

A TIPIFICAÇÃO DA RECUSA DE ACESSO A INFRA-ESTRUTURAS ESSENCIAIS COMO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA LEI DA CONCORRÊNCIA

*Miguel Moura e Silva*¹

ABSTRACT: *The Portuguese Competition Statute of 2003 qualifies as an abuse of a dominant position the refusal to provide access to an essential facility or network. Contrary to the context in which the so-called “essential facilities doctrine” has developed under Article 102 TFEU, the Portuguese legal order sets a general duty to deal and moreover refusals to sell (and to buy) were already incorporated as an abuse of dominance. Thus, in Portugal two sets of rules now exist for refusals to deal, depending on whether the object of the refusal is the sale of a good or service or the provision of access to an essential facility or network. This article proposes a possible solution to the apparently conflicting treatment of refusals to deal under Portuguese competition law.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A estrutura do conceito de abuso de posição dominante. 2. O conceito de concorrência efectiva como elemento hermenêutico do abuso de posição dominante. 3. A justificação objectiva. 4. A consagração da proibição de recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como exemplo da tensão entre a cláusula geral e o método da tipologia exemplificativa. 5. Recusa de venda e recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como tipos distintos de abuso. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Inserido nas alterações normativas tendentes a adaptar o nosso ordenamento às exigências da integração na então Comunidade Económica Europeia,

¹ Director do Departamento de Práticas Restritivas da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da exclusiva responsabilidade do autor.

o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3.12, veio consagrar em Portugal o primeiro verdadeiro regime de defesa da concorrência. Como seria de esperar, aí encontramos a parilha de normas de controlo de comportamental que constava já do Tratado de Roma de 1957. Uma proibição de comportamentos restritivos da concorrência traduzidos em acordos e práticas concertadas entre empresas ou em decisões de associações de empresas, por um lado; a proibição do abuso de posição dominante por uma ou mais empresas, por outro lado. Se a matriz comunitária dos artigos 81.º e 82.º do Tratado de Roma (actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, adiante TFUE) constitui a clara inspiração do modelo nacional, a redacção das normas que a concretizam mostra clara influência das soluções seguidas pelos legisladores francês e alemão.

A técnica empregue pelo legislador português é semelhante à da matriz fornecida pelo artigo 102.º do TFUE. O conceito de abuso de posição dominante é limitado a uma cláusula geral de abuso e a uma remissão para uma tipificação exemplificativa, a exemplo, aliás, da estrutura do primeiro parágrafo do artigo 102.º do TFUE. Todavia, contrariamente aos autores do Tratado, que criaram uma lista exemplificativa própria do abuso de posição dominante, encontramos na legislação nacional uma incorporação por remissão dos exemplos típicos referentes a acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas. Ou seja, para densificar exemplificativamente o conceito de abuso emprega-se uma tipologia que se dirige a práticas *entre* empresas e não, como a proibição do artigo 102.º do TFUE, a comportamentos *unilaterais*.

A entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 18.6, (Lei da Concorrência, adiante LdC) tem como principal novidade, quanto ao regime do abuso de posição dominante, a consagração expressa da recusa de acesso a uma infraestrutura essencial (al. *b*) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003), a par da remissão para a enumeração do actual n.º 1 do artigo 4.º da mesma lei. Assim, é especificamente considerada como abuso de posição dominante,

“A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”.

Esta norma corresponde à tradução do n.º 4 do Parágrafo 4 do artigo 19.º da GWB, introduzido pelo legislador alemão na sexta *novelle*.² Como teremos ocasião de desenvolver mais adiante, a interpretação da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 é terreno fértil para explorar uma construção dogmática coerente sobre o conceito de abuso de posição dominante no âmbito da lei nacional (Marques & Almeida, 2006). O interesse que esta novidade importada do ordenamento alemão suscita decorre do carácter desgarrado com que passa a ser estruturada a lista de comportamentos abusivos, com uma remissão global para uma lista de práticas restritivas *entre* empresas e uma previsão específica de um dos mais discutidos exemplos de abuso de posição dominante. A incongruência que decorre da certamente boa intenção do legislador de 2003 está bem patente ao considerarmos a dificuldade levantada pela concatenação da proibição da recusa de venda ou de compra, que já decorria da remissão para a listagem de práticas restritivas da concorrência por acordo ou outra coordenação de comportamentos entre empresas, com a condenação da recusa de acesso a infra-estruturas e redes essenciais.

O propósito deste trabalho consiste em propor uma metodologia de análise que dê consistência à aplicação da actual LdC, procurando salvaguardar o seu efeito útil e tomando como parâmetro hermenêutico o conceito de abuso de posição dominante, tal como desenvolvido, sobretudo, na jurisprudência comunitária.

1. A ESTRUTURA DO CONCEITO DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A densificação do conceito de abuso de posição dominante no direito comunitário da concorrência originou inicialmente uma divergência doutrinal quanto ao alcance e fins deste conceito. Segundo Joliet, “*todos os exemplos de práticas abusivas enumeradas pelo Tratado mostram que a preocupação deste não é a de assegurar a manutenção de uma situação de concorrência, mas antes de zelar por que a dominação do mercado não seja utilizada efectivamente em prejuízo dos utilizadores ou dos consumidores*” (Joliet 1969).

Ainda para o mesmo autor, “*o artigo [102.º] do Tratado de Roma não é uma expressão de uma política de concorrência. Só constitui um abuso a exploração monopolística do poder e não as práticas anticoncorrenciais ou as concentrações*

² Sobre esta norma ver (Bechtold 2008) (Möschel 2007) (Säcker et al. 2008, Schultz, 2006).

pelas quais uma empresa adquire ou perpetua uma posição de domínio. As medidas correctivas têm um carácter dirigista: elas não podem resultar no desmantelamento da empresa dominante nem incidir sobre os comportamentos que estão na origem do poder. A característica fundamental do sistema de controlo instituído pelo artigo [102.º] é a aceitação da ausência de concorrência e a resignação a um papel de correcção dos seus efeitos” (Joliet 1976).

Esta relação entre a posição dominante e o comportamento – tido como censurável porque abusivo dessa situação de poder – está na origem da tese segundo a qual entre os dois conceitos deve existir um “nexo de causalidade”. Este entendimento é expresso pelo Advogado-Geral Roemer, nas conclusões apresentadas no acórdão *Continental Can* (1973). Para Roemer, parece resultar da redacção do actual artigo 102.º do TFUE que esta disposição “só se aplica se a potência económica é usada como meio e de forma repreensível”.

Perante o elenco exemplificativo de práticas que consta do segundo parágrafo do artigo 102.º do TFUE, coloca-se a questão de saber se elas “só são concebíveis se a empresa dispuser de poder no mercado”, como defendia o Advogado-Geral Roemer no caso *Continental Can*, logo proibidas quando se estabelecer o referido nexo de causalidade, ou se só são abusivas se adoptadas por uma empresa em posição dominante (Vogelenzang 1976).

Uma vez que o Tratado não avança qualquer conceito de abuso de posição dominante, são duas as vias que se abrem ao intérprete para desenvolver esse conceito:

- (i) Via dedutiva: procura encontrar um conceito de exploração abusiva socorrendo-se de valores que devem informar a conduta competitiva (correndo o risco de se confundir com a tutela da lealdade da concorrência: contrariedade aos usos honestos ou aos meios legítimos de concorrência);
- (ii) Via indutiva: procura encontrar um conceito de abuso a partir dos exemplos fornecidos nas diversas alíneas do artigo 102.º;

A *praxis* comunitária demonstra que estas vias não se excluem mutuamente, existindo, em todo o caso, clara prevalência da primeira sobre a segunda. Assim, nos casos em que o comportamento em questão não vai claramente contra os chamados “meios normais de concorrência” ou dá lugar a dúvidas, as autoridades comunitárias procuram reconduzir esse caso a um dos exemplos do segundo parágrafo, como tem sucedido com os casos de recusa de venda, subsumidos conjuntamente às alíneas *b)* e *c)*, quando não também à

alínea *d*), todas do artigo 102.º do TFUE. A primazia dada à cláusula geral de abuso vai ao ponto de desconsiderar os requisitos específicos de cada alínea, em função de uma interpretação teleológica e sistemática. Assim, a propósito da proibição de subordinação de contratos constante da alínea *d*) do artigo 102.º do TFUE, o Tribunal de Justiça afastou, no acórdão *Tetra Pak II*, a exigência de contrariedade da subordinação aos usos comerciais.³

O recurso a conceitos de índole ética, com algum acolhimento – ainda que minoritário – na prática do antigo Conselho da Concorrência, parece afastado pelo Tribunal de Justiça, pelo menos na medida em que se pretenda condicionar a qualificação de comportamento abusivo à violação de regras daquela natureza. Como efeito, de acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, “*o conceito de abuso é um conceito objectivo que se reporta ao comportamento de uma empresa em posição dominante que é de tal natureza que influencia a estrutura do mercado quando, em resultado da própria presença da empresa em questão, o grau de concorrência é enfraquecido e que, pelo recurso a meios diferentes daqueles em que assenta a concorrência normal em produtos ou serviços na base das transacções entre operadores comerciais, tem por efeito impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência*”, Acórdão Hoffmann-La Roche (1979).

Quanto ao *objecto do comportamento abusivo*, deve salientar-se que a jurisprudência comunitária não exige que este coincida com o mercado dominado; de resto tal decorre, desde logo, da letra do segundo parágrafo do artigo 102.º do TFUE que qualifica como abusivas práticas que têm efeito num mercado situado a jusante ou a montante [alínea *c*] ou que estabelecem um nexo entre mercados distintos [alínea *d*]).

2. O CONCEITO DE CONCORRÊNCIA EFECTIVA COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Um dos problemas de considerar abusivo qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante que afecte negativamente a concorrência é o

³ Assim, para o Tribunal de Primeira Instância, ainda que a prática de subordinação correspondesse a um uso comercial, “um uso, mesmo aceitável em situação normal num mercado concorrencial, não pode ser admitido no caso de um mercado em que a concorrência já está reduzida” (considerando 137). Ver (1994) Este passo do acórdão foi confirmado em recurso pelo Tribunal de Justiça, segundo o qual “a lista de práticas abusivas constante do segundo parágrafo do artigo 86.º do Tratado não é taxativa. Por conseguinte, mesmo quando a venda ligada de dois produtos seja conforme aos usos comerciais ou quando exista uma relação natural entre os dois produtos em questão, ela pode ainda assim constituir um abuso na acepção do artigo 86.º, a menos que se justifique objectivamente” (considerando 37) (1996b).

de tal abranger igualmente o resultado da maior eficiência de uma empresa naquela posição. A finalidade da empresa em concorrência é, importa não esquecer, ganhar a preferência dos consumidores para, dessa forma, aumentar os seus lucros. Tal poderá traduzir-se no enfraquecimento da posição dos concorrentes ou mesmo na saída destes do mercado, caso não consigam ser igualmente eficientes.

Alguns Autores procuram, por isso, distinguir aprioristicamente entre métodos legítimos e métodos abusivos. Quando uma empresa exclui os seus concorrentes por ser mais eficiente do que estes, tal não será considerado abusivo “*desde que o seu comportamento se limite a uma concorrência legítima*” (Temple Lang 1979). Mas tal supõe a capacidade de distinguir entre *métodos normais de concorrência* (comportamento que aumenta a parte de mercado da empresa em posição dominante mas que nem explora a ausência relativa de concorrência nem exclui concorrentes) e *práticas ilícitas*, incluindo nestas últimas os comportamentos que envolvem uma restrição significativa do âmbito de actuação dos concorrentes ou o aproveitamento do poder de mercado. As tentativas de desenvolver tais critérios de apreciação têm levado a oscilações da doutrina e da jurisprudência, em particular no ordenamento alemão (Möschel, 2007).

O conceito de abuso consagrado na jurisprudência inspira-se no direito da concorrência alemão: *Behinderungsmissbrauch* (comportamento que limita significativamente os concorrentes, clientes ou fornecedores nas suas actividades competitivas sem uma causa justificativa e, desse modo, afecta a estrutura competitiva). A jurisprudência alemã tende a limitar este tipo de abusos às práticas de empresas dominantes consideradas incompatíveis com os princípios de uma concorrência efectiva (*Nichtleistungswettbewerb*) e que resultem numa deterioração adicional da estrutura de mercado. Note-se que este conceito é igualmente aplicado no domínio do direito da concorrência desleal, sendo de destacar, entre nós, o tratamento teórico do chamado “princípio da prestação” por Oliveira Ascensão (Ascensão 1996).⁴

Encontram-se ecos desta posição em alguns dos mais importantes acórdãos do Tribunal de Justiça:

“[S]egundo jurisprudência constante, o artigo [102.º] faz pesar sobre uma empresa em posição dominante, independentemente das causas dessa posição, a

4 Sobre as dificuldades de articulação entre o regime de defesa da concorrência e a repressão da concorrência desleal, veja-se a perspectiva lúcida de Evaristo Mendes (Mendes 1997).

especial responsabilidade de não afectar pelo seu comportamento uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum [...]. Fica, assim, abrangido pela esfera de aplicação do artigo [102.º] qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante, susceptível de constituir obstáculo à manutenção ou ao desenvolvimento do grau de concorrência existente num mercado, onde, como consequência precisamente da presença dessa empresa, a concorrência está já enfraquecida”. (Compagnie maritime belge, considerando 106, sublinhado nosso).

Este dever geral de conduta concorrencial imposto às empresas em posição dominante deve ser compatibilizado com a defesa dos interesses da mesma. Algumas decisões comunitárias não só impõem o ónus da justificação à empresa dominante como tendem, por vezes, a decidir pela natureza abusiva de qualquer comportamento que tenha por objectivo eliminar um concorrente, sem cuidar de saber se a conduta é, em concreto, apta a esse resultado – esta constitui a metodologia típica das proibições *per se*. Esta crítica está subjacente ao exercício de modernização da aplicação do artigo 102.º do TFUE.

Uma empresa em posição dominante não pode promover a exclusão de concorrentes pelo recurso a métodos que não os ditos procedimentos normais de concorrência. Apesar de esta noção parecer indiciar que só condutas que pressupõem poder de mercado podem ser qualificadas nesta categoria, a verdade é que entre os métodos vedados às empresas em posição dominante se encontram práticas que podem ser adoptadas por empresas com reduzidas quotas de mercado. Além disso, as práticas abrangidas por esta categoria podem ainda relevar dos abusos de exploração, como sucede com os chamados “descontos de fidelidade”.

Numa recente comunicação, a Comissão Europeia propõe uma metodologia geral de análise dos abusos de exclusão orientada para os efeitos da conduta e não pré-determinada pela forma que a mesma reveste (2009). Evidentemente, a coerência de aplicação do artigo 102.º obriga a que comportamentos com o mesmo resultado ou igual aptidão abstracta para a produção do mesmo resultado devem ser objecto de tratamento uniforme. No entanto, uma metodologia puramente orientada para os efeitos torna a qualificação do abuso num conceito relativo e não no conceito objectivo a que se refere a jurisprudência comunitária. É que só podemos saber qual o efeito após iniciada a conduta potencialmente abusiva. E como podemos qualificar de abusiva uma conduta cujo efeito desconhecemos? Daí que as orientações adoptadas pela Comissão Europeia nesta matéria mantenham alguns laivos da tão criticada metodologia dita formal. Refira-se, em todo o caso, que os

casos onde esta abordagem tem sido seguida encontram forte apoio na jurisprudência comunitária, como sucede em matéria, por exemplo, da proibição de descontos de fidelização.

Os abusos de exploração e os abusos de exclusão podem distinguir-se consoante os parâmetros da concorrência em que incide ou actua a conduta em causa. A *summa divisio* em direito da concorrência é a que distingue os abusos relativos aos preços dos abusos que incidem sobre outros parâmetros da concorrência. Reconhecendo a substituibilidade entre os dois tipos de conduta, já nossa conhecida a propósito das restrições verticais e horizontais (Moura e Silva 2000), as Orientações da Comissão Europeia sobre abusos de exclusão assentam no estabelecimento de diferentes metodologias de concretização da abordagem centrada nos efeitos consoante o abuso se refira ou não aos preços.

A razão de ser desta qualificação radica na ideia de que os abusos em matéria de preços se prestam a uma mais fácil identificação mediante a aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente (“*as efficient competitor*”) (2009). O parâmetro do concorrente igualmente eficiente tem subjacente uma noção de abuso: será abusivo o comportamento apto a excluir (em sentido amplo) um concorrente tão eficiente quanto a empresa em posição dominante. Procura-se, assim, conciliar a proibição de comportamentos que entrem a concorrência subsistente no mercado em causa com o conceito de eficiência produtiva. Mas veja-se o relativismo aberto por esta noção: a conduta da empresa dominante só será abusiva se tiver a potencialidade de excluir um concorrente tão eficiente quanto o autor da prática; se o concorrente for excluído porque é menos eficiente do que a empresa dominante, então esse é um comportamento concorrencial normal, mesmo que daí decorra a possibilidade de exercício de poder de mercado ou o reforço da mesma. Uma norma comportamental sofre uma deriva em função do resultado (para retomar o paradigma da Economia Industrial). Só quando o resultado se traduz no afastamento de um concorrente igualmente eficiente e, conseqüentemente, na eliminação de uma pressão concorrencial efectiva que constrange o exercício de poder de mercado de modo a assegurar a afectação eficiente de recursos possível dadas as condicionantes estruturais, é que estaremos perante uma prática abusiva. Em alguns casos, a eficiência do concorrente hipotético tem de ser objecto de uma avaliação mitigada por considerações dinâmicas. Assim, na presença de importantes economias de escala ou de rede, a “vítima” pode não ser tão eficiente quanto a empresa em posição dominante porque não atingiu ainda

um patamar mínimo de eficiência, obrigando a uma análise mais complexa em função das condições concretas de cada mercado.

Perante esta variabilidade da qualificação de uma prática em função de características intrínsecas das empresas que são “vítimas” directas da prática abusiva, quais as razões que levam a Comissão a adoptar tal critério? A explicação encontra-se na maior certeza jurídica que o critério encerra. É que o parâmetro de comparação deixa, em princípio, de ser uma hipotética estrutura concorrencial ou as condições que prevaleceriam em tal cenário e sim o nível de eficiência da empresa dominante. No fundo, quanto mais eficiente a empresa dominante, maior a margem que terá para actuar sem incorrer no risco de infringir o artigo 102.º do TFUE.

O concorrente igualmente eficiente é definido como um concorrente hipotético que tenha os mesmos custos que a empresa em posição dominante. Assim, o autor do eventual abuso deve saber, à partida, se as suas práticas em matéria de preços são ou não abusivas: basta-lhe confrontar as suas condições de preço com os seus próprios custos.

Mais difícil se afigura a determinação de um critério, ainda que discutível como o do concorrente igualmente eficiente, para os abusos que empreguem outros meios que não a política de preços. Este é claramente o caso da recusa de venda ou de acesso a uma rede ou infra-estrutura essencial. E note-se que tal dificuldade não é resolvida pelo facto de à recusa se poder assimilar a exigência de um preço (ou outra condição contratual) excessivo. A questão prévia é saber se existe ou não um dever de acesso: o controlo do preço praticado assume um papel acessório relativamente a um dever preexistente. Retomaremos esse ponto na secção 4 deste trabalho.

3. A JUSTIFICAÇÃO OBJECTIVA

Contrariamente ao que sucede com o n.º 1 do artigo 101.º do TFUE e o artigo 4.º, n.º 1, da LdC, o artigo 102.º do TFUE e o artigo 6.º da LdC não prevêm a possibilidade de isenção de comportamentos proibidos com fundamento no balanço económico (n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e artigo 5.º da LdC).

Daqui se conclui que o preenchimento do tipo abuso de posição dominante não conhece qualquer excepção legal. Mas tal não significa que, na fase de qualificação da conduta como abusiva, nunca se possa ter em conta o contexto em que o comportamento é tomado ou mesmo a intenção que lhe é subjacente. Daí que a jurisprudência comunitária admita que um comportamento que, à primeira vista, pode ser considerado abusivo não

mereça tal qualificação por encontrar uma justificação objectiva. A justificação objectiva surge assim como um elemento de análise do preenchimento do tipo e não como uma causa de exclusão da ilicitude: o comportamento não é abusivo, enquanto um acordo abrangido pelo n.º 3 do artigo 101.º do TFUE preenche o tipo do n.º 1 do mesmo artigo mas não é proibido, devido à excepção legal do balanço económico. Uma interpretação possível da noção de justificação objectiva é saber se podia ser razoavelmente exigido à empresa em questão que, considerando todas as circunstâncias relevantes, adoptasse um comportamento diferente; nesta linha de pensamento, o comportamento deixa de ser abusivo porque a empresa não dispõe de uma verdadeira margem substancial de apreciação: o seu comportamento é determinado exogenamente por circunstâncias ponderosas e é proporcional à satisfação de um interesse atendível.

Uma das inovações fundamentais das novas orientações da Comissão em matéria de abusos de exclusão é a consagração, sob forma de *soft law*, de uma defesa fundada nos ganhos de eficiência para os casos de abuso de posição dominante. Na óptica da Comissão, existindo a possibilidade de isenção de acordos restritivos com fundamento no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE e tendo sido reconhecida a admissibilidade de uma defesa de eficiência em casos de concentração de empresas, a coerência do regime comunitário exige a aplicação de um regime idêntico para os abusos de posição dominante.

Ora, as considerações de eficiência podem, de facto, desempenhar um papel na economia do artigo 102.º. Todavia, a sede adequada para tais considerações é o próprio conceito de abuso e a delimitação das condutas que devem ou não ser subsumidas a essa noção. Sustentar, a exemplo do artigo 101.º, uma isenção para os abusos é uma contradição nos termos. Pela nossa parte, consideramos existirem pelo menos quatro argumentos contra a introdução de tal excepção.

Em primeiro lugar, o conceito de abuso de posição dominante exclui à partida a possibilidade de uma justificação com fundamento num balanço de eficiência positivo, como se comprova, desde logo, pela diferença de redacção entre o artigo 101.º e o artigo 102.º.

Seguidamente, não existe qualquer precedente na jurisprudência comunitária, sendo que os casos citados pela Comissão se reportam apenas à chamada “justificação/necessidade objectiva”, a qual se prende com a exigibilidade de a empresa em causa ter adoptado outro comportamento e não com uma excepção de certos comportamentos abusivos.

Em terceiro lugar, a adopção de um balanço de eficiência configura a passagem de um sistema onde alguns comportamentos tendem a ser considerados abusivos *per se* para uma generalização da metodologia da *rule of reason*, sem que seja feito um balanço entre os custos e os benefícios de cada uma das metodologias.

Por último, a existência de um balanço de eficiência em sede do artigo 102.º do TFUE não beneficia da inversão do ónus da prova, consagrada no Regulamento n.º 1/2003 apenas para o n.º 3 do artigo 101.º, pelo que a sua aceitação corresponde a elevar o ónus da prova da infracção de forma a afastar também eventuais argumentos assentes em ganhos de eficiência e numa comparação que se deverá afigurar difícil entre os efeitos restritivos e os danos directos e indirectos para os consumidores, por um lado, e os ganhos de eficiência resultantes de uma conduta, ainda que abusiva, por outro.

4. A CONSAGRAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE RECUSA DE ACESSO A INFRA-ESTRUTURAS ESSENCIAIS COMO EXEMPLO DA TENSÃO ENTRE A CLÁUSULA GERAL E O MÉTODO DA TIPOLOGIA EXEMPLIFICATIVA

A questão da existência de uma *essential facilities doctrine* no direito português da concorrência nunca chegou a ser formalmente equacionada no âmbito dos diplomas que antecederam a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.⁵ Todavia, convirá deixar desde já claro que o enquadramento em que se situa a jurisprudência comunitária é totalmente distinto do que vigora em Portugal desde a nossa primeira lei da concorrência. Se o Tribunal de Justiça teve de proceder à criação pretoriana de tal dever, partindo da al. b) do artigo 102.º do TFUE e da própria natureza de cláusula geral do corpo deste artigo, tal deve-se à inexistência de um dever geral de contratar.

Contrariamente ao que sucede no direito comunitário – delimitado pelos princípios da competência de atribuição e da subsidiariedade e, por isso, restrito aos comportamentos susceptíveis de afectar o propósito de integração económica – a legislação portuguesa, inspirada nas leis de outros Estados-

⁵ Tal contrasta com o que aconteceu noutros Estados-membros, onde as autoridades nacionais foram progressivamente consolidando a aplicação desta teoria. Para uma interessante análise do caso italiano, colocado em perspectiva com os desenvolvimentos comunitários e interessantes reflexões sobre a concretização em matéria de determinação de preços e regras de acesso ver (Siragusa, 1998).

-membros, como a França, introduz aqui um princípio de ordem pública económica que limita a autonomia contratual dos agentes económicos.⁶

Assim, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, impõe, no seu n.º 1, a proibição “a um agente económico recusar a venda de bens ou a prestação de serviços a outro agente económico, segundo os usos normais da respectiva actividade ou de acordo com as disposições legais ou regulamentares aplicáveis, ainda que se trate de bens ou de serviços não essenciais e que da recusa não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado”. A esta prática é equiparada a subordinação ou *tying* (n.º 2 do mesmo artigo). A lei reconhece um conjunto amplo de justificações para esta recusa mas o princípio fundamental é o de que, contrariamente ao que sucede no âmbito do direito comunitário, existe um dever geral de venda no direito português.⁷

Essa proibição tem por destinatários os “agentes económicos” sendo, por isso, indiferente qual a sua posição no mercado. O âmbito da proibição alargase *expressamente* a casos em que os bens ou serviços *não sejam essenciais* ou em que da recusa *não resulte prejuízo para o regular abastecimento do mercado*. Ou seja, reiteramos que não é possível postular a inexistência de uma obrigação de fornecer, como sucede no direito comunitário; este é, recorde-se, um ordenamento que se sobrepõe mas não substitui os ordenamentos nacionais em matérias que não colidam com aquele.⁸

Ainda de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 370/93, existe, como foi referido, um elenco taxativo de causas justificativas da recusa, cuja prova incumbe ao agente económico vendedor, sendo a última delas “*a ocorrência de qualquer outra circunstância inerente às condições concretas da transacção que, segundo os usos normais da respectiva actividade tornaria a venda do bem ou a prestação do serviço anormalmente prejudicial para o vendedor*” (al. g)). Tal disposição poderá, eventualmente, ser interpretada como justificação para uma recusa de venda a um concorrente, desde que daí decorra um prejuízo anormal para o vendedor. Independentemente de saber se a recusa de venda por empresa em posição dominante a um concorrente releva ou não daquele regime, afigura-se que tal comportamento deve ser punido pela Lei

6 Esta é uma questão frequentemente ignorada pela doutrina comunitária. Dois autores americanos chamam a atenção para esta particularidade (Venit and Kallaugher 1995).

7 Já no Decreto-Lei n.º 422/83, de 3.12, era proibida a recusa de venda pelo artigo 11.º, n.º 1, enquanto prática dita individual (Martins et al. 1986).

8 Artigo 3.º do Regulamento(CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, J.O. L 1, 4.1.2003, p. 1.

n.º 18/2003, na medida em que tal concurso de contra-ordenações deve ser resolvido pelo critério da especialidade.⁹

Enquanto vigorou o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, houve apenas um caso em que foi feita referência indirecta à teoria das infra-estruturas essenciais, e aí apenas para demonstrar os critérios exigentes que presidem à sua invocação.¹⁰

Trata-se ainda de uma situação em que a condenação por abuso de posição dominante se estribou nas disposições correspondentes às alíneas *f*) e *g*) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 (recusa de venda relativa ao fornecimento de serviços essenciais para o pagamento automático de portagens rodoviárias – note-se que a essencialidade é aqui puramente funcional e não constitui uma qualificação do serviço em termos equiparáveis aos do critério de essencialidade de uma infra-estrutura); é de relevar ainda que o comportamento foi referido como recusa de venda, na medida em que a arguida se recusava a prestar os serviços a não ser enquanto pacote (serviços essenciais e serviços acessórios), quando os mesmos foram qualificados como serviços distintos, desde logo pelo próprio enquadramento que regia as relações entre as empresas envolvidas.

O *obiter dictum* onde é referida a teoria das infra-estruturas essenciais diz respeito ao acesso à base de dados de clientes da Via Verde, a qual constituía um *input* dos serviços essenciais e não um serviço prestado em condições de mercado; neste caso estaríamos perante uma verdadeira recusa de “oferta” e

9 Já no Decreto-Lei n.º 422/83, de 3.12, era evidente a relação de especialidade entre a proibição da recusa de venda pelo artigo 11.º, n.º 1 e a qualificação da recusa de venda como abuso de posição dominante pela remissão do artigo 14.º, n.º 1 para a al. e) do n.º 1 do artigo 13.º (“recusar, directa ou indirectamente, sem justificação, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços, nomeadamente em virtude de discriminação em razão da pessoa do comprador ou do vendedor”), sendo as recusas de venda como práticas individuais puníveis com coima de 25.000\$00 a 1.000.000\$00 e enquanto abuso de posição dominante com coima de 50.000\$00 a 50.000.000\$00. A separação da sede dos dois regimes, operada pela reforma de 1993, não nos parece reconfigurar tal relação inter-normativa.

10 Decisão do Conselho da Concorrência (Relator Miguel Moura e Silva) de 31.1.2002, *Práticas anticoncorrenciais no mercado dos serviços para pagamento de portagens rodoviárias*, Relatório de Actividade de 2002, Diário da República – II.ª Série, n.º 200, de 30.8.2003, p. 13.353. A referência consta da nota de rodapé 15. Na decisão que aprovou medidas cautelares, proferida a 22.6.2001, afirma-se que “para uma concessionária da exploração de infra-estruturas rodoviárias com portagem, as empresas que exploram o sistema Via Verde são ‘partenaires obligatoires’, controlando uma verdadeira infra-estrutura essencial, sem a qual não podem concorrer no mercado em condições aceitáveis” (ponto 26). Refira-se, contudo, que essa referência surge apenas no âmbito da qualificação da posição das arguidas como sendo dominante no mercado em causa e que a mesma não é retomada na fundamentação quanto à natureza indiciariamente restritiva da concorrência do comportamento em causa; por último, às arguidas não foi ordenado o acesso a um serviço que por elas não fosse prestado e sim que não interrompessem a prestação dos serviços essenciais no âmbito do serviço Via Verde.

não face a uma recusa de “venda”, pois o serviço a adquirir não se apresentava num “mercado” (no entanto, ver a posição crítica do vogal Victor Calvete em declaração de voto anexa à decisão).

Já em termos de recusas de venda enquanto práticas susceptíveis de infringir a proibição de abuso de posição dominante (e, portanto, não apreciadas como meras práticas individuais), temos dois casos a sublinhar.

O primeiro dizia respeito à fase em que surge o primeiro canal privado de televisão em Portugal.¹¹ O processo foi instruído pela Direcção-Geral da Concorrência e Preços ao abrigo do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 422/83, por remissão para a al. e) do n.º 1 do artigo 13.º do mesmo diploma, a qual previa como constituindo ilícito concorrencial o facto de “*recusar, directa ou indirectamente, sem justificação, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços, nomeadamente em virtude de discriminação em razão da pessoa do comprador ou do vendedor*”.

Oito meses depois de entrar em funcionamento, a SIC – Sociedade Independente de Comunicação, solicitou, por intermédio da empresa de publicidade FCB Publicidade, à RTC, concessionária em exclusivo da publicidade na RTP, por esta detida em 95,28%, a publicitação, em horário nobre, da sua telenovela “Renascer”. A RTC recusou, invocando que a exibição de tais anúncios em horário nobre provocaria uma situação de concorrência “demasiado directa”. A construção da decisão do Conselho, proferida dois anos após a ocorrência dos factos (o relatório de instrução só ficou concluído em Janeiro de 1995, a decisão foi tomada em Outubro do mesmo ano) qualifica o enquadramento do litígio como inserido numa questão “política”, relativa ao serviço público atribuído à RTP e à alegada desigualdade de condições de concorrência então enfrentadas pelas duas estações privadas.

Escudando-se nas consequências limitadas da recusa em questão, o Conselho parece aceitar a justificação da RTC, enquadrando-a na alínea f) do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 422/83 (correspondente à actual al. g) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 370/93), por poder consubstanciar uma situação anormalmente prejudicial para o vendedor e, eventualmente, entender-se contrária aos “usos normais da actividade”.

Estamos perante um caso em que a recusa de venda não era, claramente, susceptível de levar à eliminação da concorrência no mercado principal, cor-

¹¹ Decisão do Conselho da Concorrência (Relator Ivo Gonçalves) de 19.10.1995, *Práticas anticoncorrenciais no mercado da publicidade televisiva*, Relatório de Actividade de 1995, p. 64.

rectamente identificado pelo Conselho como o mercado das audiências, onde verdadeiramente se travava a luta entre a denunciante e a RTP, verdadeira visada pela queixa. Perante a complexidade da questão, e não ignorando os candidamente admitidos contornos “políticos”, a decisão parece-nos, retrospectivamente, chegar ao resultado certo, ainda que por uma metodologia algo confusa. O que fundamenta a absolvição é, acima de tudo, não a ausência de um comportamento *prima facie* abusivo – aspecto onde o Conselho ficou consideravelmente aquém da letra e do espírito da norma aplicável que qualifica a recusa de venda como abuso – e sim a existência de uma justificação objectiva, fundada na protecção dos interesses comerciais legítimos da empresa dominante; *arguendo* tal auto-tutela poderia ser considerada proporcional na medida em que a SIC dispunha de vários outros meios de publicitar a sua novela (a rádio, a imprensa, os *outdoors*), a que, actualmente, as várias estações recorrem de forma permanente; acresce que – fundadamente ou não, a leitura da decisão não nos habilita a uma pronúncia sólida – a RTC não terá fechado as portas à realização dos anúncios controvertidos, sendo a sua recusa limitada ao período do horário nobre.¹²

O segundo caso é do maior interesse para o desenvolvimento de critérios de análise da natureza abusiva de uma recusa de venda. Referimo-nos ao processo *Infobolsa*.¹³

A Bolsa de Valores de Lisboa fornecia, mediante remuneração, aos chamados *vendors* de informação, como a Bloomberg, Reuters (a denunciante neste processo) e outros, um conjunto de dados gerados pelo sistema de negociação a que só têm acesso os respectivos associados. A informação transmitida correspondia à indicação, por título, da melhor e da pior transacções.

Após uma modificação do sistema informático de negociação entre os seus associados, este passou a estar em condições de fornecer informação sobre as cinco melhores e cinco piores transacções de cada título, também designada informação sobre a profundidade do mercado. O serviço foi introduzido para aumentar o grau de informação disponível aos membros da Bolsa. No

12 Numa rara posição favorável à aplicação da proibição do abuso de posição dominante, o Vogal Victor Calvete entendeu ter ocorrido uma recusa punível enquanto abuso por parte da RTC, implicitamente considerando a justificação objectiva invocada como não comprovada nas circunstâncias do caso, pois de acordo com a declaração condenaria a RTC.

13 Decisão do Conselho da Concorrência (Relator Victor Calvete) de 22.2.2001, *Práticas anticoncorrenciais no mercado da informação bolsista*, Relatório de Actividade de 2001, Diário da República – II.ª Série, n.º 189, de 17.8.2002, p. 13.944. Tendo participado nessa deliberação, retomamos aqui as opiniões expressas na declaração de voto de vencido então apresentada e que foi igualmente subscrita pela Vogal Carolina Cunha.

entanto, como a informação gerada no sistema era vendida a outros prestadores de serviços que a faziam chegar a investidores que não participavam do círculo restrito dos associados, o sistema passou a gerar um novo serviço enquanto produto derivado do sistema de *trading*.

Entretanto, no último trimestre de 1997, a Bolsa de Valores de Lisboa lançou um serviço próprio de informação bolsista, que concorria com os diferentes *vendors*. Esta concorrência tem uma particularidade: os interessados em informação bolsista tendem a subscrever pelo menos dois, senão mais serviços, de modo a garantir redundância em caso de falha de um dos fornecedores e manter um fluxo máximo de informação. Nesta perspectiva, os sistemas são não apenas concorrentes em sentido próprio como também complementares entre si. O novo serviço com informação sobre a profundidade do mercado era disponibilizado no Infobolsa mas não foi imediatamente disponibilizado aos *vendors* independentes.

A Reuters apresentou uma queixa, imputando à Bolsa de Valores de Lisboa um abuso de posição dominante por recusa em disponibilizar a informação sobre profundidade do mercado e discriminação relativamente ao serviço Infobolsa.¹⁴

Em sua defesa, a Bolsa de Valores de Lisboa afirmou nunca ter negado acesso a tal informação, tendo mesmo disponibilizado uma minuta de contrato à Reuters em Outubro de 1998 (um ano após o lançamento do serviço Infobolsa). Na verdade tal acesso só se tornou efectivo em Julho de 1999.

A entidade instrutora qualificou a conduta em causa como um abuso de posição dominante, na aceção das als. *e)* e *f)* do artigo 2.º, aplicável por remissão do artigo 3.º, ambos do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro. Ou seja, em causa estaria uma prática de discriminação e uma recusa de venda, respectivamente. Na sequência de diligências complementares levadas a cabo pelo Conselho da Concorrência, a Bolsa de Valores de Lisboa veio invocar igualmente dificuldades técnicas, incluindo a necessidade de dar prioridade ao trabalho dos técnicos de informática na preparação para os problemas que poderia vir a colocar o famoso *bug* do ano 2000.

Um factor que modificou o quadro do litígio foi a celebração de um acordo, em Agosto de 2000, para o fornecimento da informação sobre profundidade

¹⁴ A queixa assentava igualmente em alegados atrasos de alguns segundos na entrega da informação. Não foi possível confirmar a veracidade de tais alegações.

do mercado, levando a denunciante a considerar “ultrapassadas as razões que levaram esta empresa a apresentar queixa”.

Os mercados relevantes eram, por um lado, o de fornecimento da informação sobre o mercado “em bruto”. Esta era posteriormente tratada pelos *vendors* e vendida num mercado de informação bolsista. O Conselho da Concorrência decidiu arquivar o processo, considerando igualmente as alegadas justificações da arguida – assumindo assim o ónus de provar a falta de fundamento das mesmas, em clara discrepância com a jurisprudência comunitária em sede de abuso de posição dominante.

A justificação avançada, assente em argumentos técnicos, fundava-se em pressupostos pouco plausíveis. As dificuldades técnicas teriam impedido a transmissão do sinal com a informação sobre a profundidade do mercado durante dois anos a empresas localizadas em Lisboa. Simultaneamente, a mesma informação era fornecida ao sistema Infobolsa. Acresce que, de acordo com os esclarecimentos prestados pela própria Bolsa de Valores de Lisboa, o sistema Infobolsa baseava-se numa solução de *software* fornecida por uma empresa equivalente da Bolsa de Madrid. Quer isto dizer que o sinal com a informação sobre a profundidade do mercado era transmitido de Lisboa para Madrid, aí conformado no conteúdo do Infobolsa e, por sua vez, transmitido por satélite para os clientes localizados em Portugal. Como seria de supor, a Bolsa de Valores de Lisboa não conseguiu explicar porque motivo o fornecimento era possível por transmissão para Madrid, mas não dentro da cidade de Lisboa. Estabelecida a natureza *prima facie* abusiva de uma conduta, cabe à empresa dominante apresentar uma justificação objectiva que seja legítima e proporcional, o que não parece ter sucedido.

Quais são as implicações deste caso? Como sabemos, um abuso de posição dominante pode ocorrer quando uma empresa que detém tal posição de poder de mercado viola os especiais deveres de conduta que decorrem dessa situação de facto em que se encontra. A questão que então se coloca é a de saber se existe ou não um dever de, nas circunstâncias do caso, facultar o acesso em condições de igualdade às informações sobre a profundidade de mercado (relativamente às quais a Bolsa de Valores de Lisboa detinha um monopólio de facto: a informação é um subproduto da actividade de *trading* dos seus membros, assente em soluções informáticas que geram tal resultado em função das necessidades dos associados). Tal dever pode encontrar fundamento na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

em sede do actual artigo 102.º do TFUE, na linha da jurisprudência examinada na secção precedente.

Apesar dessa fácil subsunção, tratando-se de um caso de aplicação das regras de concorrência a um produto que tem características especiais, a informação, importa, na linha do acórdão *Brønner*, ter em conta o risco de colocar obstáculos ao desenvolvimento da inovação.

Ao contrário do que sucedia com o caso *Magill*, a Bolsa de Valores de Lisboa não detém qualquer exclusivo legal sobre a informação em causa, já que esta escapa ao âmbito de protecção pelos diferentes direitos de propriedade intelectual (mesmo os de justificação mais duvidosa, como direito de autor sobre listas de programas de televisão). Mais, sendo a informação sobre a profundidade do mercado “produzida” pelo e para o mercado de valores onde actuam os associados da Bolsa de Valores de Lisboa, não parece existir o risco de a imposição deste dever impedir a produção e difusão dessa informação. Ou seja, enquanto noutros casos a imposição de um tal dever poderia retirar o próprio incentivo à inovação (o que se pode presumir, pelo menos nos casos em que a lei protege em abstracto determinados tipos de inovação, *e.g.* um novo princípio activo para o fabrico de um medicamento), na presente situação não existia nenhum esforço específico de inovação, actual ou potencial, que mereça ser protegido.

Com efeito, tal como no caso *Magill*, a informação cujo acesso foi reservado em condições de discriminação face às empresas de redifusão é um subproduto necessário da actividade principal (no caso, a partir da introdução de um novo sistema de negociação que permite obter informação sobre a profundidade do mercado). Ao contrário, porém, daquele caso, a informação não recebeu uma discutível tutela pelos direitos de propriedade intelectual. Quer a Bolsa de Valores de Lisboa pudesse ou não prever a imposição de um dever de dar acesso à informação em condições de igualdade, tal em nada influenciaria a decisão de adoptar um sistema de negociação que teria como subproduto necessário a informação sobre a profundidade do mercado.

Note-se ainda que a imposição do dever especial de conduta não teria necessariamente impedido o surgimento de um novo serviço, apenas importaria à Bolsa de Valores de Lisboa que criasse uma plataforma de difusão da informação que não servisse apenas os seus próprios interesses via Infobolsa, mas também os dos restantes *vendors*, seus clientes e dela dependentes para a transmissão de informação sobre a profundidade do mercado, assim permitindo que os serviços pudesse concorrer pelo mérito com o prestado pela arguida.

Infelizmente, o antigo Conselho da Concorrência perdeu esta excelente oportunidade para esclarecer a forma como as regras da concorrência são aplicáveis na chamada “Sociedade da Informação”. E, talvez pior, deu (desnecessariamente) razão ao cepticismo do Professor e Juiz Richard Posner nesta matéria:

“Concern has been expressed recently that U.S. antitrust law may not be well suited to regulating the ‘new economy’. (...) The real problem lies on the institutional side: the enforcement agencies and the courts do not have adequate technical resources, and do not move fast enough, to cope effectively with a very complex business sector that changes very rapidly. This problem will be extremely difficult to solve; indeed, I cannot even glimpse the solution” (Posner, 2001).

5. RECUSA DE VENDA E RECUSA DE ACESSO A INFRA-ESTRUTURAS ESSENCIAIS COMO TIPOS DISTINTOS DE ABUSO

Poder-se-ia pensar, numa leitura mais apressada, particularmente em articulação com o tipo resultante da combinação entre a remissão da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003 com a alínea *f*) do n.º 1 do artigo 4.º do mesmo diploma, que o legislador de 2003 veio limitar o alcance deste último tipo de abuso de posição dominante, impondo condições mais exigentes para a recusa de acesso a infra-estruturas essenciais.

Ora, importa considerar que a intenção do legislador nos surge claramente na exposição de motivos da proposta de lei n.º 40-IX, que veio a dar origem à Lei n.º 18/2003, e na qual se pode ler que “(...) a alínea *b*) do n.º 3 artigo 6.º da presente proposta de lei, inspirando-se na lei alemã, consagra a proibição de abuso no acesso a infra-estruturas de carácter essencial (*essential facilities*)”. O legislador indica expressamente que a alínea *b*) do n.º 3 do artigo 6.º é a norma na qual se encontra tipificado o comportamento ilícito relativo à recusa de acesso a infra-estruturas essenciais.

Encontramos então duas proibições de comportamentos de uma empresa dominante que se traduzam numa recusa de contratar: primeiro, a recusa de venda ou de compra, configurando abuso de acordo com a alínea *f*) do n.º 1 do artigo 4.º, por remissão da alínea *a*) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003; segundo, a previsão da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003.

Na medida em que a recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial pudesse já ser subsumida à actual al. *f*) do n.º 1 do artigo 4.º no âmbito dos diplomas que antecederam a Lei n.º 18/2003, poder-se-ia pensar que esta-

mos perante um tipo qualificado, resultando do preenchimento de requisitos mais exigentes. Julgamos que tal concepção não tem qualquer cabimento. Pois quisesse o legislador introduzir um tipo qualificado, certamente teria daí retirado alguma consequência útil. Ora nada demonstrando, especialmente ao nível das sanções aplicáveis, um maior desvalor deste comportamento por contraposição ao que seria o “tipo simples”, *i.e.*, a recusa na aceção da al. *f*) do n.º 1 do artigo 4.º, parece-nos que tal tese é de rejeitar liminarmente por falta de sentido útil.¹⁵

As dificuldades de interpretação suscitadas pela introdução de uma previsão específica da recusa de acesso a redes e infra-estruturas essenciais decorrem, em nosso entender, de uma compreensão incorrecta do sentido da proibição como abusiva da recusa de compra e de venda, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/83. Uma leitura que se quede pelo enunciado daquela alínea e não se dê ao trabalho de a integrar com os restantes elementos que constituem o tipo ilícito pode levar ao receio que uma simples recusa de venda, pontual e a um concorrente ou cliente, seja qualificada como um abuso de posição dominante. Tal medo corresponderá apenas a um erro e não a qualquer fundamento objectivo.

Com efeito, o abuso de posição dominante tipificado na al. *f*) do n.º 1 do artigo 4.º, por remissão da al. *a*) do n.º 3 do artigo 6.º, não configura uma proibição *per se* destas recusas: deve atender-se à diferença de enunciado entre o corpo do artigo 102.º do TFUE e o do n.º 1 do artigo 6.º da nossa lei; esta última exige que a conduta abusiva tenha por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência; assim, o preenchimento do tipo não se basta com a simples prova de uma recusa de venda (ou de compra).

Por outro lado, nada obsta a que, na construção da recusa de venda como comportamento abusivo, se proceda à distinção consoante a recusa se dirija a

15 Do mesmo modo também não se encontra apoio para semelhante construção na autonomização decorrente da previsão na al. *b*); pois significaria isso que as alíneas do n.º 1 do artigo 4.º, para as quais remete a al. *a*) do n.º 3 do artigo 6.º constituem todas elas igualmente casos de abuso qualificado (na medida em são também objecto de uma tipificação exemplificativa, ainda que, por economia, de forma remissiva). A figura do ilícito “qualificado” surge no direito penal português sempre associada a uma lógica de especial censurabilidade ou perversidade do agente no cometimento do ilícito (casos relacionados com especiais qualidades do agente – designadamente familiares – ou no modo particularmente censurável como o ilícito foi cometido), ou, no que respeita aos crimes patrimoniais, também a uma lógica de valor do bem sobre que incidiu o ilícito (valor elevado). Ora, o que parece existir na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 6.º é um “tipo especial” e não um “tipo qualificado”. Na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 6.º acresce um elemento novo – a própria rede ou infra-estrutura essencial –, e o seu autor só pode ser aquele que detém uma qualificação determinada, isto é, aquele que detém uma rede ou infra-estrutura essencial. Assim, mais do que qualquer contradição com a alínea *f*) do n.º 1 do artigo 4.º, o que existe é uma relação de especialidade.

um concorrente ou a um cliente: é inequívoco que o objecto ou o efeito dessa conduta são distintos, como diversos serão também os factores a ponderar enquanto circunstâncias relevantes para a determinação da coima a aplicar.

Também a integração do tipo configurado pela recusa de venda ao abrigo da al. *f*) e sua articulação como a al. *b*) do n.º 3 do artigo 6.º deve ter em conta a qualificação de condutas que lhes sejam subsumíveis à luz dos critérios desenvolvidos na jurisprudência comunitária, com as adaptações que se revelem necessárias devido ao diferente enunciado das normas em causa bem como a outros elementos sistemáticos específicos de cada ordenamento.¹⁶

Ora, aqui encontramos uma distinção fundamental. A al. *b*), n.º 3, artigo 6.º é configurada como abuso de exclusão e nunca como abuso de exploração: um dos elementos constitutivos deste tipo é a existência de uma relação de concorrência entre a vítima e a empresa em posição dominante, seja num mercado a montante ou a jusante; sem essa relação de concorrência não há preenchimento do tipo. Assim sendo, fica limitado o campo de eventual sobreposição das duas alíneas: a al. *f*) do n.º 1 do artigo 4.º poderá configurar, *ex vi*, al. a) do n.º 1 do artigo 6.º, abuso de exploração quando dirigida a um cliente (ou fornecedor) e abuso de exclusão, quando se destine a um pedido de um concorrente.¹⁷ A al. *b*) do n.º 1 do artigo 6.º confina-se à segunda situação descrita.

16 Rejeita-se, pois, a interpretação segundo a qual existiria uma diferença substancial entre os critérios para a punição de uma recusa ao abrigo da al. *f*) e da al. *b*) dos n.ºs 1 do artigo 4.º e 3 do artigo 6.º, respectivamente: no caso de um comportamento não subsumível ao tipo “recusa de acesso a rede ou infra-estrutura essencial”, entendemos que os mesmos factos só poderão ser punidos enquanto “recusa de venda” na medida em que estejam preenchidos os requisitos estabelecidos na jurisprudência comunitária relevante, integrados no requisito do objecto ou efeito restritivos da concorrência.

17 Infelizmente, a má técnica legislativa de tipificação por remissão para normas com pressupostos distintos leva a que possa existir uma sobreposição, quanto aos abusos de exploração, entre a al. *f*), do n.º 1 do artigo 4.º, por remissão da al. *b*) do n.º 1 do artigo 6.º, por um lado, e o tipo resultante da remissão para a mesma alínea operada pelo artigo 7.º, n.º 2, al. a), quanto ao abuso de dependência económica. O artigo 7.º tem em vista casos puramente verticais ou, na terminologia do artigo 102.º (e 6.º da Lei n.º 18/2003), abusos de exploração, ocorridos em contextos em que não se pode concluir por uma posição dominante no mercado e sim por um estado de dependência económica intersubjectivo (falando alguns em posição dominante absoluta e posição dominante relativa para qualificar os qualidades necessárias do agente, respectivamente, para efeitos do artigo 6.º ou do artigo 7.º). Não parece, pois, que se possa excluir aprioristicamente que tais recusas relevem do artigo 6.º. Por outro lado, a *ratio legis* subjacente às duas normas será distinta, tal como os bens jurídicos tutelados, sendo o enfoque na estrutura do mercado evidente no artigo 6.º porquanto se trata de situação de existência de uma posição dominante, e o enfoque no *funcionamento do mercado* ou na *estrutura da concorrência* evidente no artigo 7.º. Quanto à nossa crítica da tipificação remissiva ver (Moura e Silva, 2008:579). A fim de evitar conflitos, sobretudo negativos, de competência, veja-se a nossa proposta de harmonização dos artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 18/2003 com os artigos 81.º e 82.º *Ibid.*

Delimitada a questão da concatenação dos dois tipos de ilícito por recusa em contratar aos casos de abuso de exclusão, vejamos então qual a tese que propomos para encontrar a melhor interpretação face aos fins do artigo 6.º. A articulação entre as duas normas é plenamente realizável, quando reconhecemos que existe uma distinção – induzida pelo próprio alcance da responsabilidade especial da empresa dominante – entre uma recusa que interrompe uma relação de fornecimento (recusa subsequente) e uma recusa inicial a um novo cliente.¹⁸

Quanto à distinção entre recusa subsequente e recusa inicial, é necessário clarificar que a recusa inicial pode abranger duas situações diversas: uma em que se verifica uma discriminação externa (pelo menos potencial), a recusa de acesso a um novo cliente, sendo que a empresa dominante fornece outras empresas; e outra em que a discriminação é interna: a empresa recusa fornecer um *input* que apenas fornece intra-grupo; existe assim uma gradação progressiva em termos de exigência, reflectindo o crescente nível de intervenção jus-concorrencial em decisões empresariais e a maior gravidade do dever imposto à empresa em posição dominante: i) recusa subsequente; ii) recusa inicial quanto a bens ou serviços oferecidos no mercado; e iii) recusa inicial de bens ou serviços que não são oferecidos no mercado.¹⁹

Segundo a teoria da distinção entre bens e serviços *no* ou *fora do* mercado, poder-se-ia então questionar a *ratio* da previsão da al. *b*), n.º 3, do artigo 6.º. Ora esta encontra a sua razão de ser no facto de ser particularmente difícil subsumir um caso de recusa de acesso a bens ou serviços fora do mercado (acesso a redes ou infra-estruturas essenciais) a uma recusa inicial de venda ou de compra: em última análise, isso significaria que seria uma recusa de venda, *e.g.*, a recusa de prestação de serviços de transporte por uma empresa que dispõe de uma frota própria e que a utiliza apenas no transporte próprio.²⁰

Não existindo uma oferta, parece impossível falar-se correctamente em recusa de venda; daí o cuidado do legislador de 2003 em especificar que,

18 Na jurisprudência comunitária existe uma configuração distinta do dever de contratar, sendo este mais intenso no caso de relações em curso do que quanto a novos clientes ou antigos clientes, reconhecida pelo acórdão *BP c. Comissão*.

19 Na fundamentação da distinção entre recusa inicial e recusa subsequente é também necessário atender à questão da proporcionalidade: é mais razoável impor um dever de continuar a prestar, ainda que admitindo prova de justificação objectiva da recusa, do que obrigar a contratar *ex novo*.

20 Por razões legais, a empresa em causa apenas poderia prestar serviços a terceiros se obtivesse o correspondente licenciamento para transporte por conta de outrem.

quanto a empresas em posição dominante, existe esse dever acrescido e excepcional e que o mesmo depende de uma condição subjectiva e outra objectiva: a empresa deve deter uma rede ou infra-estrutura essencial e o acesso à mesma deve ser essencial à actuação de um concorrente num mercado a montante ou a jusante. Daí não decorre que os requisitos devam ser distintos mas antes que há um alargamento do tipo *abuso de posição dominante* a condutas que não eram expressamente abrangidas antes da Lei n.º 18/2003, e que, portanto, deveriam à época ser subsumidas à cláusula geral de abuso. Empregando uma expressão oriunda do direito constitucional dos Estados Unidos, o legislador foi buscar a construção da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais à “penumbra” da cláusula geral de abuso, ainda que por empréstimo à GWB.

Em síntese, concluímos que a al. *f*) do n.º 1 do artigo 4.º, enquanto tipo exemplificativo de abuso de posição dominante, *ex vi* al. *a*) do n.º 3 do artigo 6.º, e a al. *b*) do n.º 3 do artigo 6.º devem ser interpretadas de acordo com os seguintes princípios:

- a) A al. *f*) do n.º 1 do artigo 4.º, enquanto tipo exemplificativo de abuso de posição dominante, *ex vi* al. *a*) do n.º 3 do artigo 6.º, proíbe condutas que se traduzam numa recusa de venda de bens ou serviços *no mercado*, seja ela (na óptica da “vítima”) inicial ou subsequente, directa ou indirecta, a um concorrente ou a um cliente e relativa a produtos tangíveis ou intangíveis, desde que preenchidos os restantes requisitos do tipo;²¹
- b) A al. *b*) do n.º 3 do artigo 6.º constitui um tipo especial, qualificando como abuso de posição dominante a recusa *inicial* de bens ou serviços *a um concorrente que não são oferecidos no mercado*, desde que preenchidos os restantes elementos do tipo; trata-se, no fundo, de obrigar à criação de um mercado num *input* interno ao agente²² (no caso de recusa sub-

21 A título de exemplo, a recusa por uma empresa em posição dominante no mercado de peças sobresselentes para reparação de automóveis da marca XYZ a uma oficina independente seria subsumível a esta previsão, mesmo que ela esteja integrada verticalmente no sector da reparação, desde que tenha criado um mercado nessas peças, *e.g.*, vendendo a determinadas oficinas não integradas mas situadas em localizações geográficas onde ela não está presente.

22 Veja-se também o elemento literal: a infra-estrutura deve ser “controlada” pela empresa dominante, o comportamento consiste na “recusa de facultar ... acesso”, “contra remuneração adequada”. Dificilmente se compreende esta última expressão no caso de bens no mercado, pois aí existirá um *tertium comparationis*: o preço praticado em condições de mercado; este conceito de “remuneração adequada” serve ainda como instrumento para qualificar como abusiva a recusa indirecta em facultar acesso mediante imposição de uma remuneração excessiva. A hostilidade à *essential facilities doctrine* que caracteriza o acórdão *Trinko* tem justamente que ver com a distinção entre recusas subsequentes (como no acórdão *Aspen*) e recusas iniciais de serviços cujo mercado foi criado por imposição legal. *Verizon Communications Inc. v.*

seguente, estaria então em causa a al. f), do n.º 1 do artigo 4.º, levantando menos reservas a imposição do dever de fornecer uma vez que a empresa já se prevaleceu da possibilidade de criar um mercado no acesso à rede ou infra-estrutura essencial em causa).²³

CONCLUSÃO

A respeito da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais, pensamos que este trabalho mostra um caminho juridicamente sólido para o futuro desenvolvimento da noção, tal como introduzida no nosso ordenamento pelo legislador de 2003. Assim, devem continuar a subsumir-se às recusas de venda os casos onde exista uma oferta do bem ou serviço em causa. As razões que levaram o Tribunal de Justiça a estabelecer um delicado equilíbrio entre duas formas de concorrência (uma assente na rivalidade na produção de activos essenciais e outra baseada na partilha) devem igualmente prevalecer neste caso. Assim, para que se preencha este tipo de abuso por recusa de venda, deverão ser aplicados, *mutatis mutandis*, os princípios enunciados na jurisprudência comunitária como concretizados desde o caso *Commercial Solvents*, sendo certo que a imposição de tal dever será normal no caso de uma recusa subsequente e mais condicionada quanto a recusas iniciais de venda (isto é, a novos clientes), sendo, neste último caso, de dar primazia ao potencial valor acrescentado para o consumidor

Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004), a p. 410. “In the present case, by contrast, the services allegedly withheld are not otherwise marketed or available to the public. The sharing obligation imposed by the 1996 Act created “something brand new” – “the wholesale market for leasing network elements.” *Verizon Communications Inc. v. FCC*, 535 U.S. 574, at 528, 89 L. Ed. 2d 538, 106 S. Ct. 1348. The unbundled elements offered pursuant to § 251(c) (3) exist only deep within the bowels of Verizon; they are brought out on compulsion of the 1996 Act and offered not to consumers but to rivals, and at considerable expense and effort. New systems must be designed and implemented simply to make that access possible – indeed, it is the failure of one of those systems that prompted the present complaint”.

23 O caso *IMS* é um bom exemplo disso, pois os direitos de propriedade intelectual sobre a estrutura da quadrícula adoptada por aquela empresa não eram “vendidos” autonomamente no mercado. Antecipando uma eventual objecção, importa deixar claro que o facto de a jurisprudência comunitária não proceder explicitamente à distinção proposta se deve à diferente redacção das normas em comparação (artigo 82.º do Tratado de Roma e artigos 4.º e 6.º da Lei n.º 18/2003). Com uma análise mais detalhada, seria possível demonstrar que a distinção é incorporada ao nível das condições jurisprudenciais de preenchimento do conceito de abuso de posição dominante (e.g., *Magill*, as listas eram fornecidas a jornais e revistas; *Brönner*, o serviço que era comercializado – impressão e distribuição domiciliária – distinguiu-se do que o concorrente pretendia – só a distribuição domiciliária). Não sendo necessário, sempre se dirá que o segundo período do n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 prevê que “Nos termos do presente regulamento, os Estados-membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba actos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses actos”. Note-se, em todo o caso, que, sendo então a prestação desse serviço relativo a uma rede ou infra-estrutura essencial, se poderá colocar a questão do congestionamento da mesma: este problema seria então tratado em sede de justificação objectiva.

de maior concorrência no mercado a jusante. Já quanto às recusas iniciais de bens e serviços não transaccionados no mercado, aí sim aplicar-se-á a al. b) do n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 18/2003.

JURISPRUDÊNCIA

- 2009 Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *J.O. C 45, de 24.2.2009.*
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, de 19 de Junho de 1985, *Aspen Skiing, Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, de 13 de Janeiro de 2004, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).
- Acórdão do TJCE, de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 6/72.
- Acórdão do TJCE, de 6 de Março de 1974, *ICI e Commercial Solvents c. Comissão*, Processos Apensos 6 e 7/73.
- Acórdão do TJCE, de 29 de Junho de 1978, *BP c. Comissão*, Processo 77/77.
- Acórdão do TJCE, de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, Processo 85/76.
- Acórdão do TPI (Segunda Secção), de 6 de Outubro de 1994, *Tetra Pak International SA c. Comissão*, Processo T-83/91.
- Acórdão do TJCE, de 6 de Abril de 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comissão (Magill)*, Processos Apensos C-241/91 P e C-242/91 P.
- Acórdão do TJCE (Quinta Secção) de 14 de Novembro de 1996, *Tetra Pak International c. Comissão*, Processo C-333/94 P.
- Acórdão do TPI (Terceira Secção Alargada) de 8.10.1996, *Compagnie maritime belge transports SA e o. c. Comissão*, Processos Apensos T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93.
- Acórdão do TJCE (Sexta Secção), de 26 de Novembro de 1998, *Oscar Brönnner c. Mediaprint*, Processo C-7/97.
- Acórdão do TJCE (Quinta Secção), de 29 de Abril de 2004, *IMS Health GmbH & Co OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, Processo C-418/01.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, J. D. O.

1996 “O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 56, 5.

BECHTOLD, R.

2008 *GWB – Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar*, Munique: Verlag C.H. Beck.

JOLIET, R.

1969 “Monopolisation et abus de position dominante”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 645.

JOLIET, R.

1976 “Le contrôle des monopoles dans la C.E.E.”, in *Journal des Tribunaux*, 91, pp. 217-224.

MARQUES, M. M. L. & ALMEIDA, J.

2006 Entre a propriedade e o acesso: a questão das infra-estruturas essenciais, in Soares, A. G. & Marques, M. M. L. (eds.), *Concorrência. Estudos*. Coimbra: Almedina.

MARTINS, M. B., BICHO, M. J. & BANGY, A. R.

1986 *O Direito da Concorrência em Portugal*, Lisboa, s.n.

MENDES, E. F.

1997 Direito da concorrência desleal e direito da concorrência. In Ascensão, J. D. O. (ed.) *Concorrência Desleal*, Coimbra: Almedina.

MÖSCHEL, W.

2007 § 19. In: IMMENGA, U. & MESTMÄCKER, E.-J. (eds.) *Wettbewerbsrecht GWB – Kommentar*. 4.ª ed. Munique: C.H. Beck.

MOURA E SILVA, M.

2000 “EC Competition law and the market for exclusionary rights”, In VV.AA. (ed.) *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Coimbra Editora.

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

POSNER, R. A.

2001 “Antitrust in the New Economy” in *Antitrust Law Journal*, 68, 925.

SÄCKER, F. J., GOSSE, G. M. & WOLF, M.

2008 § 19, In: Hirsch, G., Montag, F. & Säcker, F. J. (eds.) *Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Munique: C.H. Beck.

SCHULTZ, K.-P.

2006 “Marktbeherrschung, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten”, in BUNTE, H.-J. & LANGEN, E. (eds.) *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht* 10.^a ed. Munique: Luchterhand (Hermann).

SIRAGUSA, M.

1998 “Le *Essential Facilities* nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza” in: Raffaelli, E. A. (ed.), *Antitrust between EC law and national law – Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles: Bruylant – Giuffrè.

TEMPLE LANG, J.

1979 “Monopolisation and the Definition of ‘Abuse’ of a Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty”, in *Common Market Law Review*, 16, 345.

VENIT, J. S. & KALLAUGHER, J. J.

1995 “Essential Facilities: A Comparative Approach”, *Fordham Corp. L. Inst.*, 1994 (B. Hawk org.), 315.

VOGELENZANG, P.

1976 “Abuse of a Dominant Position in Article 86 – The Problem of Causality and Some Applications”, in *Common Market Law Review*, 13, pp. 61-78.