

mais de determinada actividade, a que alude o Artigo 11.º, não podem, também eles, dar origem a causa de justificação da recusa de venda. Colocada perante textos legislativos de conteúdo perceptivo idêntico ao nosso, certa doutrina francesa deu resposta afirmativa a esta interrogação <sup>(171)</sup>. Segundo ela, se os usos normais, de determinada actividade, proibissem ou não consentissem, por qualquer motivo, um determinado tipo de encomenda, a recusa de venda não poderia ser repreendida.

Esta interpretação acabou, contudo, por ser afastada em França, e não merece, igualmente, acolhimento à luz do nosso direito. Com efeito, a referência da nossa lei aos usos normais de determinada actividade não visa, ao contrário do que poderia parecer a um olhar desprevenido, justificar uma recusa de venda, mas, antes, fornecer um critério para determinar se a prestação oferecida corresponde aos padrões exigidos, ou se, inversamente, constitui uma das muitas formas que pode revestir a recusa de venda <sup>(172)</sup>.

---

<sup>(171)</sup> Mais precisamente a polémica travada na doutrina francesa girava em torno da expressão «usos comerciais». V, por todos, Gide, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 151.

<sup>(172)</sup> Entre nós, suscitaram-se, a determinada altura, algumas dificuldades relacionadas com a alínea c) do Artigo 12.º. Com efeito, certa empresa levantou a questão de saber se no caso de pagamento por cheque a venda efectuada constituía ou não venda a crédito, podendo então ter lugar, em aplicação da alínea c) do Artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 422/83, uma recusa de venda. O Conselho da Concorrência entendeu, porém, no seu parecer n.º 1/85, não dever tomar posição genérica sobre o assunto, pelo que a dúvida sentida ficou por esclarecer. Trata-se, contudo, de um problema relativamente simples. Naqueles casos em que a aceitação seja obrigatória, o cheque funciona como moeda, pelo que há cumprimento em sentido próprio da obrigação devida. Quando, ao contrário, a aceitação do cheque não for obrigatória, a sua entrega funcionará ora como *datio in solutum*, verificando-se imediata liberação do débito (Artigo 837.º e seguintes do Código Civil), ora como *datio pro solvendo*, figura frequente através do pagamento feito por cheque com cláusula salvo boa cobrança. (A este respeito, v. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Lisboa, 1980, II, pág. 212, nota 87. Cfr., porém, o Acórdão da Relação de Coimbra, de 26 de Março de 1985, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1985, 2.º, pág. 50).

**B) *As práticas colectivas e abusos de posição dominante***

**1) *O Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83***

I. — Por força do Artigo 13.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 42/83, «*são consideradas práticas restritivas da concorrência os acordos entre empresas e as práticas concertadas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional de bens ou serviços (...)*».

II. — Profundamente influenciado pelo Artigo 85.º do Tratado de Roma, não é difícil extrair da leitura deste Artigo os seguintes requisitos necessários à sua aplicação:

- a) a existência de um concurso de vontades entre duas ou mais empresas;
- b) a necessidade de esse concurso de vontades ter por objectivo ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência;
- c) no todo ou em parte do território nacional.

Antes, porém, de procedermos à análise dos pressupostos de aplicação do Artigo 13.º <sup>(173)</sup> do Decreto-Lei n.º 422/87, importa fixar previamente a noção de empresa, pois é por referência a esse conceito que se determinará grande parte do campo de aplicação do Artigo 13.º <sup>(174)</sup>.

---

<sup>(173)</sup> Não estudaremos o terceiro dos requisitos enunciados, pois, além de ele ter ficado em grande parte tratado, quando procedemos ao estudo do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83, os problemas que ele suscita face ao direito português são menores que os levantados perante o direito comunitário, não se justificando, por isso, uma nova abordagem desta questão, a juntar à anteriormente feita.

<sup>(174)</sup> Não falta mesmo quem considere, como António José Mota, *O Know-How...*, pág. 91, a existência de uma prática levada a cabo por uma empresa como uma condição subjectiva de aplicação do Artigo 85.º do Tratado da C.E.E.

### 1.1. *Noção de empresa e de grupo de empresas*

I. — Não existe, à semelhança do que acontece no Tratado de Roma <sup>(175)</sup>, no nosso direito da concorrência qualquer definição de empresa. A doutrina tem, ao longo dos anos e a propósito das mais variadas matérias <sup>(176)</sup>, procurado encontrar uma fórmula destinada a pôr em relevo os elementos decisivos do conceito de empresa.

Apesar disso, a noção continua a ser incerta, longe de concitar sobre si a unanimidade doutrinária.

Por essa razão, desprovido de adequada instrumentação jurídica, o Tribunal das Comunidades viu-se obrigado a pronunciar-se sobre o assunto e a encontrar ele próprio uma definição de empresa, válida no contexto do direito da concorrência. Assim,

---

<sup>(175)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 101.

<sup>(176)</sup> Para um enquadramento da forma como a empresa e o empresário vêm sendo encarados nos mais diversos sectores da enciclopédia jurídica, e das diversas definições propostas, tendo em vista os fins específicos de cada um deles, pode ver-se:

— no direito privado, Lodovico Barassi, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de Ramon Garcia com a colaboração de Mario Falcon e Antonio Plasencia, Barcelona, 1955, II, pág. 342; Ramón Díaz de Guijarro, *El Concepto Jurídico de Empresa*, in *Estudios de Derecho Civil en Honor del Professor Castan Tobeñas*, Pamplona, 1969, VI, pág. 229 e segs.; Francesco Galgano, *Diritto Privato*, 2.ª ed., Pádua, 1983, pág. 413 e segs.;

— no direito comercial destacamos: Oliveira Ascensão, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa 1986/87, v. I, pág. 121 e segs.; e no âmbito mais restrito do direito falimentar, Pedro de Sousa Macedo, *Manual...*, vol. I, pág. 91 e segs.

— no tocante ao direito administrativo, o conceito de empresa é nomeadamente abordado por Jean Rivero, *Direito...*, pág. 543 e segs.; e Diogo Freitas do Amaral, *Curso...*, vol. I, pág. 331 e segs.

— Por último, no que respeita às obras dedicadas ao direito da concorrência, v.: Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 263 e segs.; Robert Lecourt, *L'Europe...*, pág. 94 e segs.; Van Damme, *La Politique...*, pág. 105 e segs.; Etienne Goulon, *La Concurrence...*, pág. 29 e segs.; Isabel Jalles, *A Lei...*, in *Concorrência...*, pág. 53; António José Mota, *O Know-How...*, pág. 91 e segs.; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 231 e segs.; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 338; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 101 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 123; Xavier de Roux e Dominique Voillemot, *V.º Concurrence...*, in *Dictionnaire...*, pág. 27; Jorge Ferreira Alves, *Direito...*, pág. 23.

e nomeadamente no caso *Klökner Werke* <sup>(177)</sup>, a empresa foi considerada como uma «*organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais, unidos num sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo de forma estável um fim económico determinado*» <sup>(178)</sup> <sup>(179)</sup>. Desde então, tem sido esse o conceito seguido pelas autoridades comunitárias e adoptado pela generalidade da doutrina.

II. — Verdadeiramente essencial para a determinação da natureza empresarial de dada actividade, parece ser, assim, a existência de um fim económico prosseguido de maneira estável. De tal modo, segundo este critério, torna-se irrelevante a qualificação que a actividade em causa mereça à luz das normas de direito mercantil, não necessitando sequer de envolver uma organização de factores produtivos para poder ser considerada como actividade de empresa <sup>(180)</sup>. E compreende-se. No domínio do direito da concorrência, a noção de empresa deve ser ditada pelos objectivos de preservação e manutenção das estruturas de mercado. Não em função de preconceitos jurídicos oriundos de outros ramos do direito.

III. — Não surpreende, por isso, que o nosso Conselho da Concorrência, órgão encarregado de velar pela aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83, tenha igualmente aderido à noção amplíssima de empresa, formulada pelo Tribunal das Comunidades e por boa parte da doutrina comunitária, ao considerar como empresa «*toda a pessoa singular que realiza por conta própria uma actividade económica, seja ela um profissional liberal, um*

---

<sup>(177)</sup> Note-se que, historicamente, e no domínio do direito comunitário a tarefa de fornecer uma definição de empresa apareceu no contexto CECA.

<sup>(178)</sup> *Rec. 1962*, pág. 615.

<sup>(179)</sup> Desta forma deverão, por exemplo, considerar-se como empresas as instituições de interesse público, as associações de beneficência, as comunidades religiosas, etc. Cfr. J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 58; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 123.

<sup>(180)</sup> V. Isabel Jalles, *A Lei*, in *Concorrência...*, pág. 53; Alberto Bercovitz *Normas...*, in *Tratado...*, pág. 338.

*inventor, um artista (...)*», pois é «(...) o facto de explorar comercial ou economicamente uma actividade que (...) confere a uma pessoa colectiva ou individual a qualidade de empresa para efeitos de aplicação da regulamentação da concorrência»<sup>(181)</sup>.

IV. — Da noção de empresa deve, ainda, aproximar-se, por expressa cominação legal, «o grupo de empresas, entendendo-se como tal o conjunto de empresas que embora juridicamente distintas se comportem concertadamente no mercado, em virtude de vínculos de interdependência ou subordinação de carácter financeiro, contratual, directivo ou outro»<sup>(182)</sup>. Inicialmente contrariada no âmbito do Tratado C.E.C.A., esta solução da lei representa a consagração, por parte do direito positivo português, da orientação seguida, nesta matéria, pela mais moderna jurisprudência e doutrina comunitária<sup>(183)</sup>. Na verdade, tem sido entendimento comum que o Artigo 85.º do Tratado C.E.E. não respeita a acordos ou práticas concertadas entre empresas ligadas por vínculos de interdependência ou subordinação, Por serem considerados como comportamentos de uma mesma e única entidade, dada a ausência de autonomia económica das «filiais» para decidirem a sua linha de actuação no mercado<sup>(184)</sup> <sup>(185)</sup>, posição

---

<sup>(181)</sup> V. Parecer do Conselho da Concorrência n.º 3/85 in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, pág. 22.

<sup>(182)</sup> V. Artigo 14.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 422/83.

<sup>(183)</sup> Acompanhadas pela Comissão, como o comprovam as decisões proferidas nos casos «*Christian e Nielsen*» (*JOCE* N.º L 165, de 5 de Julho de 1969, pág. 12 e segs.) e «*Kodak*» (*JOCE*, n.º L 147, de 7 de Julho de 1970, pág. 24 e segs.) Para uma ilustração da posição do Tribunal das Comunidades quanto a este ponto, podem ver-se os dois casos «*Centraforum*», *Rec.*, 1974, pág. 1147 e segs., e *Rec.*, 1974, pág. 1183 e segs.

<sup>(184)</sup> Cfr., nomeadamente, António José Mota, *O Konow-How...*, pág. 93; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 58; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 349 e segs. Contra, Van Damme, *La Politique...*, pág. 109 e segs.

<sup>(185)</sup> Esta orientação apresenta, de resto, a vantagem de permitir sancionar a sociedade-mãe mesmo se situada fora da Comunidade sempre que seja a filial, situada no território da CEE, a autora formal do comportamento anti-concorrencial. Neste sentido Robalo Cordeiro, *As Coligações ...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 103, nota 62.

agora, e em parte, transposta para o direito interno pelo Artigo 14.º n.º 4. Em parte, porque foi feita uma importante ressalva na nossa lei, por força da qual a equiparação entre grupo de empresas e empresas apenas vale para efeitos de aplicação do Artigo 14.º. Parece, contudo, possível considerar que, se o Artigo 14.º n.º 4 procurou efectivar os objectivos definidos no Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 422/83, podemos sem medo de violar o espírito da legislação portuguesa, admitir a sua aplicação às situações previstas e reguladas pelo Artigo 13.º <sup>(186)</sup>.

### 1.2. *Pressupostos da aplicação do Artigo 13.º*

a) *Concurso de vontades e suas formas* (Acordo entre empresas, decisões de associações e práticas concertadas).

I. — O Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83 visa proibir as coligações susceptíveis de produzir efeitos prejudiciais sobre a concorrência. Pressuposto básico da sua aplicação é a existência de um concurso de vontades entre duas, ou mais, empresas <sup>(187)</sup>. Ou seja, na generalidade dos casos, a conjugação de esforços por parte de duas, ou mais, pessoas ou entidades juridicamente autónomas <sup>(188)</sup>. Em algumas hipóteses, porém, a conjugação ou acerto de comportamentos entre, pelo menos, duas

---

<sup>(186)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 102, nota 59 e pág. 103. Cfr., igualmente, Isabel Jalles, *A Lei...*, in *Concorrência...*, pág. 53.

<sup>(187)</sup> Segundo Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 103, seria, ainda, necessário que as empresas em questão se encontrassem numa situação de concorrência entre elas. Todavia, esta afirmação só pode ser aceite se com ela se pretender sublinhar, como parece ser o caso (?), a necessidade de se tratar de empresas com autonomia entre elas, mas não já se for tomada em sentido rigoroso. Isso mesmo foi posto em relevo, no que ao direito comunitário concerne, pelo Regulamento n.º 17, existindo, ainda, muitos outros cujo objectivo é o de exceptuar da proibição do Artigo 85.º n.º 1 diversas categorias de acordos verticais (v. Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 355) e não se vislumbram quaisquer razões para admitir solução diversa quando ao nosso direito.

<sup>(188)</sup> Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 350.

empresas dotadas de autonomia jurídica não deve considerar-se suficiente para que de acordo de vontades se fale <sup>(189)</sup>. Com frequência, as empresas, apesar de juridicamente autónomas, são, do ponto de vista, económico, meros auxiliares de outras entidades, sem real independência para definir a sua conduta. Em situações como essas, não obstante poder verificar-se uma comunhão de objectivos e de diligências, não haverá, por imperativo lógico, um concurso de vontades entre empresas. Por essa razão, quer as autoridades comunitárias quer as autoridades nacionais não consideram o direito da concorrência aplicável aos casos de contratos de agência <sup>(190)</sup> ou de grupos de empresas em que as sociedades ou empresas dominadas não têm qualquer autonomia económica <sup>(191)</sup>.

a.1) I. — A primeira das formas que o concurso de vontades pode revestir é — na enunciação da própria lei — o chamado acordo entre empresas <sup>(192)</sup> <sup>(193)</sup>.

Normalmente, estes acordos consistirão em contratos ou convenções juridicamente relevantes e obrigatórios. Mas esta condição não é, todavia, indispensável <sup>(194)</sup>, pois tanto o Tribunal das

---

<sup>(189)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(190)</sup> A propósito deste tipo de contratos, v. Norbert Koch e Giuliano Marengo, *L'article 85 du Traité C.E.E. et les Contrats d'Agence*, in *C.D.E.*, Bruxelas, 1987, n.º 6, pág. 603 e segs.

Acerca do modo como o Conselho da Concorrência tem encarado os contratos de agência, cfr. *Relatório de Actividade do Conselho de 1987*, in *Diário da República* de 29-9-1988, II Série, n.º 226, págs. 9025 e 9034 e segs.

<sup>(191)</sup> No fundo, em casos como estes, quando a sociedade-mãe impõe à sua filial um determinado comportamento, verifica-se uma mera repartição interna de competências.

<sup>(192)</sup> Para um estudo mais desenvolvido desta matéria, pode consultar-se: António José Mota, *O Know-How...*, pág. 95; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 225; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 103; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 353; Xavier de Roux e Dominique Voillemont, *V.º Concurrency...*, in *Dictionnaire...*, II, pág. 29; Hans Smith e Peter Herzog, *The Law...*, II, comentário ao Artigo 85.º, págs. 3 e 83.

<sup>(193)</sup> Quanto à forma desses acordos, eles podem, por exemplo, consistir em contratos de sociedade comercial. Neste sentido, entre outros: Gide, Loyrette, *Droit...*, pág. 71.

<sup>(194)</sup> Contra Van Damme, *La Politique...*, pág. 145.

Comunidades como o nosso Conselho da Concorrência têm entendido o termo acordo numa acepção bem mais ampla, de forma a abranger situações de concurso de vontades, entre empresas, que não resultam de actos juridicamente vinculantes <sup>(195)</sup>. Apesar disso, conforme sublinha Alberto Bercovitz <sup>(196)</sup>, um acordo que não produza efeitos ou obrigações juridicamente vinculantes, é praticamente insusceptível de ser objecto de algum género de sanção, se não der lugar à realização de uma prática concertada. Diversamente, um acordo em sentido estrito pode ser considerado nulo em consequência do estabelecido no Artigo 85.º n.º 2 do Tratado de Roma ou do Artigo 13.º n.º 3 o Decreto-Lei n.º 422/83, mesmo se não for posto em prática <sup>(197)</sup>.

II. — Do ponto de vista da sua forma, estes acordos em sentido estrito (ou seja, juridicamente vinculantes) podem ser escritos ou verbais, expressos ou tácitos <sup>(198)</sup>.

---

<sup>(195)</sup> V. Decisão do Conselho da Concorrência de 12-12-1985 relativa ao processo de contra-ordenação n.º 2/85, in *Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência*, Anos 1984 e 1985, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, pág. 17. Na doutrina comunitária chegou mesmo a discutir-se, a determinada altura, se os «*gentlemen's agreements*» cabiam na expressão «acordo». Confrontada com o problema, a Comissão entendeu, na sua decisão sobre a «*Entente Internationale de la Quinine*» (V. *JOCE* n.º L 192, de 5 de Agosto de 1962, pág. 5), qualificar os «*gentlemen's agreements*» como acordos — posição confirmada posteriormente em três ocasiões pelo Tribunal das Comunidades.

<sup>(196)</sup> A decisão das instâncias comunitárias não é, porém, susceptível de ser transposta para o plano interno. Com efeito, tratava-se, no caso submetido à apreciação da Comissão, e depois ao Tribunal das Comunidades, de pactos escritos, impondo obrigações às partes, cujo cumprimento era exigível por via arbitral. Ora, de acordo com o direito português, não poderíamos deixar de qualificá-los como verdadeiros contratos e não como «*gentlemen's agreements*». No direito espanhol, pronuncia-se em sentido idêntico ao nosso: Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 354.

<sup>(197)</sup> Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 353.

<sup>(198)</sup> *Idem*, *Ibidem*.

Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 124.

a.2. *Decisões de associações de empresas* <sup>(199)</sup>.

I. — Como associações de empresas tem a doutrina comunitária considerado todo o agrupamento de empresários independentes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, que assumem ou adoptam, no quadro do referido agrupamento, decisões colectivas <sup>(200)</sup>. Essas associações podem organizar-se sob qualquer forma admitida por lei — conquanto as empresas participantes não percam a sua independência — e gozar ou não de personalidade jurídica.

II. — Do ponto de vista do direito nacional, não se vislumbram razões que nos levem a aderir a um diferente conceito de associação de empresas. Entendeu-o, igualmente, o Conselho da Concorrência, ao considerar, na sua decisão relativa aos «*Acordos entre associações e empresas no mercado dos medicamentos de venda livre*» <sup>(201)</sup>, para efeitos de aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83, como associações de empresas a Associação Nacional de Farmácias, a Associação Portuguesa dos Medicamentos de Venda Livre, a Associação do Norte dos Importadores/Armazenistas de Produtos Químicos e Farmacêuticos e a CROQUIFAR-Associação dos Grossistas de Produtos Químicos e Farmacêuticos. Cada uma destas entidades foi individualmente considerada como uma associação de empresas, pois, apesar de não poder dedicar-se à produção, comercialização de bens ou serviços ou por qualquer outra forma intervir no mercado, todas elas assinaram um protocolo que disciplinava a venda de produtos, em substituição e no interesse das empresas suas associadas.

---

<sup>(199)</sup> Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 278; Van Damme, *La Politique...*, pág. 134 e segs.; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 225; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 355 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 104; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 126 e segs.; Xavier de Roux e Dominique Voillemot, V.º *Concurrence...*, in *Dictionnaire...*, II, pág. 29; Hans Smith e Peter Herzog, *The Law...*, II, comentário ao Artigo 85.º, págs. 3-53; Jorge Ferreira Alves, *Direito...*, págs. 32 e 33.

<sup>(200)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 104.

<sup>(201)</sup> V. *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 27.

III. — O núcleo característico da noção de «decisão», agora em análise, é constituído, sem dúvida, pelas resoluções que criam um vínculo jurídico entre as empresas associadas <sup>(202)</sup>. Todavia, mesmo as resoluções não vinculantes mas com influência no comportamento concorrencial do mercado <sup>(203)</sup> são de considerar decisões de associações de empresas <sup>(204)</sup>.

a.3) *Práticas concertadas* <sup>(205)</sup>.

I. — São de dupla os problemas suscitados pelas práticas concertadas. Em primeiro lugar, elas levantam a questão da sua definição. Em segundo lugar, a da sua prova. Procuraremos tratar separadamente cada um destes aspectos <sup>(206)</sup>.

II. — Para definir ou fornecer uma noção de prática concertada é indispensável o recurso a dois elementos distintos. Um de natureza material, outro de natureza intelectual <sup>(207)</sup>:

— Materialmente, para que uma determinada conduta possa ser qualificada como prática concertada, é necessária a verificação de um comportamento convergente entre, pelo menos, duas empresas. Na generalidade dos casos tratar-

---

<sup>(202)</sup> Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 355.

<sup>(203)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(204)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(205)</sup> A bibliografia sobre este assunto é abundantíssima. Atente-se *prima facie* à problemática referida em: Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 280 e 281; Van Damme, *La Politique...*, pág. 145 e segs.; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 235; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 357; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 104 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 127 e segs.; Hans Smith e Peter Herzog, *The Law...*, II, comentário ao Artigo 85.º pág. 385 e segs.; Jorge Ferreira Alves, *Direito...*, págs. 33 a 36.

<sup>(206)</sup> Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 357, e Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 106.

<sup>(207)</sup> Utilizamos a terminologia proposta por J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 229. O fenómeno é, contudo, apontado por muitos outros autores. V., por exemplo, Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 357; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 106.

- se-á de procedimento paralelos <sup>(208)</sup>. Noutros, porém, as práticas concertadas visam permitir a repartição de funções entre as empresas nelas intervenientes <sup>(209)</sup>.
- Intelectualmente, mostra-se imprescindível a existência de uma vontade de agir em comum, desprovida, no entanto, do propósito de criar obrigações jurídicas.

III. — Apenas as condutas que reúnem estes dois elementos são de considerar práticas concertadas. Por isso, no caso de o paralelismo ou coincidência de comportamentos entre empresas resultar, não de um acertar de vontades, mas da própria estrutura e condições económicas do mercado, não deparamos nenhuma infracção às regras de defesa da concorrência.

Conforme sublinhou o Tribunal das Comunidades, os operadores económicos estão no seu direito de «*se adaptar inteligentemente ao comportamento comprovado ou previsível dos seus concorrentes*» <sup>(210)</sup>.

IV. — Maiores dificuldades parece trazer a prova de uma prática concertada. Via de regra, as empresas não deixam quaisquer vestígios do concerto de vontades, devendo, por isso, a prova fazer-se por forma indirecta, com base em indícios e presunções sobre a sua existência, assentes, fundamentalmente, na circunstância de determinado comportamento não ser aplicável senão supondo um ajustar de intenções entre agentes económicos <sup>(211)</sup>.

---

<sup>(208)</sup> Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 357.

<sup>(209)</sup> No sentido de que as práticas concertadas devem necessariamente consistir em comportamento paralelos. V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 106. Nada na letra do Artigo 13.º permite, porém, fundamentar semelhante posição.

<sup>(210)</sup> *Apud* Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 358.

<sup>(211)</sup> V. Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 359; e Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 106. Vejam-se ainda: a Decisão da Comissão das Comunidades Europeias relativa ao caso «*Matières colorantes*», e o Acórdão do Tribunal das Comunidades «*Industrie Européenne du Sucre*», de 16 de Dezembro de 1975.

b) *Ter por objecto ou efeito restringir a concorrência* (o critério do efeito anti-concorrencial virtual)

I. — A proibição do Artigo 13.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83 aplica-se, tão só, às coligações que tenham por objecto ou efeito restringir ou falsear a concorrência no todo ou em parte do território nacional. Não basta, deste modo, a verificação de uma coligação entre empresas; é, ainda, necessário que essa coligação tenha por objecto ou por efeito falsear a concorrência.

II. — Vejamos então qual o significado da expressão «ter por objecto ou por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência».

b.1) *Noção de «objecto» e de «efeito»* <sup>(212)</sup> <sup>(213)</sup>

I. — Começando por referir a nossa atenção ao primeiro termo da expressão da lei, deve dizer-se que o objecto de uma

---

<sup>(212)</sup> Também sobre este tema existe uma enormíssima produção literária. Considerámos nomeadamente: Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 315; Van Damme, *La Politique...*, pág. 190 e segs.; Etienne Goulon, *La Concurrence...*, pág. 74; J. Schapira, G. Le Tallec e J. B. Blaise, *Droit...*, pág. 243 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 129 e segs.; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 367 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 108 e segs.

<sup>(213)</sup> Para avaliar da existência de uma restrição à concorrência — entendendo-se por tal, em conformidade com a opção do legislador português pela ideia de concorrência efectiva (*Workable competition*), a alteração das condições que existiriam no mercado se todas as empresas actuassem de forma autónoma e independente —, é indispensável proceder-se a uma análise do mercado no qual se situa o comportamento anti-concorrencial. Apurado o mercado relevante, devem distinguir-se dois níveis possíveis de verificação da restrição: o nível estrutural e o nível das empresas. Ao nível estrutural, a restrição da concorrência traduzir-se-á numa diminuição do número de operadores económicos, enquanto a nível económico significará uma perda da autonomia de certas empresas. V., por todos, Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 361. A infracção verificada a quaisquer destes dois níveis deve produzir um efeito anti-concorrencial sensível, em conformidade com o princípio «*de minimis non curat praetor*», de aplicação indesmentível no domínio do direito comunitário, e igualmente acolhido pelo Conselho da Concor-

coligação não se reconduz nem se confunde com a intenção das partes dessa coligação <sup>(214)</sup>. Antes, ele há-de resultar e exprimir-se através das cláusulas do acordo ou decisão <sup>(215)</sup>, objectivamente consideradas. No fundo, trata-se de saber se, unicamente em função do convencionado, e segundo critérios de adequação normal, é ou não previsível que determinada coligação produza efeitos anti-concorrenciais.

II. — Diferentemente, o efeito da coligação tem a ver com as consequências resultantes da efectiva concretização do comportamento anti-concorrencial. Assim, só se poderá considerar que um acordo, decisão de associações de empresas ou prática concertada, tem por efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência se, independentemente da intenção das partes, se comprovar a verificação no mercado de uma efectiva diminuição da concorrência <sup>(216)</sup> <sup>(217)</sup>.

III. — Apurado o sentido de cada um dos termos da expressão da lei «ter por objecto ou por efeito», duas questões permanecem, ainda, por resolver.

A primeira respeita ao carácter alternativo ou cumulativo dos dois vocábulos — objecto e efeito — contidos na mencionada

---

rência português. Cfr. Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, n.º 226, págs. 8 e 21.

<sup>(214)</sup> V., por todos, J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 243.

<sup>(215)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(216)</sup> Cfr. J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 243; e Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 104.

<sup>(217)</sup> Contra pronuncia-se (a propósito do Artigo 85.º do Tratado C.E.E.), Lazar Focsaneanu, *Pour objet ou pour effet*, in *RMC*, 1966, pág. 863, para quem uma coligação só poderá ser declarada nula em virtude do seu efeito se ele tivesse sido querido pelas partes ou previsto por elas com um grau de suficiente probabilidade.

Não é essa a opinião do Conselho da Concorrência, que aderiu à posição sustentada pela «*communis opinio*», na qual nos integrámos igualmente, ao afirmar no seu Relatório de Actividade para os Anos de 1985 e 1986, «(...) São igualmente ilícitos os comportamentos que visam restringir a concorrência sem que tal restrição efectivamente se produza e os que distorçam a concorrência sem tal tenha sido o objectivo das empresas que o praticaram». V. *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 2.º Suplemento, n.º 226, pág. 9.

expressão. Para que uma coligação seja julgada em oposição ao Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83, será necessário que ela tenha simultaneamente por objecto e por efeito restringir ou falsear a concorrência, ou, ao contrário, bastará a verificação de uma das duas condições?

A segunda reporta-se ao nexó de causalidade que deverá existir entre as coligações e as situações de violações da concorrência verificadas no mercado. Vamos tratá-las de seguida.

IV. — O modo como o Artigo 13.º se encontra redigido permite supor, com segurança a adesão do legislador português à teoria do carácter alternativo das condições «ter por objecto ou por efeito» <sup>(218)</sup>. Assim, analisa-se em primeiro lugar o objecto da coligação; se este não se revelar anti-concorrencial, passar-se-á, então, ao exame dos respectivos efeitos <sup>(219)</sup>.

V. — Parece, no tocante ao problema do nexó causal, clara face à lei portuguesa a necessidade de existência de uma relação de causalidade entre a coligação e a violação da concorrência. Essa relação pode, todavia, ser entendida de diversas formas.

Face ao silêncio do Artigo 85.º n.º 1 do Tratado de Roma a este respeito, o Tribunal das Comunidades adoptou neste ponto um critério pouco rigoroso, constituindo o Acórdão de 13 de Dezembro de 1967, «*Bassere de Haecht*» <sup>(220)</sup>, claro exemplo disso. Em tal aresto, o Tribunal considerou, a propósito dos contratos de compra exclusiva, que um acordo ou convenção pode ser proibido por força do Artigo 85.º, apesar de, por si só, não ter qualquer influência sensível sobre a concorrência, se a existência conjunta de vários contratos do mesmo tipo a afectar de modo sensível.

---

<sup>(218)</sup> Acerca do modo como os dois critérios — «*ter por objecto ou por efeito*» — têm vindo a ser conjugados no direito comunitário, v., entre outros: António José Mota, *O Know-How...*, pág. 98; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. ?; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 109.

<sup>(219)</sup> Cfr. Acórdão *Costen e Grundig*, Procs. 56 e 58/84, in *Rec.*, pág. 429.

<sup>(220)</sup> Proc. 23/67, *Rec.* pág. 525.

VI. — Em Portugal, atendendo à falta de hábito dos agentes económicos na conformação dos seus comportamentos a regras disciplinadoras da concorrência e à especial estrutura empresarial do nosso país, justifica-se a adopção de um critério menos amplo, na aferição do nexó de causalidade porventura existente entre uma coligação e as restrições da concorrência, do que o seguido pela jurisprudência comunitária. Só assim se fornecerá aos nossos empresários a possibilidade e os meios de atingirem a dimensão mínima capaz de lhes permitir a penetração no mercado dos restantes membros da C.E.E. <sup>(221)</sup>.

2) *Abuso de posição dominante* <sup>(222)</sup>

I. — Por força do disposto no Artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 422/83, são também consideradas práticas restritivas da concorrência os abusos cometidos por empresas em situação dominante.

Grande parte dos problemas suscitados por este preceito encontraram já resolução quando tratámos do estudo do Ar-

---

<sup>(221)</sup> A necessidade de se adoptarem, na aplicação da nossa lei de defesa da concorrência, critérios suficientemente maleáveis que permitam às empresas nacionais atingirem dimensão europeia tem sido frequentemente advogada pela doutrina. V., por todos: Vasconcelos Porto, *As Empresas...*, in *Concorrência...*, pág. 27.

<sup>(222)</sup> É praticamente infindável a bibliografia relativa ao importantíssimo tema de posição dominante. De entre ela tomámos em consideração, nomeadamente: Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 342 e segs.; K. Lipstein, *The Law...*, pág. 233; Gide, Loyrette e Nouel, *Le Droit...*, pág. 97 e segs.; Van Damme, *La Politique...*, pág. 297 e segs.; Alan Campbell, *Ec. Competition...*, pág. 29 e segs.; Frédéric Jenny e André-Paul Weber, *La Concurrence...*, pág. 58 e segs.; Gérard Farjat, *Droit...*, pág. 502 e segs.; Simões Patrício, *Direito...*, pág. 102 e segs.; Fausto de Quadros, *Direito das Comunidades Europeias*, Lisboa, 1983, págs. 37 e 38; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 248; Maria João Sobral e João Pinto Ferreira, *Da Livre Concorrência...*, pág. 133 e segs.; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 410 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 184 e segs.; Sousa Franco, *Comunidades...*, pág. 306 e segs.; Xavier de Roux e Dominique Voillemot, V.º *Concurrence...*, in *Dictionnaire...*, II, pág. 91; Carlos F. Molina Del Pozo, *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, 1987, pág. 366 e segs.; e Jorge Ferreira Alves, *Direito...*, pág. 85 e segs.

tigo 13.º, pelo que agora iremos, tão só, procurar fixar os conceitos de posição dominante e de exploração abusiva.

a) *Conceito de posição dominante*

I. — Partindo da constatação da realidade dos mercados intermédios e da existência simultânea, num mesmo espaço económico, de tendências monopolistas e de tendências concorrenciais, é hoje conclusão aceite que monopólio e concorrência não são dois fenómenos de sinal contrário<sup>(223)</sup>, mas simplesmente, e em ambos os casos, manifestações de influência sobre o mercado. Torna-se, assim, possível o casamento de posições de domínio com um mercado baseado na livre competição, conquanto não se procure utilizar essas situações de domínio e em detrimento dos outros<sup>(224)</sup>.

Quando um agente económico procurar tirar partido da sua especial influência no mercado, como forma de restringir ou falsear, em proveito próprio, a concorrência, verificar-se-á um abuso de posição dominante, prática prevista e punida pelo Artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 422/83.

II. — Revela-se, porém, extremamente difícil apurar quando é que uma empresa detém uma posição de domínio ou influência no mercado, de forma a saber se o seu comportamento é ou não susceptível de ser encerado como abuso de posição dominante.

As autoridades europeias têm entendido ou interpretado o requisito de «posição dominante» de forma não muito exigente<sup>(225)</sup>, recorrendo à ideia de «*poder de influenciar o mercado*», sem pressupor forçosamente uma situação de monopólio. Assim, e por exemplo, no caso «*Continental can*», a Comissão considerou em posição dominante as empresas que têm «*(...) une possibilité de comportements indépendants qui les mets en mesure d'agir sans tenir notablement compte des concurrents, acheteurs*

---

<sup>(223)</sup> Simões Patrício, *Direito...*, pág. 35.

<sup>(224)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(225)</sup> Sousa Franco, *Comunidades...*, pág. 307.

*et fournisseurs (...)*». Por seu lado o Tribunal sublinhou a possibilidade de uma empresa em posição dominante se opor a uma concorrência efectiva sobre o mercado no qual se situa <sup>(226)</sup>.

III. — No direito português o problema da definição da noção de posição dominante encontra-se, em parte, facilitada, pois o legislador procurou fornecer alguns critérios para a sua determinação.

O Artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 422/83 começa por distinguir posição dominante individual e posição dominante colectiva <sup>(227)</sup>, indicando, depois, para cada uma delas, uma definição (alíneas a) e b) do n.º 2) apoiada nas presunções contidas nas alíneas a) e b) do seu n.º 3 <sup>(228)</sup>.

Deste modo, e por força do Artigo 14.º n.ºs 1 e 2, entende-se que dispõem de posição dominante:

«a) a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes» <sup>(229)</sup>,

presumindo-se nessa situação:

«(...) a empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%».

b) Duas ou mais empresas que actuam no mercado sem que exista concorrência significativa entre elas ou sem que exista concorrência substancial por partes de terceiros;

---

<sup>(226)</sup> V. Acórdão *United Brands* de 14-2-1978 (Proc. n.º 27/76, *Rec.*, pág. 207), e Acórdão *Hoffman La Roche* de 13-2-1979 (Proc. n.º 85/76, *Rec.*, pág. 461).

<sup>(227)</sup> V. caso «*Dyrup*», Proc. 3/86, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, n.º 168, pág. 23.

<sup>(228)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(229)</sup> A nossa lei caracteriza assim a noção de posição dominante em «dois registos: a empresa em causa 'não sofre concorrência significativa', ou 'assume preponderância relativamente aos seus concorrentes'». V. Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência do Ano de 1987, in *Diário da República* de 29-9-1988, II Série, n.º 226, pág. 9028.

devendo presumir-se nessa situação:

*«(...) as empresas que detenham em conjunto no mercado nacional de determinado bem ou serviço:*

*i) uma participação igual ou superior a 30% tratando-se de 3 ou mais empresas;*

*ii) uma participação igual ou superior a 65% tratando-se de 5 ou menos empresas».*

IV. — Nenhuma das mencionadas presunções prejudica a noção genérica de posição dominante fornecida pelo legislador nas alíneas a) e b) do n.º 2 do Artigo 14.º <sup>(230)</sup>. Em qualquer caso, o passo fundamental para averiguar se uma empresa dispõe de posição dominante é, à semelhança do verificado no direito comunitário <sup>(231)</sup> <sup>(232)</sup>, a determinação do mercado relevante, em ambas as suas dimensões — material e geográfica —, e não o porte ou tamanho da empresa <sup>(233)</sup>. É, assim, perfeitamente pos-

---

<sup>(230)</sup> Deve-se isso à circunstância de ser impossível estabelecer um limiar rígido a partir do qual se possa marcar em termos definitivos a preponderância de uma empresa no respectivo mercado. O julgamento de existência de uma posição dominante deve, assim, apoiar-se frequentemente em certos núcleos complementares dos quais o Conselho da Concorrência destaca os seguintes:

— *«a obtenção duradoura de margens anómalas (não concorrenciais) de lucros;*  
— *«a manifesta superioridade da empresa no tocante a recursos financeiros, técnicos ou comerciais;*  
— *a existência de entraves, legais ou factuais, à entrada no mercado em questão».*

V. Relatório do Conselho da Concorrência para o Ano de 1987, in *Diário da República* de 29-9-1988, n.º 226, II Série, pág. 9029.

<sup>(231)</sup> Cfr. J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 251.

<sup>(232)</sup> V. Caso *Dyrup*, Proc. 3/86, e Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência para o Ano de 1987, in *Diário da República* de 29-9-1988, II Série, n.º 226, pág. 9026.

<sup>(233)</sup> O Conselho da Concorrência tem vindo a entender e a delimitar de forma bastante restrita a noção de mercado relevante. São a este respeito bem elucidativos os seguintes trechos extraídos do Relatório de Actividade daquele órgão para o Ano de 1987:

«A averguação da 'posição dominante' contemplada no art. 14.º do Dec.-Lei 422/83 tem como pré-requisito necessário a identificação do mercado relevante: o mercado relativamente ao qual se vai aferir a posição da empresa, com vista a indagar a sua eventual 'dominação'».

A delimitação geográfica do mercado não põe, na maioria dos casos, dificul-

sível a uma pequena unidade produtiva beneficiar de uma posição dominante no mercado se gozar de uma situação de quase monopólio, enquanto outra de muito maior volume pode, nou-

---

dades de grande monta. Já a sua definição qualitativa — i.e. em termos de produtos abrangidos — normalmente suscita problemas de análise jurídico-económica mais intrincados e de controversa solução.

Aceita-se geralmente como ponto de partida que, em cada situação concreta, o mercado de referência deve abranger todos os produtos (bens materiais ou serviços) que um adquirente normal, atendendo aos preços, às características qualitativas e à utilização que deles pretende fazer, considera idênticos; ou, noutra expressão, vê como substitutos muito próximos uns dos outros. É uma formulação aparentemente simples e linear; mas o exame da literatura e da jurisprudência pertinentes logo evidencia que o problema só por excepção se resolverá por mecânico recurso a esta ou qualquer outra formulação de sintético teor.

No caso *Wasteels* (anexo B-4, n.ºs 25 a 27) suscitou-se, de modo particularmente incisivo, esta questão, uma vez que a empresa era arguida de abuso de posição dominante nas suas práticas comerciais respeitantes aos transportes internacionais de passageiros nos chamados regimes BIJ e BIGT.

A instância de instrução e, posteriormente, o Conselho confirmaram o mercado de referência à compra/venda destes específicos serviços de transporte, e daí partiram para indagar a posição da *Wasteels*, vindo a considerá-la dominante.

A posição da empresa seria obviamente diferente, se englobados no mercado de referência todos os serviços de transporte ferroviário de passageiros: neste mercado mais amplo decresceria o peso relativo da *Wasteels*. E mais se diluiria se fossem incluídos num só mercado os vários «modos» de transporte de pessoas: aéreos, rodoviários e ferroviários. Este último foi, aliás, o entendimento sustentado pela empresa arguida e que o Conselho não aceitou. As diferenças entre os serviços oferecidos pelos distintos modos de transporte são de tal monta — no tocante a preços, a rapidez, a comodidade, a segurança, ao acesso directo a dadas zonas ou locais —, que esse «produtos» não podem ter-se como amalgamados num mesmo e único mercado.

No simples terreno dos transportes ferroviários, o Conselho adoptou uma delimitação ainda mais estrita para o mercado relevante: entendeu que os serviços de transporte titulados por bilhetes BIJ e BIGT têm especificidades bastantes para definir um mercado próprio e relevante. Daí resultou a qualificação da *Wasteels* como empresa dominante nesse mercado: essencialmente pelas suas altíssimas quotas de vendas daqueles serviços, e pela persistência de grandes obstáculos factuais à entrada, como «grossista» credenciado, no mercado BIJ e BIGT.

Também no processo *Martini & Rossi* (anexo B-2), o Conselho se inclinou para uma definição estrita do mercado relevante, perfilhando um critério de «substituição muito próxima» entre os produtos susceptíveis de se integrarem num só mercado de referência. A tese da arguida, que englobava os produtos *Martini* num mercado de «aperitivos alcoólicos», não foi aceite pelo Conselho, que veio a preferir-lhe uma delimitação em termos de vermouths, por entender que este tipo de bebida tem suficiente especificidade para constituir um mercado.

tro sector do mercado, em virtude do número de concorrentes existentes, não influir de forma significativa sobre a concorrência <sup>(234)</sup>.

b) *Noção de exploração abusiva*

I. — No tocante à noção de exploração abusiva existe, ao contrário do verificado a propósito do conceito de posição dominante, nenhum indício na lei acerca dos seus contornos. Justifica-se, por isso, uma vez mais, o recurso ao ensinamento da jurisprudência e doutrina comunitárias <sup>(235)</sup>, que se poderá sintetizar na seguinte fórmula: há abuso de exploração quando uma empresa consegue para si, em detrimento de outrem, vantagens que não conseguiria se houvesse uma concorrência efectiva <sup>(236)</sup>; ou quando *entrave substancialmente a concorrência deixando apenas subsistir as empresas dependentes, no comportamento, das empresas dominantes* <sup>(237)</sup>.

II. — Para ser abusiva a conduta da empresa em posição dominante não tem, porém, de constituir num comportamento anormal — relativamente ao ditado pela concorrência efectiva — expressamente dirigido aos seus parceiros comerciais <sup>(238)</sup>.

Conforme considerou o Tribunal das Comunidades no Acórdão «*Continental can*», existe, de um modo geral, abuso em todos os casos de exercício de influência sobre a estrutura do mercado, com a conseqüente redução da concorrência nele subsistente; e mais explicitamente no Acórdão «*Hoffman La Roche*»: «(...) a noção de exploração abusiva é uma noção objectiva visando os comportamentos de uma empresa em posição dominante que sejam de natureza a influenciar a estrutura de mercado (...)» <sup>(239)</sup>.

---

<sup>(234)</sup> Gide, Loyrette e Nouel, *Droit...*, pág. 11.

<sup>(235)</sup> Tanto mais que o Artigo 86.º do Tratado de Roma contém alguns exemplos de exploração abusiva.

<sup>(236)</sup> Simões Patrício, *Direito...*, pág. 108.

<sup>(237)</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>(238)</sup> J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 252.

<sup>(239)</sup> Proc. 85/76, *Rec.*, pág. 461.

Conclui-se, assim, à semelhança do que sucedeu relativamente ao conceito de posição dominante, também pela essencialidade da análise e determinação do mercado relevante, pois é ela que nos permitirá constatar se o comportamento em questão é ou não susceptível de reduzir a concorrência existente, não fora a conduta da empresa em posição dominante <sup>(240)</sup>.

#### 2.4.) *Sanções, a determinação da medida da pena*

I. — Confrontado com a eventual existência de uma prática anti-concorrencial, o Conselho da Concorrência pode, na sua decisão adoptar um dos seguintes comportamentos <sup>(241)</sup>:

- a) ordenar o arquivamento do processo;

---

<sup>(240)</sup> No tocante às decisões da Comissão da C.E.E., é possível constatar a existência de dois métodos de apreciação do abuso: 1) em certos casos uma prática é considerada abusiva porque a empresa em posição dominante pode fazer abstracção da concorrência; 2) noutros, o comportamento é abusivo porque a empresa modifica as condições estruturais de concorrência. V. J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 253.

<sup>(241)</sup> Apesar de ser à Direcção-Geral da Concorrência e Preços que compete identificar as práticas susceptíveis de violarem a legislação sobre concorrência e instituir os processos quando tome conhecimento da existência de infracções, é o Conselho da Concorrência o órgão encarregado de decidir esses mesmos processos. A possibilidade de o Supremo Tribunal de Justiça se pronunciar sobre as decisões do Conselho da Concorrência que apliquem coimas tem-se mostrado controvertida na doutrina. Assim, para Gabriel Ribeiro, a referência do Artigo 34.º n.º 1 à lei geral indica a susceptibilidade de recurso para o Supremo (Gabriel Ribeiro, *Defesa...*). De forma diversa, Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX. Não assim para Robalo Cordeiro, que considera dever apresentar-se recurso perante o próprio Conselho e depois, sucessivamente, no Tribunal de 1.ª Instância e no Tribunal da Relação.

Semelhante posição deve-se, sem dúvida, à interpretação que Robalo Cordeiro faz da expressão «nos termos da lei geral» contida no Artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Segundo este autor, ao falar em «lei geral», o legislador estaria a remeter para o Decreto-Lei n.º 433/83 que, de acordo com o disposto no Artigo 28.º do Decret-Lei 422/83, deverá reger, com as necessárias adaptações, o processo relativo às contra-ordenações previstas na legislação disciplinadoras da concorrência.

Em nossa opinião, a razão assiste a Gabriel Ribeiro. Em primeiro, porque se ao caso se aplicasse o Decreto-Lei n.º 433/83 seria justamente por força do citado Artigo 28.º. O legislador não teria necessidade de o repetir no Artigo 34.º. Em segundo lugar, porque o sentido atribuído por Robalo Cordeiro à nomenclatura «lei geral»

- b) notificar o infractor para tomar as providências necessárias à cessação da prática restritiva da concorrência ou seus efeitos no prazo que lhe for estabelecido;
- c) aplicar uma das coimas previstas no Decreto-Lei n.º 422/83;
- d) proceder à notificação para que seja posto termo à prática restritiva da concorrência e, simultaneamente, aplicar uma coima.

II. — O montante das coimas a aplicar encontra-se estabelecido no Artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 422/83 <sup>(242)</sup>. Por sua vez, o Artigo 17.º do mesmo diploma fornece alguns critérios para ajudar à determinação da medida da coima. São eles:

- a gravidade da contra-ordenação;
- a dimensão da empresa ou empresas envolvidas;
- a relevância da posição do agente no mercado.

Além destes factores a ter, por expressa determinação da lei, em consideração na fixação da medida da punição, o Conselho da Concorrência tem destacado, a partir da análise das suas próprias decisões <sup>(243)</sup>, algumas circunstâncias atenuantes da responsabilidade contra-ordenacional das empresas. Entre estas cabe sublinhar a manifesta intenção patenteada pelos arguidos ao longo do processo, de cumprir a lei, procurando adaptar as respectivas

---

contraria o seu significado corrente. Em terceiro lugar, porque limitaria à segunda instância a apreciação dos casos de maior interesse económico. (Acerca deste ponto, assim como dos problemas relativos à posição de terceiros em processo de concorrência, v. Isabel Jalles, *A Lei...*, in *Concorrência...*, pág. 59 e segs).

<sup>(242)</sup> Estabelece-se nesse Artigo, sob a epígrafe «Punições», que:

«1 — *As práticas previstas nos artigos 13.º e 14.º constituem contra-ordenação punível com coima de 50.000.000\$.*

2 — *As práticas descritas nos artigos 4.º, 6.º e 11.º constituem contra-ordenação punível com coimas de 25.000\$ a 1.000.000\$.*

3 — *A violação do disposto nos artigos 8.º e 9.º constitui contra-ordenação punível com coima de 10.000\$ a 100.000\$».*

<sup>(243)</sup> V. Relatório de Actividade do Conselho do Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 11; e Processo 3/85, 4/85, 5/85, 2/86, 4/86 e 5/86.

condutas à realização dos objectivos do Decreto-Lei n.º 422/83; o facto de as empresas terem recorrido aos mecanismos de controlo prévio constantes da Portaria 820/84, logo depois da publicação desta; ou, mesmo antes da referida publicação, a circunstância de as empresas terem realizado diligências no sentido de apurar a compatibilidade dos seus comportamentos com o estabelecido na lei de defesa da concorrência.

III. — O apelo à noção de gravidade da contra-ordenação feita pelo Artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 422/83, bem como a indicação e enumeração pelo Conselho da Concorrência de circunstâncias atenuantes da culpa do infractor, podem surpreender. É que, sob pena de se prejudicar o efeito útil da lei de defesa da concorrência, a culpa do agente não deve ter-se por relevante na individualização e proibição da prática restritiva da concorrência.

Mas só assim se deverá entender enquanto o objectivo imediato da aplicação da lei for exclusivamente o da manutenção da concorrência efectiva<sup>(244)</sup>, não já quando ela for aplicada com a finalidade de penalizar as infracções de ordenação social<sup>(245)</sup>. No primeiro caso, a culpa é irrelevante. No segundo, a apreciação da eventual ilicitude de um comportamento desdobra-se, à semelhança do direito penal num duplo juízo, de ilicitude objectiva e de culpa<sup>(246)</sup>.

## 2.5. *As excepções*

I. — Como vimos, o legislador português optou claramente por um regime no qual a defesa da concorrência é entendida não de forma abstracta, mas em concreto, enquanto modo de realização de determinados objectivos de desenvolvimento<sup>(247)</sup>. Em

---

<sup>(244)</sup> V. *supra*, pág. 18 e ss..

<sup>(245)</sup> V. Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, n.º 226, pág. 9.

<sup>(246)</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>(247)</sup> V. *supra*, pág.

consequência da referida concepção, não só não surpreende, como é seu corolário lógico, a admissão de excepções ao princípio geral da proibição das práticas restritivas da concorrência.

Deste modo, a nossa lei tolera, por força do Artigo 15.º, determinados comportamentos que, apesar de, em tese, susceptíveis de falsearem a concorrência, se mostram capazes de promoverem o desenvolvimento técnico ou económico.

É da análise desse preceito que cuidaremos de seguida.

### 2.5.1. *A declaração negativa* <sup>(248)</sup>

I. — Frequentemente confundido com a isenção individual <sup>(249)</sup>, o pedido de declaração negativa <sup>(250)</sup> tem por finalidade a verificação por parte do Conselho da Concorrência, a requerimento dos agentes económicos interessados, de que, atendendo aos elementos disponíveis, não se justifica a aplicação do Decreto-Lei n.º 422/83, por não haver infracção às regras de defesa da concorrência.

---

<sup>(248)</sup> A bem dizer, não estamos aqui perante qualquer excepção à aplicação das regras de defesa da concorrência, pois, nos casos abrangidos pela declaração negativa, elas nem chegam a ter a pretensão de ser aplicadas. Todavia, por razões de comodidade sistemática e para melhor permitir o estabelecer de distinções entre esta figura e outras próximas — elas, sim, verdadeiras excepções —, optámos por tratar a declaração negativa na rubrica «*As excepções*». Adopta idêntica atitude, embora sem qualquer ressalva do tipo da nossa, Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 124 e segs. V. igualmente Van Damme que, a pretexto de distinguir as várias formas de isenção da declaração negativa, dedica também alguma atenção a esta última numa das secções do seu livro, intitulada «*Conditions d' exemption*». V. Van Damme, *La Politique...*, págs. 225 e 250. A prática de proceder à análise conjunta das declarações negativas, isenções individuais e isenções por categorias é mesmo muito frequente, apesar de, na maior parte dos casos, a perspectiva de abordagem destas matérias ser diferente. Cfr., por exemplo, Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 215 e segs.

<sup>(249)</sup> V. *infra*, pág. 53 e ss..

<sup>(250)</sup> Sobre este tema pode ver-se, entre muitos outros, nomeadamente: Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 392 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 125 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 218.

A possibilidade de formulação deste pedido consta do n.º 3 do Artigo 15.º, segundo o qual: «*Por portaria conjunta dos Ministérios da Agricultura, Florestas e Alimentação, da Indústria e Energia, e do Comércio e Turismo, sob proposta do Conselho da Concorrência, poderão ser estabelecidas condições em que, a pedido das empresas e associações de empresas, o Conselho da Concorrência certifique que, com base nos factos em sua posse, não há lugar à aplicação dos Artigos 13.º e 14.º*».

Para dar cumprimento ao disposto neste preceito, foi publicada a Portaria n.º 820/84, que permite ao Conselho, quando solicitado, declarar a legalidade de qualquer acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada.

II. — A lógica do sistema legal português é, assim, em quase tudo, semelhante à do direito comunitário <sup>(251)</sup>, exigindo ambos os direitos um pedido das empresas interessadas com vista à obtenção da declaração de legalidade. O alcance desta declaração de igualdade parece, igualmente, ser o mesmo nos dois ordenamentos jurídicos, pois, em qualquer deles, a declaração negativa apenas produz efeitos no quadro dos elementos trazidos ao conhecimento dos órgãos com competência para declarar a legalidade dos comportamentos submetidos à sua apreciação <sup>(252)</sup>.

III. — Têm sido algumas as dificuldades sentidas por certos agentes económicos na observância deste esquema, levando-os a fazer uma utilização incorrecta da Portaria n.º 820/84 <sup>(253)</sup>. De

---

<sup>(251)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...* in *Revista...*, XXIX, pág. 126.

<sup>(252)</sup> No caso português, essa solução parece resultar não só do próprio teor da lei, mas também das decisões proferidas pelo Conselho da Concorrência, ao abrigo da Portaria 820/84, onde se sublinha sempre que a decisão é proferida em função dos elementos disponíveis. V., por exemplo, a Declaração de Inaplicabilidade relativa a um pedido de controle prévio da «Centralcer-Central de Cervejas, E.P.», in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 33.

<sup>(253)</sup> Num outro plano discutiu-se no direito comunitário a distinção entre declarações negativas fortes, concedidas às coligações que não afectam a concorrência (devendo por isso limitar a acção das autoridades nacionais), e as declarações negativas fracas, emitidas face à ausência de afectação do comércio entre os Estados membros. V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 126, nota 152.

facto, determinadas empresas usam o mecanismo do controle prévio não para obterem a declaração de legalidade de uma dada conduta, mas como forma de denúncia, junto do Conselho da Concorrência, de acordos a que não pretendem continuar vinculadas. Confrontado com esta atitude, aquele órgão tem adoptado uma de duas posições: ou os requerentes reformulam o pedido em harmonia com o espírito da Portaria 820/84, ou seja, em termos de permitir a conclusão que pretendem a declaração de legalidade (e justificação) do comportamento; ou apenas pretendem ver reconhecida a sua ilegalidade e, então, o Conselho, em cumprimento do disposto no n.º 2 do Artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 422/83, limita-se a participar os factos à Direcção-Geral da Concorrência e Preços <sup>(254)</sup>, para efeitos de eventual instauração de um processo de contra-ordenação.

### 2.5.2. *As isenções individuais* <sup>(255)</sup>

I. — De acordo com o n.º 1 do Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83, «(...) poderão ser consideradas justificadas as práticas restritivas da concorrência que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que reservem aos utilizadores de tais bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante (...)».

O legislador português, importando, assim, um princípio do direito comunitário <sup>(256)</sup>, admitiu a possibilidade de certas práticas restritivas da concorrência serem consideradas lícitas, na condição de preencherem determinados requisitos fixados na

---

<sup>(254)</sup> V. Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, Anos de 1984 e 1985, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, pág. 9.

<sup>(255)</sup> Existe quem, para distinguir e tornar mais clara a diferença entre isenção individual e declaração negativa, prefira falar respectivamente em declaração de inaplicabilidade e em declaração de legalidade. V., por todos: Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, págs. 217 e 218.

<sup>(256)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 127.

lei <sup>(257)</sup>. É usual agrupar esses requisitos em duas categorias. A primeira compreende os chamados requisitos positivos. A segunda engloba os requisitos negativos <sup>(258)</sup>.

Em sentido positivo, exige-se que a coligação contribua para melhorar a produção ou distribuição ou reservar aos utilizadores uma parte equitativa do benefício por ela proporcionado. Em sentido negativo, a «*entente*» não deve impor restrições desnecessárias da concorrência nem eliminá-la numa parte substancial do mercado.

II. — Vejamos mais detidamente em que consistem os requisitos de justificação dos comportamentos restritivos da concorrência, começando por abordar os requisitos positivos.

— «*Melhorar a produção ou a distribuição ou promover o progresso técnico ou económico*».

É praticamente impossível determinar de maneira rigorosa e concreta o conteúdo deste requisito de aplicação do n.º 1 do Artigo 15.º, como o prova a atitude de grande flexibilidade adoptada a este respeito pelas autoridades comunitárias <sup>(259)</sup>. Pode, contudo, afirmar-se não ser necessária, à face do texto da lei, e tal como tem sido sustentado doutrina europeia, a realização simultânea de todos os objectivos mencionados — ou seja, o alcançar ao mesmo tempo a melhoria de produção, distribuição e a promoção do progresso técnico e económico —, bastando,

---

<sup>(257)</sup> A questão das isenções individuais tem merecido a atenção de inúmeros autores. Destacamos: Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 321 e segs.; Van Damme, *La Politique...*, pág. 226 e segs.; Frédéric Jenny e André-Paul Weber, *La Concorrence...*, pág. 67 e segs.; António José Mota, *O Know-How...*, pág. 99 e segs.; J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 320 e segs.; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 377 e segs.; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 127 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 221 e segs.

<sup>(258)</sup> V., por exemplo, Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 321 e segs.; António José Mota, *O Know-How...*, pág. 101 e segs.; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 378; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 127.

<sup>(259)</sup> V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 127.

ao contrário, que as vantagens se refiram a apenas alguns deles <sup>(260)</sup> <sup>(261)</sup>.

— «Reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro».

Não basta, para que uma prática restritiva possa ser considerada justificada, uma melhoria do progresso económico ou técnico em proveito das empresas ou mesmo da colectividade. É, ainda, indispensável que o benefício se repercuta, na realidade, no circuito económico do bem ou serviço, alcançando os respectivos utilizadores, sejam eles produtores, distribuidores ou consumidores. No tocante à natureza do benefícios, deve adoptar-se uma atitude de grande maleabilidade e flexibilidade <sup>(262)</sup> <sup>(263)</sup>. A título de exemplo, podem referir-se como benefícios julgados suficientes para permitir a justificação de uma coligação: a baixa de preços, melhoria da qualidade do produto, alargamento da escolha, etc. <sup>(264)</sup>.

---

<sup>(260)</sup> Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 381. No mesmo sentido, v. ainda a Declaração de Inaplicabilidade proferida pelo Conselho da Concorrência, ao abrigo da Portaria 820/84, a requerimento da «Sociedade Moura e Fortes, Lda.», in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, pág. 23.

<sup>(261)</sup> J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 322; e Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 383.

Diferente é a questão de saber se as várias alíneas do n.º 1 do Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83 são de aplicação cumulativa ou alternativa. Não existem dúvidas a este respeito: só poderão considerar-se justificados os comportamentos que satisfaçam em simultâneo todas as alíneas do n.º 1 do Artigo 15.º.

<sup>(262)</sup> Cfr. nomeadamente: J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 322; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 383; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 226.

<sup>(263)</sup> No que respeita à experiência portuguesa nesta matéria aonde se confirmam as soluções avançadas pela doutrina europeia: Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, Anos 1984 e 1985, in *Diário da República* de 1-10-86, II Série, n.º 226, págs. 12 e segs. e 23, e o Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, n.º 168, pág. 28 e segs.

<sup>(264)</sup> No direito comunitário, a efectiva realização destes benefícios não tem sido considerada necessária, bastante uma possibilidade objectiva para as melhorias terem lugar. Neste sentido, v. entre muitos outros: J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 321; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 128.

— «*As restrições devem ser indispensáveis para atingir os objectivos pretendidos pela prática restritiva*».

Para se justificar uma prática restritiva da concorrência, é, como vimos, necessário que ela produza certas vantagens de que irão beneficiar os utilizadores do produto objecto do comportamento restritivo. Mas isso não é suficiente. A lei exige, ainda, um elo de proporcionalidade entre as vantagens e desvantagens da conduta a justificar <sup>(265)</sup>: as desvantagens têm de ser absolutamente indispensáveis para atingir os objectivos propostos <sup>(266)</sup>. É este o primeiro dos requisitos negativos de justificação de uma coligação.

Embora seja extremamente difícil formular, com base num raciocínio indutivo, construído a partir das decisões proferidas sobre esta matéria pelo Conselho da Concorrência, juízos genéricos e concludentes, parece já possível considerar sempre como injustificadas, porque desproporcionadas, as garantias territoriais absolutas e a obrigação de aprovisionamento exclusivo, com sobreposição de exclusividade de venda <sup>(267)</sup>.

— «*Ausência de eliminação da concorrência numa parte substancial do mercado*».

É este o último dos requisitos exigidos pelo n.º 1 do Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Com ele, pretende-se garantir a possibilidade de os produtos concorrentes poderem continuar a ser oferecidos no mercado <sup>(268)</sup>. Por produtos concorrentes deve entender-se, de acordo com a doutrina comunitária, «*não só os produtos da mesma natureza dos que constam no contrato, mas também os produtos sucedâneos, isto é, aqueles que, ainda que*

---

<sup>(265)</sup> V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 129; e Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, in *Diário da República* de 29-9-1988, II Série, n.º 226, pág. 9028.

<sup>(266)</sup> Donde a possibilidade de se estabelecerem limites temporais à declaração de isenção.

<sup>(267)</sup> Neste sentido, v. por exemplo: caso «Unicer» e caso «Centralcer». Cfr. igualmente Relatório de Actividade do Conselho de Concorrência, Ano de 1986, in *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, 2.º Suplemento, n.º 168, pág. 13.

<sup>(268)</sup> *Idem, Ibidem.*

indiferentes, possam responder às mesmas necessidades, a preços iguais ou inferiores» <sup>(269)</sup>.

III. — Apurados cada um destes requisitos, torna-se necessária a realização de um balanço económico <sup>(270)</sup> entre as desvantagens (ou seja, as restrições à concorrência) e as vantagens (satisfação das condições positivas e negativas de aplicação do Artigo 15.º). Se o balanço da isenção será concedida, seguindo-se portanto, entre nós, um modelo muito semelhante ao consagrado pelo direito comunitário <sup>(271)</sup> <sup>(272)</sup>.

### 2.5.3. *As isenções por ramos de actividade.*

I. — A última das excepções à aplicação das regras de defesa da concorrência prevista na lei respeita às isenções por ramos de actividade admitidas pelo n.º 4 do Artigo 15.º, que se podem aproximar das isenções por categoria <sup>(273)</sup> do direito comunitário.

---

<sup>(269)</sup> Goldman e Lyon-Caen *Apud* Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 129.

<sup>(270)</sup> A propósito do modo de elaboração do balanço económico e dos problemas que suscita, pode ver-se entre nós: Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 216 e segs.. Na doutrina estrangeira cfr.: J. Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, págs. 322 e segs.

<sup>(271)</sup> Existe, contudo, uma importante diferença entre o direito português e a legislação comunitária, pois, enquanto a apresentação de um pedido de declaração de inaplicabilidade (isenção individual) é entre nós facultativa, por força do Tratado de Roma ela é obrigatória. Cfr. sobre este assunto: Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência, Anos 1984 e 1985, in *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, 3.º Suplemento, n.º 226, pág. 9; e Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 218.

<sup>(272)</sup> Acerca das condições necessárias à concessão de uma isenção individual, pode ver-se, de um modo geral, a bibliografia citada *supra*, pág. ?, nota ainda Cfr. Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência de 1987, in *Diário da República*, II Série, n.º 226, pág. 9028.

<sup>(273)</sup> Para um estudo deste tipo de isenções, v. Berthold Goldman, *Droit...*, pág. 334 e segs.; Lipstein, *The Law...*, pág. 208 e segs.; Van Damme, *La Politique...*, pág. 234 e segs.; Alan Campbell, *Ec. Competition...*, pág. 57 e segs.; António José Mota, *O Know-How...*, pág. 113 e segs.; Schapira, G. Le Tallec e J.B. Blaise, *Droit...*, pág. 330; Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 384 e segs.

rio. Existe, contudo, uma profunda diferença entre elas, pois as isenções por categoria aplicam-se às coligações que correspondam a um determinado tipo abstracto de acordos, enquanto, no direito português, as isenções previstas no n.º 3 do Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83 respeitam, nos termos da lei, a ramos de actividade.

II. — Por não ter ainda sido publicada nenhuma Portaria ao abrigo deste preceito — e, por conseguinte, não ter sido concedida nenhuma isenção deste tipo —, é impossível avançar mais na análise deste questão. Sublinham-se apenas as enormes dificuldades que decerto se levantarão na prática à concessão de isenções abrangendo, não categorias de acordos ou comportamentos, mas ramos de actividade <sup>(274)</sup>. Aguardemos! <sup>(275)</sup>.

---

<sup>(274)</sup> Pode, além disso, esperar-se que o alcance das Portarias, a serem publicadas ao abrigo do n.º 4 do Artigo 15.º não vá além do estabelecimento de uma simples presunção de balanço económico positivo que não impedirá o Conselho da Concorrência de atacar as práticas que não obedecem às condições exigidas. Nesta direcção, também pode ver-se: Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 132; e Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 283.

<sup>(275)</sup> Do 3.º Relatório de Actividade do Conselho da Concorrência consta um Parecer daquele órgão sobre uma proposta de Portaria para a isenção «por categoria» dos contratos relativos à distribuição e serviço de venda e após venda de veículos automóveis. Apesar de se ter pronunciado negativamente sobre a utilidade e oportunidade da proposta de Portaria — a declaração genérica de aplicabilidade das leis da concorrência a certos tipos de acordos só deverá ser feita após variadas e frequentes apreciações casuísticas dos contratos em questão —, o Conselho pareceu admitir, neste seu Parecer, a possibilidade de concessão de verdadeiras isenções por categoria, à semelhança do verificado no direito comunitário, não obstante a lei falar em isenções por ramos de actividade. Será, talvez, esta a forma estranha, e de duvidosa legalidade, encontrada para ultrapassar as dificuldades que se levantariam com o rigoroso cumprimento do disposto no n.º 4 do Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 422/83.

### 3. *As semelhanças e diferenças entre o direito comunitário e o direito português*

#### 3.1. *As semelhanças entre os dois ordenamentos jurídicos*

I. — O direito comunitário da concorrência constitui, como se sabe, uma das principais fontes de inspiração do legislador português <sup>(276)</sup>. Compreende-se, assim, a existência de inúmeros pontos de contacto e semelhanças entre o Decreto-Lei n.º 422/83 e as regras relativas à concorrência contidas no Tratado C.E.E.

II. — A primeira de entre elas respeita à noção de concorrência acolhida em ambas as legislações. De facto, tal como vimos anteriormente, quer o direito português, quer o direito comunitário, acolhem um conceito de concorrência enquanto meio ao serviço de determinados fins, e não enquanto fim em si mesmo <sup>(277)</sup>, opção com enormes repercussões nas soluções consagradas por ambos os legisladores <sup>(278)</sup>.

De igual modo, no que respeita à delimitação do âmbito de aplicação das duas leis de defesa da concorrência, verifica-se alguma proximidade. Em qualquer das hipóteses, mostra-se necessário distinguir um âmbito de aplicação material e outro territorial <sup>(279)</sup>.

III. — Quanto às chamadas práticas colectivas ou clássicas, as semelhanças são, no respeitante às grandes linhas de orientação, mais do que evidentes. A noção de coligação constante do Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83 é a mesma do Artigo 85.º do Tratado C.E.E. <sup>(280)</sup>, exigindo-se em ambos os preceitos que elas tenham «*por objecto ou por efeito falsear ou restringir a*

---

<sup>(276)</sup> V.; por todos, Gabriel Ribeiro, *Defesa...*, comentário ao Artigo 1.º, pág. 7.

<sup>(277)</sup> V. *supra*, pág.

<sup>(278)</sup> Recordem-se as várias excepções à aplicação das regras de defesa da concorrência. Cfr. *supra*, pág.

<sup>(279)</sup> V. *supra*, pág.

<sup>(280)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 93.

concorrência». Por seu lado, o nosso Artigo 14.º segue o exemplo do Artigo 86.º do Tratado de Roma, ao tolerar a existência de posições dominantes no mercado, e reprimir tão só o seu abuso.

Passando da noção genérica de coligação para os conceitos comportamentos tipificados e vedados às empresas pelas várias alíneas do n.º 1 do Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83 e do n.º 1 do Artigo 85.º do Tratado de Roma, a similitude entre direito português e direito comunitário da concorrência reforça-se, ainda, mais.

Confrontemos os dois Artigos.

O Artigo 13.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83 enuncia, a título exemplificativo, os seguintes comportamentos susceptíveis de restringirem a concorrência no território português <sup>(281)</sup>:

*«1 — São consideradas práticas restritivas da concorrência os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, no todo ou em parte, do mercado nacional de bens e serviços, nomeadamente as que se traduzam em:*

*a) Fixar ou recomendar, directa ou indirectamente, os preços de compra ou de venda e, bem assim, outras condições das transacções efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;*

---

<sup>(281)</sup> São escassos os trabalhos dedicados ao estudo dos comportamentos descritos e proibidos pelo n.º 1 do Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83. Algumas das práticas previstas nesse preceito aproximam-se bastante, agora sob a forma comportamentos colectivos, das condutas compreendidas na secção II do capítulo I do Decreto-Lei n.º 422/83, pelo que é possível extrair alguns elementos complementares de informação do estudo por nós feito a propósito dessas condutas. No tocante à doutrina comunitária, as coisas apresentam-se, significativamente, de modo diferente, sendo esta uma questão que tem dado origem, em sede de direito comunitário, a largas páginas — embora a maior parte das obras de carácter geral por nós consultadas se mostrem omissas quanto a este ponto. Para uma primeira abordagem pode todavia, ver-se: Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 370 e segs.; Xavier de Roux e Dominique Voillemot, V.º *Concurrence...*, in *Dictionnaire...*, II, pág. 47 e segs.; e, entre nós, Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 111 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Bangy, *Direito...*, pág. 139 e segs.

- b) *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) *Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) *Aplicar, sistemática ou ocasionalmente, condições discriminatórias de preço ou outras em prestações equivalentes;*
- e) *Recusar, directa ou indirectamente, sem justificação, a compra ou a venda de bens e a prestação de serviços, nomeadamente em virtude de discriminação em razão da pessoa do comprador ou do vendedor;*
- f) *Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos».*

Por sua vez, o Artigo 85.º do Tratado de Roma enumera os que seguem:

«1 — São incompatíveis com o mercado comum e proibidos quaisquer acordos entre empresas, quaisquer decisões de associações de empresas e quaisquer práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objecto ou como efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum, e nomeadamente as que consistem em:

- a) *Fixar de forma directa ou indirecta os preços de compra ou de venda, bem como outras condições de transacção;*
- b) *Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) *Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) *Aplicar, em relação a parceiros comerciais, condições desiguais em prestações equivalentes, infligindo-lhes dessa forma uma desvantagem na concorrência;*
- e) *Subordinar a celebração de contratos à aceitação, pelos parceiros, de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos».*

O confronto destes dois preceitos evidencia, com clareza, a existência de uma enorme similitude entre as alíneas b), c), d)

e f) do Artigo 13.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83, e as alíneas b), c), d) e e) do Artigo 85.º n.º 1 do Tratado C.E.E. <sup>(282)</sup>.

IV. — Começando pelas alíneas b) dos dois preceitos, é fácil de constatar uma total identidade de redacção entre elas, acompanhada de igual identidade de objectivos: a tutela e salvaguarda da independência dos agentes económicos, através da proibição dos acordos por força dos quais as empresas poderiam ver-se impedidas de intervir no mercado nas suas condições normais de exploração.

Por esse motivo, os acordos visando a fixação de quotas de produção ou o estabelecimento de proibições de explorar novas invenções, de exportar, importar, assim como os acordos de investigação em comum são, de modo geral, proibidos quer pelo direito comunitário, quer pelo direito português.

V. — A alínea c) do Artigo 13.º n.º 1 e a alínea c) do Artigo 85.º proíbem a repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento. No âmbito do direito comunitário existe abundantíssima literatura sobre este tema e grande número de decisões proferidas pelos órgãos encarregados de velar pelo cumprimento das regras da concorrência. No plano horizontal, o combate das autoridades comunitárias reporta-se sobretudo, aos acordos de protecção territorial, cuja finalidade é a repartição geográfica dos mercados entre várias empresas <sup>(283)</sup>. No plano vertical, avultam os contratos de distribuição exclusiva e de compra exclusiva <sup>(284)</sup> <sup>(285)</sup> que, apesar de importarem enormes restrições à

---

<sup>(282)</sup> Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág.

<sup>(283)</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>(284)</sup> Cfr. Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 374.

<sup>(285)</sup> Embora se procure combater em qualquer das alíneas a exclusividade nos mais diversos tipos de contratos, e não apenas nos casos de distribuição ou de compra. Sobre este assunto, v. por exemplo: Philip Bessis, *Le Contrat de Franchisage. Notions Actuelles et Apport du Droit Européen*, Paris, pág. 17; K. Lipstein, *The Law...*, pág. 210; Robert Lecourt, *L' Europe...*, pág. 88 e segs.; Frédéric Jenny e André-Paul Weber, *La Concurrence...*, pág. 30; Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 112 e segs.; Eduardo Galau Corona, *Los contratos de*

concorrência, não são objecto de uma proibição absoluta, podendo, entre outros aspectos, beneficiar do disposto no n.º 3 do Artigo 85.º<sup>(286)</sup>. Entre nós é bastante menor apesar de já

---

Franchising ante el Derecho Comunitario Protector de la Libre Competencia, in «*R.I.E.*», Madrid, 1986, vol. 13, n.º 3, pág. 687 e segs.; Belmira Martins, Maria José Bicho e Azzem Bangy, *Direito...*, pág. 155 e segs.; Xavier de Roux e Dominique Voillemot, V.º *Concurrence...*, in *Dictionnaire...*, II, pág. 68 e segs.; e ainda Anotação ao Acórdão «*Pronuptia*» de 28-1-1986 (Proc. 161/84), in «*R.T.D.E.*», Abril-Junho de 1986, pág. 299 e segs.

<sup>(286)</sup> O Tribunal das Comunidades indicou no Acórdão LTM/MBU os seguintes critérios que, em seu entender, melhor servem para apreciar a existência de uma violação da concorrência nos contratos de concessão exclusiva: a natureza dos produtos abrangidos; a posição e relevo das empresas intervenientes; o carácter isolado do acordo ou acompanhado de uma multiplicidade de outros acordos; a austeridade das cláusulas dirigidas a proteger a exclusividade. A protecção territorial absoluta tem sido sempre rejeitada e proibida. V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 114. Em Portugal, o Conselho da Concorrência proferiu já um número significativo de decisões relativas a comportamentos abrangidos pela alínea c) do Artigo 13.º donde se pode concluir pela proibição de acordos de distribuição exclusiva com garantia territorial absoluta. Sobre este assunto, v. as decisões do Conselho da Concorrência, de 16-12-1985, relativa ao processo de contra-ordenação n.º 1/85, assim como a relativa aos processos de contra-ordenação n.ºs 3/85, 4/85 e 5/85. V., respectivamente, *Diário da República* de 1-10-1986, II Série, n.º 226, pág. 11 e segs.; o *Diário da República* de 24-7-1987, II Série, n.º 168, pág. 15 e segs).

A este respeito mostram-se particularmente interessantes as seguintes considerações do Conselho da Concorrência

«(...)

No processo de contra-ordenação 3/87 (anexo B-4) verificou-se que a arguida celebrara acordos bilaterais com empresas situadas a jusante no processo económico através dos quais estas empresas se obrigavam a comprar determinados tipos de bilhetes para transporte de passageiros em caminhos de ferro apenas à arguida. Estes acordos verticais de compra exclusiva são, logo pelo seu objecto, restritivos da concorrência: visam impedir que outras empresas situadas no mesmo estágio económico da arguida com ela possam competir. Obrigadas contratualmente a adquirir os bilhetes à arguida sob pena de denúncia do acordo às empresas situadas a jusante na cadeia económica está vedada a procura desses bilhetes (eventualmente em melhores condições) noutras fontes. Está, assim, afectada a concorrência.

Mas estes acordos de compra exclusiva são potenciadores de outras consequências ainda mais gravosas em matéria de concorrência. Efectivamente, eles não só dificultam o acesso de outras empresas ao mercado, como podem levar à eliminação de empresas já estabelecidas. Se, a título de exemplo, um produtor, com capacidade para o efeito, celebrar acordos de compra exclusiva com os agentes económi-

significativo, o número de decisões proferidas pelo Conselho da Concorrência relativamente a eventuais acordos de repartição dos mercados ou fontes de aprovisionamento. Em todas elas tem-se feito sentir, de um modo ou de outro, a influência da bem mais rica experiência comunitária, nomeadamente no que concerne à delimitação dos critérios de aplicação do Artigo 15.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 422/83 aos contratos de exclusivo.

---

cos distribuidores de determinado bem ou serviço, ele reduz drasticamente ou torna mesmo inexistente a quota de mercado de outro produtor desse bem ou serviço, impedindo-o de se estabelecer ou obrigando-o retirar-se do mercado.

Este exemplo serve para melhor se compreender a razão pela qual os acordos de exclusividade são 'perseguidos' e censurados pelos ordenamentos de defesa da concorrência. É que todo e qualquer acordo que contenha cláusulas de exclusividade é restritivo da concorrência, quer pelo seu objecto, quer pelos seus efeitos (reais ou previsíveis). Todavia, ao contrário dos acordos de preços analisados na alínea anterior, tem sido possível encontrar para eles justificação à luz dos critérios legais, havendo múltiplos exemplos de acordos deste tipo que foram considerados justificados quer pelas instâncias nacionais (incluindo a portuguesa), quer pelas das Comunidades Europeias.

Contudo, no processo de contra-ordenação 3/87, não foram alegados nem o Conselho encontrou efeitos positivos, à luz do preceituado no art. 15.º do Dec.-Lei 422/83, que pudessem justificar a cláusula de compra exclusiva constante dos acordos celebrados pela arguida, em posição dominante, pelo que esta foi notificada para eliminar essa cláusula».

«Apreciou o Conselho no processo de contra-ordenação 6/87 (anexo B-3) mais um caso envolvendo conceitos e práticas de distribuição exclusiva.

Estava em causa um acordo entre um fornecedor (Sociedade da Água do Luso) e um revendedor (Central de Cervejas), sendo este uma empresa àquela ligada, e em que era estipulado que, nas áreas territoriais em que este não comercialize directamente, o direito de exclusivo é conferido às sociedades ou organizações comerciais que a nível distrital ou regional funcionem como agentes da Central de Cervejas. O Conselho entendeu que, sendo um critério selectivo (ser agente da Central de Cervejas) o que presidia à admissão de distribuidores, existe uma concessão exclusiva para a área territorial conferida a cada um deles.

Reafirma-se que, embora um acordo de distribuição exclusiva contenha em si mesmo restrições da concorrência, não deixa de constituir um importante meio de facilitar a distribuição dos produtos e que, como tal, constitui figura a admitir no aparelho da comercialização. Assim, e na linha de anteriores decisões, mantendo como preocupação básica o assegurar a manutenção da concorrência no interior da marca e a liberdade para o concessionário na fixação dos seus preços ou condições de venda, procurou o Conselho da Concorrência na sua decisão que, preser-

VI. — As alíneas d) do Artigo 13.º n.º 1 e d) do Artigo n.º 1 procuram combater as condições de venda discriminatórias, impostas através de comportamento colectivos. Entre esses comportamentos incluem-se, por exemplo, os acordos de boicote colectivo

---

vando-se a manutenção do sistema das vendas da empresa em causa, este fosse expurgado das práticas consideradas lesivas de tais princípios.

A existência de 'tabela de preços à porta de fábrica', aliada à concessão de 'abonos de frete' traduzia-se, para todos os concessionários, em preços iguais de aquisição. Por outro lado, eram estabelecidos preços recomendados de venda aos retalhistas, uniformemente adoptados por todos os distribuidores. *Sendo iguais os preços de aquisição e de venda praticados, não existe, nem é motivada, a procura de fonte alternativa de aprovisionamento fora da área territorial do distribuidor; e este goza de protecção territorial absoluta.* O Conselho determinou à empresa que cessasse a elaboração e divulgação de tabelas de preços recomendados de venda ao retalhista e a aplicação do esquema da concessão de 'abonos de frete' ou outras formas de remuneração que tivesse como objectivo a uniformização geral dos seus preços».

No processo de controle prévio submetido à apreciação do Conselho pela QUILMIGAL e outros, foi pela primeira vez suscitada a aplicação do Dec.-Lei 422/83 à cooperação horizontal entre empresas no domínio da produção e distribuição e no da constituição de filiais comuns. Tratava-se, em síntese, de uma forma de cooperação nos termos da qual três empresas se comprometiam a transformar matéria-prima adquirida pela filial comum, cumprindo os planos de produção por ela fixados para cada uma delas, obrigando-se ainda a entregar à filial, para embalagem e distribuição com marca própria desta, as quantidades e tipos por ela requeridos.

Neste tipo de situações, as restrições da concorrência contrárias ao art. 13.º do Dec.-Lei 422/83 são múltiplas: anulação quase absoluta da liberdade de condições de aprovisionamento e venda das empresas associadas e da filial, limitação e planeamento conjunto da produção da oferta. Trata-se, pois, de avaliar em que medida tal tipo de coligação pode beneficiar da justificação prevista nos termos do art. 15.º.

A este propósito prestou o Conselho particular atenção a um vasto conjunto de factores que considerou necessário ponderar tendo em vista a verificação de um balanço económico positivo em conformidade com os critérios estabelecidos na lei. São de salientar:

— As características dos produtos tendo particularmente em conta a presença de alternativas;

— As características do mercado e da evolução nele verificada, tendo, designadamente, em conta as incidências exógenas, actuais e previsíveis decorrentes da adesão à Comunidade Económica Europeia e consequente desaparecimento dos mecanismos tradicionais de protecção;

— A posição das empresas no mercado;

— Os regimes de preços;

destinados a suprimir concorrentes e a impedir o aparecimento de novos agentes no mercado, bem como os contratos de distribuição selectiva cujos critérios não se relevem objectivos e uniformes <sup>(287)</sup> <sup>(288)</sup>.

Por último, a alínea f) do Artigo 13.º n.º 1 e a alínea c) do Artigo 85.º proibem os chamados «*Tying contracts*» como forma de manutenção da liberdade dos sujeitos económicos na escolha dos seus parceiros <sup>(289)</sup> <sup>(290)</sup>.

---

— As vantagens decorrentes para a produção e a distribuição, bem como os reflexos que a cooperação teve nos preços, na qualidade dos produtos e no seu embalemento;

— A proporcionalidade das restrições estabelecidas, bem como as virtualidades supressoras ou diminuidoras da concorrência;

— A coerência do sistemas de cooperação adoptado e a existência de alternativas possíveis, sem prejuízo do carácter praticamente inextricável dos vínculos gerados ao nível da produção, distribuição e «marketing».

O Conselho conferiu ainda uma particular atenção à problemática da inserção das empresas em questão no contexto de concorrência acrescida que deverá ser esperado da adesão ao Mercado Comum. Foram assim tidos em conta, na apreciação das condições de justificação, os objectivos da legislação enunciados no seu art. 1.º, em especial o relacionado com o reforço da competitividade dos agentes económicos face à economia internacional, evitando-se que a ponderação necessariamente restrita das condições do n.º 1 do art. 15.º conduzisse a resultados contrários à finalidade da legislação. Na decisão proferida é ainda de salientar a importância que se julgou dever atribuir ao princípio da proporcionalidade estabelecido na al. a) do n.º 1 do art. 15.º e que motivou a imposição de condições temporais e de fundo à declaração de inaplicabilidade da proibição resultante do art. 13.º.

<sup>(287)</sup> Nesta direcção v. Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 375.

<sup>(288)</sup> Encontra-se uma apreciação deste tipo de contratos, à luz do nosso direito, na Decisão do Conselho da Concorrência relativa aos processos de contra-ordenação 3/85.

<sup>(289)</sup> Como é sabido, estes tipos de comportamentos são igualmente proibidos no direito português quando, sob a forma de práticas individuais, ao contrário do direito comunitário, onde apenas se combatem as condutas colectivas.

<sup>(290)</sup> V., contudo Alberto Bercovitz, *Normas...*, in *Tratado...*, II, pág. 376, que escreve: «*El contrato ligado, por el contrario, sería válido se los productos o servicios complementarios fueron técnicamente indispensables para la fabricación correcta del producto amparado por la patente, según admite el punto 1, del parrafo 1, del art. 2.º del Reglamento 2349/84 sobre exención de categorías de acuerdos de licencias de patentes*». Estas considerações reportam-se à decisão da comissão no caso «Vaessen/Morris».

A tudo isto deve acrescentar-se, ainda, o sublinhar da grande proximidade existente entre o n.º 3 do Artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/83 e o n.º 2 do Artigo 85.º do Tratado C.E.E., pois ambos prevêm uma sanção de nulidade para os acordos assumidos em violação do seu n.º 1, e da identidade das condições exigidas, nos dois ordenamentos, para a concessão de isenções individuais.

### 3.2. *As diferenças*

I. — Apesar de todas as semelhanças anteriormente apontadas, são algumas, e significativas, as diferenças entre os dois preceitos — português e comunitário.

A primeira de entre elas respeita à diversidade, que, apesar de parcial, não deixa, por isso, de ser importante, de objectivos das duas legislações: a lei portuguesa visa apenas objectivos situados no âmbito do mercado nacional; enquanto o direito comunitário procura, além de tudo, ajudar à integração europeia. A esta diferença acresce uma outra relativa ao facto de no direito comunitário apenas se proibirem os comportamentos anti-concorrenciais colectivos, ao contrário do direito português, para o qual práticas individuais são igualmente susceptíveis de serem consideradas restritivas da concorrência.

II. — Mas mesmo no âmbito das chamadas práticas clássicas se verificam divergências nas soluções consagradas pelo legislador português e pelo legislador comunitário. De facto, e conforme resulta da comparação já anteriormente encetada entre o nosso Artigo 13.º e o Artigo 85.º do Tratado de Roma, verifica-se que enquanto no direito comunitário apenas se proíbe a fixação directa ou indirecta de preços ou outras condições de transacção, entre nós proíbe-se, igualmente, a sua recomendação. Além disso, e apesar do carácter meramente exemplificativo dos dois preceitos em análise, verifica-se ter o Artigo 13.º uma alínea mais que o Artigo 85.º do Tratado C.E.E., onde se proíbe a recusa de venda, prática não referida, de modo expresso, pelo legislador comunitário.

III. — Também no tocante ao abuso de posição dominante se verificam algumas divergências, fornecendo a nossa lei critérios para ajudar ao apuramento da existência de posições de domínio no mercado, ao contrário do direito comunitário, que se caracteriza pela ausência de indicações neste campo <sup>(291)</sup>.

### III. Conclusão

I. — Terminado o estudo do Decreto-Lei n.º 422/83 nos seus aspectos mais gerais, podemos agora afirmar, não obstante as críticas por vezes movidas contra este diploma, ter sido plenamente alcançado o objectivo do legislador português de criar uma lei de defesa da concorrência em moldes semelhantes aos existentes nos outros países europeus <sup>(292)</sup>.

II. — Apesar disso, a aplicação das regras da concorrência não se tem revelado fácil, num país sem grandes tradições nesta matéria e onde o mercado apresenta características muito específicas <sup>(293)</sup>. Nestes pontos tem sido desenvolvido louvável esforço, de índole pedagógica, por parte do Conselho da Concorrência, no sentido de preparar os agentes económicos para a nova realidade. Resta perguntar se, face a uma lei fundada numa ficção económica de prosperidade constante <sup>(294)</sup> — onde não

---

<sup>(291)</sup> De facto, as únicas indicações constantes do Artigo 86.º do Tratado de Roma respeitam às práticas abusivas e não à posição dominante.

<sup>(292)</sup> Neste sentido, v. também Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 135.

<sup>(293)</sup> As pequenas e médias empresas representam no mercado português cerca de 63% das empresas extractivas e transformadoras, 65% da população activa e 61% do valor bruto da produção do sector industrial. V. Robalo Cordeiro, *As Coligações...*, in *Revista...*, XXIX, pág. 135.

<sup>(294)</sup> De facto, a lei portuguesa, desprezando o precioso contributo do direito comparado, parece ter totalmente esquecido, aliás à semelhança do Tratado C.E.E., o exemplo do § 4 da lei alemã de 27 de Julho de 1957 e do Artigo 58.º do Tratado C.E.C.A., onde se prevê a possibilidade de adaptação da aplicação das regras da concorrência a situações de crise económica. Sobre este assunto, v. Lazar Focsa-neanu, *Pour un droit conjuncturel de la concurrence. Essai de rapprochement des Articles 85.º e 103.º du Traité de Rome*, in *R.T.D.E.*, Paris, 1985, ano 21, pág. 343 e segs.

**existe qualquer disposição que permita uma adaptação do direito a situações de crise e à própria estrutura empresarial portuguesa — se ela será suficiente, particularmente em períodos de recessão, e se a economia portuguesa virá a beneficiar realmente com uma legislação deste tipo. Esperemos que sim!**

**Lisboa, 1989.**

## BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE (Pedro de), *Autonomia da Vontade e Negócio Jurídico em Direito da Família*, sep. da *Revista de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1986.
- ALMEIDA (Carlos Ferreira), *Direito Económico*, Lisboa, 1981, II.
- ALMEIDA (J. C. Moitinho), *Autonomia Dos Direitos Nacionais Sobre Concorrência Relativamente ao Direito Comunitário*, in, *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Actos do Colóquio organizado pela Revista «Assuntos Europeos» na Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- ALVES (JORGE FERREIRA), *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, Coimbra, 1989.
- AMOROSO (Luigi), V.º *Concorrenza e Monopoli*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Turim, 1950, Vol. III.
- ASCENSÃO (Oliveira), *Direito Corporativo* (pol.), Lisboa, 1964.
- *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, 1986/1987.
- ASCARELLI (Tulio), *Teoría de la Concurrency y de los Bienes Inmateriales*, trad. de E. Verdera e L. Suarez-Llanhas, Barcelona, 1970.
- AZEVEDO (Lúcio de), *Épocas de Portugal Económico*, 4.ª ed., Lisboa, 1978.
- BANGY (Azeem Rentula), BICHO (Maria José) e MARTINS (Maria Belmira), *Direito da Concorrência em Portugal*, Lisboa, 1986.
- BARASSI (Lodovico), *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de Ramon Garcia com a colaboração de Mário Falcon e Antonio Plasencia, Barcelona, 1955, II.
- BEAUTIER (Robert-Henri), *A Economia na Europa Medieval*, Lisboa, 1973.
- BERCOVITZ (Alberto), *La Propiedad Industrial e Intelectual en el Derecho Comunitário*, in *Tratado de Derecho Comunitário Europeo*, Madrid, 1986, Tomo II.
- *Normas Sobre La Competencia Del Tratado de La C.E.E.*, in *Tratado de Derecho Comunitário Europeo*, Madrid, 1986.
- BESSIS (Philip), *Le Contrat de Franchisage. Notions Actuelles et Apport du Droit Européen*, Paris, 1986.
- BICHO (Maria José) — V. BANGY.

- BLAISE (J.B.), SCHAPIRA (J.) e TALLEC (G. Le). *Droit Européen des Affaires*, Paris, 1984.
- CAETANO (Marcelo), *História do Direito Português*, Lisboa, 1981, Vol. I.
- CAMPBELL (Alan), *The Competition Law*, Amsterdão, Nova York, Oxford, 1980.
- CAMPOS (Mota), *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982*, Lisboa, 1985.
- CANOTILHO (Gomes) e MOREIRA (Vital), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 1984, Vol. I.
- CASTRO (Armando), *A Evolução Económica de Portugal dos Séculos XII e XV*, Lisboa, 1964.
- CATALANO (N.), *Manuel de Droit des Communautés Européennes*, Paris.
- CARVALHO (Américo da Silva), *Concorrência Desleal (Princípios Fundamentais)*, Coimbra, 1984.
- CORDEIRO (Menezes), *Direito das Obrigações*, Lisboa, 1980, II.
- *Da Situação Jurídica Laboral Perspectivas Dogmáticas do Direito do Trabalho*, Lisboa, 1982.
- *Direito da Economia*, Lisboa, 1986.
- *Direito do Trabalho*, Lisboa, Vol. I.
- CORDEIRO (Robalo), *As Coligações De Empresas e os Direitos Portugêses e Comunitários da Concorrência*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 1987, Ano XXIX.
- CORONA (Eduardo Galan), *Los Contratos de Franchising ante el Derecho de la Livre Competencia* in R.I.E., Madrid, 1986.
- COSTA (Mário Júlio de Almeida), *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, 1984.
- CUPIS (De), *Dei Fatti*, in *Comentario al Codice Civile*, Bolonha, 1964, IV.
- DÍEZ-PICAZO (Luis), *Experiencias Jurídicas y Teoría Del Derecho*, Barcelona, 1983.
- ENGISCH (Karl), *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. e Prefácio do Prof. Baptista Machado, Lisboa, 1965.
- FARJAT (Gérard), *Droit Economique*, 2.ª ed., Paris 1982.
- FANFANI (Amintore), *Storia Economica* 3.ª ed., Turim, 1986, II.
- FERRI (Giuseppe), V.º *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1961, Vol. V.
- FOCSANEANU (Lazar), *Pour objet ou pour effet*, in *R.M.C.*, 1966,
- *Pour un Droit Conjuncturel de la Concorrence. Essai de Rapprochement des Articles 85 et 103 du Traité de Rome*, in *R.T.D.E.*, Paris, 1985.
- FRANCO (António Sousa), *Noções de Direito de Economia*, 1982-1983, IV.
- V.º *Concorrência*, in *Enciclopédia Luso-Brasileira da Cultura*, Lisboa, 1967, Vol. V.
- *Comunidades Europeias*, 2.ª ed., Lisboa, 1987.
- FRANCESCHELLI, *Concorrenza, Monopole et Formes de Marché*, in *Studi e Capitoli Sul Diritto della Concorrenza*,

- *Concorrenza e Monopolio Nella Storia Lontana*, in *Studi e Capitoli Sul Diritto Della Concorrenza*, Milão, 1974.
- GENNY (Frédéric) e WEBER (André-Paul), *La concurrence et les Marchés*, Paris, 1980.
- GIDE, LOYRETTE e NOUEL, *Le Droit Français de la Concurrence*, Paris, 1985.
- GOLDMAN (Berthold), *Droit Commercial Européen* 2.<sup>a</sup> ed., 1971.
- GOULON (Etienne), *La Concurrence en Droit Communautaire et en Droit Français*, Paris, 1982.
- GUIJARRO (Ramón Díaz de), *El Concepto Jurídico de Empresa*, in *Estudios en Honor del Professor Castan Tobenas*, Pamplona, 1969.
- HERZOG e SMITH, *The Law of the European Economic Community. A Commentary on the e.e.c. Treaty*, Nova York, 1988, Vol. II.
- IBÁÑEZ (Jean), *La Doctrne de L'Eglise et les Réalités Economiques au XIII<sup>e</sup>. Siècle*, Paris, 1967.
- JALLES (Isabel), *Implicações Jurídico-Constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Lisboa, 1980.
- *A Lei da Concorrência: Análise e Perspectivas de Aplicação* in *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Actas do Colóquio organizado pela revista «Assuntos Europeus» na Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- JOÃO XXII, Encíclica «*Mater et Magistra*», in *Dez Grandes Mensagens*, Porto, 1980.
- KOVAR (R.) — *Le Droit Communautaire de la Concurrence et la Règle de la Raison*, in R.T.D.E., Paris, 1987.
- LECOURT (Robert), *L'Europe des Juges*, Bruxelas, 1976.
- LOYRETTE, V. GIDE
- LIPSTEIN, *The Law of the European Economic Community*, Londres, 1974.
- MACEDO (Jorge Borges de), *Problemas de História da Indústria Portuguesa do Séc. XVIII*, Lisboa, 1963.
- *Indústria*, in *Dicionário da História de Portugal*, Porto, 1981, Vol. III.
- MACEDO (Sousa), *Manual de Direito Falimentar*, Coimbra, 1986, II.
- MACHADO (José Pinto), V.º *Concorrer*, in *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Vol. II.
- V.º *Concorrência*, in *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Vol. II.
- MAIORCA (Carlos), *Colpa Civile (Teoria Gen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1960, VII.
- MARENCO (Giuliano), ROCK (Norbert), *L'article 85 du Traité de C.E.E. et ls Contrats d'Agence*, in *C.D.E.*, Bruxelas, 1987, n.º 6.
- MARTINEZ (Pedro Soares), *Manual de Direito Corporativo*, 3.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1971.
- MARTINS (Maria Belmira) — V. BICHO.
- MARTINS (Furtado), *Direito do Trabalho (Lições Pol.)*, Lisboa, 1984-85.
- MARTINS (Teixeira), *Capitalismo e Concorrência*, Coimbra, 1973.

- MICKWITZ (Gunnar), *La Sociedad Agraria Medieval en su Apogeo (Italia)*, in *História Económica da Europa*, Versão Espanhola de Andrés Sanchez, Madrid, 1945.
- MIGUEL (C.F.M. Sousa), V.º *Alfândega*, in *Dicionário de História de Portugal*, Porto, 1981, Vol. 1.
- MIRANDA (Jorge), *As Associações Públicas no Direito Português*, Lisboa, 1984.
- MOMMSEN, *Storia di Roma Antica*, Turim, 1943, II.
- MONIZ (Carlos Botelho), *Estratégica das Empresas Face à Aplicação do Direito Nacional de Concorrência — Aspectos Processuais*, in *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Actas do Colóquio organizado pela «Assuntos Europeus» na Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- MOREIRA (Vital) — V. CANOTILHO.
- MOTA (António José Cardoso), *O Know-how e o Direito Comunitário da Concorrência*, sep. da *Revista de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1984.
- NOUEL — V. GIDE.
- NIETTA (Ugo), *La Disciplina della Libertà di Concorrenza e di Mercato*, Milão, 1960.
- PATRÍCIO (Simões), *Direito da Concorrência (aspectos gerais)*, Lisboa, 1982.
- PAULO VI, *Guadium et Spes*, in *Dez Grandes Mensagens*.
- PINTO (Mário), *Direito do Trabalho*, (pol.), Lisboa, 1982-1983.
- *Sindicalismo e Direito do Trabalho*, (pol.), Lisboa 1980-1981.
- PORTO (Vasconcelos), *As Empresas Portuguesas no Contexto Económico Interno e Internacional*, in *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Actas do Colóquio organizado pela revista «Assuntos Europeus», na Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- QUADROS (Fausto), *Direito das Comunidades Europeias*, Lisboa, 1983.
- REIS (Alberto dos), *Processos Especiais*, Coimbra, 1982.
- RIBEIRO (Gabriel de Almeida), *Defesa da Concorrência. Decreto-Lei 422/83, de 3 de Dezembro*, Lisboa, 1984.
- RIVERO (Jean), *Direito Administrativo*, trad. do Doutor Rogério Erhardt Soares, Coimbra, 1981.
- ROUX (Xavier de) e VOILLEMOT (Dominique), V.º *Concurrence. Commentaire*, in *Dictionnaire du Marché Commun*, dirigido por Gide, Loyrette e Nouel, 1987, V. II.
- RUIZ (Nuno), *Implicações Sectorias da Aplicação da Lei de Defesa da Concorrência*, in *Concorrência em Portugal nos Anos 80*, Actas do Colóquio organizado pela revista «Assuntos Europeus», na Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- SALGADO (António Mota), *Falência e Insolvência*, 2.ª ed., Lisboa, 1987.
- SALVATORE (Aristide) — V. NIETTA.
- SENDIN (Paulo), *Lições de Direito Comercial*, s. d., Lisboa.
- SERRÃO (Joaquim Veríssimo), *História de Portugal*, 2.º Vol., Lisboa 1982-1984.
- SCHAPIRA (Y.) — V. BLAISE (J.B.).

- SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, reimp. Nápoles, 1958.
- SMITH — V. HERZOG.
- SOBRAL (Maria Rebordão) e FERREIRA (João Pinto), *Da Livre Concorrência à Defesa da Concorrência*, Porto, 1985.
- TORRES (Ruy D'Abreu), V.º *Almotaçaria*, e V.º *Almotacé*, in *Dicionário De História de Portugal*, Porto, 1981, V. I.
- XAVIER (Alberto), *Revitalizar a Empresa*, in *Economia de Mercado e Justiça Social*, 1973.
- *Subsídios Para uma Lei de Defesa da Concorrência*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1970, n.º 138.
- WEBER (Paul) — V. GENNY (Frédéric).
- VAN-DAMME, *La Politique de la Concurrence dans la C.E.E.*, Bruxelas, 1979.
- VOILLEMOT (Dominique) V. ROUX.