

# OS ABUSOS DE EXPLORAÇÃO SOBRE OS CONSUMIDORES: UMA REVOLUÇÃO SILENCIOSA NO NOVO REGIME NACIONAL DE PROIBIÇÃO DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE?

*Miguel Moura e Silva\**

*ABSTRACT: According to the prevailing interpretation, the prohibition of abuse of dominance under Portuguese competition law does not reach abusive behaviour that directly harms consumers unless it also affects the structure of competition. The current drafting of the abuse of dominance provision under Portuguese law, which requires the abuse to have the object or effect of impeding, distorting or restricting competition, supports this interpretation. This is at odds with the European Court of Justice case law, that clearly sets exploitation abuses directed at consumers within the scope of article 102 TFEU. This paper argues that the New Portuguese Competition Act will align Portuguese law with the European Court of Justice case law by harmonizing the text of the national abuse of dominance provision with article 102 TFEU and removing language that requires an impact on the structure of competition, thus ushering a quiet revolution in Portuguese competition law.*

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. O âmbito de proteção do direito nacional da concorrência: a tese dominante. III. O abuso de exploração sobre os consumidores na prática decisória da Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. IV. A proibição do abuso de posição dominante no NRJC. V. Conclusões.

## I. INTRODUÇÃO

Tem sido entendimento corrente no ordenamento português que as regras de defesa da concorrência em geral não são aplicáveis a comportamentos empresa-

---

\* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diretor do Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são puramente pessoais e não refletem o ponto de vista daquelas entidades. O presente trabalho beneficiou dos comentários e sugestões do Prof. Doutor Manuel Cabugueira. Naturalmente, todos os erros e omissões são da exclusiva responsabilidade do autor.

riais na sua relação com consumidores finais.<sup>1</sup> Muito embora seja reconhecida a função mediata de defesa do consumidor, esta resulta apenas da proteção conferida ao processo concorrencial. Os benefícios para os consumidores advêm do livre funcionamento da concorrência e da variedade de escolha, aumento da inovação e redução dos preços que se espera venham a resultar daquele processo. Além disso, distinguindo-se a aplicação das regras de concorrência de outras formas de intervenção pública, como a regulação, pelo seu carácter não finalístico, não se pode esperar que o direito da concorrência garanta um determinado resultado, e.g., diminuição dos preços, quando este apenas pode ser produzido pelo próprio jogo da (livre) concorrência.

Contrastando com a perspectiva nacional temos a posição da Comissão Europeia no âmbito da interpretação do conceito de abuso de posição dominante. Para esta instituição europeia, o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (adiante, TFUE) não visa apenas a proibição de comportamentos de empresas em posição dominante que incidam sobre a estrutura da concorrência mas também comportamentos de exploração sobre consumidores finais. Estes últimos abusos podem ser definidos sumariamente como comportamentos tendentes a extrair vantagens que não poderiam ter sido auferidas na ausência de uma posição dominante. O debate ocorrido no início da aplicação do atual artigo 102.º do TFUE mostra, de resto, que a filosofia que presidiu à consagração do abuso de posição dominante estava mais claramente centrada na repressão dos abusos de exploração.<sup>2</sup>

Os enunciados legais para o abuso de posição dominante seguidos pela legislação portuguesa de defesa da concorrência, distintos do artigo 102.º do TFUE, excluía a possibilidade de qualificar como abuso de posição dominante um comportamento que prejudicasse diretamente o consumidor sem que tal conduta tivesse também um impacto na estrutura concorrencial do mercado (como, por exemplo, a eliminação de um concorrente).<sup>3</sup>

---

1 Conselho da Concorrência, 1990: 12: “As disposições da lei de defesa da concorrência não se aplicam as relações entre agentes económicos e consumidores”.

2 Contraindo-se aqui as posições de René Joliet, para quem apenas poderiam ser subsumidos ao atual artigo 102.º do TFUE comportamentos que prejudicassem de forma direta os consumidores e a de Ernst-Joachim Mestmäcker, para quem aquela disposição proibia igualmente os comportamentos que, ao entravar a concorrência criando obstáculos à liberdade de mercado dos concorrentes, causassem dano ao próprio processo concorrencial e só indiretamente aos consumidores, Moura e Silva, 2010: 15.

3 Anteriormente à Lei n.º 18/2003 suscitámos esta questão, propondo a harmonização da lei portuguesa com o enunciado do atual artigo 102.º do TFUE, Moura e Silva, 2002: 43.

Assim, se o artigo 102.º do TFUE se basta com o facto de o comportamento ser suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros e de constituir uma exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste, o artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003), seguindo o enunciado das correspondentes proibições nos diplomas que a antecederam, apenas proibia a exploração abusiva de uma posição dominante que tenha “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.

Já a proposta de lei n.º 45/XII, apresentada pelo Governo, relativa ao Novo Regime Jurídico da Concorrência, veio propor a harmonização do enunciado da proibição do abuso de posição dominante com o artigo 102.º do TFUE, não apenas quanto à cláusula geral de abuso como também relativamente às alíneas exemplificativas de condutas abusivas. Esta opção foi mantida pela Assembleia da República no artigo 11.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (adiante NRJC).<sup>4</sup>

Passa, por isso, a ser pertinente saber se a harmonização textual implica também uma expansão do conceito de abuso de posição dominante a comportamentos que prejudicam diretamente os consumidores, independentemente do seu impacto na estrutura concorrencial.

Após apresentar o entendimento tradicional do âmbito de proteção das leis nacionais de defesa da concorrência (secção II), iremos analisar a prática da Comissão Europeia e a jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia (secção III). Seguidamente apresentaremos algumas reflexões sobre o alcance real da nova redação da proibição do abuso de posição dominante no ordenamento nacional (secção IV) e terminaremos com a nossa conclusão quanto à questão acima colocada (secção V).

## II. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO NACIONAL DA CONCORRÊNCIA: A TESE DOMINANTE

Apesar de se referirem aos interesses dos consumidores, os próprios objetivos dos diplomas de defesa da concorrência indicavam que a salvaguarda destes seria sempre um propósito mediato da defesa da concorrência e que não traduziria uma pretensão a um determinado resultado e sim à convicção que o processo concorrencial, protegido por aquelas leis, traria – em tese – benefícios para os consumidores.

<sup>4</sup> Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Assim, os objetivos do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro (Decreto-Lei n.º 422/83), definidos no seu artigo 1.º, faziam referência aos consumidores em termos que os colocavam a par de um conjunto de outros propósitos, não necessariamente conciliáveis entre si:

“O presente diploma tem por objeto a defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, assegurar a transparência do mercado, favorecer a realização dos objetivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos agentes económicos face à economia internacional”.

A alusão à salvaguarda dos interesses dos consumidores não era suficiente para viabilizar uma interpretação que procurasse nas normas proibitivas desse diploma uma tutela direta e imediata daqueles interesses. Como resultava do preâmbulo, o legislador tinha em mente a *concorrência como um processo que estimula a eficiência produtiva através da garantia da liberdade de escolha dos consumidores*:

“A defesa da concorrência constitui, na verdade, um dos instrumentos essenciais da política económica, sendo-lhe comumente reconhecidas duas grandes virtualidades: a de garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e de preço e a de estimular as empresas a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e a adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico”.<sup>5</sup>

É neste contexto que se deve entender a posição expressa pelo Conselho da Concorrência em parecer proferido em 1990, a pedido do Ministro do Comércio e do Turismo.<sup>6</sup> Para o Conselho da Concorrência:

5 No mesmo sentido ia a posição do Conselho da Concorrência, para o qual “[o] intuito do diploma é manifestamente o da defesa e manutenção de uma concorrência efetiva no mercado nacional da generalidade dos bens e serviços, pressupondo, como aliás resulta do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 422/83, que o bom funcionamento desse mercado contribui para acautelar um conjunto de interesses, tais como, a proteção do consumidor, a garantia da liberdade de acesso ao mercado, o desenvolvimento económico e social e a competitividade dos agentes económicos face à economia internacional. Neste contexto, deverá entender-se por concorrência efetiva aquela que permite que os aspetos positivos ligados ao funcionamento do mercado se desenvolvam”. Conselho da Concorrência, 1985: 11.

6 Conselho da Concorrência, 1990: 77. O Conselho da Concorrência pronunciou-se sobre a aplicabilidade de uma das práticas individuais previstas no Decreto-Lei n.º 422/83 – a recusa de venda – quanto a comportamentos dirigidos a consumidores finais. O Conselho da Concorrência já se tinha pronunciado

“A concorrência é, sob este ponto de vista, um instrumento de política económica que visa o desenvolvimento das empresas através dum constante aperfeiçoamento e racionalização das suas estruturas, do qual sai indiretamente beneficiado o consumidor que assim poderá dispor de um mercado de bens e serviços com melhor qualidade e melhores preços”.

Assim, a proteção do consumidor pela legislação de defesa da concorrência é sempre mediata e difusa quanto aos benefícios que para aquele podem advir do livre funcionamento da concorrência. Estando o consumidor, nesta perspetiva, a jusante do processo concorrencial entre empresas, as limitações que possa sentir no seu relacionamento com aquelas escapariam ao âmbito da concorrência:

“... não faz qualquer sentido considerar o consumidor como um agente económico uma vez que as restrições ao aprovisionamento, ou as discriminações de que possa ser alvo não têm autonomamente relevância na óptica da manutenção de uma concorrência efetiva. Em termos simples, dir-se-ia que os consumidores não concorrem e, nessa medida, não existe concorrência a defender”.<sup>7</sup>

No texto introdutório do Relatório de Atividades de 1990, o Conselho da Concorrência fundamentava esta posição em cinco argumentos.

Em primeiro lugar, teríamos a interpretação do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/83 no sentido de este assumir como objeto imediato a defesa da concorrência, sendo os restantes interesses, incluindo os dos consumidores, tutelados de forma meramente indireta. Tal entendimento seria reforçado pela letra dos diversos tipos contraordenacionais que excluíam “as relações terminais que envolvam consumidores”.

Em segundo lugar, atendendo às finalidades da lei, o Conselho da Concorrência incorporava na sua interpretação o conceito de restrição sensível da concorrência, sendo que, no caso das relações entre uma empresa e os consumidores, já não existiria qualquer concorrência a proteger. A concorrência situar-se-ia sempre a montante, ao nível da oferta de bens e serviços aos

---

no sentido da inaplicabilidade a vendas a particulares no caso *Práticas restritivas no mercado das tintas*, Decisão de 17.12.1986 (Conselho da Concorrência, 1986: 62). Esta posição tinha também sido defendida anteriormente pelo relator do Parecer de 1990: “O DL n.º 422/83 não é suposto regular as relações entre os agentes económicos e os consumidores finais” (Ruiz, 1985: 97).

7 Conselho da Concorrência, 1990: 12.

consumidores e seria irrelevante quando o consumidor tivesse assumido a sua opção por determinado fornecedor.

Em terceiro lugar, pelo princípio da legalidade que deve caracterizar a aplicação de tipos contraordenacionais, seria de afastar “qualquer espécie de interpretação analógica ou extensiva, ditada pela conveniência em colmatar eventuais lacunas do sistema jurídico português”.

Em quarto lugar, o Conselho da Concorrência apontava a opção do legislador por um modelo institucional que cometia a um serviço instrutor especializado e a um órgão decisor próprio “a aplicação da lei à complexa realidade económica e empresarial, em função de modelos de concorrência muito diversos”, colocando “problemas delicados de interpretação”. Esta escolha seria contrária à atribuição ao sistema de controlo assim organizado da tarefa de “assegurar a tutela de direitos e interesses sociais que podem e devem ser adequadamente protegidos através da aplicação quase automática de disposições apropriadas e policiadas pelas entidades responsáveis pela fiscalização económica”.

Por fim, entendia o Conselho da Concorrência que esta interpretação era confirmada pela prática de outros Estados-membros da então Comunidade Económica Europeia, como a França.

Os desenvolvimentos legislativos subsequentes não parecem ter alterado substancialmente os termos da questão, pelo menos quanto aos objetivos prosseguidos pela defesa da concorrência.

Assim, o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro (Decreto-Lei n.º 371/93), tendo suprimido do seu articulado qualquer referência aos seus objetivos e limitando-se a uma referência preambular a estes, seguia uma linha semelhante ao diploma de 1983, ainda que colocando a salvaguarda dos interesses dos consumidores em último lugar:

“O presente diploma visa integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização e de dinamismo concorrencial, contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objetivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para salvaguarda dos interesses dos consumidores”.

Por seu turno, a Lei n.º 18/2003 é totalmente omissa quanto aos objetivos a prosseguir, o mesmo sucedendo com o NRJC. Apenas o diploma que criou

a Autoridade da Concorrência fornece algumas pistas, ao estabelecer como missão da Autoridade “assegurar a aplicação das regras de concorrência em Portugal, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores”.<sup>8</sup>

Em síntese, após duas revisões do texto legal que serviu de base ao parecer do Conselho da Concorrência de 1990, nada parecia ter alterado substancialmente os seus pressupostos. Aliás, aquela posição parece até ter colhido apoios na doutrina.<sup>9</sup> Antes de avaliar o impacto das alterações trazidas pelo NRJC, importa fazer uma análise mais cuidada dos fundamentos e das concretas implicações daquele entendimento do Conselho da Concorrência.

De entre os vários argumentos aduzidos pelo Conselho da Concorrência, o que nos parece mais forte é o facto de a legislação de defesa da concorrência não se poder confundir com um regime de proteção dos consumidores, sendo a tutela dos interesses destes meramente indireta. Mas significará isto que seja sempre de excluir a aplicação a comportamentos empresariais na sua relação com os consumidores? Apenas uma análise dos diferentes tipos contraordenacionais nos pode ajudar a responder a essa questão. Quanto às práticas individuais, essa conclusão resultava diretamente da letra da lei, uma vez que o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 422/83 qualificava como restritivas da concorrência as práticas tipificadas “entre agentes económicos” (imposição de preços mínimos, aplicação de condições de venda discriminatórias e recusa de venda de bens ou de prestação de serviços). No entanto, tendo estas práticas sido afastadas do âmbito das regras de defesa da concorrência em 1993, parecem-nos mais importante atentar apenas na letra das normas proibitivas retomadas pelo Decreto-Lei n.º 371/93 (e, posteriormente, pela Lei n.º 18/2003 e, agora, pelo NRJC).

Como vimos, ao excluir a aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83 a comportamentos empresariais que tenham os consumidores como destinatários específicos, o Conselho da Concorrência atribuiu especial relevância à letra dos tipos contraordenacionais que se referem “a práticas entre agentes económicos

---

8 Artigo 1.º, n.º 2, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro. V. também o preâmbulo daquele Decreto-Lei, onde se afirma que a criação da nova autoridade visava permitir “aos agentes económicos dispor de um ordenamento concorrencial seguro e moderno, capaz de promover o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos nacionais e, sobretudo, a satisfação dos interesses dos consumidores”.

9 Ver Albuquerque 1990: 604, Ferreira, 2001: 484.

ou empresas, excluindo pela letra e [...] pela lógica, as relações terminais que envolvam consumidores”.

As referências aos consumidores naquele diploma iam igualmente no sentido da tutela indireta:

“O Decreto-Lei n.º 422/83 apenas tutela o interesse geral dos consumidores e é nessa medida que ao mesmo se refere no contexto da adoção de medidas cautelares (*cf.* artigo 30.º, n.º 1) ou na ponderação dos pressupostos de justificação quando alude ao benefício dos utilizadores, sejam, ou não, profissionais (*cf.* artigo 15.º, n.º 1).”<sup>10</sup>

No entanto, colocando-nos já no âmbito do NRJC, a questão que se suscita não é a de saber se esta é também uma lei de defesa dos consumidores – como se interrogou o Conselho da Concorrência – e sim se as normas proibitivas nela previstas podem, em determinadas circunstâncias, estender a sua aplicação – ainda numa ótica de defesa da concorrência – a relações com consumidores finais.

Nesta última perspetiva, é evidente que os comportamentos dirigidos aos consumidores podem constituir práticas restritivas da concorrência. Assim, um acordo entre empresas concorrentes para aumentar o preço de venda aos consumidores constituiria uma infração ao artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003. Ou a prática por uma empresa dominante de preços aos consumidores inferiores a um determinado parâmetro de custos poderia constituir uma exploração abusiva dessa posição, contrária ao artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

Mas em tais casos existia sempre um elemento típico de que depende a proibição: o facto de esse comportamento ter “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.<sup>11</sup> O problema que nos interessa é saber se um comportamento empresarial dirigido aos consumidores pode constituir um abuso de posição dominante, independentemente daquele elemento típico.

10 Acrescentaríamos a este elenco um elemento institucional: a participação de representantes dos consumidores na Comissão Consultiva da Concorrência, prevista pelo artigo 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/83, que funcionaria junto do Conselho da Concorrência. Note-se que essa participação tinha lugar ao lado da representação “da indústria, agricultura e comércio”, assim sublinhando o elemento de tutela mediata que o legislador parece ter pretendido quanto à proteção dos consumidores por aquele diploma.

11 No primeiro caso, pela restrição da concorrência entre as empresas participantes no acordo; no segundo, pela aptidão da conduta em eliminar (ou disciplinar) os concorrentes remanescentes e, reduzindo as pressões concorrenciais a que a empresa dominante está sujeita, permitindo-lhe agir futuramente em detrimento dos consumidores. Quanto a este último aspeto ver Comissão Europeia, 2009: 16.

Até à aprovação do NRJC, o principal obstáculo a esta interpretação resultava do próprio enunciado legal. O legislador de 1983, ao incluir nas então designadas “práticas coletivas”, o abuso de posição dominante, condicionou a proibição aos abusos que tivessem “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”.<sup>12</sup> Assim, desde a sua génese no nosso ordenamento, a noção de abuso de posição dominante divergiu do enunciado comunitário, onde a respetiva cláusula geral não faz qualquer apelo ao conceito de concorrência.<sup>13</sup>

É neste plano que o enunciado legal – que se manteve, na essência, idêntico entre os diplomas de 1983 e de 2003 – afastava claramente essa possibilidade, mesmo muito depois de se ter tornado claro que o artigo 102.º do TFUE abrange abusos de exploração sobre os consumidores.

A exigência de a prática abusiva ter objeto ou efeito restritivo da concorrência parece resultar da influência da lei francesa em vigor à data de aprovação do Decreto-Lei n.º 422/83, a qual estabelecia idêntico requisito.<sup>14</sup> Aliás, o artigo 14.º daquele diploma revela uma colagem de elementos provenientes da lei francesa com os predominantes contributos extraídos da lei alemã, estes últimos mais visíveis na noção de posição dominante e nas presunções legais fundadas em quotas de mercado.

Com a harmonização da redação da norma nacional proibitiva do abuso de posição dominante relativamente ao artigo 102.º do TFUE parece-nos incontornável a necessidade de proceder a uma interpretação daquela conforme a esta. Significará isto o desvirtuar do núcleo conceitual da defesa da concorrência? A resposta passa por analisar a prática decisória da Comissão Europeia e a jurisprudência dos tribunais da União Europeia.

---

12 Era esse o teor do artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 422/83 e do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93 e, por último, do artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003.

13 Existe uma única referência à noção de “concorrência”, já não na cláusula geral e sim na tipologia exemplificativa: a al. c) do artigo 102.º do TFUE: “Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”. Note-se, em todo o caso, que a concorrência aqui citada não envolve necessariamente a empresa dominante (a menos que ela esteja verticalmente integrada ao nível dos seus parceiros comerciais) e sim a concorrência entre empresas a jusante ou a montante daquela.

14 Artigo 50.º, n.º 2 da Ordonnance 45-1483.

### III. O ABUSO DE EXPLORAÇÃO SOBRE OS CONSUMIDORES NA PRÁTICA DECISÓRIA DA COMISSÃO EUROPEIA E A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Numa das visões dominantes antes do acórdão *Continental Can* de 1973,<sup>15</sup> o atual artigo 102.º visava instituir um sistema de controlo comportamental das empresas dominantes que as obrigasse a atuar como se estivessem em concorrência (Gerber, 1987: 69). Essa era a posição de autores como Dubois,<sup>16</sup> Focsaneanu,<sup>17</sup> e, sobretudo, René Joliet.<sup>18</sup>

Para Joliet, a inclusão dos consumidores no campo de proteção da proibição do abuso de posição dominante era não apenas clara como, desde que alargada à tutela de outros utilizadores numa relação vertical com uma empresa dominante, seria mesmo a finalidade exclusiva daquela norma:

“A notre avis, tous les exemples de pratiques abusives énumérés par le Traité montrent que la préoccupation de ce dernier n'est pas d'assurer le maintien d'une situation de concurrence, mais bien de veiller à ce que la domination du marché ne soit pas utilisée effectivement au préjudice des *utilisateurs* ou des *consommateurs*. Tous les exemples choisis, et ce n'est certes pas le résultat d'un hasard, se rapportent à des cas *d'exercice du pouvoir*, à des pratiques par lesquelles l'entreprise tire parti de son pouvoir sur le marché, c'est-à-dire, l'exploite.”<sup>19</sup>

15 Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.2.1973, Proc. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 1973, p. 109.

16 Ver Dubois, 1968: 227: “Les différents cas énumérés par l'article 86 ne prennent jamais *les concurrents en considération*, mais soit les *consommateurs*, soit les *partenaires commerciaux*”. Id., p. 265: “l'abus est commis quand un dommage est causé à certaines personnes (partenaires dans la concurrence, consommateurs ou acheteurs, distributeurs), c'est à dire à partir du moment où la position dominante leur porte préjudice par une atteinte à leur liberté économique en les empêchant de faire un choix économique ou en les sanctionnant s'ils opèrent un choix plutôt qu'un autre.”

17 Ver Focsaneanu, 1977: 373. “Il est estimé que la notion de “l'exploitation abusive de position dominante est *inapplicable aux relations entre concurrents*. L'objet de l'article 86 n'est pas, comme l'affirme la Cour, “le *maintien d'une concurrence effective*”, car une telle concurrence est impossible sur un marché soumis à l'influence d'entreprises dominantes”. A construção deste autor funda-se em parte na raiz do atual artigo 102.º do TFUE, no artigo 66.º, n.º 7, do Tratado de Paris e na Lei alemã de 1957 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ou GWB), com o apoio de uma análise linguística das várias versões daquele artigo e das definições dos dicionários.

18 Ver Joliet, 1969: 688: “L'abus de position dominante selon l'article 86 du Traité de Rome doit être entendu comme *l'exploitation effective* du pouvoir de monopole au détriment des *utilisateurs*”. Ver ainda Joliet, 1970.

19 Joliet, 1969: 682.

No mesmo documento em que a Comissão Europeia propunha uma interpretação do conceito de abuso que incluísse também comportamentos que afetassem a própria estrutura da concorrência, aquela instituição definiu o abuso de posição dominante como correspondendo ao exercício dessa posição de modo a obter vantagens que não poderia ter se estivesse sujeito a uma concorrência efetiva.<sup>20</sup> Nessa medida, a definição visa o abuso de exploração por excelência. O monopolista que pratica preços excessivos e assim maximiza os seus lucros só o pode fazer porque não está sujeito a uma concorrência efetiva.

O facto de os exemplos contidos nas alíneas do segundo parágrafo do artigo 102.º proibirem como abusivos certos comportamentos independentemente do seu efeito, atual ou potencial, na concorrência foi também identificado por Mario Siragusa (Siragusa, 1977: 400). Este autor defendia, contudo, uma interpretação restritiva quanto à aplicação do conceito de abuso a comportamentos que não tivessem um efeito na estrutura da concorrência. Assim, apenas os casos enunciados na tipologia exemplificativa do artigo 102.º do TFUE poderiam constituir comportamentos abusivos independentemente das consequências ao nível da concorrência.<sup>21</sup> Tal resultaria da combinação de um argumento sistemático (a inserção da proibição do abuso de posição dominante nas regras de concorrência) com o argumento teleológico extraído da referência ao conceito de “concorrência não falseada” que se extraía do antigo artigo 3.º, al. f) do Tratado de Roma, na redação original.<sup>22</sup> Siragusa entendia ainda que a posição do Tribunal de Justiça no acórdão *General Motors Continental* ia no mesmo sentido, ao parecer fundamentar a qualificação de um comportamento dirigido a consumidores como abusivo na própria redação da alínea a) do atual artigo 102.º do TFUE.<sup>23</sup>

---

20 Ver Comissão Europeia, 1966.

21 A alínea c) do Artigo 102.º TFUE exclui a sua aplicação a relações com consumidores finais uma vez que estabelece como requisito que a conduta coloque os parceiros comerciais da empresa dominante “em desvantagem na concorrência”.

22 Entretanto remetido pelo Tratado de Lisboa para o protocolo n.º 27.

23 Ver considerando 12 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.11.1975, Proc. 26/75, *General Motors Continental c. Comissão*, Recueil 1975, p. 1367. No âmbito da prática de preços excessivos, Siragusa considera ainda mais claro o caso *United Brands*. Enquanto no caso *General Motors* existia uma referência ao efeito na concorrência pelo entrave às importações paralelas, «in *United Brands* the Court did not recognize the need for any showing of an effect on competition for the excessive prices to be abusive”. O que teria sido decisivo para o Tribunal de Justiça era saber se a empresa dominante estava a obter vantagens que não teria se houvesse concorrência efetiva. Ver Siragusa, 1979: 186. O Tribunal anulou esta parte da decisão da Comissão, por considerar que esta não tinha comprovado o carácter excessivo dos preços em causa. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, p. 77.

O caso *General Motors Continental*, uma das primeiras decisões da Comissão de aplicação do atual artigo 102.º do TFUE, envolvia precisamente um comportamento empresarial dirigido a consumidores finais.<sup>24</sup> Na sua decisão, a Comissão qualificou como um abuso de posição dominante o facto de aquela empresa, fabricante de veículos automóveis da marca Opel (Vauxhal no Reino Unido), ter cobrado, entre 15 de Março e 31 de Julho de 1973, um montante considerado excessivo, como contrapartida da emissão de certificados impostos pela legislação belga para a matrícula de veículos importados. O chamado controlo de conformidade tinha sido tradicionalmente realizado pelas autoridades belgas, passando esta responsabilidade para a esfera dos representantes das marcas a partir de 15 de Março de 1973.

A filial belga da General Motors só tinha experiência neste tipo de serviços quanto à certificação de veículos importados dos Estados Unidos. O valor fixado foi de 5.000 Francos Belgas, a que acresciam mais 900 Francos Belgas a título de Imposto sobre o Valor Acrescentado, exatamente o montante cobrado pela certificação dos veículos fabricados naquele país terceiro. Naturalmente, como afirmava o Advogado-Geral Mayras, os custos da prestação seriam consideravelmente mais baixos no caso de veículos produzidos na Comunidade. Durante o período em questão, aquele encargo foi aplicado a cinco casos. Perante as reclamações dos consumidores, a partir de 1 de Junho de 1973 a General Motors reduziu o valor para 1.000 Francos Belgas, sem impostos e, após uma análise dos custos reais, fixou o valor em 1.250 Francos Belgas, valor igualmente líquido de impostos. A General Motors reembolsou o valor em excesso por comparação com este último montante aos cinco proprietários que tinham pedido certificados de conformidade no período em causa. Por esta bagatela concorrencial a Comissão decidiu, num processo de que a arguida só teve conhecimento depois de corrigir a situação, a 17 de Agosto do mesmo ano, aplicar uma coima de 100.000 ecus, ou 5 milhões de Francos Belgas (note-se que o montante em excesso, líquido de impostos, correspondia a 18.750 Francos Belgas e que este valor tinha sido devolvido aos clientes).

Na sua decisão, a Comissão parecia estar sobretudo preocupada com o efeito inibidor das importações paralelas por parte de consumidores mas também de importadores independentes, ou seja, com o impacto da prática nas relações entre estes e os distribuidores oficiais da General Motors. A própria análise da posição dominante parece ter em vista a proteção dos consumidores e

24 Comissão Europeia, 1975. Seguimos, neste ponto, o nosso texto anterior, Moura e Silva, 2010: 79.

importadores que, tendo optado por comprar um modelo Opel fora da Bélgica, ficariam assim totalmente dependentes da General Motors para a introdução daquele veículo nesse país.

Em todo o caso, apesar deste elemento, a Comissão considerou claramente que, apesar de a prática de preços excessivos ter incidido apenas em cinco casos de inspeções pedidas por consumidores finais, tal não afastava a constatação de um abuso de posição dominante: “Com efeito, a proteção conferida pelo artigo 86.º estende-se também às compras feitas por consumidores no comércio intracomunitário”.<sup>25</sup>

Em recurso, o Tribunal de Justiça anulou a decisão, concluindo que o zelo da Comissão pela realização dos objetivos do Tratado e em contrariar “qualquer veleidade de exploração abusiva de uma posição dominante” não justificava a sua intervenção “nas circunstâncias temporais e factuais deste caso”.<sup>26</sup>

O Tribunal de Justiça admitia que a imposição de preços elevados (por comparação com o valor económico da prestação correspondente) para a emissão deste tipo de certificados por uma empresa que é legalmente a única entidade habilitada para o efeito podia constituir um abuso de posição dominante, seja porque tem como efeito limitar as importações paralelas – na medida em que anule eventuais diferenças favoráveis de preços entre diferentes Estados-membros –, seja porque impõe condições de transação não equitativas na aceção da alínea *a*) do artigo 102.º do TFUE (considerando 12). O Tribunal de Justiça não pôs em causa a análise de mérito quanto ao carácter excessivo dos preços em causa:

“un tel abus pourrait consister, notamment, dans la perception d’un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie” (considerando 12).

“qu’il n’est pas contesté que, dans les cinq cas relevés par celle-ci et qui se situent dans une période allant du 15 mars au 31 juillet 1973, la requérante a perçu une redevance dont le montant était largement exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie au titre du contrôle de conformité” (considerando 16).

No entanto, o acórdão excluiu a existência, nas circunstâncias do caso, de um abuso de posição dominante com base em três argumentos da recorrente.

<sup>25</sup> Comissão Europeia, 1975: parágrafo 17.

<sup>26</sup> Acórdão *General Motors Continental c. Comissão*.

Em primeiro lugar, a emissão de certificados era uma atividade pouco frequente e que lhe passou a caber por imposição legal, a partir do momento em que os serviços do Estado belga deixaram de proceder à certificação, a 15 de Março de 1973; em segundo lugar, tratando-se de uma atividade ocasional e que representava uma ínfima parte da atividade de certificação de veículos por ela comercializados diretamente na Bélgica, os serviços da empresa limitaram-se a estender-lhe o valor aplicado às operações afins realizadas quanto a veículos importados dos Estados Unidos; por último, a General Motors baixou imediatamente o valor para um montante mais próximo dos custos reais logo que foi confrontada com reclamações e devolveu o excesso aos clientes, antes de ter conhecimento do processo da Comissão.

Embora assente numa factualidade semelhante, o caso *British Leyland* parece centrar-se mais no impacto da conduta daquele fabricante automóvel nos importadores profissionais e não sobre os consumidores finais, que dispunham de um procedimento menos oneroso de importação (ainda que mais limitado quanto ao respetivo campo de aplicação). Em todo o caso, na sua decisão, a Comissão considera como um abuso de posição dominante a recusa a particulares da emissão de certificados de conformidade e o facto de a estes ser cobrada uma taxa de cem libras esterlinas, citando o acórdão *General Motors Continental* e aquilo que o Tribunal aí definiu como razoável.<sup>27</sup> A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, invocando, aliás, o precedente daquele acórdão:

“27. Conforme o Tribunal decidiu no seu acórdão de 13 de Novembro de 1975 (26/75, já referido), existe exploração abusiva de uma posição dominante quando a empresa que beneficia de uma situação de monopólio administrativo exija pelos seus serviços taxas desproporcionadas em relação ao valor económico da prestação fornecida”<sup>28</sup>

A *ratio decidendi* deste acórdão parece basear-se sobretudo nos efeitos junto dos revendedores e, em particular, na concorrência entre estes e os distribuidores contratuais da British Leyland no Reino Unido – os principais prejudicados pelo canal de importações paralelas provenientes da Europa

27 Comissão Europeia, 1984: parágrafos 26 e 28.

28 Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.1986, Proc. 226/84, *British Leyland c. Comissão*, Colet. 1986, p. 3263.

continental. Certamente terá pesado neste processo o facto de a conduta da British Leyland pretender impedir a livre circulação de mercadorias, em clara contrariedade aos princípios inerentes ao funcionamento do Tratado.

Em suma, apesar de a Comissão sustentar a suficiência de um comportamento dirigido aos consumidores para o preenchimento dos requisitos de um abuso de posição dominante, nos casos *General Motors Continental* e *British Leyland* existia paralelamente um claro nexos com a concorrência entre distribuidores (os distribuidores independentes e os distribuidores contratuais daqueles fabricantes).

Já o caso *Campeonato Mundial de futebol de 1998*, relativo a práticas não equitativas mas que correspondem, na verdade, a condições discriminatórias, tem a particularidade de não se poder identificar um qualquer impacto na concorrência.<sup>29</sup> O CFO, ou *Comité français d'organisation de la Coupe du Monde de football de 1998*, foi instituído pela Federação Francesa de Futebol para assegurar a organização do Campeonato Mundial de futebol de 1998 em França. A emissão dos bilhetes para os jogos da fase final competia ao CFO, tendo este procedido à sua distribuição em diversas modalidades.<sup>30</sup> A maior parte dos 2.665.500 bilhetes emitidos foi distribuída pelas federações nacionais e por operadores turísticos seleccionados. O CFO vendeu diretamente cerca de 28% dos bilhetes.

Antes do sorteio de grupos, momento em que os adeptos das seleções qualificadas poderiam ficar a saber quais os jogos em que participariam as respectivas equipas e que ocorreu a 4 de Dezembro de 1997, o CFO emitiu dois tipos de bilhetes (correspondendo a vendas “às cegas” por não se saber ainda que equipas disputariam os jogos em apreço), o “Pass France 98” e bilhetes individuais para o jogo de inauguração e os jogos das últimas fases do campeonato.<sup>31</sup> Apenas os consumidores que pudessem indicar um endereço em França puderam adquirir bilhetes nesse período, em que foram vendidos pelo CFO cerca de 21,5% do total de bilhetes para os jogos da fase final do campeonato.

29 Comissão Europeia, 2000.

30 O CFO era uma entidade sem fins lucrativos, tendo as vendas de bilhetes correspondido a 60% das suas receitas totais.

31 Os jogos dos quartos-de-final, as meias-finais, a final e o jogo para o terceiro/quarto lugar. Note-se que o “Pass France 98” era composto por bilhetes para os jogos a decorrer num determinado estádio.

Só depois de 22 de Abril de 1998 e por pressão da Comissão Europeia<sup>32</sup> é que o CFO passou a vender bilhetes ao público. Ainda assim estas vendas representaram apenas 6,58% do total de bilhetes.

Na decisão que condenou o CFO a uma coima simbólica de 1000 euros por abuso de posição dominante,<sup>33</sup> a Comissão considerou aquela organização como uma empresa dominante no mercados da venda ao público, em 1996 e 1997, de 393.200 “Pass France 98” “às cegas” e da venda ao público, em 1997, de 181.000 bilhetes individuais “às cegas”, relativos ao jogo inaugural, aos quartos-de-final e às meias-finais, ao jogo para o terceiro e quarto lugares e à final. Aplicando a análise da substituíbilidade de acordo com o critério do monopolista hipotético, a Comissão concluiu que “o interesse pela fase final do Campeonato Mundial é tal que um aumento de pelo menos 10% no preço dos bilhetes não teria dado origem a qualquer alteração significativa da procura por parte do público para outros produtos concorrentes”.<sup>34</sup> Em termos geográficos, o mercado foi definido como correspondendo a todos os países do Espaço Económico Europeu e não apenas a França ou parte desta, como defendia o CFO.<sup>35</sup> No mercado assim definido, o CFO foi considerado dominante e, com especial relevância para a qualificação da sua conduta como abusiva, como “titular de um monopólio *de facto*”. No entender da Comissão, esta qualidade colocaria o CFO “sob a obrigação *prima facie* de garantir que

---

32 Que enviou ao CFO um ofício a 20 de Fevereiro desse ano, solicitando que pusesse termo às práticas consideradas abusivas (ver Parágrafo 46 da Decisão e nota 17).

33 Para uma visão muito crítica do carácter simbólico da coima aplicada, ver Weatherill, 1997: 275. O autor cita um jornal que à época sugeria que a brandura da coima poderá ter estado relacionada com a demissão em bloco da Comissão presidida por Jacques Santer, alguns meses antes de ser proferida a decisão sobre o caso do *Campeonato Mundial de futebol de 1998*.

34 Ver Comissão Europeia, 2000: parágrafo 68, em especial a al. d): “Dado que foram apresentados 1.043.000 pedidos por parte do público em geral que podia apresentar um endereço em França relativamente aos 181.000 bilhetes individuais vendidos pelo CFO em 1997, pode presumir-se que a procura em geral para os bilhetes não teria registado qualquer alteração apesar do aumento do preço de pelo menos 10%”. A metodologia de definição de mercado através do critério do monopolista hipotético tinha sido formalmente acolhida em 1997. Ver Comissão Europeia, 1997. Em sentido favorável à definição de mercado relevante adotada pela Comissão neste caso, ver Weatherill, 1997: 276 : “The issue of market definition in the sports sector is potentially tricky, raising questions about the extent to which each sport can be treated as constituting a separate market or, at the other extreme, whether sport is merely part of a wider market for entertainment, but for an event of the magnitude of the Football World Cup it is uncontroversial to regard the market for match tickets as standing alone from the consumer’s perspective”.

35 O CFO argumentava, com pertinência, que mesmo de entre os residentes em França, entre 71% e 91% dos “Pass France 98” foram adquiridos por residentes no departamento onde estava localizado o estádio de acolhimento em causa ou em departamentos vizinhos. Ao rejeitar este argumento a Comissão aludiu à proximidade geográfica de consumidores provenientes de zonas de outros Estados-membros com fronteira com a França.

os bilhetes vendidos em 1996 e 1997 para os jogos da fase final fossem disponibilizados ao público no âmbito de disposições não discriminatórias em todo o Espaço Económico Europeu (adiante, EEE), apesar da procura por parte de consumidores de fora da França em relação a determinados bilhetes poder ter sido relativamente reduzida face à procura pelo público em França”.

Olhando para o problema na perspectiva da procura, existiriam, pelo menos, dois mercados temporais: o mercado para bilhetes vendidos ao público antes do sorteio de grupos (os bilhetes vendidos “às cegas”) e o mercado para bilhetes vendidos ao público após esse sorteio. A posição da Comissão parece ser a de que, quanto ao mercado de bilhetes vendidos “às cegas”, o CFO não podia discriminar os consumidores do EEE entre residentes em França e não residentes. É esse o sentido da descrição do abuso como um comportamento que “teve o efeito de impor condições comerciais injustas aos residentes de fora de França, que deram origem a uma limitação do mercado em prejuízo desses consumidores” (Parágrafo 88). Embora a Comissão não o invoque diretamente no dispositivo da decisão, tais práticas são subsumíveis às alíneas *a)* e *b)* do artigo 102.º do TFUE.

É neste ponto que a Comissão analisa o argumento do CFO relevante para o tema deste trabalho: a inexistência de um efeito na estrutura da concorrência. Pela sua importância, vale a pena relembrar a posição aí assumida pela Comissão:

“A Comissão rejeita essa interpretação do artigo 82.º. Embora a aplicação do artigo 82.º exija frequentemente uma avaliação do efeito de um comportamento da empresa na estrutura da concorrência num determinado mercado, a sua aplicação na ausência de tal efeito não pode ser excluída. Com efeito, os interesses dos consumidores são protegidos pelo artigo 82.º, sendo tal proteção alcançada proibindo o comportamento de empresas em posição dominante que prejudica uma concorrência livre e não falseada e que seja diretamente prejudicial para os consumidores. Assim, e tal como foi expressamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça<sup>36</sup> o artigo 82.º pode ser devidamente aplicado, se for caso disso, a situações em que o comportamento da empresa em posição dominante prejudica diretamente os interesses dos consumidores apesar da ausência de qualquer efeito na estrutura da concorrência”.<sup>37</sup>

36 Neste ponto a Comissão cita o considerando 26 do acórdão *Continental Can*, onde o Tribunal de Justiça afirma que o atual artigo 102.º do TFUE “não se destina apenas às práticas susceptíveis de prejudicarem diretamente os consumidores, mas igualmente às que os prejudicam através do seu impacto sobre a estrutura efetiva da concorrência...”. *Continental Can c. Comissão*.

37 Comissão Europeia, 2000: parágrafo 100.

Repare-se, contudo, que a definição de abuso de exploração, seguida pela Comissão no já citado Memorando de 1965, pressupõe a obtenção de vantagens que a empresa dominante não poderia ter se estivesse sujeita a uma concorrência efetiva. No caso *Campeonato Mundial de futebol de 1998* não era aparente que da conduta considerada abusiva tivesse resultado qualquer vantagem financeira ou concorrencial para o CFO.

A resposta da Comissão foi sublinhar que a aplicação do artigo 102.º do TFUE não pressupõe qualquer vantagem comercial – o que corresponde, de facto, à letra do artigo. Esta é, de resto, uma dificuldade frequente em casos em que a Comissão procura subsumir práticas discriminatórias ao conceito de abuso de posição dominante.<sup>38</sup> A Comissão argumenta, em nota de rodapé, que os “processos relativos a uma fixação de preços excessivos exigem uma apreciação da medida em que (caso exista) uma empresa em posição dominante cobrou um preço que foi excessivo em relação ao valor económico do produto ou do serviço. Assim o grau em que essa empresa pôde obter uma vantagem comercial, que de outro modo não teria podido obter em condições de concorrência normais, deve normalmente ser determinado antes de serem retiradas quaisquer conclusões relativas à fixação de preços excessivos”. A vantagem parece ser, neste caso, a margem acima do “valor económico”, mas não se vê que tal seja suficiente para excluir a necessidade de prova da existência de uma vantagem enquanto elemento inerente à própria classificação da conduta como abusiva.

A superação do critério da vantagem parece residir na especificidade daquela última qualificação. Os casos de discriminação em razão da nacionalidade são tão flagrantemente contrários aos objetivos do Tratado que uma atuação arbitrária por parte de uma empresa dominante dispensa a existência de uma vantagem autónoma. Por outras palavras, a vantagem é aqui a suscetibilidade de impor uma discriminação contra um grupo de utilizadores ou consumidores – não uma vantagem positiva mas a vantagem de dar azo a uma pulsão protecionista e permitir-se descurar os deveres de uma empresa que detém uma posição dominante numa parte substancial de um mercado que pressupõe,

---

38 O caso das taxas aeroportuárias praticadas nos aeroportos portugueses é disso exemplo. O regime discriminatório não parecia beneficiar a ANA mas conferia uma clara vantagem às companhias de aviação nacionais relativamente a outras transportadoras comunitárias. Claro que nesse caso a prática era enquadrável na alínea c) do artigo 102.º do TFUE, pelo que bastava demonstrar-se a imposição de uma desvantagem na concorrência para as transportadoras comunitárias, não sendo necessário comprovar a obtenção de uma vantagem para a ANA. Ver Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.3.2001, Proc. C-163/99, *República Portuguesa c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 2001, p. I 2613.

precisamente, a eliminação dessas discriminações. Em suma, quando a conduta impõe um encargo ou obstáculo injustificado aos utilizadores ou consumidores, também estaremos perante um abuso de exploração.<sup>39</sup>

No caso *Campeonato Mundial de futebol de 1998*, as declarações de um alto responsável da FIFA, Michel Platini, ao jornal *The Independent* foram particularmente reveladoras do propósito discriminatório: “You have to defend those who pay their income tax in France and who allow stadiums to be built or renovated”.<sup>40</sup>

Apesar de a Comissão não se esforçar particularmente por justificar a posição adotada na decisão em causa, estamos convencidos que foi o facto de a conduta do CFO constituir uma discriminação grosseira, ainda que indireta, em razão da nacionalidade que justificou a qualificação daquele comportamento como abusivo. Esta parece ser a implicação da forma como a Comissão qualifica os atos do CFO: “o efeito do comportamento do CFO consistiu em discriminar contra residentes fora de França, o que indiretamente representou uma discriminação contra esses consumidores em razão da nacionalidade contrárias aos princípios fundamentais do direito comunitário”.<sup>41</sup>

Quanto à acusação de limitação do mercado, o CFO alegou que a sua conduta não podia ser considerada abusiva à luz da jurisprudência anterior uma vez que os consumidores no EEE acabaram por poder adquirir bilhetes através dos vários canais de distribuição e, mais importante para o âmbito deste trabalho, porque, como o número de bilhetes a vender era necessariamente limitado, “a existência de pressão concorrencial no mercado não teria dado origem a qualquer melhoria no desempenho por parte do CFO”.<sup>42</sup>

A Comissão rejeita o argumento, atendo-se à obrigação acima referida a que estaria sujeito o CFO: “enquanto empresa em posição dominante nos mercados do produto relevante, o CFO tinha a obrigação de não limitar

---

39 Na linha da definição proposta por Temple Lang para o abuso de exploração: “if its behaviour takes advantage of economic power to obtain benefits or to impose burdens not obtainable or impossible in conditions of normal and reasonably effective competition, at the expense of the interests of customers or consumers (or, in the case of a dominant buyer, of suppliers)”. (Temple Lang, 1979: 363).

40 *The Independent*, 9.8.1998, p. 31, *apud* Weatherill, 1997: 276.

41 Comissão Europeia, 2000: parágrafo 102. Note-se que a discriminação em causa neste processo é considerada como a imposição de uma condição não equitativa e não como discriminação na aceção da alínea c) do artigo 102.º do TFUE. A razão de ser deste enquadramento pela Comissão é óbvia: aquela última supõe que a discriminação se traduz na imposição de uma desvantagem na concorrência – o que não poderá suceder com os consumidores finais.

42 Comissão Europeia, 2000: parágrafo 104.

artificialmente as vendas de bilhetes independentemente de outros operadores económicos poderem ou não vender esses bilhetes”. Como a condição de indicação de um endereço em França inibia a aquisição por residentes noutros Estados-membros do EEE, o comportamento limitou o mercado em prejuízo destes consumidores. Note-se que a limitação do mercado tende a ser considerada prejudicial porque ela é o instrumento pelo qual um monopolista leva ao aumento dos preços – reduzindo artificialmente a oferta. Mas, neste caso, a redução da oferta que poderia ter impacto ao nível dos preços era a que tinha limitado o número de bilhetes para venda antecipada. O dano a que a Comissão se refere parece estar indissociavelmente ligado à discriminação indireta em razão da nacionalidade: os consumidores não residentes em França não puderam participar daquele mercado temporal (o das vendas “às cegas”).<sup>43</sup>

O CFO tentou ainda justificar a sua prática com razões de segurança nos jogos de futebol, procurando garantir que os apoiantes de seleções rivais fossem afastados uns dos outros em cada estádio. Os bilhetes vendidos “às cegas” eram destinados a espectadores neutros. Mas os peritos a que o CFO remetera a Comissão consideravam que todos os espectadores que adquirissem bilhetes “às cegas” “são geralmente espectadores pacíficos que não representam um risco específico em termos de segurança”. Sendo assim, nada permitia distinguir os consumidores dispostos a adquirir bilhetes “às cegas” em função do critério arbitrário de poderem ou não indicar um endereço em França.

Na prática decisória da Comissão são raros os casos de abusos por discriminação em razão da nacionalidade. O caso *GVL*, embora não diga respeito a um abuso sobre consumidores, é particularmente relevante para esclarecer as circunstâncias em que tais discriminações podem ser consideradas como um abuso de posição dominante. Naquele caso estava em jogo a recusa, por parte da única sociedade alemã de gestão coletiva de direitos de representação, de

---

43 Claro que outros elementos estranhos ao processo podem levar-nos a pensar que os consumidores que tiveram acesso àquela fase puderam criar um mercado de revenda que tirou partido da subida da procura de certos jogos após serem conhecidos os grupos. Mas nesse caso os consumidores que adquiriram estes bilhetes já não correspondiam ao grupo que teria adquirido os bilhetes “às cegas” – essa revenda teria como procura adeptos de determinadas seleções interessados num jogo em que participava a sua seleção. Estar-se-á então a proteger o direito dos consumidores não residentes em França de participar nesse mercado clandestino? Weatherill cita um artigo do Financial Times, publicado durante a fase final do campeonato do mundo, segundo o qual, com clara ironia, a prática do CFO teria criado um novo entusiasmo pelo funcionamento dos mercados junto dos residentes em França: “so many French residents have made a killing from selling tickets that the event may well contribute to a further erosion of the country’s traditional antipathy to the free market”. Weatherill, 1997: 276. O artigo pressupõe, por isso, a posterior revenda a preços mais elevados dos bilhetes adquiridos pelos residentes em França.

prestação de serviços de gestão de direitos conexos com direito de autor a artistas que não tivessem nacionalidade alemã ou que não residissem na Alemanha. A decisão da Comissão, proferida após a cessação da infração, teve um propósito meramente declarativo e não aplicou qualquer sanção.<sup>44</sup> O Tribunal de Justiça confirmou a competência da Comissão para adotar esta decisão devido ao facto de existir um risco de a GVL voltar a adotar práticas discriminatórias contra os artistas estrangeiros ou não residentes na Alemanha.<sup>45</sup> O Tribunal de Justiça concluiu, quanto à recusa de celebrar contratos de gestão com artistas estrangeiros ou não residentes na Alemanha, que:

“56. Un tel refus, par une entreprise ayant un monopole de fait, de prêter ses services à tous ceux qui peuvent en avoir besoin mais qui ne relèvent pas d’une certaine catégorie que cette entreprise a circonscrite en se basant sur la nationalité ou sur le domicile, doit être considéré comme l’exploitation abusive d’une position dominante au sens de l’article 86, alinéa 1, du traité.”

Além dos processos analisados, encontramos ainda outros casos onde é claramente assumida a aplicabilidade do artigo 102.º do TFUE a comportamentos dirigidos aos consumidores.

Um primeiro grupo de casos envolve a aplicação da al. a) do artigo 102.º do TFUE, ou seja, a imposição de condições não equitativas, em particular por via de preços excessivos. Incluem-se neste grupo os acórdãos *Pompes funèbres* e *Ahmed Saeed*. Ambos os arestos apresentam a conexão entre uma alegação relativa à prática de preços excessivos e a sua imposição aos consumidores. Deve sublinhar-se, contudo, que nestes processos existe também um claro nexo com o efeito na estrutura de concorrência. Assim, no caso *Pompes funèbres*, a demandante no processo principal – que alegava que o regime de concessões atribuídas por alguns municípios a determinadas empresas funerárias criava monopólios que levavam à imposição de preços excessivos aos consumidores de serviços funerários – era concorrente das funerárias titulares de uma concessão.<sup>46</sup> O propósito da ação era obter o fim das concessões de modo a permitir a concorrência nas zonas até aí concessionadas. A defesa dos consumidores seria

44 Comissão Europeia, 1981.

45 Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.3.1983, Proc. 7/82, *GVL c. Comissão*, Recueil 1983, p. 483.

46 Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 4.5.1988, Proc. 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, Colet. 1988, p. 2479.

assim indireta – ou seja, a reposição da concorrência introduziria liberdade de escolha e, eventualmente, melhores preços e qualidade de serviço.

O acórdão *Ahmed Saeed*, outra decisão proferida no âmbito de um reenvio prejudicial, refere-se expressamente ao risco da prática de preços excessivos sobre os consumidores:

“42. Quando a autoridade nacional competente concluir que uma empresa de transporte aéreo dispõe de uma posição dominante no mercado em causa, deverá seguidamente examinar se a aplicação de tarifas, que tal empresa haja imposto às outras transportadoras aéreas, que fazem a mesma ligação, constitui um abuso de posição dominante. Esse abuso pode nomeadamente verificar-se quando as tarifas impostas devam ser consideradas condições de transporte não equitativas em relação quer aos concorrentes quer aos passageiros.”<sup>47</sup>

Contudo, não é claro até que ponto esta decisão – uma primeira incursão das regras de concorrência no domínio do transporte aéreo – corresponde realmente a uma preocupação coerente com os consumidores. Assim, logo depois de alertar para o risco da imposição de preços excessivos, o Tribunal muda o seu discurso para a proteção de outros operadores contra uma “taxa excessivamente reduzida que tenha por objetivo eliminar do mercado empresas fora do âmbito do acordo”. Desta última só poderia resultar um prejuízo indireto para o consumidor, sendo o fundamento da intervenção a proteção da estrutura concorrencial do mercado.

O segundo grupo de casos onde encontramos igualmente o objetivo de proteção dos consumidores diz respeito às recusas de concessão de licenças. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o mero exercício de um direito de propriedade intelectual por uma empresa em posição dominante não constitui, por si só, um abuso dessa mesma posição, exceto se esse exercício for instrumental a um abuso.<sup>48</sup> Todavia, nos casos *Maxicar c. Renault e Volvo c. Veng*, o Tribunal de Justiça entendeu que o exercício de direitos de propriedade intelectual poderia constituir um abuso de posição dominante em determinadas circunstâncias, indicando três exemplos de possíveis abusos: “a recusa arbitrária

47 Acórdão do Tribunal de Justiça Proc. 66/86, *Ahmed Saeed Flugraisen e o. c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Colet. 1989, p. 803.

48 Moura e Silva, 1993: 295. Ver o considerando 16 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.5.1978, Proc. 102/77, *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, Colet. 1978, p. 391.

de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular”.<sup>49</sup>

Embora o Tribunal de Justiça tenha entendido que naqueles processos a recusa de conceder uma licença mediante a contrapartida de *royalties* razoáveis não constituía um abuso, o seu *dictum* sobre possíveis abusos abria as portas a uma futura aplicação do artigo 102.º do TFUE, o que viria a suceder no caso *Magill*. Contudo, e para o que nos interessa neste trabalho, a *ratio* da imposição do dever de conceder uma licença sobre direitos de propriedade intelectual é um efeito especialmente qualificado sobre a estrutura concorrencial – a eliminação da concorrência no mercado dependente – tendo igualmente em consideração o impacto sobre os consumidores. Este último elemento já estava presente no último exemplo do elenco citado nos acórdãos *Volvo c. Veng* e *Maxicar c. Renault*. A razão de ser do carácter abusivo da decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um modelo com muitos veículos em circulação é, indiscutivelmente, a limitação da oferta em prejuízo dos consumidores, na aceção da alínea *b*) do artigo 102.º do TFUE.

Ao confirmar a decisão da Comissão no caso *Magill*<sup>50</sup> e os acórdãos recorridos do atual Tribunal Geral,<sup>51</sup> o Tribunal de Justiça destacou o impacto negativo da conduta das operadoras de televisão sobre os consumidores, uma vez que a recusa em conceder uma licença para a reprodução das respectivas listas semanais de programas de televisão impediu os consumidores de beneficiar de um guia semanal completo, obrigando-os a adquirir os guias semanais de cada operadora que apenas divulgavam a respetiva programação:

“53. As recorrentes – que eram, pela força das coisas, as únicas fontes da informação em bruto sobre a programação, matéria-prima indispensável para criar um guia semanal de televisão – não deixavam assim ao telespectador que pretendesse

49 Considerando 9 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.6.1988, Proc. 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, Colet. 1988, p. 6211. A fonte destes exemplos encontra-se nas conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo naquele processo, parágrafo 28. Seguindo a mesma formulação, ver o considerando 16 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.10.1988, Proc. 53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, Colet. 1988, p. 6039.

50 Comissão Europeia, 1988.

51 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10.7.1991, Proc. T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Comissão*, Colet. 1991, p. II 485.

informar-se das ofertas de programas para a semana seguinte outra possibilidade senão a de comprar os guias semanais de cada estação emissora e deles retirar ele próprio os dados úteis para fazer comparações.

54. A recusa das recorrentes de fornecerem as informações em bruto, invocando as disposições nacionais sobre o direito de autor, constitui, assim, um entrave ao lançamento de um produto novo, um guia semanal completo dos programas de televisão, que as recorrentes não ofereciam, e para o qual existia uma procura potencial por parte dos consumidores, o que constitui um abuso nos termos do artigo [102.º], segundo parágrafo, alínea b), do Tratado”.<sup>52</sup>

Feita esta exposição, permanece uma questão: se decorre diretamente do enunciado do artigo 102.º do TFUE que uma prática de uma empresa dominante que explore os consumidores pode ser abusiva, porque é que encontramos tão poucos exemplos de aplicação deste princípio? Se tal aplicação do artigo 102.º encontra apoio na doutrina e na jurisprudência, o que justifica a aparente relutância da Comissão em usar este instrumento de proibição de abusos sobre os consumidores?

A potencial sobreposição com o domínio da tutela do consumidor e, sobretudo, o receio de abrir uma via de controlo do comportamento de empresas em posição dominante com implicações imprevisíveis parecem estar por trás da atitude de cautela da Comissão. Julgamos, todavia, que essas preocupações podem ser afastadas se tivermos em conta que, mesmo quando qualifica como abusivas condutas dirigidas ao consumidor, o artigo 102.º do TFUE continua a ser uma *regra de defesa da concorrência* e não de proteção do consumidor. A intervenção do direito da concorrência supõe a existência de um problema decorrente de uma falha de mercado passível de correção (ou pelo menos mitigável) pelo tipo de intervenção proibitiva que o caracteriza.

O campo de aplicação do abuso de posição dominante a comportamentos que exploram os consumidores é particularmente evidente quando existe umnexo entre a posição detida pela empresa dominante e a caracterização como abusiva da sua conduta.

---

52 Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.4.1995, Procs. Apensos C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comissão*, Colet. 1995, p. I 747.

É possível que, na ausência daquilo a que o Advogado-Geral Fennelly chamou “superdominância”,<sup>53</sup> a exploração dos consumidores tenda a levar estes a optar – quando possível – por concorrentes da empresa dominante. Mas quando estes últimos não existem, a exploração dos consumidores torna-se intolerável para o direito da concorrência. Mesmo que se exponha à crítica de que a sua intervenção corresponde a reconhecer que a falha de mercado em causa só pode ser ultrapassada mediante um exercício de regulação, *ad hoc* e imperfeita, a aplicação do abuso de posição dominante encontra fundamento na medida do dano para o consumidor.

A restauração de uma pureza conceitual que afaste o recurso ao instituto do abuso de posição dominante como instrumento de intervenção nestas situações em que a concorrência é inoperante enquanto mecanismo de salvaguarda do consumidor só seria possível se renegássemos a origem do artigo 102.º do TFUE e o muito propalado (mas não plenamente compreendido) truísmo segundo o qual “não é a posição dominante que é ilícita e sim o seu abuso”. É que a implicação deste truísmo é precisamente a necessidade de impor à empresa dominante o dever de se comportar como se estivesse em concorrência.

A filosofia regulatória que preside à génese do atual artigo 102.º do TFUE encerra seguramente dificuldades, mas estas não podem apenas desaparecer por um desejo de coerência que não esteve na mente dos autores do Tratado e que não é compatível com a letra e o espírito daquela norma.<sup>54</sup> A função do direito da concorrência nestes casos é de identificar o carácter abusivo de um determinado comportamento e proibi-lo, mesmo que tenha de constatar que as características do mercado em causa são tais que a superação da falta de

53 V. Parágrafo 137 das conclusões do Advogado-Geral, Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16.3.2000, Procs. Apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritime belge e o. c. Comissão*, Colet. 2000, p. I 1365. A versão portuguesa das conclusões traduz aquele passo por “posição claramente dominante”, referindo-se, de seguida, a “uma posição eminentemente dominante, próxima do monopólio”. Sobre o conceito de “superdominance”, ver Whish, 2012: 187.

54 Já Gyselen chamava a atenção para os problemas suscitados pela aplicação do atual artigo 102.º do TFUE aos preços excessivos: “As far as the remedial problem is concerned, a monopolist cannot comply with a prohibition to charge an excessive price if it is not told what other price it should charge. This requires the fixing, by authority, of a reasonable price”. (Gyselen, 1990: 601). Não deixa de ser irónico registar que a aprovação do Decreto-Lei n.º 422/83 foi saudada à época como um passo para substituir a fixação administrativa de preços. Vejam-se os discursos dos Ministros Rui Machete (“O Estado no contexto do novo diploma apenas assume uma atividade fiscalizadora do comportamento do agente económico, de garantia de igualdade de oportunidades no acesso e funcionamento do mercado, e nunca uma função condicionante ou autorizadora”) e Álvaro Barreto (“quisemos fazer uma afirmação politicamente muito firme: a de que iríamos dar o privilégio à economia de mercado, que gradualmente retiráramos os regimes de fixação administrativa práticos atualmente e desde há alguns anos em Portugal”) in VV.AA., 1985.

operacionalidade da concorrência terá de passar pelo estabelecimento de um regime de regulação sectorial. O direito da concorrência procura essencialmente salvaguardar o processo concorrencial e não regular de forma permanente um dado mercado; mas não pode deixar de ter um campo de aplicação quando a concorrência é inoperante para travar abusos de exploração por parte de uma empresa dominante.<sup>55</sup>

A existência de circunstâncias que colocavam em crise os mecanismos disciplinadores do mercado é bem patente nos casos que examinámos a respeito da jurisprudência da União Europeia. Em todos os casos analisados verifica-se que só foi identificado um abuso quando a empresa em causa ocupava uma posição de monopólio de facto (expressão usada nos casos *General Motors Continental*, *British Leyland*, *Campeonato Mundial de futebol de 1998* e *Magill*) sem que os consumidores tivessem outra alternativa.

Aliás, o facto de a generalidade dos casos de preços excessivos em mercados de produtos finais envolver empresas em situação de monopólio de facto leva Thomas Kauper a defender que a ênfase nos casos de preços excessivos é apenas nominalmente regulação da conduta uma vez que a preocupação subjacente à intervenção é eminentemente estrutural (Kauper, 1990: 659). Para este autor “[t]hese are cases of persistent dominance, where because the government is prepared to protect the power held, entry is not likely to erode market power”. O aprofundamento da integração económica (à época resultante da realização do mercado único) deveria levar a um realinhamento da aplicação do artigo 102.º no sentido do controlo de comportamentos que prejudicam a concorrência em sentido próprio (Kauper, 1990: 685). Com exceção do já analisado caso do Campeonato Mundial de futebol de 1998, tal entendimento parece amplamente confirmado pela prática decisória da Comissão.

---

55 Note-se que quanto aos preços excessivos não é exigível, na constatação de um abuso, a imposição administrativa de um preço: a constatação do carácter excessivo de um preço nunca é acompanhada da indicação de qual o preço “equitativo”. Ver Temple Lang, 1979: 347: “Article 86 does not seem to imply that there is only one competitive price for any give goods or services in any given circumstances, and that any other price is, or is likely to be ‘unfair’. It is suggested that to be an abuse under Article 86 the value received must be grossly disproportionate to the value given, and outside the limits of what is reasonable”. A indeterminação do resultado da concorrência é patente nas intervenções em casos de cartéis. Se após a condenação de um cartel se assistir a um aumento dos preços, por exemplo, motivado por um aumento do preço de matérias-primas, desde que o preço mais elevado resulte de comportamentos independentes (não colusivos) das empresas em causa, tal não constitui um ilícito concorrencial. No caso dos cartéis, a defesa da concorrência esgota-se assim na satisfação de um requisito “procedimental”: o da formação autónoma das decisões dos agentes económicos no mercado.

Ao atribuir maior atenção aos casos em que o dano para o consumidor resulta da eliminação da concorrência por práticas abusivas, a disciplina do abuso de posição dominante mudou o seu centro de gravidade. Aliás, a Comissão privilegiou deliberadamente os abusos de exclusão para a elaboração de orientações interpretativas.<sup>56</sup> No entanto, as Orientações de 2009 sobre os abusos de exclusão (Comissão Europeia, 2009) contêm um importante *dictum* que nos ajuda a esclarecer o escopo da intervenção relativamente a abusos de exploração sobre os consumidores:

“Qualquer conduta que represente uma exploração dos consumidores (por exemplo, a aplicação de preços excessivos) ou que mine os esforços com vista à realização de um mercado interno integrado, é igualmente passível de infringir o artigo [102.º]. A Comissão poderá decidir intervir nos casos em que se registam tais comportamentos, nomeadamente quando a defesa dos mesmos e o bom funcionamento do mercado interno não possam ser adequadamente assegurados por outra via” (parágrafo 7).

Para o abuso de exploração sobre consumidores fica assim reservado um papel residual. Só verificadas certas circunstâncias excepcionais que o justifiquem poderá o direito da concorrência socorrer os consumidores que sejam objeto deste tipo de abusos em casos que não sejam acompanhados da afetação da estrutura concorrencial. Desde que o comportamento em causa tenha um impacto negativo sobre os consumidores que possa ser mitigado pela aplicação da proibição do abuso de posição dominante estamos ainda claramente no domínio do direito da concorrência e não da defesa do consumidor.

Enquanto *ersatz* de um exercício de regulação *ad hoc* e imperfeita, a intervenção ao abrigo do artigo 102.º deve ser susceptível de eliminar ou atenuar o dano para o consumidor. Será o caso da eliminação de um tratamento discriminatório, quando o tratamento não discriminatório menos danoso para o consumidor puder ser facilmente determinado, ou da diminuição de um preço excessivo, caso exista um critério objetivo que permita pelo menos reconhecer a ordem de grandeza do excesso praticado.

---

56 Comissão Europeia, 2009. Para a antiga Comissária da Concorrência, Nellie Kroes, “We also think that it is wise in our enforcement policy to give priority to so-called exclusionary abuses, since exclusion is often at the basis of later exploitation of customers” (negrito no original) (Kroes, 2006: 384). Para uma perspetiva recente sobre os abusos de exploração, ver o capítulo 7 de Moura e Silva, 2010.

#### IV. A PROIBIÇÃO DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO NRJC

Cumprindo um propósito de harmonização entre o enunciado da lei nacional e as disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,<sup>57</sup> o instituto do abuso de posição dominante passa agora a ter, na lei nacional, a mesma cláusula geral e a mesma tipologia exemplificativa, exceção feita à recusa de acesso a infraestruturas essenciais – uma inovação do legislador de 2003 que, para o efeito, transcreveu a solução adotada na Alemanha aquando da respectiva revisão da *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) em 1999 (alínea *e*) do n.º 2 do artigo 11.º do NRJC).

Ao suprimir a expressão “tendo por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”, o n.º 1 do artigo 11.º do NRJC afastou o principal obstáculo ao acolhimento da linha jurisprudencial da União Europeia quanto à susceptibilidade de condenação como abusiva de comportamentos de empresas dominantes dirigidos diretamente a consumidores. Nem se compreenderia que fosse agora interrompida uma tendência interpretativa antiga no sentido da articulação do sentido atribuído às normas nacionais face à jurisprudência relativa às normas do atual TFUE.<sup>58</sup>

A harmonização textual com o artigo 102.º do TFUE tem diversas consequências que não podem ser plenamente exploradas neste trabalho. Pela sua importância referimo-nos apenas a uma dessas implicações que respeita ao alcance da eliminação da expressão “por objeto ou como efeito”. Como o Tribunal de Justiça da União Europeia já esclareceu, a respeito do facto de o enunciado do artigo 102.º do TFUE não conter a dicotomia objeto/efeito, esta redação da norma não implica que apenas comportamentos que tenham por efeito abusar da posição dominante sejam proibidos. Assim, quanto aos abusos de posição dominante, “não podem no entanto admitir-se tais comportamentos quando tenham por objetivo reforçar essa posição dominante”.<sup>59</sup> Como sustenta o atual Tribunal Geral, “para efeitos da aplicação do artigo 82.º CE, a demonstração do objetivo e do efeito anticoncorrencial [confundem-se].

57 Já no passado nos tínhamos pronunciado no sentido de ser desejável esta harmonização. Ver Moura e Silva, 2008: 67.

58 Ver Conselho da Concorrência, 1986: 27, onde, referindo-se ao caso *Centralcer*, se afirma que “o Conselho teve, assim, a oportunidade de afirmar a sua intenção de, na medida do possível, promover a gradual harmonização de critérios na aplicação do direito nacional e comunitário da concorrência. Trata-se, no fundo, de acolher e respeitar as orientações do direito comunitário fora dos casos em que é diretamente aplicável, sem com isso pôr em causa a eventual conveniência de adaptar essas orientações às exigências do mercado nacional e à manutenção de uma concorrência efetiva a nível interno”.

59 Acórdão *Compagnie maritime belge e o. c. Comissão*, considerando 107.

Efetivamente, se se demonstrar que o objetivo prosseguido pelo comportamento de uma empresa em posição dominante é restringir a concorrência, este comportamento também é suscetível de ter tal efeito”.<sup>60</sup>

Chegados a este ponto, importa agora ponderar duas questões adicionais. A primeira diz respeito aos fins dos dois ordenamentos: a proibição do abuso de posição dominante no direito português corresponde à mesma finalidade prosseguida pelo artigo 102.º do TFUE? Na medida em que os casos estudados na secção III estejam indissociavelmente ligados ao conceito de abuso enquanto ato contrário aos fins do Tratado, não resultará daí, independentemente da identidade de enunciados legais, uma objeção de fundo à sua expansão para o direito nacional?

Pela nossa parte, consideramos que os artigos 102.º do TFUE e 11.º do NRJC têm um elemento essencial comum: a contrariedade da conduta da empresa dominante face aos deveres que as regras de concorrência em apreço lhe impõem. De acordo com a jurisprudência europeia analisada na secção III deste trabalho, esses deveres de conduta abrangem comportamentos no mercado mesmo que apenas prejudiquem diretamente os consumidores finais, sobretudo quando resultem de uma estrutura em que a concorrência se encontre seriamente limitada ou seja inoperante. Neste caso, o dano para os consumidores pode coincidir ou não com uma afetação negativa da integração económica mas esta última não é condição de preenchimento do tipo abuso de posição dominante. Este elemento comum é o fundamento para a aplicação do artigo 11.º do NRJC a abusos de exploração sobre consumidores.

Isto não significa, todavia, que o âmbito de proteção dos artigos 102.º do TFUE e 11.º do NRJC seja totalmente coincidente ou que eles não prossigam distintas finalidades nos respetivos ordenamentos jurídicos. A indissociabilidade do artigo 102.º do TFUE face à finalidade de integração europeia e o papel da Comissão enquanto “guardiã dos Tratados” podem ditar uma leitura do âmbito da proibição daquela norma mais ampla do que a que presidirá a uma norma infraconstitucional do ordenamento português. Aliás, e essa é uma das questões mais interessantes suscitadas pelo NRJC, esta irredutível diferença deverá ser tida em conta ao nível do exercício de poderes sancionatórios pela Autoridade da Concorrência portuguesa para aferir se um caso em que

---

60 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.9.2003, Proc. T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colet., p. II-4071, considerando 241.

um mesmo comportamento viola os artigos 102.º do TFUE e 11.º do NRJC constitui um concurso real ou meramente aparente de contraordenações.<sup>61</sup>

Uma segunda questão refere-se à própria natureza das regras de concorrência nacionais: não se corre o risco, para o qual o Conselho da Concorrência alertava em 1990, de paralisar a atividade de uma autoridade especializada com o tratamento de conflitos de consumo?

Julgamos já ter dado a resposta a essa questão a propósito da jurisprudência europeia. Ao qualificar como abusivas condutas dirigidas ao consumidor, o artigo 11.º do NRJC, tal como o artigo 102.º do TFUE, continua a ser uma *regra de defesa da concorrência* e não de proteção do consumidor. A aplicação do artigo 11.º do NRJC pressupõe estarmos perante um ilícito concorrencial. E mesmo que as condições estruturais do mercado sejam determinantes para afastar o poder disciplinador da concorrência (como, de resto, em qualquer caso de abuso de posição dominante), o que importa é determinar se existe uma conduta imputável a uma empresa dominante que explora abusivamente a sua posição. Por outras palavras, o facto de a vítima direta do abuso ser um consumidor não tem qualquer impacto na configuração do dever da empresa dominante, pois ela teria o mesmo dever para com outro parceiro comercial.

Acresce que este ajustamento à prática da União Europeia não afeta a aplicação do regime relativo aos acordos e práticas concertadas entre empresas e às decisões de associação de empresas. Com efeito, neste domínio, a redação do artigo 9.º do NRJC mantém o elemento do tipo que exige que a prática tenha “por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência”, pelo que só os comportamentos danosos para os consumidores que preencham aquele elemento típico podem ser abrangidos por aquela proibição. As mesmas considerações são válidas quanto ao abuso de dependência económica, dispondo o artigo 12.º do NRJC que tal prática só é proibida “na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência”.

Quanto ao potencial campo de aplicação dos abusos de exploração sobre consumidores, o Memorando de Entendimento que prevê a adoção da nova lei da concorrência estabelece igualmente a exigência de combate a comportamentos oportunistas que prejudicam os consumidores. Assim, o objetivo do

---

61 A questão não se colocava ao abrigo da Lei n.º 18/2003 pois o legislador entendeu então qualificar a violação dos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE como contraordenação esquecendo-se de prever qual a coima aplicável. Ver Moura e Silva, 2008: 157.

Memorando de Entendimento onde se insere a revisão da Lei da Concorrência foi o de “[a]sssegurar condições concorrenciais equitativas e minimizar comportamentos abusivos de procura de rendimentos (*rent-seeking behaviour*), reforçando a concorrência e os reguladores sectoriais”.<sup>62</sup> Tais comportamentos oportunistas de captura de rendas constituem um fardo que onera os consumidores e a economia nacional em geral. Em particular, mas não só, no quadro de mercados não sujeitos a regulação e onde se detetem tais monopólios de facto ou em mercados onde a regulação se mostre insuficiente para pôr termo a tais comportamentos, existe um claro campo de aplicação da proibição dos abusos de exploração sobre consumidores.

Quanto à aplicação no tempo da proibição do abuso de exploração pela lei nacional, parece-nos claro que só poderá haver lugar à aplicação de coimas ao abrigo do artigo 11.º do NRJC quanto a tais condutas que não eram anteriormente abrangidas pelo enunciado do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 caso as mesmas ocorram (ou se mantenham) após a entrada em vigor no NRJC. Note-se que tal não significa que esses comportamentos não sejam ilícitos: já o eram antes da entrada em vigor do NRJC, mas apenas na medida em que estivessem preenchidos os requisitos do artigo 102.º do TFUE.

## V. CONCLUSÃO

Com a alteração do enunciado da cláusula geral do abuso de posição dominante e a sua harmonização com o texto do artigo 102.º do TFUE, o NRJC estende o âmbito da proibição nacional a comportamentos de uma empresa dominante que, embora não afetem a estrutura concorrencial, procuram obter vantagens junto dos consumidores que aquela empresa não poderia ter auferido em situação de concorrência.

As dificuldades que a aplicação do artigo 11.º do NRJC a abusos de exploração sobre consumidores não deixará de suscitar parecem amplamente compensadas pela possibilidade de evitar que empresas em posição dominante, que adotem comportamentos que exploram os consumidores, se escudem no facto de tais práticas abusivas incidirem apenas sobre os consumidores e não sobre outros parceiros comerciais.

---

62 Ver *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 17.5.2011. No texto em língua inglesa, “[e]nsure a level playing field and minimise rent-seeking behaviour by strengthening competition and sectoral regulators”.

## JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.6.1988, Proc. 238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd.*, Colet. 1988, p. 6211.
- Acórdão do Tribunal de Justiça Proc. 66/86, *Ahmed Saeed Flugraisen e o. c. Centrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, Colet. 1989, p. 803.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.11.1986, Proc. 226/84, *British Leyland c. Comissão*, Colet. 1986, p. 3263.
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16.3.2000, Procs. Apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritime belge e o. c. Comissão*, Colet. 2000, p. I 1365.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 5.10.1988, Proc. 53/87, *Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e Maxicar c. Régie nationale des usines Renault*, Colet. 1988, p. 6039.
- Acórdão do Tribunal de Justiça (Sexta Secção) de 4.5.1988, Proc. 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées*, Colet. 1988, p. 2479.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.11.1975, Proc. 26/75, *General Motors Continental c. Comissão*, Recueil 1975, p. 1367.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.2.1973, Proc. 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 1973, p. 109.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.3.1983, Proc. 7/82, *GVL c. Comissão*, Recueil 1983, p. 483.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.5.1978, Proc. 102/77, *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*, Colet. 1978, p. 391.
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.9.2003, Proc. T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colet. 2003, p. II 4071.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6.4.1995, Procs. Apensos C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comissão*, Colet. 1995, p. I 747.
- Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10.7.1991, Proc. T-69/89, *Radio Telefis Eireann c. Comissão*, Colet. 1991, p. II 485.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.3.2001, Proc. C-163/99, *República Portuguesa c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colet. 2001, p. I 2613.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colet. 1978, p. 77.

## BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de

1990 “Direito português da concorrência: em torno do Decreto-Lei n.º 422/83”, *R.O.A.*, vol. 50, n.º 3, 1990, p. 577.

COMISSÃO EUROPEIA

1966 *Mémorandum de la Commission de la Communauté Économique Européene sur la concentration dans le Marché Commun, Concurrence*, Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias.

1974 Decisão da Comissão Europeia de 19.9.1974, *IV/28.851 General Motors Continental*, J.O. L 29, de 3.2.1975, p. 14.

1981 Decisão da Comissão Europeia de 29.10.1981, *IV/29.839 – GVL*, J.O. L 370, de 28.12.1981, p. 49.

1984 Decisão da Comissão Europeia de 2.7.1984, *IV/30.625 British Leyland*, J.O. L 207, de 2.8.1984, p. 11.

1989 Decisão da Comissão Europeia de 21.12.1988 (89/205/CEE), *IV/31851 Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE*, L 78, de 21.3.1989, p. 43.

1997 *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos de direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)*, J.O. C 372, de 9.12.1997, p. 5.

2000 Decisão da Comissão Europeia, de 20.7.1999, *Proc. IV/36.888 – Campeonato Mundial de futebol de 1998*, J.O. L 5, de 8.1.2000, p. 55.

2009 *Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, J.O. C 45, de 24.2.2009, p. 7.

CONSELHO DA CONCORRÊNCIA

1985 Relatório de Actividades – 1984-85, Lisboa: Ministério da Economia.

1986 Relatório de Actividades – 1986, Lisboa: Ministério da Economia.

1990 Relatório de Actividades – 1990, Lisboa: Ministério da Economia.

DUBOIS, Jean-Pierre

1986 *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la CEE*, Paris: Librairies Techniques.

FERREIRA, Eduardo Paz

2001 *Direito da Economia*, Lisboa: AAFDL.

FOCSANEANU, Lazar

“La notion d’abus dans le système de l’article 86 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne», in VAN DAMME, J. A. (org.), *La*

*réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire. Regulating the Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law*, Bruges: De Tempel, p. 324.

GERBER, David J.

1987 “Law and the Abuse of Economic Power in Europe”, *Tul. L. Rev.*, vol. 62, n.º 1, 1987, p. 57.

GYSELEN, Luc

1990 “Abuse of Monopoly Power Within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments”, *Fordham Corp. L. Inst.*, vol. 1989 (B. Hawk, org., 1990), 1990, p. 597.

JOLIET, René

1969 “Monopolisation et abus de position dominante”, *Rev. Trim. Droit Européen*, 1969, p. 645.

1970 *Monopolization and Abuse of Dominant Position, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l’Université de Liège – 31*, Liège – Haia: Faculté de Droit de l’Université de Liège – Martinus Nijhoff, 1970.

KAUPER, Thomas E.

1990 “Whither Article 86? Observations on Excessive Prices and Refusals to Deal”, *Fordham Corp. L. Inst.*, vol. 1989 (B. HAWK org., 1990), p. 651.

KROES, Neelie

2006 “Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82”, *Fordham Corp. L. Inst.*, vol. 2005 (B. Hawk, org., 2006), p. 381.

MOURA E SILVA, Miguel

1993 “Protecção de Programas de Computador na Comunidade Europeia”, *Direito e Justiça*, vol. VII, 1993, p. 253.

2002 “As sanções aplicadas: coimas e indemnizações”, *Mesa Redonda A Concorrência e os Consumidores*, Série “Estudos e Documentos”, Lisboa: Conselho Económico e Social, p. 42.

2008 *Direito da concorrência. Uma introdução jurisprudencial*, Coimbra: Almedina.

2010 *O abuso de posição dominante na nova economia*, Coimbra: Almedina.

RUIZ, Nuno

1985 “Implicações sectoriais da aplicação da lei da concorrência”, *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Lisboa: Assuntos Europeus, 1985, p. 93.

SIRAGUSA, Mario

1977 “Application of article 86: Tying arrangements, refusals to deals, discrimination and other cases of abuse”, in VAN DAMME, J. A. (org.), *La réglementation du*

*comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire. Regulating the Behaviour of Monopolies and Dominant Undertakings in Community Law*, Bruges: De Tempel, 1977, p. 398.

1979 “The Application of Article 86 to the Pricing Policy of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices”, *C.M.L. Rev.*, vol. 16, 1979, p. 179.

TEMPLE LANG, John

1979 “Monopolisation and the Definition of ‘Abuse’ of a Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty”, *C.M.L. Rev.*, vol. 16, 1979, p. 345.

VV.AA.

1985 *Concorrência em Portugal nos Anos 80 (Actas do colóquio organizado pela Revista Assuntos Europeus na Fundação Calouste Gulbenkian em 7 e 8 de Junho de 1984)*, Lisboa: Assuntos Europeus.

WEATHERILL, Stephen

1997 “Fining the Organisers of the 1998 Football World Cup”, *E.C.L.R.*, vol. 21, n.º 6, 1997, p. 275.

WHISH, Richard

2012 *Competition Law*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford: Oxford Univ. Press.