscreve-se ao setor automóvel. Nos restantes setores continua a vigorar a atipicidade do contrato de concessão comercial. Para perceber melhor o contrato de concessão comercial no Direito brasileiro, importa cfr. FÁBIO ULHOA COELHO, «Os contratos de distribuição comercial no direito brasileiro», *in Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, 2014, editora Saraiva, págs. 225-256.

⁸² De realçar a *«Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Contratos de Distribución»*, espanhola, preparada pela *«Comisión General de Codificación»* e publicada no *«Boletín de Información del Ministerio de Justicia»*, ano LX (1-02-2006), n.º2006, pp.216 e ss. Tem como objetivo cobrir o regime jurídico geral dos contratos de distribuição comercial, porém acontece que até ao momento ainda não passou a fase pré-legislativa (assim como exclui do seu âmbito o contrato de agência). A discussão em Espanha quanto à consagração de um regime jurídico dos contratos de distribuição tem levado à apresentação de iniciativas legislativas interessantes (mas ainda nenhuma definitiva). Importa cfr. a este título, ainda que referente ao ano de 2009, o *«Informe sobre la problemática de los contratos de distribución»* elaborado pela *Dirección General de Política Comercial*, livremente disponível na *internet*.

2.6. Distinção de figuras afins: agência e franquia ⁸³

O contrato de concessão comercial insere-se, como já *supra* referimos, nos denominados contratos de distribuição comercial. Porém, a par desta figura outras coexistem, integrando-se igualmente nos contratos de distribuição comercial, em específico na dita distribuição indireta integrada.

Ora, são três, atualmente, as principais figuras que se destacam quando se alude aos ditos contratos de distribuição comercial, na modalidade *supra* exposta: agência, concessão comercial e franquia. Deste modo, importa, ainda que a título breve e simplista, fazer a distinção entre elas. Afinal, como sublinha MENEZES CORDEIRO, *“o contrato de concessão comercial fica mais claro se se proceder à sua distinção de outras figuras afins”* ⁸⁴.

Quanto à agência, esta é a única que recebe na lei portuguesa tratamento próprio, em particular no DL n.º 178/86, posteriormente alterado e republicado com o DL n.º 118/93, de 13 de abril. Ou seja, a agência é o único contrato, em Portugal, nas modalidades referidas, que goza de *tipicidade legal*. De acordo com o seu artigo 1.º, n.º1, entende-se por contrato de agência o *“contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”*. Da análise da própria noção legal é possível depreendermos os elementos essenciais que caracterizam a figura da agência e que a distinguem assim do contrato de concessão comercial. Deste modo, sobressai desde logo o seguinte aspeto: o agente atua por conta do principal, promovendo a celebração de contratos a favor do principal. O agente desempenha, assim, sobretudo uma tarefa de prospeção de mercado e angariação de clientes em benefício do principal. Pelo contrário, o concessionário adquire os produtos ao concedente, tornando-se o seu proprietário, assume os riscos referentes à comercialização e é parte nos contratos que posteriormente promove e efetivamente realiza.

Por sua vez, a franquia, ou *franchising*, sem tratamento jurídico tal e qual a concessão comercial, pode definir-se, nas palavras de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, como o *“contrato pelo qual um empresário – o franquizador – concede a outro empresário – o franquiado – o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respetivos bens imateriais de suporte (mormente a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada do primeiro, de forma estável*

⁸³ Cfr. SOFIA TOMÉ D'ALTE, *op. cit.*, págs 1410-1418.

⁸⁴ *Op. cit.*, p.764.

e a troca de uma retribuição”⁸⁵ (por exemplo, a grande cadeia de *fast-food McDonald’s* apoia-se precisamente neste modelo de distribuição). Ao contrário da concessão, em que os consumidores têm bem patente a quem é que estão a adquirir os produtos (por exemplo, ao stand de automóveis X ou ao stand Y), nunca se confundindo o concessionário com o concedente, uma vez que este atua em seu próprio nome e com a sua insígnia, já na franquia isso não sucede. Apesar de ser o franquiado quem atua e assume os riscos reais dessa atuação, a verdade é que tendo em linha de conta a utilização do nome, insígnia, marca e *know how* do franquiador, o consumidor tem a ilusão que está a adquirir os produtos diretamente a este, sem sequer ter o cuidado de perceber quem é o real dono do estabelecimento. Por outro lado, no contrato de franquia o franquiador é remunerado pelo franquiado através do pagamento inicial de determinada quantia (“direito de entrada”) e periodicamente através do pagamento de *royalties*. No contrato de concessão comercial, não existe qualquer remuneração desse género.

⁸⁵ *Direito dos Contratos Comerciais, cit.*, pp.451-452.

CAPÍTULO II.

A CONCORRÊNCIA

1. A Concorrência

1.1. Conceito

É certo e assente que a concorrência assume uma enorme importância no contexto económico e empresarial, sendo bastante usual a sua referência em estudos de análise do mercado. Ora, coloca-se então a seguinte questão: o que é a concorrência? O que significa? Não basta usar a expressão “concorrência”, é essencial definir o que se entende por tal, *“pois é este o bem tutelado pela norma incriminadora”*, como sublinha MIGUEL MENDES PEREIRA⁸⁶.

Ora, nas palavras de ABEL M. MATEUS, *“a concorrência é o mecanismo de informação e descentralização do mercado, que rege o comportamento das empresas na sua decisão autónoma de preços, produção, investimento e marketing, central ao funcionamento de uma economia do mercado. É através da rivalidade entre as empresas que estas procuram minimizar os custos, maximizar os lucros e desta maneira maximizam a eficiência e o bem-estar dos consumidores, bem como contribuem através da corrida pela inovação para o progresso técnico numa sociedade”*⁸⁷.

A existência de uma concorrência saudável acarreta vantagens para todo o mercado, quer em relação aos operadores económicos, quer em relação ao consumidor, pelo que a sua defesa assume primordial importância. É por meio de uma concorrência livre e sã que a existência de preços competitivos se torna possível, que o mercado se torna acessível aos consumidores, que existe uma maior oferta de produtos e serviços diversificados e inovadores. A defesa da concorrência, essencial tanto do ponto de vista social como económico, representa a luta pelo bem-estar dos consumidores, pela transparência entre empresas, pela igualdade de oportunidades, pela qualidade, competitividade e produtividade, sendo aplicável tanto ao setor público como privado⁸⁸.

⁸⁶ *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.97.

⁸⁷ «Economia, Direito da Concorrência e Regulação», *Sub Judice*, n.º40, julho/setembro, 2007, p.11.

⁸⁸ Cfr. ANDRÉ MIGUEL DOS SANTOS LOPES DA SILVA, “*O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas*”, Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, julho de 2013, sob orientação do Prof. Dr. José Cruz, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, p.6.

Como sublinha ADALBERTO COSTA, “a concorrência existe quase por toda a parte, desde a economia até à política, seja nos preços, na qualidade dos bens, nos serviços, na publicidade, nos lobbys e nos grupos de pressão que funcionam junto do poder governamental, etc.”⁸⁹.

Nesta senda, podemos assinalar três pressupostos essenciais atinentes à concorrência: i) liberdade de acesso ao mercado; ii) liberdade de ação no que concerne à oferta; e iii) liberdade de escolha em relação à procura⁹⁰.

1.2. O modelo atual de concorrência⁹¹

Como salienta sabiamente o Tribunal do Comércio de Lisboa⁹² “na realidade em que vivemos a concorrência perfeita (sistema em que grande número de pequenos fornecedores abasteça o mercado com o mesmo tipo de produtos ou serviços, a preços idênticos, e sem qualquer tipo de colusão entre si) não existe”⁹³.

Quando se fala atualmente em concorrência é comum a referência a termos como “concorrência efetiva”, “concorrência praticável”, “workable competition”, ou “concorrência possível”⁹⁴. Ou seja, nos tempos que correm a ideia de um modelo de concorrência pura e perfeita é apenas isso, uma ideia, uma teoria, mas não uma realidade. Um sistema de concorrência perfeita se não impossível é bastante raro⁹⁵, reconhecendo-se atualmente que as regras da concorrência não têm em vista “uma completa liberdade de ação das empresas, com a correspondente liberdade total de escolha por parte dos consumidores - isto é, uma concorrência pura e perfeita, que ignoraria a realidade do mercado europeu – mas apenas uma

⁸⁹ *Op. cit.*, p.206, nota 18.

⁹⁰ ADALBERTO COSTA, *op. cit.*, p. 197, nota 13. Nas palavras deste autor, “qualquer violação a um qualquer destes pressupostos, constitui claramente restrição e /ou distorção da concorrência”.

⁹¹ Como sublinha EDUARDO PAZ FERREIRA, *Lições de Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, p.470, “é, de facto, fundamental que, quando se fala em legislação de defesa da concorrência, se determine realmente o que se procura defender, uma vez que se poderá dar por assente a impossibilidade de manter um modelo de concorrência perfeita como arquétipo de organização”. Para melhor perceção deste tema cfr. EDUARDO RAUL LOPES RODRIGUES, *O Essencial da Política de Concorrência*, Instituto Nacional de Administração (INA), Oeiras, 2005, pp.96 e ss.

⁹² Sentença de 14.12.2005, proc. n.º 1307/05.6TYLSB (2º juízo).

⁹³ Para uma boa explicação de ambos os conceitos cfr. ANSELMO RODRIGUES, “Sobre a aplicação da lei da concorrência às profissões liberais” in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol.II, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 1113-1127.

⁹⁴ Cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, *op. cit.*, p.470.

⁹⁵ Como frisa EDUARDO RAUL LOPES RODRIGUES, *op. cit.*, p.120, “...o regime da concorrência perfeita é um modelo teórico cujos pressupostos raramente, ou mesmo nunca, têm uma expressão concreta no quotidiano das empresas, das famílias e/ou dos consumidores, e por isso mesmo, a sua utilidade prática é limitada...”.

concorrência praticável, isto é, uma concorrência efectiva e eficaz no quadro de um mercado tradicionalmente pouco concorrencial”⁹⁶.

2. O Direito da Concorrência

2.1. A importância do Direito da Concorrência

“A preservação e promoção da concorrência é um bem público que suporta o funcionamento da economia de mercado e mesmo a própria democracia”⁹⁷.

Como salienta RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *“o direito da concorrência é um instrumento essencial da economia de mercado. A sua aplicação visa defender o normal funcionamento dos mercados e permitir assim ao consumidor usufruir dos benefícios a que a concorrência dá origem, maxime, preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços. Os três principais elementos deste ramo do direito são o regime jurídico do controlo das operações de concentração, o dos acordos proibidos (que inclui as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas) e o dos abusos de posição dominante”⁹⁸.*

As normas jurídicas existentes pretendem essencialmente a defesa, preservação e a promoção do mercado contra os agentes económicos cujos comportamentos lesam a concorrência. Estas normas delimitam a linha de fronteira entre aquilo que é lícito e ilícito, sancionando os comportamentos considerados ilícitos⁹⁹.

⁹⁶ JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS e ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual de Direito Europeu – o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 618. Continuando na senda dos mesmos autores, *ibidem*, *“ poderemos concluir que existirá uma concorrência efectiva e eficaz se às empresas for assegurada liberdade de acesso ao mercado e se elas dispuserem da liberdade de acção necessária para autonomamente tomarem as suas decisões; e se, em correspondência com esta liberdade das empresas, os consumidores e utilizadores puderem exercer a liberdade de escolha em função do preço e da qualidade dos bens e serviços que lhe são propostos”*.

⁹⁷ ABEL M. MATEUS, «Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência», *ROA*, 2006, ano 66, vol. III, dezembro, p. 1067.

⁹⁸ *Op. cit.*, p.11.

⁹⁹ ADALBERTO COSTA, *op. cit.*, p.205.

2.2. Ponto de ordem: direito de defesa da concorrência vs instituto da concorrência desleal

Há, desde logo, que sublinhar que a defesa da concorrência não se confunde com a disciplina jurídica da concorrência desleal entre empresas. Como alerta LUÍS CABRAL DE MONCADA *“esta última não pretende preservar o mercado como regulador da decisão económica mas apenas colocar os agentes económicos ao abrigo de certas práticas lesivas dos princípios de deontologia profissional. É por isso que entre nós é regulada no Código de Propriedade Industrial”*¹⁰⁰.

Ou nas sábias palavras de AZEEM BANGY e JOÃO FERREIRA:

*“Enquanto o direito de defesa da concorrência se revela como garante do princípio da liberdade de comércio, da liberdade de indústria e da liberdade contratual, protegendo o funcionamento do mercado, eventualmente afectado por comportamentos de outros agentes económicos isolados ou coligados, o instituto da concorrência desleal visa, não a protecção das estruturas e do funcionamento, mas a protecção dos agentes económicos contra actuações dos seus concorrentes contrárias a princípios de deontologia profissional”*¹⁰¹.

Apesar de, como evidenciado por ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, ambos os regimes, não obstante as suas diferenças, deverem ser articulados¹⁰², importa clarificar que o presente trabalho apenas versará sobre o instituto da defesa da concorrência, uma vez que tendo em consideração o tema em análise a disciplina da concorrência desleal não assume qualquer relevo *in casu*¹⁰³.

¹⁰⁰ *Direito Económico*, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.481.

¹⁰¹ *Guia Prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia*, Colecção D'Hoje, AJE - Sociedade Editorial, Estoril, 1999, p. 32.

¹⁰² ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUELA LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p.262.

¹⁰³ Desvio de clientela, difamação comercial e apropriação indevida de sinais comerciais, são apenas alguns exemplos dos comportamentos proibidos pelo instituto da concorrência desleal e que este se preocupa em combater. Aqui o que está em causa é a tutela de direitos privados/direitos subjetivos, por enquanto no direito de defesa da concorrência está em causa um direito eminentemente público, onde o que se pretende é a preservação da estrutura concorrencial dos mercados. Para um estudo mais pormenorizado da concorrência desleal assume aqui interesse a obra de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002.

2.3. Aplicação do Direito da Concorrência: cooperação das autoridades

O Direito da Concorrência é aplicado, em conjunto e em articulação, pelas autoridades europeias¹⁰⁴ e nacionais, sendo de dar especial destaque à Comissão Europeia e às autoridades nacionais da concorrência¹⁰⁵.

Citando o autor JÓNATAS MACHADO, *“a aplicação descentralizada do direito da concorrência, através da cooperação entre as várias autoridades, pretende aumentar a respectiva eficácia. A mesma reduz substancialmente os custos das investigações e, conseqüentemente, da efectividade do direito da concorrência, representando um ganho significativo quando o impacto da conduta das empresas se faça sentir em diferentes Estados”*¹⁰⁶.

A entrada em vigor do Regulamento nº1/2003¹⁰⁷, em 2004, implicou uma autêntica alteração na aplicação das disposições relativas à defesa da concorrência, em especial no que diz respeito à sua descentralização. Nas palavras de CRUZ VILAÇA este regulamento introduziu uma *“revolução copernicana no sistema de controlo da concorrência no âmbito da União”*¹⁰⁸.

Com este regulamento passou a existir um regime de competências paralelas, ou seja, aquelas regras são aplicadas, por princípio¹⁰⁹, tanto pela Comissão Europeia, como pelas autoridades da concorrência e tribunais nacionais¹¹⁰. A cooperação recíproca entre a Comissão Europeia e as Autoridades Nacionais vem disciplinada nos artigos 11º a 13º do Regulamento, por enquanto a colaboração com os tribunais encontra-se prevista no art. 15º do Regulamento, assim como na Comunicação da Comissão a esse respeito¹¹¹. De realçar ainda, que *“num*

¹⁰⁴ Comissão Europeia, Tribunal de Primeira Instância (TPI) e Tribunal de Justiça (TJ).

¹⁰⁵ Em Portugal a Autoridade da Concorrência (AdC), órgão por excelência em matéria de defesa da concorrência, foi criada pelo DL nº10/2003, de 18 de janeiro. Com a entrada em vigor do DL nº125/2014, de 18 de agosto, é revogado o diploma *supra* referido, com exceção dos arts.1º e 7º. Por dispor de conteúdos de relevante interesse importa cfr. o site da AdC: www.concorrencia.pt. De realçar que das decisões proferidas pela AdC cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (art. 84º, nº3 da LdC). Este tribunal, de competência especializada, foi criado pela Lei nº 46/2011, de 24 de junho.

¹⁰⁶ *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p.382.

¹⁰⁷ Em rigor, Regulamento nº 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado. J.O. L 1/1, de 04.01.2003.

¹⁰⁸ «O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.º Semestre 2004, n.º 1, p. 38.

¹⁰⁹ Em determinados domínios a Comissão tem competência exclusiva, como é o caso das concentrações europeias e os auxílios de Estado.

¹¹⁰ Até aquele momento as autoridades nacionais de concorrência e os tribunais nacionais tinham competência para a aplicação dos art.101º nº1 e art. 102º. Com a entrada em vigor do Reg.1/2003 estes passam a ter competência igualmente para a aplicação direta do art.101º nº3 (*i.e.* o regime derogatório).

¹¹¹ Cfr. *“Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE”*, publicada no JOUE C 101, de 27/04/2004, pp. 54 e ss. Todas as publicações efetuadas no Jornal Oficial podem ser consultadas através do site <http://eur-lex.europa.eu>. De realçar ainda que sempre que os tribunais nacionais se vejam na situação de ter que aplicar o direito da UE relativo à concorrência estes dispõem de mecanismos de cooperação com o TJUE (cfr. art.267º do TFUE).

sistema de competências paralelas, como o que está em análise, devem-se evitar os conflitos entre decisões, a fim de garantir o respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias da concorrência” ¹¹². Por essa mesma razão, os tribunais nacionais e as autoridades nacionais da concorrência não podem tomar decisões contrárias às decisões da Comissão e aos processos por ela iniciados (art.11º nº6 e art.16º do Regulamento).

Esta cooperação que tanto se fala, entre as autoridades europeias e as autoridades nacionais, implicou aliás a criação da Rede Europeia de Concorrência (*ECN – European Competition Network*), coordenada pela Comissão, e orientada por princípios de coerência, cooperação, eficiência e proteção dos direitos de defesa. Esta Rede iniciou a sua atividade em 2004, no decorrer da entrada em vigor do Reg. nº1/2003, já *supra* referido, e tem como objetivo a aplicação eficaz e coesa do Direito da Concorrência em toda a União Europeia, tendo ao seu dispor diversos mecanismos de cooperação entre os Estados-Membros¹¹³.

Tendo em consideração o primado do Direito da União Europeia, a necessidade das normas nacionais se adaptarem ao previsto a nível europeu e a ampla convergência entre ambas as legislações, tanto o regime europeu de defesa da concorrência como o nacional serão doravante, por regra, analisados em paralelo. Nas situações em que porventura existam diferenças relevantes, tais casos serão devidamente assinalados¹¹⁴.

Ao fim ao cabo, e como muito bem salienta ALFREDO MARQUES, *“as políticas da concorrência, qualquer que seja o nível territorial a que são praticadas, têm por objectivo próprio assegurar o funcionamento eficiente dos mercados”* ¹¹⁵.

¹¹² JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, tomo I, 4ª edição, 2013, Almedina, Coimbra, p. 312.

¹¹³ Cfr. a *“Comunicação da Comissão sobre cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência”*, publicada no JOUE C101, de 27.4.2004.

¹¹⁴ Dado o primado do direito da UE por vezes pode suceder, no decurso deste trabalho, que sejam apenas referidas as disposições legais do TFUE. Nestes casos, se não for efetuada nenhuma ressalva quanto à legislação nacional deve-se entender que o conteúdo é o mesmo ou bastante semelhante, razão pela qual se evitam repetições desnecessárias.

¹¹⁵ *Economia da União Europeia*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011, p.217.

3. Apreciação e interpretação da legislação de defesa da concorrência¹¹⁶

3.1. Legislação existente

3.1.1. A nível da UE: artigo 101.º e artigo 102.º do TFUE

“ No Tratado, a concorrência não é considerada como um fim em si. Mas, é um meio adequado e prático...para satisfazer os objetivos contidos no nosso Tratado e que são: uma expansão mais rápida, uma melhor utilização das forças produtivas e uma integração rápida das nossas economias”¹¹⁷.

Artigo 101º do TFUE

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,*
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e*
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,*

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

¹¹⁶ Como evidenciam ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.262, “ em sentido estrito, por legislação de defesa de concorrência, encarada esta como um bem público, entende-se o conjunto de leis que tem em vista a protecção do mercado contra restrições à concorrência imputáveis, quer a comportamentos isolados dos sujeitos económicos, quer a comportamentos coligados de grupos de empresas, independentemente da sua forma jurídica, quer ainda o exercício abusivo de posições de domínio por parte de uma empresa ou empresas preponderantes no mercado e, bem assim, o controlo de operações de concentração”.

¹¹⁷ HANS VON DER GROEBEN, num discurso perante o Parlamento Europeu, a 19.10.1961.

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 102º do TFUE

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) *Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;*
- b) *Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) *Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- d) *Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*

3.1.2. A nível nacional: Lei nº 19/2012

A concorrência é antes de mais e acima de tudo um bem constitucional, encontrando-se consagrado na Constituição da República Portuguesa, desde o início, um princípio de defesa da concorrência (alínea f) do art.81º, e alínea c) do artigo 99º da CRP). Não obstante tal consagração, só em 1983, com o DL nº422/83, de 3 de dezembro, foi introduzido em Portugal um regime jurídico específico de defesa da concorrência, muito por força da perspetiva de adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, que acelerou assim o processo de elaboração legislativa atinente à esfera em causa. De referir que este regime foi precedido por um diploma preliminar respeitante à criação da Direção-Geral da Concorrência e Preços (art.10, nº1, alínea f) do DL nº293/82, de 27 de julho)¹¹⁸.

¹¹⁸ Para uma perspetiva histórica da legislação de defesa da concorrência em Portugal importa cfr. LUÍS MORAIS, *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 133-152.

Atualmente, fruto de diversas alterações, o regime jurídico da concorrência encontra-se previsto na Lei nº 19/2012, de 8 de maio¹¹⁹, cuja estrutura se inspira e corresponde, no essencial, à do direito da União Europeia.

Para a ordem de trabalhos em causa assumem especial destaque os artigos 9º a 12º da já mencionada Lei, inseridos no capítulo “Práticas restritivas da Concorrência”, em especial na secção designada “Tipos de práticas restritivas”. Cumpre, assim, transcrever de seguida os referidos artigos, dada a sua relevância.

Artigo 9.º

Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas

1 - São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.*

2 - Exceto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do artigo seguinte, são nulos os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo número anterior.

Artigo 10.º

Justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas

1 - Podem ser considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;*
- b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objetivos;*

¹¹⁹ A atual Lei da Concorrência (de ora em diante designada por “LdC”) surgiu no decorrer do Memorando de Entendimento com a *Troika* e veio revogar a Lei nº 18/2003, de 11 de junho e a Lei nº 39/2006, de 25 de agosto (Lei da clemência). Para conferir as principais alterações deste novo regime jurídico da concorrência face ao anterior importa cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, “*As Práticas Restritivas da Concorrência na Lei nº 19/2012 – Novos Desenvolvimentos*”, disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Conferencias_e_Seminarios/Paginas/Conferencia-NRJC2012.aspx?lst=1

c) Não deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

2 - Compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no número anterior.

3 - São considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

4 - A Autoridade da Concorrência pode retirar o benefício referido no número anterior se verificar que, em determinado caso, uma prática abrangida produz efeitos incompatíveis com o disposto no n.º 1.

Artigo 11.º

Abuso de posição dominante

1 - É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

2 - Pode ser considerado abusivo, nomeadamente:

a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos;

e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

Artigo 12.º

Abuso de dependência económica

1 - É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontra relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

2 - Podem ser considerados como abuso, entre outros, os seguintes casos:

a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior;

b) A rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

3 - Para efeitos do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando:

a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e

b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

3.2. Campo de aplicação da legislação referida

3.2.1. O princípio do efeito anticoncorrencial (ou da territorialidade objetiva)

3.2.1.1. O direito da União

O território da União Europeia é delimitado com algum pormenor nos artigos 52º do TUE e 355º do TFUE. Não obstante, tal definição não basta para a concreta determinação do campo de aplicação territorial do direito europeu da concorrência¹²⁰. Torna-se imperativo *“relacionar esse território com os elementos, para este efeito considerados decisivos, em que um dado comportamento pode decompor-se”*¹²¹.

Neste sentido, a verdade é que, por regra, o direito da União não dá grande atenção à localização das empresas, privilegiando antes o território onde os efeitos são produzidos.

Deste modo, e a título de exemplo, se um acordo entre empresas se destina a produzir efeitos fora do território da União, as regras europeias relativas à concorrência não lhes são aplicáveis, independentemente da localização das empresas intervenientes. Porém caso distinto será *“se tais acordos, por reflexo, fizerem sentir neste espaço os seus efeitos anticoncorreciais. Neste caso haverá um efeito anticoncorrencial indirecto, facto que poderá justificar a aplicação do direito da União”*¹²².

Por outro lado, se os acordos ou as práticas restritivas da concorrência produzirem efeitos anticoncorreciais no seio do espaço da União, as suas regras serão lhes naturalmente aplicáveis, ainda que (e esta é uma questão, que se admite, mais complexa) as empresas em causa se encontrem sediadas fora do território da UE.

¹²⁰ Referimo-nos aqui em particular e naturalmente ao campo de aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE.

¹²¹ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.272.

¹²² *Ibidem*

Desta forma, o efeito territorial das práticas restritivas da concorrência funciona como um critério de aplicação do direito da UE.

Tanto a jurisprudência como a prática administrativa têm apontado e trabalhado nesse sentido. No final dos anos 80 o Tribunal de Justiça da União Europeia, assimilando a doutrina dos efeitos, referiu num dos seus Acórdãos o seguinte: *“fazer depender a aplicabilidade das proibições estabelecidas pelo direito da concorrência do lugar da formação do acordo redundaria evidentemente em fornecer às empresas um meio fácil para se subtraírem às referidas proibições. O que é determinante, por isso, é o lugar da execução do acordo. (...) Nestas condições, a competência da Comunidade para aplicar as suas regras de concorrência em relação a tais comportamentos será coberta pelo princípio da territorialidade, que é universalmente reconhecido em direito internacional público”*¹²³. O critério decisivo passa, assim, a ser o do lugar onde a prática restritiva se tornou efetiva, e não o local onde as empresas em causa têm a sua sede¹²⁴.

O problema que nestes casos surge prende-se precisamente com a questão da execução das condenações, ou seja, com a eficácia das decisões adotadas (administrativas ou judiciais).

Relativamente à posição dominante, o artigo 102º impõe que esta seja explorada precisamente no “mercado interno ou numa parte substancial deste”, sendo naturalmente neste mercado que os efeitos anticoncorrenciais daquela posição se devem fazer sentir.

3.2.1.2. O direito português

A legislação portuguesa de defesa da concorrência rege-se igualmente pelo critério do efeito anticoncorrencial territorial, de acordo com o qual são proibidos os comportamentos anticoncorrenciais que sejam praticados no mercado nacional, ou cujos efeitos se aí produzam, real ou potencialmente, mesmo que as entidades responsáveis por tais comportamentos encontrem-se localizadas fora do território português (art.1º, nº2 da LdC).

¹²³ Acórdão de 27 de setembro de 1988, *“Ahlstrom e outros c. Comissão”*, processos apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85 A C-129/85, C.J. 1988, pp. 5233 e ss.

¹²⁴ Para melhor análise deste princípio importa cfr. EDUARDO MAIA CADETE, «Acordos de Cooperação entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos da América no âmbito do Direito da Concorrência», *ROA*, 2009, ano 69, vol.I/II, pp.306 e ss.

3.2.2. A suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros ¹²⁵

Como já pudemos constatar aquando da transcrição dos arts.101º e 102º do TFUE, *“não basta que a localização da coligação ou que a exploração abusiva da posição dominante e os seus efeitos se situem no espaço da UE para que o direito europeu se lhes aplique. Necessário é também que tais acordos e práticas concertadas ou abusos sejam susceptíveis de afectar as trocas entre os Estados-Membros”* ¹²⁶.

Ora, pode-se afirmar que a função deste requisito é dupla: i) por um lado, estamos aqui perante uma regra de competência que possibilita, desde logo, fixar os limites do campo de aplicação dos arts.101º e 102º do TFUE face aos direitos nacionais (regra de conflitos); ii) por outro lado, surge igualmente como uma norma de carácter material que norteia o comportamento das autoridades da UE, autoridades que se encarregam de zelar pela concretização e bom funcionamento do mercado interno (norma de orientação) ¹²⁷.

Segundo a primeira função, as práticas restritivas da concorrência e os abusos de posição dominante que não sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros afastam assim a aplicação do direito europeu da concorrência caindo, se preenchidos os restantes requisitos, no âmbito dos direitos nacionais.

Como afirmam os autores JOÃO MOTA DE CAMPOS *et al.*, *“na verdade, a afectação do comércio entre os Estados-Membros deve funcionar como um critério de repartição de competências entre a União e os Estados-Membros: o direito da concorrência intervém sempre que uma prática anticoncorrencial interfira directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, com as trocas comerciais entre Estados; quando tal não aconteça, é à lei e às autoridades nacionais que compete ocupar-se das práticas restritivas da concorrência cujos efeitos se manifestem exclusivamente no âmbito interno”* ¹²⁸.

Já de acordo com a segunda função *“a questão de saber se existe tal afectação surge como questão de facto para cuja dilucidação as autoridades europeias gozam de amplos poderes de apreciação. Aflora aqui a filosofia subjacente aos Tratados de tomar a concorrência*

¹²⁵ Cfr. quanto a este tema a Comunicação da Comissão intitulada *“Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado”*, publicada no JOUE, C 101, pp. 81 e ss, de 27.04.2004. Esta comunicação analisa o requisito nas suas três vertentes: o conceito de “comércio entre os Estados-Membros”, a noção de “susceptível de afetar” e o conceito de “carácter sensível”.

¹²⁶ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.275.

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ *Op. cit.*, p.619.

*como um meio e não como um fim em si e da sua protecção se apresentar conectada com a prossecução de outros objectivos fundamentais do mercado interno”*¹²⁹.

O que tem ocasionado mais divergências é precisamente o alcance da expressão “afetação do comércio entre Estados-Membros”. Se para uns, as regras atinentes à concorrência são imediatamente aplicáveis quando uma prática restritiva da concorrência altere as circunstâncias das transações comerciais entre os Estados-Membros; para outros as disposições europeias acerca da concorrência só são chamadas à colação quando tais práticas restritivas prejudicam realmente as trocas no mercado interno da União Europeia.

Ora, para os autores JOÃO MOTA DE CAMPOS *et al.*, “o primeiro critério – o chamado critério neutro – de aplicação do direito da UE parece ser o mais defensável”¹³⁰. Assim, nesta lógica, podemos afirmar que a “afetação do comércio entre Estados-Membros” existe sempre que uma prática anticoncorrencial possa, de modo sensível sublinhe-se como infra analisaremos, ter uma influência nas vendas, nos abastecimentos ou nas prestações de serviços, dizendo respeito a mais de um Estado da UE.

Em boa verdade tanto a Comissão como o TJUE têm-se inclinado para o critério neutro *supra* aludido, aceitando um sentido bastante amplo do conceito “afetar”. Por esta via, não se exige especificamente que a afetação da liberdade comercial já se tenha verificado, basta que exista a probabilidade de tal suceder, ou melhor dizendo a “susceptibilidade”.

Nas palavras do Acórdão do TJ de 12.12.1967, “*para preencher esta condição, o acordo de que se trata, deve, na base de um conjunto de elementos objetivos de direitos ou de facto, permitir encarar com um grau de probabilidade suficiente que ele possa exercer uma influência direta ou indireta, atual ou potencial sobre os fluxos de trocas entre os Estados-Membros*”¹³¹.

Ou seja, a condição aqui exigida pelo Tratado para a aplicação das regras da concorrência não é explicitamente a afetação do comércio entre os Estados Membros, mas antes a susceptibilidade de tal afetação, ou seja, basta que o comportamento em análise seja suscetível de afetar o comércio. Ou seja, “*algo mais do que uma mera hipótese, algo menos do que uma realidade*”¹³².

¹²⁹ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.276.

¹³⁰ *Op. cit.*, p.619.

¹³¹ Acórdão do TJ de 12 de dezembro de 1967, *SA Brasserie de Haecht contra Consorts Wilkin-Janssen*, proc. 23/67, C.J. 1967 00525, p. 562. Anterior a este Acórdão importa cfr. igualmente o Ac. do TJ de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) contra Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, proc. 56/65, C.J. 1966 00337.

¹³² ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.276.

No que diz respeito às “práticas puramente nacionais”¹³³ a jurisprudência do TJUE tem entendido que um mercado que cobre a totalidade do território de um EM é igualmente suscetível de afetar o comércio entre os EM (há uma presunção).

Nas palavras do TJ, no acórdão de 17.10.1972, “*um acordo que se estende a todo o território de um Estado-membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entavando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado e assegurando uma proteção à produção nacional*”¹³⁴.

A sublinhar, acrescente-se, que de acordo com a jurisprudência e com as decisões da Comissão Europeia esta afetação do comércio deve ser ainda *sensível*¹³⁵, ou seja, acordos de importância menor são deixados de lado (conhecidos como acordos *de minimis*¹³⁶). Por conseguinte, o requisito da afetação do comércio não se verifica quando a prática em causa apenas tem um impacto insignificante no mercado. Não obstante há que salientar que até um pequeno acordo a nível local pode cumprir o critério de afetação, tendo em consideração o seu contexto¹³⁷. Como refere MIGUEL SOUSA FERRO, “*no caso de feixes de acordos (e.g. acordos idênticos entre produtores e seus distribuidores, ainda que nem todos esses produtores sejam visados no processo) deve-se atender, não ao efeito isolado, mas ao seu efeito cumulativo na concorrência*”¹³⁸.

Quanto aos abusos de posição dominante esta afetação sensível terá claramente de se perspetivar em diferentes termos. A afetação nestes casos diz respeito à suscetibilidade de o

¹³³ Expressão utilizada pelo autor MÁRIO PAULO TENREIRO, «Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério de afectação do comércio entre os Estados-Membros face à realização do mercado único», *Revista de Direito e Economia*, ano 15 (1989), p. 242.

¹³⁴ *Vereeniging van Cementhandelaren contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 8/72, ponto 29, pág. 338. Cfr. no mesmo sentido o Acórdão do TJ de 26.11.1975, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 73/74, pontos 25 e 26.

¹³⁵ Acórdão do TJ de 25 de novembro de 1971, *Béguelin Import*, proc. 22/71, C.J. (1971) 949, parágrafos 16-17.

¹³⁶ Cfr. a “*Comunicação da Comissão relativa a acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do nº1 do art.81º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis)*”, JOUE C 368, 22.12.2001, pp. 13-15.

¹³⁷ Cfr., com interesse, Acórdão do TJ de 12 de dezembro de 1967, *SA Brasserie de Haecht contra Consorts Wilkin-Janssen*, proc. 23/67, C.J. 1967 00525; Acórdão *Béguelin Import*, já citado, ponto 13; Acórdão do TJ de 22 de outubro de 1986, *Metro SB*, proc. 75/84, pontos 40 e 41.

¹³⁸ «Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial», *Curso de Formação para Juizes em Direito Europeu da Concorrência*, organizado pelo Instituto Europeu e pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 9, disponível em http://www.academia.edu/4000667/Pr%C3%A1ticas_restritivas_da_concorr%C3%Aancia_s%C3%BAmula_orientada_para_a_pr%C3%A1tica_judicial

comportamento das empresas que se encontram fora do território onde se localiza a empresa dominante ser modificado ou alterado¹³⁹.

Nas palavras de NUNO RUIZ, “ *para que o art. 102º seja aplicável é indispensável que a empresa dominante desfrute dessa vantagem no mercado comum ou numa parte substancial deste, ainda que corresponda ao território parcial de um EM, conquanto os efeitos da sua conduta possam projectar-se para além desse mercado, contribuindo para encerrar ou compartimentar mercados ou para distorcer o comércio entre os EM*”¹⁴⁰.

3.3. A questão da concorrência de direitos: a relação entre o direito nacional e o direito europeu da concorrência¹⁴¹

Questão mais complicada de responder é precisamente a de saber que direito se aplica – o direito da União Europeia ou o português – quando a mesma prática restritiva da concorrência afeta o comércio entre os EM, nos termos *supra* referidos, e produz efeitos no território nacional.

Ora, a resposta deverá ser encontrada pela análise do exposto no próprio Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de dezembro de 2002¹⁴², que no seu art. 3º dispõe expressamente o seguinte:

1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do n.º 1 do artigo 81º do Tratado, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo 81º do Tratado a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de

¹³⁹ Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.278.

¹⁴⁰ «Artigo 102º», in *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, coord. MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, p. 503.

¹⁴¹ De acordo com MIGUEL SOUSA FERRO, «A obrigatoriedade de aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades nacionais», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLVIII, n.º 1 e 2, 2007, pp.296-297, “a questão da relação entre o direito nacional e o direito da concorrência só se coloca quando existir um conflito entre as normas dos dois ordenamentos. Dito de outro modo, sendo iguais as soluções prescritas pelos ordenamentos nacionais e pelo ordenamento comunitário, a questão da relação entre este e aqueles não assume a relevância tradicional. É sabido que, de um modo geral, as regras de concorrência dos Estados-Membros foram traçadas à imagem e semelhança do ordenamento comunitário, o que reduziu em muito o escopo para possíveis conflitos”.

¹⁴² Que surgiu precisamente na senda da alínea e) do n.º2 do artigo 103º do TFUE.

concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82.º do Tratado.

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na aceção do n.º 3 do artigo 81º do Tratado, ou que reúnam as condições do n.º 3 do artigo 81º do Tratado ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo 81º do Tratado. Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba atos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses atos.

3. Sem prejuízo dos princípios gerais e de outras disposições do direito comunitário, os n.º 1 e 2 não se aplicam sempre que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros apliquem a legislação nacional relativa ao controlo das concentrações, nem excluam a aplicação das disposições nacionais que tenham essencialmente um objetivo diferente do dos artigos 81º e 82º do Tratado”.

Após a leitura do referido artigo podemos retirar, desde já, algumas conclusões. Por conseguinte, sempre que o direito da UE e o direito nacional sejam aplicáveis em paralelo, há que ter em conta o seguinte:

- a) Sempre que as autoridades nacionais (Autoridade da Concorrência ou tribunais) apliquem a legislação nacional a determinada prática restritiva que seja suscetível de afetar, igualmente, o comércio entre os Estados-Membros, estas devem aplicar a legislação da UE a este respeito (arts. 101º e 102º do TFUE), a par com a legislação nacional. Há assim por esta via uma aplicação cumulativa das regras nacionais e comunitárias, uma vez que ambas foram infringidas e pela mesma circunstância;
- b) Se uma determinada prática for autorizada pelo direito da UE o direito nacional da concorrência não a pode proibir (cfr. o considerando 8 do Regulamento). Ou seja, aplica-se aqui a máxima, *o que é permitido pelo direito da UE não pode ser proibido pelo direito nacional*. Este entendimento é igualmente sufragado por via do princípio do primado do direito da UE;

- c) Atuações unilaterais de empresas que não sejam proibidas pelo direito da UE podem ser proibidas ou sancionadas pelo direito nacional da concorrência nos termos da parte final do n.º2 do artigo 3.º do Regulamento (ver igualmente o considerando 8)¹⁴³;
- d) O controlo das práticas concertadas não é afetado por esta disposição normativa;
- e) Comportamentos que não estão sujeitos a qualquer proibição pelo direito europeu da concorrência têm a possibilidade de ser proibidos por legislação nacional que *“prossiga essencialmente um objetivo diferente do da proteção da concorrência no mercado”, “desde que essa legislação seja compatível com os princípios gerais e outras disposições do direito comunitário”* (cfr. considerando 9 e parte final do n.º3 do artigo 3.º do Regulamento).

Não nos podemos olvidar que vigora aqui o princípio do primado do direito da UE o que significa que em caso de oposição entre uma disposição legal nacional e uma da União, deverá ser dada primazia à última em obediência ao princípio.

Em suma, como conclui MIGUEL SOUSA FERRO,

*“A relação entre o direito nacional da concorrência e o direito comunitário da concorrência reduz-se, simplisticamente, à constatação de que, sempre que esteja preenchido o critério da afectação, a aplicação daquele não pode conduzir a um resultado diferente do que resultaria das normas comunitárias, com a excepção das normas nacionais mais exigentes relativas a práticas unilaterais. O mesmo será dizer que, sempre que uma autoridade nacional tenha de aplicar as normas dos dois ordenamentos a um acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas, fará (para efeitos de verificação da infracção) como se aplicasse exclusivamente o Direito Comunitário da Concorrência”*¹⁴⁴.

3.4. O mercado relevante: a noção e sua importância¹⁴⁵

É seguro afirmar que a noção de mercado relevante assume primordial importância no direito da concorrência, sendo precisamente uma das questões mais delicadas e complexas

¹⁴³ Portugal utilizou esta opção quando consagrou a proibição do abuso de dependência económica.

¹⁴⁴ «A obrigatoriedade de aplicação...», *cit.*, pp.300-301.

¹⁴⁵ Um elemento, sem dúvida, bastante importante nesta área é a *“Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”*, publicada no JOUE C 372, de 9.12.1997. Ainda que não vinculativa a sua consulta é essencial para a percepção do tema.

nesse âmbito¹⁴⁶. Qualquer apreciação e decisão final relativas às práticas restritivas da concorrência só são possíveis mediante essa prévia definição. E tal determinação deve ocorrer quer estejam em causa acordos, práticas concertadas e decisões de associações entre empresas, quer se esteja perante um eventual abuso de posição dominante¹⁴⁷.

Ora, porquê que se torna assim tão necessário a delimitação do mercado relevante?

Nas palavras de MIGUEL SOUSA FERRO “ *no caso de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas: (i) para determinar o eventual efeito restritivo da concorrência; (ii) para aplicar o limiar de minimis; (iii) para aplicar isenções categoriais, etc. No caso de abusos de posição dominante: para aferir da existência de uma posição dominante e de certos tipos de abusos. Em ambos os casos: para auxiliar a determinação da aplicabilidade do Direito Europeu da Concorrência*”¹⁴⁸.

A definição de mercado relevante depende da apreciação concreta do caso, sendo assim uma operação variável de acordo com os elementos e circunstâncias presentes. É frequente, tanto a doutrina como a jurisprudência aquando da questão da definição de mercado relevante fazerem usos de dois critérios: o critério do produto e o critério geográfico.

i) Critério do produto

Neste caso, relativo ao critério do produto, o propósito é precisamente verificar se se está perante bens ou serviços substituíveis entre si. Pretende-se aqui averiguar se determinados produtos devem integrar o mesmo mercado relevante, por serem permutáveis, ou dadas as suas especificidades devem ser tratado em mercados distintos.

O mercado do produto relevante abrange assim toda a variedade de produtos e/ou serviços vistos como substituíveis pelo consumidor, dadas as suas características, preços e objetivos.

Para a análise *supra* referida torna-se necessário examinar a substituíbilidade do lado da procura, segundo os princípios da elasticidade e da elasticidade cruzada da procura (*e.g.*, na perspetiva de um cliente, os bens Y e X são eficazmente substituíveis entre si para fazer face à

¹⁴⁶ Secundando MIGUEL SOUSA FERRO, «Práticas restritivas da concorrência...», *cit.*, p.7, “*a delimitação do mercado relevante (no âmbito material – ou de produto/serviço – e geográfico) é uma tarefa muito complexa que se insere no domínio da ciência económica*”.

¹⁴⁷ Tanto o art.101º como o art.102º (assim como o art.9º e o art.11º da Lei Nacional) fazem referência a um “mercado”. Torna-se assim importante precisar a que mercado a lei se refere.

¹⁴⁸ *Práticas restritivas da concorrência... cit.*, p.7, nota 10.

mesma necessidade?)¹⁴⁹. A substituíbilidade em relação à oferta e a concorrência potencial são igualmente pontos importantes a ter em consideração nesta análise¹⁵⁰.

ii) Critério geográfico

Neste caso, o critério geográfico tem em vista a análise da dimensão territorial que é considerada relevante para averiguar, assim, se os produtos ou as empresas em causa são concorrentes. Deste modo, *“o mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”*¹⁵¹.

Para a apreciação do mercado geográfico relevante são normalmente tidos em consideração os seguintes fatores: a natureza e as características dos produtos ou serviços, a questão da existência de barreiras à entrada, as preferências dos consumidores, os preços praticados, as quotas de mercado, entre outros.

3.5. A proibição prevista no art. 101º do TFUE (art. 9º da LdC)

3.5.1. Os destinatários das normas: as empresas¹⁵²

Torna-se, desde logo, imperativo determinar o conceito de empresa operativo neste domínio, sob pena de uma errada aplicação e interpretação das normas concorrenciais.

Ora, observando o texto do artigo 101º do TFUE este nada dispõe a esse respeito, tendo assim de se recorrer a outras vias para encontrar tal noção.

Sublinha MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES CUNHA que *“a noção de empresa que décadas de desenvolvimentos normativos e jurisprudenciais solidificaram no espaço europeu comunitário é*

¹⁴⁹ Na aferição do grau de substituíbilidade entre os produtos é comum a referência ao teste SSNIP (*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*). De acordo com este teste se os consumidores do produto A, perante um pequeno mas permanente aumento de preço (entre 5 a 10%), transferem a sua procura para o produto B, como opção alternativa, fazendo assim com que o aumento não seja lucrativo, então a conclusão a retirar é que ambos os produtos pertencem ao mesmo mercado relevante. Porém, este teste não é infalível, como foi demonstrado pela chamada “falácia celofane” (*cellophane case*). Cfr. SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Entre inovação e concorrência – em defesa de um modelo europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp.453 e ss.

¹⁵⁰ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *op. cit.*, pp.387-388.

¹⁵¹ ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.279.

¹⁵² Apesar de este subtema estar incluído no âmbito do art. 101º do TFUE, é óbvio que as considerações aí vertidas também se aplicam ao art. 102º do TFUE.

comummente identificada com a noção de unidade económica”, podendo dizer-se, assim, para o efeito aqui em causa que “ *no direito da concorrência, a realidade económica prevalece sobre a forma jurídica*” ¹⁵³. Neste sentido, a jurisprudência tem definido a empresa como “*qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento*”, ou seja, “*qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado*” ¹⁵⁴. Há ainda a realçar, que no decorrer da “*single economic unit doctrine*” as entidades que sejam juridicamente distintas mas que constituam, em boa verdade, uma unidade económica¹⁵⁵ devem ser vistas como uma única empresa.

De salientar que a noção de empresa assume um importante papel na interpretação e compreensão dos institutos que se referem aos acordos entre empresas (art.101º TFUE/art.9º da LdC) e abusos de posição dominante (art.102º TFUE/art.11º da LdC), com implicações significativas para ambos os casos.

A nível nacional, a nossa lei da concorrência (Lei nº19/2012 relembre-se) prevê uma noção de empresa, em concreto no seu art.3º:

«1 - Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.

2 - Considera-se como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência decorrentes, nomeadamente:

a) De uma participação maioritária no capital;

b) Da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais;

c) Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;

d) Do poder de gerir os respetivos negócios».

¹⁵³ «O Conceito de Concentração de Empresas no Direito da Concorrência: nótulas teórico-práticas», *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol.III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.625-626.

¹⁵⁴ *Ibidem*

¹⁵⁵ Ou que sustentem entre si, como sublinha GONÇALO ANASTÁCIO, vínculos de interdependência ou subordinação. Cfr. «Artigo 101º» *in Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, p.497.

Esta introdução expressa na legislação nacional de um conceito de empresa, por contraposição ao direito da UE que nada dispõe a este respeito, se por um lado se justifica pela necessidade de estabilidade e interpretações uniformes, pode igualmente por outro comportar determinados riscos, nomeadamente quando a noção não se enquadra com a realidade subjacente, ora por uma, *ab initio*, errada percepção do legislador, ora por uma modificação dessa mesma realidade, que torna assim o conceito desajustado ou até inoperante. Este tipo de problemas no direito da UE são evitados por via de uma noção de empresa não legal, ou seja, de uma noção que resulta tão só da jurisprudência do TJUE e orientações da Comissão Europeia¹⁵⁶.

3.5.2. As formas empregues

As noções de “acordo”, “prática concertada” e “decisões de associações” têm sido, em boa verdade, percecionadas em sentido amplo e de forma útil. De acordo com o Acórdão do TJ de 4 de junho de 2009, estes conceitos *“incluem, do ponto de vista subjetivo, formas de conluio que são da mesma natureza e só se distinguem umas das outras pela respetiva intensidade e pelas formas como se manifestam”*¹⁵⁷.

a) Os acordos restritivos da concorrência

Como refere GONÇALO ANASTÁCIO *“no essencial, pretende-se cobrir quaisquer acordos entre empresas, independentemente da forma que assumam, valorizando a relação material”*¹⁵⁸.

Importante é que haja aqui uma confluência de vontades entre, pelo menos, duas partes, cuja forma de manifestação não é relevante, mas antes a vontade em si mesma, dirigida à produção de efeitos anticoncorrenciais. Ou seja, o que interessa é a vontade, por isso mesmo é que independentemente da forma a jurisprudência da UE tem sido especialmente exigente quanto à comprovação de, pelo menos, uma aceitação tácita.

Deste modo, o conceito abrange acordos de natureza horizontal ou vertical¹⁵⁹, bilateral ou multilateral, escritos ou verbais, expressos ou tácitos. De realçar ainda, na senda do mesmo

¹⁵⁶ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, «O conceito de concentração...», *op. cit.*, pp.628-629.

¹⁵⁷ Cfr. Acórdão *T-Mobile* (C-8/08), parágrafo 23.

¹⁵⁸ «Artigo 101º», *cit.*, p.497.

¹⁵⁹ Assume aqui relevância a distinção entre acordos restritivos horizontais e acordos verticais. Nos primeiros referimos aos *“acordos entre operadores situados no mesmo nível da cadeia de produção”*; por enquanto nos segundos aos *“acordos restritivos da concorrência entre operadores situados em diferentes níveis da cadeia de produção”* (cfr. GONÇALO ANASTÁCIO, «Artigo 101º», *cit.*, p.499.). No contrato de concessão comercial estão aqui em causa os *“acordos verticais”* e as restrições que

autor, que “*não são relevantes para o conceito de acordo as situações intra-grupo, mas apenas os acordos entre entidades economicamente independentes*”¹⁶⁰.

b) As decisões de associação

Por decisões de associações de empresas devem-se entender àqueles atos formalmente unilaterais (por exemplos, instruções ou até em determinados casos circulares ou recomendações) que, nas palavras de GONÇALO ANASTÁCIO, “*reflectem a vontade da associação (seja ela, inter alia, uma associação sectorial, ordem profissional, cooperativa, agrupamento de interesse económico, ou associação sem fins lucrativos) e que, na prática, possibilitam uma coordenação anti-concorrencial dos comportamentos dos seus associados*”¹⁶¹.

É de realçar que, como é óbvio, não são as associações em si que são proibidas. Proíbe-se não a entidade mas as decisões de um órgão (como o conselho de administração, a assembleia geral...), com efetivos poderes para obrigar as partes, seja por meios jurídicos ou extrajurídicos, a levar a cabo um comportamento dito anticoncorrencial¹⁶².

c) As práticas concertadas

Entendem-se por práticas concertadas os comportamentos coordenados de empresas concorrentes no mercado, por via de contacto direto ou indireto entre si, e que, apesar de não assumirem a natureza de acordos vinculativos, são levados a cabo de forma a reduzir os riscos ou incertezas existentes no mercado concorrencial. De frisar que a existência de comportamentos paralelos não é por si só suficiente para assim se concluir pela verificação de uma prática concertada, uma vez que por trás desse comportamento poderá existir uma justificação ou alternativa perfeitamente plausível.

daí derivam, uma vez que um contrato entre um produtor e um distribuidor é um “acordo”. De sublinhar que apesar de a lei fazer referência a “acordos, decisões de associação e práticas concertadas”, para a presente dissertação apenas relevam os acordos restritivos da concorrência. Por esta razão é que por regra apenas será feita referência aos acordos e não às restantes práticas.

¹⁶⁰ «Artigo 101º», *cit.*, p.497.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² ANTÓNIO CARLOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.283.

Nas palavras de JOÃO CALVÃO DA SILVA, *“trata-se de uma noção residual, rede de segurança de malha mais apertada a capturar comportamentos colusórios que escapem à prova (não raro diabólica) de acordos entre empresas e às decisões de associação de empresas”*¹⁶³.

3.5.3. O objetivo/efeito anticoncorrencial¹⁶⁴

O n.º 1 do art. 101.º TFUE proíbe, como já observamos, as práticas que *“tenham por objetivo **ou** efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”*.

Trata-se, assim, de uma análise alternativa e não cumulativa (daí a expressão “ou”), o que significa que se uma prática foi considerada restritiva pelo seu objetivo não é necessário averiguar se o é também pelo efeito (*i.e.* não é necessário analisar os particulares efeitos anticoncorrecionais que da prática decorram)¹⁶⁵.

Nas palavras de MIGUEL MENDES PEREIRA, *“a concorrência será impedida se for eliminada, será falseada se uma ou mais empresas forem colocadas em situação de desigualdade em resultado da prática proibida e será restringida se algum dos parâmetros de concorrência (preço, qualidade, quantidade, variedade, tecnologia, inovação, condições de venda ou pós-venda, publicidade, etc.) for afectado negativamente”*¹⁶⁶.

Ora, tendo em linha de conta que a disposição normativa *supra* enunciada proíbe os acordos em função do seu objetivo ou do seu efeito anticoncorrencial, importa, ainda que de forma breve, precisar o que se entende por tais conceitos, explicando essencialmente a diferença.

a) Objetivo/objeto anticoncorrencial¹⁶⁷

¹⁶³ Banca, Bolsa e Seguros, *cit.*, p. 330.

¹⁶⁴ Quanto a este tema cumpre ver com interesse, LUÍS DOMINGOS SILVA MORAIS, *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009.

¹⁶⁵ Cfr. Acórdão do TJ de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) contra Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U)*, proc. 56/65. A nível nacional importa cfr. as seguintes decisões: sentença do TCL de 09.12.2005, proc. n.º 1307/05.6TYLSB e sentença do TCL de 15.02.2007, proc. n.º 76/06.04TYLSB.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, p. 101.

¹⁶⁷ Há uma divergência quanto à expressão correta para o caso: “objeto” ou “objetivo”? Na lei portuguesa (LdC) é feita a menção expressa a “objeto” e a nossa Autoridade da Concorrência, nos seus documentos e comunicados, opta também pelo uso de “objeto”. No entanto na versão consolidada em língua portuguesa do TFUE, publicada no JOUE C 136, 26.10.2012, é utilizada a expressão “objetivo”. Na versão inglesa é utilizada a expressão “object”, que em rigor quer significar “intuito”/“propósito” do acordo. A versão alemã é também clara quanto a este assunto uma vez que na tradução do n.º 1 do art. 101.º (antigo art. 81.º) utiliza a expressão “bezwecken” a qual significa “objetivo”. Por sua vez a comunicação da Comissão – “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, publicada no JOUE, C 101, 27.04.2004, no seu ponto 8,

Se o acordo em causa teve como propósito restringir, impedir ou falsear a concorrência não há então que averiguar se efetivamente daí advieram prejuízos para a concorrência, como já *supra* referido. Ou seja, “*a tentativa e mesmo a intenção das partes envolvidas*”¹⁶⁸ no acordo em análise é suficiente para aplicar a proibição prevista no n.º1 do artigo 101.º. Deste modo, as práticas mais graves caem automaticamente no âmbito da disposição legal mesmo que não tenham obtido qualquer execução.

b) Efeito anticoncorrencial

Como o próprio nome indica o que se exige aqui, para a proibição do n.º1 do art.101.º valer, é precisamente que do acordo resulte um efeito restritivo da concorrência, não sendo necessário assim, para o caso, analisar o propósito ou intenção das partes. O que releva é precisamente o efeito prejudicial sobre a concorrência, ou seja o concreto resultado.

Para evitar certas situações injustas e de extremos, exige-se previsibilidade ao efeito anticoncorrencial. Deste modo, não deverão ser sancionadas as práticas cujos efeitos tenham sido anormais ou imprevisíveis.

3.5.4. A exemplificação

O n.º1 do art.101.º do TFUE, a par com o art. 9.º n.º1 da Lei n.º19/2012, dispõe nas suas alíneas a) a e) de um elenco exemplificativo de determinadas práticas que pelas suas características são, por princípio, proibidas. Ressalve-se que os exemplos aí consignados apesar de típicos não são, nem assim o pretendem ser, exaustivos. Tal decorre aliás do próprio texto normativo ao expressamente utilizar o advérbio “designadamente”.

Realce-se que o que importa, para efeitos de aplicação da proibição do art.101.º do TFUE, é que as práticas em questão “*tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*”.

Dito isto, são proibidas, de acordo com o art.101.º, n.º1 do TFUE/art.9.º, n.º1 da LdC as seguintes práticas:

- a) a fixação de preços de compra ou de venda e de outras condições de transação;

usa igualmente a expressão “objetivo”. No nosso entender a expressão mais correta é precisamente “objetivo”. Cfr. quanto a este assunto MIGUEL MENDES PEREIRA, *op. cit.*, p.102.

¹⁶⁸ JOÃO MOTA DE CAMPOS, *et al.*, *op. cit.*, pp.628-629.

- b) a limitação ou o controlo da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos;
- c) a repartição de mercados ou de fontes de abastecimento;
- d) a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes (as designadas práticas discriminatórias);
- e) as cláusulas de subordinação.

3.5.5. Sanções legais ¹⁶⁹

3.5.5.1. Nulidade dos acordos restritivos da concorrência

Os acordos que sejam considerados restritivos por via do n.º1 do artigo 101.º do TFUE/art. 9.º da LdC e por conseguinte proibidos, são consequentemente sancionados com a nulidade, quando praticados. Esta nulidade encontra-se prevista quer no n.º2 do art.101.º como no n.º2 do art.9.º. Ou seja, com exceção dos casos em que tais acordos são considerados justificados, nos termos do n.º3 do art. 101.º do TFUE e do art. 10.º da LdC, são nulos os acordos entre empresas proibidos pela Lei de Defesa da Concorrência.

Prevê-se aqui, desde logo, uma consequência de natureza civil, que terá de ser analisada consoante a prática em causa afete o comércio entre os EM, ou tenha efeitos meramente a nível nacional. Nos primeiros casos, a noção de nulidade tem de ser construída

¹⁶⁹ Além das sanções ora analisadas e respetivas disposições legais, importa ainda ter em linha de conta o art. 29.º da LdC, que refere o mecanismo de conclusão da instrução e os vários desfechos possíveis.

Para o efeito, dispõe o seguinte o art. 29.º da LdC:

“1 - A instrução deve ser concluída, sempre que possível, no prazo máximo de 12 meses a contar da notificação da nota de ilicitude.

2 - Sempre que se verificar não ser possível o cumprimento do prazo referido no número anterior, o conselho da Autoridade da Concorrência dá conhecimento ao visado pelo processo dessa circunstância e do período necessário para a conclusão da instrução.

3 - Concluída a instrução, a Autoridade da Concorrência adota, com base no relatório do serviço instrutor, uma decisão final, na qual pode:

a) Declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, sendo caso disso, considerá-la justificada, nos termos e condições previstos no artigo 10.º;

b) Proferir condenação em procedimento de transação, nos termos do artigo 27.º;

c) Ordenar o arquivamento do processo mediante imposição de condições, nos termos do artigo anterior;

d) Ordenar o arquivamento do processo sem condições.

4 - As decisões referidas na primeira parte da alínea a) do n.º 3 podem ser acompanhadas de admoestação ou da aplicação das coimas e demais sanções previstas nos artigos 68.º, 71.º e 72.º e, sendo caso disso, da imposição de medidas de conduta ou de carácter estrutural que sejam indispensáveis à cessação da prática restritiva da concorrência ou dos seus efeitos.

5 - As medidas de carácter estrutural a que se refere o número anterior só podem ser impostas quando não existir qualquer medida de conduta igualmente eficaz ou, existindo, a mesma for mais onerosa para o visado pelo processo do que as medidas de carácter estrutural”.

tendo em linha de conta o direito da UE, à luz das suas finalidades e sempre com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Já a nível nacional, no que respeita ao ordenamento jurídico português, na falta de definição de um regime próprio de nulidade, há que ter em consideração o regime geral previsto na lei civil, isto é, os arts. 286º e 289º do Código Civil.

De notar que uma prática restritiva da concorrência não conduz irremediavelmente à nulidade de todo o negócio jurídico. Apesar de tanto a legislação nacional, como a legislação da UE referirem-se expressamente à nulidade do acordo, a verdade é que é pacífico entre a jurisprudência da UE que esta nulidade restringe-se às cláusulas restritivas da concorrência e não propriamente ao negócio jurídico como um todo¹⁷⁰. Como o Tribunal de Justiça afirmou no acórdão *LTM/MBU* “a nulidade em causa só se aplica aos elementos do acordo atingidos pela proibição ou a todo o acordo se estes elementos se revelarem inseparáveis do próprio acordo. Consequentemente, todas as restantes disposições contratuais não afetadas pela proibição, não dependendo da aplicação do Tratado, escapam ao direito comunitário”¹⁷¹. No que concerne ao direito nacional assume aqui especial relevo o art. 292º do Código Civil, com a epígrafe “redução”, que estipula 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”. Ou seja, há que observar o acordo em que a cláusula viciada se insere e apreciar se este teria sido concluído se a cláusula não existisse: em caso afirmativo há lugar à redução do negócio, em caso negativo o negócio é completamente nulo.

3.5.5.2. Coimas ¹⁷²

Numa ótica de direito da UE, de acordo com o nº 2, alínea a), do art. 23º do Regulamento (CE) nº1/2003, a Comissão pode, mediante decisão, aplicar coimas às empresas e associações de empresas sempre que, deliberadamente ou por negligência, cometam uma infração ao disposto no artigo 101º do TFUE¹⁷³.

¹⁷⁰ Cfr. a título exemplificativo o Acórdão do TJ de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) contra Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, proc. 56/65; Acórdão do TJ de 12.12.1995, processos apensos C-319/93, C-40/94 e C-224/94, C.J. 1995 I-04471; Acórdão do TJ de 11.09.2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contra LV Tobar e Hijos SL*, proc. C-279/06, C.J., 2008 I – 06681.

¹⁷¹ Acórdão *supra* melhor citado, p. 388.

¹⁷² De realçar que “caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade da Concorrência pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima”, de sanções acessórias, previstas no art. 71º da LdC.

¹⁷³ Cumpre aqui consultar a Comunicação da Comissão – “Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2, alínea a), do artigo 23º do Regulamento (CE) nº 1/2003”, in JOUE, C 210/2, 1.9.2006.

O mesmo sucede a nível nacional, com o art. 68º, nº1, alíneas a) e b), da Lei nº19/2012 a estabelecer que a violação do disposto nos arts. 9º da LdC e 101º do TFUE constitui uma contraordenação punível com coima¹⁷⁴.

A aplicação de uma coima pretende gerar um efeito de dissuasão, quer em relação à concreta empresa que praticou a infração, quer em relação às restantes empresas presentes no mercado.

As infrações ao art. 101º do TFUE e ao art. 9º da LdC têm, assim, natureza administrativa.

3.6. A proibição do abuso de posição dominante¹⁷⁵

3.6.1. Alcance da interdição

Como já tivemos oportunidade de *supra* referir, o artigo 102º do TFUE consagra a proibição de abusos de posição dominante. A nível nacional, como já constatamos, o artigo 11º da Lei nº19/2012 contém idêntica proibição, o que justifica assim uma análise conjunta dadas as semelhanças e a desnecessidade de repetições.

Como salienta RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, “*é conveniente deixar claro que, de um ponto de vista substantivo, e no essencial, o regime jurídico do abuso de posição dominante nacional e o da UE não divergem. A aplicação do regime nacional dos abusos de posição dominante deve respeitar a jurisprudência do TJUE e a sua evolução*”¹⁷⁶.

Para aplicação destes normativos é requisito fundamental que a(s) empresa(s)¹⁷⁷ em causa detenha(m) uma posição dominante. Ou seja, sem posição dominante não há abuso, pelo que a análise da existência ou não de restrições concorrenciais, ao abrigo destas disposições, deve partir sempre pela resposta positiva à pergunta: a empresa detém uma posição dominante no mercado? Não obstante, sublinhe-se, apesar de esta ser uma condição essencial para

¹⁷⁴ A nível nacional cumpre consultar as “*Linhas de Orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da lei n.º 19/2012, de 8 de maio*”, de 20.12.2012, disponibilizadas pela AdC no seu respetivo site. Importa cfr. também o Regulamento nº1/2013 – “*Procedimento relativo à tramitação para a obtenção de dispensa ou redução da coima nos termos da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio*”.

¹⁷⁵ De realçar que é o regime substantivo dos abusos de posição dominante, e não o processual, que constitui o objeto do presente estudo.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p.12.

¹⁷⁷ Os destinatários destas normas são obviamente as empresas e não as pessoas singulares. Para uma melhor explicação do conceito de empresa, cumpre consultar as considerações já *supra* alegadas neste trabalho a esse respeito.

aplicação dos normativos, deter uma posição dominante não é sinónimo de ilicitude. O problema reside nos abusos daí decorrentes e não propriamente na posição em causa¹⁷⁸.

Como frisa, e bem, MIGUEL SOUSA FERRO,

*“ O Direito da Concorrência não proíbe a detenção de posições dominantes, ou sequer de monopólios. Um concorrente pode ser tão eficiente que os restantes acabem por sair do mercado ou verem as suas quotas tornarem-se ínfimas. O Direito da Concorrência só se preocupa com essa situação a partir do momento em que a empresa com posição dominante use o seu poder de mercado para adoptar práticas abusivas. Desde que a concorrência se faça puramente com base no mérito, o seu resultado será, em princípio, benéfico para os consumidores”*¹⁷⁹.

De realçar ainda que este normativo (art.102º) é diretamente aplicável e por conseguinte qualquer interessado pode requerer, perante os tribunais nacionais, a sua aplicação.

3.6.2. A Posição dominante

3.6.2.1. Noção

Mas ao fim ao cabo o que é uma posição dominante? O que significa uma empresa deter essa posição?

De realçar que atualmente nem o artigo 102º do TFUE, nem o artigo 11º da Lei nacional, explicam o que significa deter essa tal de “posição dominante”. Não obstante, a anterior legislação portuguesa de defesa da concorrência (Lei nº 18/2003), previa no n.º2 do seu artigo 6º o seguinte:

“Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

a) A empresa que atua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;

¹⁷⁸ *“A verificação da existência de uma posição dominante não acarreta por si mesma nenhuma censura em relação à empresa em causa. Impõe-lhe porém, independentemente das causas dessa posição, a responsabilidade especial de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum.”* – Cfr. sumário do Acórdão do TPI (Terceira Secção) de 7.10.1999, processo T-228/97, *Irish Sugar plc contra Comissão das Comunidades Europeias*, II-2975, ponto 5, 2º parágrafo.

¹⁷⁹ «Práticas restritivas da concorrência...», *cit.*, p.32.

b) *Duas ou mais empresas que atuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros*¹⁸⁰.

Com a atual Lei, tal definição, presente desde o diploma de 1983, foi suprimida¹⁸¹, aproximando-se assim ainda mais da legislação da UE, que como referimos também omite tal explicação¹⁸². Deste modo, a concretização e densificação do conceito de posição dominante fica a cargo do Tribunal de Justiça da União Europeia, assumindo a sua jurisprudência um papel fundamental na aplicação do direito da concorrência, tanto a nível da UE como nacional.

Por conseguinte, recorrendo à jurisprudência desse mesmo Tribunal, uma posição dominante é *“uma posição de força económica de uma empresa que lhe permite impedir a manutenção de concorrência efetiva no mercado relevante, por ter o poder de se comportar, em larga medida, de modo independente dos seus concorrentes, clientes e, em última linha, dos seus consumidores”*¹⁸³.

Ou seja, como realça o TJ, *“o titular de uma marca não goza de uma posição dominante, na aceção do artigo 86º do Tratado, pelo simples facto de se encontrar na posição de impossibilitar a terceiros a comercialização, no território de um Estado-Membro, de produtos com a mesma marca. É ainda necessário que tenha o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva numa parte do mercado em questão”*¹⁸⁴.

De notar que esta noção aproxima-se da prevista no artigo 22º da Lei Alemã relativa à defesa da concorrência, assim como da preparada pela Comissão Europeia no Memorando de 1 de dezembro de 1965, referente às concentrações no mercado comum¹⁸⁵.

¹⁸⁰ O DL n.º 371/93, de 29 de outubro (revogado) previa ainda no seu n.º3 do art.3º o seguinte:

Sem prejuízo da ponderação, em cada caso concreto, de outros fatores relativos às empresas e ao mercado, presume-se que:

a) *Se encontra na situação prevista na alínea a) do número anterior uma empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%;*

b) *Se encontram na situação prevista na alínea b) do número anterior as empresas que detenham no conjunto do mercado nacional de determinado bem ou serviço:*

i - Uma participação igual ou superior a 50%, tratando-se de três ou menos empresas;

ii - Uma participação igual ou superior a 65%, tratando-se de cinco ou menos empresas.

¹⁸¹ De acordo com MIGUEL MOURA E SILVA, *As Práticas Restritivas...*, cit., p.4, *“estando as noções de posição dominante individual e coletiva bem consolidadas na jurisprudência europeia, não nos parece que esta alteração venha a ter qualquer impacto digno de nota”*.

¹⁸² A Lei n.º19/2012 teve como grande objetivo harmonizar o regime nacional de defesa da concorrência com o da UE.

¹⁸³ Acórdão do TJ, de 14.2.1978, Proc.27/76 *United Brands/Comissão*, C.J. 1978, 77, parágrafo 65.

¹⁸⁴ Acórdão TJ de 18.02.1971, caso *Serena/Éda*, proc. 40/70, pág. 21, ponto 2) a).

¹⁸⁵ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *op. cit.*, p.510, afirma que *“a posição dominante infere-se de vários elementos conjugados; a quota de mercado, o comportamento empresarial, designadamente da política de preços e do nível de lucros obtidos, o controlo de instalações essenciais, nomeadamente redes e infraestruturas cujo acesso se nega, e tem em consideração os efeitos da conduta empresarial perante terceiros”*.

Dito isto podemos constatar que o elemento essencialmente presente na definição centra-se na ideia de independência. Nas palavras de RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, “a independência traduz o grau de pressão competitiva a que uma empresa dominante se encontra sujeita. Uma empresa em posição dominante não enfrenta uma pressão concorrencial suficientemente eficaz e, nessa medida, goza de um poder de mercado considerável e duradouro. Assim, as suas decisões são em grande medida insensíveis às ações e reações dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores”¹⁸⁶.

Em boa verdade, o domínio do mercado pode estar associado a várias causas. A posse de uma considerável quota de mercado, estável e duradouramente superior a 40%¹⁸⁷ ou 50%¹⁸⁸ é normalmente indiciador da existência de uma posição dominante. Porém este elemento indicador pode ser corroborado ou refutado por outros, tais como “o número e a importância dos concorrentes, a existência ou inexistência de barreiras à entrada, as características da empresa – incluindo o seu nível de desempenho, grau de integração vertical e desenvolvimento tecnológico – e o contrapoder negocial dos clientes”¹⁸⁹.

Na realidade, a Comissão Europeia aponta como principais fatores a ter em linha de conta na avaliação da posição dominante, a par da estrutura concorrencial do mercado, os seguintes: a) a posição da empresa no mercado e a posição dos seus concorrentes; b) a existência de barreiras à entrada ou à expansão; c) o poder negocial dos compradores¹⁹⁰.

3.6.2.2. Mercado a ter em consideração

O artigo 102º refere-se à existência de uma posição dominante “no mercado interno ou numa parte substancial deste”.

Como referem os autores ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, “a noção de posição dominante é relativa. Ela só tem sentido uma vez definido, em concreto, o mercado a que respeita, ou seja, aquilo que se designa normalmente como mercado relevante ou mercado em

¹⁸⁶ *Op. cit.*, p.61.

¹⁸⁷ Cfr. Acórdão do TJ de 13.02.1979, *Hoffman-La Roche/Comissão*, proc. 85/76.

¹⁸⁸ Cfr. Acórdão do TJ de 09.11.1983, *Michelin/Comissão*, proc. 322/81 e Acórdão do TPI de 12.09.2007, *Microsoft Corp. contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-201/04.

¹⁸⁹ NUNO RUIZ, *op. cit.*, pp. 501-502.

¹⁹⁰ Cfr. a “Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, publicada no JOUE C 45, 24.02.2009, ponto 12. Cfr. igualmente o interessante trabalho do autor RICARDO BORDALO JUNQUEIRO a este respeito, *op. cit.*, pp. 63-76.

causa”¹⁹¹. A definição de mercado relevante assume, assim, um papel essencial na determinação da existência (ou não) de uma posição dominante e para compreender os pressupostos, a racionalidade e a eficácia do comportamento abusivo.

De sublinhar que num mercado relevante só pode existir uma posição dominante e não mais do que uma. O que pode suceder é que essa posição dominante seja detida por uma única empresa, caso em que nos referimos a uma posição dominante individual, ou por mais do que uma empresa em conjunto, situação que se denomina por posição dominante coletiva¹⁹².

Ora, para determinar o mercado a que se reporta o artigo 102º há que apelar, como já *supra* referido, a dois critérios distintos: o geográfico e o económico ou do produto em causa¹⁹³.

Como realça NUNO RUIZ, *“a correta identificação dos mercados afetados e das suas características, também denominados mercados relevantes, deve consequentemente enquadrar a aplicação do art.102º ao caso em concreto com o propósito de determinar que empresas neles concorrem e, em especial, a que tipo de concorrência está sujeita a empresa dita dominante”*¹⁹⁴.

3.6.2.3. O abuso propriamente dito

O que releva é a empresa em questão, a partir de determinados comportamentos, abusar da sua posição dominante. É este comportamento abusivo que é sancionado e que levanta problemas concorrenciais¹⁹⁵.

Ora, há desde logo que atentar que existem duas categorias principais de abuso: os abusos por exclusão e os abusos por exploração. Um abuso por exclusão corresponde, nas palavras de MIGUEL MENDES PEREIRA, *“a um comportamento pelo qual uma empresa em posição dominante procura manter ou aumentar o seu poder de mercado prejudicando os seus concorrentes, impedindo ou dificultando a sua entrada no mercado, debilitando a respectiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado”*¹⁹⁶ (por exemplo, prática de preços

¹⁹¹ *Op. cit.*, p.294.

¹⁹² Nas palavras de JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros...*, *cit.*, p.353, *“fala-se de posição dominante colectiva quando os comportamentos das empresas envolvidas são interdependentes, paralelos ou o resultado de um cartel, sejam sociedades independentes ou sociedades pertencentes ao mesmo grupo e estejam numa relação horizontal ou vertical: decisiva é a correlação entre as empresas que detêm colectivamente uma posição dominante, traduzida em linha de acção comum ou comportamento uniforme no mercado relevante”*.

¹⁹³ V. considerações *supra* explanadas a este respeito.

¹⁹⁴ «Artigo 102º», *cit.*, p. 501.

¹⁹⁵ O abuso de posição dominante é por si só proibido – se preenchidos os requisitos -, não sendo necessária uma decisão prévia da Comissão Europeia ou da Autoridade Nacional da Concorrência (art.1, nº3 do Regulamento nº1/2003).

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p.161.

predatórios, a compressão de margens, a recusa de fornecimento...). Já um abuso por exploração consiste num *“comportamento (por exemplo, preços excessivos, condições não equitativas ou discriminação) pelo qual a empresa dominante explora as possibilidades que lhe são oferecidas pelo seu poder de mercado para prejudicar directamente os seus clientes ou parceiros comerciais”*¹⁹⁷.

De realçar que o conceito de abuso de posição dominante assume uma natureza intrinsecamente objetiva, ou seja, exige-se apenas a verificação do facto propriamente dito, sem serem necessárias análises posteriores acerca da concreta intenção das partes.

Nas palavras do Tribunal Geral, no caso *Clearstream Banking/Comissão*, o *“comportamento de uma empresa em posição dominante pode considerar-se abusivo, na aceção do artigo, independentemente de qualquer culpa (...). Por conseguinte, o argumento das recorrentes, segundo o qual não prosseguiram qualquer objetivo anticoncorrencial, é irrelevante para a qualificação jurídica dos factos. Neste contexto, a demonstração do objetivo das recorrentes de adiar a abertura do acesso com o intuito de impedir um cliente e concorrente do Grupo Clearstream de prestar os seus serviços de forma eficaz pode reforçar a conclusão da existência de um abuso de posição dominante, mas não é uma condição de tal existência”*¹⁹⁸.

Ou seja, a circunstância de as partes não terem em específico qualquer intenção anticoncorrencial não é um argumento a utilizar de *per se* como meio de defesa. O preenchimento do artigo 102º do TFUE basta-se com o elemento objetivo, não necessitando assim da verificação da componente subjetiva. De frisar que este entendimento resulta quer da jurisprudência do TJUE, quer da doutrina¹⁹⁹.

NUNO RUIZ, em anotação ao artigo em questão, sublinha que *“o comportamento abusivo tem de ter consequências ao nível da exploração do consumidor, da evicção de concorrentes ou da modificação da estrutura do mercado, ou, pelo menos, tem de ser apto a tê-las. No entanto, o objetivo de conquistar clientes ou de aumentar o volume de negócios e os lucros, é por norma legítimo, pelo que a fronteira entre o que constitui e não constitui um abuso pode não ser*

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 173.

¹⁹⁸ Acórdão do Tribunal Geral, de 09.09.2009, Proc. T-301/04, *Clearstream Banking/Comissão*

¹⁹⁹ Cfr., a título de exemplo, o Acórdão *Hoffmann – La Roche & Co./Comissão*, Proc. 85/76, Col. 1979, ponto 91; Acórdão do TG de 30.09.2003, Proc. T-203/01, *Michelin/Comissão*, Col. 2003 II -04071, ponto 54 (ter em conta igualmente a jurisprudência aí referida); Acórdão do TG de 01.04.1993, Proc. T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Comissão*, Col. p. II 389, ponto 70; Acórdão do TG de 23.10.2003, Proc. T-65/98, *Van den Bergh Foods/Comissão*, Col. 2003 II – 04653, ponto 157.

*evidente, carecendo de ser traçada com o auxílio de prova suficiente e de uma análise económica robusta, tendo em atenção os objetivos de atuação da empresa e os seus efeitos*²⁰⁰.

O art. 102º contempla nas suas alíneas várias situações exemplificativas de práticas abusivas, como a prática de preços e de condições de venda não equitativos (*v.g.* preços e margens excessivos, preços predatórios e de esmagamento de margens - alínea a.), os comportamentos limitativos da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores (*v.g.* obrigações de compra exclusiva e de não concorrência, as restrições de revenda a certos clientes e em determinadas áreas geográficas, as recusas de venda – alínea b.), as práticas discriminatórias em relação aos parceiros comerciais (*v.g.* práticas discriminatórias em relação aos preços ou condições de transacção - alínea c.) e os contratos vinculados (condutas usualmente designadas por *tying* ou *bundling* – alínea d.).

O art. 11º da Lei nº19/2012, além de estipular os mesmos exemplos *supra* referidos, nas suas alíneas a) a d), acrescenta ainda uma outra forma possível de exploração abusiva de uma posição dominante.

Dispõe assim a sua alínea e): *“recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”*. Trata-se no fundo de uma concretização do já previsto na alínea b) de ambas as legislações²⁰¹.

De realçar que muitas das condutas abusivas levadas a cabo não se inserem facilmente no âmbito de aplicação das alíneas *supra* aludidas ou então enquadram-se em mais do que uma.

²⁰⁰ «Artigo 102º», *cit.*, p. 502.

²⁰¹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros, cit.*, pp.359-360, quanto á explicação histórica da tipificação/consagração da alínea.

3.6.3. Sanções Legais

3.6.3.1. Nulidade

Enquanto o art. 101º do TFUE (tal como o art. 9º da Lei nº19/2012) prevê a nulidade dos acordos restritivos como consequência da sua prática, já o art. 102º nada dispõe quanto aos atos e comportamentos que sejam qualificados como abusivos.

Ora, a este respeito, o Tribunal de Justiça já se pronunciou considerando que as autoridades administrativas e jurisdicionais têm competência para analisar as práticas abusivas em causa e daí retirar as consequências quanto à validade e efeitos dos contratos em dissídio ou de algumas das suas cláusulas²⁰². Nas palavras do TJ, no Acórdão de 11 de abril de 1989, *“se se constatar que uma empresa abusou da sua posição dominante no mercado e que o comércio entre Estados-membros pode ser por isso afetado, a proibição prevista no artigo 86.º aplicar-se-á ao comportamento dessa empresa. No caso de a Comissão não ter intervindo, usando dos poderes que detém por força do Tratado e das suas regras de aplicação, para pôr termo à infração ou para lhe aplicar a sanção prevista, caberá às autoridades administrativas ou jurisdicionais retirar as consequências daquela aplicabilidade e, eventualmente, pronunciar-se pela nulidade do acordo em questão, com base na respetiva lei nacional, na falta de regras comunitárias sobre a matéria”*²⁰³.

Já no que concerne ao ordenamento jurídico português, a solução passará pela aplicação do art. 280º e/ou art. 294º do Código Civil, considerando-se, assim, que as práticas violadoras dos arts. 102º/11º são igualmente nulas, por contrárias à lei²⁰⁴.

3.6.3.2. Coimas

As infrações aos arts. 102º do TFUE e 11º da Lei nº 19/2012 são puníveis com coimas, tais como os acordos restritivos (art. 23º, nº2, alínea a), do Regulamento nº1/2003 e art. 68º, nº1, alíneas a) e b) da Lei nº19/2012).

²⁰² Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de março de 1974, proc. 127/73, caso *BRT/SABAM*.

²⁰³ *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.*, proc. C-66/86, C.J. 1989 00803, ponto 45, pág. 851.

²⁰⁴ Cfr. MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, pp.256-257.

3.7. O abuso de dependência económica ²⁰⁵

A figura do abuso de dependência económica (também denominada de posição dominante relativa), sem consagração expressa no Direito da União Europeia²⁰⁶, encontra-se plasmada no artigo 12.º da Lei n.º19/2012 já *supra* citado (ver em especial o n.º 2, onde constam os exemplos de situações abusivas).

A figura em causa surgiu, a nível nacional, com o DL n.º 371/93 (art. 4º), na senda da Lei da Concorrência francesa de 1986 (em especial o n.º2 do art. 8º da *Ordonnance* n.º 86/1243, de 01.12.1986). Na vigência deste diploma, no que concerne ao abuso de dependência económica, o Conselho da Concorrência proferiu duas decisões de condenação, ambas atinentes a práticas anticoncorrenciais na distribuição de cerveja: processo n.º 3/98 (caso *Centralcer*) e processo n.º 2/99 (caso *Unicer*); em ambos os casos estava em causa a dependência dos distribuidores em relação aos produtores. De realçar, que naquela altura ainda não era feita qualquer referência à suscetibilidade de afetação do funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, tendo tal requisito apenas surgido com a Lei n.º18/2003.

Trata-se de uma prática restritiva da concorrência, referindo-se aos casos em que a ascendência de uma empresa em relação a outra é explorada abusivamente, e foi precisamente pensada para as relações verticais (entre produtores e distribuidores). Pretende-se com a consagração legal desta figura abranger aquelas empresas que apesar de deterem grande poder económico, não possuem uma posição dominante de acordo com o art.102º TFUE/ art. 11º LdC, ou seja, “*esta figura surge na exata medida em que aquela que a precede – a do abuso de posição dominante – é insuficiente para prevenir certos comportamentos anticoncorrenciais*” ²⁰⁷, sendo assim necessário que as empresas em causa não preencham os requisitos do art. 102º.

²⁰⁵ Bibliografia essencial a consultar para este tema: MARIANO PEGO, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001; VICTOR CALVETE, «Abuso de Posição Dominante II: o abuso de dependência económica», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 289-315; MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «Contratos Comerciais - Noções fundamentais», *Direito e Justiça*, vol. especial, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, 2007, pp.152-155; FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *op. cit.*, pp.157-169 (aborda o tema de forma interessante distinguindo a dependência económica da figura propriamente dita existente na LdC, que aqui apenas pretende evitar comportamentos anticoncorrenciais).

²⁰⁶ Não obstante, é possível encontrar ordenamentos jurídicos de alguns Estados-Membros da UE com a consagração de figuras similares (ordenamento jurídico alemão, 1973; austríaco, desde 19 de outubro de 1988; italiano, 2001; e o grego, desde a alteração introduzida pela Lei 2000/91 à sua lei de defesa da concorrência de 1977). Cfr. VICTOR CALVETE, *op. cit.*, p.295, nota 11.

²⁰⁷ «Comentários a nova lei da concorrência (Decreto-Lei 371/93 de 29 de Outubro)», JOÃO DE MENEZES FERREIRA e FILIPA ARANTES PEDROSO, *ROA*, 1994, ano 54, vol. II, julho, p. 744.

De sublinhar, ainda, que tal como no abuso de posição dominante, o que é proibido é o abuso em si e não a relação de dependência existente entre as partes.

Nas palavras da Autoridade da *Concorrência* “o abuso de dependência económica é uma 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”²⁰⁸.

Face ao consagrado na lei, importa realçar as seguintes características fundamentais para a existência de um abuso de dependência económica:

- i) A figura *in casu* foi construída tendo como base as relações bilaterais verticais. Precisamente por isso, a verticalidade é um requisito a preencher. A relação de dependência tanto se pode observar do lado do produtor/fornecedor, como do distribuidor, realce-se²⁰⁹.
- ii) A empresa que se encontra sob dependência não deve dispor de alternativas equivalentes. Considera-se que inexistem tais alternativas quando o fornecimento do produto ou serviço em causa é garantido apenas por um número limitado de empresas no mercado e a empresa dependente não consegue obter idênticas condições num prazo dito razoável (nº3, art.12º). Fatores por exemplo, como a (im)possibilidade de a empresa facilmente se poder libertar da situação de submissão em que se encontra são determinantes para aferir do estado de dependência. A falta de alternativa pode prender-se com os investimentos realizados (tipo, valor ou montante)²¹⁰ ou com o facto das outras empresas presentes no mercado imporem encargos notoriamente excessivos face aos previamente suportados pela empresa dependente²¹¹.

²⁰⁸ Citação retirada a 03.11.2014 do seguinte endereço:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Abuso_de_Dependencia_Economic_a/Paginas/Abuso-dependencia-economica.aspx

²⁰⁹ O próprio autor ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, *cit.*, pp. 50-51, chama a atenção para a relação de dependência que está a surgir do lado do fornecedor em prol do distribuidor (setor da grande distribuição).

²¹⁰ Por exemplo, pense-se num concessionário de veículo automóveis, que para cumprir as determinações do concedente (contratação de pessoal especializado, construção de armazéns devidamente equipados...) realizou investimentos avultadíssimos que só a longo prazo estarão integralmente pagos.

²¹¹ Cfr. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS *et al.*, *op. cit.*, p.351.

- iii) A empresa que exerce a dominância sobre a outra deve adotar determinados comportamentos que sejam considerados abusivos. O n.º 2 do artigo em questão fornece um catálogo exemplificativo de situações consideradas abusivas.
- iv) A conduta só é proibida, sublinhe-se, se a par com os outros requisitos for suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência²¹².

De realçar, e transcrevendo um excerto do Acórdão do TRL de 04.10.2011²¹³, que *“todos esses 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”*.

No que concerne às circunstâncias suscetíveis de gerar dependência económica podemos salientar, desde logo, quatro: i) “dependência em função da escassez” (monopólio dos bens por determinadas empresas, devido ao seu acesso escasso, o que torna assim quem a elas acede dependente); ii) “dependência em função do sortimento” (obrigatoriedade do distribuidor oferecer produtos de certas marcas conhecidas para assim ter capacidade concorrencial); iii) “dependência em função da relação entre as empresas” (quanto mais duradoura for a relação mais dependente o distribuidor se encontrará, em função dos elevados investimentos realizados e obrigações assumidas); iv) “dependência em função da procura” (inexistência de alternativas adequadas do lado da procura)²¹⁴.

Por outro lado, mas na mesma senda, quanto ao estado de dependência económica propriamente dito, o autor MARIANO PEGO socorrendo-se dos ensinamentos da doutrina e jurisprudência francesa, recorre a quatro elementos indicadores para apreciar a dependência dos distribuidores em relação aos fornecedores²¹⁵: *«1) notoriedade da marca; 2) quota de mercado do fornecedor; 3) parte representada pelos produtos do fornecedor no volume de*

²¹² Nas palavras do autor FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *Contratos de Distribuição...*, cit., p. 169, *“aquilo que ao legislador interessa é, portanto, o risco que determinadas práticas apresentam para o nível de competição entre as empresas, existente em determinado sector; fora desse âmbito, o abuso de dependência não se mostra relevante, tendo em conta os fins concretamente prosseguidos pela lei que consagra o instituto: a protecção do mercado”*.

²¹³ Disponível em www.dgsi.pt, processo n.º107/2001.L1-7.

²¹⁴ JOSÉ PAULO MARIANO PEGO, «Artigo 12º - Abuso de dependência económica», in *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), Almedina, Coimbra, 2013, pp.167-168.

²¹⁵ Situação mais comum.

*negócios do distribuidor; 4) possibilidade que este tem de obter, junto de outros fornecedores, “produtos equivalentes”»*²¹⁶.

Deste modo, quanto maior for a notoriedade da marca, a participação do fornecedor no mercado e o peso dos seus produtos no volume de negócios do distribuidor, maior será o estado de dependência económica. Por outro lado, quanto maior for a possibilidade para o distribuidor de adquirir, a curto prazo, produtos equivalentes aos do fornecedor, menor será então o estado de dependência. O que importa aqui realçar é que nenhum dos critérios deve ser analisado isoladamente, sob pena de conclusões precipitadas.

Já quanto à dependência económica relativamente aos fornecedores/produtores, ou seja, a dependência destes em relação aos seus distribuidores, MARIANO PEGO sempre auxiliado pelos ensinamentos do ordenamento jurídico francês, recorre igualmente a quatro critérios para tal apreciação: «1) importância das relações com aquele distribuidor no volume de negócios do fornecedor; 2) peso do distribuidor na comercialização do produto em causa; 3) razões que levaram à concentração de vendas junto de certo cliente (mera escolha ou necessidade técnica sentida pelo produtor); 4) existência de “soluções alternativas”»²¹⁷.

3.8. Restrições à concorrência: quando podem ser autorizadas? A possibilidade de justificação²¹⁸

3.8.1. Quanto aos acordos previstos no art. 101º do TFUE e no art.9º da Lei nº 19/2012

O princípio contido no nº1 do artigo 101º TFUE e no art.9º da Lei nº19/2012 não pode ser encarado de uma forma absoluta.

Como observa ISABEL MARQUES DA SILVA, “*não obstante as restrições à liberdade económica inerentes ou decorrentes de algumas espécies de acordos de distribuição, a verdade é que estes podem ser um meio importante, ou mesmo o único meio, de introduzir no mercado novas empresas e produtos ou de distribuir os bens de uma forma mais eficiente e económica,*

²¹⁶ *A Posição Dominante Relativa...*, cit., p. 123.

²¹⁷ *A Posição Dominante Relativa...*, cit., p. 149. Apesar de o art. 12º tanto se aplicar à dependência produtor-distribuidor e vice-versa, no capítulo III será dado especial destaque à perspectiva do distribuidor enquanto colocado numa relação de dependência, por ser essa a cerne do presente trabalho.

²¹⁸ Há que esclarecer, para evitar erradas interpretações, que para uma coligação poder ser justificada é necessário, desde logo, a mesma preencher as condições previstas no nº1 do art.101º, ou seja ser uma prática restritiva da concorrência. Só depois de se constatar que efetivamente cai na alçada desse nº1 (ou a nível nacional, no nº1 do art.9º), é que a possibilidade de justificação poderá ser analisada.

*acabando por reverter em benefício dos consumidores finais, que passam a poder contar com um mais amplo leque de escolha e com fornecimentos em melhores condições ou de melhor qualidade”*²¹⁹.

Deste modo, não obstante as restrições concorrenciais daí imanentes o certo é que verificadas determinadas condições, acordos que por princípio seriam proibidos (por caírem no campo de aplicação do n.º1 do art.101.º TFUE/art.9.º da Lei nacional) podem beneficiar de uma justificação. É necessário, assim, na linguagem comumente utilizada, proceder a um «balanço económico», prevendo o art.101.º no seu n.º3 (e o art.10.º da Lei 19/2012) a viabilização, automática dos acordos restritivos da concorrência quando tal balanço seja positivo²²⁰.

Transcrevendo um excerto do trabalho do autor JOÃO PINTO FERREIRA, podemos afirmar que *“está aqui a chave do desenvolvimento de uma política de concorrência. A aceitação de acordos é função do balanço económico dos seus efeitos. Se este for positivo o acordo é aceite – ou seja, a proibição não lhe é aplicável; se for negativo a proibição é aplicável. Não há portanto uma atitude permissiva: há é, em determinadas circunstâncias e contexto económico, a noção de que algo é positivo para a produção, distribuição ou progresso técnico, que é bom para os utilizadores que aproveitam parte equitativa do lucro resultante, que as restrições de concorrência não são excessivas relativamente aos objectivos a atingir e que a concorrência no mercado em causa não é eliminada”*²²¹.

Torna-se assim necessária a verificação de quatro requisitos ou pressupostos da dita exceção legal, cujo preenchimento justifica, assim, as práticas que por princípio seriam proibidas: i) melhoria da produção ou distribuição ou progresso técnico e económico; ii) benefícios para os utilizadores; iii) não imposição de restrições não indispensáveis; e iv) não eliminação da concorrência²²². Frise-se que estes requisitos são de verificação cumulativa, bastando que falte um deles para que a possibilidade de justificação seja afastada. Isto porque nestes casos entende-se que *“os prejuízos concorrenciais não são compensados pelos benefícios decorrentes da restrição”*²²³.

²¹⁹ *Op. cit.*, p.172.

²²⁰ Apesar do artigo ser antigo cumpre consultar para melhor percepção, dado o interesse, JOSÉ GOMES DE SÁ PEREIRA, «O balanço concorrencial como regra e método de verificação das condições de validade das práticas restritivas», *ROA*, 1999, ano 59, vol.I, janeiro, pp.123-215. Cfr. ainda a análise interessante que AUGUSTA FERREIRA PALMA faz acerca das restrições verticais evidenciando os seus efeitos benéficos - *Das Pequenas e Médias Empresas. Algumas Questões (maxime, no Direito da Concorrência)*, Almedina, Coimbra, 2001.

²²¹ «Os acordos de franquia na perspectiva da política de concorrência», *Série Cadernos*, n.º6, junho, 1989, Direcção-Geral de Concorrência e Preços, Lisboa, p.22.

²²² Como se constata as primeiras duas são de abordagem positiva, as restantes de abordagem negativa.

²²³ Cfr. MIGUEL MENDES PEREIRA, *op. cit.*, p.134.

Ou seja, estas condições são de verificação cumulativa (a exceção só se aplica se todos os requisitos se encontrarem preenchidos) e exaustiva (não são necessários outros fatores justificativos), cabendo às empresas apreciar²²⁴, em cada situação concreta, se o acordo, decisão de associação ou prática concertada preenche efetivamente as quatro condições justificativas, sem ser necessário, assim, proceder a qualquer notificação prévia com a conseqüente espera pela autorização²²⁵. Deste modo, existe atualmente uma presunção *iuris tantum* da legalidade dos acordos, decisões ou práticas concertadas que preencham os requisitos previstos no n°3 do art. 101°.

A verificação das *supra* enunciadas condições conduz a uma isenção individual, ou seja, há que apreciar se estão preenchidos os requisitos para um determinado caso ser ou não justificado. Porém, a par com estas isenções existem igualmente, numa perspetiva de simplificação, as isenções categoriais. Ou seja, uma prática considerada restritiva por força do art. 101° n°1/ art.9° pode ainda ser alvo de uma isenção categorial, desde que para a situação em causa exista um regulamento de isenção aplicável e os requisitos desse específico regulamento estejam preenchidos.

Nestas circunstâncias as empresas já não necessitam de observar caso a caso os quatro pressupostos, na realidade basta o comportamento em causa encontrar-se abrangido por um dos Regulamentos de isenção existentes. Há, assim, aqui um benefício de isenção categorial, que só pode ser afastado, sendo o comportamento em causa proibido – para o futuro -, através da sua retirada formal pela Comissão Europeia ou pela Autoridade Nacional da Concorrência (cfr. art. 1°, n°2, do Regulamento n°1/2003; art. 10°, n°4 da Lei n°19/2012). De realçar que esta retirada tem de ser justificada pela entidade em causa, demonstrando que a prática enquadra-se no n°1 do art.101/n°1 do art.9° e que as condições do n°3 do art.101°/art.10° não se encontram preenchidas. Por sua vez, os tribunais nacionais já não detêm qualquer competência para o afastamento de tal benefício, cumpre frisar.

Atualmente e no que releva para o presente trabalho, são relevantes os seguintes Regulamentos de Isenção:

²²⁴ Esta tarefa incumbe às empresas desde o Regulamento n° 1/2003, que têm assim a seu cargo a apreciação caso a caso do acordo em questão.

²²⁵ Cfr. o considerando 38 do Regulamento 1/2003, relativamente às situações em que as empresas podem recorrer às Orientações da Comissão. Ver igualmente a “Comunicação da Comissão sobre a orientação informal relacionada com questões novas relativas aos artigos 81° e 82° do Tratado CE que surjam em casos individuais (cartas de orientação)”, publicada no JOUE C 101, 27.04.2004, pp. 78-80.

- i) Regulamento (UE) n° 330/2010²²⁶ da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, n° 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas;
- ii) Regulamento (UE) n° 461/2010²²⁷ da Comissão de 27 de maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, n° 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor dos veículos automóveis.

Como sublinham AZEEM BANGY e JORGE FRAZÃO, *“estes regulamentos identificam o tipo de acordos a que se aplicam, indicam as cláusulas autorizadas e as cláusulas proibidas, definem as condições em que a isenção é retirada e incluem ainda o prazo da sua validade uma vez que são produzidos por tempo limitado”*²²⁸.

Por força da remissão existente no n° 3 do art. 10º da Lei n°19/2012, os Regulamentos de Isenção por categoria *supra* referidos, aplicados pelos órgãos da UE, são igualmente passíveis de aplicação no âmbito nacional. Estipula o seguinte a disposição em questão:

“3 - São considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

Quanto ao Regulamento n° 330/2010, o seu art. 2º descreve as situações abrangidas pela isenção legal do Regulamento, não lhes sendo assim aplicável o n°1 do art. 101º (*“nos termos do artigo 101º, n° 3, do Tratado e sem prejuízo do disposto no presente regulamento, o artigo 101º, n.º1, do Tratado, é declarado inaplicável aos acordos verticais”* – n°1 do art. 2).

O art. 3º vem por sua vez impor um limite à isenção – o da quota de mercado²²⁹. Estipula assim o seu n°1:

²²⁶ Substituiu o Reg. (CE) n° 2790/1999, e entrou em vigor em 1 de junho de 2010.

²²⁷ Veio substituir o Reg. (CE) n°1400/2002, e entrou em vigor a 1 de junho de 2010.

²²⁸ «A distribuição e a compra exclusiva na regulamentação comunitária de concorrência», *Série Cadernos*, n°11, junho, 1991, Direcção-Geral de Concorrência e Preços, Lisboa, p. 14.

²²⁹ Cfr. art. 7º do Regulamento e a Comunicação da Comissão Europeia – *“Orientações relativas às restrições verticais”*, JOUE, C 130, 19.05.2010, pp. 1-46, em especial secção V “Definição do Mercado e Cálculo da Quota de Mercado”. Esta secção fornece esclarecimentos importantes para melhor percepção da quota de mercado.

“A isenção prevista no artigo 2º é aplicável na condição de a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais”.

Ou seja, *“nos termos do artigo 3º do Regulamento de Isenção por Categoria, é a quota do fornecedor no mercado em que vende os bens ou serviços contratuais e a quota do comprador no mercado ou mercados em que adquire os bens ou serviços contratuais que determinam a aplicação da isenção por categoria. Para que a isenção por categoria seja aplicável, as quotas de mercado do fornecedor e do comprador não podem, cada uma delas, exceder o limiar de 30 %”*²³⁰.

Por sua vez, o artigo 4º prevê uma lista das restrições verticais denominadas “graves” (enumeradas nas alíneas a) a e) do artigo) que quando incluídas num acordo vertical levam à sua imediata exclusão do âmbito de aplicação do Regulamento. Ou seja, *“quando uma destas restrições graves é incluída num acordo, presume-se que o acordo é abrangido pelo artigo 101.º, nº 1. Presume-se igualmente que é improvável que o acordo preencha as condições estabelecidas no artigo 101º, nº 3, não sendo assim aplicável a isenção por categoria”*²³¹.

Por sua vez, o art. 5º do Regulamento exclui do seu âmbito de aplicação certas obrigações (v. alíneas a), b) e c) do nº1), independentemente da quota de mercado referida *supra* ser ou não ultrapassada. Porém, cumpre realçar, se a obrigação excluída pelo art. 5º puder ser separada do resto do conteúdo do acordo vertical, o Regulamento de Isenção continua a ser aplicado a essa parte restante²³².

O art. 6º contem os casos em que a Comissão pode declarar que o Regulamento não é aplicável²³³ (redes paralelas de restrições verticais idênticas que representem mais de 50% de um mercado relevante), ou seja, em relação aos acordos verticais que contenham determinadas restrições e abrangidos pelo art. 6º, é suprimido o benefício da aplicação do Regulamento de Isenção, retornando-se assim à aplicação do art. 101º nº1 e nº3²³⁴. De realçar que *“tal medida*

²³⁰ Ponto 23 da Comunicação da Comissão Europeia – *“Orientações relativas às restrições verticais”* (de ora em diante designada por *“Orientações”*).

²³¹ Ponto 47 das Orientações.

²³² V. ponto 65 das Orientações.

²³³ Para uma melhor explicação cfr. pontos 79 a 85 das Orientações.

²³⁴ Cfr. ponto 80 das Orientações.

*não se destina a empresas individuais, dizendo antes respeito a todas as empresas cujos acordos estejam definidos num tal regulamento de inaplicabilidade”*²³⁵.

Quanto ao Regulamento n° 461/2010²³⁶ a estrutura seguida, quanto aos “acordos verticais relativos aos serviços pós- -venda do setor dos veículos a motor”²³⁷, é bastante idêntica mas agora respeitante a um setor específico. Por conseguinte, o art. 4° descreve os casos abrangidos pela isenção do Regulamento, o art. 5° exclui do seu âmbito de aplicação as designadas “restrições graves”, enumeradas nas alíneas a), b) e c), e o art. 6° prevê os casos em que a Comissão pode declarar a inaplicabilidade do Regulamento.

Quanto ao procedimento de retirada defende a Comissão que *“a presunção de legalidade conferida pelo Regulamento de Isenção por Categoria pode ser retirada se o acordo vertical, considerado quer isoladamente quer em conjunto com acordos semelhantes aplicados por fornecedores ou compradores concorrentes, for abrangido pelo artigo 101°, n° 1, e não satisfizer todas as condições do artigo 101°, n° 3”*²³⁸. As autoridades nacionais têm competência para a retirada do benefício quando os efeitos dos acordos verticais cingirem-se ao território de um EM ou parte deste, constituindo este território o mercado geográfico relevante. Nestes casos tanto a Comissão como as autoridades desse Estado-Membro têm competências para o procedimento de retirada.

3.8.2. Quanto aos abusos de posição dominante: art.102º do TFUE e art.11º da LdC

Comparando o artigo 101° do TFUE com o art. 102° (e o mesmo com a lei nacional²³⁹) facilmente se compreende que, ao contrário da primeira norma, a proibição do abuso de posição dominante não comporta, pela leitura do corpo da norma, qualquer exceção legal.

Esta visão de a proibição do abuso de posição dominante não comportar derrogações, não beneficiando assim da possibilidade de justificação, foi seguida durante largos anos pelas

²³⁵ V. ponto 79 das Orientações.

²³⁶ Que tem de ser analisado em conjunto com o Reg. n° 330/2010 (v. art. 4°).

²³⁷ Quanto aos “acordos verticais relativos à compra, venda e revenda de veículos a motor novos” o art. 3° remete para o Reg. n° 330/2010.

²³⁸ Citação retirada do ponto 74 das Orientações. Cfr. ainda quanto ao procedimento de retirada pontos 75 a 78 das Orientações.

²³⁹ No entanto, na vigência do DL n° 371/93, de 29 de outubro, o art. 5° contemplava expressamente a possibilidade de as práticas restritivas da concorrência por parte de empresas em posição dominante serem objeto de isenção.

instituições europeias e nacionais, e ainda continua atualmente a ser a abordagem principalmente defendida pela doutrina e jurisprudência.

Porém, lentamente, tal visão tem-se alterado, começando a surgir quem defenda que o art. 102º também deve fornecer a possibilidade de justificação, devendo-se assim analisar caso a caso se efetivamente aquele dado comportamento origina efeitos pró concorrenciais, ou se os seus efeitos positivos superam os negativos. Na realidade, a última década tem sido especialmente proficua nas discussões em torno da aplicação do art. 102º e da evidente necessidade de reforma da norma em si, discutindo-se amplamente a inadequação da designada *per se illegality*.

Nesta senda, a Comissão Europeia desencadeou um processo de reforma e modernização da aplicação do art. 102º, privilegiando assim os efeitos sobre a forma.

Este processo pode ser observado segundo dois importantes marcos, levados a cabo pela Comissão: 1) no final de 2005 foi publicado um documento, aberto a consulta pública, intitulado “*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*” (de ora em diante designado por “*Discussion Paper*”)²⁴⁰; 2) em 2009, foi publicada a “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*”²⁴¹.

De uma leitura atenta da Orientação *supra* referida compreende-se que há ali inegavelmente um abandono da posição centrada na forma, em detrimento de uma que opte pela análise dos concretos efeitos do comportamento em causa.

Estipula assim o ponto 28 da Orientação:

“Na aplicação do artigo 82º, a Comissão pretende analisar igualmente as alegações apresentadas pela empresa em posição dominante de que o seu comportamento é justificado. Uma empresa em posição dominante pode fazê-lo, quer demonstrando que o seu comportamento é objetivamente necessário, quer demonstrando que o seu comportamento produz ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores. Neste contexto, a Comissão irá avaliar se o comportamento em questão é indispensável e proporcionado ao objetivo alegadamente pretendido pela empresa em posição dominante”.

²⁴⁰ Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

²⁴¹ JOUE C 45/7, 24.02.2009.

Nos pontos 29 e 30 da referida Orientação a Comissão define, recorrendo a exemplos, as condições necessárias para que um comportamento seja considerado objetivamente necessário e proporcional (“justificação objetiva”) ou justificado por ganhos de eficiência²⁴².

A jurisprudência do TJUE tem também, ainda que a passos lentos e tímidos, seguido esta tendência, admitindo assim que uma empresa em posição dominante possa demonstrar que o seu comportamento, imputado como abusivo, é objetivamente necessário ou que os seus efeitos podem ser compensados por considerações de eficiência, escapando assim à proibição do art. 102º.

Nas palavras do Acórdão do TJ, de 27.03.2012, no caso *Post Danmark A/S* contra *Konkurrencerådet*,

*“ No caso de o órgão jurisdicional de reenvio concluir, apesar de tudo, no final dessa apreciação, que o comportamento da Post Danmark produz efeitos anticoncorrenciais, há que recordar que uma empresa que detém uma posição dominante pode justificar ações suscetíveis de caírem no âmbito da proibição enunciada no artigo 82.º CE (v., neste sentido, designadamente, acórdãos de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continental/Comissão*, 27/76, Colet., p. 77, n.º 184; de 6 de abril de 1995, *RTE e ITP/Comissão*, C-241/91 P e C-242/91 P, Colet., p. I-743, n.ºs 54 e 55; e *TeliaSonera Sverige*, já referido, n.ºs 31 e 75).*

*Em particular, essa empresa pode demonstrar, para esse efeito, que o seu comportamento é objetivamente necessário (v., neste sentido, acórdão de 3 de outubro de 1985, *CBEM*, 311/84, Recueil, p. 3261, n.º 27) ou que o efeito de eliminação que este comporta pode ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor (acórdãos de 15 de março de 2007, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, Colet., p. I-2331, n.º 86, e *TeliaSonera Sverige*, já referido, n.º 76).*

A este respeito, compete à empresa que detém uma posição dominante demonstrar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultar do comportamento em causa neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência e os interesses dos consumidores nos mercados afetados, que estes ganhos de eficiência foram ou são suscetíveis de ser realizados graças ao referido comportamento, que este é indispensável à realização destes e que não elimina uma

²⁴² Importa cfr. a este respeito os casos *Hilti* (Ac. do Tribunal de 1ª Instância de 12.12.1991, proc. T-30/89) e *Tetra Park* (Ac. TJ de 14.11.1996, proc. C-333/94). Na Comunicação *supra* referida a Comissão acaba por acolher, no fundo, os argumentos que já tinham sido utilizados e discutidos naqueles dois casos, mas na altura sem sucesso.

*concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial”*²⁴³.

Em suma, apesar do conceito de justificação objetiva encontrar-se ausente dos Tratados, o certo é que este tem sido abordado pelas instituições europeias (TJUE e Comissão Europeia) aquando da aplicação do art. 102º do TFUE. Paulatinamente a jurisprudência e a doutrina têm acordado para a necessidade de uma nova abordagem, mais global e eficaz, da política da concorrência da União, percebendo que o sistema de proibição *per se*, sem qualquer análise do caso e das concretas circunstâncias, poderá não ser a melhor solução.

Nas palavras de SOFIA OLIVEIRA PAIS, *“apesar da letra do art. 102º do TFUE não fazer qualquer referência ao conceito de justificação objectiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a praxis da Comissão acolheram-nos e desenvolveram-no, aproveitando a noção lata de abuso perfilhada no caso Hoffmann-La Roche, permitindo, assim, soluções mais adequadas á realidade através de uma análise casuística”*²⁴⁴.

Apesar de existirem na doutrina vozes dissidentes²⁴⁵, cremos que a consideração de justificações objetivas e de ganhos de eficiência no que concerne ao art. 102 do TFUE é um importante passo no processo de modernização das políticas da concorrência, assim como na aplicação coerente das normas concorrenciais. A UE tem que se adaptar às novas e renovadas exigências do mercado e as diversas situações que ao longo das últimas décadas foram surgindo serviram para demonstrar que a preferência pela forma em detrimento dos efeitos não é decerto o caminho mais correto. Deste modo, a verdade é que só a prática dirá qual a interpretação do art. 102º do TFUE que melhor se coaduna com as exigências do mercado concorrencial e da

²⁴³ Pontos 40, 41 e 42, processo C-209/10. Cfr. igualmente com interesse a jurisprudência referida nos pontos 40 e 41 pelo acórdão *supra* citado.

²⁴⁴ «Proibição de importações paralelas e justificação objectiva no Direito da Concorrência da União Europeia» *in Estudos em Memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 633. Cfr. igualmente, acerca da questão da justificação objetiva, Ricardo Bordalo Junqueiro, *op. cit.*, pp. 118 e 119.

²⁴⁵ Podemos encontrar na doutrina, quer estrangeira, quer portuguesa, autores que lançam duras críticas sobre esta abordagem. A este respeito importa cfr. as conclusões do advogado-geral F. G. JACOBS, apresentadas em 28.10.2004 no caso *Syfait*, proc. C-53/03, ponto 72. Nas suas palavras *“ao contrário do artigo 81.º CE, o artigo 82.º CE não prevê expressamente situações de isenção de condutas que normalmente cairiam no seu âmbito de aplicação. Com efeito, o facto de a conduta ser caracterizada como «abuso» mostra precisamente que já foi formulado um juízo negativo, em contraposição com a terminologia usada no artigo 81.º CE, «impedir, restringir ou falsear a concorrência». Na minha opinião, é, por isso, mais rigoroso afirmar que certos tipos de conduta de empresas com posição dominante não cabem de todo na categoria de abuso”*. Na doutrina portuguesa importa cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, «A Tipificação da Recusa de Acesso a Infra-Estruturas Essenciais como Abuso de Posição Dominante na Lei da Concorrência», *Revista da Concorrência e Regulação*, ano I, nº1, janeiro-março 2010, pp. 277-278, que apresenta uma posição bastante idêntica ao advogado-geral. Defende este autor, p.278, que *“...as considerações de eficiência podem, de facto, desempenhar um papel na economia do artigo 102º. Todavia, a sede adequada para tais considerações é o próprio conceito de abuso e a delimitação das condutas que devem ou não ser subsumidas a essa noção. Sustentar, a exemplo do artigo 101º, uma isenção para os abusos de posição dominante é uma contradição nos termos”*.

eventual necessidade de uma passível alteração do artigo. No entanto como já dizia o poeta Antonio Machado “*o caminho faz-se caminhando*”.

4. A aplicação das regras da concorrência da UE pelos Tribunais Cíveis Portugueses (*private enforcement*)²⁴⁶

O problema da jurisprudência portuguesa, com especial destaque para o Supremo Tribunal de Justiça, prende-se precisamente com a aplicação das regras de defesa da concorrência da UE. Na realidade, parece existir por parte dos tribunais portugueses uma enorme relutância a aplicar, em concreto, os artigos 101º e 102º do TFUE, sendo bastante comum as decisões nem sequer fazerem referência ao direito da UE, ou caso o façam a alusão é breve.

Na realidade, enquanto a atividade da Autoridade da Concorrência tem ganho especial importância e notoriedade pública - com pareceres e estudos publicados, conferências e *road-shows* realizados por todo o país com vista a informar e sensibilizar a população; com a Autoridade sempre atenta aos comportamentos das empresas, sancionando com coimas as práticas anticoncorrenciais -, já os tribunais portugueses não assumem esse protagonismo, bastando uma simples pesquisa pelas decisões proferidas para se constatar facilmente que os Tribunais Cíveis não estão suficientemente preparados e atualizados para aplicar o Direito da UE, na vertente da concorrência, o que justifica assim o reduzido número de decisões a esse respeito.

A entrada em vigor, em 2004, do Regulamento n.º 1/2003, operou uma grande mudança no que à aplicação das regras da concorrência diz respeito. Com este regulamento passou a existir um regime de competências paralelas, o que significa que tanto a Comissão como as Autoridades da Concorrência e os Tribunais nacionais passaram a poder aplicar as disposições concorrenciais da UE. Deste modo, os tribunais nacionais passaram assim a poder aplicar (por via da chamada “aplicabilidade direta”) o direito da concorrência da UE a um acordo

²⁴⁶ A este respeito importa cfr. dois artigos bastante interessantes:

a) um artigo da autoria de JOAQUIM CAIMOTO DUARTE e TÂNIA LUÍSA FARIA, intitulado «A Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia pelos Tribunais Comuns em Portugal (Ac. da Relação do Porto de 12.04.2010)» *in Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 26, maio-agosto 2010, pp.49-54, livremente acessível na Internet através do seguinte endereço: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2592/documento/articuloUM.pdf?id=3022>

b) um artigo da autoria de MIGUEL SOUSA FERRO, «A obrigatoriedade de aplicação do direito comunitário...», *cit.*, pp.271- 351.

que “afete o comércio entre os Estados-Membros”, a par com a Comissão ou posteriormente a esta.

A par com este regulamento, a colaboração entre a Comissão e os Tribunais Nacionais encontra-se igualmente prevista na Comunicação da Comissão sobre a cooperação, já *supra* referida.

Por conseguinte, atualmente, os Tribunais nacionais podem na análise de um caso decidir pela aplicação dos arts. 101º e 102º do TFUE, sem a necessidade de as disposições nacionais serem aplicadas em paralelo, ou seja, o direito da UE tem plena aplicação no campo nacional, podendo os Tribunais decidir em sede do mesmo. Não olvidar que o princípio do primado do direito da UE exige que em caso de incompatibilidade entre as disposições legais os tribunais nacionais devem conferir primazia ao direito da UE, não aplicando assim qualquer norma nacional que esteja em contradição com as regras da União.

Não obstante tudo o *supra* exposto, até ao momento têm sido escassas as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais portugueses que efetivamente dão guarida ao direito da UE e o aplicam ao caso²⁴⁷. O problema prende-se muitas vezes com o desconhecimento e falta de preparação dos juizes nacionais em relação ao direito da UE. Sucede, aliás, frequentemente o direito da UE nem sequer ser referido ou quando o é os juizes limitam-se a uma análise breve e sucinta concluindo que as disposições não têm aplicação ao caso, optando assim pelo direito nacional.

Ora, como sabemos o critério base para o direito da UE ser aplicado prende-se com a afetação do comércio entre os Estados-Membros. No entanto, sucede que os tribunais portugueses têm uma certa dificuldade em interpretar corretamente este requisito, considerando na maior parte das suas decisões que a prática em causa não afeta o comércio entre os Estados-Membros, olvidando assim de forma recorrente que mesmo aquando da presença de acordos meramente nacionais estes podem ter efeitos “externos”.

Nas palavras de MÁRIO PAULO TENREIRO, “*um acordo puramente nacional pode...justamente contribuir para isolar o mercado dificultando assim a interpenetração económica desejada pelo Tratado*”²⁴⁸. Um determinado acordo nacional pode impedir “a

²⁴⁷ Quanto à aplicação do Direito da Concorrência pelos nossos Tribunais, quer a nível do direito português, quer a nível do direito da UE, importa cfr. a página de *Internet*: <http://www.institutoeuropeu.eu/en/biblioteca-ie/base-de-dados-jurisprudencial/jurisprudencia-portuguesa/private-enforcement/208-private-enforcement-do-direito-da-concorrenca>, que disponibiliza um conjunto de sentenças e acórdãos referentes a casos de *private enforcement* do Direito da Concorrência por tribunais portugueses.

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 242.

penetração, no mercado nacional, de outras empresas ou de produtos provenientes de outros Estados-membros, o que redundaria no isolamento do mercado nacional (acordo de protecção do mercado nacional, em sentido amplo), contrário aos fins do Tratado de Roma”²⁴⁹.

A não esquecer igualmente que as práticas em dissídio levadas a Tribunal não devem ser analisadas isoladamente, mas em face do contexto em que se inserem. Por exemplo, pense-se numa obrigação de compra exclusiva entre A e B que é sujeita a apreciação jurídica: se o tribunal se limitar a analisar o contrato entre A e B é provável que entenda que o direito da UE não tem aplicação ao caso, uma vez que aquele contrato apenas vale num determinado território (por exemplo o concelho de Braga). No entanto, no caso dos grandes produtores sucede frequentemente que a distribuição dos seus produtos é efetuada mediante contratos-tipo por todo o território nacional, ou seja, na realidade aquela cláusula está presente em todo o país, por via dos diversos contratos que o concedente A encetou com os concessionários, B, C, D, E, etc. Ora, nestes casos há que atentar, assim, não ao efeito isolado mas ao efeito cumulativo que tal obrigação provoca sobre a concorrência, o que poderá em último caso conduzir à conclusão de que o direito da UE é aplicável. Isto porque se todo o território nacional estiver fechado à entrada de novas empresas concorrentes de outros EM, então há aqui uma prática passível de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

A par com esta questão importa não olvidar que mesmo quando uma determinada prática não afeta o comércio entre os EM, o direito da UE continua a ter aplicação no direito nacional, devendo a suas regras não ser desconsideradas (TFUE, Regulamentos, Comunicações da Comissão, etc.). Por exemplo, quanto à possibilidade de justificação de acordos anticoncorrenciais, o n.º 3 do art. 10.º da Lei n.º 19/2012 prevê a expressa possibilidade de aplicação no âmbito nacional dos Regulamentos de Isenção por categoria existentes, aplicados pelos órgãos da UE. Estipula o seguinte a disposição em questão:

“3 - São considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”.

²⁴⁹ MIGUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *Direito da Concorrência e acordos de compra exclusiva (práticas nacionais e práticas comunitárias)*, Volume 5 da Coleção *Argumentum*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 50.

Ou seja, mesmo que um determinado acordo seja puramente nacional, sem qualquer efeito “externo”, isso não impede que o direito da UE seja tido em linha de conta²⁵⁰, o que imperativamente se traduz na necessidade de os Tribunais nacionais estarem preparados para a aplicação e apreciação do Direito Concorrencial da União, o que infelizmente não é o que sucede.

De notar igualmente que o facto de o Direito da Concorrência ainda ser uma área bastante desconsiderada no âmbito dos cursos de Direito, contribui em muito para o desconhecimento generalizado por parte da maioria dos operadores jurídicos. Na maior parte das Universidades o Direito da Concorrência não merece qualquer tratamento específico, sendo a sua análise frequentemente relegada para segundo plano, o que urge mudar.

Apesar de os tribunais estarem a dar importantes passos nesse sentido, ainda há muito para melhorar. Apesar de todos os desenvolvimentos do Direito da Concorrência, com o alargamento de competências aos operadores jurídicos nacionais, a verdade é que o mesmo ainda não é suficientemente conhecido, quer pelos Tribunais (magistrados, advogados, funcionários judiciais...) como pelos particulares, o que conduz a erros de análise e a grandes reticências na sua aplicação.

5. Indemnização das vítimas de infrações ao Direito da Concorrência: publicação da Diretiva ²⁵¹

Chegados a este ponto, importa realçar, ainda que a título bastante breve, que em 5 de dezembro de 2014 foi publicada no Jornal Oficial da UE a Diretiva do Parlamento Europeu e do

²⁵⁰ Infelizmente não foi este o caminho seguido, por exemplo, pelo Acórdão do STJ de 05.03.2009 ou pelo Acórdão do STJ de 20.06.2013. Nas palavras deste último acórdão, “*não obstante a regra do primado do direito comunitário e da sua prevalência sobre o direito nacional, a verdade é que o Regulamento CE n.º 1475/95, de 28/6/95, já substituído pelo Regulamento CE n.º 1400/2002, de 31/7/2002, regulando a aplicação do art. 85.º, n.º 3 do Tratado da União Europeia a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis, aplica-se apenas, como direito comunitário, quando estiverem em causa relações transfronteiriças*”.

²⁵¹ a) Quanto à questão das indemnizações por violação das disposições sobre a concorrência importa cfr. o trabalho interessante feito por FILIPA DANIELA COUTO CAMPOS, intitulado *A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da Concorrência*, no âmbito do Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Económicas, realizado sob a orientação do Prof. Doutor José Neves Cruz, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, julho de 2014. Este trabalho pode ser livremente consultado em http://sigarra.up.pt/fdup/pt/pubs_pesquisa.FormView?p_id=105033

b) Importa consultar ainda quanto à quantificação dos danos sofridos a “*Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*” (e respetivo Guia Prático), JOUE C 167, de 13.06.2013, pp. 19 e ss.

Conselho relativa às ações de indemnização por infração às disposições do direito da concorrência dos EM e da UE²⁵².

Como sabemos, as práticas restritivas da concorrência lesam substancialmente os consumidores e as empresas. Deve, assim, ser garantido ao lesado o direito à reparação dos danos sofridos em virtude de uma infração das regras da concorrência.

Como é sublinhado no considerando terceiro da Diretiva “*a plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições*”.

Por sua vez, o considerando décimo terceiro reforça que “*o direito à reparação é reconhecido a qualquer pessoa singular ou coletiva – consumidores, empresas e autoridades públicas, sem distinção –, independentemente de existir uma relação contratual direta com a empresa infratora²⁵³ e de ser previamente declarada a infração por uma autoridade da concorrência*”.

Ora, o artigo 1º da Diretiva, com a epígrafe “objeto e âmbito de aplicação”, estabelece o seguinte:

“1. A presente diretiva estabelece certas regras necessárias para assegurar que quem sofra danos causados por uma infração ao direito da concorrência por uma empresa ou associação de empresas possa exercer efetivamente o direito a pedir a reparação integral desses danos por essa empresa ou associação. A presente diretiva estabelece regras que fomentam a concorrência não falseada no mercado interno e eliminam os obstáculos ao seu bom funcionamento, assegurando uma proteção equivalente em toda a União para as pessoas que sofram tais danos.”

²⁵² Diretiva 2014/104/UE, de 26 de novembro de 2014, “relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia”, publicada no JOUE L 349, de 5 de dezembro de 2014, pp. 1-19.

²⁵³ A este respeito importa consultar o Acórdão do TJ de 20.09.2001, *Courage Ltd contra Bernard Crehan e Bernard Crehan contra Courage Ltd e outros*, proc. C-453/99, C.J. 2001 I-06297. Defendia o Tribunal que “*uma parte num contrato suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na aceção do artigo 85.º do Tratado CE (atual artigo 81.º CE), pode invocar a violação desta disposição para obter proteção jurisdicional («relief») contra a outra parte contratante. O artigo 85.º do Tratado opõe-se a uma norma de direito nacional que proíba uma parte num contrato suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na aceção da referida disposição, reclamar uma indemnização em reparação de um prejuízo decorrente da execução do referido contrato pelo simples motivo de o autor do pedido ser parte no mesmo contrato*”.

2. A presente diretiva estabelece regras para a articulação entre a aplicação das regras de concorrência pelas autoridades da concorrência e a aplicação dessas regras em ações de indemnização perante os tribunais nacionais”.

Os Estados-Membros têm até 27 de dezembro de 2016 para adotarem as disposições legais, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva em questão (art. 21º da Diretiva).

CAPÍTULO III.

A COMPATIBILIDADE DO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL COM AS REGRAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

1. Razão de ordem

Depois de uma análise, ainda que extensa mas acima de tudo necessária, do Direito da Concorrência importa chegados a este ponto, após o enquadramento necessário para a perceção deste tema, abordar convenientemente o problema em causa: o da compatibilidade do contrato de concessão comercial com as regras de defesa da concorrência, tanto de uma perspectiva nacional como europeia, dado o primado do direito da UE sobre o direito nacional (art. 8º, nº 4, da CRP).

Tendo em linha de conta as cláusulas *supra* analisadas no capítulo I referentes ao conteúdo do contrato de concessão comercial, e as disposições normativas de defesa da concorrência apreciadas no capítulo II, é impossível não constatar que algumas obrigações impostas ao concessionário e determinadas práticas levadas a cabo pelo concede poderão levantar alguns problemas, nomeadamente do ponto de vista do Direito da Concorrência.

Como o próprio Professor MENEZES CORDEIRO sublinha *“o contrato de concessão deve ser cuidadosamente conjugado com as regras da concorrência, designadamente as derivadas do Tratado de Roma e introduzidas, depois, nas diversas ordens internas dos países que hoje compõem a União Europeia”*²⁵⁴.

Ora, como sabemos as “práticas restritivas da concorrência”, entendidas aqui em sentido global, incluem os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas (relevando para o caso apenas a questão dos acordos), presentes atualmente a nível europeu no art.101º do TFUE e a nível nacional no art.9º da LdC; os abusos de posição dominante, previstos no art.102º do TFUE e no art.11º da LdC; e por fim os abusos de dependência económica, previstos no art.12º da LdC e sem qualquer consagração a nível da UE.

Não obstante, neste tópico não serão abordadas todas as potenciais e eventuais práticas restritivas da concorrência, mas apenas: i) as práticas relacionadas com o contrato de concessão comercial (presentes explicitamente no contrato ou praticadas informalmente); e ii) as que mais

²⁵⁴ «Do contrato de concessão comercial», *ROA*, 2000, ano 60, vol.II, abril, p. 608.

comummente levantam problemas do ponto de vista da concorrência (analisadas sempre sob o prisma das disposições normativas existentes)²⁵⁵.

2. As (potenciais) práticas restritivas da concorrência

2.1. Obrigações de exclusividade²⁵⁶

2.1.1. Introdução

Como *supra* tivemos oportunidade de observar, a exclusividade, que pode consistir em obrigações tanto a favor de uma das partes do contrato como de ambas, não é essencial ao contrato de concessão comercial, nem decorre do seu núcleo de cláusulas essenciais, podendo porém ser estipulada à luz da autonomia das partes (art. 405º do Código Civil).

Apesar de a exclusividade não ser essencial à caracterização do contrato a verdade é que a mesma surge com bastante frequência na figura da concessão comercial, podendo ser decomposta em variadas obrigações (obrigação de não concorrência, distribuição exclusiva, proteção territorial absoluta...), sendo comum a sua expressa estipulação ou pelo menos a sua prática. Precisamente por esta razão, somos da opinião que este é um tema que deve sem dúvida ser aqui analisado, dados os potenciais problemas que a exclusividade suscita do ponto de vista da concorrência.

Como AZEEM R. BANGY e JORGE FRAZÃO sublinham, “o conceito de exclusividade deve ser analisado e aprofundado com extremo cuidado em termos de regras de concorrência. Porque ele é, à partida, sempre lesivo e perigoso para a concorrência”²⁵⁷.

As obrigações de exclusividade tanto podem suscitar problemas concorrenciais do ponto de vista do art.101º/artº9, como no que diz respeito ao art.102º/art.11º, razão pelo qual ambas as situações serão analisadas. Realce-se porém, como já *supra* referido, que as obrigações de exclusividade não necessitam de se enquadrar especificamente numa das alíneas dessas disposições legais para serem por essa via proibidas; na realidade basta preencherem os

²⁵⁵ De realçar, ainda, que as potenciais práticas restritivas da concorrência serão analisadas maioritariamente numa perspetiva ascendente, ou seja, as obrigações que o concedente impõe ao concessionário ou determinadas práticas que o concedente emprega em relação aos seus concessionários. Nos casos em que considerarmos relevante será também referido o caso inverso.

²⁵⁶ Cfr. Bibliografia quanto à cláusula da exclusividade: JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, p.34 ss, SOFIA TOMÉ D'ALTE, *op. cit.*, p.1408 e ss; MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*; e ISABEL MARQUES DA SILVA, *op. cit.*

²⁵⁷ «A distribuição e a compra exclusiva...», *cit.*, p. 15.

pressupostos de aplicação dos artigos em questão, uma vez que o catálogo é meramente exemplificativo²⁵⁸.

2.1.2. Problemas associados ²⁵⁹

A exclusividade – estipulada contratualmente ou praticada informalmente – pode levantar sérios problemas, nomeadamente no que diz respeito à concorrência, bem público que deve acima de tudo ser protegido, uma vez que uma concorrência saudável proporciona benefícios para todas as partes envolvidas²⁶⁰.

As obrigações de exclusividade levantam desde logo o problema da liberdade das partes, em particular a liberdade comercial do concessionário, parte do contrato a que habitualmente é imposta a exclusividade. Com a estipulação da exclusividade no contrato de concessão (na vertente de uma obrigação de não concorrência) o concessionário deixa de ter a liberdade para poder escolher os seus fornecedores; os produtos passam a ser adquiridos ao concedente, não podendo ele adquirir ou revender produtos concorrentes, salvo autorização expressa (o que pode dificultar a entrada de novos fornecedores)²⁶¹. Na opinião de ANTÓNIO CASTRO GUERRA, “os contratos de distribuição com exclusividade de compra, sendo rentáveis para as partes contratantes, são também geradores de insuficiência e portanto condenáveis”²⁶².

A acrescer existe a delimitação do território, com a frequente proibição de vendas ativas (*i.e.* a proibição de promover ativamente a venda dos produtos fora do território concedido) o que limita ainda mais a liberdade do concessionário, no sentido de que além de não lhe ser

²⁵⁸ Apesar de que observando o catálogo pode-se afirmar que a exclusividade é passível de ser proibida por via das alíneas b) ou c) do n.º1 do art.101.º e do n.º1 do art.9.º e por via da alínea b) do art. 102.º e do n.º2 do art. 11.º.

²⁵⁹ A nível nacional importa cfr. o caso “*Nestlé Portugal S.A.*”. Numa primeira fase, em 20.05.2006, a Autoridade da Concorrência emitiu uma decisão de condenação da *Nestlé* pela inclusão de cláusulas de exclusividade nos contratos de fornecimento de café, com duração incerta. A decisão foi impugnada judicialmente e o TCL devolveu o processo à Adc para reformulação das peças processuais, tendo a Autoridade nesta segunda fase emitido uma decisão de arquivamento com condições (29.05.2008).

²⁶⁰ ISABEL MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p.194, sustenta que “*por muito fortes que sejam para as partes os motivos que as levam à celebração de acordos de distribuição exclusiva, estes acordos, quase invariavelmente, implicam restrições à concorrência entre as partes no acordo e os agentes económicos a ele estranhos.*”

²⁶¹ a) Importa cfr. o caso *Centralcer*. A empresa *Centralcer*, que dispunha de 53% da quota do mercado relativo às cervejas, proibia os seus distribuidores de venderem produtos concorrentes, prática que veio a ser condenada pelo Conselho da Concorrência, na vigência do DL n.º 422/83, uma vez que tal proibição era suscetível de dificultar o acesso de outros produtores ao mercado português. V. decisão de 17.12.1986 no processo de contraordenação n.º 5/86, CONSELHO DA CONCORRÊNCIA, Lisboa – Relatório de Actividade, 1986, Ministério da Economia, Lisboa, pp. 88 e ss.

b) De realçar ainda que o STJ no acórdão de 13.01.2005, num caso de distribuição de cervejas, referiu ao de leve a possibilidade do acordo em causa violar o Direito da Concorrência. Defendeu o Tribunal que “*afigura-se-nos que, em termos objectivos, a proibição de venda imposta à ré no seu estabelecimento de bens (produtos) similares aos da autora viola as normas da concorrência.*”

²⁶² *Política de concorrência em Portugal: contornos, fundamentos e casuística*, GEPE, Lisboa, 1997, p. 92.

permitido comprar os bens às entidades que lhe aprouver, a possibilidade de revender na área que bem entender está igualmente restringida. Com a proibição de vender fora do território definido a atividade do concessionário está limitada à área geográfica acordada, não lhe sendo atribuída qualquer liberdade para revender fora daquele território (quem vender nessas situações arrisca-se à cessação do contrato com justa causa), o que conduz assim à impossibilidade de concorrer com outros distribuidores que se encontrem nas áreas envolventes²⁶³. Ora, a par com a proibição de vendas ativas, bastante comum no contrato de concessão, por vezes também é possível encontrar em alguns contratos (ou apreciar no contexto prático) cláusulas que proíbem as denominadas vendas passivas²⁶⁴, ou seja, aquelas vendas realizadas no decorrer de um pedido espontâneo de um consumidor que se encontra fora do território²⁶⁵. Nestes casos, além da liberdade do concessionário ser afetada, uma vez que este se vê na obrigação de negar uma encomenda a um cliente simplesmente pela sua origem, é essencialmente a liberdade do consumidor – liberdade de escolher o concessionário que pratique as condições de oferta mais atrativas – que é prejudicada. De realçar ainda, que outro efeito negativo para o consumidor é o da possibilidade da prática de preços mais elevados, e isto porque os distribuidores *in casu* podem praticar *“preços e condições comerciais nos seus territórios sem sofrer qualquer pressão concorrencial por parte de outros distribuidores concorrentes”*²⁶⁶.

Por outro lado, pense-se na situação – bastante comum – em que o concedente A, fornecedor/produtor de bens da marca X, possui uma rede de distribuição por todo o território nacional, em que os contratos celebrados com os concessionários são idênticos (contratos de adesão). Se estipulada a exclusividade (na vertente de uma obrigação de não concorrência) com todos eles isto significa que cada concessionário, por todo o país, não poderá adquirir os bens a marcas concorrentes, nem poderá revender fora do território atribuído. Acrescente-se a exclusividade territorial a favor do concessionário – ou seja, quando aquele é o único da rede de distribuição do concedente a revender os produtos naquela área – praticada a larga escala, e o

²⁶³ De realçar que a efetiva existência de liberdade de concorrência entre os distribuidores, ao permitir que estes concorram livremente entre si sem restrições, pode conduzir a preços mais baixos, o que beneficia em última linha o consumidor.

²⁶⁴ Quanto às vendas ativas e passivas na *Internet* (as restrições que são permitidas e as consideradas graves) cumpre consultar as *“Orientações relativas às restrições verticais”*, pontos 52, 53 e 54.

²⁶⁵ Cfr. decisão de condenação da AdC, em fevereiro de 2015, às empresas *Petrogal, Galp Açores e Galp Madeira* (coimas de 9,29 milhões de euros). Em causa estava a proibição, pelas empresas do grupo *Galp Energia* aos seus distribuidores de GPL em garrafa, de vender fora da área geográfica definida no contrato, e isto quer em relação às vendas ativas, quer em relação às vendas passivas. V. Comunicado 01/2015, livremente disponível para consulta no *site* da AdC.

²⁶⁶ V. documento “Perguntas e Respostas”, disponível em conjunto com o Comunicado 01/2015 da AdC, em concreto a página 3.

mercado repartir-se-á: o concessionário A detém a exclusividade no concelho de Braga, o concessionário B no concelho da Póvoa de Varzim, o concessionário C no concelho de Viana do Castelo, etc.²⁶⁷.

Ora, esta repartição do mercado poderá conduzir ao encerramento das possibilidades de acesso (criação de entraves à entrada) ou de expansão às empresas concorrentes (ou seja, o possível encerramento horizontal do mercado), com o conseqüente isolamento total e absoluto do mercado. A concorrência entre as marcas é assim por esta via restringida, e conseqüentemente é limitada a escolha dos consumidores.

As empresas (potencialmente) concorrentes que pretendam ingressar no mercado terão sérios obstáculos pelo caminho (além dos habituais, inerentes a um estado de concorrência “normal”), uma vez que o mercado do produto que elas pretendem fornecer já se encontra repartido e os revendedores dos produtos em causa já se encontram instalados, sem possibilidade de lhes comprar os produtos, dada a cláusula de exclusividade.

Como defende NOGUEIRA SERENS, *“do compromisso do revendedor em adquirir um dado produto junto de um determinado fornecedor resulta a impossibilidade de acesso a esse mesmo revendedor por parte de outro fornecedor, com evidentes conseqüências negativas para a concorrência entre diferentes marcas. Por outras palavras, se o revendedor se obriga a comprar exclusivamente produtos de determinada marca, o consumidor não dispõe, junto desse mesmo revendedor, de qualquer possibilidade de escolha”*²⁶⁸.

O mesmo terá de ser apreciado do lado contrário: quando há uma obrigação de fornecimento exclusivo do concedente para com o concessionário (geral ou apenas respetiva a determinado território). Aqui os entraves criados dizem respeito aos potenciais distribuidores, aqueles que pretendem entrar no mercado do produto fornecido pelo concedente, mas que dada a exclusividade não o conseguem. Deste modo, o principal risco do fornecimento exclusivo a nível da concorrência é o da exclusão de outros distribuidores/“compradores”. Limita-se o fornecimento apenas a um distribuidor, com o conseqüente encerramento do mercado²⁶⁹.

Nas palavras de AZEEM BANGY e JORGE FRAZÃO *“efectivamente, os acordos de distribuição exclusiva na medida em que contemplam a atribuição de um exclusivo de revenda*

²⁶⁷ Como é afirmado nas *“Orientações relativas às restrições verticais”*, ponto 105, *“os eventuais efeitos negativos das restrições verticais são agravados quando vários fornecedores e os seus compradores organizam as suas atividades comerciais de forma semelhante, o que leva aos denominados efeitos cumulativos”*.

²⁶⁸ *Op. cit.*, pp. 54-55.

²⁶⁹ Quanto à distribuição exclusiva importa cfr. o Acórdão do TRL de de 09.04.2002, que considerou a prática em causa restritiva da concorrência e como tal nula.

*aos distribuidores, nos territórios que lhes são concedidos, revelam um risco de compartimentação do mercado a nível da distribuição com sérias restrições da concorrência entre distribuidores de produtos idênticos provenientes de um mesmo fabricante”*²⁷⁰.

Não se olvide ainda, que a exclusividade estipulada apenas a favor de uma das partes – unilateral -, que no contrato de concessão comercial é bastante comum recair sobre o concessionário, propicia uma situação de desigualdade entre as partes. No limite esta situação pode-se consubstanciar num caso de dependência económica, com a sua subsequente exploração (abusiva).

Os efeitos negativos das obrigações assumem uma maior proporção quando elas se consubstanciam na denominada exclusividade reforçada/fechada (“concessão fechada”)²⁷¹. A exclusividade reforçada diz respeito àqueles casos em que o concedente atribui o exclusivo em determinada área territorial apenas àquele concessionário, abstendo-se de ele próprio comercializar naquela zona, assim como proibindo que outros concessionários/revendedores revendam, direta ou indiretamente, na área em questão.

Ou seja, os fornecedores pretendem garantir aos seus distribuidores uma proteção territorial absoluta, impossibilitando o acesso de outros distribuidores à área geográfica em que aqueles atuam. Este objetivo tanto pode ser conseguido através da proibição direta aos outros distribuidores de operarem no mercado “protegido”, como também pode ser alcançado por outras formas que permitam encerrar aquele mercado, como por exemplo, a prática de preços de venda ou descontos diferenciados, a recusa de conceder um determinado serviço pós-venda ou qualquer outro estratagema que atinga esse fim²⁷².

Ora, a proteção absoluta do território de concessão, por parte do concedente, provoca o isolamento total e absoluto do mercado, uma vez que contribui para a sua compartimentação²⁷³, impedindo assim *“toda e qualquer intromissão de qualquer outro agente económico ou toda e qualquer importação paralela. Se a exclusividade atribuída ao concessionário for de natureza*

²⁷⁰ «A distribuição e a compra exclusiva...», *cit.*, p. 15.

²⁷¹ Situação diferente é a concessão aberta, em que por exemplo se proíbe o concessionário de abrir sucursais e outros suportes fixos fora da sua zona de concessão, mas não se o proíbe de vender fora dessa zona, desde que não seja por aquelas formas referidas. Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Concessão comercial e Direito da Concorrência», *in Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 185-231, em concreto, p. 225.

²⁷² A Comissão já tomou várias decisões de recusa de cláusulas de proteção territorial absoluta, quer esse objetivo seja alcançado por via direta ou indireta. Ver a título de exemplo, Decisão *Grunding – Consten*, JOUE, n° 161 de 20.10.1964, p. 2545 e ss.; *Kodak*, JOUE n° L 147 de 07.07.1970, p. 24; e ss. *Bayerische Motoren Werke Ag.*, JOUE, n° L/29 de 03.02.1975, p.1 e ss.; *Peugeot*, JOUE, n° L 295 de 18.10.1986, p.26 e ss.; *Konica*, JOUE n° L 78 de 23.03.1988, pp.34-40.

²⁷³ O que torna assim mais difícil a própria interpenetração desejada pelo Tratado, o que pode deste modo justificar que mesmo um puro acordo nacional possa ter impactos a nível da UE sendo-lhe, por conseguinte, aplicável o direito da UE.

*fechada, assegurando uma protecção territorial absoluta com provocação do isolamento dos mercados, e com o concedente a celebrar contratos de idêntico conteúdo com outros concessionários, teremos a repartição geográfica dos mercados e, no limite, a proibição de importações paralelas*²⁷⁴ *no território atribuído a cada concessionário...*²⁷⁵.

Esta protecção absoluta será tanto mais grave quanto o alcance territorial da mesma. Isto porque se um contrato de concessão comercial convencionado entre um concedente e um concessionário nomeado para um EM *“contém cláusulas que, directa ou indirectamente, proibem as exportações para outro Estado-membro ou as importações paralelas para aquele Estado-membro, haverá, além das restrições inerentes àqueles acordos, um atentando suplementar à concorrência que afeta o comércio entre os Estados-Membros e tende a perpetuar as divisões do mercado comum, através de fronteiras menos visíveis mas igualmente eficazes”*²⁷⁶. Neste caso aplicar-se-ão aqui as normas de Direito da UE, com as suas respetivas consequências.

Dada a pouca concorrência existente (pela criação dos entraves *supra* referidos) há o risco dos bens passarem a ser distribuídos e revendidos por preços superiores aos que normalmente seriam praticados num mercado concorrencial. Como sabemos os preços são fixados em função da situação do mercado, quanto mais concorrencial for o mercado (pela presença de várias empresas) mais atrativos serão os preços para os consumidores. Ora, se existir uma forte restrição das empresas a operar no mercado (máxime pela protecção territorial absoluta) o produtor/fornecedor terá maior margem de manobra quanto ao preço, o que claramente acabará por prejudicar o consumidor²⁷⁷.

Por outro lado, é importante realçar, nas empresas com posição dominante a inserção de obrigações de exclusividade nos seus contratos poderá contribuir precisamente para o reforço dessa mesma posição, com os efeitos negativos daí derivados. Isto porque se a exclusividade já potencia problemas entre empresas sem qualquer posição de domínio no mercado imagine-se então perante empresas com uma posição dominante: os efeitos anticoncorreciais serão ainda maiores e com mais impactos negativos sob a concorrência.

²⁷⁴ O acordo vertical quando inclui cláusulas como as de protecção absoluta pode colocar em causa as importações paralelas, isto é, a importações celebradas por um terceiro independente à margem do processo oficial de distribuição. Aliás, existem acordos verticais que chegam ao ponto de incluir expressamente uma cláusula proibitiva de tais importações. Para melhores esclarecimentos acerca da temática das importações paralelas, importa cfr., com bastante interesse, SOFIA OLIVEIRA PAIS, «Proibição de Importações Paralelas...», *cit.*, pp. 613-633.

²⁷⁵ JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Concessão Comercial e Direito da Concorrência...», *cit.*, p. 225.

²⁷⁶ ISABEL MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p.195.

²⁷⁷ Cfr. SOFIA OLIVEIRA PAIS, «Proibição de Importações Paralelas...», *cit.*, pp.614-615.

Quando o concedente detém uma posição dominante no mercado este possui, certamente, um poder de negociação suficiente para impor ao concessionário obrigações de exclusividade que o beneficiem. O poder do concedente, nestas situações, é de tal forma absoluto que o concessionário acaba por não ter outra opção que não seja a de aceitar a inclusão no contrato da exclusividade, mesmo sem qualquer contrapartida a seu favor.

Situação igualmente interessante a ter em linha de conta é precisamente o caso oposto: quando a exclusividade não levanta quaisquer problemas perante as empresas primeiramente referidas *supra*, só suscitando preocupações quando uma empresa com posição dominante as inclui nas suas relações²⁷⁸.

Como sublinha RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, “quando celebrados por empresas dominantes, os acordos de compra exclusiva inspiram maiores preocupações por se considerar que a circunstância de o cliente ser impedido de adquirir produtos a empresas concorrentes, além de o privar da liberdade de escolha, pode prejudicar o acesso destas ao mercado afetando assim a estrutura e o funcionamento da concorrência, em prejuízo dos consumidores”²⁷⁹.

Por regra, quanto mais tempo durar a concreta obrigação de exclusividade maior será o impacto sobre a concorrência, ou seja, maior é a probabilidade de existência de efeitos nefastos e anticoncorrenciais. Porém, quando estamos perante uma empresa em posição dominante, e esta é um parceiro comercial incontornável, a verdade é que mesmo uma obrigação de exclusividade de curto prazo pode contribuir para o encerramento do mercado, acarretando sérios danos à concorrência²⁸⁰.

²⁷⁸ Sobre o abuso de posição dominante no que diz respeito às obrigações de exclusividade importa cfr. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, proc. 85/76, caso *Hoffmann-La Roche c. Comissão*, proferido no decorrer do recurso de anulação da decisão da Comissão (decisão de 9 de junho de 1976 publicada no JOUE L 223, de 16 de agosto de 1976); o Acórdão do TPI de 06.10.1994, *Tetra Pak Internacional SA c. Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-83/91, confirmado pelo Acórdão do TJ de 14.11.1996; e o Acórdão do TPI de 01.04.1993, *BPB Industries plc e British Gypsum Limited contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-65/89.

²⁷⁹ *Op. cit.*, p. 362. Importa cfr. ainda a este respeito o Acórdão do TJ de 13.02.1979, Processo 85/76, Caso *Hoffmann – La Roche c. Comissão*, ponto 89.

²⁸⁰ Cfr. Comunicação da Comissão – “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, *cit.*, ponto 36.

2.1.3. Vantagens/Pontos positivos ²⁸¹

Não obstante os efeitos negativos a que a exclusividade poderá conduzir e que já foram devidamente analisados, a verdade é que esta poderá igualmente acarretar benefícios concorrenciais e que importam, assim, de seguida apreciar.

Desde logo e como defendem AZEEM BANGY e JORGE FRAZÃO, “*a designação de um concessionário exclusivo que se encarregue da promoção da venda, do serviço de assistência à clientela e da armazenagem, constitui para o fabricante muitas vezes o meio mais eficaz e por vezes mesmo o único meio (no caso de pequenas e médias empresas), de penetrar num mercado e aí enfrentar a concorrência de outros fabricantes*” ²⁸².

Assim, a exclusividade pode, de uma certa forma, contribuir para o incremento da concorrência, abrindo novos mercados ou possibilitando o acesso a eles por parte de novas empresas.

A verdade é que quando um produtor pretende ingressar no mercado necessitando de distribuidores para prospeçar esse novo mercado, tal envolve importantes investimentos, ou seja, os denominados “custos iniciais” por parte dos referidos distribuidores, surgindo aqui a proteção territorial como um bom incentivo, ou seja, como forma de equilibrar as obrigações, tornando assim aquele contato vantajoso para ambas as partes²⁸³.

O mesmo pode ser apreciado no sentido oposto, ou seja, da perspetiva dos produtores/fornecedores. Este, para distribuir (com êxito) os seus produtos, vendendo-os aos concessionários com quem contrataram, encontram-se muitas vezes adstritos à realização de investimentos específicos (dada a natureza do bem, o mercado em que estão a operar, a novidade do produto, ou até o facto de ainda se encontrarem em processo de desenvolvimento, etc.²⁸⁴), pelo que a obrigação de exclusividade – a recair sobre o concessionário – surge aqui precisamente como um modo do concedente repartir/reduzir os riscos, permitindo-lhe mais facilmente recuperar os investimentos efetuados²⁸⁵.

Outro efeito positivo geralmente apontado diz respeito aos problemas de parasitismo (“*free rider*”) que a exclusividade é passível de solucionar. Ora, no parasitismo está em causa o

²⁸¹ Para uma análise mais extensa deste tópico importa cfr. a Comunicação da Comissão, “*Orientações relativas às restrições verticais*”, *cit.*, pontos 106-109.

²⁸² «A distribuição e a compra exclusiva...», *cit.*, p. 17.

²⁸³ Cfr. ponto 107 b), “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

²⁸⁴ Por exemplo, os investimentos em formação ou na aquisição de equipamento especial, que assumem custos elevados.

²⁸⁵ Referimo-nos aqui ao problema da catividade ou de *hold-up*. Cfr. ponto 107 d) das “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

aproveitamento – gratuito - por parte de uma empresa em relação aos esforços de promoção de outra²⁸⁶. Se uma empresa, como sublinha RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, “*realiza investimentos para promover um produto, ou para criar mercado para um produto (e.g. formação de pessoal de vendas, que tem um papel importante na familiarização da procura com o produto), sem um obrigação de compra exclusiva a empresa pode ver o seu investimento ser aproveitado por empresas concorrentes*”²⁸⁷.

As obrigações de exclusividade podem, assim, ser utilizadas de modo a melhorar a forma de distribuição dos bens, simplificar a entrada no mercado de pequenas e médias empresas, ampliar a oferta de mercado aos consumidores, facilitar a promoção da venda de um determinado produto, potenciar a concorrência entre marcas (“concorrência intermarcas”) e/ou conferir maior estabilidade e segurança ao produtor/fornecedor, que pode assim criar uma rede de distribuição mais eficaz²⁸⁸.

Por conseguinte, como observamos ainda que a título conciso, a exclusividade não é passível apenas de gerar efeitos anticoncorrenciais. Em boa verdade, desde que não sejam infringidos certos limites, a exclusividade pode conduzir a importantes benefícios concorrenciais, superando assim as desvantagens.

Destarte, e como em resumo realçam AZEEM BANGY e JORGE FRAZÃO, “*desde que salvaguardadas determinadas situações, da celebração de acordos de distribuição exclusiva poderão resultar benefícios para todos os intervenientes: vantagens para o consumidor na medida em que ao ser estimulada a concorrência entre marcas se lhe disponibiliza maior possibilidade de escolha; vantagens para o produtor porque consegue fazer penetrar o seu produto em zonas difíceis, ao actuar de modo intenso e exclusivo sobre esse mercado, através do seu concessionário local; finalmente vantagens para o distribuidor porque lhe é assegurado um mercado exclusivo constituído por uma área geográfica delimitada*”²⁸⁹.

2.1.4. O que é permitido/o que é proibido – raciocínio a seguir

É importante salientar, desde logo, que as obrigações de exclusividade podem suscitar problemas atinentes à Concorrência quer sejam estabelecidas por empresas em posição dominante, quer não o sejam. Tanto no primeiro caso como no segundo existem (potenciais)

²⁸⁶ Cfr. ponto 107 a) das “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 365.

²⁸⁸ Cfr. ISABEL MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 196.

²⁸⁹ «A distribuição e a compra exclusiva...», *cit.*, p. 17.

efeitos nocivos, tanto num como noutra a inclusão de obrigações de exclusividade é passível de conduzir a graves problemas para a concorrência.

Delimitada esta questão, e tendo em consideração o *supra* exposto quanto às vantagens e desvantagens da exclusividade, estamos agora em condições de compreender qual o raciocínio que deve ser seguido para poder afirmar que uma determinada obrigação de exclusividade é permitida ou, se pelo contrário, é vedada.

Transcrevendo um excerto do Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.06.1966:

*“Para apreciar se um contrato que contém uma cláusula que atribui um direito exclusivo de venda se deve considerar proibido por causa do seu objetivo ou do seu efeito, há que tomar em consideração, designadamente, a natureza e a quantidade, limitada ou não, dos produtos que são objeto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo controvertido ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos, o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas”*²⁹⁰.

Dito isto, a primeira conclusão daqui a retirar e que deve pautar todo este trabalho é a seguinte: as obrigações de exclusividade não devem de *per se* ser proibidas. Antes de qualquer juízo de valor devem acima de tudo ser analisadas tendo em linha de conta o acordo em que se inserem. Ou seja, é necessário proceder a uma análise casuística, caso a caso, tendo em consideração variadas circunstâncias, como sejam os particulares contornos da obrigação, as partes envolvidas, a posição que ocupam no mercado, os efeitos que advêm para a concorrência, entre outras, para a final estar-se em condições de poder tomar uma posição, evitando-se assim conclusões precipitadas²⁹¹.

Ao fim ao cabo os acordos de exclusividade, importa não olvidar, não são todos iguais. Um acordo celebrado entre o concedente A e o concessionário B pode ser perfeitamente válido, atendendo às concretas circunstâncias do caso, mas o acordo entre C e D, apesar de semelhante, já não o ser. Tudo depende, assim, de um conjunto de elementos variáveis que terão de ser analisados caso a caso.

²⁹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 30.06.1966, processo 56/65, já citado, p. 388.

²⁹¹ Quanto às obrigações de exclusividade importa cfr., a título de exemplo, os seguintes acórdãos do TJ: Acórdão do TJ de 13.07.1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e outros contra Comissão da Comunidade Económica Europeia*, processos apensos n.ºs 56/64 e 58/64; Acórdão do TJ de 09.07.1969, *Franz Völk contra SPRL Ets J. Vervaecke*, proc. n.º 5/69; Acórdão do TJ de 28.02.1991, *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG*, proc. n.º C-234/89; Acórdão do TJ de 07.12.2000, *Neste Markkinointi Oy v Yötuuli Ky e outros*, proc. C-214/99.

Como já foi *supra* observado as cláusulas de exclusividade apresentam modalidades distintas e como tal efeitos distintos daí surgirão. Proibir tais obrigações sem uma mínima reflexão das particularidades e respetivas consequências poderá, como refere RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, “*não raras as vezes, ser nefasta para a concorrência e para o consumidor*”²⁹². Ou seja, optar por uma atitude proibitiva de *per se*, em vez de se optar por ponderar os particulares contornos de cada caso, não é certamente a solução.

Destarte, há que analisar devidamente o acordo em que a respetiva obrigação se enquadra e ter em conta determinados pontos, tais como:

i) Tipo de exclusividade em causa (simples, bilateral ou fechada)

Os efeitos da exclusividade variam notoriamente consoante o âmbito da mesma. Aplica-se apenas a uma das partes (em regra ao concessionário) ou a ambas? E é uma exclusividade simples (concessão aberta) ou reforçada (concessão fechada)? Ora, nesta última situação, há que ter um especial cuidado, pois cláusulas como as de proteção absoluta (o concedente atribui o exclusivo em determinada área territorial apenas àquele concessionário, abstendo-se de ele próprio comercializar naquela zona, assim como proibindo que outros concessionários revendam, direta ou indiretamente, na área em questão) são, por princípio²⁹³, proibidas, tendo em consideração os seus efeitos sobre a concorrência²⁹⁴.

Aliás, JOÃO CALVÃO DA SILVA defende mesmo que “*quando confirmam aos concessionários uma garantia de protecção territorial absoluta, proibindo-os de exportar os produtos para revenda nas zonas atribuídas a outros distribuidores ou de fazer importações paralelas, têm-se sempre por proibidos, sem possibilidade de isenção ao abrigo do art.101º, nº3, do Tratado ou do art.10º da Lei nº19/2012. Naturaliter, a proibição de exportar de um Estado-membro para outro Estado-membro da União Europeia constitui entrave à realização do objectivo de um mercado comum*

²⁹² *Op. cit.*, p.366.

²⁹³ Por exemplo veja-se o acórdão do TJ de 09.07.1969, *Franz Volk e SPRL Éts J. Vervaecke*, proc. 5/69. Nesse acórdão o Tribunal defendeu que é “*possível que um acordo de exclusividade, mesmo que inclua uma protecção territorial absoluta, tendo em conta a posição pouco relevante dos interessados no mercado dos produtos em causa na área que é objeto da protecção absoluta, não seja abrangido pela proibição prevista no n.º 1 do artigo 85º*” (ponto 7, p. 98).

²⁹⁴ Cfr., a título de exemplo, as decisões da Comissão Europeia a seguir indicadas: decisão da Comissão de 10.07.1987, caso *Tipp-Ex*, publicada no JOUE L 222, de 10.08.1987, pp. 1 e ss.; decisão de 13.07.1987, caso *Sandoz*, publicada no JOUE L 222 de 10.08.1987, pp. 28 e ss.; e decisão de 18.12.1987, caso *Fisher-Price*, publicada no JOUE L 49, de 23.02.1988, pp. 19 e ss.

ou mercado único em todos os Estados-membros da União Europeia, impede a concorrência leal e afecta o comércio intracomunitário, gravemente atentatória do art.101º, nº1, do Tratado” ²⁹⁵.

ii) Posição das partes²⁹⁶

A posição que as partes ocupam no mercado assume também bastante interesse. Em concreto, quanto maior for o poder de mercado do produtor/fornecedor maior será a probabilidade de a obrigação em causa gerar efeitos anticoncorrenciais, principalmente se estivermos perante uma empresa que detém efetivamente uma posição dominante, uma vez que como sublinha a Comissão *“em geral, quanto mais forte for a posição dominante maior será a probabilidade de um comportamento de proteção dessa posição levar a um encerramento anticoncorrencial do mercado”* ²⁹⁷.

iii) Acordo individual ou de adesão²⁹⁸/dimensão e natureza do mercado

Este é um ponto de exame que não se pode de forma alguma olvidar. Há que ter em consideração o quadro real em que aquele acordo se insere: é apenas um simples acordo celebrado entre A e B, individual, ou é antes um acordo que é celebrado reiteradamente, por um vasto território (por exemplo todo o território nacional), com diferentes distribuidores, que se limitam na realidade a aderir ao estipulado? A segunda hipótese é em boa verdade bastante comum; o concedente redige um contrato com todas as obrigações e direitos inerentes à concessão comercial e depois apresenta-o aos seus futuros concessionários, que na prática se limitam a aderir. Daqui já se podem constatar naturalmente os potenciais perigos de tal prática: uma determinada obrigação de exclusividade estipulada entre A e B, apreciada de modo isolado pode ser perfeitamente inocente, mas se a mesma cláusula for inserida no contrato de A com B, A com C, A com D, A com E, etc., já poderá levantar sérios problemas anticoncorrenciais. Ou seja, não basta analisar os acordos individuais, há que investigar ativamente e tentar perceber qual o real âmbito da obrigação em causa e o mercado em que se insere.

²⁹⁵ Banca, Bolsa e Seguros..., cit., p. 334.

²⁹⁶ Como é sublinhado na Comunicação da Comissão, *“Orientações relativas às restrições verticais”*, ponto 114, *“a posição das partes no mercado dá uma indicação do grau de poder de mercado que o fornecedor, o comprador ou ambos eventualmente possuem. Quanto mais elevada for a sua quota de mercado, mais elevado será, provavelmente o seu poder de mercado”*.

²⁹⁷ *“Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º...”*, cit., ponto 20.

²⁹⁸ Cfr. ponto 121 das *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

Como frisam e bem AZEEM R.BANGY e JORGE FRAZÃO, “a maior ou menor restrição dependerá, obviamente, do maior ou menor número e da importância dos pontos de venda comprometidos com uma dada marca por via desses acordos de compra exclusiva”²⁹⁹.

iv) Regulamentos de Isenção por Categoria

Desde logo ganham aqui especial relevo, para a percepção do que é e não é permitido, os Regulamentos de Isenção por Categoria existentes quanto aos acordos verticais (acordos em análise, como *supra* explicado): Regulamento (UE) n° 330/2010 da Comissão de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, n°3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (âmbito geral); e Regulamento (UE) n° 461/2010 da Comissão de 27 de maio de 2010, relativo à aplicação do artigo 101º, n°3, do TFUE a certa categoria de acordos verticais e práticas concertadas no setor dos veículos automóveis (âmbito mais restrito)³⁰⁰.

Quanto ao Regulamento n° 330/2010 importa ter em linha de conta, para o caso, os artigos 4º e 5º. Por sua vez, quanto ao Regulamento n° 461/2010 assume aqui especial importância o artigo 5º.

A partir da análise destes Regulamentos conseguimos, desde logo, perceber quais são as restrições que por princípio são permitidas, as restrições excluídas e aquelas que são incluídas na denominada “lista negra”, conferindo assim um importante contributo para conseguirmos perceber se a concreta cláusula de exclusividade em análise é passível de ser ou não permitida. Isto porque apesar de ainda restar a hipótese de isenção individual por via do n°3 do art. 101º do TFUE (art. 10º da LdC) a verdade é que, por exemplo, uma restrição considerada grave nos termos de um Regulamento de Isenção por Categoria poucas hipóteses tem de vir a preencher individualmente os requisitos exigidos. Por exemplo, pelo artigo 4º do Reg. n° 330/2010 conseguimos constatar que as vendas ativas podem ser restringidas, enquanto as vendas passivas têm sempre de ser livres.

v) a duração da obrigação³⁰¹

²⁹⁹ «A distribuição e a compra exclusiva...», *cit.*, p.15.

³⁰⁰ Estes Regulamentos já foram oportunamente analisados, em sede própria.

³⁰¹ Quanto à duração dos acordos de compra exclusiva e o seu impacto na concorrência importa cfr. o Acórdão do TJ de 7.12.2000, *Neste Markkinointi Oy e Yötuuli Ky e outros*, processo C-214/99.

Quanto mais tempo durar a obrigação maior é a probabilidade da mesma conduzir ao encerramento do mercado (efeito anticoncorrencial). Por essa razão é que, por exemplo, o art. 5º do Reg. nº 330/2010 estipula que a isenção (prevista no art. 2º) não é aplicável a *“qualquer obrigação de não concorrência direta ou indireta, cuja duração seja indefinida ou ultrapasse cinco anos”*.

vi) Contrapartidas geradas pela inclusão da cláusula

Uma cláusula negociada entre ambas as partes é claramente bastante distinta de uma cláusula aposta no contrato sem possibilidade de contestação e sem contrapartidas que a compensem.

O concessionário não pode ser visto sempre como a parte mais frágil da relação que sem poder de escolha aceitou aquela cláusula. Os acordos de distribuição geram igualmente benefícios para o concessionário, pelo que há que *ab initio* analisar seriamente as cláusulas inseridas no contrato, procurando perceber se existe um equilíbrio entre o que é exigido e o que é oferecido ao concessionário.

2.2. Cláusulas inglesas (*english clauses*) ³⁰²

Nas palavras de RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *“uma cláusula inglesa consiste na obrigação de o comprador informar o fornecedor de qualquer oferta mais competitiva e de só a aceitar se o fornecedor não a pretender acompanhar. É, na prática, um direito de preferência”*³⁰³.

Estas cláusulas assumem especiais problemas quando inseridas a favor de uma empresa em posição dominante, suscitando em boa verdade preocupações semelhantes e podendo apresentar efeitos idênticos aos acordos exclusivos.

À primeira vista esta cláusula parece conduzir a efeitos positivos, facilitando a concorrência entre os operadores económicos envolvidos e atenuando os efeitos nefastos *supra* referidos quanto aos acordos exclusivos. Porém, na prática, a realidade é diferente: a “cláusula inglesa” pode contribuir para o reforço da posição da empresa em posição dominante, uma vez

³⁰² Tanto as denominadas “cláusulas inglesas” como os “descontos condicionais” são práticas comerciais bastante semelhantes às obrigações de exclusividade e, portanto, passíveis de conduzir ao mesmo resultado. Porém, uma vez que estas práticas são levadas a cabo especialmente por empresas em posição dominante somos da opinião que elas devem ser analisadas separadamente para melhor clarificação e perceção.

³⁰³ *Op. cit.*, p. 364.

que por via desta cláusula a empresa tem acesso a informações privilegiadas sobre os seus concorrentes, o que torna-se bastante útil para efeitos de estratégia de mercado³⁰⁴.

Como sublinhou o TJ no caso *Hoffmann – La Roche*, acerca da cláusula inglesa:

*“Ao obrigar os seus clientes a revelar-lhe as propostas mais vantajosas que são apresentadas pela concorrência e a revelá-las com as especificações acima descritas – de tal modo que a Roche individualizará facilmente esses concorrentes – a cláusula inglesa, em virtude da sua natureza, coloca à disposição da recorrente [Roche] elementos de informação sobre a situação do mercado, bem como sobre as possibilidades e iniciativas dos seus concorrentes, que são especialmente preciosos na direção da sua estratégia de mercado (...). Por fim, em virtude do mecanismo da cláusula inglesa, é à própria Roche que cabe decidir se, ao alinhar ou não os seus preços, permite a intervenção da concorrência”*³⁰⁵.

Deste modo, a empresa em posição dominante – que beneficia da informação – só terá que adaptar os seus preços, baixando-os, quando tiver a informação precisa de que existe um risco de o seu comprador – aqui o designado concessionário - mudar de fornecedor. Esta cláusula pode, assim, contribuir em muito para o encerramento do mercado, uma vez que se o concessionário se encontrar obrigado por esta cláusula a revelar a identidade da empresa que fez a melhor proposta tal pode conduzir a que outras empresas concorrentes deixem de fazer essas propostas, visto que têm conhecimento que elas serão reveladas à empresa fornecedora do distribuidor em questão, surgindo assim como um desincentivo à concorrência. A acrescentar diga-se ainda que o aumento da transparência do mercado pode conduzir ou facilitar a colusão entre os fornecedores.

2.3. Descontos condicionais³⁰⁶

Com a expressão descontos condicionais pretendemos referir-nos àqueles descontos *“que são atribuídos em função do comportamento de compras da entidade beneficiária, procurando recompensá-la pela concentração das mesmas junto da empresa que os concede”*³⁰⁷.

³⁰⁴ Cfr. MARIA HELENA BRITO, *op. cit.*, p. 261.

³⁰⁵ Acórdão do TJ de 13.02.1979, proc. 85/76, ponto 107, 2º parágrafo.

³⁰⁶ Outras designações como “descontos de fidelidade” e “descontos de lealdade” também podem ser apontadas. Não obstante, preferimos utilizar o termo “descontos condicionais” tendo em conta que é precisamente essa a terminologia utilizada pela Comissão na sua Comunicação – “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*” (adiante designada por “*Orientação sobre o art. 82º*”).

³⁰⁷ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *op. cit.*, p. 380.

Estes descontos podem adotar diversas formas, desde a mais simples em que existe um abatimento no preço fixado em troca de uma certa lealdade, àquelas em que os descontos só são concedidos a partir de um determinado nº de produtos adquiridos pelo concessionário (por exemplo, se o concessionário adquirir 1000 unidades do produto em causa recebe um desconto, caso contrário será aplicável o preço normal). Podem também adotar formas ainda mais complexas, em que a atribuição de descontos fica dependente do alcance de determinados objetivos, como por exemplo, aumentar o volume de compras atingido no ano anterior³⁰⁸.

Os descontos condicionais são atribuídos como forma de retribuir o concessionário por certos comportamentos de compra levados a cabo, como por exemplo, a aquisição de x produtos por um determinado período de tempo³⁰⁹. Podem ser retroativos ou progressivos, consoante o desconto seja concedido sobre a totalidade das compras ou apenas sobre os produtos adquiridos acima do limiar imposto, respetivamente. Os descontos condicionais atribuídos também podem ser descontos por objetivos de compras: aqui há que distinguir entre descontos individualizados (*“os que têm por base uma percentagem sobre o total de pedidos do cliente, i.e. em que o objetivo de volume é individualizado”*), e os descontos normalizados (*“aqueles em que o objetivo é igual para todos os clientes ou para um mesmo grupo de clientes”*)³¹⁰.

Nas palavras do Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1979³¹¹,

“O desconto de fidelidade, ao contrário dos descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras efetuadas junto do produtor interessado, tem por objetivo impedir o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes através da concessão de uma vantagem financeira”.

A atribuição de descontos condicionais são uma prática corrente, adotada por empresas de diferentes áreas, com ou sem posição dominante. Como realça a Comissão Europeia as empresas oferecem *“este tipo de desconto para atrair os clientes e, desta forma, podem estimular a procura e beneficiar os consumidores”*³¹².

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ Por contraposição aos descontos não condicionais que são atribuídos *“em função de uma qualquer característica que não se relaciona com o comportamento dos clientes enquanto compradores do produto, e aplicam-se a todas as compras que estes efetuam, independentemente do seu comportamento enquanto comprador. É o caso dos descontos oferecidos apenas a clientes situados numa determinada região mais exposta a outros fornecedores, ou a clientes de uma certa idade”* – RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *op. cit.*, p.381.

³¹⁰ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *op. cit.*, p.381.

³¹¹ Processo 85/76, Caso *Hoffmann – La Roche c. Comissão*, pág. 252, ponto 90.

³¹² *“Orientação sobre o art. 82º”, ponto 37.*

De realçar, porém, que os descontos podem levantar sérios problemas precisamente quando praticados por empresas em posição dominante, suscitando mais uma vez idênticas preocupações às dos acordos exclusivos, uma vez que contribuem para o encerramento do acesso ao mercado por parte das empresas adversárias (encerramento horizontal do mercado)³¹³.

Neste sentido caminhou precisamente a Comissão, na sua “*Orientação sobre o artigo 82º*”, defendendo o seguinte:

*“Este tipo de desconto – quando oferecido por empresas dominantes – pode produzir efeitos efetivos ou potenciais de encerramento semelhantes aos das obrigações de compra exclusiva. Os descontos condicionais podem produzir esses efeitos sem constituírem necessariamente um sacrifício para a empresa dominante”*³¹⁴.

De notar que nesta situação a probabilidade de encerramento do mercado é maior quando as empresas concorrentes não podem competir em igualdade de circunstâncias quanto à procura de cada cliente³¹⁵. Pense-se no caso em que a empresa dominante é um “parceiro comercial inevitável”, pelo menos no que concerne a uma parte da procura. Isto pode suceder porque, por exemplo, a marca da empresa é um “produto incontornável”³¹⁶.

A existência de descontos acarreta uma descida do preço final a pagar para quem adquire os produtos à empresa em questão e cumpre com os requisitos, situação que tem bastante peso no momento da escolha do fornecedor: se o concessionário tem conhecimento de que se comprar os produtos a outra empresa concorrente perde os seus descontos claramente que tal compra será a seu ver não muito desejada. De notar que o uso de um sistema de

³¹³ Consultar com bastante interesse para o caso as seguintes decisões, em que os descontos condicionais foram analisados (e sancionados) aquando da sua utilização por uma empresa em posição dominante: caso *Hofman-La Roche* (Acórdão TJ de 13.02.1979, Processo 85/76, Caso *Hoffmann – La Roche c. Comissão*, Col. 1979-I, p. 217); caso *Michelin I* (decisão da Comissão de 07.10.1981, Proc. IV/29.491, *Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin*, JOUE 1981, L 353, p. 33; Acórdão do TJ de 09.11.1983, Proc. C-322/81, *Michelin/Comissão*, Col. 1983 03461); caso *Irish Sugar* (decisão da Comissão de 14.05.1997, Proc. IV/34.621,35.059/F-3 – *Irish Sugar plc*, JOUE L 258, p. 1; Acórdão do TG de 07.10.1999, Proc. T-228/97 *Irish Sugar/Comissão*, Col. 1999- II 2969); caso *Michelin II* (Acórdão TG, de 03.09.2003, Proc. T-203/01, *Michelin/Comissão*, Col. 2003 II-04071); caso *Solvay* (decisão da Comissão de 19.12.1990, Proc. IV/33.133D: *Carbonato de Sódio –ICI*, JOUE 1991, L 152; acórdão do TG de 17.12.2009, *Solvay/Comissão*, Proc. T 57/01, Col. 2009 II-04621. Este acórdão foi anulado pelo TJ, no âmbito do proc. C-109/10 P de 25.10.2011, por violação dos direitos de defesa); caso *Intel* (decisão da Comissão, de 13.05.2009, cujo sumário foi publicado no JOUE C 227, de 22.09.2009, p. 13; acórdão do TG, *Intel Corp./Comissão*, proc. T-286/09) e caso *Tomra* (decisão da Comissão de 29.03.2006, proc. COMP/E-1/38.113, *Prokent-Tomra*, cujo sumário foi publicado no JOUE C 219, de 28.08.2008, p. 11; acórdão do TG de 09.09.2010, proc. T 155/06, *Tomra/Comissão*; acórdão do TJ de 19.04.2012, *Tomra/Comissão*, proc. C 549/10 P).

³¹⁴ Ponto 37.

³¹⁵ Ponto 39, “*Orientação sobre o art. 82º*”.

³¹⁶ Ver processo T-203/01, *Michelin/Comissão (Michelin II)*, Col. 2003, pontos 162 e 163. Ver, igualmente, processo T-219/99, *British Airways/Comissão*, Col. 2003, p. II-5917, pontos 277 e 278.

descontos de fidelidade acaba por conduzir à eliminação da liberdade de escolha do concessionário, assim como a um reforço da posição dominante que a empresa concedente detém. Ora, isto pode ter um sério impacto no mercado da concorrência, com efeitos negativos a apontar para o seu lado.

De uma forma geral, quanto maior for o desconto atribuído maior será a probabilidade de encerramento do mercado, com a exclusão de empresas concorrentes (atuais ou potenciais, sublinhe-se)³¹⁷.

Como defendeu o Tribunal de Justiça, no Acórdão *supra* referido³¹⁸:

“(...) Os descontos de fidelidade têm como efeito a aplicação de condições desiguais a parceiros comerciais no caso de prestações equivalentes, na medida em que dois compradores de uma mesma quantidade de um produto pagam um preço diferente consoante se abasteçam exclusivamente junto da empresa em posição dominante ou diversifiquem as suas fontes de abastecimento.

(...) Estas práticas visam reforçar a posição dominante de uma empresa detentora dessa posição, em especial, num mercado em expansão, mediante uma concorrência que não está baseada em prestações e, conseqüentemente, falseada”.

No que concerne aos descontos retroativos e progressivos, os retroativos são os que de uma forma geral são mais passíveis de encerrar o mercado de forma substancial, *“na medida em que podem tornar menos atrativa para os clientes a possibilidade de transferirem pequenas quantidades da procura para um fornecedor alternativo se esta decisão tiver como consequência a perda de descontos retroativos”*³¹⁹. A atribuição por uma empresa em posição dominante de “descontos por cumprimento de objetivos individualizados” também corre um maior risco de originar efeitos anticoncorrenciais.

Há que analisar efetivamente se os descontos colocam entraves ao desenvolvimento das empresas que já se encontram no mercado e/ou barreiras à entrada de novas. Nesta senda, a Comissão Europeia *“procederá à estimativa do preço que uma empresa concorrente teria de oferecer, por forma a compensar o cliente pela perda do desconto condicional no caso de este último transferir uma parte da sua procura («a fração relevante») em detrimento da empresa dominante. O preço real com o qual a empresa concorrente tem de se alinhar não é o preço médio da empresa dominante, mas o preço normal (tabela) menos o desconto perdido pelo*

³¹⁷ “Orientação sobre o art. 82º”, ponto 40.

³¹⁸ Processo 85/76, Caso *Hoffmann – La Roche c. Comissão*, pág. 252, ponto 90.

³¹⁹ Ponto 40, “Orientação sobre o artigo 82º”.

cliente por ter procedido à transferência, calculado sobre a fração relevante das vendas e o período pertinente”³²⁰.

Não se olvide que nestas situações, em que uma empresa dominante concede descontos, as restantes empresas para competirem com aquela, atraindo os distribuidores, têm de praticar preços abaixo dos que a outra pratica, o que pode em muitos casos consubstanciar-se em algo se não impossível bastante difícil para pequenas e médias empresas, que não detêm naturalmente a margem de manobra dos grandes potentados económicos.

A concessão de descontos condicionais por uma empresa em posição dominante, com os seus efeitos negativos, pode ser considerada um comportamento abusivo e como tal anticoncorrencial, tanto por via do artigo 102º, alínea b), do TFUE como pelo artigo 11º, nº2, alínea b) da Lei nº19/2012³²¹.

Não obstante, nem só efeitos negativos devem ser apontados uma vez que estes podem ser suplantados pelos efeitos positivos existentes. Por exemplo, o sistema de descontos (progressivos) pode revelar-se necessário de modo a incentivar os concessionários a aumentar o volume de negócios ou possibilitar uma redução dos preços praticados aos clientes finais, devido à poupança obtida, o que estimula assim as vendas³²².

Na realidade nunca devemos partir do pressuposto que um desconto condicional – praticado por uma empresa em posição dominante – traduz-se automaticamente em efeitos anticoncorreciais. Bom senso e cuidado na análise são aqui requeridos atente-se. Deste modo há que ponderar os prós e contras de modo a retirar a melhor conclusão do caso. Como frisa RICARDO BORDALO JUNQUEIRO *“uma abordagem que leve à censura com base na forma é, a nosso ver, desaconselhável, sendo mais apropriada uma análise casuística com base nos efeitos da prática”*³²³.

Por conseguinte, a verificação de um abuso de posição dominante, resultante da atribuição de descontos condicionais (ou de outras obrigações de exclusividade aliás) exige o preenchimento de três pressupostos: i) a existência de uma posição dominante pela empresa

³²⁰ *“Orientação sobre o artigo 82º”, ponto 41.*

³²¹ Como sabemos o elenco de práticas abusivas é exemplificativo, pelo que um determinado comportamento para ser proibido não necessita de estar previsto nas alíneas em questão, bastando para o efeito enquadrar-se na proibição geral da disposição legal em causa (*i.e.* primeira parte do art.102º TFUE e nº1 do artigo 11º da Lei 19/2012).

³²² Ver o processo *Michelin II*, pontos 56 a 60, 74 e 75.

³²³ *Op. cit.*, p. 383.

que atribui os descontos; ii) a existência de exclusividade, neste caso induzida pelos descontos, e efeitos anticoncorrenciais; iii) ausência de uma justificação objetiva³²⁴.

2.4.A atribuição exclusiva de clientes

De acordo com a Comissão Europeia *“num acordo de atribuição exclusiva de clientes, o fornecedor concorda em vender os seus produtos apenas a um distribuidor para revenda a um determinado grupo de clientes. Simultaneamente, o distribuidor deve normalmente observar limitações a nível das suas vendas ativas a outros grupos de clientes (atribuídos em regime de exclusividade)”*³²⁵.

Falamos aqui daqueles casos em que o concedente divide a distribuição dos seus produtos, pela sua rede de concessionários, por categorias de clientes. Isto é, em cada contrato de concessão que a empresa celebra ela atribui uma categoria exclusiva de clientes a cada concessionário e proíbe as vendas ativas às categorias de clientes exclusivos dos outros concessionários. Cada concessionário tem assim uma determinada categoria de clientes a que deve revender os produtos (e eventualmente prestar assistência pós-venda). Como já acima foi referido, no âmbito do capítulo I, podemos encontrar no contrato de concessão comercial, no que diz respeito à fase de revenda, uma cláusula que define as classes de clientes do concessionário. Importa assim aferir dos seus efeitos sobre a concorrência, em específico quando nos referimos a uma atribuição exclusiva nos termos em que a Comissão Europeia a define.

Ora, estas cláusulas podem, desde logo, reduzir a concorrência “intramarcas” e levar a uma “compartimentação” do mercado, o que pode conduzir a discriminações ao nível dos preços. De acordo com a Comissão Europeia a *“atribuição exclusiva de clientes dificulta a possibilidade de os clientes beneficiarem de eventuais diferenças de preços relativamente a uma determinada marca”*³²⁶. Quando este sistema é aplicado pela maior parte, ou a totalidade, dos fornecedores no mesmo mercado a concorrência pode sofrer um abrandamento e a colusão (entre fornecedores ou distribuidores) pode tornar-se mais fácil, com os riscos daí iminentes. A atribuição exclusiva de clientes pode igualmente conduzir à exclusão de outros distribuidores, sendo deste modo a concorrência afetada.

³²⁴ Neste sentido ver RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *op. cit.*, p. 409.

³²⁵ Ponto 168, *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³²⁶ *Regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição, cit.*, p. 26.

De notar que se é certo que a atribuição exclusiva de clientes já pode levantar de *per se* problemas concorrenciais em certos casos, a combinação de restrições verticais só contribui para a possibilidade dos seus efeitos negativos serem agravados.

A respeito da combinação com uma obrigação de compra exclusiva a Comissão Europeia sublinha o seguinte:

“A combinação de um sistema de atribuição exclusiva de clientes com um sistema de abastecimento exclusivo aumenta os riscos de compartimentação do mercado e de discriminação de preços a nível da concorrência. A combinação com um abastecimento exclusivo, exigindo que os distribuidores exclusivos adquiram os seus fornecimentos relativamente a uma determinada marca diretamente ao fabricante, elimina também uma eventual escolha por parte destes distribuidores, que são impedidos de comprar a outros distribuidores. Esta combinação aumenta, por conseguinte, a possibilidade de o fornecedor limitar a concorrência intramarcas e aplicar condições de venda diferentes em detrimento dos consumidores, a não ser que a combinação permita gerar ganhos de eficiência que conduzam a uma redução dos preços aplicados a todos os consumidores finais”³²⁷.

A não olvidar igualmente que a posição do concedente também assume aqui relevo na apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais, uma vez que quanto maior for o seu poder de mercado, maior poderá ser a redução de concorrência na própria marca.

O art. 4º, alínea b), ponto i), do Reg. 330/2010, que inclui como sabemos as denominadas restrições graves aborda a questão da atribuição exclusiva de clientes. Dispõe assim a norma:

“A isenção prevista no artigo 2º não é aplicável aos acordos verticais que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, tenham por objeto:

(...)

b) A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o comprador parte no acordo, sem prejuízo de uma eventual restrição relativa ao seu local de estabelecimento, pode vender os bens ou serviços contratuais, exceto:

i) a restrição das vendas ativas no território exclusivo ou a um grupo exclusivo de clientes reservados ao fornecedor ou atribuídos pelo fornecedor a outro comprador, desde que tal restrição não limite as vendas dos clientes do comprador”.

³²⁷ Regras de concorrência aplicáveis aos acordos de fornecimento e distribuição, cit., p. 26.

A atribuição exclusiva de clientes pode, assim, beneficiar de uma isenção por categoria desde que caia na exceção do ponto i), da alínea b) do art. 4º do Regulamento (*i.e.* não seja considerada uma restrição grave) e a quota de mercado do fornecedor e do distribuidor não ultrapasse 30% do mercado relevante (art. 3º do Regulamento). Nos casos em que a cláusula em questão não beneficie da isenção, há então que apreciar cada caso, perceber o contexto em que a cláusula se insere, as demais obrigações impostas, a posição das partes, o mercado em que opera, etc.

De realçar que, não obstante os eventuais efeitos negativos *supra* apontados, a atribuição exclusiva de clientes é passível de conduzir a ganhos de eficiência, em especial quando os concessionários são obrigados a realizar investimentos de modo a se adaptarem às necessidades específicas dos seus clientes (por exemplo, investimentos na formação dos seus trabalhadores, compra de equipamento específico...). Por conseguinte, a atribuição de um grupo exclusivo de clientes durante o período de amortização dos investimentos efetuados pode assim justificar-se. Tudo depende do tipo de produto em questão e da classe de clientes em causa. Como defende a Comissão Europeia a este respeito, *“em geral, o sistema é mais defensável em relação a novos produtos ou a produtos complexos e em relação a produtos que exigem uma adaptação às necessidades do cliente individual. É mais provável que surjam necessidades diferenciadas identificáveis em relação a produtos intermédios, ou seja, produtos vendidos a diferentes categorias de compradores profissionais. É pouco provável que a atribuição de clientes finais conduza a ganhos de eficiência”*³²⁸.

2.5.A fixação/ recomendação de preços de revenda³²⁹

A imposição de preços de revenda, ou seja, *“acordos ou práticas concertadas que têm por objeto direto ou indireto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar”*³³⁰ é uma prática, por princípio, tanto proibida a nível nacional como europeu (UE), uma vez que se consubstancia como uma prática restritiva da concorrência grave, com os efeitos nefastos daí derivados³³¹.

³²⁸ Ponto 72, das *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³²⁹ Com uma interessante apreciação do tema cfr. a Comunicação da Comissão – *“Orientações relativas às restrições verticais”*, pontos 223-227.

³³⁰ Ponto 223 das *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³³¹ Cfr. art. 4º alínea a) do Regulamento (UE) nº 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, *“relativo à aplicação do artigo 101º, nº3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos*

Deste modo, quando um acordo contém uma cláusula de imposição dos preços de revenda os seus efeitos anticoncorrenciais são desde logo presumidos *ab initio*. Por esta via, um acordo com uma cláusula deste género enquadra-se, desde logo, no âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 101.º/art. 9.º, criando igualmente a presunção de que por princípio não preenche as condições previstas no n.º 3 do art. 101.º/art. 10.º³³². Aliás, face à gravidade da prática em questão, esta é afastada de modo explícito pela Comissão Europeia do âmbito dos acordos de pequena importância (*de minimis*), ou seja, a imposição de preços tem um tal impacto que a dimensão da empresa é um fator que não assume aqui relevância³³³.

Porém, como é ressalvado pela Comissão na sua Comunicação as empresas têm ainda ao seu dispor a possibilidade de num processo individual alegarem e comprovarem efetivamente que a imposição em causa gera ganhos de eficiência e que as condições previstas no n.º 3 do art. 101.º encontram-se preenchidas³³⁴.

A posição da empresa que impõe os preços também assume aqui especial relevância. O art. 102.º do TFUE no seu catálogo exemplificativo contempla expressamente como abusiva a prática de imposição de preços, por uma empresa em posição dominante, quer seja de modo direto ou indireto (alínea a) do artigo).

A nível nacional, como é salientado na sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa, datada de 18 de janeiro de 2007 (processo n.º 851/06.2TYLSB) :

*“A fixação de preços constitui desde logo uma limitação ao funcionamento do mercado, vinculando os agentes económicos a praticar preços pré-determinados, não vinculando a discussão entre os intervenientes negociais e não permitindo o livre jogo da oferta e da procura, tendo em atenção que desde logo o mercado tem agentes de dimensões, poderes económicos e actividades comerciais de estruturas bem diversas”*³³⁵.

A fixação de preços limita, desde logo, a liberdade dos concessionários em estabelecerem as suas próprias margens de lucro, uma vez que o preço é imposto pelo concedente. Assim, apesar de o concessionário ser o efetivo proprietário dos bens que adquire do concedente e de ser ele a assumir os riscos e custos inerentes à revenda, a verdade é que

verticais e práticas concertadas”. A nível jurisprudencial importa cfr. o Acórdão do TJ de 19.04.1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery contra Société coopérative La Hesbignonne*, processo n.º 27/87 (fixação de preços mínimos).

³³² A fixação de preços consubstancia-se, assim, como uma restrição da concorrência pelo objeto.

³³³ Cfr. ponto 11, n.º 2, alínea a) da *Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do art. 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia*.

³³⁴ Ponto 223, *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³³⁵ Página 37.

com a inclusão desta cláusula ele não tem a capacidade sequer de decidir o preço dos bens que revende a terceiros.

Esta imposição contribui igualmente para restrições da concorrência no interior da própria marca, ou seja, da concorrência entre os distribuidores de produtos idênticos provenientes de um mesmo fornecedor. A imposição de preços (mínimos ou fixos) reduz assim a capacidade de os distribuidores competirem entre si, uma vez que elimina ou reduz a concorrência pelo preço dos produtos, ou seja, a concorrência entre os próprios concessionários é afetada (“concorrência intramarca”). Tal acaba por ter efeitos prejudiciais igualmente ao nível do consumidor final, uma vez que se o preço praticado é o mesmo (ou bastante semelhante), independentemente da área geográfica, e se é levado a cabo num largo território (por exemplo, o país inteiro) a opção de escolha do consumidor acaba por ser limitada, assim como deixa igualmente de poder beneficiar de preços mais reduzidos o que claramente acarreta desvantagens.

Como é sustentado pelo Tribunal do Comércio de Lisboa³³⁶:

“A fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado”.

A nível nacional a Autoridade da Concorrência já emitiu algumas decisões importantes de condenação de empresas pela imposição de preços de revenda (acordos verticais)³³⁷: “Lactogal – Produtos Alimentares, S.A” (decisão confirmada pelo TCRS em 1ª instância, e pelo TRL em 2ª instância); “Royal Canin (Portugal) S.A” (fixação indireta de preços); “Sera GmH e Sera Portugal”; e “Baxter e Glintt” (decisão confirmada pelo Tribunal do Comércio, mas com redução da coima)³³⁸.

Na vigência do DL n° 422/83 cumpre realçar as seguintes decisões do Conselho da Concorrência: a decisão “*Centralcer*”, em que apesar de não existir uma fixação direta dos preços, o Conselho entendeu que o sistema que a empresa praticava em relação aos seus distribuidores conduzia a uma uniformização de preços por via indireta; e a decisão “*Tintas*

³³⁶ Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa (4.º Juízo) de 12.9.2011, Proc. N.º 199/01.0TYLSB.

³³⁷ Todas disponíveis para consulta em www.concorrenca.pt

³³⁸ A nível da jurisprudência portuguesa, quer no que diz respeito à fixação de preços como à recomendação, importa cfr. o Ac. do TRL de 29.01.2014.

Berger, Lda”, em que apesar da designação “preços recomendados” o que acontecia é que a empresa obrigava os seus distribuidores a respeitar escrupulosamente os preços em causa.

Já em relação à recomendação de preços ou à imposição de limites máximos por parte do concedente em relação ao concessionário, por princípio, estas são práticas permitidas, abrangidas pelo Regulamento de Isenção por Categoria nº 330/2010, desde que: i) a quota de mercado de cada uma das partes não seja superior a 30%; e ii) desde que tais *preços “não correspondam a um preço de venda fixo ou mínimo, em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes”* (art. 4º al. a), Regulamento de Isenção).

O problema, do ponto de vista concorrencial, que os preços recomendados e máximos podem levantar diz respeito à possibilidade destes funcionarem como ponto de referência para os distribuidores, que passam assim a guiar-se pelas tabelas que lhes foram cedidas (como recomendação ou limite máximo), acabando todos por praticar o mesmo preço. Tal pode, deste modo, contribuir para o abrandamento da concorrência ou até para o facilitamento da colusão entre os concedentes (fornecedores/produtores).

Como a própria Comissão realça na sua Comunicação, um fator a ter em consideração para apreciar se aquela imposição/recomendação é passível de conduzir a efeitos anticoncorrenciais prende-se com a posição do concedente no mercado³³⁹. Quanto mais forte for essa posição mais provável será o preço em causa ser seguido pela maior parte dos concessionários, conduzindo a uma aplicação uniforme por parte dos mesmos. Como sublinha a Comissão *“com efeito, podem considerar difícil desviar-se do que consideram ser o preço de revenda preferido, proposto por um fornecedor importante no mercado”*³⁴⁰. Para este efeito, cumpre notar que no artigo 102º do TFUE expressamente consta como exemplo de uma prática abusiva a imposição, de forma direta ou indireta, de “preços de compra ou de venda”.

O TJ no seu Acórdão de 17 de outubro de 1972 discutiu a questão dos preços indicativos. Defendeu o Tribunal que um regime de preços indicativos, tal como os preços obrigatórios, também é suscetível de levantar sérios problemas concorrenciais. Nas suas palavras, *“a fixação de um preço, mesmo unicamente indicativo, afeta a concorrência pelo facto de que permite a todos os participantes preverem, com um grau razoável de certeza, qual a política de preços prosseguida pelos seus concorrentes”*³⁴¹.

³³⁹ *“Orientações relativas às restrições verticais”*, ponto 228.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ Acórdão já citado, ponto 21, pág. 337.

A nível nacional, na vigência do DL n.º 422/83, quanto às decisões do Conselho da Concorrência cumpre realçar o caso da “Água do Luso”, em que era transmitida aos distribuidores uma tabela de preços recomendados que na prática era seguida integralmente pelos mesmos.

2.6. Imposição de quotas mínimas de aquisição

Como já *supra* referimos é bastante comum incluir-se no contrato de concessão comercial uma cláusula de aquisição mínima, ou seja, uma cláusula em que o concessionário obriga-se durante um certo período a comprar uma determinada quantidade mínima de produtos; por vezes a obrigação em causa estende-se igualmente à aquisição de peças de substituição e acessórios.

Ora estas cláusulas podem acarretar impactos negativos no que ao funcionamento do mercado diz respeito. Nas palavras de MARIA HELENA BRITO, *“a imposição de uma quantidade mínima de compras (ou de um volume de negócios mínimo) é susceptível de conduzir indirectamente à limitação do número e da implantação de pontos de distribuição do produto. Esta imposição está na base de uma selecção quantitativa dos distribuidores, geralmente condenada por restritiva da concorrência, em virtude de poder conduzir à exclusão de operadores económicos que todavia preenchem os requisitos objectivos de qualificação (selecção qualitativa)”*³⁴².

Ao impor ao concessionário uma cláusula de quotas mínimas este fica obrigado a adquirir uma determinada quantidade dos produtos ao concedente, o que pode conduzir a que o concessionário abstenha-se, durante um determinado período de tempo, de abastecer-se junto de outros fornecedores concorrentes, bem como pode dificultar o acesso ao mercado de outros produtores, dependendo do real alcance da cláusula. Como realça MARIA HELENA BRITO, *“se bem que a chamada cláusula de quotas diga respeito aos contratos a celebrar entre concedente e concessionário, ela pode ter repercussões no funcionamento do mercado”*³⁴³.

Ao abrigo das regras da concorrência a imposição de compras mínimas é passível de enquadramento nos termos da alínea b) do n.º1 do art.101.º do TFUE e da alínea b) do artigo 102.º do TFUE (al. b), n.º1 do art.9.º e alínea b), do n.º2, do art. 11.º da LdC) - *“limitar ou controlar*

³⁴² *Op. cit.*, p. 249 e nota 36.

³⁴³ *Op. cit.*, p.249.

a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos” -, principalmente quando essas cláusulas são seguidas de penalizações.

Com a imposição desta cláusula o concedente garante um escoamento mínimo dos seus produtos, o que confere uma certa estabilidade à sua produção, e permite-lhe antever as encomendas dos seus concessionários e preparar-se para o efeito, uma vez que sabe sempre o número mínimo de pedidos a que irá responder. A inserção de uma obrigação de compra de quantidades mínimas pode ajudar a serem alcançadas economias de escala na distribuição e deste modo obter preços mais atrativos³⁴⁴.

No entanto, esta cláusula pode ser uma forma indireta de induzir o concessionário a concentrar as suas compras apenas junto de determinado fornecedor, abstendo-se de adquirir os produtos em causa a outros concorrentes. Nas palavras da Comissão Europeia, *“a obrigação de compra de uma determinada quantidade, imposta ao comprador, é uma forma mais fraca de não concorrência, em que os incentivos ou as obrigações acordadas entre o fornecedor e o comprador fazem com que este último concentre as suas compras em grande medida num único fornecedor. Esta obrigação pode, por exemplo, assumir a forma de exigências mínimas de compra...”*³⁴⁵.

Pense-se por exemplo no caso em que o mínimo imposto corresponde na realidade às necessidades totais do concessionário, ou porque o concedente conhece o normal volume de negócios daquele concessionário ou porque o número imposto é demasiado alto o que conduzirá a que o concessionário não tenha qualquer possibilidade de sequer equacionar a hipótese de encomendar os produtos em causa a outros fornecedores. Neste último caso falamos aqui das obrigações desproporcionadas de compras mínimas, suscetíveis de provocar efeitos anticoncorrenciais.

O poder de mercado que o concedente possui também é um importante fator a ter em linha de conta, com especial destaque para os casos em que o mesmo detém uma posição dominante. A utilização de uma cláusula de quotas por regra é aceitável numa situação normal de concorrência, mas há que abordar com cuidado os casos em que a cláusula é imposta num mercado em que a concorrência já se encontra reduzida. Dada a especial posição que o concedente ocupa no mercado, o concessionário pode ver-se obrigado na prática a nunca

³⁴⁴ Ponto 107, g), *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³⁴⁵ Ponto 129, *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

comprar os produtos a outras empresas concorrentes, com os efeitos negativos que daí emanam.

Não obstante, na realidade a maior parte dos problemas que normalmente estão associados a uma imposição de quotas mínimas prendem-se precisamente com as situações em que esta cláusula é estabelecida diretamente em conjunto com outras restrições verticais, como sejam uma cláusula de exclusividade de compra, o que é a prática mais usual. Nestes casos, o concessionário obriga-se, assim, expressamente a adquirir uma determinada quantidade mínima dos produtos objeto do contrato apenas ao concedente.

O caso *Nestlé* é um exemplo desta situação. Em 20.05.2006 a Autoridade da Concorrência decidiu condenar a *Nestlé Portugal, S.A.* ao pagamento de uma coima de um milhão de euros por violação da legislação da concorrência.

Estavam em causa contratos de fornecimento de café ao canal *Horeca* que continham cláusulas restritivas da concorrência, contratos esses de adesão e que abrangiam todo o território nacional. Em específico, a *Nestlé* impunha aos seus clientes obrigações de compra exclusiva a par de obrigações de compra de determinadas quantidades (imposição de quotas mínimas), com duração incerta. Os contratos de fornecimento previam, aliás, que decorridos cinco anos de compra exclusiva de café da marca se o cliente não tivesse cumprido com as quotas mínimas o contrato era prolongado, sob pena de ter de pagar uma indemnização.

Nas palavras da Autoridade da Concorrência,

“As obrigações de não concorrência (o comprador não pode adquirir, vender ou revender bens ou serviços que entrem em concorrência com os bens ou serviços objecto do contrato de fornecimento), conjugadas com a imposição de compra de quantidades mínimas de café, resultavam na impossibilidade prática, para o cliente, de recorrer a outro fornecedor por um período sem termo certo.

*Como efeito prático, este tipo de contrato condiciona a liberdade de escolha dos estabelecimentos do canal Horeca em relação aos seus fornecedores de café por largos períodos de tempo, reduzindo a concorrência entre marcas”*³⁴⁶.

Esta decisão foi impugnada judicialmente pela *Nestlé*, tendo o Tribunal de Comércio de Lisboa devolvido o processo à AdC com vista à reformulação das peças processuais. Em 29.05.2008 a Autoridade da Concorrência adotou uma decisão de arquivamento com

³⁴⁶ Disponível em:

http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200609.aspx

compromissos, tendo a *Nestlé* retirado as cláusulas em dissídio dos seus contratos de distribuição.

Deste modo, aquando da presença de uma cláusula de quotas mínimas há que apreciar com especial cuidado o acordo em que ela se insere e perceber se a mesma é combinada com outras cláusulas potencialmente restritivas da concorrência (por exemplo, obrigações de abastecimento exclusivo) e que no seu conjunto poderão assim acarretar graves efeitos anticoncorrenciais.

Tudo dependerá, assim, da análise particular da cláusula em questão: da maior ou menor margem que é concedida ao concessionário para adquirir produtos concorrentes³⁴⁷, das específicas quantidades mínimas que são impostas, do volume de negócios do concessionário, do contexto económico em que a cláusula se insere, da posição de mercado do concedente, etc.

2.7. Subordinação: as vendas ligadas ou subordinadas (*tying*)

Nas palavras da Comissão Europeia, a subordinação refere-se geralmente *“a situações em que os clientes que compram um produto (produto subordinante) são também obrigados a comprar um outro produto distinto (produto subordinado) junto do mesmo fornecedor ou de alguém por ele designado”*³⁴⁸.

Ora, de acordo com a Comissão Europeia a subordinação tanto pode ser técnica como contratual: estamos perante uma subordinação técnica quando o produto subordinante é desenhado de forma a funcionar apenas em conjunto com o produto subordinado (não funcionando assim com outros produtos alternativos existentes no mercado); estamos perante uma subordinação contratual quando o adquirente do produto subordinante está obrigado a comprar também o produto subordinado (ficando impedido de comprar outros produtos que os concorrentes disponham)³⁴⁹.

As vendas ligadas ou subordinadas são uma prática corrente e têm, geralmente, como propósito propiciar aos clientes ofertas mais rentáveis ou melhores produtos.

³⁴⁷ Nas palavras da Comissão Europeia, *“a obrigação de aquisição de determinadas quantidades... deixa ao comprador alguma margem para comprar bens concorrentes, podendo, por conseguinte, ser menor o grau de encerramento”* (ponto 103, *“Orientações relativas às restrições verticais”*).

³⁴⁸ *“Orientações relativas às restrições verticais”*, ponto 214. Como está patente na definição os produtos em causa, para se falar em subordinação e eventuais efeitos anticoncorrenciais, têm de ser distintos entre si. A verificação da diferenciabilidade entre os produtos depende da procura dos clientes (cfr. ponto 215 das referidas Orientações).

³⁴⁹ Comunicação da Comissão – *“Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”*, cit., ponto 48, nota 2.

Não obstante, em certas situações essas práticas podem acarretar efeitos anticoncorrenciais, podendo constituir quer uma restrição vertical abrangida pelo artº 101º do TFUE (art. 9º LdC), quer um abuso nos termos do art. 102º do TFUE (art. 11º da LdC). Nas palavras da Comissão Europeia, “*tal prática pode constituir um abuso nos termos do artigo 102.º. A subordinação pode igualmente constituir a uma restrição vertical abrangida pelo artigo 101º, quando der origem a uma obrigação do tipo da marca única...no que se refere ao produto subordinado*”³⁵⁰.

Tanto a legislação da UE como a legislação nacional de defesa da concorrência proíbem as cláusulas de subordinação nos mesmos termos e com a mesma redação.

Por conseguinte, é proibido ao abrigo dos arts. 101º/102º do TFUE e arts. 9º/11º da LdC “*subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos*”. Proíbe-se, assim, aqui a designada subordinação contratual, mas num sentido mais amplo e não apenas com o sentido que a Comissão nas suas Orientações lhe confere³⁵¹, pretendendo-se afastar a prática de contratos encadeados ou subordinados. Todavia, tendo em linha de conta que quer o art. 101º, quer o art. 102º (e respetiva legislação nacional) apenas elencam a título meramente exemplificativo os comportamentos proibidos, nada obsta a que outras práticas de vendas subordinadas, como sejam a subordinação técnica, ou os descontos multi-produtos, também se incluam na proibição em causa.

No caso da figura da concessão comercial a subordinação contratual é a que mais interesse tem, em específico as cláusulas de vendas ligadas apostas no contrato de concessão (por exemplo, a oposição no contrato de concessão de uma obrigação de encomenda de outros produtos que não tenham ligação entre si). De realçar que de acordo com a lei de defesa da concorrência, estão aqui em causa “prestações suplementares” consideradas injustificáveis tendo em linha de conta a natureza do contrato ou os usos mercantis vigentes, pelo que outras práticas que não apenas as vendas ligadas poderão ser abrangidas pela proibição (por exemplo, obrigação de compra de quantidades manifestamente superiores às necessidades do

³⁵⁰ Ponto 204, “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

³⁵¹ A Comissão nas suas Orientações analisa apenas as vendas ligadas ou subordinadas, definindo a subordinação contratual como a imposição de compra de um determinado produto a par do principal. No entanto, de acordo com a legislação *supra* referida, a subordinação abrange mais do que apenas as vendas ligadas, uma vez que é utilizada a expressão “prestações suplementares”.

concessionário³⁵², ou a obrigação de aquisição de um determinado serviço que o distribuidor não carece).

Ora, como a própria Comissão denota, as cláusulas de subordinação podem conduzir a efeitos anticoncorrenciais no mercado subordinado, no mercado subordinante ou em ambos simultaneamente³⁵³. De realçar que a subordinação tanto pode afetar o concessionário (uma cláusula de subordinação inserida num contrato de concessão limita, desde logo, a liberdade contratual da contraparte, principalmente quando combinada com outras restrições verticais, como por exemplo uma obrigação de não concorrência uma vez que a impede de se abastecer junto de terceiros); as empresas concorrentes (através do encerramento do mercado, por via do afastamento das empresas concorrentes existentes e da criação de entraves à entrada de novas empresas) ou o consumidor (limitação da capacidade de escolha do consumidor, por redução das alternativas, e conseqüente aumento dos preços finais).

A proibição de vendas (ou compras) ligadas visa assim, como denota ISABEL MARQUES DA SILVA, *“garantir a liberdade comercial do distribuidor face ao seu fornecedor e o acesso ao mercado de outros fornecedores”*³⁵⁴.

As cláusulas de subordinação, preenchidos certos requisitos, além de poderem afastar empresas concorrentes, são também aptas à criação de barreiras à entrada no mercado do produto subordinado e suscetíveis de aumentar os custos dos concorrentes, ou aumentar os preços desse produto através da diminuição da quantidade fabricada³⁵⁵.

Por exemplo³⁵⁶:

a) as cláusulas de subordinação podem contribuir para o decréscimo da concorrência em relação aos clientes interessados apenas na compra do produto subordinado. Se o número de clientes que compram só o produto subordinado não for suficiente para manter as empresas concorrentes do concedente no mercado subordinado, então a subordinação poderá conduzir ao aumento dos preços para esses clientes;

b) se o produto subordinado for por sua vez um produto complementar com bastante interesse para os clientes do produto subordinante, a existência de cada menos fornecedores

³⁵² Este exemplo foi dado por ENGRÁCIA ANTUNES, «Contratos Comerciais - Noções fundamentais», *cit.*, p. 155.

³⁵³ Cfr. ponto 216, *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³⁵⁴ *Op. cit.*, p. 193.

³⁵⁵ SOFIA OLIVEIRA PAIS, *Entre Inovação e Concorrência...*, *cit.*, p. 352, nota 368.

³⁵⁶ Para uma análise mais exaustiva quanto aos efeitos anticoncorrenciais das vendas subordinadas importa cfr. com interesse as *“Orientações relativas às restrições verticais”*, pontos 216 e 217. Os exemplos dados *supra* tiveram precisamente em linha de conta as referidas Orientações.

alternativos do produto subordinado e conseqüente diminuição da oferta deste produto no mercado, pode levar a que a entrada (só) no mercado subordinante seja cada vez mais custosa, senão impossível.

O risco de a cláusula de subordinação produzir efeitos anticoncorrenciais será maior consoante a sua duração. Quanto mais tempo ela estiver em vigor, maior será a probabilidade da subordinação provocar efeitos nefastos para a concorrência. De notar ainda que quando em conjunto com a cláusula de subordinação crescem outras restrições verticais, como por exemplo uma “obrigação de não concorrência” em relação ao produto subordinado, os eventuais efeitos de encerramento do mercado no que a esse produto diz respeito são reforçados significativamente. Ou seja, a conjugação de restrições verticais potencia os efeitos anticoncorrenciais que daí derivam.

Apesar de estas cláusulas poderem ser proibidas independentemente da posição da empresa em causa, a verdade é que esta cláusula tem um maior impacto sobre a concorrência quanto maior é a posição do fornecedor no mercado³⁵⁷. Nas palavras da Comissão Europeia, *“a posição do fornecedor no mercado do produto subordinante é obviamente de grande importância para uma apreciação dos eventuais efeitos anticoncorrenciais. (...) A importância do fornecedor no mercado do produto subordinante constitui a principal razão pela qual um comprador pode considerar difícil recusar uma obrigação de subordinação”*³⁵⁸.

Um ponto importante para analisar devidamente o poder de mercado do concedente é, desde logo, a posição que os seus concorrentes ocupam no mercado do produto subordinante. Quanto mais fornecedores concorrentes existirem menores serão os efeitos anticoncorrenciais, uma vez que o distribuidor dispõe de alternativas às vendas ligadas, podendo assim adquirir o produto subordinante sem o produto subordinado. Ou seja, desde que os concorrentes sejam numerosos e fortes a cláusula por princípio não levantará problemas dado o seu baixo impacto. No entanto, o mesmo não sucede se os fornecedores concorrentes também optarem por um sistema de subordinação³⁵⁹.

³⁵⁷ Na generalidade, este tipo de cláusula é imposta pelos produtores/fornecedores. Não obstante, também é possível a situação inversa. Veja-se por exemplo o caso analisado mais adiante da empresa *“Sugalida”*.

³⁵⁸ Ponto 219, *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³⁵⁹ Ponto 220, *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

Por outro lado, a posição do produtor/fornecedor é reforçada nas situações em que a subordinação é imposta em conjunto com uma obrigação de não concorrência no que concerne ao produto subordinante³⁶⁰.

De notar que uma empresa detentora de uma posição dominante num ou mais mercados de produtos de uma venda subordinada (mercado subordinante) pode tentar afastar os seus concorrentes por via das práticas de subordinação ao encerrar o mercado (subordinado e subordinante), prejudicando deste modo os consumidores³⁶¹. Detendo o concedente uma posição dominante mais fácil lhe será impor a cláusula de subordinação aos seus concessionários³⁶² e maior impacto terá esta obrigação sobre o mercado.

Deste modo, para o preenchimento do tipo legal da prática de vendas subordinadas como abuso de posição dominante é necessário verificarem-se um conjunto de pressupostos³⁶³:

- i) a empresa detém uma posição dominante no mercado do produto subordinante;
- ii) os produtos subordinantes e subordinados são produtos distintos;
- iii) suscetibilidade de a prática em causa gerar o encerramento do mercado;
- iv) a conduta em causa não é justificada objetivamente.

A nível da União Europeia cumpre destacar, a título de exemplo, dois casos de vendas ligadas por empresas em posição dominante: o caso *Hilti*³⁶⁴ e o caso *Tetra Pak*³⁶⁵. No primeiro caso, a empresa *Hilti AG* subordinava a venda de fitas de cartuchos à venda de pregos, por enquanto no segundo a *Tetra Pak* subordinava a venda das máquinas que produzia à compra das suas embalagens de cartão, acrescida de uma obrigação de abastecimento exclusivo dos referidos cartões.

³⁶⁰ Ponto 220, "*Orientações relativas às restrições verticais*".

³⁶¹ Quanto aos impactos na concorrência das vendas subordinadas na perspetiva de uma empresa em posição dominante importa cfr. a "*Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82º...*", *cit.*, pontos 47 a 58. A nível jurisprudencial importa cfr., a título exemplificativo, o Ac. do Tribunal de Primeira Instância de 06.10.1994, *Tetra Pak International SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-83/91 (caso *Tetra Pak II*).

³⁶² Como já *supra* referimos o contrato de concessão comercial é na prática um contrato de adesão, na perspetiva do concessionário. Na realidade não há qualquer negociação individual, limitando-se o concessionário a aceitar ou recusar em bloco o contrato que o concedente lhe apresenta, uma vez que lhe está vedada a possibilidade de aceitar ou recusar cada cláusula caso a caso. Por esta razão, quanto mais forte for a posição do concedente no mercado maior pressão poderá este exercer sobre o concessionário e maior será, assim, a probabilidade deste aceitar o contrato tal e qual lhe é apresentado.

³⁶³ GONÇALO ANASTÁCIO, «Artigo 11º - Abuso de posição dominante», *cit.*, p. 155.

³⁶⁴ Cfr. decisão da Comissão de 22.12.1987, publicada no JOUE L 65, de 11.03.1988, pp. 19 e ss. e Acórdão do TPI de 12.12.1991, *Hilti AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-30/89.

³⁶⁵ Cfr. decisão da Comissão de 24.07.1991, *Tetra Pak II*, publicada no JOUE L 72, de 18.03.1992, pp. 1 e ss. e Acórdão do TPI de 06.10.1994, *Tetra Pak International SA contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. T-83/91.

No que concerne ao nosso ordenamento jurídico a Autoridade da Concorrência já teve oportunidade de analisar uma situação de abuso de posição dominante através de uma prática de vendas ligadas (*in casu*, compras)³⁶⁶.

Nesta situação estavam em causa as práticas restritivas levadas a cabo pela empresa “*Sugalidal - Indústrias de Alimentação*” (doravante, “*Sugalidal*”) em relação aos seus produtores de tomate. Por via contratual os produtores eram obrigados a utilizarem exclusivamente as sementes da variedade *Heinz* nos seus processos de produção, sementes essas que em Portugal eram apenas comercializadas pela empresa “CIFO - Sociedade de Fomento Agrícola, Lda.”, que pertencia ao grupo em que a “*Sugalidal*” se inseria. Os produtores eram assim obrigados a fornecer a “*Sugalidal*” apenas com tomates produzidos com sementes de uma específica marca, comercializadas por uma única empresa, que na realidade pertencia ao grupo. A aquisição de tomate fresco (produto subordinante) era, assim, condicionada pela utilização na produção de sementes da marca *Heinz* (produto subordinado). A AdC entendeu que esta cláusula consubstanciava um abuso de posição dominante por via da prática de compras subordinadas. O processo contraordenacional foi arquivado, mediante a aceitação de compromissos pela empresa³⁶⁷.

De realçar que, a subordinação pode beneficiar de uma isenção nos termos do Regulamento de Isenção por Categoria desde que a quota de mercado do concedente (quer no mercado subordinado, quer no mercado subordinante) e a quota de mercado do concessionário “no mercado relevante a montante” não ultrapassem 30%³⁶⁸. Caso não seja aplicada a isenção por via do Regulamento, por exceder a quota, há então que analisar individualmente os requisitos previstos no art. 101º nº3 do TFUE (art. 10º da LdC).

Já no respeito às empresas em posição dominante (art. 102º), a Comissão analisará as alegações apresentadas pela empresa quanto à justificação do seu comportamento e decidirá consoante a sua apreciação. Esta justificação passará sempre pela demonstração, por parte da

³⁶⁶ A nível jurisprudencial importa cfr. o acórdão do TRL de 24.11.2005. Nesse acórdão o TRL considerou que determinadas práticas levadas a cabo pela *Carrefour Portugal-Sociedade de Exploração de Centros Comerciais S.A* eram restritivas da concorrência, nos termos do artigo 2º, nº1, al. g) do antigo DL nº 371/93. Nas palavras do tribunal, “*constitui prática negocial abusiva, a que consiste em impor a um fornecedor prestações que não tenham contrapartida ou serviço que as justifique, ou que justifique o seu elevado montante. É assim nulo o contrato em que uma grande superfície exige do fornecedor diversos pagamentos que não tenham ligação objectiva aos fornecimentos*”. No caso a *Carrefour* fazia depender a celebração dos contratos de fornecimento da aceitação por parte da empresa *Orex Dois – Comércio e Representações Lda* de determinadas obrigações de “Referenciação” e “Rappel de Abertura”.

³⁶⁷ Cfr. o Comunicado da AdC de 15.10.2009, disponível através do seguinte endereço: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200920.aspx

³⁶⁸ Cfr. Ponto 218 das “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

empresa, quer de que o seu comportamento é objetivamente necessário, quer de que tal comportamento conduz a substanciais ganhos de eficiência³⁶⁹.

2.8.A distribuição seletiva: em especial o setor automóvel ³⁷⁰

A Comissão Europeia define a distribuição seletiva como *“um sistema de distribuição em que o fornecedor se compromete a vender os bens ou serviços contratuais, quer direta quer indiretamente, apenas a distribuidores selecionados* ³⁷¹ *com base em critérios especificados e em que estes distribuidores se comprometem a não vender tais bens ou serviços a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema”* (Regulamento de Isenção n.º 330/2010, art. 1.º, alínea e)/Regulamento de Isenção n.º 461/2010, art. 1.º, n.º1, alínea i.).

Ora, apesar de aquando da análise dos contratos de distribuição ser usual no nosso ordenamento jurídico a análise separada do contrato de concessão comercial e do contrato de distribuição seletiva³⁷², a verdade é que este último é passível de ser englobado pelo primeiro, mas já não o contrário. Isto é, as características que definem o contrato de distribuição seletiva são características que podemos igualmente encontrar no contrato de concessão, *“parece é que elas se afirmam com menor intensidade no contrato de distribuição selectiva”* ³⁷³.

Atente-se no caso do setor automóvel. Este ramo é aquele que tradicionalmente mais recorre à atividade de concessionários; aliás quando nos referimos ao contrato de concessão comercial o exemplo paradigmático que é dado é precisamente a distribuição de veículos automóveis. Não obstante, na Comunicação da Comissão –*“Orientações complementares relativas às restrições verticais nos acordos de venda e reparação de veículos a motor e de*

³⁶⁹ Para melhor perceção, importa cfr. a *“Orientação sobre o artigo 82.º”*, cit., ponto 62.

³⁷⁰ O presente tópico foi desenvolvido tendo essencialmente como base duas Comunicações da Comissão Europeia: as *“Orientações relativas às restrições verticais”* (já referidas ao longo do trabalho) e as *“Orientações complementares relativas às restrições verticais nos acordos de venda e reparação de veículos a motor e de distribuição de peças sobressalentes para veículos a motor”* (JOUE, C 138, 28.05.2010, pp. 16-27).

³⁷¹ A Comissão Europeia nas suas *“Orientações relativas às restrições verticais”* quanto aos distribuidores selecionados utiliza recorrentemente o termo “distribuidores autorizados”.

³⁷² JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos Contratos Comerciais*, cit., p. 465, define por distribuição seletiva o *“contrato mediante o qual um empresário se vincula a fornecer os seus produtos, geralmente de marca, luxo ou qualidade, exclusivamente a um conjunto de revendedores especialmente seleccionados, que os revendem em nome e por conta própria”*. Por sua vez, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p.149, afirma que *“a distribuição selectiva...consiste numa outra modalidade de integração vertical, afim da concessão comercial, mas mais ténue do que esta”*.

³⁷³ PINTO MONTEIRO, *Direito Comercial...*, cit., p.116.

distribuição de peças sobressalentes para veículos a motor”³⁷⁴ – esta inclui o setor automóvel no sistema de distribuição seletiva. Nas suas palavras, “a distribuição seletiva é, atualmente, a forma predominante de distribuição no setor automóvel. Está generalizado o seu uso na distribuição de veículos a motor, nos serviços de reparação e manutenção, assim como na distribuição de peças sobressalentes”³⁷⁵.

Ora, a distribuição seletiva é uma restrição vertical especificamente analisada pela Comissão Europeia nas suas orientações, a par com outras como a marca única, a imposição de preços de revenda, a distribuição exclusiva, a subordinação, etc., restrições todas estas passíveis de estarem presentes no contrato de concessão comercial e já *supra* analisadas. Por esta razão, tendo em linha de conta que as características previstas no “contrato” de distribuição seletiva também se encontram usualmente presentes na concessão comercial (ou pelo menos são passíveis de se encontrar), consideramos que este tema merece um especial destaque a nível da compatibilidade com a legislação de defesa da concorrência.

Deste modo, iremos analisar a distribuição seletiva como uma forma de distribuição incluída no contrato de concessão comercial, e não como um contrato propriamente dito. Isto porque, tais como as obrigações de marca única, as obrigações de exclusividade, a fixação de preços, obrigações estas que o concedente pode, como vimos, impor ao concessionário, o sistema de distribuição seletiva (quantitativa ou qualitativa) também pode ser a forma que o concedente escolhe para distribuir os seus produtos e impor na sua rede de concessionários, razão pela qual importa analisar de seguida os efeitos de tal sistema no Direito da Concorrência.

Aliás, no que concerne ao setor automóvel, é a própria Comissão Europeia, na sua Brochura Explicativa, a afirmar que *“nos Estados-Membros da União Europeia, os fabricantes de veículos a motor e os fabricantes de peças sobressalentes distribuem os seus produtos através de redes de distribuidores. No setor automóvel, estes distribuidores são normalmente designados concessionários”³⁷⁶.*

É assim correto afirmar, quanto ao setor automóvel, que atualmente a venda e distribuição de veículos automóveis assenta predominantemente em sistemas de distribuição seletiva (qualitativa ou quantitativa), geralmente com recurso aos contratos de concessão

³⁷⁴ De ora em diante designadas por “Orientações complementares”.

³⁷⁵ Ponto 42 das “Orientações complementares”.

³⁷⁶ *Distribuição e assistência aos veículos a motor na União Europeia. Regulamento (CE) n.º 1400/2002 da Comissão de 31 de julho de 2001 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no setor automóvel. Brochura explicativa*, Comunidades Europeias, 2002, p.7 disponível em http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_pt.pdf.

comercial, razão pela qual a distribuição seletiva será, por conseguinte, alvo de análise no presente trabalho.

A potencialidade de gerar efeitos anticoncorrenciais varia consoante o tipo de distribuição seletiva em causa: qualitativa ou quantitativa. Na distribuição seletiva meramente qualitativa o produtor/fornecedor baseia a seleção dos distribuidores (e oficinas de reparação) apenas com base em critérios objetivos determinados pela natureza do produto ou serviço (como por exemplo, a formação do pessoal de vendas, a organização dos pontos de venda, as técnicas de vendas, o tipo de serviço a prestar, a gama de produtos a serem vendidos, etc.). A aplicação destes critérios não delimita de forma imediata o número de distribuidores (ou de oficinas de reparação) a serem admitidos. Já na distribuição seletiva quantitativa a seleção dos distribuidores (ou oficinas de reparação) pauta-se por critérios adicionais que limitam de forma mais imediata o número potencial de distribuidores, como por exemplo, a exigência de um número de vendas mínimo, a fixação direta do número de distribuidores, etc.³⁷⁷.

Por regra, a distribuição seletiva puramente qualitativa não levanta problemas concorrenciais, não estando assim abrangida pelo art. 101º nº1 do TFUE. Para tal, a Comissão defende que devem estar preenchidas três condições: 1) a natureza do produto deve exigir de *per se* a necessidade de recurso a um sistema de distribuição seletiva, a fim de garantir a sua qualidade e utilização adequada; 2) os distribuidores devem ser escolhidos consoante critérios objetivos qualitativos, critérios estes que são instituídos de modo uniforme, e não discriminatório, a todos os (potenciais) distribuidores; 3) os critérios estabelecidos devem ser limitados ao estritamente necessário ³⁷⁸.

Já no que concerne à distribuição seletiva quantitativa esta é mais provável de ser abrangida pelo art. 101º nº1, devido às potenciais restrições que a seleção com base em critérios quantitativos acarreta.

Como potenciais riscos concorrenciais podemos, desde logo, apontar a diminuição da concorrência “intramarcas” e, em particular no caso de “efeito cumulativo”³⁷⁹, o afastamento de determinados distribuidores e o aumento do risco de colusão.

Ora, se um fornecedor/ produtor na sua atividade tiver optado pelo sistema de distribuição seletiva e este, pelas suas particularidades, for abrangido pelo nº1 do art. 101º há

³⁷⁷ Ponto 175 das “*Orientações relativas às restrições verticais*” e pontos 43 e 44 das “*Orientações complementares*”.

³⁷⁸ Ver ponto 175 das “*Orientações relativas às restrições verticais*” e ponto 43 das “*Orientações complementares*”.

³⁷⁹ A Comissão Europeia utiliza o conceito de “efeito cumulativo” para referir-se à cobertura do mercado por acordos semelhantes concluídos entre outras partes (ponto 121, “*Orientações relativas às restrições verticais*”).

que apreciar logo em primeiro lugar se o acordo em causa pode beneficiar dos Regulamentos de Isenção por Categoria. Caso não beneficie há então que analisar individualmente as condições previstas no n.º 3 do art. 101.º.

Os Regulamentos de Isenção por Categoria, que já tivemos oportunidade de referir *supra*, são passíveis de isentar ambas as modalidades do sistema de distribuição seletiva: a qualitativa e a quantitativa, desde que não seja ultrapassado o limiar dos 30% referentes às quotas de mercado das partes³⁸⁰. No entanto, para tal isenção operar é ainda necessária a inexistência de restrições graves nos termos do art. 4.º do Reg. n.º 330/2010 e do art. 5.º do Reg. n.º 461/2010.

De realçar que o tema da distribuição seletiva assume aqui grande importância tendo em consideração, desde logo, que do catálogo de restrições graves discriminadas no art. 4.º do Reg. n.º 330/2010 três dizem respeito ao sistema de distribuição *in casu*. Cumpre transcrever aqui as restrições consideradas graves, estritamente relacionadas com a distribuição seletiva, e que como tal não beneficiam de uma isenção por categoria:

- “*A restrição do território no qual, ou dos clientes aos quais, o comprador parte no acordo, sem prejuízo de uma eventual restrição relativa ao seu local de estabelecimento, pode vender os bens ou serviços contratuais, exceto a restrição das vendas, efectuada pelos membros de um sistema de distribuição seletiva, a distribuidores não autorizados no território reservado pelo fornecedor para o funcionamento de tal sistema*” (al. b) e ponto iii) do artigo em questão);

- “*A restrição das vendas ativas ou passivas a utilizadores finais, efectuada por membros de um sistema de distribuição seletiva que exerçam atividades no estúdio retalhista, sem prejuízo da possibilidade de proibir um membro do sistema de exercer as suas atividades a partir de um local de estabelecimento não autorizado*” (al. c) do artigo)³⁸¹;

- “*A restrição dos fornecimentos cruzados entre distribuidores no âmbito de um sistema de distribuição seletiva, incluindo os distribuidores que operam em diferentes estúdios da atividade comercial*” (al. d.).

A posição do fornecedor (designado aqui por concedente) e dos seus concorrentes no mercado tem um enorme impacto na análise dos eventuais efeitos anticoncorrenciais, visto que

³⁸⁰ Cfr. ponto 176 das “*Orientações relativas às restrições verticais*” e ponto 46 das “*Orientações complementares*”.

³⁸¹ O TJ já considerou que uma proibição de venda pela Internet equivale a uma proibição de vendas ativas e passivas, enquadrando-se assim tal prática na alínea c) do art. 4.º do Regulamento. Cfr. Ac. do TJ de 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’Économie, de l’Industrie e de l’Emploi, e outros*, proc. C-439/09. No caso estava em análise a cláusula dos contratos de distribuição seletiva da *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS*, que impedia os distribuidores da rede de venderem pela Internet os seus produtos.

*“a eliminação da concorrência intramarcas apenas pode ser problemática se a concorrência intermarcas for limitada. Quanto mais forte for a posição do fornecedor, mais problemática é a eliminação da concorrência intramarcas”*³⁸².

Outra questão a ter em linha de conta é a extensão do sistema de distribuição seletiva, não só a nível da própria rede em si (se a rede de concessionários limita-se a um território ou se o seu âmbito estende-se a vários Estados-Membros, por exemplo), mas essencialmente no que concerne ao número de redes de distribuição seletiva presentes no mesmo mercado. Isto porque, quantos mais fornecedores optarem por este sistema de distribuição maior será a probabilidade de gerar efeitos anticoncorrenciais. Quando a distribuição seletiva é aplicada apenas por um fornecedor a opção por este sistema não levanta, por princípio, problemas anticoncorrenciais; no entanto, caso o fornecedor em causa detenha uma quota de mercado superior a 30%, a verdade é que as potenciais vantagens da utilização de tal sistema são reduzidas substancialmente, com a séria possibilidade de gerar efeitos negativos para a concorrência.

Caso o sistema de distribuição seletiva seja utilizado pela maior parte dos fornecedores principais no mesmo mercado, tal será suscetível de conduzir a uma redução significativa da concorrência “intramarcas” e a uma exclusão de determinados distribuidores, assim como de facilitar a colusão entre os fornecedores principais. Quantos mais fornecedores optarem por este sistema maior será a possibilidade de encerramento do mercado, com os efeitos negativos daí emergentes. Por outro lado, quantos mais concorrentes com um forte poder de mercado utilizarem outros sistemas de distribuição que não a seletiva, menor será a probabilidade de exclusão de outros distribuidores (mais eficientes).

Nas palavras da Comissão Europeia, *“os obstáculos à entrada são particularmente importantes no caso de encerramento do mercado aos distribuidores não autorizados. Em geral, os obstáculos à entrada serão significativos, uma vez que a distribuição seletiva é normalmente aplicada por fabricantes de produtos de marca. Levará em geral algum tempo e envolverá investimentos consideráveis até que os retalhistas excluídos lancem as suas próprias marcas ou obtenham fornecimentos alternativos em condições concorrenciais”*³⁸³.

O art. 5º do Regulamento nº 330/2010, com a epígrafe “restrições excluídas”, contém na sua alínea c) uma disposição específica quanto ao sistema de distribuição seletiva. Estabelece este artigo que a isenção por categoria não é aplicável se no acordo vertical em

³⁸² Ponto 177, “Orientações relativas às restrições verticais”.

³⁸³ Ponto 180, “Orientações relativas às restrições verticais”.

causa o fornecedor impedir, de modo direto ou indireto, os seus distribuidores de venderem as marcas de certos fornecedores concorrentes. Visa-se aqui impedir uma “colusão horizontal”³⁸⁴, de modo a evitar o afastamento pelos principais fornecedores de determinadas marcas do mercado, suas concorrentes. Ou seja, é permitido pelo Regulamento de Isenção por Categoria os fornecedores imporem aos seus distribuidores uma obrigação de não revenderem marcas concorrentes em geral (combinação aqui do sistema de distribuição seletiva com uma obrigação de não concorrência); no entanto se o fornecedor limitar essa obrigação a determinadas marcas concorrentes, esta obrigação já não é passível de beneficiar da isenção por categoria. Pretende-se, por esta via, evitar uma espécie de “boicote coletivo”.

Não se olvide igualmente que, por vezes, a par deste sistema de distribuição, outras restrições verticais são impostas aos concessionários que no seu todo podem contribuir para um maior impacto negativo sobre o mercado.

A respeito da suscetibilidade de combinação do sistema de distribuição seletiva com a distribuição exclusiva a Comissão Europeia afirma que *“no território em que o fornecedor aplica a distribuição seletiva, este sistema não pode ser combinado com a distribuição exclusiva, uma vez que tal provocaria uma restrição das vendas ativas ou passivas por parte dos distribuidores nos termos do artigo 4º, alínea c), do Regulamento de Isenção por Categoria, podendo no entanto ser impostas restrições à capacidade de o distribuidor escolher a localização das suas instalações comerciais. Alguns representantes selecionados podem ser impedidos de prosseguir as suas atividades a partir de diferentes instalações ou de abrir um novo estabelecimento numa localização diferente. Neste contexto, o facto de um distribuidor utilizar o seu próprio sítio Web não pode ser assimilado à abertura de um novo estabelecimento numa localização diferente. Se o estabelecimento do comerciante for móvel pode ser definida uma área fora da qual o estabelecimento ambulante não pode funcionar. Além disso, o fornecedor pode comprometer-se a abastecer apenas um distribuidor ou um número limitado de distribuidores numa parte específica do território em que o sistema de distribuição seletiva é aplicado”*³⁸⁵.

Quanto à obrigação de não concorrência, a Comissão alerta que *“a exclusão de outros fornecedores não constitui normalmente um problema, desde que possam utilizar os mesmos distribuidores, ou seja, desde que o sistema de distribuição seletiva não seja combinado com a marca única. No caso de uma rede densa de distribuidores autorizados ou no caso de um efeito*

³⁸⁴ Ponto 183, “Orientações relativas às restrições verticais”.

³⁸⁵ Ponto 57, “Orientações relativas às restrições verticais”.

cumulativo, a combinação de distribuição seletiva com uma obrigação de não concorrência pode colocar um risco de exclusão de outros fornecedores”³⁸⁶.

Por conseguinte, se é certo que a distribuição seletiva já pode levantar de *per se* problemas concorrenciais em certos casos, a combinação de restrições verticais só contribui para a possibilidade dos seus efeitos negativos serem agravados.

A exclusão de fornecedores concorrentes do mercado, com o seu impacto negativo sobre a concorrência, pode igualmente ser um problema se os principais fornecedores na distribuição seletiva basearem-se em critérios quantitativos e não puramente qualitativos, como sejam a obrigação do distribuidor atingir um volume mínimo de venda dos produtos do fornecedor, obrigação de ter um espaço próprio para os seus produtos, etc.

No que diz respeito à distribuição de veículos a motor, a existência de um mercado interno da UE alargou aos consumidores a opção de escolha, permitindo-lhes adquirir veículos automóveis noutros EM a preços mais atrativos. Neste sentido, dada a importância da possibilidade do consumidor poder comprar livremente os bens independentemente do EM em questão, a Comissão Europeia sempre se preocupou bastante na luta contra os acordos de distribuição restritivos do comércio paralelo.

Foram assim instaurados vários processos ao longo do tempo pela Comissão devido a práticas restritivas do comércio paralelo, adotadas pelos fornecedores³⁸⁷, podendo na realidade tais práticas assumir diversas formas. Utilizando os exemplos da Comissão Europeia, *“um fornecedor pode, por exemplo, pressionar os distribuidores, ameaçá-los com a resolução do contrato, não pagar bónus, recusar-se a honrar garantias de veículos importados por um consumidor ou que foram objeto de fornecimento cruzado entre distribuidores de diferentes Estados-Membros, ou fazer um distribuidor esperar muito mais tempo pela entrega de um veículo idêntico quando o consumidor em questão é residente noutro Estado-Membro. Um exemplo específico de restrições indiretas ao comércio paralelo ocorre quando o distribuidor não*

³⁸⁶ Ponto 183, “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

³⁸⁷ Cfr, a título de exemplo, a decisão da Comissão 98/273/CE, de 28 de janeiro de 1998, processo IV/35.733 – VW; a decisão da Comissão 2001/146/CE, de 20 de setembro de 2000, no processo COMP/36.653 – Opel, JOUE L 59 de 28.2.2001, p. 1; a decisão da Comissão 2002/758/CE, de 10 de outubro de 2001, no processo COMP/36.264 – Mercedes Benz, JOUE L 257 de 25.9.2002, p. 1; a decisão da Comissão 2006/431/CE, de 5 de outubro de 2005, nos processos F-2/36.623/36.820/37.275 – SEP e outros/Peugeot S.A. Quanto a decisões judiciais, importa cfr. a título exemplificativo o Acórdão do TJ de 18.09.2003, proc. C-338/00 P, caso Volkswagen AG c. Comissão das Comunidades Europeias, C.J. 2003 I-09189; e o Acórdão do TJ de 6.04.2006, proc. C-551/03 P, caso General Motors BV c. Comissão das Comunidades Europeias, C.J. 2006 I-03173.

consegue obter veículos a motor novos com as especificações adequadas para vendas transfronteiriças”³⁸⁸.

Neste último exemplo, cumpre falar da “cláusula de disponibilidade” que não deve ser restringida. Um acordo vertical que limite a capacidade do concessionário vender veículos automóveis com especificações diferentes da gama contratual não deve beneficiar de uma isenção por categoria. Deve ser permitido aos consumidores adquirir um veículo automóvel a um concessionário de outro EM com as mesmas características do EM da sua residência. Por exemplo, um consumidor do Reino Unido deve ter a liberdade de comprar um automóvel novo em França com o volante do lado direito. O fornecedor deve assim, mediante uma encomenda de um consumidor de outro país, disponibilizar aos seus concessionários veículos com as mesmas características dos veículos comercializados nos outros EM em questão (“cláusula de disponibilidade”).

No que concerne especificamente aos acordos verticais relativos aos serviços pós-venda do setor dos veículos a motor, o art. 5º do Reg. nº 461/2010 contem um catálogo de restrições que eliminam o benefício da isenção por categoria – as designadas restrições graves. Ora, estipula aquela disposição que a isenção concedida pelo art. 4º não é aplicável aos acordos verticais que tenham por objeto, de modo direto ou indireto:

- *“A restrição das vendas de peças sobressalentes para veículos a motor por membros de um sistema de distribuição seletiva a oficinas de reparação independentes que utilizem estas peças para a reparação e manutenção de um veículo a motor” (alínea a.);*

- *“A restrição acordada entre um fornecedor de peças sobressalentes, ferramentas de reparação ou equipamento de diagnóstico ou outros e um construtor de veículos a motor, que limite a possibilidade de o fornecedor vender estes bens ou serviços a distribuidores autorizados ou independentes, a oficinas de reparação autorizadas ou independentes ou a utilizadores finais” (alínea b.);*

- *“A restrição acordada entre um construtor de veículos a motor, que utiliza componentes para a montagem inicial de veículos a motor, e o fornecedor desses componentes, que limite a possibilidade de este último colocar a sua marca ou logótipo efectivamente e de forma facilmente visível nos componentes fornecidos ou nas peças sobressalentes” (alínea c.).*

Ora, como sabemos o mercado dos serviços de assistência, reparação e manutenção pós-venda é considerado atualmente um mercado autónomo, razão pela qual merece um

³⁸⁸ Pontos 49 e 50 das “Orientações complementares”.

especial destaque no Reg. n° 461/2010 e nas “*Orientações complementares*” como já *supra* observamos³⁸⁹. De ressaltar que o anterior Regulamento (CE) n° 1400/2002 veio conceder aos concessionários o direito de decidirem ou não prestar os serviços de pós-venda (serviços de reparação e manutenção).

Na análise individual da distribuição seletiva no que respeita a oficinas de reparação autorizadas este tema suscita algumas questões específicas, no que tange às eventuais práticas restritivas. Nas palavras da Comissão, “*na medida em que exista um mercado de serviços de reparação e manutenção distinto do mercado de venda de veículos a motor novos, esse mercado deve ser considerado específico de cada marca. Neste mercado, a principal fonte de concorrência decorre da interação concorrencial entre oficinas de reparação independentes e oficinas de reparação autorizadas da marca em questão*”³⁹⁰. As oficinas de reparação independentes assumem uma particular importância no mercado, dado que exercem uma pressão concorrencial essencial sobre as oficinas de reparação autorizadas. Os seus modelos de negócio e os seus custos são diferentes dos praticados nas redes de reparação autorizadas e, ao contrário destas, as oficinas de reparação independentes utilizam peças de marcas mais generalizadas, recorrendo a outras marcas que não as dos construtores automóveis e conferindo, assim, ao consumidor uma maior liberdade de escolha. Ao mesmo tempo, tendo em linha de conta que os proprietários de veículos novos costumam recorrer às oficinas de reparação autorizadas é importante a existência de uma concorrência real e efetiva entre estas, razão pela qual não devem ser criados obstáculos à entrada de novos operadores.

Torna-se, assim, importante preservar a concorrência entre as oficinas de reparação autorizadas e entre estas e as oficinas de reparação independentes.

Ora, a Comissão nas suas “*Orientações complementares*” aponta três comportamentos a que deve ser dada especial atenção, designadamente, “*impedir o acesso das oficinas de reparação independentes a informação técnica, utilizar abusivamente as garantias legais e/ou alargadas com vista a excluir as oficinas de reparação independentes ou condicionar o acesso às redes de oficinas de reparação autorizadas a critérios não qualitativos*”³⁹¹.

³⁸⁹ Cfr. também as seguintes decisões da Comissão: decisão da Comissão de 13.09.2007, processo COMP/39.140 – *Daimlerchrysler*, publicada no JOUE L 317, de 5.12.2007, pp. 76–78; decisão da Comissão de 13.09.2007, processo COMP/39.141 – *Fiat*, publicada no JOUE L 332, pp. 77-79, de 18.12.2007; e decisão da Comissão de 13.09.2007, processo COMP/39.142 – *Toyota*, publicada no JOUE L 329, de 14.12.2007, pp. 52–55.

³⁹⁰ Ponto 57, “*Orientações complementares*”.

³⁹¹ Ponto 61, “*Orientações complementares*”.

Recentemente a AdC proferiu uma decisão de arquivamento mediante a aceitação de compromissos e a imposição de condições, no que respeita à *“Peugeot Portugal Automóveis, S.A.”*, pela *“existência de uma restrição constante de um contrato de extensão de garantia, a qual impedia os consumidores de realizarem operações de manutenção ou reparação em oficinas independentes, sob pena de perderem o direito à garantia do fabricante”*³⁹². Esta restrição, passível de constituir uma violação da legislação de defesa da concorrência, encontrava-se consagrada na cláusula 4ª do “Contrato de Extensão de Garantia Peugeot – Condições Gerais”, com a epígrafe “Início e Vigência do Contrato”.

Ora, um acordo deste género é suscetível de conduzir ao encerramento de oficinas de reparação independentes, condicionar a liberdade de escolha dos consumidores, assim como contribuir para um aumento dos preços praticados pelas redes de reparação autorizadas, devido à inexistência de uma concorrência significativa.

A *Peugeot* apresentou um conjunto de compromissos, dos quais se destacam a eliminação da cláusula restritiva dos contratos em questão. A AdC aceitou os compromissos apresentados e tornou o seu cumprimento obrigatório, determinando em consequência o arquivamento do processo em causa.

A 29 de janeiro de 2015 a AdC abriu um processo de contraordenação contra a *“Ford Lusitana, S.A.”* (*Ford*), pelas mesmas práticas *supra* referidas (existência de um contrato de extensão de garantia que impedia os consumidores de efetuarem reparações em oficinas independentes, sob pena de perderem o direito à garantia do fabricante). Em 10 de julho de 2015 a *Ford* assumiu perante a AdC um conjunto de compromissos (por exemplo, alteração dos contratos e devida comunicação e explicação aos concessionários, reparadores autorizados e clientes)³⁹³. Em 18.09.2015 a AdC publicou no seu *site* um Comunicado (“Comunicado 20/2015”) a informar que, no seu entender, os concretos compromissos assumidos pela *Ford* *“são aptos a eliminar os potenciais efeitos nocivos sobre a concorrência e a preservar os interesses dos consumidores”* e a tornar assim obrigatório o seu cumprimento pela *Ford*³⁹⁴.

³⁹² O processo de inquérito contraordenacional foi aberto pela AdC em 06.06.2013. A decisão de arquivamento do processo PRC 2013/5, mediante a aceitação de certos compromissos e imposição de condições, foi determinada pela AdC em 05.03.2015. A decisão está disponível para consulta em http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC201305.aspx

³⁹³ Cfr. “Comunicado 16/2015”, de 27.07.2015, disponível no *site* da AdC.

³⁹⁴ De realçar que em 21.09.2015 a AdC publicou no seu *site* um Comunicado – “Comunicado 21/2015” – a informar que a *Ford* tinha sido condenada ao pagamento de uma coima de 150.000 euros por prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas.

Por outro lado, cumpre realçar mais uma vez que ainda que um acordo de distribuição seletiva não beneficie da isenção por categoria, isso não significa que os acordos em causa sejam ilegais. As empresas podem num processo individual demonstrar os efeitos pró-concorrenciais das práticas em causa, sob a forma de ganhos de eficiência, ao abrigo do art. 101º n.º3 do TFUE e beneficiar, assim, da inaplicabilidade do art. 101º, n.º1.

Deste modo, torna-se importante reconhecer as vantagens que um sistema de distribuição seletiva comporta. A derrogação prevista no n.º3 do art. 101º é aplicável se os efeitos pró-concorrenciais das práticas em questão compensarem os seus efeitos negativos. Ou seja, tem de haver aqui um balanço económico positivo.

Por exemplo, a opção por um sistema de distribuição seletiva pode contribuir para a criação de uma imagem de marca, com uma cobertura de rede mais previsível e mais eficiente em termos logísticos, traduzindo-se a final em produtos uniformes e de qualidade ao dispor dos consumidores finais. A distribuição seletiva pode igualmente ajudar à inserção de um determinado produto novo no mercado, solucionar problemas de “parasitismo” ou de “externalidades verticais”, assim como ajudar a serem alcançadas economias de escala na distribuição e, deste modo, obter preços mais atrativos³⁹⁵.

A possibilidade de tais efeitos positivos compensarem os eventuais efeitos negativos que advêm das restrições depende de vários fatores, como sejam o poder de mercado das partes no acordo³⁹⁶, a posição dos concorrentes, o efeito cumulativo, a natureza do produto, a combinação com outras restrições verticais, etc.

Nas palavras da Comissão Europeia, *“a distribuição seletiva pode ser eficiente quando conduz a poupanças nos custos logísticos devido a economias de escala no transporte e tal pode acontecer independentemente da natureza do produto [ponto 107 alínea g)]. Contudo, os ganhos de eficiência são normalmente marginais nos sistemas de distribuição seletiva. Para ajudar a resolver o problema do «parasitismo» entre os distribuidores [ponto 107 alínea a)] ou para ajudar a criar uma imagem de marca [ponto 107 alínea i)] a natureza do produto é muito relevante. Em geral, estes ganhos de eficiência são mais defensáveis em relação a novos produtos, a produtos complexos, a produtos em que as qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos de experiência) ou a produtos em que as qualidades*

³⁹⁵ Ponto 107, al. c), al. f) e al. g) das *“Orientações relativas às restrições verticais”*.

³⁹⁶ Por exemplo, no que concerne ao setor de distribuição automóvel é a própria Comissão Europeia a afirmar nas suas *“Orientações complementares”*, ponto 56, que a distribuição seletiva quantitativa, por princípio, cumpre os requisitos previstos no n.º3 do art. 101º se as quotas de mercado das partes não excederem os 40%.

continuam a ser difíceis de apreciar mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança)”³⁹⁷.

2.9. Condições discriminatórias

Como já *supra* observamos, é proibido, tanto a nível nacional como da UE, “*aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência*” (alínea d) do n.º1 do art. 101.º do TFUE e do n.º1 do art. 9.º da LdC e alínea c) do art. 102.º do TFUE e do n.º2 do art. 11.º da LdC).

Ora, como condições de discriminação pense-se por exemplo numa diferenciação de preços ou prazos de pagamento distintos que um fornecedor emprega em relação a distribuidores que sejam objetivamente iguais³⁹⁸; a imposição de preços considerados excessivos tendo em consideração o valor económico do produto fornecido³⁹⁹ ou até a atribuição de descontos condicionais, já *supra* analisados⁴⁰⁰. O art. 3.º do DL n.º 166/2013, de 27 de dezembro⁴⁰¹, apesar de não ser aplicável no âmbito do presente trabalho, assume algum interesse ao exemplificar situações discriminatórias e ao definir o conceito de prestações equivalentes. De acordo com o seu n.º1: “*é proibido a uma empresa praticar em relação a outra empresa preços ou condições de venda discriminatórios relativamente a prestações equivalentes, nomeadamente quando tal prática se traduza na aplicação de diferentes prazos de execução das encomendas ou de diferentes modalidades de embalamento, entrega, transporte e pagamento, não justificadas por diferenças correspondentes no custo de fornecimento ou do serviço, nem resultantes de práticas conformes ao Direito da Concorrência*”. Por sua vez, o n.º2 dispõe: “*são prestações equivalentes aquelas que respeitem a bens ou serviços similares e que não difiram de maneira sensível nas características comerciais essenciais, nomeadamente*

³⁹⁷ Ponto 185, “*Orientações relativas às restrições verticais*”.

³⁹⁸ Cfr. quanto a este assunto o Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 1978, caso “*United Brands c. Comissão*”, pp. 108-112, pontos 204 a 234, proferido no decorrer do recurso de anulação da decisão da Comissão (caso “*Chiquita*”) de 17 de dezembro de 1975, publicada no JOUE L 95, de 9 de abril de 1976, pp. 1 e ss.

³⁹⁹ Cfr. decisão da Comissão *supra* referida. Nesta parte o Tribunal de Justiça, no acórdão acima aludido, não deu como provado tal questão pelo que anulou a decisão da Comissão no que a essa parte diz respeito.

⁴⁰⁰ Vejam-se ainda os seguintes casos de aplicação de condições discriminatórias: decisão da Comissão de 06.01.1982, caso *AEG-Telefunken*, publicada no JOUE L 117, de 30.04.1982, pp. 15 e ss., confirmada pelo acórdão do TJ de 25.10.1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, proc. 107/82 (a política de preços do produtor levava à discriminação dos distribuidores – sistema de distribuição seletiva).

⁴⁰¹ DL que aprova o regime aplicável às práticas individuais restritivas do comércio.

naquelas que tenham uma repercussão nos correspondentes custos de produção ou de comercialização”.

A própria disposição legal já determina por si mesma a consequência para os parceiros comerciais da aplicação de condições desiguais, contendo, assim, um elemento qualificativo da conduta em função do resultado: a colocação dos parceiros comerciais numa situação de desvantagem concorrencial. Ou seja, da norma resultam dois pressupostos fundamentais: i) a aplicação de condições discriminatórias relativamente a prestações equivalentes, ii) a colocação dos parceiros em desvantagem na concorrência como consequência direta dessa desigualdade.

A discriminação pode ocorrer em dois planos: quer ao nível dos preços praticados, quer ao nível das condições de transação aplicadas. A exemplificação oferecida pelo n.º 1 do art. 3.º do DL n.º 166/2013 diz respeito precisamente à última modalidade referida.

Ora, a aplicação de condições discriminatórias no contrato de concessão comercial efetivamente ocorre e é mais frequente do que se possa pensar. Frequentemente, concessionários equivalentes são sujeitos a tratamentos distintos sem qualquer justificação plausível, colocando-se um em clara desvantagem em relação ao outro. Por vezes, as razões – obscuras – prendem-se com certas relações de proximidade, beneficiando-se o “conhecido” que opera na mesma área que o outro concessionário, chegando a ocorrer por vezes verdadeiros conluíus para prejudicar um dos concessionários em detrimento de outro. A aplicação de condições discriminatórias assume ainda uma maior gravidade quando praticadas em relação a concessionários vinculados por obrigações de compra exclusiva. Neste caso, os concessionários não têm a opção de passar a adquirir os bens a outros fornecedores, uma vez que estão vinculados pelo contrato apenas a comprar os produtos ao concedente.

Ora, tais situações não podem ser toleradas pelo Direito da Concorrência, que batalha por uma concorrência justa e transparente.

De reter que a proibição da aplicação de condições discriminatórias não pretende apenas proteger aqueles que têm relações comerciais com as empresas em causa, não se limitando na realidade apenas ao domínio empresarial. Na realidade, *“o combate à discriminação assume um papel simultaneamente nuclear e transversal às várias regras que, directa ou indirectamente, garantem a integração prevista pelo Tratado de Roma. Nessa medida, a proibição de discriminação integrava já o acervo de regras de integração negativa constantes*

do Tratado de Paris, como decorria, a título fundamental, da al. b) do artigo 4.º daquele texto fundador”⁴⁰².

Basta observarmos o TFUE para facilmente constatar a constante preocupação e a luta pela não discriminação, presentes ao longo de todo o Tratado (por exemplo, arts. 2º, 10º, 18º, 19º, 36º, 37º, 40º, 45º, 95º, 107º, 157º, 200º, 214º, 326º...). Por conseguinte, é importante não olvidar que a questão da não discriminação transcende a esfera dos deveres empresariais, tendo assim na realidade um alcance maior do que o previsto nos arts. 101º e 102º. Nesta medida, um concedente não pode aplicar condições discriminatórias nas suas relações comerciais com os concessionários por ser um comportamento contrário aos fins do Tratado.

De realçar que a discriminação pode ser ilícita e anticoncorrencial quer seja praticada por uma empresa com ou sem posição dominante no mercado, tendo em consideração que tanto o art. 101º como o art. 102º proibem, em determinados termos, essa prática. Não obstante, no que diz respeito às empresas em posição dominante há que ter um maior cuidado com os seus comportamentos, uma vez que dada a sua especial posição de domínio será mais fácil para estas adotar práticas abusivas, como sejam a aplicação de condições discriminatórias⁴⁰³. Aliás, no que concerne à discriminação de preços, por exemplo, MIGUEL MOURA E SILVA realça que esta prática só assume problemas concorrenciais quando levada a cabo por uma empresa em posição dominante⁴⁰⁴.

Como resulta da decisão da Comissão Europeia no caso *Hilti*.

“Uma rivalidade de preços agressiva é um instrumento competitivo essencial. Todavia, uma política de preços seletivamente discriminatória por uma empresa dominante e exclusivamente destinada a prejudicar a atividade ou o acesso ao mercado dos seus concorrentes, enquanto são mantidos preços mais elevados para o conjunto dos seus outros clientes, não só explora esses outros clientes como destrói a concorrência. Como tal, constitui

⁴⁰² MIGUEL MOURA E SILVA, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), Tese orientada pelo Prof. Doutor Eduardo Paz Ferreira, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, 2008, p. 442.

⁴⁰³ Vejam-se por exemplo os seguintes casos (jurisprudenciais) de aplicação de condições discriminatórias por empresas em posição dominante: acórdão do TJ de 17.05.1994, *Corsica Ferries Italia srl/Corpo dei piloti del Porto di Génova*, proc. C-18/93 (discriminação em razão da nacionalidade e residência); Acórdão do TJ de 14.02.1978, *United Brands c. Comissão*, proc. 27/76 (discriminação geográfica dos preços); Ac. do TJ de 15.03.2007, *British Airways c. Comissão*, proc. C-95/04 (aplicação de diferentes descontos de quantidade); Ac. do TJ de 27.04.1999, *Deutsche Bahn c. Comissão*, C-436/97 P (manutenção de diferenças de preços artificiais); Ac. do Tribunal de Primeira Instância de 06.10.1994, *Tetra Pak International SA contra Comissão das Comunidades Europeias* (Tetra Pak II), proc. T-83/91 (aplicação de preços discriminatórios).

⁴⁰⁴ *Direito da Concorrência – Uma introdução jurisprudencial*, cit., p. 684

*uma conduta abusiva pela qual uma empresa dominante pode reforçar a sua já preponderante posição no mercado”*⁴⁰⁵.

O caso *United Brands* ou caso “bananas Chiquita” é igualmente um claro exemplo de um abuso de posição dominante por aplicação de condições discriminatórias (discriminação geográfica dos preços em razão do território).

No caso em questão, tratavam-se de bananas que eram comercializadas pela *UBC* com a marca “Chiquita”. O produto em questão era desembarcado em dois portos, Roterdão e Bremerhaven, com custos de descarga bastante semelhantes e revendido de acordo com as mesmas condições de venda e pagamento. Porém, o preço a que as bananas eram vendidas nesses dois portos diferia bastante, tendo a Comissão acusado a *UBC* de aplicar semanalmente às bananas vendidas com a sua marca — e isto sem qualquer motivação plausível e objetiva — um preço de venda que variava visivelmente em função do Estado-Membro onde se encontrassem estabelecidos os seus clientes.

Na realidade, depois de um estudo efetuado concluiu-se, por exemplo, que o preço exigido aos clientes da Bélgica era, em média, 80% superior ao pago pelos clientes irlandeses.

A Comissão considerou, assim, que a aplicação de preços diferentes constituía um abuso de posição dominante, pela aplicação aos parceiros comerciais de condições desiguais para prestações equivalentes que, na realidade, os colocavam em desvantagem na concorrência⁴⁰⁶.

O TJ, por Acórdão datado de 14.02.1978, veio confirmar a decisão da Comissão. Nas suas palavras:

“Estes preços discriminatórios, que variam de acordo com as circunstâncias prevalentes nos Estados-membros, constituem outros tantos obstáculos à livre circulação de mercadorias e o seu efeito é acentuado pela cláusula que proíbe a revenda de bananas verdes e pela limitação do fornecimento das quantidades encomendadas.

Desse modo, criou-se uma separação rígida dos mercados nacionais no que respeita aos níveis dos preços, que são artificialmente diferentes, o que colocou certos distribuidores-amadurecedores em desvantagem, sendo assim falseada a concorrência em relação ao que poderia ser a sua evolução normal.

⁴⁰⁵ Decisão da Comissão de 22 de dezembro de 1987, *Eurofix-Bauco versus Hilti*, processos n.ºs IV/30.787 e IV/31.488, JOUE n.º L 65, 11.03.1988, pág. 19, ponto 81.

⁴⁰⁶ Cfr. Decisão IV/26.699 — Chiquita (JOUE 1976, L 95, p. 1 e segs.).

Por conseguinte, a política de preços diferentes que permitiu à UBC aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais para prestações equivalentes, colocando-os por esse facto em desvantagem na concorrência, constitui um abuso de posição dominante”⁴⁰⁷.

Em Portugal, a Autoridade da Concorrência já proferiu algumas decisões condenatórias por abuso de posição dominante devido à aplicação de condições discriminatórias: i) “SPORT TV Portugal, S.A.” (PRC/2010/02); ii) “PT Comunicações, S.A.” (PRC/2004/01) e iii) “Portugal Telecom S.G.P.S., S.A.; PT Comunicações, S.A.; ZON – Multimédia, Serviços de Telecomunicações e Multimédia S.G.P.S., S.A.; ZON – TV CABO Portugal, S.A.” (PRC/2003/05)⁴⁰⁸. Apesar de as decisões não versarem especificamente sobre o contrato de concessão comercial, a verdade é que estas assumem especial relevo para a perceção do tema, pelo que devem assim ser consultadas.

2.10. Recusa de venda pela empresa dominante aos distribuidores

2.10.1. Recusa de fornecimento para obstar ao comércio paralelo

Por regra a recusa de fornecimento a empresas “não concorrentes”, isto é, a empresas que não concorram a par com a empresa dominante (*in casu*, aos concessionários), não é passível de suscitar problemas que mereçam um destaque por si só no que aos abusos de posição dominante diz respeito.

O Direito da Concorrência não obriga as empresas a escolher determinado parceiro comercial, nem as obriga a contratar. Em boa verdade, uma empresa em posição dominante que decide cessar o contrato com um seu antigo distribuidor não está por isso a cometer um abuso da sua posição⁴⁰⁹. Na realidade, uma empresa em posição dominante, no que concerne ao setor da distribuição, desfruta de uma ampla liberdade de atuação que importa reconhecer.

RICARDO BORDALO JUNQUEIRO defende que “...do regime jurídico dos abusos de posição dominante não parece emanar qualquer princípio que determine que as empresas dominantes devem adotar determinados modelos de distribuição dos seus produtos. A escolha dos seus

⁴⁰⁷ Acórdão de 14.02.1978, processo 27/76, pontos 232-234.

⁴⁰⁸ Todos estes casos estão disponíveis para consulta no *site* da AdC.

⁴⁰⁹ Outros problemas concorrenciais podem surgir como por exemplo o abuso de dependência económica, mas não relevantes neste momento para o caso.

*distribuidores e bem assim do modo como é gerida a relação comercial com estes não deve motivar intervenções da parte da política da concorrência”*⁴¹⁰.

Todavia, apesar de este princípio ser a regra, existem casos em que a liberdade de recusa de venda pode e/ou deve ser limitada. Falamos aqui daquelas situações em que a recusa de fornecimento tem como único propósito impedir o comércio paralelo.

Quando determinado produto é comercializado a preços distintos em diferentes países surgem, não raramente, as importações paralelas. Nas palavras de RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, “o comércio paralelo traduz-se na revenda de produtos em países onde são comercializados a um preço mais elevado por grossistas que os adquiriram em países onde são comercializados a um preço mais reduzido”. Esta prática claramente não é muito bem vista por parte de quem coloca, inicialmente, os produtos no mercado. Aliás, no caso *Glaxo Grécia*⁴¹¹, foi o próprio Tribunal de Justiça que reconheceu que as importações paralelas são suscetíveis de ameaçar os interesses comerciais da empresa em posição dominante.

Como sabemos, regra geral, o comércio paralelo é visto como algo positivo do ponto de vista concorrencial. O comércio paralelo potencia a concorrência dentro da própria marca e permite a redução dos preços no país de importação, a favor dos consumidores, razão pela qual é usual as instituições europeias terem um especial apreço pelas importações paralelas.

Como já tivemos oportunidade de referir um acordo que vise impedir as importações paralelas é proibido, por restritivo da concorrência. A questão que se coloca é então saber se uma recusa de fornecimento com o objetivo de impedir o comércio paralelo constitui ou não um abuso de posição dominante.

O efeito restritivo que aqui se aponta é desde logo a eliminação da concorrência por parte da empresa dominante. A recusa de fornecimento tem, assim, o propósito de afastar as empresas concorrentes no mercado do país de importação, o que pode suscitar problemas concorrenciais.

Ora, o Acórdão *Glaxo Grécia*, respeitante ao setor farmacêutico, assume bastante relevo no que a este tema concerne.

Desde logo, o TJ sublinha que à luz dos objetivos prosseguidos pelo Tratado e tendo em vista uma concorrência não falseada, as práticas de uma empresa em posição dominante com o propósito de impedir o comércio paralelo devem ser enquadráveis no art. 102º do TFUE e

⁴¹⁰ *Op. cit.*, p. 172.

⁴¹¹ Acórdão do TJ de 16.09.2008, Proc. C-468/06 a C-478/06, Col. 2008 I-07139. Cfr. igualmente RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *op. cit.*, p. 172.

portanto, por princípio, proibidas, uma vez que estas práticas ao “compartimentar” os mercados nacionais anulam os benefícios concorrenciais que esse comércio paralelo propiciava aos consumidores⁴¹².

Porém, ainda que não seja possível, defende o TJ, admitir que uma empresa em posição dominante num EM onde os preços são baixos recuse a venda dos produtos aos seus distribuidores, pela simples circunstância destes além de abastecerem o mercado do EM em causa também exportarem alguns desses produtos para outros EM onde os preços são superiores, essa empresa pode, todavia, sublinha o TJ, *“opor-se, numa medida razoável e proporcionada, à ameaça que podem constituir para os seus próprios interesses comerciais as atividades de uma empresa que pretenda abastecer-se nesse primeiro Estado-Membro, em quantidades significativas, de produtos destinados essencialmente às exportações paralelas”*⁴¹³.

Ou seja, há assim que determinar, para efeitos de responder à questão *supra* colocada, se as encomendas feitas pelos distribuidores têm ou não carácter “normal”⁴¹⁴.

O carácter normal ou não das encomendas afere-se de acordo com 2 critérios: i) há que analisar as relações comerciais anteriores entre a empresa em posição dominante e o distribuidor em causa; ii) há que apreciar o volume das encomendas a par com as necessidades de mercado do Estado-Membro em causa⁴¹⁵.

Neste sentido, RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, debruçando-se sobre a análise do Acórdão *Glaxo Grécia*, defende em jeito de conclusão que *“a intervenção da empresa deve pois pautar-se pelo equilíbrio. Por um lado, a proteção dos seus interesses comerciais próprios não deve ir ao ponto de romper um historial de fornecimentos em quantidades até aí consideradas normais e que permitam aos grossistas abastecer o mercado nacional e, eventualmente, exportar para países onde os medicamentos são vendidos a um preço superior. Todavia, a alteração do historial de encomendas por parte do grossista, passando a exceder as necessidades consideradas normais para o Estado-Membro, a empresa dominante parece manter total liberdade para recusar o fornecimento”*⁴¹⁶.

Ou seja, uma empresa em posição dominante que face a uma encomenda de carácter normal de um seu distribuidor a recuse, para impedir o comércio paralelo, explora de forma

⁴¹² Ponto 66 do Acórdão.

⁴¹³ Ponto 71 do Acórdão.

⁴¹⁴ Cfr. ponto 70 do acórdão. V. igualmente Acórdão do TJ de 14.02.1978, *United Brands Company, e United Brands Continental BV contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo 27/76, ponto 182.

⁴¹⁵ Ponto 73 do acórdão.

⁴¹⁶ *Op. cit.*, pp. 175-176.

abusiva essa sua posição, sendo aqui de aplicar o art. 102º do TFUE. Já as encomendas que, tendo em linha de consta os dois critérios *supra* referidos, sejam consideradas “anormais” podem perfeitamente ser recusadas pela empresa em posição dominante, sem constituírem um abuso propriamente dito. Aqui impera a liberdade de atuação.

2.11. O abuso de dependência económica ⁴¹⁷

De um modo geral, poder-se-á afirmar, sem grande margem para dúvidas, que a dependência é uma característica presente e até inerente ao contrato de concessão comercial. Na realidade devido ao conteúdo deste contrato, de uma forma geral, o concessionário encontra-se dependente em relação ao concedente. Ou seja, embora se tratem aqui de entidades juridicamente independentes, a verdade é que o contrato de concessão gera, habitualmente, uma situação de dependência económica, sendo o cenário mais comum precisamente a dependência do concessionário em relação ao concedente. O concessionário vincula-se de tal modo ao concedente ao sujeitar-se e adequar-se às suas políticas de organização que fica economicamente dependente, o que terá impacto principalmente a nível da cessação do contrato.

Nesta senda, como sublinha FERNANDO PINTO, *“de facto, a circunstância de os concessionários efectuarem, frequentemente, elevados desembolsos como a aquisição de bens destinados a uma utilização duradoura”*, coloca-os, em boa medida, *“numa situação de dependência económica face aos seus fornecedores, tornando-os prisioneiros do contrato e sujeitando-os à contingência da adopção, por estes, de comportamentos espoliatórios”* ⁴¹⁸.

Não obstante, como salienta e bem MARIANO PEGO, cumpre realçar que o que é importante aqui é precisamente compreender se aquela dependência também existe no domínio jurídico - concorrencial, ou seja, *“se releva em sede de abuso de dependência económica”* ⁴¹⁹. Ou seja, o que releva não é o mero estado de dependência económica em que uma das partes do contrato se encontra, mas sim o eventual abuso daí derivado e os seus efeitos sobre a concorrência.

⁴¹⁷ A dependência aqui analisada e tipificada legalmente (art. 12º) não é a dependência em termos simples, que de senso comum inferimos, mas antes uma dependência mais restrita, com contornos específicos e determinados requisitos para a sua proteção.

⁴¹⁸ *Os Contratos de Distribuição...cit.*, p. 740. Cfr. igualmente JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *op. cit.*, pp. 11-12, acerca da dependência económica que o contrato de concessão propicia.

⁴¹⁹ *A posição dominante relativa... cit.*, p. 104.

Deste modo, há, em primeiro lugar, que analisar as contrapartidas que o contrato de concessão gera para o concessionário.

Como defende, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *“não deixa de haver quem sublinhe a dependência do distribuidor, constrangido a acatar obrigações várias a fim de harmonizar a sua actuação com a rede em que se integra, falando a este propósito de contratos de dependência (...). Mas também não pode esquecer-se que o distribuidor retira benefícios vários do facto de passar a pertencer a uma rede organizada”*⁴²⁰. Por outras palavras, há que não olvidar os benefícios que o contrato de concessão acarreta, analisando-se caso a caso a relação entre as obrigações e os direitos que cada uma das partes possui e observando-se, assim, a existência ou não de um equilíbrio entre elas.

Aliás, seguindo precisamente esta linha de raciocínio, MARIANO PEGO defende de uma forma bastante contundente que, por princípio, o contrato de concessão não gera dependência do ponto de vista concorrencial, *“porquanto o concessionário tem grande interesse em aceder a determinada rede de distribuição, já que beneficiará da imagem de marca do concedente, de uma clientela pré-constituída e de os factores de atracção de nova clientela pertencerem, sobretudo, ao concedente”*⁴²¹.

Ora, como já *supra* foi mencionado, para aferir da existência de uma situação de dependência económica autores como MARIANO PEGO têm recorrido a quatro importantes critérios: 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; e d) a possibilidade que este tem de obter, junto de outros fornecedores, “produtos equivalentes”.

Nesta senda, tendo precisamente em linha de conta esses critérios, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04.10.2011 fez uma importante apreciação da situação de dependência económica no contrato de concessão comercial, cujos ensinamentos ora se transcrevem parcialmente:

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

⁴²⁰ «Denúncia de um contrato de concessão comercial», *cit.*, p. 42.

⁴²¹ *A posição dominante relativa...*, *cit.*, p. 104.

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 têm na gama de negócios do concessionário e na conseqüente 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 a 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”.

Não obstante o preenchimento dos critérios indiciadores da existência de um estado de dependência económica, tal não basta para a aplicação do art. 12º da LdC ao caso com as suas respetivas sanções legais. É necessário ainda que haja um abuso desse estado de dependência, abuso esse suscetível de afetar e restringir o jogo da concorrência. Nas palavras do Acórdão supra citado, “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 susceptíveis de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura de concorrência”.

É certo que quanto mais duradoura for a relação mais dependente o concessionário estará em relação ao concedente. Imagine-se por exemplo um contrato de duração indeterminada, com uma concessão a durar há 30 anos, em que o concessionário foi sempre fiel ao concedente, em que revendeu apenas os produtos daquele, em que recusou celebrar contratos com outras marcas e em que trabalhou apenas em prol da atividade do concedente.

Uma rutura desta relação, sem qualquer motivação e sem um prazo razoável de pré-aviso que permita ao concessionário reorganizar a sua atividade, é claramente uma conduta suscetível de configurar um abuso de dependência económica. Como observa BAPTISTA MACHADO o desrespeito do prazo de pré-aviso é suscetível de causar danos *“porque conduz a uma extinção repentina da relação contratual que apanha de surpresa a contraparte do denunciante e não lhe permite ajustar os seus planos de vida, reconverter a sua actividade”*⁴²².

Todavia, e isto é importante realçar, a existência de um prazo de pré-aviso adequado não afasta *ab initio* o estado de dependência económica, ou seja, não basta o pré-aviso ser respeitado para se concluir sem mais que essa dependência não se verifica, uma vez que para a existência de tal estado contribuem variados fatores. Nas palavras de MARIANO PEGO, *“uma coisa é dizer que se respeitou o prazo de pré-aviso conveniente e necessário para denunciar um contrato de duração indeterminada, outra bem diversa é afirmar que isso afasta a dependência económica. Na verdade, embora se reconheça que esta será sensivelmente atenuada pelo respeito do prazo de pré-aviso, a apreciação da dependência resulta de vários elementos e não apenas do período de tempo necessário para encontrar uma solução equivalente”*⁴²³.

Já quanto aos contratos de duração determinada a previsibilidade aqui existente pode contribuir para afastar a dependência económica (e o seu conseqüente abuso), uma vez que permite ao concessionário procurar antecipadamente por alternativas. Porém, como denota MARIANO PEGO, tal raciocínio não vale de forma irredutível e absoluta. Pense-se, por exemplo, no caso em que durante a vigência do contrato foram criadas legítimas expectativas ao concessionário de que este iria continuar a representar o concedente, por força das negociações levadas a cabo entre as partes. Porém, no fim as partes não chegam a acordo e o contrato cessa⁴²⁴.

Em suma, tudo dependerá, assim, de uma análise caso a caso, de uma análise do concreto e real problema com a ponderação de todos os elementos presentes, não existindo deste modo uma resposta única a oferecer.

A insistir, defenderemos a mesma posição que MARIANO PEGO, ou seja, de que na maior parte das vezes tal abuso não existe. Isto porque na generalidade dos casos o concessionário apesar de ser a parte mais frágil e de efetivamente se encontrar numa relação de dependência

⁴²² «Denúncia - modificação de um contrato de agência. Anotação ao acórdão do STJ de 17 de abril de 1986», *RLJ*, ano 120º, p.184.

⁴²³ *A posição dominante relativa...*, *cit.*, p. 114.

⁴²⁴ *A posição dominante relativa...*, *cit.*, p.105.

em relação ao concedente, a verdade é que precisamente por encontrar-se nessa situação são-lhe oferecidos benefícios e determinadas vantagens que compensam, assim, os deveres que tem de assumir. Não obstante, só ante o problema concreto se pode aferir pela existência ou não de uma situação de dependência económica e do respetivo abuso desse mesmo estado⁴²⁵.

⁴²⁵ Cfr. a título de exemplo o Ac. do STJ de 20.06.2013. Neste caso, o Tribunal entendeu estamos perante um caso de abuso de dependência económica e aumentou a indemnização arbitrada pela Relação para € 50.000,00.

CONCLUSÕES

O contrato de concessão comercial é uma das formas de distribuição indireta integrada pelas quais o produtor pode escolher para desse modo distribuir os seus produtos, tendo em consideração as suas reais necessidades e objetivos. Através da figura da concessão o produtor intervém ativamente na fase da distribuição, com poderes de controlo, mas com custos e riscos reduzidos. Por sua vez, o distribuidor tem a oportunidade de integrar uma rede de distribuição, com condições de comercialização mais vantajosas e benefícios inerentes.

De modo a atingir os melhores resultados de vendas, o produtor procura todos os dias as melhores estratégias de mercado de forma a concorrer com as outras empresas e o seu negócio não ser afetado. Quem produz naturalmente quer obter lucro e minorar os prejuízos, pelo que constantemente tem de equacionar alternativas rentáveis aos produtos concorrentes. O concessionário, por sua vez, procura distribuir da melhor forma os produtos que adquire ao concedente, sempre atento às necessidades dos seus clientes e aos objetivos que muitas vezes lhe são impostos.

As obrigações inseridas no contrato de concessão comercial são, assim, obrigações pensadas pelo concedente de modo a poder assegurar da melhor forma a comercialização dos seus produtos. Por sua vez, as normas de defesa da concorrência foram arquitetadas de modo a só intervirem em determinadas situações, pelo que não é toda e qualquer limitação que restringe a concorrência e é, por conseguinte, considerada proibida. O Direito da Concorrência procura que o mercado seja um local aberto a novas empresas, onde todas as empresas têm o direito de concorrer, mas não ficam isentas do dever de concorrer.

Ora, o tema escolhido para a feitura da presente dissertação demanda, aparentemente e chegados a este ponto, uma resposta à questão que acompanhou todo este trabalho: ao fim ao cabo é o contrato de concessão comercial compatível ou não com as regras de defesa da concorrência?

Naturalmente que, tendo em linha de conta o raciocínio seguido até ao momento, a resposta no fundo não será uma resposta, uma vez que qualquer tentativa de concluir o trabalho com um “sim” ou um “não” seria sempre algo bastante redutor e não demonstrativo de toda a complexidade associada ao tema.

Como sabemos, a questão não se prende apenas com o contrato em si, ou seja, com as cláusulas que foram impostas às partes, com as obrigações a que o concessionário ou o

concedente se veem adstritos num determinado contrato. Mais do que aquele particular contrato, a regra é a existência de outros de conteúdo idêntico, celebrados em circunstâncias bastante semelhantes e em que o concessionário se limita a aderir. Por conseguinte, não basta observar um específico contrato de concessão para perceber se ele tem impactos negativos sobre a concorrência, é antes necessário observar todos os contratos celebrados pelo concedente no âmbito da sua rede de concessionários e perceber o efeito cumulativo que eles produzem sobre a concorrência.

É preciso na realidade ir mais além e compreender que o contexto é sempre a palavra-chave para a percepção do problema. Isto significa que a posição das partes, assim como dos concorrentes, a natureza e dimensão do mercado, o produto em questão, a duração da obrigação, as contrapartidas geradas, são todas variáveis a ter em linha de conta na corrida pela resposta. Antes de considerarmos uma determinada obrigação restritiva da concorrência, há sempre que indagar acerca das razões que conduziram o concedente a inserir aquela cláusula no contrato, uma vez que como sabemos por vezes as necessidades de mercado obrigam a certas restrições temporárias. Há, assim, que apreciar a restrição em função do quadro real onde se insere esse acordo. Só apreciando o contexto global é que poderemos extrair a conclusão mais correta.

É importante compreender que não obstante as restrições à liberdade económica inerentes ou decorrentes de algumas obrigações, a verdade é que determinadas cláusulas do contrato de concessão comercial podem ser utilizadas de modo a melhorar a forma de distribuição dos bens, simplificar a entrada no mercado de pequenas e médias empresas, ampliar a oferta de mercado aos consumidores, facilitar a promoção da venda de um determinado produto, potenciar a concorrência entre marcas e/ou conferir maior estabilidade e segurança ao produtor, que pode assim criar uma rede de distribuição mais eficaz.

Por conseguinte, a conclusão de se determinada prática é permitida ou não só será possível através de uma análise casuística da situação concreta, pelo que não é correto sustentar a existência de acordos proibidos (ou permitidos) *a priori*.

No entanto, antes de um balanço económico, dos prós e dos contras, que acaba por ser mais custoso e demorado, há sempre que analisar primeiro os Regulamentos de Isenção por Categoria existentes e perceber se os seus requisitos estão preenchidos. A par destes, as decisões da Comissão Europeia, as suas Comunicações e todas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia são de uma importância enorme no momento de

compreender quais as práticas que usualmente restringem a concorrência e qual o seu real alcance.

Não obstante, apesar de não ser possível afirmar que determinada cláusula é de *per se* proibida por ser restritiva da concorrência, a verdade é que como vimos existem certas obrigações que muito dificilmente conseguirão escapar ao âmbito (proibitivo) de aplicação da legislação de defesa da concorrência. Falamos aqui por exemplo das cláusulas de fixação de preços de revenda ou das cláusulas de proteção territorial absoluta (proibição de exportações, proibição de importações paralelas...), que dado o seu alcance e efeitos sobre a concorrência raros serão os casos em que tais práticas sejam consideradas justificadas.

Por outro lado, não é só no contrato de concessão que residem os problemas concorrenciais, mas também na concreta forma como o concedente se relaciona com a sua rede de concessionários. Por exemplo, uma recusa de venda não é uma cláusula que se encontra inserida no contrato de concessão, é antes um comportamento que levado a cabo por uma empresa em posição dominante em relação a um seu distribuidor pode, em certos casos, conduzir a efeitos anticoncorrenciais. O mesmo se diga no que concerne à aplicação de condições discriminatórias, que são suscetíveis de restringir a concorrência quando empregues pelo concedente em relação a certos concessionários. Ou seja, não é apenas o contrato de concessão comercial que carece de ser sindicado, mas também as práticas que o concedente emprega na sua rede de distribuição.

Como sabemos, o contrato de concessão comercial assenta na autonomia privada, estando sujeito à liberdade das partes de contratarem entre si. Ora, apesar de o Direito da Concorrência não exigir um mercado de concorrência perfeita, a verdade é que requer sempre um mínimo de concorrência (uma concorrência praticável), razão pela qual as autoridades da UE e as nacionais têm o poder para intervir sempre que a liberdade contratual que é reconhecida às partes é utilizada pelas empresas para atingir aquele mínimo de concorrência. Pretende-se, assim, evitar que as empresas possam através de certos acordos sobrepor a sua vontade ao livre jogo das regras de mercado.

Por conseguinte, o impacto que um contrato de concessão comercial tem sobre a concorrência não pode de forma alguma ser menosprezado, como tantas vezes o é pelos nossos tribunais. Há que assegurar às empresas o direito a competirem entre si, há que assegurar um mercado concorrencial, ou pelo menos propiciar as condições para que ele exista e lutar para que todos os esquemas e ardis que são utilizados pelas empresas de modo a afastar os seus

concorrentes sejam sancionados quando proibidos por lei. Por mais liberdade que deva ser conferida às partes, esta nunca pode ser atribuída de modo a restringir toda e qualquer concorrência que surja.

Na investigação deste tema foram recorrentes as decisões jurisprudenciais encontradas que desconsideraram por completo o Direito da Concorrência, apesar de uma das partes expressamente referir o problema. A (ainda) falta de formação dos juízes em muito contribuiu para esta falha constante, como já tivemos oportunidade de criticar. Numa altura como esta, em que o primado do direito da UE sobre o direito nacional é um princípio dado como assente, é inconcebível que ainda exista jurisprudência a negar a aplicabilidade dos Regulamentos de Isenção por Categoria a um contrato nacional ou jurisprudência que nem sequer conhece o Direito europeu da Concorrência.

O presente trabalho procurou precisamente abrir novos horizontes para problemas que recorrentemente são olvidados, mas que surgem com bastante frequência e que carecem, por conseguinte, de solução. Esperamos, assim, que quem leia esta dissertação possa compreender o quão importante se torna que o Direito da Concorrência seja cada vez mais conhecido dos juristas, advogados, juízes e demais aplicadores do direito, face aos contantes problemas que vão surgindo e que infelizmente são ignorados ou mal interpretados. Como já dizia o poeta Antonio Machado *“o caminho faz-se caminhando”*.

BIBLIOGRAFIA⁴²⁶

ALMEIDA, Carlos Ferreira de

Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e risco, Almedina, Coimbra, 2012.

ANASTÁCIO, Gonçalo

- «Artigo 101º», in *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pp.494-499.

- «Artigo 11º - Abuso de posição dominante», in *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Almedina, Coimbra, 2013, pp.123-163.

ANTUNES, José Engrácia

- «Contratos Comerciais - Noções fundamentais», *Direito e Justiça*, vol. especial, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2007.

- *Direito dos contratos comerciais*, 3ª Reimpressão da edição de outubro de 2009, Almedina, Coimbra, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira

Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 2002.

BANGY, Azeem Remtula/FERREIRA, João Eduardo Pinto

Guia Prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia, Coleção D'Hoje, AJE - Sociedade Editorial, Estoril, 1999.

BANGY, Azeem R./ FRAZÃO, Jorge

«A distribuição e a compra exclusiva na regulamentação comunitária de concorrência», *Série Cadernos*, nº11, junho, 1991, Direcção-Geral de Concorrência e Preços, Lisboa.

⁴²⁶ a) Algum material bibliográfico ora indicado encontra-se disponível na *Internet*, razão pela qual nesses casos será indicado o respetivo endereço.

b) Optamos por excluir da presente lista bibliográfica todos os documentos publicados pela Comissão Europeia (por exemplo, as suas Comunicações), pela Autoridade da Concorrência (nacional), assim como a jurisprudência quer dos Tribunais da União Europeia, quer dos Tribunais nacionais, disponível na *Internet*.

BRITO, Maria Helena

O contrato de concessão comercial, Almedina, Coimbra, 1990.

CADETE, Eduardo Maia

«Acordos de Cooperação entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos da América no âmbito do Direito da Concorrência», *ROA*, 2009, ano 69, vol.I/II, pp.297-365.

CALVETE, Victor João de Vasconcelos Raposo Ribeiro

«Abuso de Posição Dominante II: o abuso de dependência económica», *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 289-315.

CAMPOS, Filipa Daniela Couto,

A reparação dos danos sofridos em violação das regras europeias da Concorrência, Dissertação no âmbito do Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Económicas, realizado sob a orientação do Prof. Doutor José Neves Cruz, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, julho de 2014, disponível em: http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.FormView?p_id=105033

CAMPOS, João Mota de/João Luiz Mota de/ PEREIRA, António Pinto

Manual de Direito Europeu – o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CARMO, F. CUNHA LEAL

Dicionário Jurídico – contratos e obrigações, Vol. I, Escolar Editora, Lisboa, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa

«Os contratos de distribuição comercial no direito brasileiro», *in Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

CORDEIRO, António Menezes

- «Do contrato de concessão comercial», *ROA*, 2000, ano 60, vol.II, abril, pp.597-613.

- *Direito Comercial*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2012.

CORREIA, Miguel J. A. Pupo

Direito Comercial – Direito da Empresa, 12ª edição, Ediforum, Lisboa, 2012.

COSTA, Adalberto

O Novo Regime Jurídico da Concorrência, Editora Vida Económica, Porto, 2014.

CUNHA, Miguel Maria Tavares Festas Gorjão-Henriques

«O Conceito de Concentração de Empresas no Direito da Concorrência: nótulas teórico-práticas» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol.III, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.621-660.

D' ALTE, Sofia Tomé

«O contrato de concessão comercial», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, nº2, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp.1393-1433.

DAVID, Mariana Soares

«A Aplicação Analógica do Regime Jurídico da Cessação do Contrato de Agência aos Contratos de Concessão Comercial: Tradição ou Verdadeira Analogia?», *ROA*, 2011, ano 71, vol.III, julho-setembro, pp.885-908.

DUARTE, Joaquim Caimoto/ FARIA, Tânia Luísa

«A Aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia pelos Tribunais Comuns em Portugal (Ac. Relação do Porto de 12.04.2010)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 26, maio-agosto, 2010, pp.49-54, disponível em <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2592/documento/articuloUM.pdf?id=3022>

DUARTE, Rui Pinto

Tipicidade e atipicidade dos contratos, Almedina, Coimbra, 2000.

FONTE, Mário Augusto Barbosa da

Política da Concorrência em Portugal, Dissertação de Mestrado em Economia, orientação a cargo do Prof. Hélder Manuel Valente da Silva, Universidade do Porto - Faculdade de Economia, 2012.

FERREIRA, Eduardo Paz

Lições de Direito da Economia, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001.

FERREIRA, João Eduardo Pinto

«Os acordos de franquia na perspectiva da política de concorrência», *Série Cadernos*, nº6, junho, 1989, Direcção-Geral de Concorrência e Preços, Lisboa.

FERREIRA, João de Menezes Ferreira/ PEDROSO, Filipa Arantes

«Comentários à nova lei da concorrência (Decreto-Lei 371/93 de 29 de Outubro)», *ROA*, 1994, ano 54, vol. II, julho, pp. 737-759.

FERRO, Miguel Sousa

- «A obrigatoriedade de aplicação do direito comunitário da concorrência pelas autoridades nacionais», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume XLVIII, n.º 1 e 2, 2007, pp.271- 35.

- «Práticas restritivas da concorrência: súmula orientada para a prática judicial», *Curso de Formação para Juizes em Direito Europeu da Concorrência*, organizado pelo Instituto Europeu e pelo Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, disponível em: http://www.academia.edu/4000667/Pr%C3%A1ticas_restritivas_da_concorr%C3%Aancia_s%C3%BAmula_orientada_para_a_pr%C3%A1tica_judicial

GUERRA, António Castro

Política de concorrência em Portugal: contornos, fundamentos e casuística, GEPE, Lisboa, 1997.

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo

Abusos de Posição Dominante, Almedina, Coimbra, 2012.

MACHADO, João Baptista

«Denúncia - modificação de um contrato de agência. Anotação ao Acórdão do STJ de 17 de Abril de 1986», *RLJ*, ano 120º, pp. 183 e ss.

MACHADO, Jónatas E. M.

Direito da União Europeia, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MARQUES, Alfredo

Economia da União Europeia, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2011.

MATEUS, Abel M.

- «Sobre os fundamentos do direito e economia da concorrência», *ROA*, 2006, ano 66, vol. III, dezembro, pp. 1067-1099.

- «Economia, Direito da Concorrência e Regulação», *Sub Judice*, n.º 40, julho/setembro, 2007.

MONCADA, Luís S. Cabral de

Direito Económico, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MONTEIRO, António Pinto

- «Denúncia de um contrato de concessão comercial», reimpressão, separata da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

- «Do Regime Jurídico dos Contratos de Distribuição Comercial», *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp.565-577.

- *Direito Comercial. Contratos de Distribuição Comercial*, 3ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2009.

- «Os contratos de distribuição comercial: agência, concessão e franquia», *in Questões de Direito Comercial no Brasil e em Portugal*, Editora Saraiva, São Paulo, 2014, pp.205-

223.

MORAIS, Luís Domingos Silva

- *Os conceitos de objecto e efeito restritivos da concorrência e a prescrição de infracções de concorrência*, Almedina, Coimbra, 2009.

- *Direito da Concorrência – Perspectivas do seu Ensino*, Almedina, Coimbra, 2009.

PAIS, Sofia Oliveira

- «Proibição de importações paralelas e justificação objectiva no Direito da Concorrência da União Europeia», in *Estudos em Memória do Professor Doutor J.L. Saldanha Sanches*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 613 – 633.

- *Entre inovação e concorrência – em defesa de um modelo europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

PALMA, Augusta Ferreira

- *Das Pequenas e Médias Empresas. Algumas Questões (maxime, no Direito da Concorrência)*, Almedina, Coimbra, 2001.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano

- *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2001.

- «Artigo 12º - Abuso de dependência económica», in *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*, Miguel Gorjão-Henriques (Dir.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 164-168.

PEREIRA, José Gomes de Sá

«O balanço concorrencial como regra e método de verificação das condições de validade das práticas restritivas», *ROA*, 1999, ano 59, vol.I, janeiro, pp.123-215.

PEREIRA, Miguel Mendes

Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

PINTO, Fernando A. Ferreira

Contratos de distribuição - Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do

vínculo, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013.

PITA, Manuel António

Curso Elementar de Direito Comercial, 3ª edição, Coleção Direito, Áreas Editora, Lisboa, 2011.

RODRIGUES, Anselmo

«Sobre a Aplicação da Lei da Concorrência às Profissões Liberais» *in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. II, Coimbra Editora, 2001, pp.1113-1127.

RODRIGUES, Eduardo Raul Lopes

O essencial da Política de Concorrência, Instituto Nacional de Administração (INA), Oeiras, 2005.

ROUSSEAU, José António

- *O que é a distribuição?*, Principia, S. João do Estoril, 2002.

- *Manual de Distribuição*, 2ª edição, Principia, 2008.

RUIZ, Nuno

«Artigo 102º» *in Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, Coimbra, 2012, pp.500-503.

SANTOS, António Carlos dos/ GONÇALVES, Maria Eduarda/ MARQUES, Maria Manuela Leitão

Direito Económico, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

SERENS, Miguel Couceiro Nogueira

Direito da Concorrência e acordos de compra exclusiva (práticas nacionais e práticas comunitárias), Volume 5 da Coleção *Argumentum*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

SILVA, André Miguel dos Santos

O Regime Jurídico da Concorrência: Atuações e Práticas, Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas, sob orientação do Prof. Dr. José Cruz,

Faculdade de Direito, Universidade do Porto, julho de 2013.

SILVA, Isabel Marques da

«Os Acordos de Distribuição e o Direito da Concorrência», *Direito e Justiça*, vol. X, Tomo 2 (1996), pp. 167 a 235.

SILVA, João Calvão da

- «Concessão comercial e Direito da Concorrência», *in Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 185-231.

- *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, tomo I, 4ª edição, 2013, Almedina, Coimbra.

SILVA, Miguel Moura e

- *Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2008.

- *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), Tese orientada pelo Prof. Doutor Eduardo Paz Ferreira, Universidade de Lisboa - Faculdade de Direito, 2008.

- «A tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência», *Revista da Concorrência e Regulação*, ano I, n.º1, janeiro- março, 2010, pp.269-295.

- *As Práticas Restritivas da Concorrência na Lei n.º 19/2012 – Novos Desenvolvimentos*, intervenção realizada no âmbito da Conferência “O novo regime jurídico da concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio)”, de 13 de julho de 2012, disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Conferencias_e_Seminarios/Paginas/Conferencia-NRJC2012.aspx?lst=1

TENREIRO, Mário Paulo

«Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério de afectação do comércio entre os Estados-Membros face à realização do mercado único», *Revista de Direito e Economia*, ano 15 (1989), pp. 225-257.

VASCONCELOS, Pedro Pais

- *Contratos atípicos*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

VIEIRA, José Alberto

O contrato de Concessão Comercial, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

VILAÇA, José Luís da Cruz

«O ordenamento comunitário da concorrência e o novo papel do juiz numa União alargada», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.º Semestre 2004, n.º 1, pp. 37-51.