



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição

Patrícia Renata Costa Marques

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Prof. Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar Convidade,
Iscte – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2016



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Direito da Concorrência e Contratos de Distribuição

Patrícia Renata Costa Marques

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Prof. Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar Convidade,
Iscte – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2016

Resumo:

Com este trabalho pretendeu-se estudar a estreita ligação entre o direito da concorrência e o sector da distribuição moderna em Portugal, tentando compreender a conformidade dos comportamentos dos grandes distribuidores face ao ordenamento jurídico concorrencial.

Para o efeito recorreu-se à análise do regime jurídico europeu plasmado nos arts. 101.º - práticas colusivas – e 102.º – abuso de posição dominante – do Tratado de Funcionamento da União Europeia e à Lei da Concorrência, cujo regime jurídico foi transposto pela Lei n.º 19/2012, não descurando o histórico da Jurisprudência Europeia bem como as várias comunicações interpretativas emanadas pela Comissão.

Reservámos também parte do nosso estudo ao regime das Práticas Individuais Restritivas do Comércio, reguladas pelo Decreto-Lei 166/2013 e à figura dos contratos de fornecimento, os quais usualmente regulam as relações contratuais entre fornecedores e distribuidores.

Concluímos por uma diminuta intervenção da Autoridade da Concorrência no sector da grande distribuição em Portugal, o que se justifica pela quase inexistência de práticas que devam ser consideradas anti-concorrenciais, o que não quererá dizer que o desequilíbrio entre as partes não seja notório.

Palavras-chave:

Direito da Concorrência

Contratos de Fornecimento

Práticas Restritivas do Comércio

Distribuição Moderna

Relações entre Fornecedores e Distribuidores

Abstract:

This work aims to study the close link between competition law and the modern distribution sector in Portugal, trying to understand the compliance of the behavior of the big distributors before the competitive law.

For this purpose we proceed to the analysis of the European legal system fixed in articles 101 - collusive practices - and 102 - Abuse of dominant position - of the Treaty on the Functioning of the European Union, and of the National Competition Law, which was implemented by Law No. 19/2012; also not forgetting the jurisprudence of the European Court as well as the various interpretative communications published by the Commission.

We also have reserved part of our study to the system of Restrictive Practices of the Commerce, regulated in Portugal by the Decree-Law 166/2013 and finished with the analysis of the figure of supply contracts, which usually regulate the contractual relations between suppliers and distributors.

We concluded by a very little intervention of the National Competition Authority in the large retail sector in Portugal, which is justified by the almost nonexistence of practices that should be considered anti-competitive, which will not mean that the disequilibrium between the parties is not quite noticeable.

Keywords:

Competition Law

Supply Contracts

Restrictive Trade Practices

Modern Distribution

Relationships between Suppliers and Distributors

Índice

Introdução	1
Capítulo I - Direito da Concorrência	3
1.1. Sobre o Direito da Concorrência	3
1.2. Modelos de Concorrência	4
1.3. Os objectivos do Direito da Concorrência	5
1.4. Um ramo do direito de matriz europeia	5
1.5. O ordenamento jurídico em vigor	8
1.5.1. Afectação do comércio intra-comunitário	11
1.5.2. Definição de mercado relevante	12
1.6. Práticas proibidas – artigo 101.º do TFUE e artigos 9.º e 10.º da LdC	16
1.6.1. O regime jurídico nacional	18
1.6.2. Acordos verticais e acordos horizontais	19
1.6.3. Condições de aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE	21
1.6.4. Sobre o conceito de empresa/actividade económica (<i>undertaking</i>)	21
1.6.5. Sobre o conceito de acordos e práticas concertadas	23
1.6.6. Sobre o conceito de prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros	25
1.6.7. Afectação pelo objecto ou através de efeitos	29
1.6.8. Poder de mercado	31
1.6.9. Artigo 101.º/3 do TFUE – a excepção à proibição	32
1.7. Proibição de abuso de posição dominante – artigo 102.º do TFUE e artigo 11.º da LdC	35
1.7.1. O regime jurídico nacional	39
1.7.2. Conceito de posição dominante	40
1.7.3. Conceito de abuso	41
1.7.4. Práticas abusivas	41
1.7.5. Outras práticas abusivas	44
1.8. Abuso de dependência económica – art. 12.º da LdC	47
Capítulo II - Práticas (Individuais) Restritivas do Comércio	49
Capítulo III - Contratos de Fornecimento	61
3.1. A distribuição moderna – realidade actual	62
3.2. Contratos de fornecimento – prática corrente	64

3.3. Marcas Próprias	65
3.4. Regime jurídico aplicável	71
Conclusão	75
Referências Bibliográficas	77

Lista de abreviaturas e acrónimos

Ac.. – Acórdão

AdC – Autoridade da Concorrência

Art./ Arts. – Artigo/ Artigos

ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Doc. – Documento

DUE – Direito da União Europeia

LdC – Lei da Concorrência

N.º/N.ºs – Número/ Números

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

P. – Ponto/Parágrafo

Pág./Págs. – Página/Páginas

PIRC – Práticas Individuais Restritivas do Comércio

Proc./ Procs. – Processo/ Processos

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI – Tribunal de Primeira Instância

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Vide/ Vd – Veja-se

Introdução

O presente estudo tem como objecto a estreita ligação entre o direito da concorrência e o sector da grande distribuição moderna em Portugal, visando demonstrar a importância daquele ramo do direito no sensível equilíbrio entre fornecedores e distribuidores no que respeita às relações subjacentes aos contratos de fornecimento usualmente celebrados entre ambos.

Estamos perante dois campos do direito que, ainda que bastante distintos, têm actualmente uma ligação muito próxima repleta de campos de interesse.

Pretende-se acima de tudo atingir e compreender quais os pontos de contacto que existem, assim como aqueles que poderão existir, entre estes dois campos do direito, assim como as implicações e consequências que tais contactos poderão vir a ter de uma perspectiva jurídica.

Os contratos de distribuição são um modelo importantíssimo do (e para o) comércio, tanto a nível interno como a nível internacional, nos moldes como o conhecemos actualmente, o que é evidenciado pela crescente globalização que lhe é associada.

As grandes empresas de distribuição e respectivos fornecedores dependem actualmente desta figura de uma forma bastante notória, tornando estes contratos um dos elementos mais importantes da actualidade do comércio internacional.

Na presente dissertação, dividida em três capítulos, propomo-nos a abordar em termos gerais o regime do direito da concorrência actualmente em vigor, analisando primordialmente o regime europeu, mediante o devido enquadramento jurisprudencial e doutrinal e procedendo a uma breve comparação com o regime interno plasmado na Lei da Concorrência.

Após o que numa segunda fase atentaremos ao regime das Práticas Individuais Restritivas do Comércio, que ainda que fora do objecto do direito da concorrência, terão relevância no presente estudo, no contexto das relações entre fornecedores e distribuidores inerentes à grande distribuição moderna.

Concluiremos com uma breve análise da realidade actual do sector da distribuição em Portugal, numa perspectiva já menos jurídica, com o intuito de contextualizar a importância do presente estudo.

Capítulo I - Direito da Concorrência

1.1. Sobre o direito da concorrência

O direito da concorrência é o ramo do direito constituído por um conjunto de normas que visam disciplinar a actividade económica e promover a concorrência salutar nos mercados, regulando a actuação dos seus intervenientes.

Ou numa perspectiva mais economista, diga-se que “a concorrência tem efeitos imediatos na disponibilidade de produtos e no seu preço”¹, surgindo a concorrência essencialmente como uma corrida disputada entre compradores e vendedores pelas melhores condições possíveis no mercado².

Tende-se a acreditar que a concorrência entre os vários agentes do mercado é o caminho ideal para atingir o melhor resultado possível para a sociedade, sendo a regulação pelo poder político o meio encontrado para proteger a concorrência numa economia de mercado livre, tendo em conta que a regulação (e também a supervisão *a posteriori*) consiste num elemento essencial para lidar com as imperfeições e falhas que são inerentes a uma economia de mercado.

Para os consumidores a existência de concorrência significa essencialmente que terão acesso a produtos a preços mais baixos, com melhor qualidade e mais variedade.

Assim, ainda que a concorrência surja *ad initio* como um fenómeno claramente económico, diga-se também que “o direito da concorrência não foi uma criação dos economistas ou uma descoberta dos especialistas de direito comercial – foi uma resposta assumidamente política para um problema crucial da democracia: o do equilíbrio entre a liberdade de iniciativa privada e respectivos corolários com a necessidade de controlo do poder económico privado de modo a que este não constitua uma ameaça àquela liberdade.”³.

Perante a tamanha evolução do direito da concorrência a que se assiste actualmente, este terá necessariamente que se considerar como um ramo dotado de plena autonomia conceptual e dogmática, ainda que fortemente influenciado e interligado a outros ramos do direito, o que é hoje cada vez mais comum, natural e até

¹ “In general, if any branch of trade, or any division of labour, be advantageous to the public, the freer and more general the competition, it will always be the more so”, SMITH, Adam, *The Wealth Of Nations*, Book II, Chapter II, pág.329, p. 106.

² Assim, “Competition was very much like a race: a race to obtain part of reduced supplies or to dispose of a part of increased supplies. Almost nothing except a numbers of buyers and sellers was necessary for competition to operate” em STIGLER, George, “Competition”.

³ MARQUES, Maria Manuel Leitão, “A mão invisível – Mercado e Regulação”, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 43.

mesmo inevitável ao direito em geral, visto que os vários ramos de direito vivem cada vez mais interligados entre si, demonstrando-se como uma necessidade constante a busca de conhecimentos entre os vários ramos de direito, tentando dotá-los da maior completude possível.

Assim, o direito da concorrência revela-se um vasto ramo do direito, com uma lógica própria, mas simultaneamente composto por regras extraídas de outros ramos do direito, entre os quais se destaca o direito civil, comercial, tributário, penal, administrativo, constitucional e económico – especialmente do económico, onde o direito da concorrência vai buscar inúmeros conceitos essenciais para o mesmo.

1.2. Modelos de Concorrência

Subjacente à economia encontraremos distintos modelos de concorrência passíveis de acontecer na realidade. Desta forma, em pólos opostos poderemos encontrar o modelo de concorrência perfeita e o modelo de monopólio.

A teoria da concorrência perfeita consiste num modelo de mercado em que a eficiência é maximizada ao limite, assim, estaremos perante um mercado em que existe um vasto número de fabricantes para um mesmo produto, o qual se demonstra plenamente homogéneo e por isso detentor das mesmas características, no qual existe um igualmente vasto número de consumidores, em que a informação sobre o mercado é permanentemente actualizada e perfeita, e sendo as barreiras à entrada e à saída do mercado inexistentes, nem existindo externalidades.

Desta forma, nem os compradores nem os vendedores terão capacidade para influenciar os preços dos bens e serviços, sendo todos os recursos existentes no mercado alocados da melhor forma possível, maximizando os seus benefícios.

Estamos perante aquilo que se pode considerar um modelo ideal de mercado, uma mera utopia sem qualquer correspondência à realidade e de difícil concretização.

Num pólo oposto, surge-nos o modelo monopolista, no qual se assiste à existência de um só produtor o qual será detentor de todo o mercado, existindo barreiras à entrada que impedem a existência de mais concorrentes, o que lhe permite aumentar o preço de forma discricionária, levando à diminuição do consumo e originando um desaproveitamento dos recursos existentes no mercado. Também aqui estaremos perante um modelo de muito difícil concretização.

Acrescerá que entre estes pólos plenamente opostos, existe um amplo campo de possibilidades concorrenciais – mais ou menos abertas, mais homogéneas ou menos

homogéneas – e se a concorrência perfeita seria naturalmente o fim máximo a atingir, a realidade vem-se a revelar bem distinta - assiste-se à existência de mercados que se encontram maioritariamente no meio-termo, não sendo nem monopolistas nem completamente imperfeitos.

1.3. Os objectivos do Direito da Concorrência

O fim máximo do direito da concorrência passa por assegurar que o mercado funciona da forma mais correcta e sã possível, promovendo a eficiência económica máxima, o que deriva do modelo de concorrência perfeita *supra* explanado.

Por outro lado, também se poderá considerar que o próprio direito da concorrência se revelará um importante instrumento da política económica estadual, protegendo de forma indirecta os consumidores finais que necessitam/desejam os bens, evitando-se que os fornecedores e/ou distribuidores conluiem entre si prejudicando de forma o mercado, enquanto obtêm para si um retorno superior ao valor real dos bens/serviços. Enquanto o primeiro fim identificado é claramente organizativo, o segundo visa um fim máximo de bem-estar macroeconómico do mercado, daí a sua estreita ligação à economia.

Neste sentido, destaca-se também que a Constituição da República Portuguesa determina como incumbência prioritária do Estado na **alínea f) do seu artigo 81.º**:

“Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.

Posteriormente, o texto constitucional, vem definir na **alínea a) do artigo 99.º** como um dos objectivos da política comercial “a concorrência salutar dos agentes mercantis”.

1.4. Um ramo do direito de matriz europeia

Presentemente, em Portugal, quando falamos de direito da concorrência referimo-nos necessariamente a um direito de matriz essencialmente europeia, ao seja, a um direito claramente europeizado, de forte influência nas normas e nas instituições europeias, o que se encontra dependente daquelas na sua aplicação.

Acrescendo que, quando entramos no campo comunitário, se verifica que o objecto mais global do direito da concorrência passa sempre pela realização de um mercado interno comum e integrado, sendo a protecção da concorrência geralmente atingida por duas vias em dois grandes momentos distintos: primeiramente, mediante regulação, momento em que se visa disciplinar a intervenção dos agentes de mercado, por via de normas nacionais e comunitárias - é neste momento que se assiste à notória importância atribuída às directivas e aos regulamentos provenientes da União Europeia; e posteriormente através da supervisão feita pelas entidades supervisoras - em Portugal, essencialmente a Autoridade da Concorrência⁴ - que visam assegurar que as regras impostas por via da prévia regulação são *a posteriori* cumpridas pelos agentes do mercado, podendo para o efeito atingir-se a imposição de pesadas coimas⁵.

Assim, as primeiras regras concorrenciais a nível europeu datam de 1951, aquando da criação da CECA, surgindo logo plasmadas nos artigos 65.º e 66.º do Tratado de Paris, tendo-se vindo a assistir desde essa data a uma clara tendência para a centralização da política da concorrência no cerne da União Europeia.

Essa tendência centralizadora só veio a ser revertida com a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003⁶ relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE)⁷, mediante o qual numa perspectiva, fortemente descentralizadora, se procedeu à criação da denominada rede de autoridades de concorrência⁸ para que estas procedessem à aplicação efectiva dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, passando assim a

⁴ Pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira, com poderes sancionatórios, de supervisão e regulamentação. Foi instituída em Portugal pelo Decreto-Lei 10/2003 de 18/01/2003 e o seu funcionamento é actualmente regulado pelo Decreto-Lei 125/2014 (Estatutos), sendo as suas funções caracteristicamente dotadas de uma natureza quase-jurisdicional. Para mais informações consultar o site institucional: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Paginas/HomeAdC.aspx>, visitado no dia 15.10.2016.

⁵ Ver capítulo VII da Lei da Concorrência (Lei 9/2012, doravante apenas LdC) e Capítulo VI do Regulamento (CE) 3/2003 de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

⁶ Consultável em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Regulamento_1_2003.pdf

⁷ Na altura artigos 85.º e 86.º do TCE, tendo posteriormente sido alterados para artigos 81.º e 82.º do TCE desde 1 de Março de 1999, e correspondendo actualmente aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, desde 1 de Dezembro de 2009.

⁸ Sobre esta denominação veja-se a “Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência” in http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_cooperacao_rede_de%20autoridades_2004.pdf.

ser admitida a aplicação directa destes pelos Estados-Membros por via do exercício da actividade normal das suas autoridades de concorrência.

Situação esta que, de certa forma viria a dar seguimento àquilo que já em 1963 era afirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no célebre Acórdão *Van Gend en Loos*⁹ relativamente ao efeito directo dos Tratados.

Tornou-se claro que a entrada em vigor do Regulamento 1/2003 foi uma oportunidade para a Comissão proceder a uma há muito desejada descentralização e assim tornar o sistema concorrencial em vigor mais eficaz, abdicando de algumas competências que até aí lhe eram exclusivas, partilhando-as com os Estados-Membros, e deixando de parte a ideia de ser capaz de “apagar todos os fogos sozinha”.

A Comissão ganhava assim vários aliados na aplicação dos Tratados, denotando-se contudo que a palavra aliado se demonstre demasiado forte no contexto actual, visto que uma análise às actuações de qualquer uma das autoridades nacionais da rede europeia da concorrência, rapidamente evidencia que estas pouca inovação trazem, limitando a sua actuação a ser uma permanente cópia ou inspiração daquilo que sucede a nível central, na União Europeia.

Este regulamento acabou por surgir como uma verdadeira (r)evolução do direito da concorrência europeu, visto que dotando (e em simultâneo instituindo) a rede de autoridades da concorrência europeias de maiores poderes, abriu espaço para que a Comissão se dedicasse de forma mais notória ao desenvolvimento do direito europeu da concorrência, reservando a sua intervenção ao estritamente necessário.

Não podemos deixar de notar que, o regime anteriormente vigente, mediante o qual se revelava necessário caso a caso, aquando da celebração de um acordo entre empresas que este fosse posteriormente notificado à Comissão para que esta se pronunciasse sobre a conformidade do mesmo com o sistema concorrencial, sendo que só após a tomada de posição da Comissão sobre o mesmo é que este se tornaria (ou não) admissível na ordem jurídica. Estávamos perante um sistema altamente moroso e burocrático.

Assim, com o Regulamento 1/2003 entrou em vigor aquele que actualmente é comumente designado como o regime de excepção legal, o qual dispensa as entidades da necessária consulta prévia à Comissão sobre o teor dos acordos celebrados, instituindo assim uma fiscalização *a posteriori* da conformidade dos mesmos para com

⁹ Consultável em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:PT:PDF>.

o disposto nas normas do direito da união europeia, descomplicando o sistema e tornando-o mais célere e dinâmico¹⁰.

Anteriormente, a aplicação do direito comunitário sobre a concorrência ao nível nacional era praticamente inexistente por diversos factores, entre os quais se destacava a clara inexistência de entidades independentes ao nível nacional que se dedicassem à defesa da concorrência¹¹, assim como uma legislação interna praticamente inexistente¹².

1.5. O ordenamento jurídico em vigor

Em Portugal em face da integração europeia, assiste-se a um regime de “competências paralelas” entre o regime nacional e o regime comunitário. Assim, a integração europeia trouxe consequências inevitáveis em diversos níveis, sendo o sistema jurídico nacional um dos contextos em que esta integração naturalmente mais se fez sentir. Pelo que, qualquer análise ao regime concorrencial vigente em Portugal nunca poderá negligenciar a vertente europeia do mesmo, quer mediante a consulta dos Tratados, quer das diversas Directivas e Regulamentos, não deixando de parte a forte e dinâmica jurisprudencial emanada dos tribunais da União Europeia.

Pelo que, em paralelo ao regime nacional, actualmente constante da Lei da Concorrência¹³, haverá ainda que tomar em consideração o regime constante da legislação europeia, o qual ao nível concorrencial, consta dos actuais artigos 101.º a 106.º do TFUE¹⁴, parte do Capítulo 1 do Título VII respeitante às regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações, a que será de somar vários regulamentos, directivas e comunicados sobre o assunto.

¹⁰ Artigo 1.º do Regulamento (CE) 1/2003 (Aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE):

1. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.

2. Os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 do mesmo artigo não são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.

3. A exploração abusiva de uma posição dominante referida no artigo 82.º do Tratado é proibida, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia.

¹¹ Em Portugal, anteriormente à criação da Autoridade da Concorrência, a regulação deste campo revelava-se algo confusa, mediante a governamentalização de uma estrutura dualista extremamente inconsistente.

¹² Recorde-se que só em 2003 é que a primeira lei da concorrência foi publicada em Portugal.

¹³ Lei 9/2012 de 8 de Maio, que veio revogar a anterior Lei 18/2003 de 11 de Junho.

¹⁴ Com especial destaque no nosso estudo para os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

E é neste contexto que se destaca o conteúdo da alínea h) do artigo 5.º dos Estatutos da AdC¹⁵, onde se afirma que a Autoridade da Concorrência é competente para “exercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas”¹⁶.

Competirá então às autoridades dos Estados-Membros proceder à implementação das normas comunitárias em relação aos particulares e às empresas.

Perante o exposto, se é certo que o regime nacional se encontra em plena consonância com o regime europeu, não se poderá deixar de evidenciar que mesmo que assim não o fosse, e em consequência do princípio do primado do direito da União, o regime europeu teria sempre plena prevalência sobre o ordenamento nacional, desde que aplicável ao caso concreto. Sendo ainda evidente nos princípios que instituíram e orientam a União Europeia que os Estados-Membros deverão conduzir as suas políticas económicas no sentido da realização dos objectivos da União Europeia, tal como se encontram definidos no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (sucintamente, TUE). Veja-se que já aquando da fundação das Comunidades Europeias, a defesa da concorrência surgia como um verdadeiro objectivo europeu¹⁷, tendo como intuito máximo a criação de um mercado interno comum¹⁸, sendo para isso condição inerente a existência de um direito da concorrência capaz de assegurar o bom funcionamento desse mercado.

Conclui-se que não recai sobre os Estados-Membros um mero dever de respeito pelas políticas económicas instituídas pela União, mas sim uma obrigação de actuarem

¹⁵ Decreto-Lei 25/2014 de 18 de Agosto, consultável em: http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/D.L.%20n125-2014%20-%20Estatutos%20da%20AdC.PDF

¹⁶ Em cumprimento portanto do disposto no artigo 35.º do Regulamento (CE) 1/2003.

¹⁷ Veja-se o Artigo 2.º do Tratado que instituiu as comunidades europeias: “A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o **desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas** (...) um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, (...) a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros.” – sublinhado nosso.

¹⁸ Assim, o Artigo 3.º do TFUE:

“1. A União dispõe de **competência exclusiva** nos seguintes domínios:

(...)

b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;

(...).” – sublinhado nossos.

activamente no sentido da realização das mesmas, o que numa visão lata das coisas, se reconduzirá necessariamente a uma forçosa articulação de regimes.

Assim, a correcta aplicação do direito da concorrência em Portugal requererá sempre uma análise conjunta do regime jurídico europeu com o regime jurídico nacional, desafio que sai notoriamente simplificado pela convergência a que se assiste entre ambos os sistemas jurídicos.

Parece assim inevitável para que a concorrência não seja falseada que o controlo da concorrência seja efectuado de forma centralizada.

Perante o exposto, diz-nos a alínea b) do actual artigo 2.º-B do TUE que o “estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno” constituem uma competência exclusiva da União, devendo os objectivos dos tratados constituir um guia na interpretação de todo o Direito Comunitário, e bem assim, também dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Sempre que se verifique a aplicabilidade do regime comunitário ao caso concreto, o regime jurídico nacional não poderá conduzir a um resultado distinto da aplicação daquele primeiro, pelo que em caso de colisão entre ordenamentos, o princípio do primado do direito da União determinará naturalmente que prevaleça o direito da União¹⁹.

Para tal, haverá que analisar as normas comunitárias de forma a compreender quais os requisitos de aplicabilidade da mesma, e bem assim, quando estes se encontrem preenchidos aplicar a as normas comunitárias ao invés do regime nacional, sendo que *ad*

¹⁹ Vide ponto 6 da “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”: “O regulamento não se limita a conferir competência aos tribunais nacionais para aplicarem a legislação comunitária em matéria de concorrência. A aplicação paralela do direito nacional da concorrência a acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que afectem o comércio entre os Estados-Membros não pode conduzir a um resultado diferente do da legislação comunitária em matéria de concorrência. O n.º 2 do artigo 3.º do regulamento estabelece que os acordos, decisões ou práticas concertadas que não infrinjam o n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE ou que preencham as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado também não podem ser proibidos ao abrigo do direito nacional da concorrência. Por outro lado, o Tribunal de Justiça decidiu que os acordos, decisões ou práticas concertadas que violem o n.º 1 do artigo 81.º e que não preencham as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado CE não podem ser mantidas ao abrigo do direito nacional. Quanto à aplicação paralela do direito nacional da concorrência e do artigo 82.º do Tratado CE em caso de comportamento unilateral, o artigo 3.º do regulamento não prevê uma obrigação de convergência semelhante. No entanto, no caso de um conflito de disposições, o princípio geral do primado do direito comunitário exige que os tribunais nacionais não apliquem qualquer disposição de direito nacional que colida com uma regra comunitária, independentemente de essa norma de direito nacional ter sido adoptada antes ou depois da regra comunitária.”

contrario, só restará espaço à aplicação deste último quando não se verificar a aplicabilidade da lei comunitária.

1.5.1. Afecção do Comércio Intra-Comunitário

Tendo em conta que tanto o artigo 101.º como o artigo 102.º do TFUE fazem referência a uma afecção sensível do “comércio intracomunitário”, este conceito acaba por se revelar determinante na definição daquilo que recai sobre o campo de aplicação do direito comunitário e daquilo que de forma residual virá a recair sobre o âmbito de aplicação do direito interno.

Quando um acordo entre empresas venha restringir a concorrência sem contudo afectar de forma sensível o comércio entre os Estados-Membros, este estará apenas sujeito ao direito nacional da concorrência, aplicando-se por isso a Lei da Concorrência²⁰.

Estamos assim perante dois âmbitos de aplicação objectivos claramente distintos (práticas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros vs. práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos).

Diga-se contudo que o facto de no caso concreto haver lugar à aplicação do direito europeu, não retira a competência aos tribunais nacionais. Assim, tendo em conta o já referido efeito directo que é atribuído aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, conclui-se que, sempre que o critério de afecção do comércio entre Estados-Membros esteja preenchido, os tribunais se verão na obrigação de aplicar o direito europeu da concorrência em função do efeito do primado do direito da União.

E diga-se também que em função deste mesmo efeito, da LdC não poderá resultar a proibição de uma prática que não seria proibida no contexto do teor do artigo 101.º do TFUE. *Ad contrario* também se dirá que aquilo que é admitido pelo direito comunitário também será admitido pelo direito nacional.

²⁰ Veja-se o artigo 2.º da LdC: “Artigo 2.º relativamente ao âmbito de aplicação da mesma:

1 — A presente lei é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.

2 — **Sob reserva das obrigações internacionais do Estado português**, a presente lei é aplicável à promoção e defesa da concorrência, nomeadamente às práticas restritivas e às operações de concentração de empresas que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos. (sublinhado nosso).

Por outro lado, estaremos sempre perante uma análise casuística, mediante a qual se terá que definir caso a caso o que é o mercado relevante para aquela situação em concreto.

Contudo, a definição do mercado relevante é um processo complexo e moroso, estando em causa inúmeros conceitos de vertente económica (evidenciando a complementaridade do direito económico face ao direito da concorrência).

A europeização que vivenciamos traz neste campo uma grande vantagem: o vasto rol de decisões jurisprudenciais, de comunicações e de pareceres emanados da Comissão serão certamente uma ajuda na tarefa de descortinar a solução mais correcta para interpretar caso a caso o que será o mercado relevante, até porque cada caso é mesmo um caso, demonstrando-se de especial dificuldade encontrar semelhanças com situações anteriores, e assim aos vários agentes económicos tentarem reger a sua actuação no mercado de forma conforme ao direito da concorrência.

1.5.2. Definição de mercado relevante

Para a correcta aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE que analisaremos de seguida, torna-se essencial a correcta compreensão do conceito de mercado numa perspectiva do direito comunitário, visto ser deste conceito que toda a aplicação do direito da concorrência comunitário parte. Desde já se ressalvando que, para efeitos do direito comunitário, a definição do mercado não é um fim em si mesmo, mas sim uma ferramenta de extrema importância para identificar produtos e serviços substitutos, e bem assim, quais os potenciais efeitos na concorrência do mercado de determinados actos e acções das entidades participantes nesse mesmo mercado.

Um mercado poderá ser definido como o local onde os vários operadores do mesmo competem, assim na “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”²¹, um mercado geográfico relevante foi definido pela Comissão como “a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas

²¹

Consultável em:
http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definic_ao_mercado_relevante_1997.pdf

devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.”.

Também neste contexto, o mercado geográfico relevante foi definido pelo Regulamento n.º 139/2004²², relativo ao controlo das concentrações de empresas, como “O mercado geográfico de referência é constituído por um território no qual as empresas em causa intervêm na oferta e procura de bens e serviços, no qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e que pode distinguir-se dos territórios vizinhos especialmente devido a condições de concorrência sensivelmente diferentes das que prevalecem nesses territórios.”.

Neste sentido, para efeitos do direito comunitário, a Prof. Valentine Korah definiu mercado como sendo “o leque de produtos em competição para venda numa área geográfica. Dois produtos pertencem ao mesmo mercado se tiverem a propriedade da substituíbilidade, isto é, se um consumidor poder substituir um pelo outro”²³. Assim, se e quando um consumidor puder trocar um produto por um outro, ambos os produtos pertencerão a um mesmo mercado. Mas, atente-se ainda que “os mercados nem sempre têm limites claros.”²⁴.

Do exposto depreende-se que estão em causa duas dimensões essenciais para a definição do mercado relevante – a área geográfica e a substituíbilidade do produto²⁵.

Relativamente à localização geográfica há-que clarificar que um mercado é circunscrito por uma área geográfica específica, recorrendo para tal à definição de fronteiras imaginárias, assim: uma região, um país, uma cidade ou qualquer outro

²²

Consultável

em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Reg_CE_139-2004controlo_das_concentracoes_de_empresas.pdf

²³ **KORAH, Valentine**, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th edition, Hart Publishing, pág. 101, tradução nossa do original “A market can be defined as a set of products competing for sale within a defined geographic area. Two products belong to the same market if they have the property of substitutability, i.e., whether a consumer could replace one by the other.”.

²⁴ **ibid.**, tradução nossa do original “markets do not always have clear limits.”.

²⁵ Também, no Acórdão do TJUE datado de 21 de Fevereiro de 1973 entre EUROPEMBALLAGE E CONTINENTAL CAN/COMISSÃO seguiu-se o entendimento de que “as possibilidades de concorrência só poderem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, devido às quais esses produtos estão particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos.”, mas também se releva de grande importância o disposto no Acórdão do TJUE de 14 de Fevereiro de 1978 (processo 27/76) relativamente à zona geográfica do produto, assim: “As possibilidades de concorrência face ao disposto no artigo 86.º do Tratado devem ser analisadas em função das características específicas do produto em causa e por referência à zona geográfica claramente definida na qual é comercializado e onde as condições de concorrência são suficientemente homogêneas para se poder apreciar o efeito do poder económico da empresa em questão.”.

critério relevante no caso concreto. Neste sentido, diga-se que o mercado relevante pode até ter uma dimensão mais alargada do que a Comunidade Europeia, quiçá uma dimensão mundial²⁶²⁷.

Diga-se também que em sentido oposto a Comissão tem vindo a possibilitar uma definição de mercado cada vez mais estreita, considerando como mercados relevantes, dimensões geográficas de pequena dimensão, tornando assim o conceito cada vez mais abrangente²⁸.

No que respeita à segunda dimensão de um mercado – a substituíbilidade de um produto pelo outro - se um produto for facilmente substituível por um outro, verificar-se-á que aquele é um produto substituto daquele, pelo que se encontrará cumprido este critério. Normalmente, o leque de produtos substituíveis é encontrado tendo em conta as preferências dos consumidores e bem assim, as suas prováveis reacções a uma variação dos preços de um produto²⁹, pelo que, para cada produto que um consumidor selecciona para consumir, existirá em princípio uma alternativa no mercado, que o consumidor poderá vir a escolher se aquele primeiro produto da sua preferência desaparecer do mercado ou se o seu preço aumentar, daí que aquele segundo produto seja substituto do primeiro.

Distinga-se contudo produtos substitutos de produtos complementares, assim relativamente a estes últimos, diga-se que ambos são utilizados conjuntamente e por

²⁶ Korah, pág. 114 “the relevant geographic market may be wider than the community, but this is only an abuse within ‘a substantial part of the Common Market’ that is forbidden”.

²⁷ Ver pontos 12 e 13 do Acórdão do Tribunal de 27 de Setembro de 1988: “12 - Convirá salientar, em seguida, que as principais fontes de abastecimento em pasta de madeira estão situadas fora da Comunidade, a saber, no Canadá, nos Estados Unidos, na Suécia e na Finlândia, e que o mercado tem, por conseguinte, uma dimensão mundial. Quando produtores de pasta estabelecidos nestes países efectuem vendas directamente a compradores estabelecidos na Comunidade e quando concorrem entre si em matéria de preços para obterem encomendas desses clientes, há concorrência no mercado comum.

13 - Assim, quando esses produtores se concertam sobre os preços que proporcionarão aos seus clientes estabelecidos na Comunidade e põem em prática essa concertação vendendo a preços efectivamente coordenados, participam numa concertação que tem por objectivo e por efeito restringir a concorrência no mercado comum, na acepção do artigo 85.º do Tratado.”

²⁸ Neste contexto, também o Porto de Génova já foi considerado como uma parte substancial do mercado comum, tendo em conta a enorme importância que este tem para o comércio dentro e fora da comunidade europeia, assim ver o ponto 15 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1991, processo C-179/90: “Tendo designadamente em conta o volume de tráfego no porto em questão e a importância que reveste este último em relação ao conjunto das actividades de importação e exportação por via marítima no Estado-membro em questão, esse mercado pode ser considerado como constituindo uma parte substancial do mercado comum.”

²⁹ “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, p. 15.

isso naturalmente comprados em conjunto, havendo inclusive quem defenda, em certos casos que estes constituem um mesmo produto. Neste sentido, tende-se a afirmar que quanto mais um produto for vendido, mais o produto complementar daquele também será vendido. Assim, veja-se o exemplo das impressoras e dos tinteiros. Contrariamente, no que respeita aos produtos substitutos, visto que um será substituto do outro, quanto mais um for vendido, menos o outro será, visto que em princípio os consumidores tomarão a decisão de adquirir um ou o outro.

Contudo, não se pode descurar o facto de os consumidores não serem absolutamente racionais, podendo demonstrar-se bastante imprevisíveis podendo tomar por preferência determinadas marcas, mantendo-lhes fidelidade, entre muitos outros factores como seja a preferência por produtos nacionais ou preferências culturais³⁰, que não são naturalmente tomados em consideração na avaliação e definição do mercado relevante, e que podem assim deitar abaixo toda a lógica do mesmo.

Ressalve-se que para esta análise do mercado, relevarão também os potenciais competidores, ao seja, aqueles que poderão com alguma facilidade entrar naquele mercado passando a fornecer o mesmo produto ou um outro produto substituto.

Após esta análise do mercado, já se poderá proceder à sua definição, tornando-se assim possível proceder ao cálculo das quotas de mercado, que serão passíveis de fornecer uma primeira impressão sobre o nível de concorrência existente naquele mercado, e que constituirão um recurso de grande importância para concluir se um comportamento de uma empresa que actue naquele mercado é ou não conforme o direito da concorrência, e bem assim, se o mesmo deverá ser admitido ou se ao invés disso condenado segundo os normativos concorrenciais. Sendo que, estamos sempre perante análises casuísticas de elevada complexidade.

Ressalva-se contudo que os mercados se encontram em permanente e constante mutação, pelo que, não poderão as instituições europeias autonomamente recorrer a uma definição de mercado anteriormente aplicada pela Jurisprudência europeia, ainda que as circunstâncias se revelem muito similares, visto que os mercados poderão entretanto ter sofrido alterações significativas que podem alterar as circunstâncias do caso concreto³¹.

³⁰ “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, p. 46.

³¹ Assim, p. 82 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Março de 2000, Coca-Cola v. Comissão: “Além disso, no âmbito de uma eventual decisão de aplicação do artigo 86.º do Tratado, a Comissão deverá definir de novo o mercado pertinente e proceder a uma nova análise das condições da concorrência, que não se baseará necessariamente nas mesmas

1.6. Práticas proibidas - artigo 101.º do TFUE e artigos 9.º e 10.º da LdC

O ponto de partida do direito da concorrência europeu (e também do ordenamento jurídico nacional) é a proibição de práticas colusivas que restrinjam a concorrência, surgindo logo no início do capítulo dedicado ao direito da concorrência do TFUE, no já referido artigo 101.º do TFUE.

Assim, considera-se que o risco e a incerteza são elementos inerentes a um mercado saudável e competitivo, pelo que a tentativa da sua eliminação por via do conluio entre os intervenientes do mercado é considerado contrário à concorrência salutar no mercado. As empresas têm o dever de determinar o seu comportamento de forma autónoma enquanto entes independentes que são, daí que já não se considerem abrangidos neste conceito os grupos de empresas. Neste sentido, qualquer acordo que tenha como objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência será considerado nulo e objecto das devidas sanções.

Este artigo visa essencialmente proibir a celebração de acordos entre as empresas com o intuito de restringir de forma lesiva a concorrência. Veja-se o seu teor:

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 susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- 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;

considerações que as que estiveram na base da declaração anterior da existência de posição dominante.”

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 objecto 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:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

O artigo 101.º do TFUE encontra-se no fundo dividido em três partes distintas. Este começa por definir o seu escopo, decretando a nulidade das práticas que recaiam sobre o seu âmbito de aplicação e vindo estabelecer uma excepção à sua aplicabilidade no seu número 3 que analisaremos mais à frente.

O mesmo vem-se a revelar um artigo dotado de uma forte densidade normativa, o qual visa essencialmente proibir acordos/coligações entre entidades³² que tenham como intuito restringir a concorrência, o que poderá ocorrer das mais diversas formas. Mesmo quando o acordo/coligação não tenha como objecto a restrição da concorrência, diga-se que a posição subjectiva dos sujeitos que o celebram não relevará, mas sim o mero facto de objectivamente aquele acordo ser contrário ao direito da concorrência. Contrariamente ao artigo 102.º do TFUE, que de seguida também analisaremos, aqui está em causa um acordo, ali já estará em causa uma conduta³³.

Assim todos os acordos deverão ser interpretados tomando em consideração os princípios fundamentais dos Tratados e os objectivos da União Europeia.

³² Na versão original, *undertakings*.

³³ Korah, pág. 3 “Article 81 controls agreements between undertakings and Article 82 the conduct, unilateral or otherwise, of firms that are subject only to remote competitive pressures. Conduct may infringe both articles.”

Mas se à partida, esta ideia algo genérica poderá parecer simplista e de fácil aplicação, certo é que a densificação deste normativo e o seu recurso a conceitos abstractos é tão grande que cada linha do mesmo é passível de uma vasta dispersão doutrinária sobre o assunto, sendo isso que tem vindo efectivamente a ocorrer, especialmente por via da vasta jurisprudência do TFUE, assim como mediante a publicação de diversas comunicações com intuito interpretativo pela Comissão.

1.6.1. O regime jurídico nacional³⁴

³⁴ 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;
- 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.

No ordenamento jurídico português a referida proibição surge-nos nos artigos 9.º e 10.º da Ldc com um teor muito semelhante ao do artigo 101.º TFUE.

O legislador nacional optou (correctamente na nossa opinião) por utilizar a vasta jurisprudência europeia e os Comunicados da Comissão, os quais tendo vindo a preencher e concretizar os vários conceitos presentes no artigo 101.º do TFUE, terão sido uma ajuda preciosa a tornar o teor dos artigos nacionais mais claros, explícitos e esclarecedores.

O regime jurídico nacional encontra-se dividido entre os artigos 9.º e 10.º, o primeiro respeitante à proibição e à nulidade da mesma; o segundo, centrando-se na excepção legal também prevista no regime europeu.

Também aqui estão em causa acordos entre empresas, práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, pelo que o objecto não se altera face ao regime jurídico comunitário. Contudo, aqui, já encontramos uma referência à afectação sensível da concorrência, conceito recorrente na Jurisprudência Europeia mas o qual é omissis no art. 101.º do TFUE.

Vindo posteriormente ambos os artigos a elencar de forma meramente exemplificativa acordos desse tipo que deverão ser considerados proibidos. Após o que, ambos os regimes estatueim a consequência da nulidade para os acordos que se encontrem abrangidos pelo seu número 1.

No art. 10.º, o legislador procedeu à previsão da excepção legal que no regime jurídico europeu se encontra prevista no n.º 3, determinando que os acordos abrangidos pelo art. 9.º poderão ser justificados por via do disposto no mesmo, o que corresponde em tudo ao que o regime europeu determina.

Acresce aqui, que o legislador nacional optou por plasmar o teor das já referidas comunicações europeias nos restantes números do artigo no que respeita ao ónus da prova daquela justificação ao abrigo da excepção legal e ainda fazendo a ressalva da aplicação do n.º 3 do art. 101.º do TFUE.

1.6.2. Acordos verticais e acordos horizontais

Neste contexto, revela-se de grande importância proceder à distinção entre acordos verticais e acordos horizontais.

Acordos verticais são aqueles celebrados entre empresas que exercem as suas actividades em diferentes níveis da cadeia de produção ou distribuição³⁵. Deste tipo de acordos, poderão surgir as ditas restrições verticais, por tal entenda-se aquelas situações em que o acordo celebrado entre as partes em dois níveis diferentes da cadeia de produção impliquem restrições concorrenciais, pelo que, este será à partida nulo nos termos do referido artigo 101.º do TFUE³⁶. Este tipo de acordos é definido pela alínea a) do número 1 do Regulamento de Isenção por Categoria como sendo “um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços”³⁷.

Já os acordos horizontais serão aqueles acordos celebrados entre empresas que exercem as suas actividades num mesmo nível da cadeia de produção ou distribuição, do que poderão surgir as denominadas restrições horizontais³⁸. Assim, na Comunicação da Comissão sobre as “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”³⁹, estamos perante cooperação “de natureza horizontal quando o acordo é celebrado entre concorrentes efectivos ou potenciais.”

Atente-se ainda que na letra da lei não é feita qualquer distinção entre acordos verticais e acordos horizontais, sendo esta definição unicamente proveniente da prática jurisprudencial e das instituições europeias.

Neste sentido, diga-se que a celebração de acordos entre duas entidades não pode em absoluto ser entendida como algo negativo e destinado a prejudicar a concorrência. Ao invés disso, este tipo de acordos podem trazer vantagens ligadas à eficiência económica, à partilha de riscos e de *know-how* que se podem revelar bastante

³⁵ Veja-se o inevitável exemplo típico de um acordo celebrado entre o fornecedor e o distribuidor.

³⁶ Veja-se aqui mais um exemplo típico ainda relacionado com a anterior nota de rodapé; a obrigação imposta pelo distribuidor ao fornecedor de que este apenas lhe forneça produtos a si, o dito contrato de fornecimento exclusivo.

³⁷ Vide Regulamento n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

³⁸ Veja-se o exemplo de acordos celebrados entre dois ou mais fornecedores para estipular as condições de venda no mercado.

³⁹ Consultável em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT)

benéficas ao mercado, aos consumidores e até mesmo à concorrência⁴⁰, pelo que a Comissão procedeu à publicação do já referido Regulamento de Isenção por Categoria⁴¹, visando salvaguardar a legitimidade de determinadas categorias de acordos cujo objecto é evidentemente favorável à concorrência, as quais gozarão da presunção de conformidade com o Direito Comunitário da Concorrência. Cabem neste contexto os acordos de Investigação & Desenvolvimento e os acordos de especialização. Aí, mais do que conluio entre as empresas, está em causa um ganho de eficiência benéfico para o mercado por via da combinação das competências de duas ou mais entidades distintas que assim justam os seus esforços para trazer benesses para o mercado, para os consumidores e para a concorrência.

Na verdade, apenas surgem efeitos negativos para a concorrência, quando estes tenham como objecto o conluio e a adulteração de uma concorrência efectiva, só nesta situação devendo ser alvo de crítica e de ilegalidade.

1.6.3. Condições de aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE

Para que o campo de aplicação do artigo 101.º do TFUE esteja plenamente cumprido, devem-se demonstrar cumpridas as três condições constantes da letra do artigo. Assim:

1. a existência de um acordo entre empresas, decisão de associações de empresas ou de uma prática concertada,
2. que seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros,
3. e que tenha por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Cumpridos os três requisitos de aplicação do artigo, o acordo/decisão/prática padecerá automaticamente de nulidade, por via da aplicação do seu número 2⁴².

1.6.4. Sobre o conceito de empresa/actividade económica (*undertaking*)

⁴⁰ Assim, o ponto 2 das “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”.

⁴¹ Veja-se o Regulamento n.º 330/2010 da Comissão relativo à aplicação do artigo 101.º/3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, consultável em http://www.concorrenca.pt/vpt/a_adc/legislacao/documents/europeia/regulamento_ue_330_2010.pdf.

⁴² Com o intuito de facilitar a presente leitura, sempre que nos referirmos a acordos de empresas, decisões de associação de empresas e práticas concertadas, de forma conjunta, serão denominados meramente como acordos.

Para o efeito de aplicação do artigo revela-se da maior importância a definição do que é uma empresa/actividade económica, ou na versão original *undertaking*.

Este constitui no fundo o elemento subjectivo de aplicação do Direito da Concorrência Europeu, tornando-o um dos mais essenciais na aplicação deste ramo de direito. Assim, só aquelas entidades que entrem no conceito de *undertaking* é que serão sujeitas ao mesmo.

Bem assim, diga-se que a Comissão e a Jurisprudência Europeia têm vindo a recorrer a um conceito amplíssimo de *undertaking*, sendo o estatuto legal de uma entidade irrelevante para efeitos da sua qualificação como *undertaking*, para o que se revela necessário recorrer ao *case law* para compreender em que consiste uma actividade económica no contexto do direito comunitário.

Assim, a Comissão e a Jurisprudência abrangem na definição de empresa toda e qualquer entidade que exerça uma actividade económica independentemente do respectivo estatuto jurídico⁴³, abarcando neste contexto uma infinidade de entidades e actividades que de outra forma não seriam para o presente efeito consideradas empresas tendo em conta os clássicos conceitos de empresa e de actividade económica.

Neste contexto, já foi pela Jurisprudência Europeia considerado como se enquadrando no conceito de empresa a actividade exercida por uma cooperativa agrícola⁴⁴, por advogados e bem assim pelas suas ordens profissionais enquanto associações de empresas⁴⁵.

⁴³ Veja-se o teor do Acórdão do TJUE de 23 de Abril de 1991, Hofner e Elser, em que se afirma que “no âmbito do direito da concorrência o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e forma de financiamento”.

⁴⁴ Veja-se o teor do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening, “À luz do direito comunitário da concorrência, o conceito de empresa compreende qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico. O facto de esta entidade se ruma sociedade cooperativa, organizada de acordo com a legislação de um Estado membro, não pode afectar a natureza económica da actividade exercida pela dita cooperativa.”.

⁴⁵ Acórdão do TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters: “Os advogados exercem uma actividade económica e, portanto, constituem empresas na acepção dos artigos 85.º, 86.º e 90.º do Tratado (actuais artigos 81.º CE, 82.º CE e 86.º CE), sem que a natureza complexa e técnica dos serviços que prestam e a circunstância de o exercício da sua profissão ser regulamentado sejam susceptíveis de alterar tal conclusão. Com efeito, os advogados oferecem, contra remuneração, serviços de assistência jurídica consistentes na preparação de pareceres, contratos ou outros actos, bem como na representação e na defesa em juízo. Além disso, assumem os riscos financeiros correspondentes ao exercício das suas actividades, pois, em caso de desequilíbrio entre as despesas e as receitas, tem de ser o próprio advogado a suportar os défices.

Ressalva-se contudo que já não entram neste conceito empresas que pertençam ao mesmo grupo empresarial e/ou sobre o controlo da mesma entidade, as quais serão consideradas como uma só entidade económica, pelo que a existência de acordos celebrados entre estas não serão considerados no contexto do presente artigo⁴⁶.

Para o efeito desta definição, a LdC optou (correctamente, na nossa opinião) por acolher este conceito amplíssimo de empresa directamente no seu texto, recorrendo para esse efeito ao teor das Comunicações da Comissão e procedendo à clarificação do conceito, tendo no seu artigo 3.º acolhido os conceitos já comumente aceites e praticados ao nível europeu⁴⁷.

1.6.5. Sobre o conceito de acordos e práticas concertadas

A União Europeia proíbe o conluio e a actuação concertada entre empresas, tendo por base a ideia de que cada entidade é um ente autónomo e independente dos demais, devendo actuar e tomar decisões enquanto tal, respeitando a lógica subjacente ao mercado, sendo o conluio notoriamente prejudicial à concorrência e ao interesse público.

Relativamente à definição de acordo, é bem claro e patente que estão aqui em causa acordos, mas também outras vias de concertação, ainda que não reduzidas a escrito, o que se revela de grande importância para proceder à destrinça da aplicabilidade deste artigo face ao artigo 102.º do TFUE respeitante ao abuso de posição dominante. A prova da sua existência denota um grau de elevada complexidade.

2. Quando a Ordem dos Advogados de um Estado-Membro adopta uma regulamentação relativa à colaboração entre os advogados e outras profissões liberais, não exerce uma missão social baseada no princípio da solidariedade, nem competências típicas dos poderes públicos. Surge como órgão regulador de uma profissão cujo exercício constitui uma actividade económica.”

⁴⁶ Assim, o ponto 11 das “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”.

⁴⁷ Veja-se: “Noção de empresa:

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 respectivos negócios.”

Sobre as práticas concertadas, citando a Autoridade da Concorrência, diga-se que estas “diferem dos acordos apenas quanto à intensidade e à maneira como se manifestam (...), através de um paralelismo de comportamentos (...) não alcançável em condições normais de mercado”⁴⁸, ou seja, estamos essencialmente perante meros indícios que levam a constatar a existência de uma prática concertada, o que denota evidentemente uma ainda maior dificuldade de prova. Estas revelam-se habitualmente mediante um paralelismo de comportamentos, os quais são verificáveis apenas pela existência de indícios de coordenação, como seja a existência de contactos entre as empresas, ou situações que só seriam possíveis mediante a troca de informações entre estas⁴⁹.

Na perspectiva da Jurisprudência, bastará a mera evidência de concertação entre as empresas, não sendo necessário que tal venha a ter quaisquer efeitos sobre o mercado.

Por último, relativamente às decisões de associações de empresas, estas consistem em actos formalmente unilaterais, na medida em que relevam de uma só entidade, ainda que em princípio, tal decisão tenha a subscrição pelo menos maioritária dos seus membros, expressando assim em princípio a vontade dos seus membros. Está em causa uma denominada conduta colectiva.

Deverá considerar-se como uma associação de empresas para efeitos do direito comunitário da concorrência, qualquer entidade que agregue várias pessoas singulares ou colectivas, com o intuito de representar os interesses dos seus membros, assim,

48

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Praticas_Colusivas/Paginas/Praticas-colusivas.aspx

⁴⁹ Ver pontos 65 a 67 do Acórdão Imperial Chemical Industries do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972: “Pela sua própria natureza, a prática concertada não reúne assim todos os elementos de um acordo, podendo todavia resultar, nomeadamente, de uma coordenação que se manifesta pelo comportamento dos participantes.; Embora um paralelismo de comportamento não possa, por si só, identificar uma prática concertada, é contudo susceptível de constituir um indício sério da mesma, quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado.; Tal é nomeadamente o caso quando o comportamento paralelo é susceptível de permitir aos interessados a procura de um equilíbrio dos preços a um nível diferente daquele que teria resultado da concorrência, e ainda a cristalização de situações adquiridas em detrimento da efectiva liberdade de circulação dos produtos no mercado comum e da livre escolha pelos consumidores dos seus fornecedores.; A questão de saber se existe concertação neste caso apenas pode, por conseguinte, ser apreciada correctamente se os indícios invocados pela decisão impugnada forem considerados não isoladamente, mas no seu conjunto, tendo em conta as características do mercado dos produtos em causa.”

tipicamente ordens profissionais, associações e cooperativas. No mesmo sentido, qualquer manifestação proveniente desta entidade deverá ser considerada como uma decisão de associações de empresas, sendo assim abrangidas neste conceito quaisquer documentos, como directrizes, circulares e recomendações.

1.6.6. Sobre o conceito de prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros

O que é uma prática “susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros”? A resposta não se encontra de forma clara e óbvia na letra da lei, diga-se nos Tratados, sendo que para o efeito, a prática jurisprudencial tende a revelar-se como essencial, bem como as opiniões regularmente emitidas pela Comissão em formato de comunicações.

Começa naturalmente por ser essencial proceder à definição do mercado relevante, recorrendo-se para tal ao já exposto *supra* a propósito da definição de mercado. Bem assim, tal conceito será essencial para compreender as quotas de mercado de uma empresa (ou mais) e assim apurar da sua susceptibilidade para afectar o comércio entre os Estados-Membros.

Pelo que se denota a importância da consulta da “Comunicação da Comissão com orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º dos Tratados”⁵⁰, a qual começa por ressaltar que este critério constitui um “critério autónomo do direito comunitário, que deve (enquanto tal) ser apreciado numa base casuística”⁵¹, visto que este surge como definidor do âmbito de aplicação do direito comunitário da Concorrência⁵².

Nesta, são definidos três requisitos cumulativos para que uma prática possa ser considerada como “susceptível de afectar o comércio entre os Estados membros”. Assim:

⁵⁰ Consultável em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacoes_conceito_afectacao_comercio_2004.pdf

⁵¹ Veja-se o ponto 12 da “Comunicação da Comissão com orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º dos Tratados”.

⁵² Ver Acórdão Consten e Grundig de 1966, pág. 433: “Com efeito, é na medida em que o acordo possa afectar o comércio entre os Estados-membros que a alteração da concorrência por este provocada se inclui no âmbito de aplicação das proibições de direito comunitário do artigo 85 º, enquanto no caso contrário estas não se lhe aplicam.”

- 1) deverá estar em causa uma actividade económica, nos mesmos termos amplos já referidos;
- 2) o acordo deverá ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros⁵³, de uma forma capaz de prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único;
- 3) e por último, a afectação deverá ser sensível.

Neste sentido, o conceito de acordo susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros surge-nos praticamente como a grande divisão entre os acordos sujeitos à jurisdição nacional e aqueles sujeitos ao direito comunitário da concorrência. Isto porque “o direito comunitário da concorrência não é aplicável a acordos e práticas que não sejam susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.”⁵⁴.

Assim, a susceptibilidade de afectar o comércio entre os Estados-Membros é definida pela referida Comunicação como algo “possível (de) prever, com um grau de probabilidade suficiente (...) que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros”

Ao exposto acresce ainda que a afectação do comércio deverá ser sensível, devendo ter efeitos consideráveis sobre o comércio entre os Estados-Membros. *Ad contrario*, nem toda a afectação do comércio provocada por um acordo será considerada como ofensiva do comércio entre os Estados-Membros. Essa afectação terá que ser considerada sensível. Daqui se retira a existência de acordos que não têm uma afectação sensível sobre o comércio, pelo que não se encontram abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito comunitário. Está em causa a estipulação de um elemento quantitativo que vem definir limites à aplicação do direito comunitário da concorrência. Contudo, ressalve-se que não corresponderá a uma verdadeira regra de quantificação geral. Assim, é notório e até natural que um acordo celebrado entre empresas de pequena dimensão não terá efeitos consideráveis sobre o mercado, mas meramente residuais e por isso não será passível de afectar a concorrência de forma sensível.

⁵³ Para o efeito, veja-se o disposto no Acórdão do TJUE datado de 30 de Junho de 1966, processo 56/65: “o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros.”

⁵⁴ Ainda o supra referido ponto 12 da “Comunicação da Comissão com orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º dos Tratados”.

Neste contexto, ressalva-se a existência da “Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*)”⁵⁵, que estabelece critérios objectivos, de forma a que um acordo que objectivamente se encontre dentro do seu âmbito de aplicação possa gozar da presunção de conformidade com o direito comunitário, estando assim em causa uma presunção negativa ilidível que lhe permite que o mesmo não estando em conformidade com as regras europeias da concorrência, seja admitido por não ter efeitos notórios e prejudiciais sobre a concorrência.

Assim, “as actividades das pequenas e médias empresas serem normalmente de natureza local ou, no máximo, regional.”^{56,57}, afectando de forma mínima e muito

55

Consultável

em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_de_minimis_2001.pdf

Neste sentido, verifique-se também o “Projecto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)”, consultável em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Projeto%20de%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20relativa%20aos%20acordos%20de%20pequena%20import%C3%A2ncia%20que%20n%C3%A3o%20restringem%20sensivelmente%20a%20concorr%C3%A2ncia%20nos%20term.pdf

⁵⁶ Ponto 50 das “orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º dos Tratados”.

⁵⁷ Assim, segundo o ponto 52 das “Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º dos Tratados”, “os acordos que satisfaçam, cumulativamente, as seguintes condições:

a) A quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante na Comunidade afectado pelo acordo não ultrapassa 5%, e

b) No caso de acordos horizontais, o volume de negócios anual agregado na Comunidade das empresas em causa em relação aos produtos objecto do acordo não é superior a 40 milhões de euros. No caso de acordos respeitantes à compra conjunta de produtos, o volume de negócios relevante é o correspondente à compra agregada dos produtos cobertos pelo acordo. C 101/86 Jornal Oficial da União Europeia 27.4.2004 PT No caso de acordos verticais, o volume de negócios anual agregado na Comunidade do fornecedor em relação aos produtos abrangidos pelo acordo não é superior a 40 milhões de euros. No caso de acordos de licença, o volume de negócios relevante será o volume de negócios agregado dos licenciados em relação aos produtos que incorporam a tecnologia licenciada e o volume de negócios do próprio licenciante em relação a tais produtos. Nos casos que envolvam acordos concluídos entre um comprador e diversos fornecedores, o volume de negócios relevante corresponde à compra agregada pelo comprador dos produtos cobertos pelo acordo. A Comissão aplicará a mesma presunção se, em dois anos civis sucessivos, o limiar do volume de negócios não for excedido em mais de 10 % e o limiar da quota de mercado não for excedido em mais de 2 pontos percentuais. Nos casos em que o acordo se refere a um mercado emergente ainda não existente e as partes, em consequência, não geram volume de negócios relevante nem acumulam qualquer quota de

residual o mercado. *Ad contrario*, se compreende que naturalmente quanto mais forte for a posição de uma empresa num mercado, mais provável será demonstrar-se que um acordo celebrado por esta terá efeitos sensíveis no mercado. São conclusões inerentes à lógica natural das coisas e dos mercados.

Verifica-se no fundo que a Comissão optou por definir pela negativa aquilo que não será considerado um acordo susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, estipulando assim uma presunção negativa ilidível para as situações que recaiam sobre o âmbito de aplicação da comunicação *de minimis*.

Ressalva-se contudo, que a existência de um acordo que tenha como objecto as usualmente denominadas restrições “*hardcore*” já não se encontrará abrangido por esta presunção *de minimis*, tendo em conta que o seu objecto é considerado especialmente gravoso pela Comissão, que assim condena de forma automática com a sua nulidade.

Esta presunção *de minimis* surgiu pela primeira vez plasmada na Jurisprudência Comunitária em 1969, no contexto do Acórdão Volk v. Veraecke⁵⁸, no contexto do qual foi afirmado que “a proibição do artigo 85.º não se aplica a um acordo que apenas afecta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa.”.

Mas, o facto de um acordo não recair sobre o âmbito de aplicação da Comunicação *de minimis*, não significará de forma automática que o mesmo seja contrário à concorrência e por isso proibido, visto que mesmo não cumprindo os critérios que esta estabelece, um acordo poderá continuar a não ter efeitos sensíveis sobre as trocas entre os Estados-Membros, sendo necessária uma análise casuística da situação, ao invés de automaticamente se aplicar a presunção de legalidade.

Contudo, a avaliação será necessariamente efectuada caso a caso em função das circunstâncias específicas do mesmo, mais uma vez aqui se revelando da maior importância a correcta definição do mercado.

Perante o exposto e analisando a realidade da jurisprudência europeia, facilmente se compreende que estamos perante uma interpretação extremamente lata daquilo que constitui uma afectação sensível do comércio entre Estados-Membros. Até porque o conceito de trocas comerciais entre os Estados não se restringe à mera compra

mercado relevante, a Comissão não aplicará esta presunção. Nestes casos, o carácter sensível poderá ter de ser apreciado com base na posição das partes em mercados do produto conexos ou na sua força a nível das tecnologias relativas ao acordo.

⁵⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça Volk v. Veraecke, datado de 9 de Julho de 1969.

e venda de bens ou serviços, antes sendo extensível às liberdades básicas da União Europeia, como sejam o direito de estabelecimento e o direito de livre movimento, entre outros.

Assim, esta condição será muito facilmente satisfeita, senão veja-se que até mesmo um acordo relativo às actividades exercidas num só Estado-Membro pode vir a ser considerado como capaz de afectar o comércio entre os Estados-Membros⁵⁹, e assim padecer de nulidade. O próprio conceito de comércio entre os Estados-Membros é muito vasto.

Perante o exposto, a Comissão e a Jurisprudência Europeia têm vindo a recorrer à Doutrina da Dupla Barreira, que define que os tribunais e as autoridades nacionais não podem aplicar o direito nacional da concorrência sem também aplicar em conjunto o direito comunitário, quando o comércio entre os Estados-Membros for afectado.

Historicamente, o ECJ tem vindo a recorrer a dois critérios para analisar a afectação do comércio entre Estados-Membros: uma mudança no padrão das trocas e uma mudança na estrutura competitiva do mercado.

1.6.7. Afectação pelo objecto ou através de efeitos

Um acordo pode violar as normas da concorrência pelo seu objecto ou pelos efeitos que do mesmo resultam, devendo para o efeito começar por se analisar o objecto do acordo, e só *a posteriori* os efeitos que o mesmo tenha sobre o mercado relevante⁶⁰⁶¹.

⁵⁹ O Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, nos seus pontos 29 e 30 veio a qualificar uma prática concertada com o “objectivo e efeito de controlar a distribuição do açúcar no mercado italiano e, em consequência (disso), proteger esse mercado” como uma prática susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, apesar de ter ocorrido dentro de um só Estado-Membro.

⁶⁰ No ponto 55 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 2009, GlaxoSmithKline v. Comissão, “Em primeiro lugar, deve notar-se que o objectivo e o efeito anticoncorrenciais do acordo são condições não cumulativas, mas alternativas, para apreciar se esse acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, (...) o carácter alternativo desta condição, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objectivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Todavia, no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, devem então examinar-se os seus efeitos e, para lhe impor a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efectivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível. Resulta também da jurisprudência que não é necessário examinar os efeitos do acordo a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado.”

⁶¹ E também no ponto 29 do Acórdão T-Mobile Netherlands do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2009, “há que salientar que, para apreciar se uma prática concertada é proibida pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é supérflua quando se verifique que tem por objectivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum (...). A

No número 1 do art. 101.º do TFUE vem elencada uma listagem meramente exemplificativa, relativamente aos acordos susceptíveis de restringir a concorrência pelo objeto. Assim, qualquer acordo que tenha como efeito fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem perante a concorrência; subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte de outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos; serão à partida proibidos por via do número 2 do mesmo artigo. Pelo que não sendo exaustiva, esta listagem elenca as principais proibições decorrentes do direito da concorrência.

Contudo, haverá que recorrer naturalmente ao contexto legal e económico⁶² do mercado em causa, tendo em conta todos os princípios já referidos para apurar dos efeitos do acordo sobre o comércio entre os Estados-Membros, visto que a concorrência deverá sempre ser analisada e compreendida no contexto económico actual dos Estados.

Assim, estaremos perante uma situação em que um acordo é susceptível de ter impactos negativos, ainda que meramente prováveis⁶³, sobre a concorrência. Assim, neste contexto, para apurar dos efeitos potenciais de um acordo sobre a concorrência

distinção entre «infracções pelo objectivo» e «infracções pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao funcionamento correcto e normal da concorrência.”

⁶² Ver *La Technique-Minière*, Proc. 56/65, “the assessment of whether an agreement is restrictive of competition must be made within the actual context in which competition would occur in absence of the agreement with its alleged restrictions.”

⁶³ “É provável que ocorram efeitos restritivos da concorrência no mercado relevante quando for possível prever com um certo grau de razoabilidade que devido ao acordo, as partes possam, de forma rentável, aumentar os preços ou reduzir a produção, a inovação ou a qualidade ou diversidade do produto. Tal dependerá de diversos factores, como a natureza e o teor do acordo e a medida em que as partes, individual ou conjuntamente, têm ou obtêm um certo grau de poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder de mercado ou permite que as partes dele tirem partido.” - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, p. 28.

Neste sentido, veja-se também o ponto 77 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, *John Deere* “ (...) o artigo 85.º, n.º 1, não limita uma tal apreciação apenas aos efeitos actuais, antes devendo igualmente atender aos efeitos potenciais do acordo sobre a concorrência no mercado comum (...)”.

haverá que caso a caso proceder a uma comparação daquilo que teria ocorrido no mercado, caso aquele acordo não tivesse sucedido.

Relativamente às afectações pelo objecto, estarão em causa acordos que têm logo à partida como objecto restringir uma concorrência efectiva, pelo que tem vindo a ser defendido pela Jurisprudência Europeia e pela Comissão, que este tipo de acordos se revelam logo à partida como violadores do direito comunitário, pelo que já não será necessário proceder à análise dos seus efeitos. Os mesmos constam normalmente das denominadas “*black lists*” e são considerados como restrições *hard-core*, ao seja, aquelas de maior gravidade, que pretendem distorcer ou restringir a competência no mercado relevante. Não sendo necessário fazer qualquer análise aos efeitos destes, visto que o seu próprio objecto é logo à partida contrário à concorrência⁶⁴. Neste sentido ver, o disposto pelas Professoras Alison Jones e Brenda Sufrin sobre as “*hardcore restraints*” afirmando que estas “*held to have as their object the restriction of competition and that have been identified by the Commission (...) as those that are to be treated as always, or virtually always, unlawful under Article 101*”⁶⁵.

Tal demonstra-se compreensível tendo em conta que se um acordo por si só à partida já tem como objecto restringir e falsear a competência, o mesmo não poderá à partida ser considerado legítimo, sendo o seu objectivo anti-concorrencial automaticamente provado pelo seu próprio objecto.

Assim, o Acórdão Consten and Grundig estabelece que ...“para efeitos da aplicação do artigo 81º, n.º 1, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, desde que seja evidente que tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência.”⁶⁶.

1.6.8. Poder de mercado

Este é um conceito essencial no domínio do direito da concorrência quer para efeitos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º. Relativamente ao conceito de poder de mercado, os economistas têm vindo a defini-lo como a “capacidade de manter, de forma rentável, os preços acima dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo ou de manter, de forma rentável, a produção, em termos de quantidade, qualidade

⁶⁴ Sobre esta temática, veja-se Alison Jones 2010 p 808, Alison Jones and Brenda Sufrin Editorial 2011, p 172, Richard Whish Whish 2009 117.

⁶⁵ Alison Jones, pág. 792.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966.

e diversidade do produto ou de inovação, abaixo dos níveis concorrenciais durante um determinado período de tempo.”⁶⁷. Para o que lá está, teremos necessariamente que proceder à análise do mercado, para então o definir.

Contudo, ressalve-se que a definição de poder de mercado também se encontra inevitavelmente interligada com a (in)existência de barreiras à entrada no mercado, e bem assim, a facilidade (ou não) de uma qualquer entidade começar a produzir o mesmo produto ou um outro produto substituto.

1.6.9. Artigo 101.º/3 do TFUE – a excepção à proibição

Conforme já exposto, o artigo 101.º do TFUE encontra-se dividido em três partes – a previsão, a estatuição e a excepção ao mesmo. Assim, o próprio artigo após declarar a nulidade dos acordos que restrinjam, afectem ou falseiem a concorrência efectiva entre os Estados-Membros, vem depois proceder a uma derrogação ao seu regime, mediante o preenchimento de determinados requisitos de aplicação que se encontram no seu número 3. Assim, está estabelecida uma excepção legal que visa atingir a inaplicabilidade da proibição dos números 1 e 2 do mesmo aos acordos cujos efeitos sejam considerados suficientemente positivos e pró-concorrenciais para compensarem os seus efeitos restritivos da concorrência.

Este artigo constitui no fundo uma balança onde se mede o equilíbrio entre os efeitos restritivos da concorrência que um acordo tem, face aos seus efeitos pró-concorrenciais.

Desta forma, os acordos, decisões e práticas concertadas que satisfaçam as condições previstas neste número, beneficiarão de forma directa da isenção aí prevista – constituindo por isso uma excepção ao princípio geral da proibição constante do número 1 e sendo admissíveis no contexto do direito da concorrência.

Do teor deste número 3, conclui-se que este estipula quatro condições de aplicabilidade, assim genericamente:

1. a existência de ganhos de eficiência;
2. que uma parte justa e equitativa dos benefícios recaia sobre os consumidores;
3. o carácter indispensável das restrições; e,
4. a não eliminação de parte substancial da concorrência.

⁶⁷ Ponto 39 das “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”.

Relativamente ao primeiro ponto, tais ganhos de eficiência deverão naturalmente ser avaliados se forma objectiva, excluindo-se naturalmente deste âmbito os ganhos que apenas tragam benefícios às partes intervenientes no acordo, e devendo verificar-se a existência de umnexo de causalidade directo entre o acordo e os ganhos de eficiência existentes⁶⁸, demonstrando-se assim que terá efectivamente sido aquele acordo a potenciar e criar tais ganhos, os quais segundo as Orientações, poderão ser quantitativos⁶⁹ ou qualitativos⁷⁰.

Já no que respeita aos benefícios que deverão recair sobre os consumidores, diga-se que recaem sobre o conceito de consumidores todo e qualquer utilizador do produto ou serviço, sendo que os benefícios do acordo devem “no mínimo, compensar os consumidores pelo eventual impacto negativo, efectivo ou potencial, que a restrição da concorrência teve para esses consumidores”⁷¹.

Os acordos em causa deverão ser indispensáveis para a obtenção daquele efeito benéfico. Caso aquele objectivo possa ser atingido por qualquer outra via que não restrinja a concorrência, essa via deverá ter preferência sobre esta que se revela restritiva da concorrência⁷².

E por último, o acordo não poderá eliminar a concorrência, sendo a não eliminação da concorrência neste contexto um conceito específico do art. 101.º/3 do TFUE⁷³.

Concluindo-se que um acordo entra no âmbito do art. 101.º/1 do TFUE, sendo violadora da concorrência, dever-se-á proceder à análise do art. 101.º/3 do TFUE, de forma a apurar se o dito acordo se poderá aqui enquadrar, e assim ser admitido.

⁶⁸ Ponto 54 das “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”: “o nexocausal entre o acordo e os alegados ganhos de eficiência deve também ser directo.”

⁶⁹ Assim, exemplificativamente nas “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”: novas tecnologias e métodos de produção (ponto 64), combinação de activos (ponto 65), economias de escala (ponto 66), economias de gama (ponto 67), melhor planificação da produção (ponto 68).

⁷⁰ Pontos 69 a 72 das “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”.

⁷¹ Ponto 85 das “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”.

⁷² Ponto 13 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, datado de 28 de Fevereiro de 2002: “Cabe às empresas que requerem o benefício de uma isenção, ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado (actual artigo 81.º, n.º 3, CE), provar que essa isenção se justifica, com base em provas documentais. Em especial, cabe a estas empresas demonstrar que as restrições da concorrência decorrentes do acordo preenchem os objectivos visados por essa disposição e que estes não podem ser alcançados sem a instauração dessas restrições.”

⁷³ Ponto 106 das “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”.

Naturalmente, que tal análise ao número 3 do presente artigo, só se revelará necessária quando se verifique uma violação da concorrência⁷⁴.

Pelo que, a análise de um acordo terá em princípio duas fases distintas: primeiro, questionar-se-á se um acordo será susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros ou de impedir, restringir ou falsear a concorrência; caso, esta questão tenha uma resposta positiva, posteriormente haverá que verificar se o referido acordo cria benefícios suficientes para compensar os seus efeitos anti-concorrenciais, e nestes termos ser considerado admissível; caso a resposta seja negativa, o mesmo será nulo, caso a resposta seja positiva, o mesmo será admitido.

Anteriormente, com o regime da comunicação prévia à Comunicação para aprovação desta dos acordos celebrados, assistia-se a um regime muito moroso, burocrático e dotado de uma elevada densidade administrativa, mediante o qual a Comissão apurava dos benefícios de um acordo atribuindo-lhe uma “*exemption*”, que limitava a qualificar um acordo como legítimo durante um determinado período de tempo.

Actualmente, com a automática isenção dos acordos que se encontrem abrangidos pelo número 3, a política concorrencial torna-se mais eficaz, e bem assim também a Comissão, que passa a fazer o controlo da conformidade dos acordos com o direito comunitário *a posteriori*. Já não estão em causa “*exemptions*”, mas sim verdadeiras excepções à proibição⁷⁵.

Em simultâneo, e para sua própria orientação e conformidade do comportamento dos intervenientes no mercado, estes poderão recorrer às Orientações⁷⁶ emitidas pela Comissão neste contexto.

Atente-se contudo que, para beneficiar da presunção de conformidade com o direito da concorrência, o ónus da prova relativamente aos efeitos pró-concorrenciais de

⁷⁴ Assim, o ponto 40 das “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”: “A aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado só é pertinente no caso de acordos entre empresas que restrinjam a concorrência na acepção do n.º 1 do artigo 81.º No caso de acordos não restritivos, não é necessário examinar eventuais benefícios decorrentes do acordo”.

⁷⁵ Korah, pág. 96, “it is, therefore, probably wrong to refer to such clearances as exemptions they are exceptions to the prohibition, or may be treated as limiting it”

⁷⁶ Aqui, “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE (antigo n.º 3 do artigo 81.º do TCE)”, consultáveis em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=PT)

um acordo recai sobre o sujeito que deseja ser objecto desta presunção, segundo o disposto no art. 2.^o⁷⁷ do Regulamento 1/2003⁷⁸.

Refira-se ainda a existência das *group exemptions* reguladas pelo Regulamento 19/65⁷⁹, e do usual estabelecimento pela Comissão de listas negras e de listas brancas, as quais são muitas vezes criticadas pelo seu excessivo formalismo e generalismo, tornando-se a sua aplicação algo complexa. Neste sentido, veja-se a afirmação da Professora Valentine Korah “*moreover, the fairness of a bargain does not depend on specific terms, but on the bargain as a whole*”⁸⁰.

1.7. Proibição de abuso de Posição Dominante - Artigo 102.º do TFUE e artigo 11.º da LdC

O artigo 102.º do TFUE proíbe como sendo incompatível com o Mercado comum, a exploração abusiva por um ou mais intervenientes no mercado de uma posição dominante sobre o mercado comum ou sobre uma parte substancial do mesmo, quando esta possa afectar o comércio entre os Estados-Membros.

Não está em causa a ilegalidade da existência de uma posição dominante sobre o mercado⁸¹, mas sim o abuso dessa posição. Tanto mais que tem vindo a ser considerado pelas instituições europeias que recai sobre as empresas dominantes uma especial responsabilidade de actuação com respeito pelo mercado e pelos seus intervenientes,

⁷⁷ “Em todos os processos nacionais e comunitários de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado, o ónus da prova de uma violação do n.º 1 do artigo 81.º ou do artigo 82.º do Tratado incumbe à parte ou à autoridade que alega tal violação. Incumbe à empresa ou associação de empresas que invoca o benefício do disposto no n.º 3 do artigo 81.º do Tratado o ónus da prova do preenchimento das condições nele previstas.”

⁷⁸ Ver também o ponto 41 das “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE”.

⁷⁹ Consultável em: http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Regulamento_CE_19_65.pdf

⁸⁰ Korah, pág. 99.

⁸¹ Ver “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”: “(...) a posição dominante não é por si só ilegal e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base nos seus méritos. No entanto, a empresa em causa tem uma especial responsabilidade de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interno.”

não distorcendo a concorrência e inclusive defendendo-a e implementando-a, já assim no Acórdão Michelin I⁸².

Um abuso de posição dominante decorre assim da utilização indevida por um interveniente no mercado de uma posição de poder que detém sobre o mesmo, explorando os outros agentes económicos ou visando excluí-los do mercado⁸³.

O artigo 102.º dispõe o seguinte:

Artigo 102.º

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar 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 directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção 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 objecto desses contratos.

⁸² Ver ponto 57 do Acórdão Michelin I, proc. 322/81 “a firm in a dominant position has a special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition on the common market”.

⁸³ Ver ponto 91 do Acórdão Hoffmann-La Roche, de 13 de Fevereiro de 1979: “A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.”

Assim, encontram-se aqui elencadas uma série de condutas consideradas proibidas, as quais se crê serem identificáveis com os abusos que mais recorrentemente surgem associados à existência de uma posição dominante, nada impedindo naturalmente que outros abusos sejam encontrados e qualificados enquanto tal, pelo facto de estarmos perante um enunciado meramente exemplificativo, seguindo uma estética muito similar à do já analisado art. 101.º do TFUE.

Atente-se que nem sempre os tribunais especificam qual a alínea que aplicam aquando da sua análise jurisprudencial, o que se justifica até tendo em conta o carácter meramente exemplificativo deste artigo.

Contrariamente ao disposto no anteriormente analisado art. 101.º do TFUE, aqui a proibição de abuso de uma posição dominante não admite quaisquer excepções, pelo que, estando cumprido o seu âmbito de aplicação, tal comportamento será automaticamente vedado e proibido.

Persistem contudo dúvidas sobre o que é que este artigo visa proteger – se os consumidores, se os concorrentes da empresa dominante, ou o mercado em si mesmo considerado. Na nossa perspectiva, parece-nos correcto e defensável concluir que o artigo 102.º procura defender todos estes valores e também todos os outros princípios que se revelem de especial importância na defesa e instituição de um mercado comum à comunidade europeia. Não está em causa apenas a eficiência económica dos mercados⁸⁴, mas acima de tudo a liberdade – a liberdade de entrada num mercado à sua escolha, e que é reconhecida como uma liberdade fundamental. Neste sentido, “*not all firms would succeed, but they should be able to try.*”⁸⁵

A primeira pergunta que urge perguntar para apurar da existência de um abuso de posição dominante, é precisamente se uma entidade é detentora de uma posição dominante num determinado mercado.

Para tal, será necessário proceder previamente à definição do mercado relevante nos mesmos termos já anteriormente apresentados. Só após a definição do mercado relevante em que aquele interveniente actua, é que se poderá determinar se naquele mercado em concreto, o interveniente é detentor de uma posição dominante. Mais uma

⁸⁴ Ver ponto 6 da “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”: “(...) o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes. Isso poderá significar que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama da oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado.”

⁸⁵ Valentine Korah pág. 104.

vez estará em causa uma análise casuística de elevada complexidade, tomando em linha de conta aquilo que já foi dito *supra* sobre esta temática.

Contudo, diga-se que, mesmo quando chegados à quota de mercado⁸⁶ que um ente detém num determinado mercado, elemento que tende a ser considerado essencial na definição de uma posição dominante, este apenas deverá ser considerado como um primeiro indicador da existência de poder de mercado e não o único elemento a considerar.

Não será naturalmente de excluir a existência de posições dominantes colectivas, conceito que também tem vindo a ser definido e utilizado pelas instituições europeias⁸⁷.

Ainda que não sendo aqui admissíveis quaisquer excepções à proibição constante do art. 102.º do TFUE, diga-se contudo, que têm vindo a ser admitidas pela prática da Comissão várias justificações possíveis para este tipo de conduta. Têm sido recorrentemente alegadas justificações como a necessidade objectiva daquela prática, existência de ganhos de eficiência ou a necessidade de seguir ou igualar as práticas dos concorrentes, sendo neste contexto de vital importância a consulta das já referidas “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”, recaindo sobre a empresa que abusa proceder à prova daquelas condicionantes.

⁸⁶ Ver ponto 14 da “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”: “A Comissão considera que as quotas de mercado pequenas dão geralmente uma boa indicação da ausência de poder de mercado significativo (...), quando a quota da empresa é inferior a 40% no mercado relevante, é pouco provável que exista posição dominante. No entanto, poderão existir casos específicos de empresas abaixo deste limiar em que os concorrentes não tenham capacidade de pressionar de forma eficaz a conduta da empresa dominante.”

⁸⁷ Assim, o ponto 35 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 2000, *Compagnie Maritime Belge*, proc. C-395/96 P e C-396/96 P : “Nos termos do artigo 86.º do Tratado, uma posição dominante pode ser detida por várias «empresas». Já por várias vezes o Tribunal de Justiça decidiu que o conceito de «empresa» que figura no capítulo do Tratado consagrado às regras da concorrência pressupõe a autonomia económica da entidade em causa (v. entre outros, acórdão de 25 de Novembro de 1971, *Béguelin*, 22/71, *Colect.*, p. 355). 36 Daqui resulta que a expressão «mais empresas» que figura no artigo 86.º do Tratado implica que uma posição dominante pode ser detida por duas ou mais entidades económicas, juridicamente independentes uma da outra, na condição de, do ponto de vista económico, se apresentarem ou actuarem em conjunto num mercado específico, como uma entidade colectiva. E nesta acepção que há que entender a expressão «posição dominante colectiva», que será doravante utilizada no presente acórdão.”

Assim, também o ponto 4 da “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”

Também aqui, o artigo se revela notoriamente omissivo relativamente àquilo que se deverá considerar como “parte substancial do mercado interno”. Mais uma vez se revelando essencial a consulta das Orientações da Comissão em conjugação com a jurisprudência comunitária, sendo que se tem vindo a verificar a existência de decisões curiosas neste sentido⁸⁸.

1.7.1. O regime jurídico nacional – Art. 11.º LdC⁸⁹

Enquanto o art. 102.º faz referência à existência de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial do mesmo; aqui verifica-se a referência ao mercado nacional ou a uma parte substancial deste.

Também aqui, à semelhança do normativo europeu, é elencada uma listagem meramente exemplificativa dos comportamentos que poderão ser considerado abusivos, seguindo o disposto a nível europeu. Contudo, o legislador nacional optou por adicionar uma quinta al

Alínea ao seu texto, correspondente a uma quinta prática por este considerada abusiva – tal corresponde à recusa de acesso a infra-estruturas essenciais, o que é

⁸⁸ Assim, no ponto 15 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, o TJUE considerou o Porto de Genova como uma parte substancial do mercado: “Quanto à delimitação do mercado em causa, resulta da decisão de reenvio que esse mercado é o da organização, por conta de terceiros, das operações portuárias referentes ao frete comum no porto de Genova e à execução dessas operações. Tendo designadamente em conta o volume de tráfego no porto em questão e a importância que reveste este último em relação ao conjunto das actividades de importação e exportação por via marítima no Estado-Membro em questão, esse mercado pode ser considerado como constituindo uma parte substancial do mercado comum.”

⁸⁹ 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.

notoriamente inspirado na teoria da infra-estrutura essencial com origem na Jurisprudência europeia.

1.7.2. Conceito de posição dominante

Neste contexto revelar-se-á essencial começar por determinar em que consiste uma posição dominante. Afinal, estamos perante (mais) um conceito indeterminado de origem comunitária, e bem assim, de complexa definição. Está em causa uma análise essencialmente dependente de critérios e indicadores de natureza económica, o que naturalmente ainda tornará esta análise mais complexa de um ponto de vista jurídico.

No acórdão *Continental Can*⁹⁰, o TJUE definiu o conceito de posição dominante focando-se essencialmente no poder discricionário que um monopolista tem em determinar os preços e tomar outras decisões de mercado sem se encontrar constrangido por pressões competitivas do mercado.

Também no acórdão *United Brands*⁹¹, o TJUE veio referir-se a uma posição dominante dando relevo à possibilidade de uma entidade actuar de forma independente, simplesmente seguindo a sua vontade, assim, “a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers.”.

Já na Comunicação da Comissão, tal conceito foi definido como “sendo uma posição de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efectiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo dos consumidores. (...) A posição dominante faz com que esta pressão concorrencial não seja suficientemente eficaz e, como tal, a empresa goza de um poder de mercado considerável e duradouro. Consequentemente, as decisões da empresa são em grande medida insensíveis às acções e reacções dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores. (...) A Comissão considera que uma empresa que seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um

⁹⁰ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973, proc. 6/72.

⁹¹ Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, proc. 27/76.

período de tempo significativo, não está sujeita a uma pressão concorrencial efectiva e suficiente e, como tal, pode ser considerada como estando em posição dominante.”⁹².

Do exposto se depreende a essencialidade dos conceitos de natureza económica e da capacidade de uma entidade em função da sua dimensão ser capaz de independentemente de tudo e todos tomar as suas próprias decisões, sem quaisquer constrangimentos ou receio das consequências, visto saber logo à partida que se encontrará sempre salvaguardada pela dimensão que detém no mercado.

1.7.3. Conceito de Abuso

Definida a posição dominante, continua a ser necessário compreender o que é que neste contexto significa abusar da mesma, ao seja, o que é que será considerado um abuso.

A jurisprudência europeia tem vindo a considerar que um abuso de posição dominante incluirá toda e qualquer conduta que afecte a estrutura do mercado, absorvendo a potencial competição, e não apenas aquela conduta que explore a falta de concorrência.

No fundo, à excepção das situações que se encontram claramente tipificadas e exemplificadas no corpo do artigo, permanecem em aberto outras tantas que facilmente se enquadrarão no conceito de abuso, e ainda daquelas que já tenham vindo a ser qualificadas como tal pela Jurisprudência Europeia, parece-nos que permanece ainda um vazio preocupante, deixando aos agentes económicos uma vasta margem de imprevisibilidade sobre como devem guiar a sua conduta no mercado. Isto mesmo, independentemente da existência das Orientações da Comissão, que ainda que vitais e bastante esclarecedoras, inevitavelmente não contemplam tudo. Contudo, também nos parece que um certo grau de razoabilidade e de ética na conduta dos agentes económicos também ajudará a que na prática este tipo de abusos seja evitado.

1.7.4. Práticas abusivas

Alínea a) - cobrar demasiado, pagar muito pouco e outros termos injustos

A Comissão e a Jurisprudência têm recorrido pouco a esta alínea para efeitos da qualificação da conduta de uma empresa dominante como sendo abusiva, o que é

⁹² Ver pontos 10 e 11 da “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”.

facilmente compreensível. Visto que a Comissão não desejará transformar-se numa mera reguladora dos preços praticados no mercado, sendo esta alínea uma via perigosa para tal⁹³. Tal revelar-se-ia mais prejudicial do que benéfico à dinâmica do mercado.

Cabem neste contexto todas aquelas práticas relacionadas com os preços do produto ou outros termos contratuais, que pelo seu teor devam ser considerados injustos e abusivos^{94,95}.

Alínea b) – tentativa de limitar a produção ou mercados

O facto de uma empresa ser dominante, proporciona-lhe uma especial responsabilidade no mercado, não podendo esta actuar de forma lesiva ao mesmo, tentando limitar o mercado, o que é inevitavelmente prejudicial para os consumidores, o mercado e a estrutura concorrencial.

Alínea c) – termos injustos

A utilização de termos injustos e distintivos face a duas ou mais entidades, quando as prestações se revelem iguais ou semelhantes, revela-se como discriminatória e abusiva.

A empresa dominante ao recorrer a esses termos injustos está a proceder em claro abuso da sua posição, tendo em conta que tal actuação apenas lhe é possível perante a existência da sua posição dominante. Caso essa posição não existisse, esta naturalmente ver-se-ia obrigada a actuar de forma indistinta face aos vários agentes do mercado, não tendo capacidade para se impor de forma diferente.

Está em causa uma conduta notoriamente injusta que ofende directamente aqueles que lidam com a firma dominante⁹⁶, devendo sempre existir uma justificação

⁹³ Korah, pág. 135 “(the Commission) does not want to become a price regulator of all dominant firms in the Common Market.”

⁹⁴ Ver ponto 234 do Acórdão United Brands do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978: “A Comissão considera estes factos como constitutivos de um abuso de posição dominante, pela aplicação aos parceiros comerciais de condições desiguais para prestações equivalentes, que, na prática, os colocam em desvantagem na concorrência.”

⁹⁵ Ver ponto 15 do Acórdão General Motors Continental: “it is an abuse to charge prices that are excessive in relation to the ‘economic value’ of a service”.

⁹⁶ Korah p. 147 “Economists agree that it is discriminatory to treat firms equally, when it is less costly to treat firms equally, when it is less costly to deal with one than the other, as well as to treat firms unequally when the costs of supply are identical.”

objectivamente determinável para a existência de diferenças no tratamento de entidades distintas para prestações em tudo semelhantes⁹⁷.

Mas até que ponto é que a discriminação não é em certas situações desejável e vantajosa para o mercado? É uma pergunta pertinente mas cuja resposta permanecerá aqui necessariamente em aberto.

Alínea d) - subordinação da venda a outro produto (*tying*)

A prática da subordinação de uma venda à aquisição de um outro produto, tem vindo a ser uma das práticas mais condenadas pelas instituições europeias.

Através da prática da subordinação, ou *tying* na versão original, a firma dominante consegue estender a sua influência e dominância a outros produtos em que não seria em princípio dominante⁹⁸, amarrando-os àquele produto em que já é dominante, e no qual naturalmente haverá maior interesse por parte do mercado, prejudicando assim não só as firmas com que compete que também fornecem aquele outro produto “amarrado”, mas também os próprios consumidores.

⁹⁷ Ver ponto 133 do Acórdão do Tribunal de Justiça British Airways de 15 de Março de 2007, proc. C95-/04: “O artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE proíbe toda e qualquer discriminação, por parte de uma empresa em posição dominante, que consista em aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”.

E também o ponto 27 da Decisão da Comissão de 10 de Fevereiro de 1999 Portuguese Airports: “De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, comportamentos comerciais considerados normais podem constituir abusos para efeitos do artigo 86º do Tratado CE se forem imputáveis a uma empresa em situação de posição dominante. Uma diferença de tratamento por parte de uma empresa em posição dominante relativamente a vários clientes deve ser justificada por motivos objectivos. Esta diferença de tratamento relativamente a um serviço (orientação da aproximação, circulação nas áreas de tráfego, etc.) que exige a mesma prestação por parte da ANA, independentemente da companhia aérea em causa, não é justificada por qualquer motivo objectivo. Um aeroporto dispõe de um monopólio natural em relação a uma grande parte do seu tráfego, sendo passagem obrigatória para uma transportadora que pretende servir uma dada cidade. No caso em apreço não está demonstrada, nos elementos apresentados pelas autoridades portuguesas, a existência de economias de escala. De facto, o tratamento de uma aeronave no momento da aterragem ou da descolagem é o mesmo, independentemente do seu proprietário ou de se tratar da primeira ou da segunda aeronave da mesma transportadora.”.

⁹⁸ Ver ponto 82 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak v. Comissão, processo C-333/94 P, em que a Tetra Pak exigia aos consumidores a quem fornecia máquinas que apenas utilizassem cartões Tetra Pak: “a análise dos usos comerciais não permite concluir pela indissociabilidade entre as máquinas destinadas ao acondicionamento de um produto, por um lado, e as embalagens de cartão, por outro. Existem, efectivamente, desde há muito, produtores independentes, especializados no fabrico de cartões não assépticos destinados a ser utilizados em máquinas produzidas por outras empresas e que não produzem eles próprios máquinas.”.

Também será de qualificar como “*tying*” a prática em que dois ou mais produtos são fornecidos por um valor mais reduzido do que a soma de ambos individualmente ou quando seja atribuída a um produto uma garantia ou um outro benefício ao comprador que adquira ambos os produtos, visto que também nestas situações se verifica uma subordinação, ainda que indirecta, na venda dos produtos.

Nas “Orientações relativas às restrições verticais” é defendido pela Comissão, que a subordinação da aquisição de um produto a outro pode ser justificado como não constituindo um abuso se e quando tal for justificado pelos usos comerciais ou pela natureza do produto. Tal entendimento é muito recente e contrapõem-se aos primórdios da prática do “*tying*”, quando se tendia a acreditar que esta prática era de tal forma danosa para o mercado que deveria sempre ser qualificada como um comportamento abusivo, só mais recentemente se tendo vindo a concluir pela existência de potenciais justificações para este comportamento. Tendem a ser admitidas justificações em certas situações muito específicas, assim veja-se os exemplos típicos de produtos complementares, de consumíveis compatíveis, ou da alienação de uma linha completa de produtos e não apenas daqueles que sejam mais rentáveis.

Para o efeito, a Comissão tem recorrido a um teste para apurar da admissibilidade da subordinação na venda de dois produtos por via da verificação do interesse dos consumidores em ambos os produtos, situação em que se verifica a existência de uma eficiência nesta prática, pelo que esta já se deverá considerar justificada e portanto admissível.

Atente-se que esta prática não tem que constituir necessariamente uma conduta negativa, podendo na verdade trazer benefícios ao mercado.

1.7.5. Outras práticas abusivas

Conforme referido, estando em causa um elenco meramente exemplificativo e não taxativo são assumidas como abuso de posição dominante muitas outras condutas levadas a cabo pelas empresas, das quais se destacam as seguintes por serem aquelas que mais vezes têm surgido referidas na Jurisprudência:

- **Conduta tendente à exclusão dos concorrentes:** Quando uma firma dominante adopta uma conduta que impossibilite as restantes firmas de competirem, tendo como intuito último vir a excluí-las do mercado, estamos perante uma conduta

exclusionária, a qual tem vindo a ser considerada como sendo uma conduta abusiva por parte da firma dominante⁹⁹.

- **Recusa de negociar:** Especialmente gravosa quando a empresa dominante seja monopolista no produto alvo da recusa¹⁰⁰.

- **Single Branding:** Estão aqui abrangidos aqueles acordos em que uma empresa se obriga a obter um produto apenas de um único fornecedor. Atente-se contudo a necessidade que a Comissão teve (de forma muito correcta, diga-se) de excluir deste âmbito os *franchisings* e outros modelos de distribuição exclusiva, que face aos ganhos de eficiência e às vantagens que trazem apenas poderão ser consideradas como positivas, e que nem sequer chegam a ser contrárias à concorrência. Neste sentido, também se deverá ressaltar como admissível a situação da distribuição selectiva, hipótese em que a empresa produtora quer controlar os locais em que o seu produto irá ser vendido ao público, de forma a seleccionar o público-alvo e manter um certo *status* e diferenciação¹⁰¹¹⁰².

⁹⁹ Assim, no ponto 26 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973 Continental Can: “(...) Assim, o facto de uma empresa em posição dominante reforçar essa posição ao ponto de o grau de domínio assim atingido prejudicar substancialmente a concorrência, ou seja, deixar subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante, pode constituir um abuso”.

¹⁰⁰ Neste sentido, veja-se o ponto 25 do Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 6 de Março de 2014, Commercial Solvents: “Todavia, dispondo uma empresa de uma posição dominante quanto à produção de matérias-primas e, por esse facto, estando em condições de controlar o abastecimento dos fabricantes de produtos derivados, não pode, apenas por ter decidido iniciar ela mesma a produção de tais derivados (em concorrência com os seus anteriores clientes), adoptar um comportamento susceptível de eliminar a concorrência, o que, no caso subjudice, corresponde a eliminar um dos principais produtores de etambutol no mercado comum. Sendo tal comportamento contrário aos objectivos enunciados na alínea f) do artigo 3.º do Tratado e detalhadamente desenvolvidos nos artigos 85.º e 86.º, conclui-se que o detentor de uma posição dominante no mercado das matérias-primas que, com o fim de as reservar para a sua própria produção de derivados, recusa o seu fornecimento a um cliente que também é produtor desses derivados, com o risco de eliminar qualquer concorrência da parte desse cliente, explora a sua posição dominante de forma abusiva, na acepção do artigo 86.º Neste contexto, é irrelevante esclarecer se a cessação dos fornecimentos na Primavera de 1970 resultou de uma anulação das compras pela Zoja, pois, de acordo com a exposição das próprias recorrentes, no termo dos fornecimentos previstos pelo contrato, a venda de aminobutanol teria, de todo o modo, cessado.”.

¹⁰¹ Assim, o ponto 20 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro v. Comissão: “(...) a natureza e a medida da concorrência possam variar em função dos produtos ou serviços em causa e da estrutura económica dos mercados sectoriais em vista. Em especial no sector de produção de bens de consumo duradouros, de alta qualidade e tecnicismo, no qual um número relativamente reduzido de produtores, grandes e médios, oferece uma gama variada de aparelhos facilmente intercambiáveis, pelo menos aos olhos dos consumidores, a estrutura do mercado não se opõe à existência de canais de distribuição diferenciados, adaptados às características próprias dos diferentes produtores e às necessidades das diferentes categorias de

- **Descontos de fidelidade:** geralmente oferecidos aos compradores que cumpram uma parte substancial dos requisitos assumidos pelo fornecedor. Em sentido oposto, já serão admitidos descontos de quantidade baseados no volume de produtos comprados à mesma empresa¹⁰³¹⁰⁴.

consumidores. Nessa perspectiva, a Comissão reconheceu justamente que os sistemas de distribuição selectiva constituíam, entre outros, um elemento de concorrência, conforme ao artigo 85.º, n.º1, sob condição de a escolha dos revendedores se operar em função de critérios objectivos de natureza qualitativa, relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações, de estas condições serem fixadas de maneira uniforme em relação a todos os potenciais revendedores e aplicadas de forma não discriminatória.”

¹⁰² E também, o ponto 88 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 1996, *Leclerc v. Comissão*: “O sistema de distribuição selectiva da Givenchy não elimina a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa porque o Contrato encoraja a concorrência no interior da marca Givenchy e porque o distribuidor autorizado é livre de comercializar qualquer outra marca de produtos de perfumaria de prestígio desde que preencha os critérios qualitativos necessários. Além disto, não se trata de um monopólio, nomeadamente na medida em que um consumidor não é obrigado a comprar um perfume de prestígio, mas pode comprar noutras redes de distribuição de produtos de perfumaria que não têm imagem de marca ou que não beneficiam de uma técnica específica.”

¹⁰³ Neste sentido, pontos 89 e 90 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roche*: “Constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado, o facto de uma empresa que se encontra em posição dominante num mercado, vincular — embora a seu pedido — compradores através de uma obrigação ou promessa de se abastecerem exclusivamente, relativamente à totalidade ou a uma parte considerável das suas necessidades, junto da referida empresa, quer a obrigação em questão esteja estipulada sem mais, quer seja a contrapartida da concessão de descontos. A situação é idêntica quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, quer em virtude de acordos celebrados com os compradores quer unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade, isto é, de abatimentos ligados à condição de que o cliente — seja qual for o montante, considerável ou mínimo, das suas compras — se abasteça exclusivamente, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante. / Efectivamente, os compromissos de abastecimento exclusivo desta natureza, com ou sem a contrapartida de descontos ou a concessão de descontos de fidelidade destinados a incentivar o comprador a abastecer-se exclusivamente junto da empresa em posição dominante, são incompatíveis com o objectivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não se baseiam — salvo circunstâncias excepcionais que tornem eventualmente admissível um acordo entre empresas no âmbito do artigo 85º e, em especial, do n.º 3 desta disposição — numa prestação económica que justifique este encargo ou esta vantagem, mas destinam-se a retirar ou restringir a possibilidade de escolha do comprador relativamente às fontes de abastecimento e impedir a entrada dos outros produtores no mercado. O desconto de fidelidade, ao contrário dos descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras efectuadas junto do produtor interessado, tem por objectivo impedir o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes através da concessão de uma vantagem financeira. Além disso, 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 abastecem exclusivamente junto da empresa em posição dominante ou diversifiquem as suas fontes de abastecimento. Por fim, 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.”

- **Preços predatórios:** Também será abusivo pela parte de uma empresa baixar os preços a um preço tão abaixo, inclusive abaixo do seu preço de custo, de forma a tornar impossível aos seus concorrentes competirem com esta, o que a médio-longo prazo poderá significar a saída destes do mercado, abrindo assim caminho a um potencial monopólio pela empresa dominante.

1.8. Abuso de dependência económica – art. 12.º da LdC

Para além dos institutos das práticas restritivas da concorrência e do abuso de posição dominante, constantes dos artigos 101.º e 102.º do TFUE com reflexo directo no regime jurídico português constante da Lei da Concorrência¹⁰⁵, verifica-se ainda a adição de um outro instituto ao elenco português: o abuso de dependência económica, constante do artigo 12.º da referida Lei.

Naturalmente, que o espírito deste instituto é o mesmo que decorre de todo o regime concorrencial, pelo que não se verificarão tantas diferenças assim deste regime face àquilo que vamos encontrando na jurisprudência europeia.

Veja-se o seu teor:

Artigo 12.º

Abuso de dependência económica

1 — É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar 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 encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

¹⁰⁴ Ver ponto 68 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways v. Comissão*: “Daqui resulta que, para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, de um regime de descontos ou de prémios que não constituem nem descontos ou prémios de quantidade nem descontos ou prémios de fidelidade (...) importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais. Em seguida, há que averiguar se existe uma justificação económica objectiva para os descontos e os prémios concedidos. Com efeito, (...) uma empresa pode demonstrar que o seu regime de prémios, que tem um efeito eliminatório, está economicamente justificado.”.

¹⁰⁵ Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, consultável em http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrencia.pdf

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

- a) A adopção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior;
- b) A ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da actividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

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.

Face ao seu teor, poderão-se verificar algumas dificuldades na destrição do regime deste artigo face ao abuso de posição dominante. Também aqui, existe uma relação desequilibrada, em que uma das partes tem mais poder do que a outra, contudo aqui acresce que a parte mais fraca não dispõe de qualquer alternativa equivalente, pelo que se encontra completamente dependente da “boa vontade” do ente mais forte. Sendo de voltar a reforçar a importância da qualificação equivalente neste contexto. Não está em causa uma qualquer alternativa, mas sim uma com condições similares e que este possa obter num prazo razoável. *Ad contrario*, qualquer alternativa cujas condições sejam mais gravosas ou cujo prazo de obtenção seja muito diferido no tempo, não constitui uma alternativa equivalente.

Terá naturalmente que ocorrer um abuso por parte da empresa dominante, caso contrário não será justificável a aplicação da proibição. E neste sentido, serão relevantes as situações já enunciadas para efeitos da definição de abuso de posição dominante.

Uma outra nota que difere esta figura do abuso de posição dominante está no facto desta apenas ser susceptível de aplicação nas relações verticais, nos mesmos termos já definidos *supra*.

Naturalmente que o referido abuso para ser qualificado enquanto tal, e por isso proibido, terá de ser susceptível de afectar o mercado relevante.

Capítulo II - Práticas (Individuais) Restritivas do Comércio

Numa outra perspectiva jurídica já não abrangida pelo direito da concorrência, surgem as Práticas Restritivas do Comércio, actualmente reguladas pelo DL n.º 166/2013 de 27/12, com as alterações do DL n.º 220/2015 de 08/10, tendo aquele entrado em vigor a 25 de Fevereiro de 2014, procedendo em simultâneo à revogação do anterior regime em vigor até essa data e que já há muito se mostrava desadequado e desactualizado face à realidade actual¹⁰⁶.

Vindo estabelecer o regime das práticas restritivas do comércio, este diploma disciplina e regula as relações comerciais entre vendedores e compradores, visando o fim máximo de “...alcançar eficazmente os objectivos de equilíbrio nas relações comerciais e de sã concorrência...”¹⁰⁷, assegurando a transparência e o equilíbrio no comércio. Está essencialmente em causa a tentativa de instituir uma ética de mercado, um dever ser dos comportamentos entre as partes intervenientes no processo de negociação comercial e nas posteriores relações entre as partes.

Contudo, o presente diploma tem sofrido duras críticas por parte da Doutrina portuguesa, que desde a sua publicação (e já durante a vigência do anterior regime) tem recorrentemente acusado o legislador excessiva intervenção, procedendo à regulação deste campo através de meios considerados desadequados e desproporcionais, originado mais consequências negativas do que positivas no mercado¹⁰⁸.

Assim, chega a ser irónico que logo no início do próprio preâmbulo o diploma ressalve a importância do direito fundamental à livre iniciativa económica, quando todo o seu conteúdo vai em sentido oposto¹⁰⁹. Na verdade as normas constantes do referido diploma vêm-se a revelar um verdadeiro obstáculo à livre concorrência, afectando a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado.

¹⁰⁶ O anterior regime das PIRC era regulado pelo DL 370/93, de 29 de Outubro alterado pelo DL 140/98 de 16 de Maio e pelo DL 10/2003 de 18 de Janeiro.

¹⁰⁷ Vide o preâmbulo do diploma.

¹⁰⁸ Nas palavras do Prof. Miguel Gorjão-Henriques o diploma em análise causa recorre a uma “concepção ideológica de regulação (...) vista por aqueles que, num esgar (pós) marxista, trasladam todas as esperanças para o Estado regulador e ‘forte’”, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Lei das Práticas Restritivas do Comércio”, Almedina, 2014, pág. 5.

¹⁰⁹ Vide mais uma vez o preâmbulo do diploma, “A transparência nas relações comerciais e o equilíbrio das posições negociais entre agentes económicos são fundamentais para a concretização de desígnios constitucionais como os do direito fundamental à livre iniciativa económica e da garantia da equilibrada concorrência entre as empresas, cabendo ao Estado estabelecer os mecanismos que assegurem o cumprimento e impeçam a distorção destes princípios.”.

Críticas aparte, convirá ressaltar que o presente diploma não tem como objecto a defesa da concorrência entre os agentes do mercado. Este não prossegue qualquer dos objectivos de uma política de concorrência, visando “apenas” regular o comércio.

Neste contexto haverá naturalmente que distinguir a actividade levada a cabo pela Autoridade da Concorrência, a qual se rege pela Lei da Concorrência e pelos normativos comunitários conforme já exposto *supra*, os quais têm por objecto a defesa de uma eficaz e salutar concorrência dos mercados, da actividade exercida neste contexto pela ASAE¹¹⁰, entidade que surge neste diploma dotada da competência contra-ordenacional para supervisionar as relações comerciais entre os agentes económicos de acordo com o disposto no mesmo, estando aqui em análise um diploma de mera ordenação económica. Anteriormente, esta função era exercida pela AdC, tendo o legislador optado pela reorganização das suas competências, concentrando a fiscalização das PIRC numa vertente mais económica e não concorrencial, o que constituiria logo à partida uma qualificação errada, visto este diploma não visar o direito da concorrência.

Outra nota ainda para o facto deste diploma ter a sua aplicação restringida às relações verticais, ou seja às relações subjacentes entre entes presentes em distintos níveis da cadeia de abastecimento, destacando-se para o que aqui nos interessa as relações entre sujeitos parte de um contrato de fornecimento, normalmente fornecedor e distribuidor. No fundo, a lei olha para estas relações no sector da distribuição como uma relação inerentemente desigual, surgindo assim como pretensa defensora da parte mais fraca da relação negocial, estipulando um conjunto normativo dirigido à protecção desta. Ao que acresce ainda a ideia de que com este diploma, o legislador acaba por (in)directamente condenar o sucesso e a eficiência económica das empresas que o conseguem atingir, protegendo ao invés as entidades mais fracas do mercado¹¹¹.

A presente norma veio ainda originar significativos problemas ao nível do valor previsto para as coimas a aplicar. O valor das mesmas aumentou de forma exponencial e

¹¹⁰ Veja-se o art. 13.º do DL 166/2013: “1 - Compete à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE) a fiscalização do cumprimento do disposto no presente decreto-lei e a instrução dos processos de contra-ordenação. 2 - A decisão de aplicação das coimas compete ao inspector-geral da ASAE.”

¹¹¹ CUNHA, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda com prejuízo”, Coimbra, 2005, pág. 13 “...estar-se-á eventualmente a punir a empresa mais eficiente pelo facto de repercutir os seus ganhos de eficiência sobre o consumidor, através de preços mais baixos, protegendo-se os concorrentes menos capazes.”

desproporcional diga-se, pelo que agora é prevista a possibilidade de ser aplicada a uma única infracção uma coima que pode ir até ao montante de 2.5 milhões de euros, o que comparativamente ao montante total de coimas aplicadas pela Autoridade da Concorrência para o mesmo tipo de situações entre 2007 e 2012, ou seja, anteriormente à entrada em vigor deste diploma, era de 1.9 milhões de euros, o que revela a forte discrepância de critérios entre ambos os normativos¹¹².

Relativamente aos objectivos das PIRC, tal como referido no já citado preâmbulo do diploma, estará em causa por um lado a protecção dos agentes económicos – podendo-se neste sentido considerar os concorrentes e os fornecedores; e por outro lado importará garantir a transparência nas relações comerciais, sempre que não esteja em causa uma afectação sensível da concorrência, visto que *ad contrario* serão aplicáveis as normas do direito da concorrência.

Assim sendo, o destinatário do presente diploma acaba por nunca ser verdadeiramente o consumidor, mas sim os agentes económicos do mercado, até porque o interesse máximo do consumidor será sempre a obtenção de um produto a preços mais baixos, com a maior oferta e a maior qualidade possível, o que não sucede por via da aplicação deste diploma, visto que o mesmo, ainda que indirectamente acaba por impedir a descida dos preços.

Faremos uma análise sucinta ao regime jurídico do diploma.

O **artigo 3.º**¹¹³ do mesmo tem como intuito vedar a prática de preços ou condições de venda discriminatórias. Para prestações equivalentes¹¹⁴ deverão vigorar

¹¹² Contudo, na prática tem-se verificado uma certa inércia na atribuição de coimas: http://24.sapo.pt/noticias/nacional/artigo/lei-das-praticas-restritivas-no-comercio-fez-um-ano-sem-cobrar-qualquer-multa_18889744.html

¹¹³ Artigo 3.º

Aplicação de preços ou de condições de venda discriminatórios

1 - 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 embalagem, 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.

2 - São prestações equivalentes aquelas que respeitem a bens ou serviços similares e que não difiram de maneira sensível nas características comerciais essenciais, nomeadamente naquelas que tenham uma repercussão nos correspondentes custos de produção ou de comercialização.

3 - Não se consideram prestações equivalentes aquelas entre cujas datas de conclusão se tenha verificado uma alteração duradoura dos preços ou das condições de venda praticados pelo vendedor.

4 - Não são consideradas discriminatórias as ofertas de objectos desprovidos de valor comercial.

preços e/ou condições de venda equivalentes, sendo aquele conceito definido nos termos dos números 2 e 3 do referido artigo. O artigo estabelece de forma exemplificativa quando estarão em causa diferentes prazos de execução das encomendas, diferentes modalidades de embalagem, entrega, transporte e pagamento, entre outras. Contudo, tais diferenças poderão encontrar justificação na existência de diferentes custos de fornecimento dos bens ou serviços, e portanto ser admissíveis.

Destaca-se ainda o facto deste artigo ressaltar que já não serão proibidas as práticas deste tipo quando conformes ao direito da concorrência.

O **artigo 4.**¹¹⁵ visa implementar a transparência nas políticas de preços e nas condições de venda, estabelecendo a obrigatoriedade de existência de tabelas de preços e de condições de venda. Pretende-se assegurar que toda e qualquer transacção comercial de produtos e/ou prestações de serviços será prestada com tabelas de preços e condições de venda definidas *a priori*, visto que estes serão elementos essenciais do contrato de fornecimento. Pelo que, qualquer disposição sobre condições de venda deverá forçosamente ser reduzida a escrito, sob pena de padecer automaticamente de nulidade. Ressalvar-se-á contudo as situações em que as condições de venda sejam confidenciais, assim quando estas sejam abrangidas por segredo profissional.

¹¹⁴ Sobre a definição de prestações equivalentes, veja-se o Acórdão do STJ de 24 Abril de 2002: “Entende-se por «prestações equivalentes» aquelas que respeitem a bens ou serviços idênticos ou similares e que não difiram de maneira sensível nas características comerciais essenciais, nomeadamente naquelas que tenham repercussão nos correspondentes custos de produção ou de comercialização (art. 7º nº 1). (...) Não há, todavia, que restringir a «equivalência» à existência no mercado de bens e serviços substituíveis, já que tal noção possui um alcance global, definindo, ela própria, a existência ou não de dependência económica. Não basta haver soluções alternativas equivalentes, sendo necessário que a elas se possa recorrer em tempo útil, sendo que a dimensão temporal constitui precisamente um dos elementos decisivos de ponderação da “solução equivalente”. Esta não constitui propriamente um meio de avaliação da dominação relativa, constituindo antes uma conclusão que procede da análise combinada dos múltiplos critérios, v.g o prestígio e reputação da marca, a quota de mercado do fornecedor, o vínculo que este mantém com o cliente.”

¹¹⁵ Artigo 4.º

Transparência nas políticas de preços e de condições de venda

1 - Os produtores, fabricantes, importadores, distribuidores, embaladores e grossistas de bens e os prestadores de serviços são obrigados a facultar a qualquer revendedor ou utilizador tabelas de preços com as correspondentes condições de venda, quando solicitadas.

2 - As condições de venda devem referenciar, nomeadamente, os prazos de pagamento, as diferentes modalidades de descontos praticados e os respectivos escalões, sempre que não estejam abrangidos por segredo comercial.

3 - Devem ser reduzidas a escrito, sob pena de nulidade, quaisquer disposições sobre as condições em que uma empresa obtenha uma remuneração financeira ou de outra natureza dos seus fornecedores, como contrapartida da prestação de serviços específicos.

O preço e as condições de venda são elementos essenciais num contrato de fornecimento, pelo que deverão ser conhecidos não só por quem é parte no contrato, como também por aqueles que tenham a pretensão de adquirir aquele bem ou serviço, assim, por força deste normativo, os intervenientes do mercado ver-se-ão obrigados a ter uma tabela de preços de onde constem todas as respectivas condições de venda associadas, devendo esta forçosamente ser apresentada sempre que solicitada.

Atente-se que não está em causa a afixação destes elementos em lugares visíveis mas apenas a obrigatoriedade da sua apresentação quando requeridas.

O **artigo 5.º**¹¹⁶ vem regular/proibir a prática da venda com prejuízo o qual constituirá certamente o artigo mais problemático deste diploma. Este instituto jurídico

¹¹⁶ Artigo 5.º

Venda com prejuízo

1 - É proibido oferecer para venda ou vender um bem a uma empresa ou a um consumidor por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte.

2 - Entende-se por preço de compra efectivo o preço unitário constante da factura de compra, líquido dos pagamentos ou descontos que se relacionem directa e exclusivamente com a transacção dos produtos em causa, bem como dos que constem de notas de crédito e débito que remetam para aquela factura e, bem assim, os que se encontrem identificados na própria factura ou, por remissão desta, em contratos de fornecimento ou tabelas de preço que estejam em vigor no momento da transacção e que sejam determináveis no momento da respectiva emissão.

3 - Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por descontos relacionados directa e exclusivamente com a transacção em causa os descontos de quantidade, os descontos financeiros e os descontos promocionais desde que identificáveis quanto ao produto, respectiva quantidade e período por que vão vigorar.

4 - Os descontos que forem concedidos num determinado produto são considerados na determinação do respectivo preço de venda.

5 - Para efeitos de aplicação do número anterior, os descontos que consistirem na atribuição de um direito de compensação em aquisição posterior de bens equivalentes ou de outra natureza, concedidos em cada produto, são imputados à quantidade vendida do mesmo produto e do mesmo fornecedor, no mesmo estabelecimento, nos últimos 30 dias.

6 - Para os efeitos do presente decreto-lei, as facturas de compra consideram-se aceites em todos os seus termos e reconhecidas pelos seus destinatários, quando não tenham sido objecto de reclamação no prazo de 25 dias seguintes à respectiva recepção.

7 - Em caso de desconformidade da factura, a sanção do vício e a emissão de uma factura rectificada deve ocorrer no prazo de 20 dias após a reclamação prevista no número anterior.

8 - Para os efeitos do disposto no presente artigo, não são consideradas as alterações contidas em facturas rectificadas, emitidas em data posterior aos prazos indicados.

9 - A alegação de existência de erro material afecta apenas a parcela em que se verifica, considerando-se cumprido o dever de interpelação para pagamento dos restantes bens e serviços constantes da factura.

10 - O disposto no n.º 1 não é aplicável a:

a) Bens perecíveis, a partir do momento em que se encontrem ameaçados de deterioração rápida;

b) Bens cujo valor comercial esteja afectado, quer por ter decorrido a situação que determinou a sua necessidade, quer por redução das suas possibilidades de utilização, quer por superveniência de importante inovação técnica;

tem sido recorrentemente considerado como uma “farpa” no sistema jurídico das práticas restritivas do comércio, sendo objecto das maiores críticas que a este diploma são dirigidas, situação recorrente face ao que já sucedia enquanto o anterior regime jurídico se manteve em vigor.

O que é se deverá considerar como sendo uma venda com prejuízo? De forma algo redutora, tal corresponderá ao acto de vender um produto por um preço inferior ao seu preço de compra efectivo. Contudo, a maior problemática associada a este conceito passa pelo rol de ficções legais a que o legislador recorreu para o definir e preencher. Verifica-se uma clara dissociação entre aquele que é o conceito jurídico de venda com prejuízo e o conceito económico, sendo este último bem mais abrangente e realista face à realidade actual, levando em consideração todos os descontos e/ou bónus acordados pelas partes, incidam ou não sobre aquela concreta transacção comercial. Ao invés disso, para este diploma legal a venda com prejuízo corresponde à alienação de um produto por “um preço inferior ao seu preço de compra efectivo, acrescido dos impostos aplicáveis a essa venda e, se for caso disso, dos encargos relacionados com o transporte”. Ou seja, logo à partida se verifica a adição dos custos relacionados com o transporte e com os impostos relacionados àquilo em que consistirá o preço de compra efectivo, aumentando de forma discricionária e injustificada o valor do preço de (re)venda.

Mas por outro lado, o que é que se deverá considerar como sendo o preço de compra efectivo? Segundo a lei, tal equivalerá de forma genérica ao “preço unitário constante da factura de compra, líquido dos pagamentos ou descontos que se relacionem directa e exclusivamente com a transacção dos produtos (...)”, ou seja o preço de cada unidade adquirida, o qual terá necessariamente que ser determinável tendo por base a factura e o contrato de fornecimento. Aqui se verificando uma outra problemática – a dos descontos que deverão ser considerados como directa e exclusivamente relacionados com aquela transacção em concreto, ficcionando a lei que apenas estes deverão ser considerados para apurar qual o preço unitário do produto. Pelo que se

c) Bens cujo reaprovisionamento com outros bens, de características equivalentes, se efectue a preço inferior, sendo então o preço efectivo de compra substituído pelo preço resultante da nova factura de compra;

d) Bens vendidos em saldo ou liquidação.

11 - A prova documental do preço de compra efectivo, do preço de venda para efeitos do disposto nos n.ºs 4 e 5, bem como das justificações previstas no número anterior cabe ao vendedor, sem prejuízo de a entidade fiscalizadora poder solicitar as informações que julgar convenientes aos fornecedores ou a quaisquer outras entidades.

conclui apenas serem considerados para este efeito os descontos incondicionais e com repercussão directa na factura, ou então aqueles que ainda que diferidos no tempo, sejam determináveis no momento da emissão da factura.

Poderá ainda suceder que o desconto não esteja directamente previsto na factura, mas que ocorra a remissão desta para o contrato de fornecimento celebrado entre as partes, situação que comportará uma previsão indirecta do desconto na factura, e portanto legalmente admissível.

O artigo apenas prevê a existência de três tipos de descontos – descontos de quantidade (desconto atribuído em função das quantidades adquiridas)¹¹⁷, descontos financeiros (determinada percentagem de desconto sobre o preço base) e descontos promocionais (descontos concedidos pelo fornecedor com o intuito de incentivar a venda) – devendo estes estar devidamente discriminados e identificados na factura quanto ao produto, à quantidade e ao período durante o qual vigorarão – caso contrário, os mesmos já não poderão ser considerados para efeitos da definição do preço unitário daquele produto ou serviço. Mas estaremos perante um elenco fechado de descontos? A Professora Carolina Cunha acredita ser defensável que não¹¹⁸, mas certo é que o legislador tem insistido numa visão redutora e excessivamente estreita do conceito de desconto, deixando de parte os usos do comércio e o funcionalismo secular associado ao contrato de fornecimento e ao mecanismo da conta-corrente¹¹⁹. Assim, não se percebe esta limitação imposta pelo legislador de que apenas deverão ser tomados em consideração os descontos directamente ligados com a transacção, descurando em absoluto os princípios da livre fixação de preços, da autonomia privada, ou da livre

¹¹⁷ Vide, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Lei das Práticas Restritivas do Comércio”, Almedina, 2014, pág. 152 “(os) descontos de quantidade a serem considerados para efeitos de dedução ao preço constante da factura (porque a ela directa e exclusivamente relacionado) deverão ser unicamente os descontos determinados no quadro exclusivo das regras definidas na relação do contrato de fornecimento, e isto independentemente do seu impacto numa encomenda “

¹¹⁸ CUNHA, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda com prejuízo”, Coimbra, 2005, pág. 34 “A opção inicial por um conceito indeterminado (“descontos directamente relacionados com a transacção”) não nos parece incompatível com a possibilidade de a experiência concreta vir a desvendar a existência de outros descontos relevantes, para além dos descontos de quantidade, financeiros ou promocionais.”

¹¹⁹ CUNHA, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda com prejuízo”, Coimbra, 2005, pág. 54 “(...) todos esses bónus ou descontos, independentemente da sua designação concreta ou da sua estrutura técnico-jurídica, consubstanciem tanto do ponto de vista económico (dada a unidade da sua função), como do ponto de vista jurídico (por acção do mecanismo da conta corrente), autênticas reduções ao preço de factura.”, pelo que “o limiar da venda com prejuízo deveria, portanto, interceder na sua base, coincidindo com aquilo a que chamamos “preço efectivamente pago ao fornecedor”.”

iniciativa económica, sem que se demonstre a existência de qualquer motivo de proporcionalidade que o justifique.

Perante o exposto, ficam de parte ficam uma série de descontos recorrentemente utilizados por fornecedores e distribuidores nas suas relações comerciais, por não se enquadrarem no ora definido conceito legal. Assim, enumere-se alguns dos tipos de desconto usualmente praticados e que em princípio não poderão aqui ser enquadrados – descontos de cooperação comercial (contrapartida estabelecida em função do número de transacções efectuadas num determinado período temporal)¹²⁰; bónus pela não devolução de produtos; oferta de unidades adicionais de produto (contrapartida atribuída ao distribuidor pelo facto deste se comprometer a não devolver produtos deteriorados); bónus por garantia do tronco comum nacional (bónus pela obrigação de manter nas prateleiras de todos os pontos de venda determinada listagem de produtos); bónus *facing* mínimo linear (contrapartida atribuída ao distribuidor por este assegurar uma determinada área do seu espaço); bónus de organização das operações comuns especiais (desconto relacionado com acções promocionais sobre o produto do fornecedor), entre outros usualmente reconhecidos na prática comercial, mas que face ao conceito legal de desconto, não serão enquadráveis para efeitos de determinação do preço de compra efectivo.

Neste sentido, veja-se as palavras do Supremo Tribunal de Justiça que do alto da sua experiência afirma que todos estes descontos “servem uma estratégia comercial de fornecedores de criar incentivos ao escoamento dos seus produtos e, por aí, incrementar o seu volume de vendas”, acrescentando ainda que estes constituem uma “vantagem financeira para o revendedor consubstanciado na diminuição das quantias que deve ao fornecedor a título de pagamento do preço das mercadorias adquiridas”, o qual evidencia que até mesmo o Supremo considera incompreensível que estes descontos não sejam enquadráveis no conceito legal de desconto admissível para efeitos da determinação do preço efectivo de compra, por, segundo o legislador não estarem

¹²⁰ Em linha com a lei, mas publicado ainda ao abrigo do anterior regime jurídico, vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Setembro de 2002 “Para efeitos do cálculo de preço de compra efectivo a que se refere o n.2 do artigo 3 do Decreto-Lei n.370/93, de 29 de Outubro, na redacção do Decreto-Lei n.140/98, de 16 de Maio, não podem ser considerados os descontos de cooperação comercial, de prémio de crescimento e de investimento estratégico que não são directamente relacionados com a concreta transacção do produto, antes traduzem contrapartidas para o comprador estabelecidas em função do maior ou menor volume de transacções que venham a ser efectuadas em dado lapso de tempo, não sendo, por isso mesmo, também determináveis face à factura e no momento da sua emissão.”

directamente relacionados com a transacção, assim não sendo admissível a sua dedução no preço de compra efectivo, até porque a realidade actual demonstra que as relações comerciais entre fornecedor e distribuidor já não se esgotam actualmente na celebração de compras e vendas, constituindo na verdade uma relação muito mais complexa¹²¹.

O disposto no presente artigo só será excepcionado em três situações – em caso de deterioração de bens perecíveis; quando estejam em causa bens em saldo ou liquidação¹²²; e relativamente a bens cujo valor comercial seja afectado – podendo nestas situações as partes procederem à venda com prejuízo do bem ou serviço, ao seja, abaixo do seu preço de compra efectivo.

Na verdade este artigo ao proceder à definição e ao preenchimento ficcionado dos conceitos de preço de compra efectivo do produto e de venda com prejuízo, ao invés de recorrer simplesmente ao preço real do produto, tentou ir mais além acabando por ter consequências sobre as relações comerciais¹²³.

Assim, o preço de venda segundo este artigo corresponderá ao preço de venda efectivo, ao seja ao preço unitário na factura de compra, já líquido dos pagamentos ou descontos que se relacionam directa e exclusivamente como os produtos e que constem da factura, do contrato de fornecimento e da tabela de preços, devendo ainda ser determináveis no momento da emissão da factura e directamente relacionados com a transacção. Para a determinação do preço de venda acrescerão ainda os impostos da venda e os encargos com o transporte¹²⁴.

O **artigo 6.**^{o125} prevê a proibição da recusa de venda ou de prestação de serviços, excepto quando exista uma causa justificativa para tal, o que poderá ocorrer em

¹²¹ Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do STJ de 14 de Maio de 2014.

¹²² Complemente-se com o disposto no DL n.º 70/2007 de 26/03, alterado pelo DL n.º 10/2015 de 16/01.

¹²³ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Lei das Práticas Restritivas do Comércio”, Almedina, 2014, pág. 131 “Ora, esse “preço de compra” legalmente ficcionado não corresponde efectivamente ou raramente corresponderá, na realidade de mercado e mesmo tendo presentes os dados resultantes da ciência económica, ao custo do produto para o vendedor, resultando a proibição de uma margem de preço em que o negócio ainda é rentável para o vendedor, mas é proibido.”

¹²⁴ Vide. Também Bahamonde, R., La venta con perdida en Portugal - Una visión Ibérica, “AAVV. Competencia y Grande Distribución”, Aranzadi, Cizur Menor, maio de 2016

¹²⁵ Artigo 6.º

Recusa de venda de bens ou de prestação de serviços

1 - Sem prejuízo dos usos normais da respectiva actividade ou de disposições legais ou regulamentares aplicáveis, é proibido a uma empresa recusar a venda de bens ou a prestação de serviços a outra empresa, ainda que se trate de bens ou de serviços não essenciais e que da

determinadas situações aí previstas, como seja a protecção da propriedade industrial, motivos de força maior ou restrições relativas ao direito da concorrência e ao direito internacional público, sendo relevante para este efeito a questão da prática das vendas subordinadas, a qual deverá ser considerada como uma forma de recusa de venda (*tying*). Contudo, permanece em aberto se este elenco será fechado ou meramente exemplificativo.

Uma ressalva deverá ser feita para clarificar no sentido já exposto, que a recusa de venda também poderá constituir uma prática anti concorrencial (a recusa de fornecimento), pelo que aqui se revelará necessária uma ainda maior articulação entre a AdC e a ASAE, sendo de reconhecer que a prova da recusa justificada por uma empresa dominante será naturalmente dotada de uma maior complexidade.

Por último, no **artigo 7.^o**¹²⁶ surge prevista a proibição de recorrer a práticas negociais abusivas, as quais se encontram aí elencadas, o qual determina a sua nulidade.

recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado, excepto quando se verifique causa justificativa de recusa.

2 - É equiparada à recusa de venda a subordinação da venda de um bem ou da prestação de um serviço à aquisição de outro bem ou serviço.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1 do presente artigo, e sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, são consideradas causas justificativas de recusa:

a) A satisfação das exigências normais da exploração industrial ou comercial do vendedor, designadamente a manutenção dos seus stocks de segurança ou das necessidades de consumo próprio;

b) A satisfação de compromissos anteriormente assumidos pelo vendedor;

c) A desproporção manifesta da encomenda face às quantidades normais de consumo do adquirente ou aos volumes habituais das entregas do vendedor;

d) A falta de capacidade do adquirente para, face às características do bem ou serviço, assegurar a sua revenda em condições técnicas satisfatórias ou manter um adequado serviço de pós-venda;

e) A fundada falta de confiança do vendedor quanto à pontualidade do pagamento pelo adquirente, tratando-se de vendas a crédito;

f) A existência de débitos vencidos e não liquidados referentes a fornecimentos anteriores;

g) A existência de acordos de distribuição exclusiva para determinado território, conformes ao Direito da Concorrência;

h) A protecção da propriedade intelectual;

i) As restrições vigentes no Direito da União Europeia e no Direito Internacional, nomeadamente para a repressão e combate da criminalidade e terrorismo;

j) A dificuldade anormal de venda ou a prestação por motivos de força maior, nomeadamente em consequência de guerra, greve, lock-out, tumultos, comoções civis, assaltos, sequestros, sabotagem, terrorismo, atos de vandalismo, insurreições civis ou militares, assaltos ou fenómenos naturais de natureza catastrófica e imprevisível;

k) A ocorrência de qualquer outra circunstância inerente às condições concretas da transacção que, segundo os usos normais da respectiva actividade, tornaria a venda do bem ou a prestação do serviço anormalmente prejudicial para o vendedor ou para o comprador.

4 - Incumbe ao vendedor a prova das causas justificativas a que se refere o número anterior.

¹²⁶ Artigo 7.º

No fundo, o legislador pretendeu densificar este instituto, prevendo e definindo que uma série de práticas recorrentes no comércio moderno que deveriam ser consideradas abusivas, tendo por base as suas características. Desta forma, perante a previsão exemplificativa das mesmas, não restarão dúvidas sobre se determinada prática deverá ou não ser considerada abusiva e portanto nula.

Uma ressalva deve ser feita para destacar que apenas aqui surgem vedadas as imposições unilaterais, ou seja, quando uma das partes imponha à outra que actue de determinada forma, pondo em causa os princípios basilares da autonomia privada e da liberdade contratual.

Práticas negociais abusivas

1 - São proibidas as práticas negociais entre empresas que se traduzam:

- a) Na imposição da impossibilidade de venda a qualquer outra empresa a um preço mais baixo;
- b) Na obtenção de preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial exorbitantes relativamente às suas condições gerais de venda;
- c) Na imposição unilateral, directa ou indirecta:
 - i) de realização de uma promoção de um determinado produto;
 - ii) de quaisquer pagamentos enquanto contrapartida de uma promoção;
- d) Na obtenção de contrapartidas por promoções em curso ou já ocorridas, incluindo os descontos que consistirem na atribuição de um direito de compensação em aquisição posterior de bens equivalentes ou de outra natureza;
- e) Na alteração retroactiva de um contrato de fornecimento.

2 - Para efeitos do número anterior, consideram-se como «exorbitantes relativamente às condições gerais de venda» os preços, condições de pagamento, modalidades de venda ou condições de cooperação comercial que se traduzam na concessão de um benefício ao comprador, ou ao vendedor, não proporcional ao volume de compras ou vendas ou, se for caso disso, ao valor dos serviços prestados.

3 - São, ainda, proibidas, no sector agro-alimentar, as práticas negociais do comprador quando o fornecedor seja uma micro ou pequena empresa, organização de produtores ou cooperativa, e que se traduzam em:

- a) Rejeitar ou devolver os produtos entregues, com fundamento na menor qualidade de parte ou da totalidade da encomenda ou no atraso da entrega, sem que seja demonstrada, pelo comprador, a responsabilidade do fornecedor por esse facto;
- b) Impor um pagamento, directamente ou sob a forma de desconto:
 - i) Pela não concretização das expectativas do comprador quanto ao volume ou valor das vendas;
 - ii) Para introdução ou reintrodução de produtos;
 - iii) Como compensação por custos decorrentes de uma queixa do consumidor, excepto quando o comprador demonstre que essa queixa se deve a negligência, falha ou incumprimento contratual do fornecedor;
 - iv) Para cobrir qualquer desperdício dos produtos do fornecedor, excepto quando o comprador demonstre que tal se deve a negligência, falha ou incumprimento contratual do fornecedor;
 - v) Por custos relativos a transporte e armazenamento posteriores à entrega do produto;
 - vi) Como contribuição para abertura de novos estabelecimentos ou remodelação dos existentes;
 - vii) Como condição para iniciar uma relação comercial com um fornecedor.

4 - Qualquer cláusula contratual que viole o disposto no presente artigo é nula e tem-se por não escrita.

5 - As práticas negociais não proibidas pelo presente artigo, nomeadamente em virtude da dimensão ou do sector de actividade dos intervenientes, devem ser objecto de auto-regulação nos instrumentos a que se refere o artigo 16.º

Para que tal ocorra, será naturalmente necessário verificar que uma das partes tem um maior poder de compra ou de venda sobre a outra, o qual lhe permite impor a sua vontade. Contudo, não basta a existência desse desequilíbrio de poderes, será necessário demonstrar-se que esse poder foi efectivamente utilizado para fazer valer a sua vontade sobre a outra parte ou impor-lhe uma prática ou conduta. Seria aliás extremamente prejudicial para o mercado que a mera existência desse tipo de poder implicasse a presunção de que o mesmo era exercido no decorrer das relações comerciais entre as partes.

Ressalva-se ainda a existência de um regime específico mais gravoso e abrangente para a hipótese de estarmos perante fornecedores que sejam micro ou pequenas empresas¹²⁷ ou cooperativas, e ainda algumas especificidades respeitantes ao sector agro-alimentar, sector que mais se visou proteger com a entrada em vigor deste diploma.

Analisado o teor, conteúdo e objectivos do presente diploma facilmente subscrevemos a posição da maioria da doutrina portuguesa. Estamos perante um diploma extremamente intrusivo na livre iniciativa económica dos sujeitos do mercado, ressalvando-se que numa perspectiva de proporcionalidade, esta intrusão nos parece até desnecessária, pelo que o mesmo nunca poderá deixar de ser alvo de crítica.

Pelo menos se o mesmo se demonstrasse claro e esclarecedor, sempre seria um diploma alvo de críticas mas capaz de manter a coerência, mas não é isso que aqui se verifica. A cada novo artigo, a cada novo número, a cada novo termo surgem dúvidas sobre como o interpretar, sobre o que é que o legislador pretendia dizer, e essas dúvidas nunca poderão ser uma nota positiva para a coerência do sistema jurídico português.

Uma nota ainda para fazer o enquadramento deste diploma face ao regime concorrencial instituído em Portugal. Assim, sempre que o diploma tenha como objecto práticas anti concorrenciais e que por isso já entrem no âmbito de aplicação do direito da concorrência, a sua aplicabilidade estará naturalmente excluída, salvos as excepções em que a prática não tenha dimensão suficiente para constituir uma afectação sensível da concorrência, situação em que o âmbito da aplicação objectivo do direito da concorrência já não se encontrará preenchido, abrindo então caminho à aplicação do regime das práticas restritivas do comércio.

¹²⁷ São utilizados os critérios definidos na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de Maio de 2003.

Capítulo III - Contratos de Fornecimento

O contrato de fornecimento constitui um dos instrumentos integrantes da categoria de contratos comerciais tradicionalmente designada por contratos de distribuição. Neste contexto, a sua importância é recorrentemente descurada face aos restantes instrumentos que integram esta categoria – nomeadamente, o contrato de agência o contrato de concessão ou o contrato de *franchising*. Contudo, diga-se que esta ideia não é correcta e descura a realidade actual, na qual o contrato de fornecimento surge reforçado de crescente importância no contexto da moderna distribuição comercial¹²⁸.

Estamos perante um negócio de execução reiterada, em que uma das partes – o fornecedor – se obriga perante outra – o distribuidor – a fornecer-lhe bens, usualmente de forma periódica e duradoura, tendo em conta as necessidades deste último, para que este posteriormente proceda à sua revenda junto do consumidor final¹²⁹.

Neste sentido, o contrato de fornecimento demonstra-se essencial na articulação entre produtores e distribuidores.

A sua existência é antiga – este já era reconhecido pelo Código Comercial Veiga Beirão, datado de 1888 e ainda actualmente em vigor, no contexto da qualificação do que seria uma empresa comercial¹³⁰ - mas nem por isso o mesmo deixa de ser dotado de uma actualidade notória¹³¹, pelo que se denota que estamos perante um contrato nominado ainda que apenas socialmente típico.

¹²⁸ Vide PINTO, Fernando Ferreira, “Contratos de Distribuição” – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo, Universidade Católica Editora, Lisboa 2013, pág. 13, a propósito da definição de contrato de distribuição, refere que “tal designação abrange um conjunto de negócios jurídicos que revelam uma certa homogeneidade, por partilharem determinadas características básicas e apresentarem um objectivo comum: servirem de suporte à distribuição integrada de produtos ou serviços”.

¹²⁹ CUNHA, Carolina, “O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais”: “Trata-se (...) de um negócio de execução reiterada, em que uma das partes (o fornecedor) se obriga, contra o pagamento de um preço, a realizar fornecimentos periódicos ao outro contraente”.

¹³⁰ “Art.º 230.º Empresas comerciais

Haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou colectivas, que se propuserem:

(...)

2.º Fornecer, em épocas diferentes, géneros, quer a particulares, quer ao Estado, mediante preço convencionado;

(...).”

¹³¹ “o contrato de fornecimento não só continua bem vivo, como ainda apresenta uma saúde renovada” CUNHA, Carolina, “O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais”

Este contrato constitui-se um contrato-quadro mediante o qual as partes procedem à definição das condições contratuais que regularão a relação entre elas, a qual tudo indica que se pretenderá longa e duradoura; pelo que, este será posteriormente seguido de múltiplos contratos de execução, os quais serão em princípio enquadráveis juridicamente como compras e vendas mercantis. Está assim criada uma relação obrigacional de extrema complexidade.

3.1. A distribuição moderna – realidade actual

Relativamente ao conceito de distribuição moderna diga-se que esta corresponde à clara evolução do conceito “comércio”. Assim, esta contraposição entre os conceitos de “distribuição” e de “comércio” pretenderá evidenciar que actualmente os distribuidores já não são meros comerciantes – souberam-se especializar e fazer evoluir a sua actividade de tal forma que são actualmente verdadeiros distribuidores dos bens produzidos pelos fornecedores, estando a este fenómeno subjacente uma evidente especialização de actividades, que permite caracterizar os distribuidores actualmente como comerciantes especializados.

Pode-se qualificar a distribuição como: distribuição directa, situação em que todo o processo de distribuição recai sobre o produtor, o qual é responsável não só pela produção como também pela transmissão dos bens produzidos ao consumidor final; ou distribuição indirecta, o que ocorre quando o produto é produzido por fornecedor, mas que é comercializado e distribuído por entes distintos deste.

A distribuição indirecta poderá ainda dividir-se em: distribuição indirecta integrada, quando ocorra coordenação entre produtores e distribuidores e distribuição indirecta não integrada, a que corresponderá a ausência de coordenação entre estes¹³².

O fenómeno da distribuição directa surge em consequência da extraordinária expansão que os grandes retalhistas conseguiram fazer da sua actividade. Tal começou no decurso da década de 80, quando os primeiros retalhistas começaram a surgir em Portugal, altura em que o paradigma ainda era outro, permanecendo todo o poder nas mãos dos produtores, sendo os distribuidores entendidos quase como meros agentes dos

¹³² Vide GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Lei das Práticas Restritivas do Comércio”, Almedina, 2014, pág. 220, “se na distribuição directa é o próprio produtor que oferece os produtos directamente ao consumidor final – através de representantes com dependentes, assalariados, filiais e delegações -, na distribuição indirecta integrada quem desenvolve essas tarefas de atracção da clientela e de comercialização dos produtos e serviços aos consumidores são empresas independentes, que assumem também os “riscos” dessa actividade.”.

produtores – limitavam-se a comprar e pôr o produto à disposição do consumidor final. Contudo, com o passar do tempo, aqueles foram capazes de conquistar os consumidores, vindo de forma natural e progressiva a inverter as posições do mercado.

Tal evolução justifica-se em parte pelas características deste tipo tão específico de comércio que se demonstra muito cativante para os consumidores e de uma notória eficiência económica.

De forma, a contextualizar o sector da distribuição, será relevante referir que estamos perante um modelo de negócio dotado de uma forte diversidade de oferta, com bastante qualidade associada, com preços normalmente inferiores aos praticados pelo comércio tradicional, com localizações racionalizadas para a maior conveniência e interesse dos consumidores, com estacionamento disponível, e com horários alargados. Tudo está pensado e raciocinado de forma a conquistar o consumidor final, o que diga-se, foi atingido com sucesso.

Actualmente, são os grandes retalhistas os grandes detentores do poder de mercado¹³³ e os produtores aqueles que se sujeitam a uma cada vez maior dependência daqueles – assim, se é certo que os fornecedores têm como objectivo máximo fazer chegar o seu produto aos consumidores, certo também será que os grandes distribuidores são hoje praticamente o único meio para o fazer com sucesso, sendo hoje por isso habitualmente qualificados como “(...) verdadeiros “porteiros” (“*gatekeepers*”, na terminologia anglo-saxónica) no acesso dos produtos da indústria transformadora – alimentar e especializada – ao consumidor final.”¹³⁴.

A saúde económica da indústria produtora é actualmente um tema muito em voga actualmente, sendo a opinião pública unânime em condenar os grandes distribuidores como o “bicho papão do mercado”. Em consequência desta situação, as acusações dos fornecedores relativamente ao forte poder negocial dos distribuidores são uma constante, sendo por aqueles afirmado que estes os distribuidores abusam de forma desproporcional do seu poder quando se encontram à mesa de negociação, deixando-os numa posição muito vulnerável.

¹³³ Sobre o conceito de poder de compra, veja-se a definição proposta pela OCDE, assim “a firm is said to have market power and if the market power is great enough, to be in a position of dominance or monopoly (the precise terminology differs according to the jurisdiction)” *in* <http://www.oecd.org/competition/abuse/>, consultado em 25.09.2016.

¹³⁴ *in* “Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores Estudo” AdC, 2010, pág. 16, disponível em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf

No estudo da Autoridade da Concorrência, esta entidade procedeu à identificação de quatro condições que considerava denotar de forma mais notória o desequilíbrio entre as partes na negociação, assim: 1) a imposição unilateral de condições (negociação de contratos-tipo) – contratos cristalizados e sem margem de negociação; 2) os descontos e outras contrapartidas, ainda que estas sejam devidamente enquadráveis nos usos do comércio; 3) penalizações em face do incumprimento pelo fornecedor, ainda que parcial do contrato, que apenas incidem sobre o incumprimento do contrato por uma das partes; 4) prazos de pagamento muito longos, e que surgem previstos dessa forma logo a nível contratual, a que acrescem recorrentes atrasos no pagamento¹³⁵.

Em parte está em causa uma cada vez maior democratização do mercado, por outro lado as relações comerciais tornam-se cada vez mais complexas e dinâmicas. Sendo notória a inversão dos poderes que terá consequências inevitáveis sobre a concorrência, sobre o bem-estar dos consumidores e sobre a eficiência económica – as quais não têm necessariamente que ser más.

Naturalmente que a variedade de fornecedores e/ou marcas existentes para um mesmo produto também terá influencia nesta questão – quantos mais fornecedores de um determinado produto existirem nesse sector, também mais justa a concorrência será nesse sector; em sentido oposto, nos sectores em que exista um único produtor de determinado produto, este será detentor de uma posição de tal maneira forte em virtude desse monopólio, o que lhe proporcionará inevitavelmente mais poder de mercado, podendo de certa forma impor a sua vontade.

A isto acresce ainda a existência de marcas com tamanha força e peso no mercado dos produtos em que operam, que tal proporcionará aos seus fornecedores uma posição de força carregada de um elevado poder negocial – estão em causa as chamadas marcas âncora, muito conhecidas dos consumidores e das quais estes não abdicam, pelo que também os distribuidores não abdicarão de as ter presente na sua placa de venda, jogando-se aqui um outro equilíbrio de poderes.

3.2. Contratos de fornecimento – prática corrente

Regressando à temática dos já referidos contratos de fornecimento celebrados entre fornecedores e distribuidores, reforça-se a ideia de que estão em causa contratos-

¹³⁵ Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores Estudo” AdC, 2010, pág. 12

tipo, usualmente minados por cláusulas contratuais gerais¹³⁶, os quais são uniformemente utilizados pelos grandes retalhistas, restando aos fornecedores a liberdade de os subscrever e já não a sua liberdade de estatuição. Estes limitam-se a aderir aos termos dos mesmos, estando aqui evidenciada uma notória imposição unilateral das condições contratuais, ao que o fornecedor apenas poderá optar por aderir ou não aderir. No fundo, é o comprador que “dita as regras”, invertendo completamente a lógica do instituto da compra e venda.

Normalmente estes contratos são estruturados em duas partes: uma primeira relativa às condições gerais, ao seja da relação entre as partes, a qual tenderá a seguir o referido modelo de contrato-tipo de mera adesão; e uma outra relativa às condições específicas da encomenda, relativamente à qual já se assiste a um certo nível de negociação entre as partes.

Também conforme já referido, estarão em causa contratos de execução reiterada no tempo, os quais têm em regra validade de um ano renovável, sendo contudo recorrente que os mesmos sejam sujeitos a aditamentos e/ou adendas com o intuito de reajustar preços e descontos, conforme as oscilações naturais do mercado. Mais problemática surge a questão da sua celebração, visto que estes são normalmente celebrados já no decurso do ano civil, tendo contudo efeitos retroactivos ao início do respectivo ano civil, o que naturalmente também será extensível à questão dos descontos.

As diferenças do poder negocial são uma consequência natural do mercado, mas estas podem vir a ter consequências nefastas no mercado conduzindo a práticas comerciais desleais/restritivas, as quais são ainda mais notórias no que respeita às pequenas e médias empresas e ao sector agro-alimentar, motivo pelo qual verificámos aquando da análise do regime das PIRC que o legislador pretendeu assegurar a reforçada protecção destes entes¹³⁷.

3.3. Marcas Próprias

Verifica-se que todo o actual paradigma do mercado é agravado pelo surgimento das marcas próprias¹³⁸.

¹³⁶ E portanto, em principio sujeitos ao regime das Cláusulas Contratuais Gerais, reguladas pelo DL n.º 446/85, de 25 de Outubro.

¹³⁷ Remete-se contudo para o anterior capítulo respeitante às PIRC, onde concluímos pela desnecessidade e desproporcionalidade do diploma.

¹³⁸ Sobre a definição de marca própria:

É actualmente prática corrente que os grandes retalhistas vendam produtos com o seu nome e a sua imagem, que sendo muito similares aos produtos de indústria, são vendidos a um preço mais baixo e aos quais é normalmente associada uma relação qualidade/preço interessante para o consumidor, e que ao “vestirem” a insígnia do retalhista, surgem dotados de uma certa fidedignidade que se revela mais facilmente capaz de conquistar os consumidores finais¹³⁹ – e se antes existiam preconceitos em relação a estas marcas, hoje há cada vez mais consumidores que lhes são fieis e que em virtude disso, potenciam cada vez mais o poder de mercado dos retalhistas e da sua marca própria, que vão assim alargando o seu leque de produtos, o seu poder de mercado e as suas margens.

Estas vieram claramente complexificar uma relação que sempre foi complexa por natureza, surgindo assim em simultâneo como um elemento agravante da dicotomia do poder entre distribuidores e fornecedores – desta feita os grandes distribuidores passam a ter uma alternativa às marcas de indústria, já não se encontrando exclusivamente dependentes daquelas - e como forma de diversificação do mercado – os consumidores passam a ter à sua disposição uma maior variedade de produtos.

Da perspectiva dos distribuidores, o recurso à marca própria significará uma forma de concorrer directamente com os fornecedores, de aumentar as suas margens de lucro, e ainda a possibilidade de fidelizar mais clientes.

Certo é que com a recente crise económico-financeira que se viveu em Portugal, os hábitos dos consumidores sofreram notórias alterações, e as marcas próprias foram um dos sectores mais beneficiados por esta circunstância, visto que os consumidores passaram a encontrar nestas uma alternativa fiável e economicamente interessante às marcas de indústria, agravando ainda mais as preocupações e a desconfiança dos fornecedores em relação àquelas, e bem assim a referida dicotomia de poder.

“Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores Estudo” AdC, 2010: “...todos os produtos e mercadorias vendidas sob a marca de um retalhista. Essa marca pode ser a insígnia do retalhista ou um nome criado exclusivamente por esse retalhista. Em alguns casos, o retalhista pode pertencer a um grupo retalhista que é proprietário da marca e que está disponível apenas para os membros do grupo”

ROUSSEAU, José António Rousseau, Manual de distribuição: “marca utilizada pelo distribuidor para identificar os artigos comercializados apenas nos seus estabelecimentos com o objectivo económico de lhe permitir melhorar a sua posição concorrencial, quer na compra, quer na venda e o objectivo estratégico de fidelizar consumidores.”

¹³⁹ Diga-se, em contraposição a qualquer outra marca nova que surgindo no mercado, terá mais dificuldade a conquistar o consumidor final, face ao desconhecimento e à desconfiança natural.

Se por um lado, as marcas de indústria têm uma maior notoriedade da marca junto do consumidor final, por outro lado, as marcas brancas conseguem agregar a notoriedade da marca do distribuidor, encontrando-se em clara vantagem face às novas marcas que se tentem aventurar no mercado.

Estamos assim perante mais um contributo para as alterações actualmente visíveis no paradigma da distribuição moderna - durante uma série de anos os grandes retalhistas apenas distribuía produtos, eram meros distribuidores, e de repente passam a estar em concorrência directa com os fornecedores de sempre, passando a ter produtos “seus” à disposição dos consumidores nos seus estabelecimentos comerciais – já não são meros clientes dos produtores, na verdade transformaram-se nos seus principais concorrentes, comportando assim um duplo papel.

Este duplo papel vem-se a revelar algo dúbio e questionável face à posição favorecida em que os grandes retalhistas se encontram. Afinal, estes para além de compradores e concorrentes dos fornecedores são também os gestores do espaço de prateleira e da sua placa de venda que marcas de indústria e marcas próprias ocupam, encontrando-se ambas em permanente concorrência directa no acesso ao espaço comercial, o que poderia levantar dúvidas sobre a independência com que fazem essa gestão, se é que terão sequer que actuar com qualquer tipo de independência.

Os fornecedores vêm-se assim forçados a partilhar o espaço de prateleira com marcas próprias que em tudo lhes são similares, sem que tenham, em princípio, qualquer controlo sobre as decisões relacionadas com o espaço que as suas marcas ocupam¹⁴⁰. Em contrapartida, os distribuidores têm todo o poder não só na definição do espaço que a sua marca ocupa, como também do espaço que a marca do fornecedor ocupará, encontrando-se estas em princípio em clara desvantagem em relação àquela. Sendo ainda notório que a presença da marca própria nem sempre é proporcional à sua quota de mercado, contrariamente àquilo que tende a ser alegado pelos retalhistas em relação às marcas de indústria, que em regra tendem a fazer depender o espaço ocupado por estas da sua quota de mercado.

Perante o quadro apresentado, ressalve-se ainda que os retalhistas detêm uma grande vantagem face aos produtores no que respeita à informação que detêm e que são capazes de assimilar. Os retalhistas acabam por ser detentores de um vasto leque de informações sobre as escolhas e as preferências do consumidor final, encontrando-se

¹⁴⁰ À excepção das situações em que esse elemento é negociado pelas partes.

também neste campo em clara vantagem em relação aos fornecedores – quer seja, mediante a análise das suas vendas, quer através dos cartões promocionais que fazem a análise das compras de cada consumidor – assistindo-se assim a uma clara assimetria informativa.

Ainda no que respeita a informação detida pelos retalhistas, mas já noutra vertente, refira-se que estes enquanto compradores e distribuidores dos produtos dos fornecedores também se vêm dotados de uma enorme vantagem informativa, visto que, aquando da negociação com aqueles tendem a exigir a prestação de informação completa sobre os produtos e sobre novos lançamentos e estratégias de *marketing*, o que tendo em conta a sua já referida dupla função lhes permite “correr” permanentemente atrás do produtor, num constante lançamento de produtos semelhantes aos das marcas de fornecedores, tomando decisões estratégicas relativamente à sua marca própria.

A este propósito, refira-se a questão dos “*copy cats*” ou produtos “*look a like*”, os quais consistem em produtos de marca própria de tal forma similares aos produtos dos fornecedores que se torna notória a inspiração dos mesmos, ou de forma mais grave ainda, o facto destes serem pensados de forma a levar o consumidor a acreditar que ambos constituem o mesmo produto, sendo vulgar o recurso a embalagens muito similares para “enganar” o sentido visual do consumidor, o que levanta questões sensíveis relacionadas com o direito da propriedade industrial e de concorrência desleal¹⁴¹.

A marca própria de certa forma também é um meio de expansão vertical, na medida que os distribuidores não participam verdadeiramente no processo de fabrico das mesmas, em regra, procedendo à contratação de produtores para tal, mediante a celebração de contratos de fornecimento, cujas cláusulas tendem a ser extremamente apertadas e rigorosas, face à necessidade que os retalhistas terão de proteger a sua imagem, não desejando associá-la a um produto de qualidade questionável, neste sentido veja-se que os consumidores associarão o produto de marca própria ao retalhista e não a um qualquer fornecedor. Assim, estas serão em regra produzidas em regime de *outsourcing* por fornecedores que já detêm o *know-how* necessário para o efeito, podendo suceder uma de duas situações: ou o fornecedor desenvolve a sua actividade

¹⁴¹ Aqui poderão inclusive já estar em causa problemas relacionados com o Direito da Propriedade Industrial, veja-se os artigos 245.º (conceito de imitação ou usurpação), 317.º (concorrência desleal) e 323.º (contrafacção, imitação e uso ilegal de marca) do Código Propriedade industrial, e bem assim também o artigo 196.º (Aproveitamento indevido de segredo) do Código Penal.

em exclusivo para o retalhista – apenas produz para aquele não sendo proprietário da marca, e beneficiando de um escoamento constante da sua produção para o retalhista, vendo os custos associados à sua actividade diminuídos, o que contudo poderá suscitar claras questões de dependência económica; ou o fornecedor é em simultâneo produtor de marca própria e concorrente daquela, o que é especialmente vulgar em situações de excesso de capacidade produtiva e de linhas de produção face à procura do seu produto, acabando por alocar e rentabilizar esse excesso, o que também representará um benefício para estes.

O processo de produção dos produtos de marca própria poderá ainda estar nas mãos do retalhista, situação em que estas se denominarão “marcas próprias de fabrico próprio”, o que é especialmente vulgar quando existam sectores de panificação e pastelaria na placa de venda do retalhista. Contudo, tal já significará enveredar por uma via industrial que não se enquadra em princípio nos propósitos e nos fins normais dos distribuidores, já estando aqui em causa uma expansão das suas áreas negociais – mais uma hipótese de integração vertical.

Contudo, refira-se que actualmente as marcas próprias já não são apenas uma alternativa mais barata para um produto semelhante, estas começam a ter uma política de baixo preço associada a elevada qualidade, tendo-se vindo a assistir a um cada vez maior investimento por parte dos distribuidores na criação de produtos inovadores e diferenciadores que já não constituem meras cópias dos produtos das marcas de indústria – veja-se o caso das gamas *gourmet* e as gamas saudáveis.

As marcas próprias procedem no fundo à definição daquele que é o preço inicial do mercado, pelo que também existirá uma forte pressão competitiva sobre as marcas de indústria para que estes baixem o seu preço, aproximando-se daquelas.

Se estas terão efeitos positivos no curto prazo – diversidade da oferta, preços mais baixos, competitividade no mercado – não se poderá descurar os efeitos dinâmicos a longo prazo.

Naturalmente que os fornecedores ao verem as suas receitas diminuírem, por via da redução da sua quota de mercado, terão menos disponibilidade financeira para alocar montantes ao investimento e desenvolvimento de novos produtores, o que a longo prazo terá consequências negativas sobre o mercado e sobre os consumidores, desta forma o fornecedor poderá não ter incentivos suficientes para inovar e/ou investir, se todo o lucro for “sugado” pelo comprador-distribuidor.

Actualmente não existindo verdadeiras alternativas a estes – ou existindo, não se revelam viáveis, pelo que não chegarão a constituir uma verdadeira alternativa face à parca dimensão do volume negocial associado – ; por outro lado, também seria inviável e irrealista imaginar uma realidade alternativa em que o fornecedor face ao desinteresse do retalhista no seu produto, viesse a criar uma rede associada de raiz, de forma a proceder ao escoamento e à comercialização dos seus produtos, ao seja, à passagem de um modelo de distribuição indirecta para um modelo de distribuição directa.

Contudo, faça-se uma ressalva para o facto de não nos parecer que a política de marca própria dos distribuidores tenha como intuito último extinguir as marcas de indústria, mas apenas concorrer com estas. Sendo que todas estas questões apenas serão verdadeiramente problemáticas quando a existência e o desenvolvimento das marcas próprias começar a implicar a eliminação de marcas já existentes. Por outro lado diga-se que face à proliferação das marcas próprias, apenas as marcas fortes conseguirão sobreviver, verificando-se que as marcas secundárias ou terciárias terão uma natural tendência para ser substituídas pelas marcas próprias, as quais conseguem atingir uma maior notoriedade do que aquelas ao “vestir” a insígnia do distribuidor.

Neste sentido, diga-se que os distribuidores também não terão qualquer vantagem em recusar ter os produtos de indústria nas suas prateleiras, desde logo porque a comercialização de produtos é o seu negócio, pelo que pretenderá ter à disposição do consumidor final o máximo de produtos por este desejados; a ideia de ver uma prateleira sem produtos âncora também é inviável e pouco credível, os consumidores dificilmente veriam satisfeitas as suas necessidades meramente com a existência das marcas próprias – estas continuam a ser apenas uma alternativa às marcas de renome e não verdadeiramente a marca de eleição, estas marcas têm uma certa visibilidade e notoriedade que será sempre muito difícil às marcas próprias conseguirem recriar, e com isto não pretendemos dizer que se os distribuidores pudessem lucrar tendo à disposição dos consumidores nas suas prateleiras apenas os produtos da sua marca própria estes não o fariam, simplesmente essa ideia é inviável e impraticável face à realidade actual.

Relativamente aos agrupamentos de compras, diga-se apenas que estas consistem essencialmente em centrais de compras através das quais vários retalhistas (ou grossistas) se agrupam para negociar e adquirir produtos de forma mais vantajosa. É evidente que esta união lhes trará mais poder, o que face à realidade actual evidenciará

ainda mais a dicotomia de poder entre fornecedores e distribuidores – ou neste caso, entre fornecedores e centrais de compras.

Estes poderão constituir meros acordos de negociação – situação em que apenas é feita a centralização da negociação das condições contratuais – ou acordos de compra – nos quais se procede à centralização das compras e da negociação.

Este tipo de acordos estão naturalmente abrangidos pelo direito da concorrência – são verdadeiros acordos horizontais no sentido descrito anteriormente – sendo celebrados entre vários entes do mesmo nível, pelo que todos os acordos deste tipo deverão ser alvo da devida análise jusconcorrencial, tendo por base o disposto no artigo 4.º/1 da LdC e no art. 101.º do TFUE, este último apenas quando ocorra uma afectação do comércio entre os Estados-Membros.

Diga-se desde já, que apesar da necessidade desta análise, estes serão em princípio quase sempre considerados benéficos e pro-competitivos – pelo que em princípio se enquadrarão na excepção legal do artigo 101.º/3 do TFUE, assim desde que estes contribuam para a melhoria do bem-estar do consumidor, dificilmente se demonstrará que os mesmos não terão um efeito benéfico sobre o mercado.

3.4. Regime jurídico aplicável

Perante a realidade supra descrita, poder-se-ia questionar relativamente a uma série de situações recorrentes nas relações entre fornecedores e distribuidores, se não poderão estar em causa violações às normas concorrenciais actualmente em vigor no ordenamento jurídico interno conforme já expostas no decorrer do nosso estudo.

Relativamente à definição do mercado em causa, diga-se que as dimensões materiais e geográficas deste sofrerão alterações naturais consoante a fase da cadeia de distribuição em que se concentre a nossa análise – assim, a dimensão do mercado de retalho encontra-se quanto ao objecto relacionada com a actividade de distribuição alimentar que lhe é associada, e a nível geográfico tende a ser levado em conta um contexto local de certa proximidade –; relativamente ao conceito de substituíbilidade estarão em causa “as alternativas de que os fornecedores dispõem para proceder ao escoamento do seu produto”.

No que respeita às denominadas práticas colusivas – acordos, práticas concertadas entre empresas e decisões de associações de empresas – com previsão nos já referidos artigos 101.º do TFUE e 9.º da LdC, deverá ser feita uma análise distinta consoante estejam em causa relações do tipo horizontal ou do tipo vertical, devendo-se

sempre evidenciar a necessidade de estar em causa uma afectação sensível da concorrência para que o campo de aplicação dos referidos artigos se encontre preenchido.

Assim, no que toca às relações comerciais entre fornecedores e distribuidores no ramo da distribuição alimentar, estando naturalmente em causa relações do tipo vertical, as mesmas são conforme exposto reguladas por contratos de fornecimento, sendo que estas dificilmente terão como objecto ou efeito restringir a concorrência, pelo que não serão em princípio abrangidos pelo campo de aplicação do direito da concorrência, visto que tal constitui condição inerente para a aplicação dos normativos concorrenciais¹⁴².

Por outro lado, as relações entre os diferentes retalhistas tem-se vindo a revelar bastante transparentes tendo em conta a inexistência de quaisquer indícios de práticas concertadas ou de acordos restritivos da concorrência celebrados entre estes. Na verdade, face à realidade do mercado da distribuição em Portugal, o qual é fortemente marcado pela adopção de comportamentos paralelos entre as várias empresas distribuidoras, diga-se que estas coexistem em permanente cópia umas das outras (*follow the competition*), fazendo-o de forma consciente, autónoma e independente, e não com o intuito de restringir a concorrência perante a existência de acordos entre elas para se comportarem daquela forma.

Numa perspectiva de análise da existência de uma posição dominante no mercado, diga-se que nenhum grande distribuidor consegue por si só atingir uma quota de mercado que lhe permita constituir uma posição dominante, tal como legalmente interpretada anteriormente, no que respeita ao disposto no art. 11.º da LdC e no art. 102.º do TFUE. Conforme analisado em capítulos anteriores, os critérios para a determinação da existência de uma posição dominante acabam por ser bem mais apertados do que seria expectável, tornando-o um conceito extremamente vago, abstracto e com pouca aplicabilidade real, pelo menos neste âmbito dos contratos de fornecimento que aqui nos propusemos a estudar. No limite, poderíamos estar perante uma posição dominante colectiva.

¹⁴² Veja-se o que a AdC diz a este respeito no seu “Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores Estudo” AdC, 2010, pág. 59: “Com efeito, dificilmente, praticas que ocorrem entre fornecedores e distribuidores no âmbito das suas relações comerciais, decorrentes, nomeadamente, de um poder de compra acrescido por força de um certo grau de concentração, serão enquadráveis nos objectivos da legislação de concorrência, na medida em que as mesmas não tenham por objecto ou como efeito restringir de forma sensível a concorrência, condição *sine qua non* para aplicação da lei da concorrência (LNC e/ou 101.º e 102.º do TFUE)”.

Faça-se uma ressalva neste contexto para o facto de que uma possível recusa dos grandes distribuidores em venderem os produtos dos fornecedores poderia facilmente vir a recair sobre o campo de aplicação deste artigo, visto que os supermercados se revelam a forma mais viável e eficaz que os fornecedores têm para escoar o seu produto – sem estes ver-se-iam em grandes dificuldades para fazer chegar o seu produto ao consumidor final – parecendo-nos que a recusa daqueles, deixaria os fornecedores verdadeiramente de “mãos e pernas atadas” e que se não justificada se poderia revelar um abuso da sua posição.

Outra questão curiosa encontra-se relacionada com o conceito de infra-estrutura essencial presente no art. 11.º/2/e da LdC¹⁴³, assim perguntar-se-ia se o espaço de prateleira dos retalhistas poderá ser considerado uma infra-estrutura essencial para os fornecedores, ao seja, para que estes consigam proceder ao escoamento do seu produto. Estando perante mais um conceito indeterminado, a análise deste preceito revela-se especialmente complexa, pelo que será essencial o recurso à Jurisprudência Europeia¹⁴⁴, o que nos leva a concluir que aceitar tal posição seria excessivo e demasiado violador da autonomia privada e da liberdade contratual dos distribuidores.

Assim, a maioria das ditas práticas comerciais desleais acabam por não ser abrangidas pelo direito da concorrência, visto que os intervenientes ainda que detentores

¹⁴³ “2 — Pode ser considerado abusivo, nomeadamente:

(...)

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.

¹⁴⁴ Na decisão da Comissão EC/94/19, *Sea Containers/Stena Sealink*, esta definiu infra-estrutura essencial como consistindo “(n)a instalação ou a infra-estrutura sem cujo acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes”.

Também no Acórdão do Tribunal de Justiça, datado de 26 de Novembro de 1998, *Oscar Bronner/Media-print*, Processo C-7/97, foi preenchida a admissibilidade do conceito de infra-estrutura essencial no sentido seguinte: “Com efeito, para que a existência de um abuso na aceção da referida disposição possa ser verificado nestas circunstâncias, é preciso não só que a recusa do serviço que constitui a distribuição domiciliária seja de natureza a eliminar toda e qualquer concorrência no mercado dos jornais diários por parte de quem procura o serviço e não possa ser objectivamente justificada, mas ainda que o serviço seja em si mesmo indispensável para o exercício da sua actividade, no sentido de que não exista qualquer substituto real ou potencial para o referido sistema de distribuição domiciliária.”, reconhecendo-se assim a existência de três requisitos para a sua aplicação – que a recusa tenha como intuito eliminar a concorrência no mercado; que a recusa não possa ser objectivamente justificada; e que o serviço seja indispensável, não existindo qualquer substituto ou alternativa ao mesmo.

de uma posição forte no mercado, não chegam a atingir uma posição dominante, o que como se sabe constitui elemento essencial de aplicação do direito da concorrência.

Na verdade, diga-se até, que tanto no que respeita ao teor dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, como no respeitante aos arts. 9.º e 11.º da LdC, se tem verificado uma parca, quase nula intervenção por parte da AdC, não se assistindo à existência de situações deste tipo em Portugal entre fornecedores e distribuidores.

A terceira e última prática referida no texto da nossa LdC, mas sem qualquer reflexo no normativo europeu refere-se ao abuso de dependência económica, com previsão no art. 7.º da LdC. Está em causa, conforme já referido, a exploração abusiva de uma parte mais fraca por um ente mais forte, neste caso concreto, o abuso do fornecedor pelo distribuidor.

Entrando no campo das PIRC, remete-se para o capítulo deste estudo a elas referente, denotando-se contudo a especial relevância neste contexto do art. 7.º desse diploma, respeitante às práticas negociais abusivas.

Por último, fazemos uma breve referência à possibilidade da questão dos produtos “*copy cat*” e “*look a like*” poderem ser abrangidos pelo direito da propriedade industrial, o qual já fugindo do nosso objecto de estudo, não será aqui analisado.

Contudo, parece-nos facilmente apreensível do teor da Lei da Concorrência portuguesa, do Tratado de Funcionamento da União Europeia e também do diploma das Práticas Restritivas da Concorrência, que o campo de aplicação dos preceitos anteriormente analisados não se encontrará preenchido, pelo que estas práticas não se encontrando em regra enquadradas em nenhum dos referidos normativos, não serão de qualificar como ilícitas à luz do quadro legal actualmente em vigor.

Isto não significa contudo que não exista um claro desequilíbrio comercial entre as partes intervenientes nestes contratos, apenas significa que esse desequilíbrio não terá implicações ao nível do direito da concorrência.

De uma perspectiva jurídico-concorrencial, reforça-se ainda que a ideia subjacente ao direito da concorrência não visa uma política redistributiva.

Conclusão

Chegados a este ponto, e depois de analisado o regime do direito da concorrência actualmente vigente em Portugal, com todas as vicissitudes que lhe são inerentes em razão da coexistência do regime jurídico europeu plasmado nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, com o regime interno transposto para o ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 19/2012, comumente designada por Lei da Concorrência, a que acresce ainda o regime das Práticas (Individuais) Restritivas do Comércio, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, que ainda que recaindo fora do âmbito do direito da concorrência, não deixa de fazer antever a necessidade da sua análise perante o objecto que nos propusemos a estudar, conclui-se que estamos perante um conjunto normativo de grande complexidade, o qual será necessariamente complementado pela Jurisprudência e pela Doutrina europeia, vitais neste campo para a correcta interpretação do sentido a dar aos seus normativos.

Nesta senda, face à associação deste regime à realidade da distribuição moderna em Portugal, conclui-se que estamos perante um sector fortemente vincado pela predominância dos grandes distribuidores, os quais sendo detentores de uma posição mais forte no mercado, resultante da marcada evolução que este sector tem tido, podem-se fazer valer da mesma para obter condições que lhes são mais benéficas.

Neste sentido, a análise feita à realidade existente leva-nos a concluir que a maioria das práticas levadas a cabo pelos grandes distribuidores apesar de evidenciarem esse desequilíbrio negocial, acabam por maioritariamente não ser abrangidas pelo direito da concorrência, por não cumprirem os requisitos de aplicação do mesmo ou não serem objecto do mesmo.

Não sendo abrangíveis pelo direito da concorrência, as referidas práticas poderão ainda ser abrangidas pelo regime das PIRC, o qual conforme dito atrás, consideramos excessivamente invasivo da autonomia privada das partes, sem qualquer resquício de proporcionalidade que o justifique, para além de descurar práticas muito antigas do comércio.

Restam ainda opções de auto-regulação, as quais são inclusive o método apontado pelo regime das PIRC como o caminho a seguir, contudo, a eficácia deste método revela-se algo questionável face à sua não vinculatividade e à ausência de sanções pelo seu incumprimento.

Ad contrario, todas as restantes práticas que não recaiam sobre o âmbito de aplicação dos regimes jurídicos em vigor deverão em princípio ser consideradas admissíveis, o que contudo não significa que o desequilíbrio entre as partes não seja à mesma visível; esse desequilíbrio simplesmente não será motivo de punição pelo ordenamento jurídico nacional – não é coerente punir a eficiência económica de um ente - o que também será compreensível em razão do princípio constitucional da livre iniciativa económica, bem como dos princípios da autonomia privada e liberdade contratual. Só deverão ocorrer restrições quando o princípio da proporcionalidade assim o justificar.

Bem sabemos que esta temática se revela muito vasta, pelo que poderia ser ainda mais aprofundada por diversas perspectivas, contudo tal revela-se impossível face às limitações inerentes ao tipo de trabalho que uma tese de mestrado constitui, pelo que deixaremos esse aprofundamento do tema para possíveis estudos futuros.

Referências Bibliográficas

- BAHAMONDE, R., La venta con perdida en Portugal - Una visión Ibérica, “AAVV. Competencia y Grande Distribución”, Aranzadi, Cizur Menor, maio de 2016;
- BELLAMY & CHILD, European Community Law of Competition, 6ª ed., Oxford University Press, 2008;
- Comissão Europeia (2000), A política de concorrência na Europa e os cidadãos, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. Pesquisado em 28 de Agosto de 2016;
- Comissão Europeia (2000), Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência, Luxemburgo – Serviço das Publicações da União Europeia. Pesquisado em 28 de Agosto de 2016;
- CUNHA, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda com prejuízo”, Coimbra, 2005;
- CUNHA, Carolina, “O contrato de fornecimento no sector da grande distribuição a retalho: perspectivas actuais”;
- FAULL & NIKPAY, The EC Law of Competition, 2ª ed., Oxford University Press, 2007;
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, Da restrição da concorrência na comunidade europeia: a franquia de distribuição, Almedina, 1998;
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, Direito Comunitário, 6ª ed., Almedina, 2010;
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, Lei das Práticas Restritivas do Comércio, Almedina, 2014;
- JONES, Alison e SUFRIN, Brenda – EU Competition Law: Text, Cases and Materials - Fifth Edition. Oxford University Press, 2013;
- KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 9th edition, Hart Publishing;
- MARQUES, Maria Manuel Leitão, “A mão invisível – Mercado e Regulação”, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 43;
- MOURA E SILVA, Direito da Concorrência – uma introdução jurisprudencial, Almedina, 2008;

- PAIS, Sofia - Entre inovação e concorrência: Em defesa de um modelo Europeu. Universidade Católica Edições, 2011;
- PINTO, Fernando Ferreira, “Contratos de Distribuição Comercial: Relatório”, Almedina, Coimbra 2009;
- PINTO, Fernando Ferreira, “Contratos de Distribuição” – Da tutela do distribuidor integrado em face da cessação do vínculo, Universidade Católica Editora, Lisboa 2013;
- Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores Estudo” AdC, 2010;
- ROUSSEAU, José António Rousseau, Manual de distribuição, Abril/Controljornal Editora, 1997;
- SILVA, Miguel Moura e – Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial – Almedina, 2008;
- SILVA, Miguel Moura e – O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina, 2010;
- SMITH, Adam, The Wealth Of Nations, Book II, Chapter II;
- WHISH, Competition Law, 6ª ed., Oxford University Press, 2008.