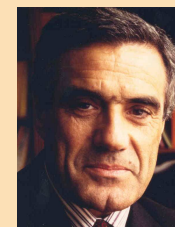


## Editorial

### Direito Comunitário e Direito da Concorrência A Dimensão Europeia do Direito das Empresas



José Luís da Cruz Vilaça  
jcv@plmj.pt

20 anos transcorridos sobre a nossa entrada na Comunidade Europeia, já se começou a perceber, em Portugal, que a integração europeia não é, para nós, apenas uma fonte de subsídios e outras ajudas ou regalias. É-o aliás cada vez menos desde o último alargamento de 15 para 25 Estados membros.

Ela é, antes de mais, uma fonte de disciplinas para as empresas (e, directa ou indirectamente, para os consumidores) nas mais diversas áreas da economia.

Os sectores em vias de privatização e de sujeição às regras de mercado são o exemplo mais frisante, desde as telecomunicações e a energia aos transportes, ao abastecimento de água e aos próprios correios. A abertura de tais sectores à lógica de mercado tem-se feito progressivamente e, em geral, com maiores ou menores dificuldades, mas, em qualquer caso, sempre promovida pela Comissão Europeia. A esta se deve a iniciativa de programas de abertura e liberalização que estiveram na origem das sucessivas directivas que têm presidido, nestes sectores, à passagem do monopólio público para a concorrência entre públicos e privados.

Por outro lado, a legislação comunitária foi invadindo (até que uma visão mais rigorosa do princípio da subsidiariedade lhe foi pondo travão – mas mesmo para além disso) áreas novas da vida económica e social, nas quais se achou que a dimensão europeia era aquela em que mais facilmente poderia encontrar-se solução para os problemas.

O ambiente, a saúde, a protecção dos consumidores, dos trabalhadores e dos investidores no capital das empresas, a fiscalidade, a propriedade industrial, a educação e a investigação científica, o desporto, a comunicação social tornaram-se outros tantos domínios em que a Bruxelas e Estrasburgo passaram a contar tanto ou mais que os parlamentos e os governos nacionais.

Para além disso, a integração na Europa obrigou os empresários e gestores a uma alteração de perspectiva, em que a estreiteza do nosso mercado nacional foi dando progressivamente lugar a uma óptica nova, não apenas no plano comercial, mas também no da integração económica, financeira e monetária.

O espaço em que se afere a nossa competitividade deixou, pois, de ser apenas o da nossa “economia doméstica” para se transpor para o plano europeu, no quadro daquilo a que, desde 1986 (ano da nossa adesão) e do Acto Único Europeu, passou a chamar-se o grande “mercado interno” sem fronteiras.

É certo que a visão de longo prazo que presidiu ao lançamento do programa de realização do mercado único 1992, conjugada, em

Maastricht, com a UEM e a moeda única europeia, tem chocado, por vezes, com tendências claras de renacionalização das políticas e de protecção evidente.

Como à Comissão compete velar pelo interesse comum da Europa, usando os poderes que o Tratado para isso lhe confere, não admira que se assista, em tais circunstâncias, a um choque entre ela e alguns governos nacionais menos sensíveis à lógica da integração e mais virados para o levantamento de novas barreiras proteccionistas com inspiração nacionalista de curto prazo.

E, no entanto, falar em campeões nacionais faz pouco sentido hoje, num mundo globalizado em que a própria criação de gigantes europeus nem sempre chega para reequilibrar, em favor da Europa, as relações económicas no plano intercontinental.

Pelo contrário, o êxito espectacular de alguns projectos empresariais europeus, por vezes apoiados pelos governos, tem demonstrado que o quadro europeu é o único que permite atingir a dimensão crítica necessária ao sucesso em certos mercados. Basta lembrar o êxito do Airbus face ao seu mais directo concorrente, a Boeing.

Seja como for, a verdade é que a dimensão europeia se tornou uma realidade incontornável em praticamente todos os domínios da actividade económica e social.

As empresas sentem-no hoje cada vez mais na sua actividade quotidiana, desde os contratos de distribuição, fornecimento ou representação que têm de celebrar até às grandes decisões estratégicas de investir num dado mercado ou de adquirir o controlo de outra empresa ou grupo empresarial.

A criação de um ordenamento jurídico da concorrência no espaço comunitário, a progressiva difusão da sua necessidade em todos os Estados membros e a criação, em cada um deles, de autoridades independentes encarregadas de fazer aplicar esse novo direito estabeleceram um novo quadro de direito económico, particularmente exigente, ao qual as empresas têm de se adaptar.

Em Portugal, a criação, em 2003, da Autoridade da Concorrência e a contemporânea aprovação da nova Lei da Concorrência (a Lei n.º 18/2003) inserem-se nessa transformação estrutural indispensável à modernização da economia, ainda marcada por décadas de corporativismo, de protecção e, em seguida, de socialismo estatizante.

Ao mesmo tempo, o ordenamento comunitário da concorrência sofre uma verdadeira revolução, com a introdução, através do Regulamento 1/2003, de um modelo de aplicação descentralizada das regras comunitárias neste domínio, o qual lança novos desafios às empresas e aos tribu-

nais nacionais. As normas comunitárias relativas ao controlo das concentrações conhecem também importantes alterações, expressas no Regulamento 139/2004, o enquadramento dos abusos de posição dominante encontra-se em fase de discussão pública e a política da Comissão em relação aos auxílios de Estado é objecto de reformulação.

A nova Autoridade da Concorrência tem-se desdobrado em esforços para impor as novas regras e difundir aquilo a que é costume chamar “uma cultura de concorrência” em Portugal.

Mas, atenção: não convém matar o doente com doses excessivas de remédios, que, ainda por cima, nem sempre estão testados e que, se aplicados de forma académica e maximalista, sem consideração pela realidade das empresas a que se dirigem, podem criar graves distorções no tecido económico.

Neste contexto, a possibilidade de dispor de um sólido, eficaz, rápido e competente mecanismo de controlo jurisdicional é verdadeiramente

essencial à protecção dos direitos das empresas e ao controlo da legalidade. Infelizmente, estamos ainda muito longe de poder beneficiar dessa possibilidade, que deve ser reivindicada como indispensável ao reforço do Estado de Direito no nosso país e não considerada como um luxo de países ricos ao qual não temos o direito de aspirar.

O Departamento de Direito Comunitário e da Concorrência de PLMJ oferece nesta Newsletter aos seus Clientes e a todos os que possam ler-nos algumas reflexões sobre temas de interesse actual no âmbito das matérias que constituem o objecto da sua actividade jurídica.

Espero que esta publicação possa assim contribuir para aumentar o grau de sensibilização aos problemas que as empresas enfrentam nestes domínios e despertar nelas a vontade de se ajustarem activamente a um ambiente jurídico em plena mudança. ■

## Tribunal de Primeira Instância Confirma Proibição da Concentração GE/Honeywell



Ricardo Oliveira  
ro@plmj.pt

Numa sentença há muito esperada, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (“TPI”) confirmou parcialmente, em 14 de Dezembro de 2005, a decisão da Comissão Europeia de 3 de Julho de 2001 no sentido de proibir a aquisição da Honeywell International Inc. (“Honeywell”) pela General Electric Company (“GE”).

Na sua decisão, a Comissão tinha entendido que a concentração devia ser proibida por três ordens de razões. Em primeiro lugar, a posição dominante preexistente da GE no mercado dos reactores para grandes aviões comerciais seria reforçada e, para além disso, a entidade resultante da concentração tornar-se-ia monopolista no mercado dos reactores para grandes aviões de transporte regional. Em segundo lugar, a concentração projectada proporcionaria à nova entidade uma posição dominante nos mercados dos motores de aviões para executivos e das pequenas turbinas a gás marítimas. Por último, a Comissão considerou que a concentração produziria efeitos de conglomerado conducentes à criação de posições dominantes para a nova entidade nos mercados de produtos de aviónica e de produtos não pertencentes à aviónica.

O TPI decidiu que a Comissão tinha concluído correctamente que a concentração criaria uma posição dominante nos mercados dos reactores para grandes aviões de transporte regional, dos motores de aviões para executivos e das pequenas turbinas a gás marítimas, o que constituía motivo suficiente para a decisão de proibição.

O TPI sublinhou, no entanto, que certos aspectos da decisão da Comissão careciam de suficiente fundamentação e, por conseguinte, não podiam ser aceites.

O TPI considerou, em primeiro lugar, que a conclusão da Comissão de que as partes poderiam integrar verticalmente os respectivos negócios de motores e de equipamentos para arranque de motores, o que resultaria no reforço da posição dominante preexistente da GE no mercado dos reactores para grandes aviões comerciais, não estava suficientemente fundamentada. Segundo o TPI, na análise da probabilidade de existência de futuros comportamentos anticoncorrenciais por parte da nova entidade, a Comissão deveria ter em conta não só os incentivos para a adopção desses comportamentos, mas também os desincentivos.

Em conformidade com esse princípio geral, o TPI decidiu que, apesar de

efectivamente a GE ter incentivos para interromper ou atrasar os fornecimentos de equipamentos para arranque de motores para vedar o acesso ao mercado, não era menos certo que tal comportamento seria abrangido pelo Artigo 82.º do Tratado CE, o que teria o efeito de coibir a GE de o adoptar. Ao não ter em conta na sua análise este desincentivo, a Comissão chegou a conclusões erradas, a este respeito, sobre os efeitos da concentração.

Em segundo lugar, o TPI entendeu que a Comissão não demonstrou de forma suficiente que a concentração criaria efeitos de conglomerado nos mercados de produtos de aviónica e de produtos não pertencentes à aviónica.

Na sua decisão, a Comissão tinha concluído que, após a concentração, a GE poderia utilizar a capacidade financeira da GE Capital e o poder comercial da GE Capital Aviation Services para reforçar a posição da Honeywell nos mercados de produtos de aviónica e de produtos não pertencentes à aviónica. O TPI entendeu que, apesar de a Comissão ter demonstrado de forma suficiente que a nova entidade teria a capacidade de exercer poder de mercado nos mercados de produtos de aviónica e de produtos não pertencentes à aviónica, não tinha demonstrado que (i) era provável que a nova entidade adoptasse efectivamente tal comportamento e que, (ii) em consequência de tal comportamento, criar-se-ia uma posição dominante nesses mercados num futuro relativamente próximo.

Relativamente à alegada criação de efeitos de conglomerado em consequência da combinação dos produtos de motor da GE com os produtos de aviónica da Honeywell, o TPI considerou que existiam barreiras de carácter prático a essa combinação, uma vez que os compradores finais dos dois produtos eram em geral diferentes e compravam os produtos em diferentes estádios do processo produtivo. As conclusões da Comissão eram, portanto, insuficientemente fundadas.

Por outras palavras, o TPI, em conformidade com a sua sentença e a do TJCE, no processo *Tetra Laval*, confirmou a validade da teoria dos efeitos de conglomerado, mas clarificou que o ónus da prova que recai sobre a Comissão para a aplicação dessa teoria é elevado. A interpretação da Comissão deste aspecto da sentença será provavelmente vertida nas suas futuras Orientações sobre concentrações não horizontais, as quais são agora aguardadas com ainda mais expectativa. ■

## Operações de Concentração: As duas Primeiras Decisões de Proibição em Portugal



Luís Miguel Romão  
lmr@plmj.pt

Desde a sua criação, pelo do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, a nova Autoridade da Concorrência (“AdC”) analisou mais de 150 concentrações, a uma média de 5 por mês. Em 2004 e 2005, a AdC reportou terem-lhe sido notificadas 130 concentrações, 125 das quais foram objecto de decisões finais no referido período, tendo em 11 casos tais decisões sido tomadas após uma segunda fase de investigação aprofundada. Em 9 das decisões, a AdC impôs condições para a aprovação das concentrações em causa, tendo adoptado, pela primeira vez, duas decisões de oposição a concentrações notificadas.

### **BARRAQUEIRO/ARRIVA**

Em Novembro de 2005, a AdC adoptou a sua primeira decisão de oposição a uma operação de concentração, ao proibir a concentração que envolvia a aquisição do controlo conjunto da empresa *Arriva Transportes da Margem Sul* (ATMS) pelo grupo Barraqueiro e pelo grupo Arriva, por entender que a operação em causa seria susceptível de criar uma posição dominante da qual poderiam resultar entraves significativos à concorrência no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário, compreendendo todos os percursos realizados no eixo Lisboa/Setúbal, via travessia Ponte 25 de Abril.

No cenário pós-operação, os grupos Barraqueiro e Arriva passariam a deter o controlo conjunto da empresa ATMS, para a qual transfeririam sociedades de ambos os grupos que desenvolvem actividades no sector dos transportes públicos, nomeadamente a Fertagus e a Transportes Sul do Tejo (TST).

A AdC considerou que as duas empresas envolvidas concorriam, antes da operação, entre si no mercado do transporte público rodoviário e ferroviário de passageiros (à Fertagus é imputada uma quota de mercado de 73% e à TST uma quota de perto de 22%, sendo os restantes 5% detidos pela Carris).

Além disso, a AdC considerou a existência de um mercado conexo do transporte rodoviário colectivo de passageiros na margem sul do Tejo, sem travessia da Ponte 25 de Abril, e onde operam os TST, os Transportes Colectivos do Barreiro e o serviço SulFertagus, e onde os TST deteriam uma posição dominante.

Assim, a AdC entendeu que com a realização da operação, passar-se-ia de um cenário onde operam, essencialmente, dois operadores (Fertagus e TST), para um cenário de cariz monopolista, onde operaria, efectivamente, apenas um único operador com uma quota de 96% do mercado relevante, com 73 600 passageiros, média/dia.

Acresce que, segundo a AdC, face à existência de fortes barreiras à entrada neste mercado, um cenário de quase monopólio poderia revelar-se particularmente gravoso pela possibilidade de um único operador poder influenciar a formação dos preços e a qualidade do serviço, de forma susceptível de causar prejuízo aos consumidores.

A AdC referiu também que, no decurso do processo, as notificantes apresentaram compromissos de natureza comportamental e de natureza estrutural, incluindo um desinvestimento. Contudo, a AdC reportou que o desinvestimento proposto, além de tardio (já em sede de 2.ª audiência prévia, não obrigatória por lei), não teria vindo acompanhado de nenhuma demonstração de que o mesmo seria eficaz para impedir a posição dominante após a operação projectada.

Uma vez que a AdC entendeu que a prova, quanto à referida demonstração, caberia às autoras da notificação, concluiu não ter sido demonstrado pelas notificantes que os compromissos propostos afastavam as preocupações concorrenciais resultantes da operação.

Assim, a AdC considerou que as consequências desta concentração seriam potencialmente gravosas tanto no que respeita ao modo de travessia rodoviária (TST), como ao modo de travessia ferroviária, (Fertagus) da Ponte 25 de Abril, dado que a nova entidade resultante da operação de concentração não sofreria pressão concorrencial e poderia manipular os preços, bem como a frequência, itinerários e horários de comboios, deixando de ter incentivos para a melhoria da qualidade dos serviços, em claro detrimento do bem-estar dos consumidores.

Face ao exposto, a AdC decidiu adoptar uma decisão de proibição da operação de concentração notificada, por entender não ter ficado demonstrado que os compromissos oferecidos afastariam as preocupações concorrenciais, nomeadamente a eliminação total da concorrência efectiva, que culminaria na criação de uma posição dominante no mercado relevante, susceptível de criar entraves significativos à concorrência.

Existem diversos aspectos desta decisão que aparentemente não terão sido devidamente considerados pela AdC e suscitam algumas interrogações. Desde logo e em primeiro lugar, o facto de os sectores do transporte rodoviário e ferroviário serem mercados fortemente regulados e sujeitos a políticas comunitárias e nacionais que podem, de uma forma substancial, mitigar a aplicação das regras da concorrência. Em segundo lugar, as definições de mercados relevante e relacionado parecem diferir das adoptadas, a nível comunitário, em processos relativos ao sector dos transportes, nos quais habitualmente se consideram rotas relevantes por referência a pontos-de-origem/pontos-de-destino. E finalmente, em que medida os compromissos oferecidos pelas Partes foram submetidos em tempo útil (uma vez que a Lei da Concorrência não estabelece quaisquer prazos para a sua submissão) e seriam aptos a resolver todos os problemas jus-concorrenciais avançados pela AdC, até porque a jurisprudência dos tribunais comunitários parece contrariar o entendimento da AdC de que o ónus da prova de demonstrar que os compromissos seriam eficazes para impedir a criação ou reforço de uma posição dominante após a operação projectada caberia às Partes.

Em todo o caso, resta ainda saber até que ponto esta decisão de proibição irá ser judicialmente confirmada, uma vez que o Grupo Barraqueiro anunciou publicamente ter interposto recurso contra a decisão da AdC no Tribunal do Comércio de Lisboa, o qual, conforme publicamente anunciado, tem por fundamento pareceres jurídicos do sócio de PLMJ José Luís da Cruz Vilaça e de Carlos Botelho Moniz, sócio da MLGT.

### **GALP/ESSO**

A AdC adoptou igualmente, em Dezembro de 2005, uma decisão na qual proibiu a Galp de adquirir as estações de serviço de gasóleo corado da Esso por considerar que a operação seria susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante da Galp da qual poderiam resultar entraves significativos à concorrência nos mercados da comercialização de gasóleo corado nas estações de serviço nos portos de Matosinhos, Figueira da Foz, Peniche, Lisboa, Portimão e Olhão.

A Galp pretendia adquirir, através de trespasse, todos os equipamentos, clientela e créditos, determinados contratos relacionados com os esta-

belecimentos, bem como todos os restantes elementos que, por lei, fazem parte dos estabelecimentos afectos às estações de serviço em Matosinhos, Figueira da Foz e Peniche, bem como em Lisboa-Pedrouços, Portimão e Olhão.

A AdC concluiu que a Galp passaria a deter uma posição dominante nos mercados relevantes considerados, da qual poderiam resultar entraves à concorrência, uma vez que:

- A Galp, empresa integrada verticalmente, fornece mais de 90% dos combustíveis consumidos no mercado nacional e ocupa uma posição privilegiada na cadeia de importação, armazenagem, refinação, distribuição e comercialização de combustíveis no mercado nacional;
- Em resultado da concentração a quota da Galp ultrapassaria 50% em quatro dos mercados relevantes, atingindo quotas superiores a 60%, 70% e 80% em três destes mercados;
- Em quatro dos seis mercados relevantes, além da Galp, ficaria a operar apenas um outro concorrente, agravando o já elevado grau de concentração nestes mercados;
- Os preços de tabela da Galp já se situariam, regra geral, acima dos preços de tabela dos seus concorrentes mais próximos;
- Existe uma forte fidelização por parte dos clientes directos da

Galp, decorrente das condições comerciais por si oferecidas, nomeadamente no que respeita a prazos médios de pagamento mais dilatados, indiciando uma significativa capacidade de actuação independente da Galp relativamente aos seus concorrentes, revelador de um poder de mercado substancial;

- A posição detida pela Galp a montante no mercado dos combustíveis é única e impossível de replicar por qualquer concorrente, o que constitui uma forte barreira à entrada nos mercados relevantes.

Estas decisões foram as primeiras de uma autoridade da concorrência portuguesa que proibiram concentrações, o que demonstra que a recém-criada AdC está cada vez mais empenhada em analisar, de forma aprofundada, concentrações e a exercer a plenitude dos seus poderes, ao abrigo da nova Lei da Concorrência, sem quaisquer receios das repercussões das suas decisões. Assim, as empresas e os seus conselheiros jurídicos devem estar conscientes das implicações jus-concorrenciais das transacções que pretendam vir a implementar e preparar cuidadosa e atempadamente as notificações de operações de concentração, em especial aquelas em que previsivelmente problemas da referida natureza irão ser suscitados. ■

## “Quem tem medo do lobo mau?”

### A actividade recente da Autoridade da Concorrência



Maria João Melícias  
mgm@plmj.pt

Há mais de duas décadas que o ordenamento jurídico português se encontra munido de um regime de defesa da concorrência. Contudo, só muito recentemente é que os agentes económicos se começaram a mostrar mais sensíveis à sua existência ou, dito de outro modo, a sentir os seus efeitos.

A esta circunstância não serão naturalmente alheios os poderes investigatórios e sancionatórios sem precedentes que o legislador concedeu à Autoridade da Concorrência (AdC) e o facto de esta não haver revelado quaisquer hesitações em fazê-los valer, ao longo dos três anos da sua jovem existência.

Citando apenas alguns exemplos:

- Os anos de 2004 e 2005 assistiram à aplicação das mais elevadas coimas na história do direito da concorrência em Portugal (recorde-se que aquelas são agora determinadas, à semelhança do que sucede com o direito comunitário, por referência ao volume de negócios anual das empresas infractoras, podendo ascender a 10% desse montante). Com efeito, diversas empresas farmacêuticas foram autuadas em mais de dezanove milhões de euros, por alegadas práticas de fixação de preços em sede de concursos públicos hospitalares (tendo mesmo a uma delas sido aplicada a coima máxima). Também a indústria moageira foi visada pela AdC, com a aplicação a dez empresas de uma coima agregada de 9 milhões de euros.
- Em Dezembro último, várias empresas ligadas ao comércio de medicamentos foram objecto de inspecções simultâneas pelos agentes da AdC. O alvo da primeira visita da AdC – vulgo *dawn raid*, assim designado por, em regra, ter lugar sem aviso prévio, às primeiras horas da manhã – havia sido a Portugal Telecom, já em 2004, por suspeitas de práticas abusivas relativas a preços de interconexão.
- Duas operações de concentração não passaram pelo crivo da AdC, não tendo sido aprovadas por, alegadamente, no entender da AdC, criarem ou reforçarem posições dominantes das quais

poderiam resultar entraves significativos à concorrência no mercado nacional, respectivamente, nos segmentos dos transportes colectivos de passageiros e do fornecimento de combustíveis em portos.

- A AdC promoveu igualmente a organização de estudos sectoriais aprofundados, em mercados considerados essenciais para a economia nacional, a fim de se dotar de dados que permitam orientar a sua actuação futura (energia, telecomunicações, distribuição de produtos de grande consumo, cimento, pasta de madeira e papel, profissões liberais, distribuição de medicamentos).
- Em mercados cujo encerramento e ausência de dinâmica concorrencial resulta mais do próprio enquadramento normativo, do que do comportamento das empresas, a AdC dirigiu ao Governo um conjunto de Recomendações, no sentido de serem promovidas alterações legislativas ou administrativas mais consentâneas com a lógica de uma economia de mercado (v.g. combustíveis, grandes superfícies, gás, farmácias, etc.).

Para além do intenso labor acima ilustrado, a habilidade demonstrada pela AdC na mediatização da sua actividade, que a levou até a reforçar os seus recursos em matéria de comunicação e assessoria de imprensa, veio também contribuir decisivamente para colocar a concorrência na ordem do dia, não só junto das empresas, como do público em geral.

Num país marcado por um significativo défice de cultura jusconcorrencial, dir-se-á, para surpresa de muitos, que se estão a dar apenas os primeiros passos. Certos comportamentos, hoje catalogados como práticas anticoncorrenciais *hardcore* – designadamente, a fixação de preços ou a repartição de quotas entre operadores concorrentes – já foram, num passado não muito longínquo, promovidos pela intervenção económica do próprio Estado (que decidia basicamente quem produzia o quê e a que preço...). Tais medidas eram consideradas benéficas para o bem-estar social, em virtude de propiciarem uma “desejável estabilização dos mercados”. Semelhante passado deixou vícios perversos em múltiplos sectores.

A anunciada criação, a breve trecho, de um “programa de clemência e imunidade” em Portugal aumentará a probabilidade de detecção de acordos anticoncorrenciais graves, já que se destina a incentivar a respectiva denúncia à AdC, por parte das próprias partes envolvidas, a troco de imunidade ou de redução das coimas. Tratar-se-á, pois, daquilo que é normalmente considerado um poderoso instrumento de combate às formas mais perniciosas de violação das regras de concor-

rência e, normalmente, também as mais difíceis de detectar – os cartéis secretos.

Em suma, a aplicação efectiva de uma política de concorrência em Portugal vem obrigar os agentes económicos a um necessário esforço de auto-avaliação das suas práticas comerciais, se não quiserem um dia ser surpreendidos pela visita do “lobo mau”. ■

## O Contrato de Franquia em Portugal



Dorothee Choussy  
dc@plmj.pt

O contrato de Franquia permite ao fornecedor de bens e serviços (o “Franqueador”) transferir para outra entidade (o “Franqueado”), mediante retribuição, o direito de comercializar os seus produtos, utilizando a sua marca e os seus sinais distintivos. O contrato de Franquia pressupõe também que o Franqueado adopte o método empresarial do Franqueador e que este providencie àquele *know-how* técnico e assistência regular.

O objectivo primordial deste tipo de contratos é permitir ao Franqueador a expansão do seu negócio sem a necessidade de investir capital, fazendo-o de forma controlada, e assegurando, através da imposição de regras rigorosas a todos os Franqueados, que a sua imagem e a qualidade dos seus bens e produtos são asseguradas.

Para ganhar tempo e reduzir o capital envolvido na introdução do seu produto num novo país/zona geográfica, os Franqueadores são frequentemente aconselhados a celebrar um acordo de *Master Franchising*. Deste modo, beneficiarão da experiência no mercado local do Franqueador *Master*, para quem será transferido o direito de desenvolver a Franquia naquele espaço territorial. O Franqueador *Master* será igualmente responsável por abrir unidades de Franquia, através do recrutamento de sub-franqueados, aos quais deverá garantir apoio no início e durante a execução do contrato. Para além disto, ele poderá também abrir e gerir unidades de Franquia próprias. O número de unidades a abrir pode ser pré-fixado pelas partes e funcionar como um objectivo a alcançar pelo Franqueador *Master*, durante um dado período de tempo.

À semelhança do que acontece na maioria dos Estados - membros da UE (com excepção da França e da Espanha, por exemplo), em Portugal não há legislação específica que regule os contratos de Franquia.

Neste contexto, devem ser aplicadas as disposições gerais sobre contratos do Código Civil e do Código Comercial e o regime das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com as respectivas alterações). Uma vez que os contratos contêm licenças de utilização de direitos de propriedade intelectual e cláusulas que regulam o uso da marca do Franqueador pelo Franqueado, é-lhes também aplicável o Código da Propriedade Industrial. O Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro, e respectivas alterações, sobre a responsabilidade objectiva do produtor, e o Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, com as respectivas alterações, sobre o Contrato de Agência (em particular as disposições sobre indemnização por resolução e de clientela), poderão igualmente ser relevantes.

Uma vez que os contratos de Franquia contêm, habitualmente, restrições à concorrência (exclusividade, selectividade e cláusulas de não concorrência, por exemplo), podem levantar-se várias questões relacionadas com o Direito da Concorrência e, no limite, estes contratos poderão ser declarados nulos (cf. o artigo 81.º, n.ºs 1 e 2 do Tratado da CE e o artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho).

Destarte, uma análise jus-concorrencial deste tipo de contratos, à luz do Regulamento n.º 2790/1999 da Comissão Europeia (o qual disciplina a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado da CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, prevendo a isenção de certos tipos de acordos verticais) é vivamente aconselhada. A necessidade de tal análise tornou-se ainda mais pertinente depois da declaração do presidente da Autoridade da Concorrência, Professor Abel Mateus, nos termos da qual a distribuição comercial deve ser investigada por aquela Autoridade.

O passo preliminar na realização da aludida análise é sempre determinar se a quota de mercado das partes excede determinado limite mínimo. Se tal não for o caso, o acordo poderá ser abrangido pela Comunicação Sobre os Acordos de Pequena Importância e escapar assim à proibição do artigo 81.º, n.º 1 do Tratado da CE. Caso contrário, deverá determinar-se se são aplicáveis as isenções previstas no Regulamento n.º 2790/1999 da Comissão Europeia.

Há duas condições principais para que seja aplicável o Regulamento n.º 2790/1999 da Comissão Europeia.

Primeiramente, a quota do fornecedor no mercado relevante do produto/serviço deverá ser inferior a 30% (a quota de mercado do comprador só será tomada em consideração quando o contrato de Franquia contiver uma obrigação de exclusividade de fornecimento). Enquanto fornecedor do método empresarial, o Franqueador, para cálculo da sua quota, deverá tomar em consideração a existência de outros métodos empresariais concorrentes e igualmente franqueados, bem como os fornecedores de bens e serviços substituíveis que não operam ao abrigo de contratos de Franquia.

Em segundo lugar, o contrato de Franquia não deverá conter as denominadas “restrições *hardcore*”, como sejam as cláusulas através das quais o Franqueador pretende fixar o preço de revenda ou conferir protecção territorial absoluta aos Franqueados.

Em princípio, as cláusulas que tenham como objectivos a protecção dos “elementos essenciais” do contrato de Franquia, como por exemplo a conservação da identidade e reputação da rede comercial do Franqueador ou a protecção do *know-how* e da marca do Franqueador, não cairão sob a calçada do artigo 81.º, n.º 1, do Tratado da CE. Um Franqueador poderá, por exemplo, impor obrigações de não concorrência aos seus Franqueados para impedir que estes celebrem outros contratos de Franquia com empresas concorrentes, ou pode impedi-los de vender produtos concorrentes e produtos que não sejam vendidos pelos fornecedores seleccionados pelo Franqueador. Este pode ainda exigir que os seus Franqueados não usem ou divulguem segredos ou *know-how*, mesmo depois do termo do contrato.

O contrato de Franquia demonstrou ser, em Portugal, um meio de distribuição de produtos bem sucedido. As empresas devem, todavia, assegurar-se sempre de que os contratos de Franquia nos quais são parte respeitam o Direito da Concorrência e outras normas relevantes. ■

# Distribuição, Agência e Concorrência

## Auto gestão de eficiências e riscos



Susana Santos Vitor  
sv@plmj.pt

### 1. Introdução

A distribuição comercial de bens e serviços desenvolveu-se no convívio dos sofisticados mercados globais, onde se integra o Mercado Interno Europeu, com os mercados tradicionais de carácter local ou âmbito nacional. O tipo de contrato adoptado pelas empresas produtoras ou importadoras de modo a fazer chegar, através de intermediários comerciais, os seus bens ou serviços aos utilizadores finais – consumidores ou não -, i. e. os contratos de distribuição em sentido lato, varia de acordo com diversas considerações de ordem económica. As empresas têm para este efeito uma panóplia de soluções ao seu dispor: contratos de agência, concessão, franchising, comissão, mediação, mandato comercial, distribuição autorizada, distribuição selectiva ou outros contratos atípicos que servem aquela mesma função geral. Estas figuras contratuais encontram-se tipificadas na prática comercial internacional, embora se encontrem tipificadas na legislação de apenas alguns países. Relativamente à Agência, a CE adoptou regras de harmonização tendentes a aproximar os aspectos mais relevantes da legislação respectiva dos Estados Membros<sup>1</sup>.

### 2. Distribuição e Agência em Portugal – recorte doutrinal e recurso à analogia pela jurisprudência

Em Portugal, o contrato de distribuição tipificado na lei e mais utilizado é a Agência<sup>2</sup>. A doutrina e a jurisprudência portuguesas remetem para a *aplicação casuística* do regime jurídico da Agência aos demais contratos de distribuição, nos casos em que a *aplicação analógica* se justifique, nomeadamente no que respeita ao regime da cessação destes contratos. Neste contexto, assume particular realce o regime da *indemnização de clientela*, i. e. a compensação auferida pelo agente no final do contrato pela clientela angariada ou desenvolvida a favor do principal e de que este continuará a usufruir após aquele termo. A aplicação analógica deste regime aos contratos de concessão e de franchising só se justificará no caso de contratos mistos ou de contratos onde o concessionário ou o franquiado exerçam funções de angariação de clientela semelhantes às do agente e o concedente ou franqueador venha a beneficiar dessa clientela após a cessação do contrato.

### Regresso dos contratos internacionais à legislação Portuguesa – regime da cessação

No contexto da contratação internacional, assume particular relevância o regime de aplicação da lei no espaço previsto no DL. da Agência: aos contratos de Agência predominantemente executados em Portugal só se aplicará um regime de cessação diverso do português se a legislação estrangeira se revelar mais vantajosa para o agente, considerando-se esta regra imperativa e prevalecente sobre as convenções de foro ou de arbitragem existentes na relação contratual.

### 3. O problema no contexto concorrencial – gestão económica de eficiências e de riscos

O recorte das figuras jurídicas e contratuais instrumento da distribuição comercial assume particular importância no contexto do direito da concorrência, onde a equiparação tendencial dos contratos de distribuição deve ser contrariada, nomeadamente pelo facto de o artigo 81.º, n.º1, do TCE, relativo a determinadas limitações à configuração de acordos, decisões de associações e práticas concertadas de carácter vertical, não se

aplicar aos contratos genuinamente de Agência<sup>3</sup>, dado o alto nível de integração na rede de distribuição do principal e a assunção de baixos níveis de risco económico e financeiro. Os contratos de Agência considerados não genuínos serão abrangidos pelo artigo 81.º, n.º1 do TCE, tal como os demais contratos de distribuição, aplicando-se-lhes o Regulamento (CE) 2790/1999, relativo à aplicação do artigo 81.º, n.º 3, do TCE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas<sup>4</sup>. Como tal, e no actual contexto de *self-assessment* (pós modernização de Maio de 2004), a opção por um ou outro tipo contratual requer das empresas um estudo mais aprofundado das suas virtudes práticas e económicas, onde devem incluir-se os factores de risco relacionados com o impedimento, falseamento ou restrição da concorrência.

### 4. Distribuição e Agência – principais diferenças e ratio económica de selecção

Enquanto o agente tem poderes para negociar ou celebrar contratos em nome de outrem (agência c/ representação), o distribuidor compra ao fornecedor para revenda por sua conta e risco. Os riscos que o distribuidor assume - e o agente não - são: (i) riscos comerciais (financiamento de existências; defeitos dos produtos; serviços pós venda) e (ii) financeiros (investimentos específicos a cada mercado, promoção e marketing). A razão económica para a escolha de um agente relaciona-se normalmente com resultados mais significativos (a comissão paga ao agente tende a ser inferior à margem do distribuidor); um controlo mais estreito do marketing e do seu orçamento; o principal mantém contacto directo com os clientes, ao manter-se como parte contratual nos negócios realizados. A escolha de um agente testa a capacidade do fornecedor para penetrar directamente num mercado, com um controlo mais apertado também a nível da fixação de preços e da alocação de clientes. Por sua vez, a razão económica para a escolha de um distribuidor está relacionada com a assunção de menores riscos pelo fornecedor aquando da expansão para novos mercados, uma vez que esse risco é transferido para o distribuidor que adquire a propriedade dos bens que revende. O fornecedor pode obter vantagens pela gestão de apenas uma conta e não de múltiplas contas relacionadas com o contacto directo com os clientes. Por último, ao assumir os riscos do negócio o distribuidor tende a estar mais motivado para o sucesso do mesmo. A estes factores associam-se normalmente ainda benefícios fiscais derivados da maior independência do distribuidor. Note-se que, na prática, estas características próprias de cada contrato podem conjugar-se de modo a criar confusão sobre a natureza dos mesmos, sendo necessário em cada caso ir além da denominação dos mesmos de encontro à sua substância e notas predominantes. Um agente que assuma riscos contratuais cairá no âmbito de aplicação do direito da concorrência, caso em que a possibilidade de controlo do agente pelo fornecedor será consideravelmente menor. O artigo 81.º do TCE não será em geral aplicável às obrigações impostas aos agentes relativamente a contratos negociados ou celebrados a favor do principal, nomeadamente quando não existe transferência de propriedade para o agente ou este não presta ele próprio os serviços em causa<sup>5</sup>. Por último, os fornecedores com quotas de mercado que rondem os 40% requerem ainda cuidados redobrados uma vez que as práticas e. g. de discriminação de preços ou de recusa de venda podem facilmente cair sobre a alçada do artigo 82.º do TCE, relativo a abusos de posição dominante. O pagamento ou não de uma indemnização de clientela (que pode ser de valor considerável) no final do contrato

pode tornar-se igualmente um factor decisivo a ponderar aquando da opção entre a utilização de um contrato de agência ou de um contrato de distribuição (desde que não se justifique a aplicação analógica do regime da agência, nos termos já expostos).

### **Cláusulas problemáticas recorrentes na prática – controlo e concertação vs. avaliação custos/benefícios**

Relativamente aos contratos de distribuição abrangidos pelo artigo 81.º do Tratado, as cláusulas mais problemáticas que surgem na prática - de que os fornecedores se devem acautelar na configuração dos contratos - são as cláusulas de não concorrência (devem ser limitadas a 5 anos); a obrigação de prestação de informações sobre dados comerciais sensíveis de empresas concorrentes; a fixação de preços ou de preços mínimos de revenda (possibilidade da sua substituição pela fixação de preços máximos ou pela recomendação de preços), e

que não deve ser confundida com a obrigatoriedade de existência de tabelas de preços de venda<sup>6</sup>; proibição de vendas passivas; obrigações mínimas de compra desproporcionadas, etc. ■

<sup>1</sup>Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18.12.1986, relativa à coordenação do direito dos Estados Membros sobre os agentes comerciais.

<sup>2</sup>Decreto – Lei n.º 178/86, de 3.07, com a redacção introduzida pelo Decreto – Lei n.º 118/93, de 13.04 (adiante “DL. da Agência”).

<sup>4</sup>Parágrafos 12 a 20 da Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais.

<sup>5</sup>Aplicável nos termos do artigo 5.º n.º3 da Lei n.º 18/2003, de 11.06, ou Lei da Concorrência.

<sup>6</sup>No entanto, e apesar das limitações legais serem menores relativamente à agência, determinados factores práticos podem obstar a um controlo tão alargado quanto desejável para o fornecedor, podendo o agente acumular um poder de negociação considerável.

Artigo 2.º, n.º 1, do Decreto – Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, relativo a práticas individuais restritivas do comércio, na redacção resultante do Decreto – Lei n.º 140/98, de 16 de Maio.

## **A Venda de Bilhetes para Eventos Desportivos e o Direito Comunitário**



**Alexandre Miguel Mestre**  
alm@plmj.pt

Uma das componentes essenciais da organização de eventos desportivos - a venda de bilhetes de ingresso -, em regra posta em prática pelos Comitês de Organização (CO), não raras vezes assenta em mecanismos que violam o Direito Comunitário.

No “Mundial de Futebol Itália 90”, ao celebrar, com uma dada agência de viagens, um acordo de fornecimento exclusivo a nível mundial de bilhetes para inclusão em pacotes turísticos destinados ao evento, o CO, para além de ter violado a liberdade de prestação de serviços (cfr. artigo 49.º TCE), abusou da sua posição dominante no “mercado da venda de pacotes turísticos relativos ao campeonato do mundo de futebol em Itália” (cfr. artigo 82.º TCE), restringindo a concorrência quer entre operadores turísticos quer entre agências de viagens, tornando impossível encontrar outras fontes de abastecimento que não a agência de viagens exclusiva.

Nos “Jogos Olímpicos Barcelona 92” o CO assinou acordos de distribuição de bilhetes com apenas um agente por país, o qual se obrigava a efectuar a revenda apenas nesse mesmo país, monopólio que restringia a concorrência entre revendedores dos vários Estados-membros da UE (cfr. artigo 81.º TCE), em claro prejuízo do consumidor final.

Por seu turno, o “Mundial de Futebol França 1998” foi um caso paradigmático de protecção de nacionalidade, ao arrefecimento do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (cfr. artigo 12.º TCE), com um sistema de reservas de bilhetes (por telefone, correspondência ou internet) que claramente privilegiava os cidadãos franceses ou residentes em França.

Nos Europeus de Futebol de 1996 e 2000 foram fixadas “quotas” de bilhetes por país, ao que a Comissão Europeia sublinhou que a não ser que se demonstrasse que os fins prosseguidos – uma venda equitativa; a lealdade ou acompanhamento dos fãs; a separação dos espectadores nos estádios em prol da segurança – não pudessem ser atingidos por meios menos restritivos, tais quotas seriam proibidas.

No ano de 2004, a Comissão Europeia ordenou que a venda de bilhetes por internet para os Jogos Olímpicos de Atenas incluisse outros meios de pagamento que não apenas cartões de crédito VISA, sendo que nada houve a registar quanto a violação de normas comunitárias no contexto do Euro 2004 de Futebol, realizado em Portugal.

Certo é que, pese embora o reiterado escrutínio da Comissão Europeia, o “Mundial de Futebol FIFA Alemanha 2006” também fica marcado por infracções ao Direito Comunitário.

Não fora o sucesso da queixa de uma associação de consumidores do Reino Unido, e, em razão da redacção inicial do acordo de exclusividade assinado entre a MasterCard, a Federação Alemã de Futebol (DFB) e a FIFA – um acordo entre uma “empresa” e duas “associações de empresas”, na acepção do artigo 81.º TCE - os adeptos só poderiam adquirir bilhetes (i) através de um cartão de crédito MasterCard; (ii) por pagamento numa conta bancária alemã; e (iii) através de uma transferência bancária internacional para uma conta alemã, com inerentes custos, sobretudo no caso dos países fora da “zona euro”.

Uma acção intentada por uma outra associação de consumidores, desta feita alemã, num Tribunal de Frankfurt, bem como uma queixa apresentada por dois eurodeputados junto da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, alegando infracção ao artigo 82.º do Tratado CE, foram igualmente decisivas para a obtenção de um acordo que ajudou a corrigir parte das regras inicialmente convencionadas, incompatíveis com o mercado comum, a saber: (i) pelo mero facto de inscreverem o seu nome na “lista de espera” os interessados eram obrigados a adiantar o montante total dos bilhetes antecipadamente, sem garantia de os vir a obter, assim pagando um serviço que eventualmente poderia não vir a ser prestado; (ii) no caso de não obtenção de bilhetes, os adeptos só seriam reembolsados após o evento, e não na totalidade, dado que 5 euros seriam subtraídos para fazer face a alegados “custos administrativos”.

No âmbito deste breve texto, e face ao que acabamos de descrever, não cabe senão enfatizar que a prática de venda de bilhetes para eventos desportivos se deve equiparar à própria prática desportiva, a ambas se exigindo um acesso livre, amplo, equitativo, não discriminatório, baseado, no respeito da lei, em critérios de selecção justos, transparentes e objectivos. ■

## E Quando a Comissão Europeia Joga ao Monopólio?



Inês Santos Pinto  
isp@plmj.pt

### O caso Microsoft (Parte I) : Bundling

O Comissário Europeu responsável pela concorrência, Mário Monti, afirmou a propósito da decisão da Comissão de 24 de Março de 2004 que «*As empresas em posição dominante têm especial responsabilidade por velarem para que a forma como exercem as suas actividades não entrave a concorrência em função do mérito próprio e não prejudique os consumidores, nem a inovação*».

Foi por alegadamente ter negligenciado este especial dever de zelo que a Comissão Europeia condenou a Microsoft Corporation ao pagamento de uma coima de 497 milhões de euros, considerando que esta abusou da situação de quase monopólio de que goza no mercado, tendo restringido a concorrência nos mercados de sistemas operativos de servidores para grupos de trabalho e no mercado de leitores de *media*.

Em relação a este último, a Comissão concluiu que, ao condicionar a aquisição do seu sistema operativo *Windows* [instalado na maioria dos computadores pessoais (PC) a nível mundial] à aquisição simultânea de um outro produto *software* - o *Windows Media Player* (WMP) - a Microsoft Corporation teria posto em prática uma política de *tying* ou *bundling* (“vendas ligadas”), causadora de efeitos nefastos, (i) no que respeita à concorrência no mercado dos leitores de *media*, (ii) bem como no plano da satisfação das necessidades dos consumidores.

Em concreto, a Comissão entendeu que a subordinação do WMP ao *Windows* por parte do gigante mundial de *software* permite, em última análise, que esta empresa passe a controlar mercados conexos no sector dos *media* digitais, porquanto tal “venda ligada”: (i) reduz artificialmente os incentivos de empresas de conteúdos musicais, cinematográficos e/ou multimédia, no sentido de conceberem produtos para leitores de *media* concorrentes, ou seja, entrava a *inovação*; e (ii) prejudica os consumidores, sujeitos a uma diminuição do leque de escolha no que respeita à tecnologia em apreço.

A compra do produto subordinado - *in casu*, do WMP - deverá reflectir uma escolha livre dos consumidores que, de acordo com a Comissão, não deve ser influenciada pela imposição de quaisquer condições comerciais, tecnológicas ou contratuais que tenham como efeito tornar menos atraente ou rentável a versão do *Windows* sem o WMP.

Não se contesta que o resultado final deste processo deva garantir a vitória inequívoca do incentivo à *inovação* e da protecção dos consumidores. No entanto, há que ter presente a acuidade que a análise dos indicadores económicos no âmbito das chamadas *novas tecnologias* exige, sem descurar, pois, a sua perspectivação a longo prazo. Na decisão da Comissão não parece ter ficado demonstrada qual-

quer evidência económica em como a prática da venda coligada do WMP com o *Windows* prejudicou o nível de satisfação dos consumidores. A isto acresce que, numa abordagem liminar, é possível afirmar que a existência de economias na distribuição e a garantia de compatibilidade entre dois produtos, à partida, reduz o custo dos mesmos para o consumidor.

O processo em curso chama desde logo à colação a necessidade de uma reflexão sobre o grau de protecção conferido às empresas concorrentes da Microsoft Corp. nos mercados envolvidos. Será que faz sentido que, em nome da protecção da lealdade da concorrência, se ponham em causa os próprios direitos e interesses dos consumidores?

Além disso, a decisão que o Tribunal de Primeira Instância proferirá no âmbito do recurso interposto da decisão da Comissão estabelecerá a pertinência da aplicabilidade dos conceitos tradicionais de direito da concorrência (“vendas ligadas”, monopólio, entre outros) à indústria de *software*, nos moldes em que têm sido aplicados aos sectores da designada “economia tradicional”.

A adopção de normas de conduta no mercado das novas tecnologias no sentido da que a Comissão defendeu na sua decisão pode distorcer a lógica da política concorrencial comunitária na medida em que, ao prejudicar empresas bem sucedidas, necessariamente reduz a propensão para a *inovação* e, a final, acaba por inevitavelmente cercear a liberdade do consumidor.

A título de conclusão, impõe-se uma referência ao facto de a Microsoft, na sequência das medidas correctivas impostas pela Comissão, ter passado a disponibilizar uma versão do *Windows* sem o WMP.

A Microsoft já foi notificada para comparecer em audiência perante o Tribunal do Luxemburgo nos próximos dias 24 a 28 de Abril. Até à presente data, a experiência da aplicação prática da decisão recorrida da Comissão parece demonstrar que o número de encomendas da versão *Windows* sem o WMP é reduzido. Com efeito, tudo indica que os consumidores finais continuam a preferir a “versão ligada” do *Windows*, adquirindo-o já com o WMP integrado. Aguardemos o veredicto do Tribunal... ■



## E Quando a Comissão Europeia Joga ao Monopólio?



Luís Pinto Monteiro  
lpm@plmj.pt

### O caso *Microsoft* (parte II): do direito da concorrência à propriedade intelectual

O caso *Microsoft* deve ser visto com especial cuidado pelas empresas em posição dominante, nomeadamente no que diz respeito à obrigação de cedência de informação de interoperabilidade.

Durante o período que antecedeu esta decisão, era tido como assente que a propriedade intelectual, reconhecida como estímulo à inovação e como meio de recuperação do investimento, era composta por múltiplos direitos cuja gestão estava na exclusiva disponibilidade do seu titular. Dentro do elenco dos direitos específicos contavam-se: a) a exclusividade no fabrico ou produção dos bens protegidos pelo direito de propriedade intelectual; b) o direito exclusivo de comercializar os bens protegidos; c) o direito de recusar ou conceder licenças, limitadas no tempo e no espaço, podendo impor as condições de exploração do direito de propriedade intelectual; d) o direito de introduzir no mercado produtos similares aos protegidos pelo direito de propriedade intelectual, considerando estes novos produtos ainda abrangidos pela tutela dos direitos de propriedade intelectual; e) o direito de obter a protecção dos melhoramentos introduzidos nos bens protegidos pelo direito de propriedade intelectual.

Deste entendimento decorriam limitações para as empresas concorrentes que, face à existência de um direito de propriedade intelectual, deviam actuar de forma a não violar o seu conteúdo e o dos múltiplos direitos a ele associados.

Todavia, a Comissão Europeia tem vindo a interferir nesta ordem de ideias. No caso *Microsoft*, considerou-se abusiva a conduta desta empresa ao negar a cedência da informação de interoperabilidade aos seus concorrentes, pois isso dificultaria a criação de programas de computador compatíveis com o sistema operativo Windows. Qualificou-se a conduta da *Microsoft* como abusiva por limitar a produção de novos programas de computador e impedir o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.

Após múltiplas tentativas no sentido de fornecer a informação de interoperabilidade, para a qual a *Microsoft* facultou à Comissão Europeia cerca de 12 000 páginas de informação técnica detalhada e dois relatórios de peritos independentes, a Comissão Europeia permaneceu insatisfeita.

Mas como em qualquer boa decisão empresarial, a *Microsoft* pesou os custos e benefícios em prosseguir neste impasse e resolveu dar mais do que lhe foi pedido. Em Janeiro passado, comunicou estar disposta a ceder o código fonte através de licenças concedidas aos seus concorrentes.

Independentemente da justeza da decisão, actualmente sujeita a recurso no Tribunal de Primeira Instância, e dos seus perigos a longo prazo, especialmente no que toca ao desincentivo das empresas para o investimento na criação intelectual, há uma lição que cumpre retirar: impõe-se uma especial cautela na actuação das empresas em posição dominante.

A Comissão Europeia passou a agir de forma mais agressiva, optando por comprimir os direitos de propriedade intelectual de uma empresa em posição dominante quando entender que o grau de inovação derivado da compressão será superior àquele que uma empresa em posição dominante pode dar à sociedade no exercício do seu direito de propriedade intelectual.

Na definição da estratégia empresarial, o direito da concorrência merece actualmente o mesmo cuidado e atenção que a elaboração do orçamento, a política de contratação, a estratégia de marketing ou a gestão de clientela, na medida em que todas elas ditam o sucesso ou insucesso de uma empresa. ■

## O Livro Verde Sobre Acções de Indemnização Devido à Violação das Regras Comunitárias no Domínio Antitrust



Sara Estima Martins  
sem@plmj.pt

Os artigos 81º e 82º do Tratado CE estabelecem regras *antitrust*, proibindo práticas comerciais restritivas e abusos de posição dominante. Estes artigos são aplicados quer pela Comissão, quer pelas autoridades de concorrência nacionais. Os referidos artigos podem ainda ser aplicados pelos tribunais nacionais em acções civis, através das quais é possível a declaração de nulidade de acordos ou decisões proibidas, a adopção de medidas cautelares, ou a obtenção de indemnizações pelas vítimas de uma infracção das regras *antitrust*.

Em 20 de Setembro de 2001, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias estabeleceu que *“a plena eficácia do artigo 85.º [81º] do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu nº 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência.”* Considerou ainda que as acções de indemnização podiam contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na Comunidade, mas lembrou que, na ausência de regulamentação comunitária na matéria, competia à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das acções judiciais em questão<sup>1</sup>.

No seguimento deste acórdão, a Comissão Europeia lançou um concurso para a realização de um estudo comparativo sobre a regulamentação nacional aplicável a estas acções de indemnização, o qual veio a ser publicado em 2004. Esse estudo, no qual PLMJ colaborou, serviu de base à preparação do Livro Verde sobre acções de indemnização por violação das regras comunitárias no domínio *antitrust* (o “Livro Verde”)<sup>2</sup>, o qual identifica os principais obstáculos a um sistema eficaz para as acções de indemnização, apresentando hipóteses de solução para os mesmos.

De acordo com a Comissão Europeia, a utilização de acções de indemnização será muito vantajosa para empresas e consumidores, pois desde logo permitirá que as vítimas de uma conduta anticoncorrencial ilícita obtenham uma compensação pelo prejuízo sofrido. Para além disso, o tribunal poderá decidir uma questão pontual de concorrência no contexto de uma disputa comercial mais abrangente, e será sempre obrigado a apreciar as acções intentadas perante si, ao contrário das autoridades administrativas, que têm discricionariedade para investigar ou não um caso determinado. A Comissão Europeia aponta também

outras vantagens das acções de indemnização, como o seu papel desincentivador do cometimento de infracções, a sua contribuição para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência e para o conhecimento das suas regras, e, em especial, a sua utilidade no preenchimento das lacunas derivadas do facto de a Comissão e as autoridades da concorrência nacionais não terem tempo nem recursos para lidar com todas as condutas anticoncorrenciais<sup>3</sup>. Neste sentido, convém chamar a atenção para o facto de as acções de indemnização não terem de se limitar aos casos em que existe uma declaração prévia de infracção por parte de uma autoridade da concorrência (acções de seguimento), podendo também ser intentadas sem que tal decisão haja tido lugar (acções independentes).

O Livro Verde debruça-se, entre outras, sobre questões como (i) o acesso à prova, visto este ser um dos maiores obstáculos destas acções de indemnização, já que a prova se encontra normalmente nas mãos do infractor; (ii) a necessidade de existência de um *requisito de culpa*, ou pelo contrário, a suficiência da prova da infracção (responsabilidade objectiva); (iii) a *definição de indemnização* (de carácter compensatório ou de recuperação do montante ganho ilicitamente pelo infractor) e o *método de cálculo* do montante da mesma; (iv) a possibilidade de intentar *acções colectivas*; (v) o estabelecimento de regras especiais sobre o *pagamento de custas judiciais*.

De forma a determinar a necessidade e adequação da adopção de medidas a nível comunitário, no sentido de melhorar as condições de apresentação de acções de indemnização, a Comissão Europeia encontra-se neste momento em fase de recebimento de observações sobre o Livro Verde. Os interessados deverão enviar a sua contribuição até 21 de Abril de 2006, para o email ou morada indicados no final do Livro Verde. ■

<sup>1</sup>Ver *Courage/Crehan*, proc. C-453/99, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, pontos 26, 27 e 29.

<sup>2</sup>Livro Verde - Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*, em:

[http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/gp\\_pt.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp_pt.pdf)

<sup>3</sup>European Commission Green Paper on damages actions for breach of EC Treaty anti-trust rules – FAQ, em:

[http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/489&format=HTML&age\\_d=0&language=EN&guiLanguage=en](http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/489&format=HTML&age_d=0&language=EN&guiLanguage=en)



Carlos Afonso Dias  
British Museum, Londres, 1960  
Prova gelatina e prata  
40 x 58 cm

Reproduzida no Livro Em Foco, Fotografias Portugueses do Pós-Guerra, 2005  
Obra da Colecção da Fundação PPLMJ