



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE – DOUTRINA DAS INFRAESTRUTURAS
ESSENCIAIS EM PORTUGAL**

Pedro da Silva Boal

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

Orientador:

Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar Convidado

Setembro, 2019



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE – DOUTRINA DAS INFRAESTRUTURAS
ESSENCIAIS EM PORTUGAL**

Pedro da Silva Boal

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

Orientador:

Doutor Ruben Bahamonde Delgado, Professor Auxiliar Convidado

Setembro, 2019

Resumo

A presente dissertação pretende abordar o instituto do abuso de posição dominante, sob a forma de recusa de acesso a infraestruturas essenciais. Face ao poder que determinadas empresas detêm no mercado e a sua capacidade de influenciar e orientar o mesmo, tornou-se necessária a implementação de regras e princípios de atuação, prevenindo situações abusivas e protegendo a liberdade concorrencial.

A procura de uma harmonização concorrencial entre o regime jurídico europeu e os regimes jurídicos dos Estados-Membros tem sido uma constante preocupação, pelo que pretende-se expor o estado de arte nacional, face a decisões e orientações europeias.

Tratando-se de um tema bastante atual e com enorme relevância nos últimos anos em importantes setores económicos, percebendo que nos últimos anos se tem observado uma evolução bastante interessante do instituto, nomeadamente nos considerandos do que se considera como infraestrutura essencial e das efetivas formas de recusa no acesso, optou-se pela apresentação da doutrina das infraestruturas essenciais no contexto jurídico nacional, enquadrável como uma das formas de abuso de posição dominante.

Palavras-chave: Concorrência, Ilícitos concorrenciais, Abuso de posição dominante, Doutrina das infraestruturas essenciais.

Abstract

This dissertation intends to address the institute of abuse of dominant position, in the form of essential facilities doctrine. Given the power that certain companies have in the market and their ability to influence and guide it, it became necessary to implement rules and principles of action, preventing abusive situations and protecting competitive freedom.

The pursuit of a competitive harmonization between the European legal regime and the legal regimes of the Member States has been a constant concern, and this dissertation intends to expose the state of the art in the face of European decisions and guidelines.

This is an extremely current issue and of great relevance in recent years in important economic sectors, noting that in recent years there has been a very interesting evolution of the institute, namely in the recitals of what is considered as an essential infrastructure and the effective forms of refusal of access, it was decided to present the doctrine of essential infrastructures in the national legal context, framed as one of the forms of abuse of dominant position.

Keywords: Competition, Competitive offenses, Abuse of dominant position, Essential facilities doctrine.

INDÍCE

INDICE DE SIGLAS E ABREVIATURAS	2
INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO I - Considerações introdutórias	5
1.1. A Preocupação Constitucional	6
1.2. Quadro Jurídico da Concorrência	7
1.3. Concorrência de normas e os ilícitos concorrenciais	8
CAPÍTULO II - Conceitos Económicos relevantes	12
2.1. Conceito de Empresa	12
2.2. Concorrência Efetiva	14
2.3. Posição de domínio	15
2.3.1. Quotas de mercado	19
CAPÍTULO III - Abuso Posição Dominante	21
3.1. Caracterização do Abuso	23
3.3. Posição Dominante Individual ou Coletiva	24
3.4. Formas de Abuso	27
CAPÍTULO IV – Doutrina das Infraestruturas Essenciais	29
4.1. A construção jurisprudencial	29
4.2. Suscetibilidade de afetação do mercado interno	34
4.3. A aplicabilidade das regras concorrenciais e a regulação setorial	35
4.5. Definição do conceito de infraestrutura essencial	37
4.6. Aferição da essencialidade da infraestrutura no mercado	39
4.7. Justificação da negação de acesso a uma infraestrutura	41
CAPÍTULO V – Casos	42
5.1. Vasp vs CTT	42
5.2. OMNI vs Portway	45
5.3. TvTel e CaboVisão vs PT Comunicações	47
5.3.1. A apreciação da Autoridade da Concorrência	47
5.3.1. As decisões judiciais	50
5.4. ALB vs Medway - A preocupação com o setor ferroviário	54
CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	61

ÍNDICE DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. Acórdão

AdC. Autoridade da Concorrência

Art. Artigo

Arts. Artigos

CE Comissão Europeia

Cfr. Conferir

Coor Coordenação

CRP Constituição da República Portuguesa

Ed. Edição

EUA Estados Unidos da América

LC Lei da Concorrência

p. página

pp. páginas

par. Parágrafo

proc. Processo

ss. Seguintes

TCL Tribunal do Comércio de Lisboa

TFUE Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJ Tribunal de Justiça da União Europeia

TRL Tribunal da Relação de Lisboa

UE União Europeia

Vol. Volume

INTRODUÇÃO

Aquando da construção do Tratado de Roma, surge na Europa o Direito da Concorrência, estabelecendo um conjunto de regras para que o mercado Europeu fosse bem-sucedido. Atualmente, reconhecido universalmente como um dos ramos do direito de extrema importância pelo estabelecimento de um conjunto de regras e princípios de organização económica do mercado, procurando fomentar o crescimento económico e ainda o bem-estar da sociedade em geral, mais concretamente dos consumidores e na oferta que lhes é disponibilizada em termos de relação entre qualidade e preço.

A manutenção de um mercado comum aberto à concorrência sempre se enquadrou como o principal objetivo do Direito da Concorrência, procurando ao máximo potenciar eficiências económicas e o bem-estar dos consumidores, quer pela redução de preços, aumento da qualidade da oferta, quer pela maior variedade de oferta.

De forma a considerar-se um mercado como equilibrado supõe-se uma existência de pressão competitiva entre os agentes. Caso não aconteça, como nos casos em que uma empresa atua sem qualquer receio à reação que os seus comportamentos podem desencadear em terceiros, concorrentes ou nos próprios consumidores, essa eficiência económica é colocada em causa.

Esta exposição procura abordar uma das formas como as empresas se posicionam no mercado, com o intuito de conter e obstar à pressão competitiva dos seus concorrentes. Tendo por base os recentes casos e decisões em território português, procuraremos tratar a doutrina das infraestruturas essenciais, enquadrada como um dos comportamentos suscetíveis de constituir uma situação ilícita, de abuso de posição dominante.

Como parte integrante do direito económico, apresentaremos brevemente o direito da concorrência, os seus objetivos, a preocupação constitucional na proteção do livre funcionamento dos mercados, construída sob uma forte influência europeia. Elencaremos os principais ilícitos concorrenciais, de forma breve, uma vez que não se encaixa no objetivo desta dissertação, mas que consideramos como passos necessários de raciocínio lógico, até ao instituto do abuso de posição dominante. Pretende-se analisar as noções fundamentais necessárias à aplicação do instituto, definindo uma linha orientadora desde os conceitos fundamentais do instituto do abuso de posição dominante, aplicáveis diretamente aos casos de recusa no acesso a infraestruturas essenciais.

Aquando da perceção dos conceitos chave, entraremos na parte mais prática desta exposição, a análise da doutrina das infraestruturas essenciais, tendo por base recentes casos a nível nacional, bem como no entendimento que a Comissão Europeia e os tribunais europeus vêm preconizando deste instituto.

A fixação do âmbito desta dissertação a casos de âmbito nacional fica a dever-se, sobretudo, da curiosidade académica na perceção do estado de arte doutrinal e jurisprudencial face às recentes e constantes decisões europeias e nacionais de outros Estados-Membros, bem como às vagas de privatizações que se têm sentido nas últimas décadas e que colocam em causa a concorrência de determinados setores económicos.

CAPÍTULO I - Considerações introdutórias

Começaremos a exposição por apresentar o que se compreende por concorrência.

A definição de concorrência no dicionário português é apresentada como um ato de concorrer, afluência, concurso de gente, aspiração à posse ou obtenção de alguma coisa.¹

Da definição decorre que a concorrência comporta necessariamente uma escassez, que resultará forçosamente numa disputa, quer seja de bens, mercados e/ou clientes, por uma multiplicidade de agentes, procurando a obtenção de uma vantagem concorrencial, podendo ser justificada ou injustificada.

A regulação surge como necessária e mesmo essencial, pela ânsia por parte dos agentes económicos de maiores proveitos e pelo uso de meios inadequados que poderão redundar numa viciação de mercado, com prejuízo direto quer para concorrentes quer para consumidores.

Numa perspetiva evolutiva do funcionamento dos mercados surgiu o ramo do direito económico. Aquando do desenvolvimento do pensamento liberal, a atividade económica era vista como algo natural que se regularia apenas através do mercado e das suas características, não sendo necessária qualquer intervenção jurídica. Porém, com o desenvolvimento dos mercados, e ainda na era liberalista, percebeu-se que os mercados necessitariam de regras de modo a que pudessem funcionar de forma adequada e sustentável.²

Os mercados são caracterizados por espaços e/ou locais onde se desenvolvem interações de um conjunto de vendedores e de compradores, atuais ou potenciais, interessados na transação de determinados bens ou produtos, qualquer que seja a sua natureza.

No quotidiano pensamos num espaço físico de troca de bens e serviços. Porém, em bom rigor económico, pode haver tantos mercados como os distintos produtos ou bens colocados à disposição.

¹ Conforme disposto em dicionário digital “Priberam”.

² Dessa maneira, construiu-se uma nova realidade, adaptando-se o direito e a economia a novas exigências, assente na desintervenção do Estado, no reajuste das suas funções e no reforço das contribuições de agentes privados para a definição da governação pública. Em Azevedo, Maria Eduarda, *Temas de Direito da Economia*, Almedina, Lisboa, 2013, pp. 182 e 183.

1.1. A Preocupação Constitucional

Para além de uma clara política económica comunitária, o funcionamento eficiente dos mercados surge, igualmente, como uma preocupação constitucional, como se pode retirar do art.º 61º da CRP, o qual consagra o princípio da livre iniciativa privada. O legislador nacional em nada fugiu às diretrizes e preocupações europeias, uma vez que a livre concorrência no mercado, bem como a proteção dos consumidores são pilares fundamentais da política económica europeia e dos Estados-Membros que a constituem.

Incumbe ao Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a que possa estabelecer-se um equilíbrio concorrencial entre as empresas³, pela repressão de organizações monopolistas e ainda através da repressão de práticas anticoncorrecionais, capazes de colocar em risco o interesse geral.⁴

O objetivo primordial é a proteção do mercado e não a proteção dos agentes económicos. Pretende-se alcançar um bem-estar económico e social.

Apesar de constitucionalmente sempre consagrados alguns princípios gerais em matéria de concorrência, só desde o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de dezembro⁵ é que Portugal começou a dispor de um regime específico de Direito da Concorrência. O surgimento nesta época particular deveu-se, fundamentalmente, pela perspetiva de Portugal poder aderir à Comunidade Económica Europeia, adaptando-se desde logo ao contexto comunitário.⁶

A concorrência, no seu expoente de maior liberdade e eficácia, não se efetiva sem um auxílio regulatório. Daí a necessidade de criar regras e princípios inerentes ao funcionamento dos

³ Como explica José Gomes Canotilho, o direito da concorrência pode ser igualmente aplicável a empresas públicas, quando a sua atividade for essencialmente económica, uma vez que o preceito em nada distingue empresas, abarcando deste modo todas as categorias, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Vol I, 4ª edição, 2007, p. 970.

⁴ Vide art.º 81º CRP.

⁵ Como um dos principais instrumentos ao desenvolvimento da política económica e tendo por base o disposto constitucional referido *supra*, conforme referia o art.º 1º do presente diploma, o objetivo consistia na defesa da concorrência a nível interno, como impulsionador da economia nacional, salvaguardando os interesses dos consumidores e garantindo a liberdade no acesso ao mercado, favorecer o seu desenvolvimento, bem como a sua transparência.

⁶ Vide Ferreira, Eduardo Paz, em *Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa 2001, p. 479.

mercados, de maneira a que as empresas não adotem medidas que possam colocar em causa, quer os interesses dos consumidores, quer os interesses públicos.⁷

Pela regulação dos mercados por autoridades competentes gera-se uma maior produtividade, uma maior eficiência económica e consequentes proveitos económicos, resultando num incremento da eficiência das empresas. Traduz-se num maior benefício para os consumidores, através das diminuições de preços e uma melhor oferta de bens e serviços, procurando-se a todo o momento o incremento da inovação tecnológica.

Para além de medidas direcionadas ao concreto desenvolvimento económico de determinados sectores específicos, as regras concorrenciais aproveitam igualmente para fomentar o emprego e o desenvolvimento económico/social, havendo cada vez mais uma consciencialização para as problemáticas das alterações climáticas e do combate à pobreza.⁸

Mais, as regras concorrenciais surgem como um eficaz amparo político, procurando impedir e combater concentrações excessivas de poder económico privado ou público, capazes de colocar em causa a transparência do mercado, desvirtuando a oferta e a procura e o normal funcionamento dos mercados, onde se pretende que o controlo surja na esfera dos consumidores finais, considerado como parte mais débil e com menor informação.⁹

1.2. Quadro Jurídico da Concorrência

A atual Lei da Concorrência, Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, revogou a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, que havia aprovado o regime jurídico da concorrência. Esta inovação legislativa ergue-se na sequência do entendimento de Portugal com a Troika e procurou consolidar ainda mais o sistema nacional da concorrência com o sistema europeu. Aproveitou-se, igualmente,

⁷ Estas preocupações macroeconómicas do direito da concorrência deixam bem vincada a distinção do instituto da concorrência desleal (regulada pelo código da propriedade industrial), que trata da proteção dos agentes económicos contra atuações dos seus concorrentes, contrários a princípios relativos a ramos de atividades profissionais.

⁸ As regras em matéria de concorrência têm sido caracterizadas como duplas. Por um lado, pretende-se proteger e garantir o correto funcionamento dos mercados e por outro procura-se atingir outras finalidades económicas, tais como o crescimento económico, proteção ambiental, fomento do emprego e do equilíbrio social. *Vide Santos, António Carlos dos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, Direito Económico, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 310.*

⁹ *Vide Moncada, Luís S. Cabral de, Direito Económico, 6ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 486 e 487.*

para alargar os poderes da Autoridade da Concorrência (AdC), de forma a criar condições para uma ação e supervisão mais eficaz no combate aos ilícitos concorrenciais.

A Autoridade da Concorrência foi criada em 2003, através do Decreto-Lei 10/2003, de 18 de janeiro, com o objetivo de assegurar a conformidade e o cumprimento das regras concorrenciais, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, uma repartição eficaz de recursos e a proteção dos interesses dos consumidores, encontrando-se os seus estatutos positivados no Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto.¹⁰

Como ficou patente anteriormente, no que concerne às práticas legislativas concorrenciais, o Direito Português é claramente influenciado pelo Direito da União Europeia.

A nível europeu, o Tratado da União Europeia estabelece obrigações e competências da União, no estabelecimento de um mercado interno. Deve empenhar-se num desenvolvimento sustentável, com especial atenção para o crescimento económico equilibrado, assim como para a estabilidade dos preços.

Além das preocupações económicas, incumbe à União prosseguir finalidades de índole social, nomeadamente metas de pleno emprego, progresso social, bem como melhoramento da qualidade do ambiente e ainda fomentar o progresso científico e tecnológico.

A Direção Geral da Concorrência é a autoridade responsável pela aplicação das regras concorrenciais a nível comunitário, em colaboração com autoridades de cada Estado-Membro, procurando alcançar um mercado único europeu e um maior benefício para os consumidores.

1.3. Concorrência de normas e os ilícitos concorrenciais

Quer a nível europeu, quer a nível nacional, os ilícitos concorrenciais encontram-se regulados, sendo a sua redação bastante idêntica entre ambos. Incluindo Portugal, o Espaço Económico Europeu, ergue-se a necessidade de clarificar qual o direito a aplicar em situações de sobreposição de normas aplicáveis.

¹⁰ Com poderes sancionatórios, de regulação e de supervisão, os objetivos desta autoridade visam não só a defesa da concorrência (mercado, intervenientes e consumidores), bem como a promoção da mesma, através de orientações a agentes económicos e contribuições legislativas. Com ampla jurisdição, estende-se a mesma a todas as atividades económicas, inclusive as que estão sob alçada de entidade regulatória específica de determinado setor económico.

A distinção sobre qual norma aplicar ocorrerá em momento posterior, dependendo do território físico, mercado em questão, onde se produzirão os efeitos de determinado comportamento ou ação. Isto é, havendo normas semelhantes e uma grande influência do sistema comunitário no sistema nacional, o que diferencia a aplicação de um ou outro sistema é o mercado em que os comportamentos anticoncorrenciais se produzem.

Em primeira instância, quanto à lei aplicável estará em causa o mercado relevante onde ocorrem os efeitos de determinado comportamento. Foi o critério adotado pela legislação portuguesa, em harmonia com a legislação europeia, o do “efeito anticoncorrencial territorial”, conforme art.º 2º, nº 2 LC, ainda que as empresas responsáveis se encontrem fora do mercado nacional ou europeu, consoante o caso concreto.¹¹

Caso o mesmo comportamento produza efeitos, tanto em território português como europeu, deve aplicar-se simultaneamente o direito nacional e o direito europeu, desde que o primeiro esteja em concordância com o segundo.¹² Isto porque as autoridades nacionais devem cooperar com as autoridades europeias e vice-versa, havendo constantes trocas de informações e de pedidos de colaboração, aplicando-se o mesmo para os órgãos judiciais, de maneira a uma total uniformização de decisões e de orientações.¹³

Nesta medida, quer a Autoridade da Concorrência, quer os tribunais nacionais têm competência para aplicar o TFUE diretamente.¹⁴

¹¹ Se determinado ato se destina a produzir efeitos fora do espaço comunitário, ainda que praticado por empresas nacionais, as regras europeias não se aplicam, a menos que seja suscetível de, indiretamente, afetar o mercado interno.

¹² Art.º 114º TFUE.

¹³ Arts.º 11º e 12º do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas para os acordos entre empresas e para as situações de abuso de posição dominante. Foi a partir da entrada em vigor deste Regulamento que se criou a rede ENC (*European Competition Network*), uma rede Europeia da Concorrência composta, atualmente, por 27 Estados-Membros (dos quais se inclui Portugal) e a Comissão, constituindo mais um espaço de troca de informações e de cooperação, de maneira a constituir uma cultura concorrencial uniforme.

¹⁴ Recentemente a Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, vem estabelecer e atribuir à AdC competência para aplicar a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno, de modo a que a concorrência não seja falseada, nomeadamente através de garantias de independência, dos meios e da competência de execução e de aplicação de coimas necessárias à aplicação do disposto nos arts.º 101º e 102º TFUE.

O objetivo passa por as autoridades nacionais competentes não tomarem decisões que sejam contrárias e com um resultado díspar do que resultaria da aplicação do direito da União. A aplicação não uniforme do direito da União obsta ao livre funcionamento concorrencial do mercado interno, comprometendo o seu funcionamento.

De maneira a construir bases para uma correta apreciação das regras concorrenciais e dos seus princípios, são apresentados nesta exposição, de forma sumária, os cinco principais ilícitos concorrenciais, com conceitos económicos comuns entre si.

É desde logo contrário com os princípios concorrenciais, qualquer prática colusória entre sujeitos ou empresas, implicando um acordo entre as empresas envolvidas em adotar determinado comportamento no mercado. Como dispõe o art.º 9º da LC, são proibidos acordos entre empresas, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, com o objeto ou efeito de, de forma sensível, impedir, falsear, ou restringir a concorrência. Estes acordos e estas práticas concertadas, vulgarmente denominadas por cartéis, podem ser positivadas através de diferentes atos,¹⁵ quer os elencados no preceito, quer outros aferidos casuisticamente.¹⁶

Outro ilícito passível de infringir regras de mercado é o abuso de posição dominante, no qual uma empresa, ou conjunto de empresas, pelo poder que possui no mercado, adota determinadas atitudes de forma independente, sem qualquer receio à reação que possa desencadear quer nos clientes, quer nos restantes participantes do mercado. Sendo a base da presente exposição e o fundamento do estudo, este ilícito será analisado adiante.

Por seu turno, o abuso de dependência económica visa proteger o mercado e a estrutura concorrencial de situações de abuso de dependência económica. Circunstâncias em que não existe nenhuma alternativa a determinada empresa, que pelo estatuto de dependência económica em que se encontra, relativamente a qualquer empresa fornecedora ou cliente,

¹⁵ Necessário uma concordância de vontades para se verificar um acordo. Esse, tanto pode ser fixado horizontalmente (entre empresas no mesmo patamar – normalmente concorrentes) e independentemente das empresas se situarem em diferentes ramos de atividade. Por outro lado, podem os acordos ser fixados verticalmente, entre empresas em patamar distinto de produção/distribuição (e.g. acordos de exclusividade).

¹⁶ Para uma visão clara do instituto, *vide* decisão da Comissão de 19.7.2016, quanto ao processo AT.39824 – *Trucks*, ou a nível doutrinal, por exemplo, Guerrin, Martin, Kyriazis, Georgios, *Cartels: Proof and Procedural Issues*, Fordham International Law Journal, vol. 16, 1992, p. 240.

estabelece condições desequilibradas e desleais, comprometendo a livre concorrência.¹⁷ Não tem paralelo a nível europeu o que faz com que dessa maneira, nos dias de hoje a sua aplicação seja muito reduzida.¹⁸

Além destes três institutos em que as autoridades efetuam um controlo maioritariamente *ex post*, adotando medidas repressivas, há casos em que as autoridades necessitam de aprovar e verificar os requisitos numa fase anterior, através de um controlo *ex ante*. Entende-se existir um controlo de concentrações de empresas nos casos de fusões de duas ou mais empresas, ou partes delas, anteriormente independentes, ou nos casos de aquisições de controlo da totalidade ou partes do capital social de uma ou várias empresas, por um ou mais sujeitos que já detinham anteriormente o controlo de outra empresa.¹⁹ O objetivo da atuação de uma autoridade, nestes casos, é o de impedir a criação de uma situação de impasse para a concorrência, bem como controlar possíveis situações de domínio, sendo obrigatória uma notificação prévia à Autoridade da Concorrência, conforme art.º 37º LC.²⁰

Por fim, os auxílios públicos podem ser considerados como contrários às regras concorrenciais quando restrinjam, distorçam ou afetem, de forma sensível a concorrência, no todo ou em parte do mercado em causa. Pretende-se que os Estados não financiem empresas, conferindo-lhes uma vantagem injustificada, em detrimento de outras. Conforme o art.º 107º, nº1 TFUE, de maneira a ser considerado como ilícito determinado auxílio público²¹ é necessário o cumprimento cumulativo de certos requisitos, tais como: tratar-se de uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais; que essa intervenção seja suscetível de afetar as trocas

¹⁷ Vide art.º 12º Lei da Concorrência. Visa atingir comportamentos restritivos da concorrência por empresas que não possuam uma posição dominante, embora detenham um significativo poder económico, pretendendo-se proteger os pequenos comerciantes e não o mercado como estrutura.

¹⁸ Para mais desenvolvimentos *vide* decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de março de 2001, processo n.º 00112623, ou a nível doutrinal, ver por exemplo, Santos, António Carlos dos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2016.

¹⁹ Vide art.º 36º e ss da Lei da Concorrência.

²⁰ Vide decisão da Comissão n.º COMP/M.5984 –Intel/McAfee, de 26 de janeiro de 2011. Para mais desenvolvimentos sobre o instituto, ver por exemplo, Antunes, José Engrácia, *Controlo da Concentração de Empresas e Grupos de Sociedades*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano II, n.º 6, junho 2011.

²¹ São considerados como auxílios estatais as intervenções, qualquer que seja a forma que representam, em que uma empresa beneficia de uma vantagem económica, que de outro modo, atendendo às condições normais do mercado, não teria obtido.

comerciais entre os Estados-Membros; capaz de conceder uma vantagem seletiva a uma empresa, devendo falsear ou ameaçar falsear a concorrência.²²

CAPÍTULO II - Conceitos económicos relevantes

Antes mesmo de abordar o abuso de posição dominante, procuraremos concretizar alguns conceitos indeterminados, extremamente necessários à interpretação do instituto em causa e a sua consequente aplicação na recusa de acesso a infraestruturas essenciais.

2.1. Conceito de Empresa

O conceito de empresa, desde logo, merece a nossa melhor atenção, até porque o próprio TFUE não o define.

O Tribunal de Justiça tem sido recorrentemente chamado a pronunciar-se sobre o que considera enquadrável como empresa. No Acórdão *Höfner/Macroton*²³ entendeu que o serviço público de emprego alemão que exercia atividades de colocação em empregos era considerado como uma empresa, reiterando que no contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa abrangia qualquer entidade que exerça uma atividade económica, desconsiderando o seu estatuto jurídico ou modo de funcionamento.²⁴

Como evidência do ainda atual entendimento proferido pelo Tribunal de Justiça em diversos acórdãos, a recente Diretiva (UE) 2019/1, apresenta o conceito de empresa, na aceção dos arts. 101º e 102º do TFUE, como uma entidade que exerce uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento.²⁵

A Lei da Concorrência portuguesa define igualmente o conceito de empresa, construído tendo por base a doutrina e jurisprudência europeia. No seu art.º 3º, aponta como suscetível de se

²² Para mais desenvolvimentos ver, por exemplo Faull and Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3rd ed., Oxford University Press, 2014. Como uma decisão recente *vide* Decisão (UE) 2017/1283 da Comissão de 30 de agosto de 2016, relativo ao auxílio estatal 38373, concedido pela Irlanda à *Apple*.

²³ Acórdão do TJ, de 23/04/1991, Proc. C-41/90 *Höfner/Macroton*, 1991, par. 21.

²⁴ Por sua vez, a propósito da concretização do conceito de atividade económica, entendeu o Tribunal de Justiça que a atividade dos organismos encarregues da gestão de regimes de segurança social (exercendo, exclusivamente, uma atuação de cariz social) não consistia uma atividade económica e que por isso, esses organismos não constituem empresas, tratando-se apenas de uma atividade desprovida de qualquer fim lucrativo, tendo por base a prossecução do princípio da solidariedade social, em Acórdão de 17/02/1993, Proc. C-159/91 e C 160/91, *Poucet/Pistre*, par. 19.

²⁵ Art.º 2º Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018.

considerar empresa uma qualquer entidade que exerça uma atividade económica, consistindo na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Neste sentido, uma empresa como uma qualquer entidade jurídica, sendo, porém, um sujeito concretizável.²⁶

Essa entidade, conforme o art.º 2º LC, deve ter por objeto o exercício de uma atividade económica com carácter permanente ou ocasional, nos setores privado, público e cooperativo. De maneira a ser configurado como uma atividade económica, a oferta deve ter uma contrapartida, uma vez que o intuito da mesma é a geração de proveitos, ainda que a finalidade da empresa não preveja a prossecução de fins lucrativos. Assim se compreende que a definição legal na Lei da Concorrência preveja uma oferta de bens ou serviços num determinado mercado, pressupondo uma contrapartida.²⁷

Interessa e assume carácter preponderante para efeitos concorrenciais, a capacidade de oferecer bens ou serviços, de forma reiterada, em determinado mercado, pelo que se utiliza um enfoque funcional do conceito de empresa.

Não só de empresas puramente singulares e independentes é feita a aplicação do regime. Diversas pessoas jurídicas que constituam uma unidade económica ou que mantenham, entre si laços de interdependência serão consideradas como empresa, para efeitos da aplicação do regime legal em análise. Não se considera a existência de conduta colusória entre empresas do mesmo grupo, uma vez que existe uma responsabilidade da empresa matriz em relação aos atos das suas filiais.²⁸

Assume papel preponderante a conjuntura empresarial e o próprio grupo empresarial e, não tanto cada uma das entidades integrantes do mesmo. Considera-se como constituindo uma única empresa o conjunto de empresas que embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência. Esses laços e essa conexão podem

²⁶ Pode exteriorizar-se sobre diversas formas jurídicas, quer seja pessoa singular, coletiva, sociedade comercial, sociedade civil, associação, fundação, entidades públicas e outras organizações de interesses não personificados. *Vide* Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, 2009, p. 282.

²⁷ Conforme explica Miguel Mendes Pereira, o elemento fundamental para a atribuição de carácter económico a determinada atividade é a existência de uma contrapartida ou remuneração, não se tratando de uma prestação gratuita, em *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009, p. 40.

²⁸ É o caso dos profissionais liberais, de associações de trabalhadores, associações de entidades que ofereçam determinados serviços, universidades, escolas privadas, comunidades religiosas, entre outros.

advir de uma participação maioritária no capital, da detenção de mais de metade dos votos atribuídos pela detenção de participações sociais, da possibilidade de designar mais de metade dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização e ainda do poder exercido na gestão dos respetivos negócios.²⁹

Na composição de uma unidade económica, é fundamental uma relação de subordinação e dependência, aferida não só pela relação societária entre diversas entidades, como pela mera capacidade de influenciar e gerir a atividade e o rumo de negócio.

2.2. Concorrência Efetiva

A concorrência efetiva traduz-se na característica mais utópica no relacionamento dos intervenientes de determinado mercado. Um dos principais objetivos da União Europeia desde a sua criação sempre foi o de proteger um mercado comum aberto, onde as empresas, independentes e rivalizando entre si, vão desenvolvendo esforços e estratégias na tentativa de atrair o maior número de consumidores possível.

O objetivo passa por assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efetiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial, criando um impacto negativo para os consumidores.

No sistema concorrencial são passíveis de figurar diversos modelos de mercado. Podem ser distinguidos entre modelo de mercado de concorrência perfeita e o modelo de mercado de concorrência imperfeita, onde se incluem o modelo monopolista e oligopolista.

Numa perspetiva de idealização de um mercado eficiente e de concorrência perfeita, este seria caracterizado por um elevado número de vendedores e compradores, sem existência de poder de mercado, com alternativas de escolha e em que cada interveniente conseguiria deter o seu espaço no mercado³⁰; inexistência de barreiras de entrada a novos intervenientes; produtos homogéneos, sendo possível a sua comparação; e ainda um mercado transparente.³¹

²⁹ Vide art.º 3º, nº 2 Lei da Concorrência, que define o que considera como única empresa.

³⁰ Havendo atonicidade, seja do lado da oferta, seja do lado da procura, fica vedado a qualquer interveniente fixar preços, quer pela entrada ou saída no mercado.

³¹ Barreiras que podem ser burocráticas, corporativas, linguísticas, políticas, culturais, económicas, que se traduzem numa diminuição da concorrência e numa afetação da eficiência dos mercados.

Por sua vez, nos modelos monopolistas verifica-se a existência de um único operador do lado da oferta e múltiplos operadores do lado da procura, não havendo alternativas de escolha. Essa posição de domínio, por sua vez, traduz-se num decréscimo significativo de bem-estar para os consumidores, quer pela falta de alternativas, quer pelo elevado preço exigido, quer pela estagnação no desenvolvimento tecnológico.³²

Por último, o modelo oligopolista consiste na existência de poucos operadores do lado da oferta e de muitos do lado da procura. Porém, essa existência de diversos operadores do lado da oferta permite que os agentes económicos se conheçam, podendo condicionar-se reciprocamente, mas evitando a competição entre eles. Este é um modelo muito suscetível de gerar situações de acordos entre empresas, de maneira a incrementar os seus ganhos, diminuindo o bem-estar do consumidor, pela oferta de preços mais elevados.

Num modelo em que se verifique uma concorrência efetiva, a opção para o consumidor surge pela complementaridade entre preço e qualidade de determinados bens ou produtos. Ora, só havendo uma total liberdade dos intervenientes do mercado é que se vão gerar incrementos de satisfação para os consumidores, através de uma maior oferta, redução de preços e uma melhor qualidade.

Quem detenha em determinado mercado uma posição dominante possui, desde logo, uma especial responsabilidade e um acrescido dever de zelo pelos seus comportamentos, de maneira a não afetar negativamente e a não violar uma concorrência efetiva, de acordo com o art.º 102º TFUE.

2.3. Posição de domínio

Chegados a este ponto, importa clarificar o que se entende por posição dominante. De facto, nem o art.º 102º TFUE ou o art.º 11º LC definem de forma clara o que se entende por posição dominante. Em ambos os preceitos, os exemplos apresentados de forma não taxativa, em nada definem o conceito, indicando apenas comportamentos que podem desencadear um possível abuso.

³² Pelo contrário, olhando de uma perspetiva positiva, as empresas nestas posições de domínio, têm uma capacidade maior de gerar riqueza, advindo desse monopólio, que possibilitará um investimento extra no progresso tecnológico e na melhoria das condições a oferecer.

Como já havia sido referido, muitos conceitos concorrenciais decorrem de construções jurisprudenciais, sendo que a posição dominante não é exceção.

Tribunal de Justiça por várias ocasiões já foi chamado a pronunciar-se sobre a definição do conceito de posição dominante. No processo *United Brands*,³³ proferiu que o domínio se deve a uma posição de poder económico, detida por uma empresa, que lhe permitiria afastar uma concorrência efetiva em determinado mercado, possibilitando que se comportasse de maneira independente e despreocupada em relação aos seus concorrentes, aos clientes e aos consumidores finais.³⁴

Quanto à posição de poder de mercado, esta é expressa pela forma como determinada empresa, através dos seus comportamentos, consegue afetar e influenciar a estrutura de mercado envolvente. Esta atuação, de maneira independente pode colocar em causa, quer os concorrentes, quer compradores ou fornecedores, desvirtuando todo o funcionamento do mercado.³⁵

Esta posição será aferida pelo grau de domínio de mercado, não sendo necessária a existência de uma posição de monopólio, ou quase-monopólio. Ou seja, pode haver certos casos de concorrência mesmo quando uma empresa detém uma posição de domínio.

Para proceder à determinação do poder de mercado, torna-se indispensável caracterizar o conceito de mercado, em relação a cada caso concreto. Dessa forma, permitirá identificar os reais concorrentes da empresa em juízo, que foram alvo de certa limitação ou afetação à sua atividade, ou alvo de determinada pressão e/ou constrangimento.

De maneira a enquadrar corretamente cada caso concreto à realidade concorrencial, bem como aferir da efetiva posição de domínio, torna-se essencial distinguir o mercado, fixando limites materiais e geográficos.³⁶

³³ Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978, par. 65.

³⁴ Posição semelhante foi adotada no acórdão *Hoffmann-La Roche*, proferido no âmbito do processo 85/76 pelo Tribunal de Justiça a 13 de fevereiro de 1979, par. 38.

³⁵ *Vide* Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978, par. 65.

³⁶ Dependendo da relevância de mercado e da sua amplitude tornar-se-á mais fácil a aferição de uma posição de domínio. Quanto mais restrito o mercado, maior probabilidade de encontrar empresas em posição dominante. *Vide* Santos, António Carlos dos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 343.

O objetivo de definir o mercado relevante consiste na identificação dos efetivos concorrentes da empresa em juízo, capazes de restringir o seu comportamento e de impedir uma atuação independente de uma pressão concorrencial efetiva.³⁷

Como condicionalismo concorrencial a que empresas estão sujeitas e que contribui para a definição do mercado relevante, aponta-se a elasticidade do lado da oferta e da procura. Ou seja, de um lado a suscetibilidade de os consumidores recorrerem a produtos semelhantes e substituíveis, e por outro lado, a capacidade hipotética de produtores conseguirem transferir e/ou aumentar a sua produção em produtos substitutos, incorrendo em poucos riscos e custos adicionais.

A Comissão fixou elementos que permitem ajudar na definição do mercado em causa. Elementos esses não cumulativos, de todo. Devem ser enquadrados e aplicados a cada caso concreto, consoante as vicissitudes do mesmo.³⁸

Em termos de mercado de produto e de maneira a ser compreendido de forma relevante, engloba todos os produtos e/ou serviços passíveis de serem considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor, devido às suas características, preços e finalidade de utilização.

Já o mercado geográfico abrange a área em que as empresas em causa fornecem os produtos ou serviços, em condições suficientemente homogêneas, em termos concorrenciais. Essa homogeneidade pode ser fulcral na delimitação de fronteiras fictícias de mercados, pois, de facto, as condições comerciais devem ser semelhantes.³⁹

³⁷ Em *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, 1997, par. 2.

³⁸ Quanto ao mercado do produto, são usados elementos como: análise das características dos produtos e as suas utilizações; elementos comprovativos da substituição de produtos num passado recente; opiniões dos clientes e concorrentes; preferências dos consumidores; entraves e custos associados à transferência da procura para potenciais produtos de substituição; diferentes categorias de clientes; discriminação em matéria de preços. No mercado geográfico: elementos comprovativos de que já se verificou anteriormente uma deslocação das encomendas para outras áreas; características básicas da procura; opiniões dos consumidores e dos concorrentes; atual estrutura geográfica das compras; fluxo das trocas comerciais/características das entregas; obstáculos e custos associados à deslocação das encomendas para empresas situadas noutras áreas. Em *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, 1997, par. 33 e ss.

³⁹ As possibilidades de efetiva concorrência devem ser analisadas em função de zonas geográficas bem delimitadas e produtos específicos definidos. Só assim poderá analisar-se o efeito e o poder de determinada empresa em questão, aferindo-se ou não por uma posição de domínio e da sua influência

No acórdão *United Brands*, a Comissão foi bastante esclarecedora na definição do mercado em causa. Assim, à semelhança do *supra* anunciado, de modo a aferir da possível posição dominante no caso concreto, analisou o mercado em termos de produto e posteriormente, a nível geográfico.⁴⁰

Estava em causa o mercado das bananas, sendo essencial, numa primeira fase, aferir do concreto mercado. Ou seja, urgia definir se o mercado em causa fazia parte do mercado dos frutos frescos, como produto sucedâneo, como indicava a recorrente, ou, se pelo contrário, integravam uma estrutura de mercado autónomo.

A Comissão entendeu que o mercado das bananas deveria ser considerado como distinto, autónomo do dos frutos frescos. Como argumentos indicou que as bananas podem ser alvo do mesmo processo de amadurecimento durante todo o ano, o que facilita o seu consumo anual constante e não dependendo de época específica. Além disso, mesmo em picos de consumo sazonais de outros frutos, nunca se verifica um índice de substituição relevante, capaz de considerar a banana como sucedânea.⁴¹

Definido o mercado materialmente, era necessário fixar as fronteiras do mesmo. Questão fundamental na definição geográfica era o regime de importação constante de cada Estado. Isto é, na tentativa de definir o mercado em questão era necessário analisar cada mercado interno e as diferentes políticas comerciais de cada Estado-Membro, à data de 1978.

Comissão esclareceu que o mercado geográfico era constituído pelos territórios da República Federal da Alemanha, Dinamarca, Irlanda, Países Baixos e UEBl, uma vez que nestes as bananas eram vendidas em condições igualitárias, com mercados livres, embora que as disposições aduaneiras aplicáveis e custos de transporte fossem necessariamente diferentes, ainda que não discriminatórios ou irregulares. As condições concorrenciais eram então, idênticas para todos os intervenientes, pelo que se podia caracterizar o mercado na globalidade, devido à sua homogeneidade.

Não obstante o acima referido, Comissão excluiu os outros Estados-membros da Comunidade (França, Itália e Reino Unido), por circunstancialismos especiais quanto a regimes de

comportamental. *Vide* Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978, par. 11.

⁴⁰ *Vide* Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978.

⁴¹ *Vide* Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 *United Brands*/Comissão, Col. 1978, par. 34.

importação, condições de comercialização e devido ao facto de nesses mercados serem vendidas bananas de diversas categorias e origens, o que levava a que a venda de bananas fosse feita em circunstâncias distintas para os diversos agentes económicos.

2.3.1. Quotas de mercado

Na aferição da posição de domínio, a prática jurisprudencial europeia e nacional tem sido a de conjugar essa mesma posição, com o critério da estrutura de mercado. Claro que, quanto maior for a posição de poder de mercado, ou o hiato temporal de manutenção da mesma, maior a suscetibilidade de determinado comportamento afetar a estrutura concorrencial do mercado.

A posição de poder de mercado consiste na capacidade de manter, durante um período de tempo significativo, um benefício daí decorrente, que, em contexto de efetiva concorrência não se concretizaria. Esses benefícios podem consistir em preços mais elevados, produção de maior quantidade, mas de menor qualidade e variedade, acarretando prejuízos significativos para o bem-estar dos consumidores.⁴²

A quota de mercado usualmente é apresentada em percentagem, surgindo como um indicador fundamental na representação de uma posição de domínio de determinada empresa. Representa a parte de mercado detida por uma empresa.

Para uma correta definição da posição de domínio torna-se essencial considerar a posição dos outros competidores no mesmo mercado e a variação dessas quotas ao longo do tempo, uma vez que essas alterações históricas podem fornecer informações importantes quanto ao processo competitivo e quanto a previsões futuras.

A Comissão, em cada análise, procurará interpretar as quotas de mercado de acordo com as especificações dos mesmos, nomeadamente a sua dinâmica e o grau de diferenciação dos produtos.

Tratando-se apenas de um indicador, não existem limites estanques e definidos de quotas mínimas e máximas admitidas ou recomendáveis para se configurar como tratando-se de uma

⁴² Essa definição de período de tempo significativo deve ser analisada casuisticamente, dependente do produto e das circunstâncias de determinado mercado. Porém, aponta a Comissão um período normal de dois anos como considerado suficiente para se enquadrar no conceito. *Vide Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009, par. 11.

posição dominante. Deste modo, quanto à percentagem exigida para qualificar uma posição como de domínio, é entendimento da Comissão que quotas abaixo dos 40% são pouco prováveis de consistir em algo relevante e capaz de suscitar domínio. No entanto, esta quantificação, recomenda-se que seja feita casuisticamente, uma vez que poderá haver certos casos em que determinado mercado não comporta empresas suficientemente capazes de pressionar condutas da empresa dominante, devido a limitações na sua capacidade.⁴³

A Comissão tem sido chamada a intervir nos mais variados casos. Inclusive alguns em que a quota de mercado se situa bastante abaixo do valor passível de conferir uma posição de poder de mercado.⁴⁴

Como havia sido indicado, as quotas de mercado são meras representações, não sendo fixadas percentagens e limites absolutos. Como exemplo de excecionalidades e de derrogações aos limites acima apresentados, no Acórdão *British Airways*, o Tribunal de Justiça proferiu que uma quota de mercado de cerca de 40%, portanto situada num valor que à partida não seria passível de traduzir uma posição dominante, mesmo assim constituía uma situação de abuso, num processo respeitante a prestação de serviços de agência de viagens.⁴⁵

Não sendo as percentagens representativas de um prenúncio absoluto, torna-se essencial que os Tribunais apresentem fundamentos adicionais que sustentem e fortaleçam a sua decisão. Daí que no Processo *AZKO*, o Tribunal de Justiça, mesmo com a quantificação de uma posição de domínio nos 50%, procurou apresentar indícios extra, de maneira a sustentar a sua decisão de existência de posição dominante.⁴⁶

Por outro lado, há situações de quotas de mercado de tal modo elevadas, que não suscitam quaisquer dúvidas à Comissão quanto à detenção de uma posição de domínio. Foram os casos do Processo *Hilti* (T-30/89)⁴⁷, em que se demonstrou que a *Hilti* detinha naquele mercado concreto, uma quota fixada entre os 70 e 80 %, a qual constituía uma clara indicação da

⁴³ *Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009, par. 14.

⁴⁴ Comissão entendeu que a SABA, no mercado de televisão a cores, apenas detinha 3% no mercado comunitário 7,5 % no mercado alemão, não dispondo claramente de qualquer posição de domínio, Ac. do TJ, de 22/10/1986, Proc. 75/84 *Metro II*, par. 82.

⁴⁵ Ac. do TJ, de 17/12/2003, Proc. T-219/99, *British Airways/Comissão*, par. 270 e ss.

⁴⁶ *Vide* Ac. do TJ, de 3/06/1991, Proc. C-62/86, *AKZO*, par. 61.

⁴⁷ Ac. do TJ, de 12/12/1991, Proc. T-30/89, *Hilti AG* contra Comissão.

existência de uma posição de domínio no mercado em causa. Ou, no Processo *Tetra Pak II* (proc. T-83/91), com uma percentagem de quota de certos mercados, como máquinas e cartões não assépticos, fixada nos 90%, que constituía sem margem para dúvida a prova da posição de domínio nos mercados assépticos.⁴⁸

Desta forma, a quota de mercado surge como mero indicador de posição de domínio. Além desse, existem outros elementos suscetíveis de indiciar uma posição de domínio que podem ser usados e interpretados casuisticamente, tais como: regimes de autorização ou licenciamento; acesso exclusivo a infraestrutura essencial; direitos de propriedade industrial; vantagens científicas e tecnológicas.

CAPÍTULO III - Abuso Posição Dominante

A Lei da Concorrência dispõe no seu art.º 11º que a exploração abusiva de uma posição dominante, por uma ou mais empresas, é proibida, no mercado nacional ou em parte substancial do mesmo.

Optou o legislador por exemplificar comportamentos passíveis de serem considerados como abusivos, quer sejam: imposição de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas, de forma direta ou indireta; limitar a produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; aplicação de condições desiguais quando estão em causa prestações equivalentes, gerando uma desconformidade concorrencial; subordinação de contratos a aceitação de prestações suplementares por parte de outros contraentes, mesmo não havendo qualquer ligação entre esses contratos; recusa de acesso a rede ou infraestrutura essencial, contra remuneração considerada como adequada, e quando comprovado por razões de facto ou legais que sem esse acesso, não consiga operar como concorrente da empresa em posição de domínio.⁴⁹

Também o art.º 102º do Tratado Funcionamento da União Europeia, dispõe da incompatibilidade da exploração abusiva de uma posição de domínio no mercado interno ou em parte substancial dele, por uma ou mais empresas, na medida que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros.

⁴⁸ Ac. do TJ, de 6/10/1994, Proc. T-83/91, *Tetra Pak International SA* contra Comissão.

⁴⁹ *Vide* art.º 11º, nº 2 Lei da Concorrência.

Estas práticas abusivas podem consistir na: imposição de preços de compra ou de venda, ou outras condições de mercado não equitativas; limitação da produção, distribuição e desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; aplicação de condições desiguais, relativamente a prestações equivalentes, conferindo uma distorção concorrencial; subordinação da celebração de contratos à celebração, por outros contraentes, de prestações suplementares, não tendo qualquer ligação com o concreto objeto do contrato.⁵⁰

Daqui se retira a grande semelhança entre o disposto nos arts. em comparação e *supra* enunciados. De facto, não há nenhuma diferença ou divergência a assinalar entre os preceitos, sendo apenas de salientar a inclusão de uma alínea exemplificativa adicional, na legislação nacional, acomodando concretamente a temática das infraestruturas essenciais. Em ambos os casos, enumeram-se a título exemplificativo atos passíveis de constituir uma situação de abuso de posição dominante, praticados por empresas, de forma unilateral.

Não há qualquer possibilidade de se afastar a aplicação do instituto ao caso concreto, nomeadamente através de isenções estatais ou de pedidos de exclusão. Como indicado *supra*, a intervenção das autoridades apenas ocorre após a prática do ilícito ou aquando o conhecimento de intenção de o praticar.

Do disposto legal quanto ao abuso de posição dominante é possível verificar duas conceções distintas de abuso: os denominados abusos por exploração e os abusos por exclusão. No primeiro caso, resultante de comportamentos de exploração e imposição a terceiros de certos comportamentos, devido ao seu poder de mercado, surgem efeitos negativos para os consumidores, quer seja por aumentos de preços, redução de alternativas ou vários tipos de discriminação. No segundo caso, através de limitações de fornecimento e partilha, prática de preços predatórios ou esmagamento de margem, esses comportamentos tendem a excluir competidores do mercado, por meios que não os de mérito.⁵¹

⁵⁰ Vide art.º 102º Tratado Funcionamento da União Europeia.

⁵¹ Comissão desfez as dúvidas sobre o preceito cobrir também situações de abuso por exclusão, em que se impede uma estrutura de concorrência efetiva, além do abuso por exploração, onde ocorre um prejuízo imediato para os consumidores, Ac. de 21/02/1973, Proc. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc.* e Comissão, par. 26.

Sendo assim, a distinção, meramente académica, assenta na suscetibilidade do prejuízo imediato aos consumidores ou no prejuízo por impedimento da estrutura de concorrência efetiva.⁵²

Uma parte reduzida da doutrina entende que o art.º 102º TFUE, parece ainda incluir, um terceiro tipo de categoria de abuso: a proibição de discriminação, através de condições desiguais, no caso de prestações equivalentes. Entendem que se autonomiza a discriminação, por não se enquadrar nem numa prática de exploração ou de exclusão.⁵³ Esta posição é contraditória com a maioria da doutrina que entende que a discriminação integra, como comportamento, o abuso por exploração.

3.1. Caraterização de Abuso

Apresentado o instituto, importa desde já clarificar que não é proibida a detenção de uma posição dominante, *per se*. O mercado é concebido através de princípios fundamentais, nomeadamente a liberdade de iniciativa económica, seguindo os efeitos da oferta e da procura. Ora, ao limitar-se desde logo a possibilidade de determinada empresa deter uma posição de domínio estaria a penalizar-se o próprio mérito e esforço individual, a inovação tecnológica e os incentivos económicos inerentes a qualquer atividade económica. Desta forma, proíbe-se sim, o abuso de uma posição de domínio no mercado.⁵⁴

Mais, o objetivo desta proibição não é a proteção dos competidores e da pressão a que estão sujeitos no mercado. É sim, o de proibir condutas que possam, diretamente ou indiretamente, reduzir o bem-estar dos consumidores e, por sua vez, da sociedade.⁵⁵

São inúmeros os casos em que determinada empresa, por ter sido a primeira a desenvolver determinado produto e/ou serviço, obsta e dificulta a entrada no mercado a concorrentes,

⁵² Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009.

⁵³ *Vide* Faull and Nikpay, *The EU Law of Competition*, (3rd ed.), Oxford University Press, 2014, par. 4.25.

⁵⁴ É prática assente na jurisprudência europeia, a indicação que uma posição dominante não é, por si só ilegal. Assim, as empresas nessa situação têm o direito de se relacionar no mercado com base nos seus méritos, contando, porém, que tenham em conta uma especial responsabilidade e uma especial cautela no seu comportamento, de modo a que não obstem a uma concorrência efetiva, em Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, de 24.4.2009.

⁵⁵ *Vide* Faull and Nikpay, *The EU Law of Competition*, (3rd ed.), Oxford University Press, 2014, par. 4.11.

causando um desequilíbrio de forças e um mal-estar para o consumidor final. Desta forma, as normas concorrenciais e a efetiva regulação tornam-se essenciais para garantir uma harmonização entre um domínio e o seu aproveitamento.

A Lei da Concorrência, dispõe no art.º 68º, n.º 1. al. a), que o abuso de posição dominante constitui uma contraordenação punível com coima, assim como a negligência, conforme o art.º 68º, n.º 3.

Para ser suscetível de se enquadrar como contraordenação, é necessário um comportamento, quer por ação ou omissão, doloso e capaz de integrar um comportamento proibido, conforme legislação em vigor.

O TFUE não dispõe concretamente sobre as consequências da violação do presente regime. No entanto, segundo o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, para além de coimas, aplicáveis quer a comportamentos intencionais ou negligentes, art.º 23º, podem ser igualmente impostas soluções de conduta e medidas provisórias.⁵⁶

O objetivo das coimas é de sancionar comportamentos ilícitos, prevenindo a sua repetição.⁵⁷ Torna-se necessário que as mesmas sejam avultadas, de maneira a que numa ponderação de cenários, se torne claro que não compensa a prática de um ilícito e consequente punição, ao invés do cumprimento da lei.

3.2. Posição dominante individual ou coletiva

A posição dominante tem sido apresentada nesta dissertação, tendo em consideração uma única empresa. Certo é que a existência de tal domínio pode ser constituída por uma ou várias empresas, podendo existir individual ou coletivamente.

O art.º 102º TFUE não deixa margem para dúvida, ao indicar que é abuso de posição dominante o facto de uma ou mais empresas explorarem abusivamente determinada posição de domínio.⁵⁸

⁵⁶ A finalidade e o objetivo da Comissão, em cada caso concreto, estabelece a diferença entre imposição de uma coima ou de uma medida de remediação. A coima pretende reprimir e punir o comportamento, enquanto que as medidas de remediação têm em vista a restituição da concorrência dos mercados aquando do termo da ilicitude.

⁵⁷ Acórdão do TJ, de 15/07/1970, Proc. 41/69 *ACF Chemiefarma vs Comissão* ECR 661, 173.

⁵⁸ Também assim a Lei Nacional da Concorrência, Lei 19/2012, ao indicar que é proibida, por uma ou mais empresas, uma exploração abusiva de posição de domínio numa parte do mercado nacional.

Como infortúnio à exposição, as Orientações da Comissão quanto à aplicação do art.º 102º do TFUE apenas se aplicam aos abusos cometidos por empresas, que detêm uma posição dominante de cariz individual.

Contudo, pela jurisprudência da Comissão é possível colher elementos esclarecedores do que se entende por abuso de posição dominante coletiva, bem como da possibilidade de ser detida por duas ou mais empresas.

A Comissão, no Processo *Società Italiana Vetro SpA e O.*, foi clara ao indicar que há determinados laços económicos, capazes de unir duas ou mais entidades económicas independentes entre si, que devem ser tidos em conta na aferição de uma posição conjunta de domínio exercida sobre outros operadores num mesmo mercado.⁵⁹

Para que tal seja suscetível de se enquadrar numa posição coletiva, duas ou mais empresas, independentes entre si, devem, do ponto de vista económico, atuar no mercado como uma entidade coletiva. Portanto, adotando uma política e estratégia comum, ainda que nem todos os intervenientes necessitem de agir de igual modo em todos os aspetos.

Além da possibilidade de acordos com vista a afetar conjuntamente a estrutura de mercado, a posição dominante coletiva pode resultar apenas de outros fatores de conexão resultantes da estrutura de mercado em concreto, ou mesmo da forma natural como as empresas interagem e atuam.⁶⁰ Quer dizer, a existência de um acordo ou qualquer outro vínculo jurídico não é condição indispensável para se verificar um abuso coletivo.⁶¹

Estas práticas de coordenação entre concorrentes no mercado, têm maior possibilidade de produzir efeitos, em contextos de ambiente económico simples e estabilizado, onde a coordenação se deve fundamentalmente pela prática de observação e reação a comportamentos

⁵⁹ Ac. do TJ, de 10/03/1992, Proc. Ap. T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro E.O.*/ Comissão Europeia, par. 358.

⁶⁰ *Vide* processo *Zoja*, em que a Comissão entendeu que se deveria considerar uma única empresa ou entidade económica, as relações entre as sociedades *CSC e Istituto* e a *Zoja*. Ac. do TJ, de 6/03/1974, Processos 6/73 e 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvente Corporation* contra Comissão, par. 41.

⁶¹ Sobre a indispensabilidade de acordo ou laço jurídico entre as empresas para se constituir como abuso de posição económica coletiva, veja-se Ac. do TJ, de 16/03/2000, Proc. apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritime belge*, par.44 e 45.

concorrentes. Essa possibilidade de influenciar os concorrentes pode permitir e fomentar uma ação conjunta, economicamente suscetível de conferir uma unidade conjunta.⁶²

De uma unidade conjunta podem resultar comportamentos abusivos comuns mais frequentes, mas também individuais. Fala-se em “co-detenção”, na medida em que o abuso não tem necessariamente de ser causado por todas as empresas constantes de determinada unidade, para se afigurar como uma posição dominante coletiva, uma vez que basta que os comportamentos suscetíveis de figurar como abusivos, estejam conexos com a exploração da posição dominante e coletiva que as empresas detêm no mercado.⁶³

De maneira a alcançar e manter uma situação de coordenação entre empresas, é necessário o cumprimento de três requisitos, devendo ser analisados caso a caso.

Em primeiro lugar e tal como acima apresentado, é necessária a existência de um mercado transparente, no qual as empresas tenham conhecimento, do comportamento de mercado dos restantes, de maneira a poder haver um certo controlo mútuo, na medida em que cada uma das empresas tentará aumentar os seus proveitos, em detrimento da cooperação.

Como segundo requisito, a verificação de um entendimento de todos os envolvidos, em que a melhor opção, em detrimento da liberdade económica e estratégica de cada um, é a estratégia comum, uma vez que permitirá um elevado número de proveitos, sendo sustentável ao longo do tempo.

Em terceiro, tratando-se de uma estratégia coletiva de desvirtuamento da concorrência, torna-se necessária a análise dos restantes intervenientes de mercado, de maneira a aferir da necessidade e/ou mais valia de incluir mais empresas concorrentes, aumentando os ganhos comuns.⁶⁴

Conclui-se que esta característica coletiva do abuso de posição dominante é aplicável em situações de mercado em que os concorrentes detêm fortes incentivos a uma prática conjunta,

⁶² Esses comportamentos de coordenação, tanto podem traduzir-se num aumento de preços constante e coordenada, bem como uma limitação da produção ou das capacidades incluídas no mercado. Além disso, dessa coordenação pode resultar uma divisão de mercado, capaz de beneficiar todas as partes constantes da entidade conjunta em questão.

⁶³ Ac. do TJ, de 7/10/1999, Proc. T-228/97 *Irish Sugar* contra Comissão, par. 66.

⁶⁴ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, par. 48 a 50.

sendo mais favorável em mercados oligopolistas, onde se torna simples para um pequeno grupo de empresas controlar tacitamente o comportamento dos outros, seja pela concentração do mercado ou pela transparência e a homogeneidade do produto.

3.3. Formas de Abuso

O art.º 102º TFUE, de forma não taxativa, enuncia determinados comportamentos que podem ser suscetíveis de consistir um abuso de posição dominante. Idêntica foi a opção legislativa adotada em Portugal, conforme o art.º 11º LC. Não havendo diferenças materiais nos preceitos, optaremos em seguida por tratar a disposição comunitária.

O art.º 102º TFUE, na alínea a) dispõe que a imposição de preços de compra ou de venda ou de condições de transação não equitativas, ainda que de maneira direta ou indireta, pode consistir numa prática abusiva, e como tal sancionada de acordo com as regras concorrenciais.⁶⁵

Na alínea b) do referido preceito, indica-se como possível ilícito a limitação da produção, distribuição e do desenvolvimento técnico, causando dessa maneira um prejuízo para os consumidores. Um dos principais objetivos das políticas concorrenciais sempre foi o progresso económico e o desenvolvimento técnico, visto como condição indispensável ao desenvolvimento socioeconómico, gerando maior bem-estar junto dos consumidores.⁶⁶

A alínea c) apresenta como possível comportamento de abuso, a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, gerando uma desvantagem concorrencial injustificada. Resulta sobretudo de comportamentos ou imposição de preços meramente discriminatórios, colocando entraves à livre concorrência.⁶⁷

⁶⁵ Em causa podem estar imposições de preços excessivos, quer de compra, quer de venda, não havendo mínima relação entre o valor económico de determinado bem com o preço fixado, prejudicando a liberdade de iniciativa económica e a livre concorrência no mercado.

⁶⁶ *Vide* Preâmbulo TFUE.

⁶⁷ Como no Processo *United Brands*, em que a Comissão concluiu que a diferença de preços exigidos para prestações equivalentes a comerciantes de diversos Estados-Membros, consubstanciava um abuso de posição dominante, na medida em que colocava determinados comerciantes em desvantagem no mercado, devido a exigências distintas, discriminatórias e injustificadas, uma vez que as bananas vendidas eram transportadas da mesma maneira e pelo mesmo meio de transporte, descarregadas com custo idêntico, com semelhantes características quanto à qualidade e com mesmas condições de vendas.

O art.º 102º TFUE inclui ainda, na sua alínea d), a imposição de prestações suplementares como condição de aceitação de determinados contratos que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.⁶⁸

Os principais abusos acima elencados consubstanciam-se, fundamentalmente, nas seguintes práticas: preços predatórios; esmagamento de margens e discriminação de preços; descontos de fidelidade e contratos de exclusão; recusas de fornecimento; abusos de direito de propriedade industrial; *typing e bundling*.⁶⁹

Abrangendo o conceito amplo da recusa de fornecimento, são passíveis de figurar diversas práticas como para além da recusa de fornecimento *per se*. São os casos do licenciamento de direitos de propriedade intelectual, o licenciamento de informações e a recusa de acesso a uma infraestrutura essencial, esta última objeto da nossa exposição.

Apesar de o TFUE, no seu art.º 102º não referir explicitamente, no nosso entender, sempre se poderá extrair a recusa de acesso a uma infraestrutura essencial, da letra da alínea b), na parte que refere a limitação da distribuição, ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.

Adotando uma estratégia um pouco diferente e provando a posterioridade do direito nacional face ao europeu, optou o legislador nacional por consagrar expressamente a doutrina das infraestruturas essenciais no art.º 11º, alínea e) da LC, resultando em larga medida de uma construção jurisprudencial em vários Estados-Membros, no ensejo de clarificar o instituto. Desse modo, pode ser considerada abusiva a recusa do acesso a uma rede ou a uma infraestrutura essencial, controlada pelo agente que detenha uma posição de domínio, quando, sem esse acesso, outra empresa não consiga operar como concorrente no mercado a montante ou jusante. Recusa essa capaz de causar uma insusceptibilidade da empresa concorrente em operar no mesmo mercado, por razões legais ou de facto, a menos que a empresa dominante

⁶⁸ Para mais esclarecimentos ver Moura e Silva, Miguel, *As Práticas Restritivas da Concorrência na Lei n.º 19/2012: Novos Desenvolvimentos*, Revista do Ministério Público, vol. 35, n.º 137, 2014.

⁶⁹ Para mais desenvolvimentos *vide* Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, de 24.02.2009, par. 76 e 81.

demonstre que o acesso em condições de razoabilidade é impossível, quer seja por motivos operacionais ou outros.⁷⁰

Não obstante a expressa consagração do instituto, o legislador nacional estabeleceu limitações à aplicação do mesmo, como a impossibilidade de conceder o acesso, em condições de razoabilidade (para cuja aferição não se pode avaliar apenas um dos vetores mencionados, mas sim pelo conjunto dos elementos), quer seja por motivos operacionais ou outros, como a deterioração do serviço prestado ou da capacidade de dar uma resposta adequada e em qualidade, bem como o nível de pressão e de risco que poderá ser colocada à rede ou infraestrutura. Ou seja, conclui-se que para a imposição de uma restrição, o benefício tem de ser maior, através de um balanço e de uma compensação entre os efeitos *pro competitivos* e os efeitos concorrenciais.

Nesta sequência, o que se pretende em última *ratio* é que os efeitos *pro competitivos* não sejam superados pelos efeitos anticoncorrenciais e que dessa maneira se salvguarde os interesses dos consumidores, não devendo os mesmos ser prejudicados por recusas injustificadas, nem tão pouco por obrigtoriedades de concessão de acesso totais e indiscriminados, colocando em causa qualidade dos serviços ou produtos apresentados.

CAPÍTULO IV – Doutrina das Infraestruturas Essenciais

4.1. A construção jurisprudencial

A doutrina das infraestruturas essenciais surgiu nos EUA, na sequência de uma criação jurisprudencial, resultante da controvérsia de saber se uma detenção de um direito exclusivo sobre um recurso ou uma infraestrutura poderia ceder em nome da concorrência.

Integrada como parte da doutrina *antitrust*, aquando do processo *Terminal Railroad Association*, no ano de 1912, surgiram as primeiras orientações sobre a questão. Neste caso, enquadrado no mercado do transporte ferroviário americano, mais propriamente na cidade de St. Louis, erguia pela primeira vez o tema do poder exercido por um monopolista, a *Terminal Railroad Association*, detentor de uma grande infraestrutura e a forma como a sua atuação podia causar deficiências no mercado. Esta entidade abusava da sua posição de domínio, não

⁷⁰ A opção do legislador português em tipificar autonomamente o instituto do acesso a infraestruturas essenciais já constava da anterior norma concorrencial nacional, Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. Porém essa menção específica apenas serve para reforçar a importância do instituto, uma vez que a proibição per se já advém da proibição geral constante do n.º 1 do art.º em causa.

permitindo o acesso a companhias concorrentes que pretendiam oferecer serviços ferroviários com destino e com escala na cidade de St. Louis. Como se veio a verificar no decorrer do processo de investigação, a construção de rotas alternativas era inviável devido aos condicionamentos geográficos e topográficos daquela região, retirando-se daqui a essencialidade da infraestrutura, de modo a poder alargar-se a oferta aos consumidores.⁷¹

A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Norte-Americano foi a de condenar a *Terminal Railroad Association*, por responsabilidade civil, obrigando-a a partilhar o acesso à infraestrutura com os seus concorrentes, mediante o pagamento de uma taxa acordada entre ambas as partes e que não causasse prejuízo a nenhuma delas, limitando assim o poder daquele monopolista. Tendo sido esta a primeira decisão a tratar a temática das infraestruturas essenciais, certo é que, em momento algum da decisão se abordou como um instituto autónomo. Aliás, como continuou a acontecer em decisões posteriores, onde os tribunais norte-americanos começavam a aplicar a figura das infraestruturas essenciais, sem assumir a sua existência.

Das diversas sentenças posteriores nos EUA, só no caso *MCI Communications vs AT&T* é que o Tribunal Norte-Americano abordou objetivamente a temática das infraestruturas essenciais como tal.⁷²

Nesta decisão estava em causa a recusa unilateral da *AT&T*, que figurava no mercado como monopolista, em permitir que o seu concorrente tivesse acesso à sua rede telefónica nacional, excluindo assim a concorrência no mercado das chamadas a longa distância. A decisão de condenação, obrigando a *AT&T* a permitir a interligação, baseou-se na impossibilidade económica de duplicação da rede e de a partilha não causar grandes inconvenientes à detentora da infraestrutura.⁷³

⁷¹ Nomeadamente, *The result of the geographical and topographical situation is that it is, as a practical matter, impossible for any railroad company to pass through, or even enter St. Louis, so as to be within reach of its industries or commerce, without using the facilities entirely controlled by the terminal company*, em Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 23/10/1912, *Terminal Railroad v. United States*, U.S. 383.

⁷² Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 31/12/1973, *MCI Communications v. American Telephone & T.CO.*, U.S. 369.

⁷³ Tribunal de 2ª instância do 7º círculo entendeu que para a correta aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais era necessário o cumprimento cumulativo de quatro elementos. Em primeiro lugar, a necessidade de o controlo da infraestrutura essencial ser por parte de um monopolista. Depois, a impossibilidade razoável de competidores poderem duplicar essa infraestrutura. Além disso,

Refira-se ainda que nos EUA, uma das decisões mais importantes, na fixação da doutrina das infraestruturas essenciais, se deu no caso *Trinko*⁷⁴, em que o Supremo Tribunal decidiu que a doutrina das infraestruturas essenciais só poderia ser aplicada quando não houvessem regras específicas de regulação de concorrência de um determinado setor que se lhe aplicassem.⁷⁵

Algumas décadas passadas do surgimento da doutrina nos EUA, suscitou-se a problemática do acesso a infraestruturas essenciais no ordenamento jurídico europeu. Fundamentalmente, nos primeiros tempos, enquadrado como uma conduta abusiva por parte de determinada empresa com uma posição de domínio, levando mais tarde a surgir como um comportamento específico sobre abuso de posição dominante, conforme enquadrável, como se viu *supra*, na al. b) do TFUE.

A nível europeu, a relevância desta matéria surgiu, em grande medida, aquando da criação do Mercado Único Europeu, um mercado único sem barreiras, assente nos princípios da liberdade de pessoas, serviços, mercadorias e de capitais, fomentando assim a concorrência dentro da União e garantindo-se uma oferta de maior qualidade para consumidores.

As entidades europeias tentavam controlar os monopólios existentes, que fixavam unilateralmente as regras do mercado, sendo que muitos deles resultavam de situações de domínio público, em que as principais infraestruturas eram controladas pelo Estado. Consequentemente, com esta mudança de paradigma a nível europeu, assistiu-se a grandes projetos de privatizações e consequentes criações de entidades reguladoras. Para uma efetivação do processo de privatizações foi necessário conceder acesso a infraestruturas, justificando-se a aplicação de regras concorrenciais.⁷⁶

necessário que a recusa do acesso seja a um competidor do detentor e que exista a possibilidade de o monopolista poder conceder esse acesso. Vide Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIX, n.º 1 e 2, 2008, Coimbra Editora, p. 125.

⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 13/01/2004, *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP*, U.S. 540.

⁷⁵ Nos EUA a doutrina das infraestruturas essenciais era aplicada de forma muito cautelosa, o que levava a uma subsidiariedade das leis concorrenciais sobre as leis setoriais, levando em muitos casos à sua não aplicação, de todo. A União Europeia não segue o mesmo critério, havendo inúmeros dispostos legais que estabelecem cooperação entre as Autoridades da Concorrência e as Autoridades setoriais.

⁷⁶ De referir ainda que quem controla ou administra determinada infraestrutura pode não ser seu proprietário legítimo, figurando como controlador devido ao domínio que exerce sobre a mesma.

Nesta sequência, em 1974, o TJUE viu-se confrontando com esta realidade no caso *Commercial Solvents*, o primeiro processo julgado na União Europeia que colocou em causa a recusa de fornecimento de bens e a doutrina das infraestruturas essenciais. A *Commercial Solvents* era, na época, o único fornecedor de aminobutanol, um produto usado como matéria-prima para o fabrico de medicamentos e que era comprado pela *Zoja*, precisamente para esse efeito. Após alguns anos de parceria comercial, a *Commercial Solvents* decidiu terminar as vendas à *Zoja*, começando a fabricar ela própria os seus próprios medicamentos e impossibilitando o fabrico da sua concorrente.⁷⁷

A Comissão, ao apreciar o caso e os fundamentos de ambas as partes, entendeu que a injustificada recusa de fornecimento por parte da *Commercial Solvents* consubstanciava abuso de posição dominante, pela agravada posição de responsabilidade em que se encontrava no mercado, capaz de controlar o abastecimento dos fabricantes de produtos derivados, adotando assim um comportamento suscetível de eliminar a concorrência no mercado comum. Mesmo tendo-se verificado os elementos acima descritos, da falta de opções e da impossibilidade de concorrência, em momento algum da decisão a Comissão levantou ou abordou o instituto da recusa de acesso a infraestruturas essenciais.⁷⁸

Num outro processo, em 1992, no caso *Sealink*, pese embora não ter sido ainda referenciada especificamente a doutrina das infraestruturas essenciais, certo é que o enquadramento dado pela Comissão e a sua estruturação de entendimento não deixaram dúvidas ao enquadramento do instituto objetivamente.⁷⁹

Estava em causa o comportamento da Companhia *Sealink*, proprietária do porto de *Holyhead*, localizado no norte de Gales. A *Sealink*, atuando como operadora de ferries, alterava os horários de entrada e de saída do porto com o intuito de prejudicar e causar dificuldades operacionais à sua concorrente, *B&I*. Estando em causa um porto, com dimensões e características geográficas únicas à data e fundamental para as atividades comerciais e de transporte de passageiros, a

⁷⁷ Ac. do TJ, de 6/03/1974, Processos 6/73 e 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvente Corporation* contra Comissão.

⁷⁸ Comissão entendeu que detentor de posição dominante num mercado de matérias-primas, nos casos de fabrico de produtos derivados, recusando o fornecimento a um cliente concorrente, eliminando assim a concorrência, abusa da sua posição no mercado. Ac. do TJ, de 6/03/1974, Processos 6/73 e 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvente Corporation* contra Comissão, par. 24 e 25.

⁷⁹ Decisão da Comissão, de 21/12/1993, IV/34.689 *Sea Containers* contra *Stena Sealink*.

Comissão não teve dúvidas em definir como uma infraestrutura essencial, fundamental para que empresas concorrentes pudessem prestar a sua atividade no mercado secundário.

Comissão entendeu que a *Sealink* abusava da sua posição de domínio e de detenção da infraestrutura, reforçando a sua posição no mercado em detrimento da concorrência e da oferta apresentada aos consumidores, através quer de recusas injustificadas, quer de concessões de acesso em condições menos favoráveis que as aplicadas aos seus próprios serviços.

Por fim, apenas em 1993, no caso *Tiercé Ladbroke* é que se efetivou a referência efetiva à doutrina das infraestruturas essenciais, estando em causa o acesso à transmissão audiovisual de corridas de cavalos francesas. Neste caso, julgou-se a recusa como lícita, uma vez que já havia serviços distintos capazes de corresponder com a finalidade pretendida, como os fornecidos aos apostadores, o que consubstanciava a existência de alternativas para o reclamante e obstava à caracterização de infraestrutura essencial.⁸⁰

Da análise destas decisões verificamos que decorrem três elementos, que devem ser cumpridos conjuntamente, para a aplicação do instituto. Efetivamente a Comissão, para evitar divergências na análise e aplicação do instituto, publicou as suas *guidelines* onde clarificou estas três circunstâncias. A saber, que a recusa incida sobre um produto ou serviço objetivamente necessário para uma efetiva concorrência no mercado a jusante, que essa recusa tenha como efeito a eliminação da concorrência no mercado a jusante e que cause um prejuízo para o consumidor.⁸¹

O prejuízo para o consumidor pode ser caracterizado como tudo o que faça deteriorar a qualidade de um serviço prestado, quer pela impossibilidade de concorrência por parte de novos intervenientes ou pela escassez de opções que lhe são colocadas à disposição. A eliminação da concorrência, por si, não necessita de ser atual, podendo ocorrer em fase ou momento posterior, ou, inclusive, os efeitos podem nem se verificar, bastando a mera potencialidade de que com

⁸⁰ *The refusal to supply the applicant could not fall within the prohibition laid down by Article 86 unless it concerned a product or service which was either essential for the exercise of the activity in question, in that there was no real or potential substitute, or was a new product whose introduction might be prevented, despite specific, constant and regular potential demand on the part of consumers. Vide Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Proc. T-504/93, Tiercé Ladbroke SA contra Comissão das Comunidades Europeias, de 12/06/1997, p.131 e ss.*

⁸¹ Para evitar divergências de interpretação e aplicação do instituto, de modo a garantir-se uma maior homogeneidade, surgem as *Guidelines da Comissão*, como instrumentos não juridicamente vinculativos, mas de extrema importância na clarificação de princípios e regras internacionais.

aquele comportamento se elimine a concorrência. Já no que toca ao mercado a jusante, a Comissão considera como o mercado no qual o componente cuja venda é recusada é essencial para a produção de um produto ou para o fornecimento de um serviço.⁸²

4.2. Suscetibilidade de afetação do mercado interno

O art.º 102º do TFUE é perentório ao referir que é incompatível com o mercado interno e consequentemente proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

De acordo com as orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, seguindo a posição jurisprudencial europeia, a suscetibilidade de afetação do mercado interno implica uma previsão, com elevado grau de probabilidade, que o acordo ou prática em causa, possa desencadear uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial, no comércio estabelecido entre os Estados-Membros.

Conforme decorre da definição que vimos supra, para aferir da existência do instituto é preciso avaliar diversos critérios, que pelas suas características subjetivas podem dificultar a análise do mesmo. Desde logo, a dúvida do grau de probabilidade suficiente para afetação de mercado, bem como a concreta definição da influência requerida, variando de direta ou indireta, efetiva ou potencial, causavam bastantes dificuldades, que a Comissão procurou aclarar, através das suas *guidelines*.

No que concerne à probabilidade suficiente, quanto à afetação de mercado, é possível indicar que a prática concreta de determinada ação não precisa de ser verificada. Isto é, basta a mera intenção ou probabilidade de afetação negativa no mercado. Contudo, a afetação do comércio entre Estados-Membros varia casuisticamente, tendo-se por base quer a natureza do abuso, quer os produtos envolvidos, bem como o mercado em causa e o nível de domínio no mercado.

A estrutura de mercado necessita de ser afetada de maneira tal, que possa ser suscetível de se lhe aplicar as regras concorrenciais. Essa afetação, tanto pode ser apurada positiva ou negativamente. É o mesmo que dizer que a estrutura do comércio pode ser afetada em caso de

⁸² *Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.02.2009, par. 76 e ss.

aumento do comércio, não sendo necessário que se trate de uma restrição ou redução do comércio. Questão fundamental é sim, o apuramento da evolução inesperada do comércio, face à sua evolução previsível na ausência de tal acordo ou prática.⁸³

Apesar da consistência jurisprudencial dos últimos anos e até da publicação das *guidelines* pela Comissão que vieram ajudar à clarificação, continuamos a ter atualmente decisões de grande relevância no contexto europeu, quanto a este instituto em concreto, o que demonstra a atual preocupação do direito da concorrência, particularmente no mercado digital. Como exemplos, veja-se as coimas avultadas que a *Google* tem sido sujeita nos últimos anos por parte da Comissão Europeia, por comportamentos suscetíveis de configurar um abuso da sua posição de domínio.⁸⁴ Ou mesmo o exemplo do caso *Microsoft*, onde estava em causa uma recusa de licenciamento de direitos de propriedade industrial.⁸⁵

4.3. A aplicabilidade das regras concorrenciais e a regulação setorial em Portugal

A Lei da Concorrência nacional, assim como os próprios estatutos da AdC, estabelecem que para uma eficaz preservação do mercado e das práticas concorrenciais, a AdC e as autoridades reguladoras setoriais⁸⁶ colaboram entre si, podendo desse modo celebrar acordos de cooperação bilaterais ou multilaterais.⁸⁷

A AdC, acompanhando a dinâmica das autoridades europeias, pode atuar quer numa perspetiva *ex ante*, procurando definir os princípios e regras gerais que devem limitar a atividade, quer *ex*

⁸³ Comunicação da Comissão — *Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos arts.º 81º e 82º do Tratado*, de 27 de abril de 2004, par. 23 e ss.

⁸⁴ Em particular, no que toca com a nossa exposição, a *Google* ao impedir o desenvolvimento de ecossistemas *android*, recusou o acesso a uma infraestrutura essencial e o subsequente desenvolvimento de concorrentes, tendo sido aplicada uma coima no valor de 4.34 mil milhões de euros. Para mais informações, consultar: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_pt.htm.

⁸⁵ A Comissão considerou que a *Microsoft* abusou da sua posição de domínio, recusando o fornecimento, em moldes discriminatórios, de informações técnicas a concorrentes que lhes permitiam conceber soluções distintas e inovadoras, capazes de concorrer no mercado dos sistemas operativos para servidores de grupo de trabalho. *Vide* Acórdão de 17 de setembro de 2007, *Microsoft Corp v. Comissão*, Processo nº T-201/04, Col.-207, P.II- 360.

⁸⁶ Sobre regulação setorial *Vide* Maques, Maria Manuel Leitão; Almeida, João Paulo Simões de; Forte, André Matos. *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

⁸⁷ Como retrato dessa complementaridade e colaboração, veja-se a título de exemplo, a recente investigação por parte da AdC a um cartel no setor segurador, mesmo sendo o setor regulado pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF).

post, justificada pelo incumprimento de determinadas regras e princípios, exercendo o seu poder sancionatório. Ainda que numa fase inicial se pudesse pensar que a cooperação entre as diversas autoridades e a AdC lograsse justificar-se pelo momento de intervenção, atualmente é claro que as intervenções, quer das entidades setoriais quer da AdC podem ocorrer em ambos os momentos. No que à doutrina das infraestruturas essenciais diz respeito, a prática das autoridades é fundamentalmente reativa, porém nos casos de concentrações económicas, aquando da apreciação anterior pelas autoridades, protege-se a estrutura de mercado e as infraestruturas.⁸⁸

Compreende-se perfeitamente que uma entidade reguladora de determinado sector estabeleça normas e princípios capazes de proteger os legítimos interesses concorrenciais, nomeadamente a partilha do acesso a infraestruturas essenciais, não só por permitir prevenir determinados litígios futuros, mas também pelo conhecimento aprofundando e específico das características do mercado em causa e das infraestruturas consideradas como essenciais.

Desse modo a atividade da AdC tenderia a ficar reduzida pelo controlo prévio efetuado pela entidade reguladora. Esta tendência, contudo, ainda não se verifica, havendo uma indispensável necessidade da intervenção da AdC na resolução e no julgamento de infrações concorrenciais, mesmo nos casos em que existe uma certa regulação e normativa sectorial.

A proteção do mercado e dos seus intervenientes esbarra por inúmeras vezes no direito de propriedade e no direito de incitativa económica. Estes últimos, protegidos constitucionalmente, figurando como fundamentais ao processo de desenvolvimento económico e tecnológico, potenciando o desenvolvimento e a procura de melhorar constantemente processos e sistemas. A Constituição económica assenta em três pilares, todos no mesmo patamar de importância, a saber: o direito de propriedade, o direito de iniciativa privada e o direito da concorrência, conforme arts.º 60º a 62º da CRP, pelo que a sua aplicação de cada pilar deve verificar-se em harmonia com os restantes, não se podendo retirar qualquer prevalência da letra da lei.

Na tentativa de manter os mercados abertos em Portugal, no final dos anos 80 verificou-se uma vaga de privatizações, como os casos dos CTT e da PT. Anos mais tarde e ainda com a influência da *Troika* em Portugal, assistiu-se a um esvaziamento das grandes empresas

⁸⁸ Certo é que a intervenção da AdC não se esgota apenas na vertente sancionatória, visto que dispõe de amplos poderes regulatórios e de supervisão.

controladas pelo Estado, mantendo-se essa tendência até aos dias atuais, daí a pertinência na avaliação e no estudo da doutrina das infraestruturas essenciais, aplicável a estes casos. Outra das problemáticas deste instituto e que pode colocar em causa a doutrina das infraestruturas essenciais é o caso dos *free riders*, que aproveitam os méritos alheios para a sua impulsão económica, desvirtuando por completo os méritos concorrenciais.⁸⁹

Como se viu anteriormente, umas das principais incumbências do Estado é o de promover o correto funcionamento dos mercados, procurando corrigir as desigualdades existentes. A intervenção das autoridades competentes deve ser sempre bastante cuidada, de modo a proteger os interesses dos consumidores, mas também a garantir a continuidade e o respeito de princípios constitucionais e fundamentais de desenvolvimento económico.⁹⁰

4.4. Definição do conceito de infraestrutura essencial

Do que se viu *supra*, é ponto de partida para escrutinar o instituto, o que tem sido considerado como uma infraestrutura essencial. Tanto o TFUE como a LC não definem o conceito de infraestrutura essencial, não contribuindo em nada para a sua clarificação.

Da análise das decisões jurisprudenciais e das *guidelines* da Comissão, podemos extrair que a essencialidade deve ser observada e aferida casuisticamente. Não obstante, a definição tem sido fixada pelas decisões jurisprudenciais, fundamentais na ajuda da definição de que bens, serviços, redes, são passíveis de se concretizar como essenciais, havendo já um leque bastante vasto de decisões, quer nacionais, europeias ou internacionais.

Uma infraestrutura *per se*, é vulgarmente caracterizada como uma base de uma construção, quer seja de serviços, estruturas ou outros. Há determinadas infraestruturas que pela sua importância

⁸⁹ Comissão entende que deve haver uma aplicação bastante cautelosa do instituto, de forma a não tornar negativa a sua aplicação, beneficiando desse modo os *free-riders*. Apenas em circunstâncias muito limitadas e ponderadas o direito da concorrência deve intervir. Em Comunicação da Comissão — *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009.

⁹⁰ Como proferiu AG Jacobs nas conclusões do caso *Bronner*, é necessária uma ponderação cuidada na aplicação do instituto e nos princípios que se pretendem tutelar. A não concessão do acesso a uma infraestrutura que uma empresa desenvolva e controle, a longo prazo é favorável à concorrência, uma vez que incitará os concorrentes a procurar soluções e infraestruturas capazes de rivalizar e superar a infraestrutura negada e estimulará empresas em posição de domínio a desenvolver infraestruturas ainda mais eficazes. Em Conclusões do Advogado-Geral G. G. Jacobs – Processo C7/97, de 28 de maio de 1998, par. 57.

se tornam essenciais ao desenvolvimento económico e social e ao bem-estar dos consumidores, gerando um benefício económico para quem as detêm ou controla em comparação com os seus concorrentes.

Não só as típicas infraestruturas de grande envergadura, bastante onerosas e de difícil multiplicação, tais como portos, redes ferroviárias, redes de comunicações, aeroportos, entre outras, se podem considerar como essenciais. Determinados produtos e serviços também podem ser considerados como essenciais, ou mesmo alguns bens intangíveis, tais como sejam os direitos de propriedade intelectual.⁹¹

Parece certo que a criação de determinado recurso considerado essencial, acarreta custos económicos bastante exigentes e avultados. Conforme explica Maria Manuel Leitão Marques, a essencialidade de uma infraestrutura advém da impossibilidade da sua duplicação ou reprodução, por outro meio economicamente viável, por outro agente comercial. Não só custos económicos, mas também custos de oportunidade resultantes da morosidade do processo de duplicação.⁹²

De salientar ainda que há determinadas infraestruturas que pelas suas características e natureza podem gerar uma elevada procura, sendo certo que daí decorrem elevados benefícios sociais, devendo ser partilhadas.

Neste contexto e como exemplos do que foi considerado como infraestrutura essencial, veja-se o já referenciado caso *Sealink* onde o porto de Holyhoed foi considerado como essencial, sendo um paradigma clássico de uma infraestrutura com dimensões bastante elevadas e com uma inviabilidade económica na sua replicação tremenda. Ou o caso *Google*, também referenciado supra, onde foi identificada como infraestrutura essencial os ecossistemas *android*, demonstrando a mudança de paradigma que se tem vivenciado no entendimento do instituto. Alargando ainda mais o seu âmbito e exemplificando o cariz dinâmico das infraestruturas essenciais, veja-se o caso do cemitério de Leganés, onde a Autoridade espanhola responsável

⁹¹ Para a doutrina e jurisprudência europeia não há dúvidas que a recusa de acesso ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual podem consistir um ilícito enquadrado na doutrina das infraestruturas essenciais. Já nos EUA, a jurisprudência não tem sido tão clara e objetiva nessa caracterização. *Vide* Lévêque, François, *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*, 2005, p. 4.

⁹² *Concorrência: estudos/coord.* António Goucha Soares, Maria Manuel Leitão Marques, Coimbra, Almedina, 2006, p. 60.

pelos mercados e a concorrência (CNMP), entendeu que a prestação de serviços funerários no município de Leganés, mais concretamente o cemitério público, consubstanciava uma infraestrutura de tal modo singular e importante, que a recusa de acesso por parte do gestor foi considerada como abuso de posição dominante. A existência de diversas barreiras legais, técnicas, económicas e estratégicas no funcionamento do mercado, desincentivavam novas entradas e oportunidades de negócio no setor de cemitérios. Além disso, tratando-se de uma infraestrutura pública, o esforço que se pediria a um novo concorrente iria ser substancialmente superior, uma vez que teria sempre de amortizar um investimento bastante importante em que o gestor do cemitério público não incorreu.⁹³

4.5. Aferição da essencialidade da infraestrutura no mercado

De maneira a que uma infraestrutura seja considerada como essencial é necessário que o acesso seja indispensável, na entrada no mercado e na consequente aptidão a desenvolver uma atividade económica conexa, seja fabrico de um produto ou fornecimento de um serviço, não bastando que se trate apenas de uma mera facilidade ou adequação. É entendimento maioritário na doutrina que para a aplicação do instituto são necessários dois mercados. Um mercado monopolista a montante, caracterizado por uma detenção que pode ser de facto ou um mero controlo legalmente protegido, e um mercado potencialmente concorrencial a jusante, prejudicado e limitado pela conduta do detentor da posição de domínio, que controla a infraestrutura essencial, necessária ao desenvolvimento do mercado a jusante.⁹⁴

Ora, nos casos em que o monopolista não exerce nenhuma atividade relacionada a jusante, não haveria qualquer obstáculo à concessão de acesso. Ao invés, há casos em que o monopolista, para além da posição de domínio no mercado a montante, exerce atividade no mercado a jusante, o que leva a que tome comportamentos potenciais de recusa, usando a sua posição a montante para alavancar a sua colocação a jusante e comprometer a efetividade da concorrência.

⁹³ Para mais desenvolvimentos da Decisão da CNMP, veja-se SAMAD/01/2016 *Cementerios de Leganes*, disponível em https://www.cnmc.es/sites/default/files/2173984_53.pdf.

⁹⁴ A Comissão é clara ao indicar que a indispensabilidade de determinada infraestrutura advém da inexistência de qualquer substituto real ou potencial que possa ser utilizado por concorrentes, capaz de contrabalançar a recusa. A substituição como reprodução advém da criação de uma alternativa eficiente, capaz de colocar em causa o domínio da empresa que recusa, no mercado a jusante. *Vide Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.º 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.02.2009, par. 83.

Assim o mercado derivado seria fortemente prejudicado pela recusa de acesso, sendo necessário uma proteção extra dessas infraestruturas.⁹⁵

Não obstante o entendimento doutrinal, quanto à essencialidade ou não da existência de dois mercados distintos para a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais, o Tribunal de Justiça no acórdão *IMS Health* pronunciou-se sobre o tema, com base numa decisão anterior proferida pelo mesmo órgão, no acórdão *Magill*.⁹⁶

É entendimento do Tribunal de Justiça que para a aplicação do instituto basta a existência de um mercado potencial ou hipotético. Assim, é suficiente a existência de uma procura efetiva por parte de potenciais compradores. No caso de nunca ter sido disponibilizado o *input* não há propriamente um mercado derivado, existe sim uma expectativa que pode ser tutelada. Dessa forma fala-se num mercado potencial ou mesmo hipotético, pois nunca existiu, mas é uma necessidade, havendo procura efetiva por parte dos clientes.⁹⁷

Certo que nem sempre é fácil definir e concretizar conexões de mercado. Contudo, a fundamentação dos dois mercados conexos serve para qualificar a essencialidade de determinada infraestrutura, pela sua essencialidade no desenvolvimento de atividades económicas relevantes.

Na opinião de Paula Vaz Freire é necessário o cumprimento de três requisitos para a imposição de uma obrigação de acesso. A saber, que o detentor do recurso concorra no mesmo mercado,

⁹⁵ De salientar que para a aplicação do instituto apenas é necessário e requisito essencial a detenção de uma posição dominante no mercado onde é controlada a infraestrutura essencial, não sendo necessária essa posição de domínio no mercado derivado.

⁹⁶ No acórdão foram apresentadas duas posições distintas resultantes da interpretação do acórdão *Magill*. Uma das partes, a *IMS*, entendia que para se considerar como comportamento abusivo era necessário o preenchimento cumulativo de três condições. Assim, a recusa de concessão de licença deveria obstar ao surgimento do novo produto, ser injustificada e ter por efeito restringir o mercado derivado apenas à empresa dominante. Por sua vez, a *NDC*, parte contrária em litígio, afirmava querer fornecer um produto novo. Tinha um entendimento, aliás partilhado com a Comissão, de que no acórdão *Magill* não era necessário a existência de dois mercados distintos. Bastava a que empresa em posição dominante em determinado mercado dispusesse do monopólio sobre a infraestrutura considerada indispensável e que lhe permitisse restringir o efeito concorrencial no mercado que exerce a sua atividade. Para a Comissão não é necessário o requisito dos mercados separados, bastando que a infraestrutura se situe num estágio de produção a montante. *Vide* Acórdão do TJ, de 29/04/2004, Proc. C-418/01 *IMS Health GmbH 6c. Co. OHG*.

⁹⁷ Acórdão do TJ, de 29/04/2004, Proc. C-418/01 *IMS Health GmbH 6c. Co. OHG.*, par. 44.

que o acesso seja necessário para a entrada e permanência de um agente económico e que desse acesso decora um aumento da concorrência efetiva.⁹⁸

4.6. Justificação da negação de acesso a uma infraestrutura

Em termos genéricos, uma empresa em posição dominante que controle uma infraestrutura essencial ou um recurso económico indispensável, deve garantir o seu acesso, em termos e condições não discriminatórias.⁹⁹

Para ser enquadrável como uma infração concorrencial, à luz dos arts.º 102º TFUE e 11º LC é necessário que a recusa seja, portanto, injustificada e discriminatória. A consagração legal e doutrinal deste instituto não coloca em causa o livre desenvolvimento económico, os méritos individuais e muito menos visa garantir acesso indiscriminado ao mercado. Deste modo, apenas nos casos em que se prove a essencialidade da infraestrutura e a impossibilidade de alternativas à entrada no mercado derivado ou dependente é que se estabelecem limites de recusa e de compensação ao acesso.

Esses argumentos serão avaliados caso a caso pelas autoridades competentes, sendo certo que as razões que justificam a recusa podem ser as mais distintas. Entendimento pacífico a nível jurisprudencial é de que o acesso não pode resultar em situações de deterioração ou exaustão da infraestrutura. Mais, não pode criar constrangimentos ao exercício da atividade por parte do seu controlador, prejudicando a sua atuação ou o bem-estar dos consumidores, que não devem ver o custo aumentado ou o serviço ou bem arruinado.

Como salienta Paula Vaz Freire, e bem, trata-se no fundo de aferir se a infraestrutura ou o recurso apresentam uma capacidade disponível ou não para a sua utilização adicional, balançando entre as consequências do acesso e do normal funcionamento da infraestrutura. Considera-se, no entanto, ilícita a recusa quando se fundamenta apenas na tentativa de prejudicar os outros concorrentes e com isso, alavancar a sua posição no mercado.¹⁰⁰

⁹⁸ Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIX, n.º 1 e 2, 2008, Coimbra Editora, p. 121.

⁹⁹ Doherty, Barry, *Just what are essential facilities*, *Common Market, Law Review*, vol. 38, abril 2001, pp. 385 e ss.

¹⁰⁰ Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIX, n.º 1 e 2, 2008, Coimbra Editora, p. 122.

Para além da efetiva recusa de fornecimento, mais usual, pode haver situações de recusas implícitas, em que se detentor apresenta condições desrazoáveis na disponibilização do bem ou serviço, degradação do fornecimento do produto ou demoras injustificadas e inexplicáveis nas respostas aos pedidos de acesso.¹⁰¹

Casos há, contudo, em que o titular ou detentor de uma infraestrutura pode negar o acesso legitimamente, quando justificada objetivamente a recusa e os seus fundamentos.¹⁰²

CAPÍTULO V – Os casos

5.1. Vasp vs CTT

A 21 de novembro de 2014, oriundo de uma denúncia da Vasp - Premium Entrega Personalizada de Publicações, Lda., adiante Vasp, sobre recusa de acesso dos CTT - Correios de Portugal S.A., adiante CTT, à rede de distribuição postal, a AdC abriu um inquérito a 13 de fevereiro de 2015. De acordo com a Vasp, esta vinha solicitando aos CTT acesso à rede postal nacional desde 26 de junho de 2012, sendo-lhe sucessivamente recusado o mesmo de forma injustificada e irrazoável.

Os CTT figurando como empresa privada desde há uns anos, com direitos de iniciativa privada consagrados constitucionalmente e objetivos de prossecução de maiores proveitos possíveis, são, contudo, os prestadores do serviço universal postal, com cobertura de todo o território nacional, resultando de um contrato de concessão, pelo qual adquiriram todos os direitos e obrigações compreendidos no estabelecimento, gestão e exploração da rede postal pública.¹⁰³

¹⁰¹ Situações há em que o preço solicitado é de tal modo injustificado e inapropriado que para além de consubstanciar uma situação de recusa de acesso, resulta ainda numa prática abusiva de preços excessivos, infração punível por si mesmo individualmente. Em Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, 2012, p. 134.

¹⁰² No caso Bronner, a Comissão entendeu que o acesso à rede de distribuição em juízo não era indispensável, uma vez que não se verificavam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que tornassem difícil a criação de um sistema alternativo de distribuição de jornais diários. Assim a recusa de acesso, mesmo contra remuneração adequada, não consubstanciava qualquer abuso de posição dominante. *Vide* Acórdão do TJ, de 26/11/1998, Proc. C-7/97 *Bronner/MediaPrint*, 1998, par. 44 e ss.

¹⁰³ *Vide* art.º 57º Lei 17/2012, de 26 de abril.

Os CTT estão legalmente obrigados a garantir e não dificultar a utilização da sua rede postal por empresas concorrentes que o solicitem, mediante um acordo entre ambas as partes.¹⁰⁴ Na prossecução da defesa dos interesses dos consumidores e na prossecução de uma concorrência efetiva, estabelece-se uma cooperação entre a ANACOM, Entidade Nacional das Comunicações e a AdC.¹⁰⁵

A concretizar-se a recusa de acesso a outros operadores, desde 2012, impossibilitando-os de prestarem serviços de correio tradicional a clientes empresariais, os CTT lesavam gravemente a livre concorrência, reduzindo a qualidade do serviço e as possibilidades de escolha dos consumidores, prejudicando a inovação e a eventualidade de descida de preços.

Em conformidade com o identificado anteriormente nesta exposição, a AdC delimitou concretamente o mercado geográfico e material em questão. Dessa definição e em conjunto com dados económicos e especificidades na rede de distribuição¹⁰⁶ conseguiu suportar a existência de uma quota de mercado de 90%, conferindo uma posição dominante no mercado de correio tradicional, correio expresso e de encomendas em território nacional.¹⁰⁷

Para a existência de uma clara posição de domínio de mercado, além da percentagem inegável de quota de mercado, confluem determinadas características que tornam ainda mais complicada a entrada e exercício da atividade de distribuição postal por parte de outros concorrentes. Um mercado fortemente caracterizado pela existência de uma área reservada de atuação, ainda que mitigada nos últimos anos através de uma abertura dos mercados à concorrência. Com demasiados formalismos nos processos de licenciamento e consequente acesso à rede. Um tratamento fiscal diferenciado ao nível do IVA, com isenções fiscais para o prestador do serviço único, prejudicando os concorrentes que pretendem entrar no mercado em condições de mínima igualdade. A acrescer ainda uma incerteza legislativa que se tem vindo a sentir nos últimos anos.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Conforme o exposto no art.º 38º da Lei n.º 17/2012, de 26 de abril que estabelece o regime jurídico aplicável à prestação de serviços postais.

¹⁰⁵ Art.º 8º n.º 4 da Lei n.º 17/2012, de 26 de abril.

¹⁰⁶ Limitações fiscais e regulamentares à entrada de novos concorrentes ou à expansão dos atuais, conferindo vantagens significativas aos CTT.

¹⁰⁷ Decisão de Arquivamento, Autoridade da Concorrência, Processo de contraordenação PRC/2015/4, de 05/07/2018, par. 81.

¹⁰⁸ Documento de Orientação Autoridade da Concorrência, *Liberalização do Setor Postal, principais questões Concorrenciais*, julho de 2010, par. 168 e ss.

Não havendo possibilidade de criar uma rede alternativa, devido aos custos económicos que acarretaria, o acesso à rede de distribuição postal controlada pelos CTT tornava-se indispensável.¹⁰⁹

Da posição de domínio podem resultar diversos comportamentos concorrenciais específicos. Neste processo, a AdC notificou os CTT por abuso de posição dominante, na categoria de recusa de acesso. Isto porque as condições em que negociavam termos do acordo de acesso à rede por si controlada eram em moldes de tal modo desfavoráveis que colocavam gravemente em causa a livre concorrência. Certo que não se verificava uma recusa completa de negociar, também devido à recente legislação que o proíbe, porém, as condições eram desrazoáveis, com o único objetivo de manter a sua posição de domínio, continuando a controlar o setor da distribuição postal em Portugal, e assim, agir de modo independente e sem qualquer receio de comportamentos de concorrentes e consumidores.

Em 16 de janeiro de 2018, a AdC comunicou à Comissão Europeia a intenção de arquivar o processo contraordenacional, mediante a imposição aos CTT de condições e aceitação de compromissos capazes de efetivar a concorrência no mercado e a proteção dos consumidores. Ainda que os compromissos sejam importantes para mitigar e controlar a conduta individual dos CTT, não serão a resolução do panorama nacional dos últimos anos.

Optou a AdC, em nosso entendimento, pela solução mais célere, com a aceitação de compromissos. Uma posição de domínio tão vincada como a dos CTT não se desmaterializa facilmente com compromissos concorrenciais como os que ficaram identificados, uma vez que as principais barreiras de entrada, tanto do lado da oferta como da procura, derivam de questões regulamentares e fiscais, controladas e definidas previamente pelo legislador.¹¹⁰

Longe de nós pensar que a posição de domínio é contraproducente ou mesmo negativa para o mercado, no entanto devem ser criadas bases e condições para uma efetiva abertura do mesmo,

¹⁰⁹ Decisão de Arquivamento, Autoridade da Concorrência, Processo de contraordenação PRC/2015/4, de 05/07/2018, par. 116.

¹¹⁰ Os CTT apresentaram compromissos que permitem alargar e criar condições para o acesso à sua rede por operadores concorrentes, bem como reduzir a tarifa de acesso à rede, tornar mais céleres alguns prazos de entrega de determinados serviços e aumentar número de centros de distribuição postal. Com isto pretende-se que a atividade se torne mais atrativa a possíveis concorrentes, conforme preocupação da AdC.

criando incentivos e condições de igualdade que permitam aos concorrentes efetivar a sua atividade e gerar maior concorrência e bem-estar.¹¹¹

5.2. OMNI vs Portway

A OMNI Handling - Serviço de apoio a Aeronaves, Lda., adiante OMNI, denunciou uma série de comportamentos da Portway, Handling de Portugal, S.A., adiante Potway, em 25 de junho de 2011, por alegada recusa de prestação de serviços no aeroporto de Faro. Nessa sequência, a AdC abriu o processo de contraordenação nº PRC/2014/1, com o objetivo de verificar da existência de um possível comportamento abusivo por parte da Portway.¹¹²

Estava assim em causa um comportamento enquadrável como abuso de posição dominante, sob a forma de recusa de fornecimento.¹¹³

Na delimitação dos mercados em concreto, identificou-se que a OMNI prestava serviços de assistência em escala a terceiros, que operam aeronaves com características, somente, de aviação executiva. Por sua vez, a Portway presta serviços de assistência em escala, a terceiros indiferenciados. Ambas as empresas prestam serviços nos aeródromos nacionais que se encontram habilitados ao tráfego civil, sendo certo que os serviços são um pouco distintos, uma vez que OMNI apenas atua no mercado de assistência à aviação executiva.

¹¹¹ Tem-se verificado por parte da AdC uma especial aptidão e preocupação no desenvolvimento dos acompanhamentos setoriais e na emissão de recomendações. Veja-se o exemplo, relacionado a uma posição de domínio no mercado, do acesso às infraestruturas logísticas de combustíveis líquidos, que tem sido uma preocupação constante da AdC, desenvolvendo esforços para uma promoção da concorrência no setor. Em 2009, 2012 e mais recentemente em 2018, a AdC tem vindo a emitir recomendações que visam promover a concorrência e propiciar uma competição na oferta para os consumidores. Em 2004, aquando do processo de liberalização do preço dos combustíveis, a AdC iniciou um procedimento de monitorização regular do mercado. Dessa maneira, concretizou um acompanhamento bastante efetivo da evolução de preços dos combustíveis e uma análise do comportamento concorrencial do mercado em causa, procurando identificar comportamentos restritivos da concorrência. Para mais desenvolvimentos sobre a recomendação proferida pela AdC, *Vide Recomendação nº 3/2004*, da Autoridade da Concorrência e Relatório *Follow-up das recomendações, da Autoridade da Concorrência para o Setor dos Combustíveis Líquidos Rodoviários*, de maio de 2018.

¹¹² *Vide* Decisão de Arquivamento, Autoridade da Concorrência, PRC/2014/1, de 18/02/2016.

¹¹³ De acordo com Miguel Mendes Pereira, a recusa de acesso a uma infraestrutura essencial corresponde a uma modalidade de recusa de fornecimento, daí que seja objeto de tratamento nesta exposição. *Vide Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, 2009, p. 164.*

A OMNI encontrava-se ligada contratualmente com SPdH, Sociedade de Serviços Portugueses de Handling, S.A., para exercício da atividade de prestação de serviços de assistência em escala no aeroporto de Faro. Um pouco antes da saída do mercado da SPdH, a OMNI iniciou conversações com a Portway de maneira à cessão da posição contratual da SPdH para a Portway, ficando dessa maneira a OMNI ligada contratualmente àquela e podendo, assim, continuar a exercer a sua atividade. No entanto as negociações vieram a revelar-se inconsequentes, levando alegadamente a que a partir dessa data a Portway se tenha recusado a prestar serviços reservados à OMNI no aeroporto de Faro, o que conduziu à denúncia em causa.

Como uma das alegações da denunciante, esta indicava que a Portway lhe recusou efetivamente a prestação de serviços, impossibilitando o desenvolvimento da sua atividade e consequente acesso ao aeroporto de Faro, prejudicando assim a sua atividade nos restantes aeroportos nacionais, devido aos packs de serviços existentes, anteriormente contratados pelos clientes, que englobavam toda a rede aeroportuária e que agora ficavam com uma oferta de valor reduzido.

A visada defendeu-se em grande parte com a falta de pagamento de faturas vencidas por parte da OMNI e ainda com a falta de acordo quanto ao número de trabalhadores necessários para satisfazer as necessidades da mesma. O que é certo é que não se vislumbrava qualquer recusa ou entrave no acesso aos serviços reservados a outras operadoras de *handling* de aviação executiva. Mais, foram inqueridas outras empresas concorrentes que indicaram da correta postura empresarial e concorrencial da Portway, o que enfraquecia ainda mais a denúncia.

A AdC restringiu e fixou o mercado somente como a assistência em escala ao transporte aéreo, sendo no caso concreto indiferente em termos concorrenciais a delimitação como aviação executiva ou comercial. Em termos geográficos, a Autoridade seguiu o entendimento proferido pela Comissão Europeia no sentido de restringir o mercado à área adjacente do respetivo aeroporto, sendo entendimento que os serviços prestados podem variar de aeroporto para aeroporto, não sendo um serviço substituível, fixando-se com determinadas especificidades concretas territorialmente.¹¹⁴

¹¹⁴ Ao contrário do que defendemos como uma característica essencial e uma condição indispensável para a análise de caso concreto, AdC entende que há casos em que a delimitação do mercado geográfico, em sentido mais estrito ou mais amplo não tem influência na decisão final, pelo que perante dificuldades em certos casos, esse pode ser deixado em aberto, *Vide* Decisão de Arquivamento, Autoridade da Concorrência, PRC/2014/1, de 18/02/2016, par. 54.

No caso concreto, mesmo tendo sido caracterizada e definida a posição de mercado como dominante, não vislumbrou a AdC motivos ou elementos suficientes capazes de figurar uma recusa de fornecimento abusiva. Apoiando-se na jurisprudência europeia, indicou que para a correta aplicação do instituto é necessário o cumprimento cumulativo de três circunstâncias. A saber, que a recusa incida sobre um bem ou serviço necessário para uma concorrência efetiva, que essa recusa possa ter como resultado a eliminação da concorrência e que cause um prejuízo para os consumidores.

Concluiu-se então que a recusa era justificada por razões puramente contratuais resultantes do período entre 2011 e 2014, o que desde logo contraria os pressupostos de aplicação do instituto, na medida em que a recusa foi justificada por razões objetivas e não por razões meramente discricionárias e anticoncorrenciais, conforme verificado pela AdC.¹¹⁵

5.3. TvTel e CaboVisão vs PT Comunicações

Como um dos processos mais mediáticos em Portugal quanto ao abuso de posição dominante sob a forma de recusa de acesso a uma infraestrutura essencial, a AdC apreciou e julgou a conduta da PT Comunicações, S.A., adiante PT Comunicações, face a outros concorrentes no acesso a rede de condutas no subsolo por si controladas, utilizadas para passagem de cabos e instalação de infraestruturas de redes de comunicações eletrónicas. Posteriormente seriam chamados órgãos judiciais a pronunciarem-se.

5.3.1. A apreciação da Autoridade da Concorrência

Em 2003, uma denúncia da TvTel Grande Porto - Comunicações, S.A, adiante TvTel, desencadeou todo o processo e investigação levado a cabo pela AdC. Alegava a denunciante que a visada recusava o acesso dos concorrentes às condutas no subsolo, que constituíam uma infraestrutura fundamental, de modo a permitir a passagem de cabos e a garantir a prestação de serviços aos seus clientes. Mais tarde, em 2004, a esta denúncia juntou-se uma outra, com fundamentos bastante semelhantes, por parte da Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A., adiante Cabovisão.

¹¹⁵ Para a AdC esta recusa terá sido isolada e motivada por questões puramente contratuais, não consubstanciando um prejuízo para os consumidores ou uma tentativa de eliminação de concorrência, *Vide* Decisão de Arquivamento, Autoridade da Concorrência, PRC/2014/1, de 18/02/2016, par. 63.

As denunciante queixavam-se do comportamento da PT Comunicações, que em sua opinião impedia a livre concorrência de mercado e obstava à inovação tecnológica e ao progresso técnico, gerando uma perda de receitas e de clientela significativa. Esse comportamento, consubstanciava-se quer através de recusas totais ou parciais no acesso às redes, quer pela demora excessiva na apreciação dos pedidos de acesso à rede e conseqüente resposta. No caso das recusas parciais, devido ao seu caráter de descontinuidade ou de aceitação de curta extensão de rede, levava a que fosse impraticável a autorização, tornando-se mesmo inútil.¹¹⁶

Aquando da construção da rede básica de comunicações e das condutas por parte da PT Comunicações, esta detinha o monopólio legal dos serviços prestados com base nessa rede, não tendo qualquer concorrência no mercado. Isso permitiu-lhe um retorno de investimento efetivo e bastante mais célere, uma vez que uma futura concorrência resultaria na baixa de preços, adquirindo e consolidando uma posição de domínio no mercado, que perdura até à atualidade. Sendo integrada num grande grupo económico de enorme relevo no setor das telecomunicações, a PT Comunicações garante ainda toda uma panóplia de soluções que lhe permite um comportamento independente no mercado, sem receio da reação dos seus concorrentes ou de alterações de preferência dos seus clientes. De salientar que essa posição de domínio não se cinge apenas ao mercado da telefonia fixa, mas também ao mercado dos serviços de televisão por subscrição, serviços de internet de banda larga.¹¹⁷

A AdC em colaboração com a ANACOM fixou a quota de mercado da visada e do Grupo PT em valores superiores a 30% nos mercados em discussão. Não se encontrando a quota de mercado acima dos 40%, é possível questionar se os 30% eram suscetíveis de figurar como uma efetiva posição de domínio. Não obstante esses valores, a AdC não teve dúvidas ao considerar que a PT Comunicações ao atuar, sem uma concorrência efetiva, lhe permitia atuar de forma independente e despreocupada no mercado, fixando as regras e diretrizes do mesmo. Além da quota de mercado, como fator concorrente à aferição da posição de domínio, acresce ainda a

¹¹⁶ Segundo a AdC a PT Comunicações levava ainda a cabo uma série de comportamentos, ainda que não considerados abusos por si, consubstanciavam uma recusa abusiva, quer fosse o estabelecimento de um critério de cedência de espaço apenas nos casos em que existissem dois furos vagos, para manutenção e expansão da rede; a limitação de cedência de acesso à rede entre cabeceiras de rede; a falta de transparência nas condições de acesso e os formalismos contratuais, que tornavam processos demasiado morosos, em Decisão da Autoridade da Concorrência, Proc. 2003/02, de 01/08/2007, par. 572.

¹¹⁷ Decisão da Autoridade da Concorrência, Proc. 2003/02, de 01/08/2007, par. 362 e ss.

elevada capacidade financeira do Grupo PT e o facto de se enquadrar num mercado com elevadas barreiras de entrada aos concorrentes.¹¹⁸

As condutas detidas pela PT Comunicações eram consideradas como uma rede interconectada, sendo uma infraestrutura que permitia a passagem e a interligação desses cabos, o que erigia a questão da relevância e posterior essencialidade da mesma.

No juízo da AdC, a essencialidade de determinada infraestrutura devia ser apreciada de acordo com a possibilidade ou não da sua replicação em termos economicamente razoáveis, ou seja, nos termos em que os operadores concorrentes conseguissem oferecer aos consumidores serviços de televisão por subscrição, internet e telefonia fixa, semelhantes aos oferecidos pelas empresas do Grupo PT, sem existir intervenção e condicionalismos por parte desse mesmo grupo. Para essa aferição seria importante ponderar da razoabilidade, viabilidade económica em construir uma outra rede de condutas ou ainda, alternativas existentes à rede controlada pela PT Comunicações.¹¹⁹

Quanto à razoabilidade e rentabilidade económica, a AdC aproveitou-se de estudos anteriores, que revelaram que não seria prudente e viável a construção de uma rede de condutas alternativa. Para além da intrusão ao subsolo ser considerado como gravoso, em termos económicos, o nível de retorno não seria viável. Era convicção da autoridade que a nível nacional não se encontra nenhuma infraestrutura semelhante à detida pela PT Comunicações. Tendo sido levantada a possibilidade de se aproveitarem redes de condutas controladas pela EDP e por diversos municípios, podendo constituir uma alternativa à recusa da PT Comunicações. Porém, estas, não seriam viáveis e capazes de produzir a mesma eficiência que as identificadas da PT Comunicações, tendo sido abandonada a teoria da suscetibilidade de se encontrarem alternativas.

Em suma, a AdC percebia que as condutas da PT Comunicações eram essenciais devido ao facto de, sem elas as restantes operadoras não poderem prestar os seus serviços, pela

¹¹⁸ O Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, em vigor à data da prática de alguns dos factos e que estabelecia o Regime Geral da Defesa e Promoção da Concorrência, previa no seu art.º 3º, n.º 3 que uma posição de domínio se presumia nas empresas que apresentassem uma quota de mercado igual ou superior a 30%. Atualmente, a atual Lei da Concorrência abandonou esse critério, não fixando qualquer valor percentual do qual se presume uma posição de domínio. Porém como vimos anteriormente esse valor percentual varia em função do caso concreto e dos elementos adicionais tidos em conta.

¹¹⁹ Decisão da Autoridade da Concorrência, Proc. 2003/02, de 01/08/2007, par. 480.

inviabilidade de replicação da rede e pela inexistência de alternativas com características técnicas necessárias para o efeito pretendido. Acrescia ainda o facto de a PT Comunicações negar o acesso à rede em condições discriminatórias e desrazoáveis, tratando de forma mais favorável a CATVP, que integrava o grupo PT, em detrimento dos restantes concorrentes.

5.3.2. As decisões judiciais

Não sendo objetivo desta dissertação abordar questões procedimentais ou relacionadas com a aplicação da lei no tempo, focaremos a nossa atenção apenas na interpretação do Tribunal do Comércio de Lisboa, adiante TCL, quanto à existência ou não de um comportamento abusivo por parte da PT Comunicações.

Começou este órgão judicial por analisar a essencialidade da infraestrutura. Ainda que esta fosse apta à passagem de cabos para construção de rede de comunicações eletrónica, não havia sido produzida prova bastante da essencialidade dessa infraestrutura, afastando-se desde logo qualquer comentário adicional.¹²⁰

Conforme demonstrado pela investigação, a recusa de acesso a condutas/postes por parte da PT Comunicações desenvolveu-se apenas em alguns troços da rede. Essa foi uma das principais justificações por parte do TCL em considerar a análise da AdC incorreta, o facto de a recusa não se ter consumado em todos os troços. Assim, a viabilidade económica de replicação de condutas deveria ter sido aferida tão só quanto aos troços em que a PT Comunicações recusava o acesso e não quanto a toda a rede de condutas a nível nacional.¹²¹ Claro era que a replicação de toda a rede era inviável, contudo outros concorrentes da PT Comunicações já haviam replicado partes de troços, de maneira a conseguirem prestar os serviços.¹²²

¹²⁰ Vide Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 02/03/2010, *PT Comunicações c. AdC*, proc. n.º 1065/07.0TYLSB.

¹²¹ Tribunal de Comércio entendeu que pela prova documental apresentada pelas queixosas não era possível aferir da inviabilidade da replicação das condutas. Além disso a AdC apresentou um relatório acerca dessa inviabilidade económica, que, porém, apenas visa a totalidade da rede e não os segmentos de recusa parcial e não identifica a identidade do autor do estudo.

¹²² Tribunal do Comércio argumentou o facto de todas as operadoras concorrentes, em maior ou menor escala, replicarem sempre alguns troços, construindo infraestrutura própria. Daqui concluiu que a construção de infraestrutura própria em alguns casos eram uma alternativa economicamente viável, ainda mais por a recusa de acesso por parte da PT Comunicações ser parcial, ou seja, apenas em alguns troços.

Quanto à alternatividade da infraestrutura em causa, saber se havia alternativa às condutas da PT Comunicações era outra questão fundamental para apurar da essencialidade das mesmas. Mais uma vez era questionada a completude da prova produzida por parte da AdC, aquando a indicação que postes da EDP, cabodutos de empresas de gás, condutas/postes camarários, fachadas de edifícios não seriam alternativas de passagem de cabos onde a PT Comunicações havia recusado o acesso à rede.

Mais, parece que o TCL teve um cuidado e diligência superior à AdC, na fundamentação e na análise do caso, ao indicar que diversas outras operadoras de telecomunicações tinham redes de condutas próprias que coincidiam geograficamente com locais de recusas da PT Comunicações, o que poderia criar alternativas nesses troços, ainda que com custos adicionais de instalação e manutenção, mas que não foram tidos em conta em momento algum ou foi sequer afastada a sua viabilidade económica.¹²³ A AdC, afirmando que não havia alternativas de replicação da rede, foi traída por locais onde, TvTel e Cabovisão inclusive, construíram passagens em alguns dos troços que lhe haviam sido negados, com recurso a outros meios que não as infraestruturas da PT Comunicações.¹²⁴

Acrescentou-se ainda como fundamento às alternativas existentes, a prática seguida por alguns operadores no mercado, em que uma das alternativas à passagem de cabos pelas condutas da PT Comunicações seria um sistema misto, em que parte da rede era suportada por cabos e outra parte por satélite, o que mitigava também a recusa parcial por parte da PT Comunicações em algumas condutas. A impossibilidade de uso desse sistema misto não ficou provado pela AdC, pelo que seria mais um indicativo usado pelo Tribunal, capaz de colidir com a pretensão da daquela autoridade.¹²⁵

Deste modo, seguindo o raciocínio, o TCL concluiu que não havia sido provada a essencialidade da infraestrutura em questão, pelo que o comportamento da PT Comunicações não podia ser qualificado como abusivo ou ilícito. Certo que houve uma recusa e uma limitação ao uso das

¹²³ Ilustração desse cuidado foi o apuramento que o Tribunal fez dos municípios onde não havia postes da EDP ou cabodutos, chegando à conclusão de que seriam apenas seis. Mesmo assim, nesses seis municípios, não ficou provado que os cabos não pudessem passar nas fachadas de edifícios.

¹²⁴ Ilustração desse cuidado foi o apuramento que o Tribunal fez dos municípios onde não havia postes da EDP ou cabodutos, chegando à conclusão de que seriam apenas seis. Mesmo assim, nesses seis municípios, não ficou provado que os cabos não pudessem passar nas fachadas de edifícios.

¹²⁵ Seria o serviço de televisão prestado via satélite e os de internet de banda larga e de telefonia fixa sob ADSL, podendo ainda ser usada outra tecnologia de transporte de sinal via rádio.

condutas, no entanto não ficou demonstrado a falta de alternativas viáveis e a impossibilidade de replicar alguns troços. Daí entender o TCL que a conduta da PT Comunicações não provocou dano concorrencial na TvTel e na Cabovisão ou ainda na estrutura de mercado.

Quanto à possível discriminação nas recusas, como ficou indicado supra, a AdC entendia que não havia uma política uniforme, baseada em critérios de transparência, na gestão do espaço das condutas. Mesmo no caso de se decidir pela essencialidade das condutas, só haveria violação do disposto legal no caso da recusa ser injustificada e/ou discriminatória.

TCL entendeu que a prova produzida não foi de todo coerente e capaz. Primeiro, porque à data dos factos, não havia qualquer regulação que protegesse o acesso à infraestrutura e ainda, porque o fundamento usado pela AdC relativamente ao espaço na conduta não deveria colher, uma vez que a manutenção de um espaço livre na conduta para futuras expansões/manutenções e a passagem de cabos por parte da TvTel na sequência de uma providência cautelar, não demonstrava que as condutas tivessem espaço necessário para isso ou só o espaço relativo à possível necessidade de expansão/manutenção.

A respeito dos tempos de resposta aos pedidos, os prazos fixados na altura estavam pensados para cada pedido singular. Havendo uma multiplicidade de pedidos simultâneos, na opinião do TCL, os prazos de resposta dificilmente poderiam ser cumpridos, não havendo intencionalidade na demora ou na obtenção de um benefício adicional, para si ou para qualquer empresa do Grupo. Também os atrasos nas respostas não se poderiam equiparar a recusas, conforme pretensão da AdC, uma vez que as operadoras muitas vezes não pretendiam fazer a construção aquando da resposta, pelo que essa falta ou atraso não as impedia de prestar a sua atividade. Tribunal entendeu que não se estabelecia relação e causalidade entre desistências dos pedidos e atrasos nas respostas, até porque em muitos casos os operadores se encontram a construir noutros locais e o atraso não lhes causava danos.¹²⁶

Em síntese, não tendo ficado provado o preenchimento dos elementos do tipo contraordenacional por parte da PT Comunicações, foi por este órgão absolvida.

¹²⁶ Em nossa opinião, foi neste ponto que o Tribunal pecou na sua argumentação. Se havia prazos de 15 dias e não eram cumpridos, algum prejuízo haveria para os operadores. E ainda que assim não fosse, esses atrasos poderiam traduzir-se numa má-fé negocial por parte da PT Comunicações.

Na sequência da sentença do TCL que revogava a sentença condenatória, a AdC interpôs recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, adiante TRL, a qual em acórdão proferido a 20 de dezembro de 2010, negou provimento ao mesmo.¹²⁷

Não conformada, a AdC reclamou da decisão, arguindo a sua nulidade, por entender que o Tribunal em questão não se pronunciou sobre a questão que devia ter sido apreciada, depois de ter pedido um envio ao TJ de três questões a título prejudicial.

Mais uma vez chamado a juízo, o TRL não se pronunciou sobre o pedido formulado pela AdC de interpretação do art.º 102º do TFUE, atendendo à possível desconformidade na aplicação do instituto entre o tribunal *a quo* e a prática e a jurisprudência da União Europeia.¹²⁸

O art.º 267º do TFUE dispõe que TJ é competente para decidir a título prejudicial sobre a interpretação dos Tratados, indo de encontro ao pedido efetuado pela AdC. Todavia, para essa pronúncia é necessário um pedido pelos Tribunais nacionais, sendo em muitos casos obrigatório e noutros facultativo.

De acordo com o que vem sendo prática comunitária, os tribunais não estão obrigados a enviar uma questão prejudicial para apreciação do TJ quando se considere que a mesma não é pertinente, ou melhor dizendo, quando não seja suscetível de ter interferência na decisão final do litígio. Neste caso concreto, isso resulta da interpretação dos Tribunais nacionais. Entenderam pela falta de prova dos factos imputados à PT Comunicações, afastando-se da questão de o TCL deter um entendimento contrário ao exposto no TFUE, por estarmos na presença de uma questão factual e não de diferenças de interpretação do enquadramento jurídico.

Tanto a AdC como os tribunais nacionais concordaram no sentido da detenção por parte da PT Comunicações de uma posição dominante no mercado. No entanto, para se considerar como havendo uma violação do disposto no art.º 102º TFUE é necessário o cumprimento de três requisitos; a indispensabilidade do *input* a ceder, a recusa injustificável e a restrição ou eliminação da concorrência.

¹²⁷ Acórdão do TRL de 20-12-2010, *PT-Comunicações c. AdC*, proc. n.º 1065/07-0TYLSB-L, de 20/12/2010.

¹²⁸ *Vide* Recurso n.º 1065/07, Proc. n.º 1065/07.0TYLSB.L1 do 2º Juízo do Tribunal Comércio de Lisboa, de 06/03/2012.

O TRL em consonância com a decisão do TCL, entendeu não ter sido produzida prova suficiente da essencialidade da infraestrutura em questão, ou de que as recusas de acesso à mesma eram injustificadas. Face ao exposto, entenderam rejeitar a decisão da AdC de multar a PT Comunicações em 38.000.000,00€. Ou seja, não estava em causa qualquer divergência quanto aos pressupostos de aplicação das regras concorrências ou dos pressupostos do instituto do abuso de posição dominante, mas apenas uma prova insuficiente produzida por parte da AdC. Daí que três questões prejudiciais não tivessem sido tomadas em conta e dessa maneira pudessem ser submetidas ao TJ para apreciação.

Portanto, TRL indeferiu pedido formulado pela AdC de submeter ao TJ três questões prejudiciais para apreciação.¹²⁹

5.4. ALB vs Medway e a preocupação com o setor ferroviário

No que ao setor ferroviário português diz respeito e fazendo fé nos relatos da comunicação social, em 2018 terá sido apresentada uma queixa junto da AdC e da AMT – Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, por parte da ALB – Área Logística da Bobadela, (adiante ALB), contra a Medway por alegado abuso de posição dominante.¹³⁰

Alegadamente a AdC encontra-se ainda em fase de investigação, estando em causa uma eventual criação discriminatória de obstáculos e constrangimentos aos transportes ferroviários de mercadorias, que perturbavam e esvaneciam a atividade da ALB, uma vez que a sua atividade de movimentação de cargas contentorizadas e gestão de plataformas e empreendimentos dependia da disponibilização de comboios por parte da visada, condições essas constantemente alteradas e reduzidas. Assim, a Medway, para além de uma clara posição

¹²⁹ Face a esta decisão, a AdC interpôs recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional devido ao não envio das questões prejudiciais para o Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual decidiu não tomar conhecimento do recurso, uma vez que a inconstitucionalidade invocada à data pela AdC não havia sido invocada durante o processo. *Vide* Decisão Sumária n.º 234/2012, Proc. n.º 294/12, 3ª secção, Relator: Conselheiro Vitor Gomes, de 09/05/2012.

¹³⁰ Tomando como ponto de partida a notícia veiculada pelo Jornal Sol, de 19 de abril de 2018, disponível para consulta em <https://sol.sapo.pt/artigo/609019/concorr-ncia-guerra-nos-transportes-por-abuso-de-posicao-dominante>.

de domínio no mercado, detinha o controlo da infraestrutura em análise, decidindo pela fixação de horários, preços e disponibilização de comboios.¹³¹

A Medway defendeu-se das acusações por parte da ALB, com os reiterados incumprimentos contratuais por parte da ALB, consubstanciados em consecutivos atrasos e no aumento da dívida vencida, o que obstava à prestação do serviço.

Não se encontrando disponível qualquer elemento oficial por parte da AdC e acreditando que o processo ainda se encontra em investigação, caberá à ALB justificar a discriminação de comportamentos por parte da Medway e as consequências anticoncorrenciais que daí decorrem, fazendo ainda prova do cumprimento das obrigações contratuais assumidas perante a Medway. A AdC, em cooperação com a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, avaliará da posição de mercado detida pela Medway, bem como a essencialidade ou não da infraestrutura em questão, apurando as possíveis alternativas existentes, uma vez que parece de rejeitar à partida a duplicação de qualquer infraestrutura ferroviária, pela inviabilidade socioeconómica da mesma.

A preocupação concorrencial com o setor ferroviário não se verifica somente em Portugal. Aliás, aproveitamos o momento para salientar a extrema atualidade do instituto das infraestruturas essenciais no contexto do setor ferroviário europeu. Nos últimos anos tem-se verificado amplas decisões de autoridades competentes nacionais, bem como da própria Comissão Europeia, que brevemente abordaremos.

A concorrência no setor ferroviário é vista como uma ferramenta essencial na redução de custos do setor e no fornecimento de novos serviços e desenvolvimento de mais e melhores soluções, beneficiando-se os consumidores.¹³²

¹³¹ Para a efetiva concretização da posição de domínio no mercado, veja-se o *Relatório Ecossistema Ferroviário Português*, abril de 2018, da autoria da AMT – Autoridade da Mobilidade dos Transportes, disponível em <https://www.amt-autoridade.pt/>.

¹³² A preocupação europeia com o transporte ferroviário e a sua falta de abertura à concorrência já remonta a 2001, altura em que começam a preconizar-se as alterações legislativas, conhecidas vulgarmente como “Pacotes Ferroviários”, englobando uma série de Regulamentos e Diretivas Europeias com o objetivo de abrir o mercado à concorrência e definir condições de sustentabilidade ao desenvolvimento de um espaço ferroviário europeu único. Sendo as infraestruturas ferroviárias consideradas como essenciais à concorrência e liberalização do setor, o 1^a pacote ferroviário definiu regras de tarifação da infraestrutura, cabendo ao regulador definir e gerir eventuais conflitos, permitindo assim uma maior eficiência, transparência e sustentabilidade no setor. Mais, e no que

Em 2017, a Autoridade da Concorrência Espanhola, CNMC, num largo processo que visava o setor ferroviário espanhol, efetivou, entre outras, uma condenação ao Grupo RENFE por abuso de posição dominante. A decisão baseou-se na aplicação a membros da Associação de Empresas Ferroviárias Privadas de condições comerciais discriminatórias em relação a outros clientes na prestação de serviços de transporte ferroviário ou no aluguer de carruagens, o que as colocava numa posição de mercado privilegiada.¹³³ Mais, nas empresas com condições privilegiadas, a RENFE não aplicava qualquer penalidade no caso de cancelamento de serviços contratados para o transporte de mercadorias, o que não se verificava com as outras empresas.¹³⁴

Ainda no ano de 2017, a Comissão Europeia, resultante de uma reclamação por parte do detentor de uma refinaria na Lituânia e perto da fronteira com a Letónia, multou a empresa pública ferroviária lituana, AB Lietuvos geležinkeliai («LG»), em 28 Milhões de euros. Tratava-se de uma empresa estatal que controlava as infraestruturas ferroviárias, mantendo assim um monopólio legal e que obstou à concorrência no mercado de transporte ferroviário de mercadorias. Em concreto, não foi simplesmente negado o acesso à infraestrutura, foi mesmo fisicamente removida, através do desmantelamento de 19 km de rede ferroviária que ligava a Lituânia à fronteira com a Letónia, causando transtornos e dificuldades adicionais ao transporte de mercadorias, aumentando distâncias e custos de transporte, com a finalidade última de obstar à concorrência e à prestação desses serviços por uma empresa de transporte ferroviário concorrente da Letónia, conforme concluiu a Comissão, considerando assim que havia lugar a uma infração por abuso de posição dominante. Figurando como detentora de uma infraestrutura essencial, caberia á detentora da mesma, um especial cuidado na concessão de acessos à rede e um particular zelo na manutenção da instalação operacional, permitindo assim o acesso a outros operadores interessados.¹³⁵

Por fim, refira-se ainda um caso holandês, que remonta a comportamentos de 2014, em que a Autoridade da Concorrência holandesa, ACM, concluiu que o prestador de serviços ferroviários, Dutch Railways NS, abusou da sua posição de domínio ao oferecer condições deficientes num concurso de concessão local, ou seja, com custos incorridos superiores à receita

concerne com o caso em exposição, o 2º pacote ferroviário, de 2004, pretendeu a liberalização do transporte ferroviário de mercadorias, consagrando ainda a liberdade de acesso.

¹³³ Os fundamentos são bastante semelhantes dos indicados no caso *Medway*, nomeadamente no que concerne com a falta de fornecimento de horários capazes de figurar como uma solução adequada.

¹³⁴ *Vide* Processo S/DC/0511/14, de 6 de março de 2017, disponível em <https://www.cnmc.es/>.

¹³⁵ Decisão da Comissão, de 2/10/2017, Proc. AT.39813 - *Baltic Rail*.

esperada, causando que nenhum concorrente pudesse atender às mesmas condições, sem incorrer em perdas, prejudicando assim a concorrência no setor ferroviário e a oferta disponibilizada aos consumidores. Mais, da investigação conduzida concluiu-se que os seus concorrentes eram colocados em desvantagem, pela morosidade e incompletude nas respostas a solicitações de acesso a determinados serviços e instalações ferroviárias, sem os quais os serviços não podiam ser prestados em condições e em termos de qualidade. Por todos os comportamentos e condicionalismos à liberdade concorrencial, a coima foi fixada em cerca de 40 milhões de euros.¹³⁶

¹³⁶ Veja-se o comunicado de imprensa referente ao Processo 16.0691.31, de 29 de junho de 2017, disponível em <https://www.acm.nl/en>.

CONCLUSÃO

Do exposto, resulta claro que o regime jurídico da concorrência em Portugal é fortemente influenciado pelo direito comunitário, havendo uma reduzida margem de liberdade e de inovação para o legislador nacional, seja de Portugal ou de qualquer outro Estado-Membro. Este facto decorre, em grande parte, do próprio sentido do regime europeu e os seus pressupostos na constituição do mercado único europeu, que preveem e atendem na aproximação e congruência entre a aplicação das mesmas regras a nível nacional e europeu, de modo a não se comprometer o normal funcionamento do mercado interno. Exemplo desta similitude é o caso das disposições legais do TFUE e da Lei nacional da concorrência que identificam o abuso de posição dominante, em termos materiais nada divergentes. No entanto, é de salientar pela positiva a inovação, puramente exemplificativa, do legislador português, uma vez que não figurando a temática das infraestruturas essenciais positivada, o preceito aplicar-se-ia tal e qual.

Convém não esquecer que o principal propósito para a intervenção das normas de defesa da concorrência é a preservação de uma sã concorrência no mercado interno, bem como o bem-estar dos consumidores, o que adquire especial relevância quando se está perante comportamentos de agentes de mercado que podem impedir ou limitar injustificadamente o acesso a estruturas necessárias para poder concorrer e assim, fornecer melhores produtos ou serviços e em melhores condições aos consumidores. Neste contexto, a doutrina das infraestruturas essenciais veio facilitar a identificação e aplicação do direito da concorrência neste particular comportamento abusivo.

Como ficou bem patente nesta investigação, a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais apenas é possível após um correto enquadramento do tema face ao abuso de posição dominante, sendo assim necessário um total conhecimento deste ilícito concorrencial, bem como todas as suas especificidades, uma vez que serão aplicáveis concretamente a cada forma e comportamento de abuso de posição de domínio no mercado. Lembre-se que a mera detenção de uma posição de domínio não é ilícita, o que resulta em ilícito será o abuso dessa posição para obter vantagens competitivas não justificadas prejudicando assim o mercado no seu todo e em consequência, outros concorrentes e os consumidores.

Neste contexto, verificamos que a essencialidade de cada infraestrutura, ainda que com orientações bem vincadas por parte da Comissão e com uma larga jurisprudência, tanto europeia

como americana, deve ser sempre aferida casuisticamente, tendo em consideração todos os circunstancialismos do mercado em questão, bem como as características da oferta e da procura do bem ou serviço e a existência de uma possibilidade de duplicação da infraestrutura. Assim se percebe que a própria definição do que é considerado como essencial tenha gerado tanta controvérsia nas decisões apresentadas nesta exposição, levando a que não se apresentasse nenhuma definição estanque e universalmente defendida, pelo que podemos concluir estar perante um conceito dinâmico e mutável ainda que objetivável.

Aqui chegados, importa ainda destacar a aplicabilidade prática que a doutrina tem mantido e evidenciado tanto a nível europeu como também a nível nacional. Aquando da propositura em abordar esta temática no ordenamento jurídico português, muito intrigava o nível de acompanhamento e desenvolvimento da jurisprudência em Portugal, quando comparada com a realidade europeia.

Certo que a constante vaga, ora de nacionalizações ora de privatizações, verificada nas últimas décadas, leva a que o tema tome papel fundamental em alguns desses casos, perspetivando-se uma continuidade na aplicação do mesmo, perspetivando-se pelas recentes notícias que dão conta da discussão de destinos de grandes empresas nacionais, que gerem grandes infraestruturas, como os casos da Carris e do Metropolitano de Lisboa ou do Porto.

Não obstante, dos casos tratados na exposição, fica a sensação de que a jurisprudência portuguesa, bem como a própria prática da autoridade competente na análise do instituto se apoia demasiado no entendimento da Comissão e na jurisprudência europeia. Em momentos essenciais das decisões, seja na definição do mercado, no caso Portway, seja na concreta afetação do mesmo e as consequências anticoncorrenciais que daí decorrem, como no caso das condutas PT, as entidades portuguesas tendem a apoiar-se bastante no que é prática a nível europeu.

Por fim, de salientar a mudança de postura das entidades responsáveis pela preservação da concorrência, que procuram uma intervenção mais ágil, revelando, de certa forma, uma mudança de paradigma na consideração do que se inclui na categoria das infraestruturas essenciais. Assiste-se a um alargamento do âmbito de aplicação do instituto, face aos recentes desenvolvimentos tecnológicos, como no caso dos ecossistemas tecnológicos e de informações técnicas e aos reais constrangimentos sentidos pelos consumidores, como no exemplo do

cemitério em Espanha, abandonando-se a ideia de que apenas as grandes infraestruturas podem ser consideradas como essenciais.

BIBLIOGRAFIA

- Akman, Pinar, *The concept of abuse in EU competition law: law and economic approaches*, Oxford, 2015.
- Azevedo, Maria Eduarda, *Temas de Direito da Economia*, Almedina, Lisboa, 2013.
- Canotilho, José Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Vol. I, 4ª edição, 2007.
- Caramelo Gomes, José Luís, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, 2010.
- Comunicação da Comissão — *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, de 24.2.2009.
- Concorrência: estudos/coord.* António Goucha Soares, Maria Manuel Leitão Marques, Coimbra, Almedina, 2006.
- Cordeiro, António Menezes, *Manual de Direito Comercial*, Almedina, 2009.
- Doherty, Barry, *Just what are essential facilities*, Common Market. Law Review, vol. 38, 2001.
- DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Public consultation, December 2005.
- Faull and Nikpay, *The EU Law of Competition*, (3rd ed.), Oxford University Press, 2014.
- Ferreira, Eduardo Paz, *Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa 2001.
- Ferro, Miguel Sousa, *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência: teoria e prática*, Coimbra, Almedina, 2015.
- Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 49, nº 1-2, 2008.
- Guerrin, Martin, Kyriazis, Georgios, *Cartels: Proof and Procedural Issues*, Fordham International Law Journal, vol. 16, 1992.
- Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, 2012.
- Lang, John e O'donoghue, Robert, *The concept of an Exclusionary Abuse under Article 82º EC*, GCL, Research papers on Article 82 EC, 2005.
- Lévêque, François, *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*, 2005.
- Lianos, Ioannis, *Handbook on European Competition Law: substantive aspects*, Cheltenham: Edgar Elgar, 2013.
- Maques, Maria Manuel Leitão; Almeida, João Paulo Simões de; Forte, André Matos, *Concorrência e Regulação (a relação entre a Autoridade da Concorrência e as Autoridades de Regulação Sectorial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Moncada, Luís S. Cabral de, *Direito Económico*, 6ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- Moura e Silva, Miguel, *A tipificação da recusa de acesso às infraestruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência*, *Revista da Concorrência e da Regulação*, janeiro/março, 2010.
- Motta, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge, University Press, 2004.

- Pais, Sofia Oliveira, *Entre a Inovação e Concorrência – Em defesa de um modelo europeu*, Universidade Católica Editora, 2011.
- Pereira, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, 2009.
- Relatório Ecossistema Ferroviário Português, abril de 2018, da autoria da AMT – Autoridade da Mobilidade dos Transportes, disponível em <https://www.amt-autoridade.pt/>.
- Santos, António Carlos dos, Gonçalves, Maria Eduarda, Marques, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra/Lisboa, 2014.
- Silva, Miguel Moura e, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010.
- OECD Policy Roundtables, *The essential facilities concept*, Organisation for economic co-operation and development, Paris 1996.
- Utton, Michael A., *Market dominance and antitrust policy*, second edition, Edward Elgar Publishing Ltd, 2005.
- Waller, Spencer Weber/Tasch, William, *Harmonizing Essential Facilities*, Antitrust Law Journal, 2010.
- Wish, Richard; Bailey, David - *Competition Law*, Oxford, 2012.
- W.M. e Posner, R.A., *Market Power in Antitrust Cases*, Harvard Law Review (94), 1981.