

*LIBER AMICORUM*  
MANUEL SIMAS SANTOS

COORDENAÇÃO

ANDRÉ PAULINO PITON  
ANA TERESA CARNEIRO



2016

ALGUMAS REFLEXÕES ACERCA DO EFEITO DA RECENTE  
COMUNICAÇÃO DE *MINIMIS* NO TRATAMENTO  
JUSCONCORRENCIAL DAS RESTRIÇÕES VERTICAIS  
NA UNIÃO EUROPEIA

SÓNIA DE CARVALHO\*

INTRODUÇÃO

O ordenamento jusconcorrencial da União Europeia tem adoptado, ao longo dos anos, uma posição bastante severa relativamente às restrições verticais, justificada pelos efeitos nefastos na concorrência intermarcas e intramarca que lhes são reconhecidos.

Estas restrições, entre as quais se incluem a obrigação de não concorrência, a imposição de preços de revenda, a exclusividade em função do território e da clientela, entre outras, estão presentes em contratos verticais, como os contratos de distribuição, caracterizados pela diferente fase, no processo económico, ocupada pelas partes.

A apreciação das restrições verticais está, essencialmente, regulada no art. 101.º do TFUE.

Neste artigo, propomo-nos analisar os pressupostos da proibição do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, tendo como principal propósito aferir e avaliar as alterações introduzidas pela recente Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE (Comunicação *de minimis*) no Direito da Concorrência da União Europeia.

---

\* Professora Auxiliar Convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique e do Instituto Universitário da Maia. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. Advogada.

É com muito gosto que nos associamos a esta homenagem ao Senhor Juiz-Conselheiro Simas Santos, cuja obra tem marcado, de forma indelével, as ciências jurídico-criminais.

## 1 – OS PRESSUPOSTOS DA PROIBIÇÃO DO N.º 1 DO ARTIGO 101.º DO TFUE

### 1.1 – ACORDOS E PRÁTICAS CONCERTADAS ENTRE EMPRESAS E DECISÕES DE ASSOCIAÇÕES DE EMPRESAS

O artigo 101.º do TFUE apresenta uma estrutura tripartida, fazendo depender a proibição do preenchimento cumulativo de três requisitos: a existência de comportamentos coordenados entre empresas, através de acordo e práticas concertadas e decisões de associações de empresas; a prática tem de ter por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum e ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> O quadro normativo da concorrência na União Europeia está consagrado nos arts. 101.º a 109.º do TFUE, com especial relevo dos artigos 101.º a 103.º.

Após as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa ao Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, JO, C 306, de 17.12.2007, os artigos 81.º e 82.º do Tratado passaram a ser, respectivamente, os artigos 101.º e 102.º do TFUE. Recordamos que até às alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, JO, C 340, de 10 de Novembro de 1997, os artigos 81.º e 82.º correspondiam aos artigos 85.º e 86.º. A numeração anterior será mantida quando constar de documentos oficiais, artigos académicos e monografias.

Os aspectos procedimentais da aplicação dos arts. 101.º e 102.º estão actualmente regulados pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003, o qual veio concretizar, em termos processuais, a modernização do direito da concorrência da União.

O sistema implementado pelo Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho: Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado [arts. 101.º e 102.º do TFUE], destinado a garantir o respeito das proibições referidas nos arts. 85.º e 86.º do Tratado [arts. 101.º e 102.º do TFUE], pela cominação de multas e adstricções, assegurando a aplicação equilibrada e uniforme destes artigos nos Estados-membros, era caracterizado pela centralização da execução dos actuais nos arts. 85.º e 86.º do Tratado [arts. 101.º e 102.º do TFUE], na Comissão, sobre a qual recaía o exclusivo na concessão de isenção ao abrigo do n.º 3 do art. 85.º do Tratado, actual art. 101.º do TFUE, por determinado período de tempo, mediante a notificação prévia pelos interessados, sendo igualmente da responsabilidade exclusiva da Comissão a renovação, revogação e alteração da sua decisão, assim como a proibição de determinados actos.

Este regime centralizado instituído pelo Regulamento n.º 17/1962 não estava a assegurar uma fiscalização eficaz, tornando o controlo administrativo complexo, marcado pelas dificuldades inerentes à aplicação das regras comunitárias de concorrência pelos tribunais e pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-membros. Por outro lado, este sistema de notificação excessivamente burocrático impedia a Comissão de concentrar os seus recursos na repressão das infracções mais graves

Pese embora o Regulamento n.º 1216/1999, tenha alterado o Regulamento n.º 17/1962, mais concretamente o art. 4.º, n.º 2, com o intuito de dispensar os acordos verticais de notificação prévia, era reclamada uma reforma que, entre outros aspectos, simplificasse o controlo administrativo, reduzindo o número de notificações no domínio dos acordos verticais, atendendo a que a exigência de notificação prévia impunha às empresas envolvidas, em acordos verticais, encargos administrativos

Ne  
restriçã  
a distir  
acordo  
e os us  
efeitos  
tição d  
dução,  
discrim  
vantage

desneces:  
concorrê  
relativa à  
Livro Ve:

Foi  
concorrê  
nhecimer  
aplicar o

Ne  
dades res  
cia não s  
efeito dir  
TFUE. Es  
carácter i  
ficação o

Sot  
Stefano A  
n.º 1/2003  
Albors-Ll  
rina Pijet  
E.C.L.R. '   
Comunitá  
p. 717 e  
16.12.2003

Económic  
Editora, C

<sup>2</sup> O  
ciada pel  
exemplifi  
sas, que t  
concorrência  
do art. 4.º

No artigo 101.º, n.º 1 do TFUE são enumeradas, exemplificativamente, as restrições verticais típicas, como a fixação de preços de revenda, sem ser feita a distinção entre a fixação de preços máximos e mínimos, a subordinação do acordo à aceitação pelo outro contraente de obrigações, que pela sua natureza e os usos comerciais, não têm conexão com o objecto do contrato, ao lado dos efeitos produzidos por algumas restrições verticais, com destaque para a repartição de mercados ou fontes de abastecimento; a limitação ou controlo da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e investimento; e as práticas discriminatórias no tratamento de parceiros comerciais que os coloquem em desvantagem na concorrência.<sup>2</sup>

desnecessários. Cfr. Livro Verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência, COM(96) 721 final, adoptado pela Comissão em 22.01.1997. Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras comunitárias de concorrência às restrições verticais – Seguimento do Livro Verde sobre as restrições verticais JO C 365 de 26.11.1998, p. 3.

Foi necessário aguardar pelo Regulamento 1/2003 para ser criado um sistema de controlo da concorrência no domínio da União Europeia descentralizado, que tem como grande novidade o reconhecimento às autoridades da concorrência e aos tribunais dos Estados-membros competência para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º do Tratado.

Nesse sentido, é instituído um regime de excepção directamente aplicável, em que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-membros têm competência não só para aplicar o n.º 1 do artigo 101.º e o artigo 102.º do TFUE, aos quais é reconhecido efeito directo pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, mas também o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE. Este novo sistema já não contempla a necessidade de notificação prévia, nem as isenções de carácter individual, sendo os acordos proibidos ou permitidos, sem necessidade de qualquer notificação ou decisão administrativa prévia.

Sobre este Regulamento n.º 1/2003, cfr. Adelina Adinolfi, Luigi Daniele, Bruno Nascimbene, Stefano Amadeo, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento CE n.º 1/2003 del consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, Joanna Goyder, Albertina Albors-Llorens, *Goyder's EC competition law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2009, pp. 525 e ss, Katarina Pijetlovic, *Reform of EC antitrust enforcement: criticism of the new system is highly exaggerated*, E.C.L.R. Vol. 25, N.º 6, 2004, p. 356. Entre nós, Cruz Vilaça, *A Modernização da Aplicação das Regras Comunitárias de Concorrência segundo a Comissão Europeia*, BFD, Volume Comemorativo, Coimbra 2002, p. 717 e Teresa Moreira, *Algumas considerações sobre o regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002 – a descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias*, Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Vol. III, FDUL, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 1045.

<sup>2</sup> O artigo 4.º da anterior Lei de defesa da Concorrência, num redacção claramente influenciada pelo art. 81.º do Tratado, actual art. 101.º do TFUE, também não distinguia, na enumeração exemplificativa de acordos, práticas concertadas entre empresas e decisões de associações de empresas, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no mercado nacional, as restrições verticais dos efeitos por estas produzidos. A redacção do art. 4.º mantém-se, sem alterações, no art. 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio.

Os acordos proibidos, nos termos do n.º 2, são nulos.<sup>3</sup>

O n.º 3 do artigo 101.º do TFUE permite, no entanto, que, verificados certos pressupostos, a proibição do n.º 1 seja declarada inaplicável.

A Comissão interpreta o n.º 3 no sentido de este comportar uma análise do equilíbrio entre os benefícios concorrenciais e os efeitos anticoncorrenciais, por forma, a que depois de apurados os benefícios pró-concorrenciais, seja verificado se estes superam os segundos.

No entanto, sendo os pressupostos referidos no n.º 3, a análise do equilíbrio não deve ser desenvolvida apenas no seio do n.º 3, mas deve ser efectuada no âmbito da proibição do n.º 1, considerando os benefícios concorrenciais do n.º 3 do art. 101.º.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> A esta sanção cível acresce a possibilidade de imposição de coimas e sanções pecuniárias compulsórias, referidas no Regulamento (CE) n.º 1/2003, pela Comissão, nos termos dos artigos 23.º, n.º 2, al. a), e 24.º, e pelas Autoridades Nacionais da Concorrência, nos termos do art. 5.º. A Comissão pode ainda, nos termos do art. 7.º, aplicar medidas de conduta e estruturais.

A nulidade incide apenas sobre a cláusula proibida, apenas sendo estendida ao acordo todo se a cláusula não puder ser separada do acordo. Cfr. o Acórdão do TJ de 30.6. 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Proc. 56/65, Rec. 1966, p. 337. A possibilidade de redução do contrato é relegada para o direito nacional, cfr. Acórdão do TJ de 11.09. 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contra LV Tobar e Hijos SL*, Processo C-279/06, Colec. 2008, p. I-06681, ponto 75.

Em Inglaterra, a arguição da nulidade dos acordos ao abrigo do art. 101.º do TFUE deu origem à *euro-defense*, ou seja, esta apenas era convocada pela parte faltosa no contrato, como forma de se eximir à obrigação reclamada. Como dá nota, Whish, *Competition Law*, 7.ª ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2012, pp. 321-332, esta tática nem sempre mereceu acolhimento pelos tribunais ingleses.

<sup>4</sup> Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81 do Tratado* (2004/C 101/08), JO C 101/97, de 27.4.2004, 2.1, ponto 11, ainda que, no ponto 33, refira que o quadro analítico dos efeitos anticoncorrenciais e os benefícios pró-competitivos decorre dos n.ºs 1 e 3 do artigo 101.º do TFUE.

A Comissão no *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE* – Corrigendum/COM/99/0101 final/Jornal Oficial n.º C 132 de 12/05/1999 p. 0001, ponto 57, também atribui ao n.º 3 a análise dos aspectos pró-competitivos e anticoncorrenciais de um acordo restritivo.

Esta posição foi criticada por Valentina Korah, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. vii, Mel Marquis, *O2 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 8, 1(1) EC*, E.L. Rev. 32, N.º 1, 2007, p. 29.

R. Nazzini, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of 'Restriction of Competition' in EU Law*, CMLR. Vol. 43, 2006, pp. 503, 516-517, 534-535, defende a análise de equilíbrio no âmbito das restrições por efeito, nos termos do n.º 1 do art. 101.º do TFUE, por considerar que é a que melhor se coaduna com o compromisso do art. 81.º do Tratado, actual art. 101.º do TFUE, com a prossecução do bem-estar económico no mercado único, resultante da conjugação do art. 81.º do Tratado, com os propósitos afirmados nos arts. 2.º e 3.º, al g) do Tratado de Roma, actualmente correspondentes ao art 3.º do TUE e ao art. 3.º, al. b), do TFUE.

C  
T-112/9  
e antic  
ainda q  
produz  
em cau  
funcion  
E  
Eurostan  
p. II-31-  
n.º 3 de  
com res  
controlo  
poderia  
são de  
Article 8  
p. 95. N  
Critique  
C  
EC, E.L.  
OHG co  
balanço  
âmbito c  
objectiva  
concorre  
Beverley  
Germany  
Al  
2011, pp  
pretação  
tagonism  
menos a  
Es  
of Agree  
N.º 4, 20  
ser feita  
a concor  
ideia ser  
lise de e  
existência  
se tornar  
101.º, n.º  
ciais e pr  
deve ser  
Orientaçã  
autores q  
devem se

O TPI, actual Tribunal Geral, no Acórdão de 18.09.2001, *Métropole télévision (M6) e outros*, Proc. T-112/99, Col. 2001, p. II-2459, ponto 74, sublinhou que a apreciação dos aspectos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais de uma restrição só pode ter lugar nos termos do n.º 3 do art. 101.º do TFUE, ainda que, no seio do n.º 1, tenha de ser feita uma análise do quadro concreto em que o acordo produz os seus efeitos, nomeadamente, o contexto económico e jurídico em que operam as empresas em causa, a natureza dos produtos e/ou serviços visados por esse acordo e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado.

Este acórdão cita o Acórdão do TPI [TG] de 15.09.1998, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd /Comissão*, procs. apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94. Colect. 1998, p. II-3141, ponto 136. No entanto, neste acórdão, o Tribunal Geral pareceu reservar a aplicação do n.º 3 do art. 101.º, à data art. 85.º, às restrições por objecto, quando referiu, a propósito de acordos com restrições manifestas à concorrência, como a fixação dos preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas, que os efeitos alegadamente favoráveis à concorrência dessas restrições só poderiam ser ponderados, no âmbito do artigo 85.º, n.º 3 [101.º] do Tratado para efeitos de concessão de uma isenção da proibição constante do n.º 1 do mesmo artigo. Cfr. A. Nikpay e J. Faull, *Article 81(1), The EC Law of Competition*, Faull e Nikpay (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 95. No mesmo sentido, Nazzini, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of 'Restriction of Competition' in EU Law*, cit., p. 516.

Como nota Mel Marquis, *O2 (Germany) v Commission and the exotic mysteries of Article 81(1) EC*, E.L. Rev. 32, N.º 1, 2007, p. 44, o TPI, actual TG, no Ac. 2.05.2006, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG contra Comissão*, Proc. T-328/03, Colect. 2006 p. II-01231, apesar de manter a posição que o balanço entre os benefícios pró-competitivos e os efeitos anticoncorrenciais não é efectuado no âmbito do n.º 1 do art. 101.º, admite, em simultâneo, nos pontos 109, 110 e 116, a análise económica objectiva do contexto do acordo e dos efeitos do acordo, nomeadamente, o impacto do acordo na concorrência efectiva e potencial no âmbito do n.º 1 do art. 101.º do TFUE. No mesmo sentido, cfr. Beverley Robertson, *What is a restriction of competition? The implications of the CFI's judgment in O2 Germany and the rule of reason*, E.C.L.R. Vol. 28, N.º 4, 2007, p. 258.

Alison Jones e Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, 4.ª ed, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 191-192, neste sentido, sublinham a complexidade decorrente do equilíbrio entre a interpretação do n.º 1 e do n.º 3, já que uma interpretação mais abrangente do n.º 1 atribui mais protagonismo ao n.º 3 do art. 101.º, verificando-se a situação inversa, em face de uma interpretação menos abrangente do n.º 1 do art. 101.º do TFUE.

Esta necessidade de equilíbrio entre o n.º 1 com o n.º 3 é justificada por Alison Jones, *Analysis of Agreements under U.S. and EC Antitrust Law – Convergence or Divergence?* Antitrust Bull., Vol. 51, N.º 4, 2006, p. 740, com a estrutura bifurcada do art. 101.º, ao sugerir que a análise do acordo deve ser feita em dois momentos distintos, em primeiro lugar, deve ser determinado se o acordo restringe a concorrência e, em segundo lugar, se este satisfaz os requisitos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Esta ideia será reforçada na 4.ª edição do *EU Competition Law*, em 2011, pp. 239-240, considerando a análise de equilíbrio no art. 101.º, n.º 1 do TFUE incompatível com a estrutura do art. 101.º e com a existência de isenções por categoria que não beneficiam acordos com restrições por objecto e que se tornariam redundantes se as restrições por efeito já tivessem sido apreciadas nos termos do art. 101.º, n.º 1. As autoras subscrevem, no entanto, que a divisão da análise dos efeitos anticoncorrenciais e pró-competitivos entre os n.ºs 1 e 3 proposta pela Comissão e acolhida pelo Tribunal Geral deve ser acompanhada da diminuição do alcance do n.º 1 do art. 101.º do TFUE sufragada nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81 do Tratado*. Esta crítica é eco da posição de outros autores que alertam para o facto de a análise económica justificar que as restrições por efeito só devem ser proibidas pelo art. 101.º se estiverem acompanhadas de poder de mercado que possa pôr

em causa a concorrência *interbrand*. O que, no entanto, contraria a posição da Comissão nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, 2.2.2, ponto 17, que, na esteira do *Consten Grundig*, trata os efeitos na concorrência *intra* e *interbrand* por igual.

Ainda relativamente ao balanço do equilíbrio dos efeitos anticoncorrenciais e benefícios pró-competitivos, tem merecido críticas na doutrina a posição da Comissão, nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, 2.2.3, ponto 30, ao rejeitar a existência de uma análise de equilíbrio na aplicação das restrições acessórias.

Nos Acs. do TJ de 11.6.1985, *Remia B.V. e outros contra Comissão*, Proc. 42/84, Colect. 1985 p. 2545, de 28.01.1986, *Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Proc. 161/84., Colect. 1986, p. 353, de 15.12.1994, *Gøttrup-Klim e o. Grovvareforeninger contra Dansk Landbrugs Grovvarereselskab AmbA*, Proc. C-250/92, Colect. 1994, p. I-05641, de 19.02. 2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Proc. C-309/99, Proc. C-519/04 P. Colect. 2006, p. I-06991, de 18.07 2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen contra Comissão*, Proc. C-519/04 P, Colect. 2006, p. I-06991, é afirmada a validade de restrições, ao abrigo do n.º 1 do art. 101.º do TFUE, por serem directas e objectivamente necessárias a acordos pró-competitivos e, no caso Wouters e Meca-Medina, a interesses legítimos, não económicos, como o exercício da advocacia, no primeiro, e o combate ao *doping* no desporto, no segundo. Mais recentemente, cfr. a Decisão da Comissão, de 3.10.2007, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/D1/37860 – *Morgan Stanley/Visa International e Visa Europe*), JO C 183 de 5.8.2009, p. 6-8, Também no Ac do TG de 14.04.2011, *Visa Europe Ltd e Visa International Service contra Comissão Europeia*, Proc. T-461/07, Colect. 2011, p. II-01729, apesar de a regra da Visa que excluía o acesso à respectiva rede do concorrente *Morgen Stanley* não ter sido reconduzida a uma restrição acessória, a Comissão começa por avaliar se a restrição se mostra directa e necessária ao funcionamento da rede, concluindo que não é.

Torna-se difícil, como referem Alison Jones e Brenda Sufrin, *EU competition law*, cit., pp. 237-238, negar a existência de um balanço económico na apreciação do carácter acessório da restrição, no âmbito do n.º 1 do art. 101.º do TFUE, onde, para além de valores económicos, ainda são atendidos valores não económicos, como resulta dos Acórdãos Wouters e Meca-Medina. No mesmo sentido, Craig Callery, *Should the European Union embrace or exorcise Leegin's "rule of reason"?* E.C.L.R. vol. 32, N.º 1, p. 46, Alison Jones, *Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law- Convergence or divergence?* Antitrust Bull., Vol. 51, N.º 4, 2006, p. 787, consideram que esta rejeição do balanço económico é incompatível com a jurisprudência dos tribunais da União Europeia.

Em sentido próximo, questionando a existência de uma *rule of reason*, cfr Bellamy, Child, *European Community Law of Competition*, 6.ª ed., Aumentada por Vivien Rose, Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 35.

Cfr., nesse sentido, Nazzini, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of 'Restriction of Competition' in EU Law*, cit., pp. 505-517, também vai analisar estas decisões, identificando terem em comum a existência de um balanço económico dos efeitos e benefícios no bem-estar do consumidor. Nazzini, no entanto, ao contrário dos autores que justificam alguns destes casos com a *ancillarity restraints doctrine*, como Alison Jones e Brenda Sufrin, *EU competition law*, cit., pp. 230-231, Whish, *Competition law*, cit., pp. 117-119, aponta que estas espelham o balanço económico entre os efeitos anticoncorrenciais e pró-competitivos, nos termos do art. 101.º, n.º 1, tendo como teste o bem-estar do consumidor.

Craig Callery, *Should the European Union embrace or exorcise Leegin's "rule of reason"?* E.C.L.R. vol. 32, N.º 1, p. 49, em face do Wouters e Meca – Medina defende a existência de uma "*European-style*" *rule of reason* quando estão em causa restrições regulatórias e há interesse público em efectuar uma análise mais detalhada ao abrigo do n.º 1 do art. 101.º do TFUE. Esta posição aproxima-se da *European rule of reason*, identificada por Giorgio Monti, *Article 81 and Public Policy*, CMRL, Vol 39,

Os ac  
supõem ur  
duas ou n  
perante ou  
menos, su  
cado, não s  
sas em cau

2002, p. 1087,  
Price Waterhou  
C-309/99, Col.

Entre ne  
dina, 2008, p.  
Concorrência, 6  
se verifica ape

<sup>5</sup> Tem si  
na acepção de  
vontade comu  
15.07.1970, AC  
Van Landewyck  
do TPI [TG ] e  
contra Comissão  
SpA contra Com  
SA, Brasserie J  
Colect., p. II-31

A Comis  
que, para a co  
aplicação do r  
a outra empre  
objectivo.

A Comis  
p. 1-81, pontos  
um acordo rel  
Bayer relativam  
a exportar. Esti  
seus grossistas  
proibição de e  
através de um  
exportavam pa

O tribuna  
que a redução  
restrição dos f  
de 26.10.2000, B  
p. II-03383, pont

Também r  
T-208/01, Colect.

Os acordos e práticas a que se refere o n.º 1 do art. 101.º do TFUE pres-  
supõem um entendimento de vontades, que pode ser expresso ou tácito, entre  
duas ou mais empresas, em que pelo menos uma empresa se comprometa  
perante outra a adoptar determinada conduta no mercado ou que seja, pelo  
menos, substancialmente, reduzida a incerteza quanto à sua conduta no mer-  
cado, não sendo exigido que a coordenação seja do interesse de todas as empre-  
sas em causa.<sup>5</sup>

2002, p. 1087, a propósito do Ac. do Tribunal de Justiça de 19.02.2002. J.C. Wouters. W. Savelbergh, *Price Waterhouse Belastingadviseurs BV e Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Proc. C-309/99, Col. 2002, página I-01577.

Entre nós, Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência, Uma introdução jurisprudencial*, Alme-  
dina, 2008, p. 202, Gorjão Henriques, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e*  
*Concorrência*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 673, rejeitam a ideia que o balanço económico  
se verifica apenas no n.º 3, considerando que este resulta da articulação dos n.ºs 1 e 3.

<sup>5</sup> Tem sido igualmente entendimento dos tribunais que é suficiente, para que exista acordo  
na acepção do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, que as empresas em causa tenham manifestado a sua  
vontade comum em se comportar no mercado de um determinado modo, cfr. acórdãos do TJ de  
15.07.1970, *ACF Chemiefarma/Comissão*, Proc. 41/69, Colect., 1969-1970, p. 447, n.º 112, e de 29.10.1980,  
*Van Landewyck/Comissão*, Procs. 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, 1980, p. 3125, n.ºs 86, os Acórdãos  
do TPI [TG] de 20.03.2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG*  
*contra Comissão*, Proc. T-9/99, Colect., p. II-1487, ponto 199; de 11.12.2003, *Adriatica di Navigazione*  
*SpA contra Comissão*, Proc. T-61/99, Colect., p. II-5349, ponto 88 e de 27.07.2005, *Brasserie nationale*  
*SA, Brasserie Jules Simon et Cie SCS e Brasserie Battin SNC contra Comissão*, Proc. T-49/02 a T-51/02,  
Colect., p. II-3033, ponto 118.

A Comissão nas *Orientações relativas a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º*, 2.2.1, ponto 15, refere  
que, para a coordenação de conduta ou colusão entre empresas tácita ser abrangida pelo âmbito de  
aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, agora 101.º, deverá existir um convite feito por uma empresa  
a outra empresa, de forma expressa ou implícita, para atingir conjuntamente um determinado  
objectivo.

A Comissão, na Decisão de 10.01.1996 IV/34.279/F3 – ADALAT, JO n.º L 201 de 09/08/1996,  
p. 1-81, pontos 173 a 186, defendeu uma noção muito ampla de acordo, extraindo a existência de  
um acordo relativamente à proibição de exportar das reduções de fornecimentos efectuadas pela  
*Bayer* relativamente aos grossistas que violassem este acordo, com vista a dissuadi-los de continuarem  
a exportar. Estava aqui em análise o acordo existente entre a *Bayer Espanha* e a *Bayer França* com os  
seus grossistas em Espanha e em França, no âmbito de relações comerciais continuadas, relativo à  
proibição de exportar o medicamento Adalat para outros Estados-membros. A *Bayer* identificava,  
através de um sistema de controlo da distribuição, os grossistas que, em Espanha e em França,  
exportavam para outros Estados-membros, reduzindo consideravelmente o seu abastecimento.

O tribunal rejeitou este argumento, considerando que a Comissão não conseguiu demonstrar  
que a redução das encomendas correspondia à anuência dos revendedores à política da *Bayer* de  
restrição dos fornecimentos ao nível das encomendas tradicionais (cfr. Acórdão do TPI [TG]  
de 26.10.2000, *Bayer AG contra Comissão das Comunidades Europeias*. Processo T-41/96, Colect. 2000,  
p. II-03383, pontos 150 a 157).

Também no Acórdão do TPI [TG] de 3.12.2003, *Volkswagen AG contra a Comissão*, Processo  
T-208/01, Colect. 2003 p. II-05141, pontos 43 a 46, o tribunal criticou o expansionismo da Comissão

na noção ampla de acordo por esta sufragada, rejeitando que da assinatura de um contrato de concessão, válido à luz do direito da concorrência, pudesse ser extraída a anuência antecipada a uma evolução ilegal desse contrato, em especial, porque a sua conformidade ao direito da concorrência não permitia ao concessionário antever uma tal evolução.

Esta decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 13.07.2006, *Comissão contra Volkswagen AG*, Proc. C-74/04, Colect. 2006, p. I-06585.

No que respeita ao modo de expressão da referida vontade comum, é suficiente que uma estipulação seja a expressão da vontade de as partes se comportarem no mercado de acordo com os seus termos, cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15.07.1970, *ACF Chemiefarma NV contra Comissão*, Proc. 41-69, Recueil 1970, p. 00661, ponto n.º 112, Ac do TPI de 14.10.2004, *Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG contra Comissão*, Proc. T-56/02, Colect., p. II 3495, ponto 60, sem que seja necessário que a mesma constitua um contrato obrigatório e válido, segundo o direito nacional (cfr. Acórdão do TJ de 11.01.1990, *Sandoz prodotti farmaceutici/Comissão*, C-277/87, Colect. 1990, p. 1-45, ponto 13).

No Acórdão do TPI [TG] de 26.10.2000, *Bayer AG contra Comissão*, Proc. T-41/96, Colect. 2000, p. II-03383, ponto 69, o conceito de acordo, na acepção do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, baseia-se na existência de uma concordância de vontades entre duas partes, cuja forma de manifestação não é importante, desde que constitua a expressão fiel das mesmas.

No processo Sandoz, a menção "exportação proibida" aposta nas facturas foi considerada uma cláusula de proibição de exportação, tacitamente aceite pelos revendedores, que se inseria no quadro geral das relações comerciais continuadas entre a empresa em causa e os seus revendedores. Cfr. Decisão da Comissão de 13.07.1987, IV/31.741-Sandoz, JO n.º L 222 de 10/08/1987, p. 28-34, pontos n.ºs 9 a 12, confirmada pelo Acórdão do TJ de 11.01.1990, *Sandoz prodotti farmaceutici/Comissão*, cit., ponto 10. Esta decisão foi criticada pela doutrina por o pagamento das facturas não corresponder à anuência do distribuidor, cfr Josephine Shaw, *The Concept of an Agreement in Art 85 EEC*, ELRev, 1991, p. 262.

Na ausência da prova do consentimento, expresso ou tácito, a Comissão não pode julgar que um comportamento unilateral por parte de um fabricante, adoptado no quadro das relações contratuais que mantém com os seus revendedores, está na realidade na origem de um acordo entre empresas, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, actual art. 101.º, se não provar a existência de um consentimento, expresso ou tácito, por parte dos outros parceiros, em relação à atitude adoptada pelo fabricante. Cfr. neste sentido, Acórdãos do TJ de 12.07.1979, *BMW Belgium e o./Comissão*, Procs apensos 32/78, 36/78 a 82/78, Recueil 1979, p. 02435, pontos 28 a 30; de 28.10.1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão*, Proc107/82, Colect. 1983, p. 03151, ponto 38; de 17.09.1985, *Ford - Werke AG e Ford of Europe Inc. contra Comissão*, Procs. 25/84 e 26/84, Recueil, 1985, p. 2725, ponto 21; de 22.10.1986, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contra Comissão* (Metro II), Proc. 75/84, Recueil 1986, p. 03021, pontos 11 e 73; de 11.01.1990, *Sandoz prodotti farmaceutici/Comissão*, cit. pontos 7 a 12 e de 24.10. 1995 *Bayerische Motorenwerke AG contra ALD Auto-Leasing D GmbH.*, Proc. C-70/93, Colect. 1995, p. I-03439, pontos 16 e 17.

As *Orientações relativas a aplicação do n.º 3 do artigo 81.º, 2.2.1, item 15*, referem que, em certas circunstâncias, pode inferir-se que existe um acordo devido à existência de uma relação comercial entre as partes, não sendo, todavia, suficiente que a medida adoptada por uma empresa se insira no contexto de relações comerciais existentes. O Ac. do TJ de 6.01.2004, Procs. C-2/01 P e C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure EV e Comissão contra Bayer AG Bay*, Colect. 2004, p. I-0002, que conheceu o recurso do Ac. da TPI de 26.10.2000, *supra* citado, no ponto 102, refere, no entanto, que o simples facto de uma medida adoptada por um fabricante, que tem por objectivo ou por efeito limitar a concorrência, se inserir no âmbito de relações comerciais continuadas entre este último e os seus grossistas não é suficiente para concluir pela existência de tal acordo.

Esta construção, para além de incluir as práticas de formas de cartelização, também abrange as actuações informais ou tácitas de concertação, com exclusão do mero comportamento paralelo.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Cfr. Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 987-996.

No acórdão do TPI [TG], de 15.03.2000, *Cimenteries CBR e outros contra Comissão*, Processos apensos T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95 *et al.*, Colect. 2000, p. II-00491, ponto 1852, e de 17.12.1991, *BASF/Comissão*, T-4/89, Colect., p. II-1523 ponto 242, foi considerado suficiente para provar uma prática concertada, que o concorrente, através da sua declaração de intenções, tenha eliminado ou, no mínimo, reduzido substancialmente a incerteza quanto ao comportamento a esperar da parte deste no mercado, não sendo necessário demonstrar que o concorrente se comprometeu formalmente, perante um ou vários concorrentes, a adoptar determinado comportamento ou que os concorrentes fixaram em comum o seu comportamento futuro no mercado. Neste sentido, o TPI, no Ac. de 8.07.2008, *BPB plc contra Comissão*, Proc. T-53/03, Colect. 2008, p. II-1333, ponto 183, sufraga a decisão 2005/471/CE da Comissão, de 27.11.2002, posta em crise no recurso, quando considerou que o próprio facto de uma empresa indicar não querer uma parte de mercado superior à que já detém é suficiente para informar os seus concorrentes sobre um elemento essencial da sua estratégia.

O Tribunal de Justiça, no Ac. de 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comissão* (ICI), Proc. 48/69, Colect. 1972, p. 619, referente ao cartel Dyestuffs, refere que a prática concertada corresponde no ponto 64 a uma "forma de coordenação entre empresas que, sem ter sido levada ao ponto da realização de um acordo propriamente dito, substitui conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas". No ponto 66 admite, todavia, que apesar de o comportamento paralelo não possa, por si só, identificar uma prática concertada, pode ser indício indirecto de concertação.

A noção de prática concertada implica, para além da concertação entre empresas, um comportamento no mercado que seja consequência dessa concertação e um nexo de causalidade entre esses dois elementos, sendo este presumido quando as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado levam em linha de conta as informações que trocaram com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado, em especial, quando se prolonga no tempo. Cfr. Acórdãos do TJ de 8.07.1999, *Comissão/Anic Participazioni*, Proc. C-49/92, Colect., p. I4125, pontos 118 e 121 e *Hüls AG/Comissão (polypropylene)*, Proc. C-199/92, Colect., p. I4287, pontos 161 e 162.

A prática concertada é proibida independentemente dos seus efeitos, quando tenha um objecto anticoncorrencial. Cfr. Acórdãos do TJ de 8.07.1999, *Comissão/Anic Participazioni* e *Hüls AG/Comissão (polypropylene)*, cit., pontos 118, 121 e 164, 165, respectivamente. Esta doutrina será reafirmada pelo TJ no Acórdão de 4.6.2009, *T-Mobile Netherlands BV vs Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Proc. C-8/08, Colect. 2009, p. I-04529, pontos 52, 53, 62.

Numa interpretação mais restritiva do Ac de 14.7.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comissão* (ICI), o TJ, no Acórdão de 31.03.1993, *Ahlström Osakeyhtiö e outros/Comissão (Woodpulp II)*, Procs apensos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, 31/03/1993., Col 1993, p. I-1575, ponto 71, considerou que "um paralelismo de comportamento não pode ser considerado como fazendo prova de uma concertação, a menos que a concertação constitua a única explicação plausível para esse comportamento".

O critério empregue pelo TJ para distinguir a prática concertada do mero comportamento paralelo reside na ausência de explicação económica para o comportamento, com base na qual o Tribunal conclui que a conduta visava substituir os riscos da concorrência por uma cooperação entre as empresas, assim, reduzindo incertezas de cada empresa quanto às atitudes que os seus concor-

As decisões de associações de empresas, apesar de configurarem actos formalmente unilaterais, são reconduzidas a uma conduta colectiva por traduzirem o entendimento dos membros, abrangendo não só as regras e regulamentos, mas igualmente as recomendações que, apesar de não terem carácter vinculativo, sejam cumpridas pelos membros visados.<sup>7</sup>

rentes adoptarão. Nesse sentido, o Ac. de 31.03.1993, *Ahlström Osakeyhtiö e outros/Comissão (Woodpulp II)*, no ponto 126.

Na esteira do Ac. de 16.12.1975, *Suiker Unie/Comissão*, Processos apensos 40/73 a 48/73 e outros, Col. 1975, p. 1663, é necessário ter presente que, embora o artigo 101.º proíba todas as formas de conluio que sejam de molde a falsear a concorrência, não priva os operadores económicos do direito de se adaptarem de maneira inteligente ao comportamento verificado ou previsto dos seus concorrentes. Cfr. Acórdão de 31.03.1993, *Ahlström Osakeyhtiö e outros /Comissão (Woodpulp II)*, ponto 71.

Sempre que a Comissão se apoia unicamente na conduta das empresas no mercado para defender a existência de uma prática concertada, assiste à empresa apresentar uma explicação plausível para os factos que levaram a Comissão a concluir a existência de uma violação das normas europeias da concorrência. Cfr. Ac. do TG de 8.07. 2004, *JFE Engineering e outros contra Comissão*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, Colect., p. II-2501, ponto 186, de 12.09.2007, *Coats Holdings Ltd e J & P Coats Ltd contra Comissão*, Proc. T-36/05, Colect. 2007, p. II-00110, ponto 72, de 3.03. 2011, *Siemens AG contra Comissão*, Proc. T-110/07, Colect. 2011, p. II-00477, pontos 49, 50 e 51. Este último acórdão esclarece ainda que o ónus da prova da infracção, incluindo a respectiva duração, recai sobre a Comissão.

Para maiores desenvolvimentos, cfr. Bellamy, Child, *European community law of competition*, cit., pp. 22-31. Alison Jones e Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, cit., pp. 160-168.

<sup>7</sup> Cfr. Acórdão do TJ de 8.11. 1983, *NV IAZ International Belgium e outros/Comissão*, Procs 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, 1983, p. 3369, ponto 20, Acórdão do TPI [TG] de 15.09.2005, *DaimlerChrysler AG contra Comissão*, Proc. T-325/01, Colect. 2005 p II-03319, ponto 210.

O Tribunal de Justiça tem considerado que a existência de uma comunidade de interesses ou de um interesse comum constitui um elemento relevante para efeitos da apreciação da existência de uma decisão de associação de empresas na acepção do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE. Neste sentido, cfr. Acórdão de 27.01.1987, *Verband der Sachversicherer/Comissão*, 45/85, Colect., p. 405, ponto 29.

Para haver uma decisão de associação não é necessário que todos os seus membros a aprovem por unanimidade ou que concordem com todos os aspectos da decisão. Cfr. Decisão da Comissão, de 19.12. 2007, Processo COMP/34.579, *MasterCard*, Processo COMP/36.518, *EuroCommerce*, Processo COMP/38.580 – Cartões comerciais, JO C 264 de 6.11.2009, p. 8-11, ponto 384.

Esta decisão foi acolhida pelo Tribunal Geral em 24.05.2012, *MasterCard, Inc. e outros contra Comissão Europeia*, Proc. T-111/08, Colect. 2012 -00000, ECLI:EU:T:2012:260, pontos 241-260, tendo sido mantida na decisão do TJ de 11.09.2014, *MasterCard Inc. e outros contra Comissão*, Proc. C-382/12 P, Colectânea de Jurisprudência 2012-00000, ECLI:EU:C:2014:2201, ponto 76.

Este último acórdão, ponto 63, sublinha que, sem pôr em causa o direito que assiste aos operadores económicos de se adaptarem inteligentemente, mas de maneira autónoma, ao comportamento constatado ou previsível dos seus concorrentes, o artigo 81.º CE, actual art. 101.º do TFUE, é susceptível de englobar todas as formas de cooperação e de colusão entre empresas, incluindo através de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum, como uma associação, que tende a produzir os efeitos que esta disposição se destina a reprimir.

Cfr. para maiores desenvolvimentos nesta matéria, Alison Jones, Brenda Sufrin, *UE competition law*, cit. pp. 168-170, Bellamy, Child, *European community law of competition*, cit., pp. 31-32.

As  
do TCE,  
Do  
mentos  
entender  
juridicar  
para efe

<sup>8</sup> Cfr  
*Comissão d  
Dunlop Sla  
Esta  
vista no n  
práticas cc  
bidos pela  
art. 102.º c  
mento mai  
económica,  
e que se n*

<sup>9</sup> A 1  
jurisprudê  
quer entidi  
do modo d  
*Belastingad  
C-309/99, f  
GmbH, Pro*

<sup>10</sup> Ac  
*Andreoli &  
2000, DSG/  
Assu*

tintas form  
que adopta  
sideradas e  
tamentos u  
dades parti  
*contra Comi  
critério de  
aresto de 6  
Comissão, P*

Tamb  
*contra Comi  
aplicação d  
personalida  
seu compor*

Esta 1  
n.º 18/2003,  
corrência, aj

As práticas individuais das empresas não estão abrangidas pelo artigo 101.º do TCE, sendo relegadas para a análise no âmbito do art. 102.º do TFUE.<sup>8</sup>

Do ponto de vista subjectivo, o art. 101.º do TFUE só proíbe os comportamentos que sejam imputados a empresas ou associações de empresas,<sup>9</sup> sendo entendimento jurisprudencial que, sempre que pessoas singulares ou colectivas juridicamente distintas constituam uma unidade económica devem ser tratadas, para efeitos de direito da concorrência, como uma única empresa.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Cfr. Acórdão do TJ de 25.10.1983, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG contra Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. 107/82, cit., ponto 38 e o Acórdão do TPI [TG] de 7.7.1994, *Dunlop Slazenger International Ltd contra Comissão*, Proc. T-43/92, Colect. 1994 p. II-00441, ponto 54.

Esta distinção é igualmente relevante para efeitos de aplicação da regra de convergência prevista no n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, segundo a qual acordos, decisões e práticas concertadas que não são proibidos por força do artigo 101.º também não podem ser proibidos pela legislação nacional de concorrência. Esta regra não abrange as condutas unilaterais do art. 102.º do TFUE, que, nos termos do n.º 2 do referido art. 3.º, podem ser objecto de um tratamento mais restritivo no direito nacional, como se verifica com a proibição de abuso de dependência económica, constante do art. 7.º da Lei da Concorrência, aprovada pela Lei 18/2003, de 18 de Janeiro, e que se mantém em face do art. 12.º do Lei 19/2012, de 8 de Maio.

<sup>9</sup> A noção de empresa para o direito da concorrência da União Europeia tem sido dada pela jurisprudência, destacando-se o acórdão J.C.J. Wouter ao considerar que este conceito abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de financiamento. Cfr. Ac de 19.02.2002, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (J. C. J. Wouters), Proc. C-309/99, ponto 46. Acórdão do Tribunal de 23.04.1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser contra Macrotron GmbH*, Proc. C-41/90, Colect. 1991 p I-01979, ponto 21.

<sup>10</sup> Ac do TJ de 12.07. 1984, *Hydrotherm Gerätebau GmbH c. Firma Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, Proc. 170/83, Colect. 1984, p. 02999, ponto 11 e o Acórdão do TPI [TG] de 29.06. 2000, *DSG/Comissão*, T234/95, Colect., p. II 2603, ponto 124 .

Assume especial relevância determinar se duas sociedades com personalidades jurídicas distintas formam, através de laços de interdependência, uma mesma empresa ou entidade económica que adopta um comportamento único no mercado ou se têm suficiente liberdade para serem consideradas entidades económicas autónomas para a distinção das práticas concertadas dos comportamentos unilaterais para efeitos de aplicação do art. 101.º ou 102.º do TFUE, relativamente a sociedades participadas, filiais e delegações. Nesse sentido, cfr. Acórdão de 24.10.1996, *Viho Europe BV contra Comissão*, Processo C-73/95 P, é referido, nos pontos 15 e 16. Nesta decisão, está patente, como critério de unidade económica, a existência de controlo e subordinação, em conformidade com o aresto de 6.3.1974, *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation contra Comissão*, Processos apensos 6 e 7/73, Recueil, 1974, p. 223.

Também no acórdão do Tribunal de Justiça de 14.07.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comissão (ICI)*, (*Dyestuffs*), cit., n.º 140, o Tribunal de Justiça afirmou que, para efeitos de aplicação das regras da concorrência, a separação formal entre duas sociedades, resultante das suas personalidades jurídicas distintas, não é determinante, sendo o importante a unidade, ou não, do seu comportamento no mercado.

Esta noção de empresa corresponde à adoptada na Lei da Concorrência, aprovada pela Lei n.º 18/2003, no art. 2.º, n.º 1, que se mantém, no essencial, no art. 3.º, n.º 1 da actual Lei da Concorrência, aprovada pela Lei 19/2012 de 8 de Maio.

## 1.2 – AFECTAÇÃO DO COMÉRCIO

Este requisito é o que atribui competência às autoridades administrativas e jurisdicionais da União Europeia para sujeitar as empresas ao disposto no art. 101.º do TFUE.<sup>11</sup>

Este critério de afectação do comércio é um critério jurisdicional indispensável na delimitação objectiva da aplicação das regras da concorrência da União.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Como dá nota Mário Tenreiro, *Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério da afectação do comércio entre os Estados-membros face à realização do mercado único*, RDE, Vol. 15, 1989, p. 228, esta norma delimitadora de concorrência primária não se mostrava necessária na CECA por os Estados-membros terem transferido as suas competências para as autoridades comunitárias, reconhecendo, no art. 9.º do Tratado de Paris de 1951, carácter supranacional à CECA.

<sup>12</sup> Na construção jurisprudencial, este requisito começou a ser interpretado à luz dos objectivos do Tratado de Roma, nomeadamente, a integração económica dos mercados nacionais, tornando-se uma condição objectiva da aplicabilidade do direito comunitário. Cfr. Acs. do TJ de 6/3/1974, *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation*, Procs apensos 6/73 e 7/73, cit., p. 223 e de 13/07/1966, *Consten e Grundig*, Procs apensos 56/64 e 58/64, Recueil 1966, p. 556. Cfr. Mário Tenreiro, *Direito comunitário da concorrência*, cit. p. 229, nota 7, Valentine Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, 9.ª ed., Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, p. 66, Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU competition law*, cit., pp. 177-178.

A Comissão nas *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*, (2004/C 101/07), JO C 101, de 21.4.2004, p. 81, ponto 12, ao considerar que este critério da afectação do comércio é um critério jurisdicional, que define o âmbito de aplicação do direito da concorrência da União Europeia, resolve a querela em torno da natureza desta regra como condição prévia ou critério material. Neste sentido, parece claro que este critério funciona como condição objectiva formal da aplicabilidade do Direito da União Europeia, a partir da qual é possível analisar os efeitos restritivos da prática ou conduta em análise, não tendo um valor material idêntico ao da restrição da concorrência. Cfr. Mário Tenreiro, *Direito comunitário da concorrência*, cit., p. 229. Em sentido idêntico, o Acórdão de 30.06. 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Proc. 56/65, Recueil 1966, p. 387 da versão portuguesa.

Relativamente à natureza neutra ou pejorativa do conceito, inclinamo-nos para os que lhe atribuem uma natureza neutra, por ser mais compatível com a qualificação que lhe atribuímos. Corrobora este argumento o facto de a Comissão, no ponto 34, das *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, atribuir natureza neutra à estrutura do comércio.

Com efeito, será a análise posterior dos efeitos restritivos na concorrência que dará a esta afectação um carácter prejudicial ou não. Nesse sentido, Miguel Gorjão Henriques, *Direito da União*, cit., pp. 662-663, nota 1721. Em sentido oposto, mas negando a incompatibilidade entre a função de repartição de competência e o sentido pejorativo, Mário Tenreiro, *Direito comunitário da concorrência*, cit. pp. 236-238.

Numa posição com a qual não estamos de acordo, Joanna Goyder, *EU distribution law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. 28, considera que esta é uma regra de competência e simultaneamente material.

O critério de afectação do comércio determina o âmbito de aplicação do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos actuais artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-membros devem aplicar o artigo 101.º a acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros, na acepção daquela disposição, quando aplicam a legislação nacional de concorrência a tais acordos, decisões ou práticas concertadas.<sup>13</sup>

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003 não obriga as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais nacionais a aplicarem a legislação nacional de concorrência quando aplicam os artigos 101.º e 102.º a acordos, decisões e práticas concertadas e a práticas abusivas susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

Nesses casos, podem aplicar apenas as regras de concorrência do Direito da União Europeia.<sup>14</sup>

A afectação do comércio é determinada no acordo, como um todo, não sendo necessário que cada parte individual do acordo seja susceptível de afectar o comércio.<sup>15</sup>

A Comissão adopta uma orientação estruturalista de comércio, para efeitos da aplicação do art. 101.º do TFUE, ao abranger, para além da actividade económica transfronteiriça, as alterações na estrutura concorrencial do mercado, através da eliminação ou ameaça de eliminação de um concorrente que opera na União Europeia.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Da mesma forma, sempre que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais dos Estados-membros apliquem a legislação nacional de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 102.º do Tratado, devem aplicar igualmente este artigo do Tratado.

<sup>14</sup> Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (2004/C 101/07)*, JO C 101, 27/04/2004, 2.1, ponto 9.

As legislações nacionais continuam a aplicar-se às práticas restritivas, ainda que tenham dimensão internacional, que produzam efeitos dentro território nacional. Cfr. Mário Tenreiro, *Direito comunitário da concorrência*, cit., p. 228.

<sup>15</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 25.2.1986, *Windsurfing International Inc. contra Comissão*, Proc. 193/83, Colect. 1986 p. 611, ponto 96, e Acórdão do TPI [TG] de 14.5.1997, Proc. T-77/94, *Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijproducten*, Col. 1997, p. II-759, ponto 126. As *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*, cit., referem no ponto 14 que o Direito da União Europeia é aplicável a todo o acordo, incluindo as partes do acordo que, individualmente, não afectam o comércio entre os Estados-membros.

<sup>16</sup> Cfr. Acórdão *Commercial Solvents*, cit., ponto 23. Além dos casos em que o acordo tem por objecto o comércio intra-comunitário, a jurisprudência do Tribunal de Justiça reconhece igualmente

A afectação do comércio entre os Estados-membros não implica que os acordos tenham sido necessariamente celebrados entre empresas de dois ou mais Estados-membros, podendo estar em causa actividades desenvolvidas no âmbito territorial de um único Estado-membro, que abranjam a totalidade ou apenas parte do território, desde que o efeito no comércio seja sensível.<sup>17</sup>

Os acordos verticais que cobrem a totalidade ou parte de um Estado-membro podem, pela sua natureza, afectar a estrutura do comércio entre os Estados-Membros no caso de dificultarem a penetração das empresas de outros Estados-membros no mercado nacional em causa, quer através de exportações, quer através de encerramento do mercado, assim, contribuindo para uma segmentação dos mercados numa base nacional, dificultando, deste modo, o cumprimento do objectivo primordial da União Europeia, a integração do mercado.<sup>18</sup>

A jurisprudência não exige que o acordo tenha efectivamente afectado esse comércio, sendo suficiente que seja susceptível de ter essa consequência.<sup>19</sup>

A susceptibilidade de o acordo afectar o comércio é aferida, de acordo com o critério enunciado no Acórdão *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, segundo o qual, para efeitos do actual art. 101.º, na altura art. 85.º do Tratado, o acordo em causa "deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, ser de molde a possibilitar uma previsão razoável que permita fazer rezear que pode eventualmente exercer uma influência, directa ou indi-

o preenchimento do critério do comércio intra-comunitário, sempre que o acordo ou uma prática abusiva afecta a própria estrutura concorrencial do mercado. Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*, 2.2, ponto 20.

<sup>17</sup> De acordo com as *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*, 2.2, ponto 22, a aplicação do critério de afectação do comércio é independente da definição dos mercados geográficos relevantes. O comércio entre os Estados-membros pode ser igualmente afectado quando o mercado relevante é nacional ou subnacional. Cfr. Ac do TJ de 11.07.1985, *Remia B.V. e outros contra Comissão*, Proc. 42/84, Colect. 1985, p. 2545, pontos 23 e 24, Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren contra Comissão*, Proc. 8/72, Rec. 1972, p. 977, pontos 29-30 e, mais recentemente, o Acórdão de 24.10.1995, *Bundeskartellamt contra Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH.*, Processo C-266/93, Colect. 1995 p. I-03477, ponto 26.

<sup>18</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de 28.01.1986, *Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Proc. 161/84., Colect. 1986, p. 353 e de 28.2.1991, Proc. C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu, (Delimitis)*, Colect. 1991, p. I 935.

No que respeita à apreciação do carácter sensível, é importante distinguir os acordos verticais que abrangem a totalidade do território ou apenas parte. Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, cit., pontos 86, 87, 89.

<sup>19</sup> Cfr. Ac. de 6.3.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation contra Comissão*, cit., pontos 30, 31, 32 e 48.

recta, actual ou susceptível de dos".<sup>20</sup>

Também pressupostos, apoiado num acordo ou a potencial, na

A estrut preencher es susceptível d os Estados-m ou da práctic

O conce a aplicabili: duzir efeitos envolvidas, i a quota de r tantes opera

Por out tado pelo ac inultrapassá cenário em c cio entre os

<sup>20</sup> Cfr. ed 172/80, *Gerhard do TPI [TG] de*

<sup>21</sup> Cfr. Or tos 23 a 43. At uma intenção : de afectar o co

<sup>22</sup> Cfr. Or A influêr ser «directa ou ticos. As Orien

37-43, definem

<sup>23</sup> As Ori  
<sup>24</sup> Oriente 23 a 49.

*recta, actual ou potencial, sobre a corrente das trocas comerciais entre Estados-membros, susceptível de criar entraves à realização de um mercado único entre os referidos Estados*".<sup>20</sup>

Também a afectação da estrutura do comércio está dependente dos mesmos pressupostos, sendo necessário prever, com um grau de probabilidade suficiente apoiado num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros.<sup>21</sup>

A *estrutura do comércio* é um conceito neutro, não sendo necessário para preencher este critério verificar-se uma redução do comércio, bastando que seja susceptível de produzir uma alteração sensível da estrutura do comércio entre os Estados-membros em comparação com a que existiria na ausência do acordo ou da prática.<sup>22</sup>

O conceito de afectação do comércio é o elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do art. 101.º do TFUE a acordos e práticas susceptíveis de produzir efeitos de certa magnitude, em face do volume de negócios das empresas envolvidas, numa análise em termos absolutos, ou mediante a comparação entre a quota de mercado da(s) empresa(s), parte(s) do acordo, e a posição dos restantes operadores no mercado, numa análise em termos relativos.<sup>23</sup>

Por outro lado, releva para a determinação do potencial de comércio afectado pelo acordo, o contexto económico e jurídico, nomeadamente, as barreiras inultrapassáveis às actividades transfronteiriças ou que apenas as dificultam, cenário em que os acordos que as agravem são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Cfr. edição portuguesa, p. 387. Este princípio é reafirmado no Ac. do TJ de 14.07.1981, Proc. 172/80, *Gerhard Züchner contra Bayerische Vereinsbank AG.*, Recueil 1981, p. 2021, pontos 18 e 22, Ac do TPI [TG] de 6.07. 2000, *Volkswagen AG contra Comissão*, Proc. T-62/98, Colect. p. II-2707, ponto 179.

<sup>21</sup> Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, cit., 2.3, pontos 23 a 43. Atendendo a que a avaliação está dependente de factores objectivos, não é necessária uma intenção subjectiva por parte das empresas em causa. No entanto, se for apurada a intenção de afectar o comércio entre os Estados-membros, este facto deve ser tido em conta (ponto 25).

<sup>22</sup> Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio*, cit., 2.3.3, ponto 34.

A influência dos acordos e práticas na estrutura do comércio entre os Estados-membros pode ser «directa ou indirecta, efectiva ou potencial», não sendo suficientes os efeitos remotos e hipotéticos. As *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, cit. 2.3.3, pontos 37-43, definem os conceitos de efeitos directos e indirectos, efectivos e potenciais

<sup>23</sup> As *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio*, cit., 2.4.1, ponto 47.

<sup>24</sup> *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, cit., 2.4.1, pontos 23 a 49.

No caso específico dos acordos verticais, pode impor-se considerar, para além do contexto jurídico e económico, os efeitos cumulativos de redes paralelas de acordos similares, já que o efeito restritivo da concorrência pode não decorrer directamente do acordo considerado isoladamente, mas do efeito cumulativo, no âmbito de uma ou mais redes de acordos de natureza similar.<sup>25</sup>

É, neste âmbito, que a Comissão desenvolveu a regra da *não afectação sensível do comércio* (regra NASC), a qual exclui da aplicação do art. 101.º do TFUE os acordos celebrados entre empresas abaixo de determinados limiares da quota de mercado e de volume de negócios, por raramente serem susceptíveis de afectar, de forma significativa, o comércio entre Estados-membros.<sup>26</sup>

Esta presunção de não afectação de forma sensível do comércio está dependente da verificação cumulativa dos seguintes requisitos: a) a quota de mercado agregada das partes em qualquer mercado relevante na União Europeia afectado pelo acordo não pode ultrapassar 5%, e, no caso de acordos verticais, b) o volume de negócios anual agregado na União Europeia do fornecedor em relação aos produtos abrangidos pelo acordo não pode ser superior a 40 milhões de euros.<sup>27</sup>

A Comissão aplica a mesma presunção se, em dois anos civis sucessivos, o limiar do volume de negócios não for excedido em mais de 10% e o limiar da quota de mercado em mais de 2 pontos percentuais.<sup>28</sup>

A Comissão relativamente aos acordos que, pela sua própria natureza, são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros, por exemplo, porque restringem importações e exportações ou abrangem diversos Estados-mem-

<sup>25</sup> No acórdão de 28.2.1991, Proc. C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, (*Delimitis*), cit, pontos 15 a 26, o TJ concluiu que apenas será condenado o acordo que contribua de modo significativo para o efeito de bloqueio produzido pelo conjunto desses contratos no contexto económico e jurídico destes.

Este acórdão, segue de perto, a decisão do TJ de 12.12.1967, *Brasserie de Haecht ( Haecht)*, 23/67, Recueil, p. 525. No mesmo sentido, o acórdão do TPI de 8.06.1995, *Scholler contra Comissão*, T-9/93, Colect., p. 11, ponto 75.

<sup>26</sup> Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU competition law*, cit., p. 182.

<sup>27</sup> Relativamente aos acordos de licença, cfr. as *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, ponto 53.

<sup>28</sup> Esta presunção já não é aplicável quando está em causa um mercado emergente ainda não existente e as partes, por isso, não geraram volume de negócios relevante, nem acumularam qualquer quota de mercado relevante. Nestes casos, o carácter sensível poderá ter de ser apreciado com base na posição das partes em mercados do produto conexos ou na sua força ao nível das tecnologias relativas ao acordo. Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*, ponto 52.

bros fa  
são ser  
de eur  
suscep  
-memb  
negóci  
40 mill  
Es  
graves  
de min  
gidas p  
A  
conjun  
atinent  
trições  
sensível  
Es  
positiv  
objecto  
uma re

1.3

Na  
"por ob

29 (   
membros.

30 (

velmente  
(de mínim  
Comunica  
restringen  
da União

31 /

Maior de 2  
que defir  
menos de  
balanço t

broz faz incidir uma presunção positiva ilidível de que esses efeitos no comércio são sensíveis, quando o volume de negócios das partes for superior a 40 milhões de euros ou a quota de mercado exceder o limiar de 5%. No entanto, os acordos susceptíveis de afectar o comércio que abrangem apenas parte de um Estado-membro só são sujeitos à presunção ilidível de afectação, caso o volume de negócios das partes em relação aos produtos abrangidos se mostrar superior a 40 milhões de euros.<sup>29</sup>

Esta é a forma de a Comissão lidar com os acordos que contêm restrições graves (*hardcore restraints*), que, ao contrário do que se verifica na Comunicação de *minimis* de 2001 e, na recentemente, aprovada em 2014, também são abrangidas pela regra da *não afectação sensível do comércio*.<sup>30</sup>

A regra da *não afectação sensível do comércio* tem de ser compreendida em conjunto com a doutrina de *minimis* desenvolvida a propósito do pressuposto atinente à restrição sensível da concorrência, alicerçada na presunção que as restrições contidas em acordos de pequena importância não restringem de forma sensível a concorrência.<sup>31</sup>

Estabelecida a competência do direito da concorrência através da apreciação positiva da afectação do comércio de forma sensível, impõe-se analisar se o objecto ou efeitos produzidos pelos acordos e práticas concertadas comportam uma restrição da concorrência.

### 1.3 – IMPEDIR, RESTRINGIR OU FALSEAR A CONCORRÊNCIA

Nos termos do artigo 101.º do TFUE são proibidos os acordos que tenham “por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência”, proibindo o

<sup>29</sup> Cfr. Pontos 53 e 90 das *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros*.

<sup>30</sup> *Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis)*, abreviadamente *Comunicação de minimis*, JO C 368, de 22/12/2001, p. 13, ponto 11 e *Comunicação da Comissão – Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)*, JO C 291 de 30.8.2014, p. 1-4, ponto 13.

<sup>31</sup> A *Comunicação de minimis* tem de ser articulada com a *Recomendação da Comissão, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas*, JO L 124 de 20.5.2003, p. 36-41, que define, no art. 2.º do anexo, as pequenas e médias empresas como empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros.

art. 101.º do TFUE, de igual modo, a restrição da concorrência intermarcas e intramarca.<sup>32</sup>

O direito da concorrência da União Europeia começa por distinguir os acordos que têm por objecto dos que têm por efeito restringir a concorrência.

As restrições de concorrência por objecto são aquelas cuja natureza grave e a experiência permitem presumir a produção de efeitos negativos na concorrência, contrariando os objectivos do direito da concorrência da União.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> A restrição, prevenção ou distorção tem as mesmas consequências em termos de aplicação do art. 101.º, sendo, por isso, englobada na noção mais ampla de restrição. Cfr. Acórdão do TJ de 13.07.1966, *Établissements Consten S.A.R.L. e outros contra Comissão*, Procs. apensos 56 e 58-64, Rec. p.429, a reconhecer efeitos iguais à restrição intramarca e intermarcas.

O relevo atribuído à quota de mercado e à permeabilização do direito da concorrência da UE aos avanços da teoria económica tendem a assinalar o carácter mais prejudicial da restrição intermarcas em relação à restrição intramarca.

Nesse sentido, na *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras comunitárias de concorrência às restrições verticais – Seguimento do Livro Verde sobre as restrições*, JO C 365 de 26.11.1998, p. 3, a Comissão sublinha que o controlo dos acordos verticais se torna mais importante quando a concorrência intermarcas é reduzida e existe um poder de mercado. Também o Acórdão do TJ de 28.02.1991, *Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG*, Proc. C-234/89, cit., p. I-00935, vai dar especial importância à concorrência intermarcas e à necessidade de avaliar a entrada de novos concorrentes, não dando relevo à concorrência intramarca. Cfr. neste sentido, G Amato, *Antitrust and the bounds of power*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 51-52.

No entanto, nas *Orientações sobre aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, JO C 101, de 27/04/2004, 2.2.2, pontos 17 e 18, é afirmada igual protecção à concorrência intermarcas e intramarca.

É muito questionável, como assinala Renato Nazzini, *Article 81 EC between time present and times past; a normative critique of "restriction of competition" in EU law*, cit., pp. 499 e 535, a compatibilidade da censura nos mesmos termos da restrição intramarca e da restrição intermarcas com a abordagem económica assumida nos pontos 5 e 24. Esta é uma das matérias que entendemos que deveria ser objecto de uma alteração na abordagem da União Europeia às restrições verticais.

<sup>33</sup> Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, cit., 2.2.2, ponto 21.

Estão aqui incluídas as restrições graves (*hardcore restraints*) referentes à imposição de preços fixos e mínimos de revenda e as restrições que conferem protecção absoluta em função da clientela e do território, incluindo as restrições em matéria de vendas passivas. Cfr. art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão de 20.04.2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO L 102, 23/04/2010, p. 5. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais (2010/C 130/01)*, JO C 130, 19.5.2010, p. 1, doravante *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, 3, pontos 47 a 59.

Cfr. Acórdão do Tribunal de 13.07.1966, *Établissements Consten S.A.R.L. e outros contra Comissão*, Procs. apensos 56 e 58-64, cit., em que é reconhecida, a propósito da exclusividade territorial atribuída aos distribuidores da Grundig em França, a existência de restrições que têm por objecto restringir a concorrência, mostrando-se supérflua a análise dos efeitos. Esta abordagem tem sido criticada pela doutrina por não ser compatível com os efeitos pró-competitivos que podem estar associados a certas restrições, que, neste caso, favorecia a penetração num mercado novo, protegendo os investimentos dos distribuidores do parasitismo dos outros distribuidores. Apesar de a

A  
dência e  
se este,  
realizaçã  
tem um

Comissão  
por object  
considera  
jurisprudê  
seja pelos  
artigo 101.  
xoSmithKlin

Cfr. i  
guide to EC

A pr  
bounds of p  
que a conce

As re  
trinjam o c  
platten Gmb  
a imposição  
SPRL Louis  
No mesmo

nitária da co  
<sup>34</sup> Nes

Maschinenba  
conta o cont

Estes  
também reve  
portamento  
pode revelar  
qualquer dis

Assim,

por objecto, d  
ao contexto e  
GlaxoSmithKl  
2009, p. I-09  
Colect., p. I  
p. I 4529, por  
Colet., p. I-11  
dutos ou dos  
ou dos merce

Na dou  
tition Rules, p  
muito recente

A determinação da restrição está dependente, de acordo com a jurisprudência dominante, da análise do conteúdo do acordo, por forma a determinar se este, considerando os factos e as circunstâncias objectivas que rodearam a sua realização e aplicação, onde se inclui o comportamento adoptado pelas partes, tem um objecto anticoncorrencial.<sup>34</sup>

Comissão admitir, nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, ponto 20, que a restrição por objecto pode ser abrangida pelo n.º 3 do art. 101.º, se preencher todos os requisitos, também considera nas *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 47, que esta é improvável. Na jurisprudência, tem sido afirmada a possibilidade de qualquer acordo que restrinja a concorrência, seja pelos efeitos, seja pelo objecto, poder, em princípio, beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE. Cfr., nesse sentido, o acórdão do TPI [TG] Acórdão de 27.09.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão*, Proc. T-168/01, Colect. 2006, p. II-02969, ponto 233.

Cfr. a crítica desta decisão do processo *Consten Grundig*, por Valentine Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, cit., pp. 75-76.

A protecção conferida à concorrência intramarca é justificada por Amato, *Antitrust and the bounds of power*, cit., 48-49, com a criação do mercado único, ao contrário dos Estados Unidos em que a concorrência é orientada para a protecção do direito individual à liberdade de comércio.

As restrições por objecto são as restrições referentes à protecção territorial absoluta e que restringem o comércio paralelo, como resulta do Acórdão do TJ de 1.2.1978, *Miller International Schallplatten GmbH contra Comissão das Comunidades Europeias*, Proc. 19/77, Recueil 1978, p. 13, ponto 7 e a imposição de preços de revenda, como resulta do Acórdão do mesmo Tribunal de 19.04.1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery contra Société coopérative La Hesbignonne*, Proc. 27/87, Colect. 1988, p. 1919. No mesmo sentido, a Comissão no *Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*, ponto 21.

<sup>34</sup> Neste sentido, no Acórdão do Tribunal de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) contra Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Proc. 56-65, Rec., p. 359, impõe a análise do objecto, tendo em conta o contexto económico no qual se integra.

Estes factores incluem, em especial, o teor do acordo e os seus objectivos concretos. Poderá também revelar-se necessário apreciar o contexto em que é ou irá ser executado e a conduta e comportamento efectivos das partes no mercado. A forma como um acordo é efectivamente executado pode revelar que o seu objectivo é restringir a concorrência, ainda que o acordo formal não contenha qualquer disposição expressa nesse sentido.

Assim, para avaliar se a cláusula contratual em causa contém uma restrição da concorrência por objecto, deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objectivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere. Cfr., nesse sentido, Acórdão do TJ de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services contra Comissão*, Procs C501/06 P, C513/06 P, C515/06 P e C519/06P, Colect. 2009, p. I-09291, ponto 58, Ac do TJ de 6.4.2006, *General Motors contra Comissão*, Proc. C551/03 P, Colect., p. I 3173, ponto 66, Ac. do TJ. de 4. 6.2009, *T Mobile Netherlands*, Proc. C8/08, Colect., p. I 4529, ponto 31. O acórdão do TJ, 23.11.2006, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, C-238/05, Colet., p. I-11125, ponto 49, sublinha que devem ser tomadas em consideração a natureza dos produtos ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em questão.

Na doutrina, Valentine Korah, Denis O'Sullivan, *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, pp. 78 e ss, sublinham que a Comissão, apesar desta orientação da jurisprudência, só muito recentemente começou a valorar o contexto económico, na apreciação da restrição vertical,

A determinação do objecto anticoncorrencial torna supérflua a consideração de efeitos anticoncorrenciais efectivos.<sup>35</sup>

O Tribunal de Justiça e a Comissão desenvolvem, com base na fórmula alternativa do art. 101.º, n.º 1 do TFUE, uma análise em que, num primeiro

dando como exemplo, a Decisão da Comissão de 24.02.1999, Processo IV/35.079/F3 – *Whitbread*, JO L 88 de 31.3.1999, pp. 26-56. Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU competition law*, cit., pp. 211 e ss, destacam a Decisão da Comissão, de 24 de Julho de 2002, Processo Comp/29.373 – *Visa International* – Comissão interbancária multilateral, JO L 318 de 22.11.2002, p. 17-36, em que estava em causa a aplicação de uma comissão interbancária a nível multilateral, ou seja, uma comissão aplicada automaticamente a todas as operações intra-regionais com cartão Visa na UE. A Comissão não considerou esta decisão da Visa e dos seus aderentes, a qual poderia ser, em simultâneo, a uma decisão de associação e a um acordo entre empresas (cfr. ponto 55), fosse uma restrição da concorrência em termos de objecto, dado que um acordo CIM num sistema de pagamento quadripartido como a Visa tem por objectivo reforçar a estabilidade e a eficiência do funcionamento do referido sistema e, indirectamente, intensificar a concorrência entre os sistemas de pagamentos, permitindo assim aos sistemas quadripartidos concorrer de forma mais eficaz com os sistemas tripartidos (ponto 69). No entanto, considerou que a CIM no âmbito do sistema Visa restringia a concorrência, na acepção do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, à data art. 81.º do Tratado, uma vez que restringia a liberdade de os bancos determinarem individualmente as suas políticas em matéria de preços e a concorrência entre os adquirentes e os emitentes da Visa. Esta restrição foi, todavia, objecto de isenção ao abrigo do n.º 3 do art. 101.º do TFUE.

Esta, no entanto, já não foi a posição adoptada na Decisão da Comissão, de 19 de Dezembro de 2007, Processo COMP/34.579 – *MasterCard*, Processo COMP/36.518 – *EuroCommerce*, Processo COMP/38.580 – Cartões comerciais), JO C 264 de 6.11.2009, pp. 8-11, relativamente à aplicação de uma CIM idêntica à da Visa pela *Mastercard*, por considerar que esta restrição, para além de não poder ser abrangida pela teoria das restrições acessórias dada a ausência de carácter objectivamente acessório ao funcionamento da rede *Mastercard*, não preenchia os três primeiros requisitos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE. Esta decisão, mais tarde, foi confirmada pelo TPI, actual TG, no Ac. de 24.05.2012, *MasterCard, Inc. e outros contra Comissão*, Proc. T-111/08, cit., que também excluiu que as CIM tivessem um carácter objectivamente necessário ao funcionamento da rede *MasterCard*, sublinhando que só as restrições que se mostrem necessárias para que a operação principal possa, em qualquer hipótese, funcionar, ou seja, quando seja demonstrado que sem a restrição a operação principal será dificilmente realizável, podem ser consideradas abrangidas pela teoria das restrições acessórias. O TPI na construção do conceito de restrição acessória seguiu o acórdão do Tribunal Geral de 18.09.2001, *M6 e outros/Comissão*, T-112/99, Colect., p. II-2459, ponto 104, ao considerar que abrange qualquer restrição directamente ligada e necessária à realização de uma operação principal.

A *Mastercard* recorreu desta decisão para o TJ no processo C-382/12 P, tendo este sido julgado improcedente. Cfr. Ac. TJ de 11.09.2014, *MasterCard Inc. e outros contra Comissão*, Proc. C-382/12 P, citado na nota 7.

<sup>35</sup> Acórdão *Anic Partecipazioni SpA.*, cit., ponto 99.

Relativamente à dispensa da análise dos efeitos quando estejam em causa acordos que visam compartimentar os mercados nacionais segundo as fronteiras nacionais ou que tornam mais difícil a interpenetração dos mercados nacionais, nomeadamente, os que visam proibir ou restringir as exportações paralelas, cfr. Ac. do TJ de 16.12.2008, *Sot. Léloukas e o. contra GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton*, Procs apensos C-468/06 a C-478/06, Colect. 2008, p. I-7139, ponto 65. No mesmo sentido, cfr. os acórdãos do TJ de 13.07.1966, *Consten e Grundig/Comissão*, Procs 56/64 e 58/64,

momento  
a análise  
anticonco

Colet. 1965-  
ponto 65.

Está s  
defendida p  
2.2.2, ponto  
p. 118. O qu  
na concorrê

A inte  
efeitos da a  
restritivo da  
segundo ig  
*International*

Na de  
lamy, Child

No A  
apesar de a  
restritiva de  
tenham em

*Comissão, JC  
Competition  
Ltd, Proc. C*  
âmbito do :

Okeo,  
2001, pp. 6  
ficação da

O autor enu  
contra *Comi  
Hoffmann-L  
intenção su  
Como justif  
as Subjective  
do art 101.º*

restrição da  
Na p  
mercado, p  
com o prop  
autor, *Interj*

A cor  
noção de re

<sup>36</sup> Cfr.  
388, referin  
«ou», condu  
texto económ

momento, é averiguado se o objecto é anticoncorrencial, apenas se justificando a análise dos efeitos na restrição da concorrência, na ausência de um objectivo anticoncorrencial.<sup>36</sup>

Colet. 1965-1968, p. 423 e de 8.12. 2011, *KME Germany e o./Comissão*, C-272/09 P, Colet., p. I-12789, ponto 65.

Está subjacente a esta noção, a existência de uma presunção dos efeitos anticoncorrenciais, defendida pela Comissão nas *Orientações sobre aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, JO C 101, de 27/04/2004, 2.2.2, ponto 21. Neste sentido, Joanna Goyder, Albors-llorens, *Goyder's EC Competition Law*, cit., p. 118. O que tem como consequência inviabilizar a defesa com base na ausência de efeitos nefastos na concorrência. Cfr, Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU competition law*, cit., p. 210.

A intenção subjectiva das partes, para alguma doutrina, tem sido considerada irrelevante para efeitos da aplicação do art. 101.º do TFUE, sendo possível considerar que um acordo tem um objecto restritivo da concorrência mesmo que não tenha por único objectivo restringir a concorrência, prosseguindo igualmente outros objectivos legítimos. Nesse sentido, Acórdão do TJ de 1.02.1978, *Miller International Schallplatten GmbH contra Comissão*, Proc. 19/77, Colect 1978, p. 00131, ponto 7.

Na doutrina, negam relevância à intenção subjectiva, Whish, *Competition law*, cit., p. 110, Bellamy, Child, *European community law of competition*, cit., pp. 36-38.

No Ac de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services contra Comissão*, cit., ponto 58, o TJ admite que, apesar de a intenção das partes não constituir um elemento necessário para determinar a natureza restritiva de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta. Nesse sentido, Ac do TJ de 6.04.2006, Proc. C-551/03 P *General Motors BV contra Comissão*, JO C 143 de 17.6.2006, p. 5, ponto 78. O TJ reconhece ainda no Acórdão de 20.11.2008, *Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrignmore) Meats Ltd*, Proc. C-209/07, Colect. 2008, p. I-08637, ponto 21, que a intenção pode ser relevante, mas, no âmbito do artigo 101.º, n.º 3 do TFUE.

Okeoghene Odudu, *Interpreting Article 81(1): Object as Subjective Intention*, E.L.Rev, Vol. 26, 2001, pp. 65-70, põe em crise que se possa extrair da dispensabilidade deste pressuposto na qualificação da restrição que a intenção subjectiva não é suficiente para a qualificação da restrição. O autor enuncia várias decisões, entre os quais, os Acórdãos do TJ de 13.07.1966, *Consten e Grundig contra Comissão*, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, na versão portuguesa, p. 433-435, de 13.02.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contra Comissão*, Proc. 85/76, Colect. 1979, p. 461, ponto 115, em que a intenção subjectiva foi causa suficiente da qualificação da restrição sem consideração dos efeitos. Como justificação para a suficiência da intenção subjectiva, o autor, *Interpreting Article 81(1): Object as Subjective Intention*, cit., p. 71, aponta que o carácter preventivo de efeitos nefastos na concorrência do art 101.º, n.º 1 justifica que a tentativa de restringir a concorrência seja tão grave como a efectiva restrição da concorrência.

Na perspectiva sufragada pelo autor, a intenção subjectiva torna desnecessária a análise do mercado, perspectiva que não podemos sufragar e que se mostra, em certa medida, contraditória, com o propósito delimitador da esfera de acção do n.º 1 do art. 101.º do TFUE reconhecido pelo autor, *Interpreting Article 81(1): the object requirement revisited*, E.L. Rev, Vol 26, N.º 4, p. 389.

A contextualização da restrição no mercado é indispensável, mesmo no âmbito da tradicional noção de restrição por objecto, como resulta da jurisprudência citada na nossa nota 37.

<sup>36</sup> Cfr. Ac. do Tribunal de 30.06.1966., (L.T.M.)/(M.B.U.), na versão portuguesa, nas pp. 387 e 388, referindo que "O carácter não cumulativo mas alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra." Acrescentando mais adiante que "se a análise das cláusulas não reve-

Sempre que não seja apurado que o acordo tem por objecto restringir a concorrência, terão de ser analisados, numa apreciação individual, os seus efeitos, efectivos e potenciais, considerando o contexto económico e jurídico, a fim de determinar se estes limitam o ambiente concorrencial do mercado. A par da análise da restrição no contexto económico, torna-se necessário examinar a forma como o jogo da concorrência se processaria, se não existisse o acordo em causa.<sup>37</sup>

*lar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto de a proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável."*

Cfr. no mesmo sentido, o acórdão *Consten-Gründig/Comissão*, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423 e o acórdão *Sandoz prodotti farmaceutici/Comissão*, C-277/87, cit. p. 1-45.

Também é afirmado o princípio, segundo o qual, a prova do objecto anticoncorrencial dispensa o exame dos seus efeitos na concorrência, no acórdão do TJ de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services e Comissão*, cit., ponto 55. No mesmo sentido, Ac do TJ de 4.06.2009, *T-Mobile Netherlands*, Proc. C-8/08, Colect 2009 página I-4529, pontos 28 e 30 e de 18.12. 2008, *Coop de France bétail et viande (C-101/07 P) e Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) e outros, contra Comissão*, Procs apensos C-101/07 P e C-110/07 P, Colect 2008 página I-10193, pontos 87 e 88.

Também no sentido de ser dispensada a análise dos efeitos, quando estão em causa restrições graves como a fixação dos preços, a repartição do mercado ou o controlo das vendas, cfr. acórdão do TPI, actual Tribunal Geral, de 6.04.1995, *Tréfilunion/Comissão*, T-148/89, Colect., p. II-1063, ponto 109, de 21.10.2003, *General Motors Nederland BV e Opel Nederland BV contra Comissão*, Processo T-368/00, Colect 2003, p. II-04491, de 8.12.2011, *KME Germany e o./Comissão*, C-389/10 P, Colet., p. I-12789, ponto 65; e *KME Germany e o./Comissão*, C-389/10 P, Colet., p. I-13125, ponto 75.

<sup>37</sup> Cfr. Ac do TJ de 30.06. 1966, *Société technique minière*, cit., na versão portuguesa, p. 388, de 28.05.1998, *John Deere Ltd contra Comissão*, Proc. C-7/95 P, Colect 1998 p. I-03111, ponto 76.

Também o Acórdão do TPI [TG] de 15.09.1998, *European night services e Eurostar (UK) Ltd, Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS)*, contra Comissão, Procs. apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94., Colect, 1998, p. II-03197, ponto 136, sublinha a importância de atender ao quadro concreto em que esse acordo produz os seus efeitos e, designadamente, o contexto económico e jurídico em que as empresas em causa operam, a natureza dos serviços visados por esse acordo, bem como as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado em causa. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Geral de 24.05.2012, *MasterCard, Inc. e outros contra Comissão Europeia*, Proc. T-111/08, cit., ponto 87.

Cfr. Ac. *Haecht I* (Acórdão 12.12.1967. SA, *Brasserie de Haecht vs Consorts Wilkin-Janssen.*, Proc. 23/67. Recueil. 525, na versão portuguesa, pp. 706-707,) em que o Tribunal de Justiça extrai do facto de a proibição do art. 101.º, n.º 1 do TFUE abranger os objectivos, bem como os efeitos que se produzem na concorrência, a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência. No mesmo sentido, cfr. Ac do TJ de 28.02.1991, Proc. C-234/89, *Stergios Delimitis contra Heminger Bräu AG (Delimitis)*, cit., pontos 14 a 26.

Cfr. Ac do TJ de 8.06.1982, *L.C. Nungesser KG e Kurt Eisele contra Comissão*, Proc. 258/78, Colect. 1982, p. 2015, em que foi considerado que, dado o contexto, a licença exclusiva, relativa à criação de uma nova espécie vegetal sobre um território, era justificada com a protecção dos investimentos a serem realizados pelo licenciado.

Este  
efeito.

Nes  
devendo  
de permi  
no merce  
qualidad

A aj  
zação de  
como a r  
rentes e c  
barreiras  
Rela  
existência

Esta p  
tel SA, Comp  
Processo 262

També  
de multiplic  
Acórdão do  
Proc. 27/87, (c  
foi excluída  
executados, t  
nha a fixaçã  
art. 101.º do  
incluída, se v  
dos-membros

<sup>38</sup> É, ass  
partes excede  
facto de, devi  
cionada por u  
n.º 1 do artigo  
impondo-se u  
do art. 81.º, ci  
excluir da proi  
nificantes, num  
do n.º 3 do art.

<sup>39</sup> Record  
ponto 24, tem  
cluir que a res  
da isenção de  
pelo direito da

Este tipo de restrições é, por isso, reconduzido à categoria de restrições por efeito.

Neste caso, não existe qualquer presunção de efeitos anticoncorrenciais, devendo este afectar, de forma sensível, a concorrência real ou potencial, a ponto de permitir esperar, com um grau de probabilidade razoável, efeitos negativos no mercado relevante a nível dos preços, produção, inovação e variedade ou qualidade dos bens e serviços.<sup>38</sup>

A apreciação individual dos efeitos na concorrência impõe, assim, a realização de uma análise de mercado, que contemple o mercado relevante, bem como a natureza dos produtos, a posição de mercado das partes, dos concorrentes e dos compradores, a existência de concorrentes potenciais e o nível das barreiras à entrada no mercado.<sup>39</sup>

Relativamente ao impacto das restrições verticais, a Comissão defende a existência de uma análise completa da situação concorrencial, acrescentando aos

---

Esta posição foi mais tarde reafirmada pelo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 6.10.1982, *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, e outros contra Ciné-Vog Films SA e outros*, Processo 262/81. Colect 1982 p. 3381.

Também o contexto económico assume um papel relevante na apreciação de licença exclusiva de multiplicação de sementes, acompanhada de uma cláusula de fixação de preços mínimos no Acórdão do TJ de 19.04.1988, *SPRL Louis Erauw-Jacquery contra Société coopérative La Hesbignonne*, Proc. 27/87, Colect. 1988, p. 1919, ponto 11, em que a licença exclusiva de multiplicação de sementes foi excluída do art. 101.º do TFUE com a justificação que o licenciante, depois dos investimentos executados, tinha o direito de seleccionar os titulares de licença. Relativamente à cláusula que impunha a fixação de preços mínimos, o tribunal considerou que só pode ser proibida, nos termos do art. 101.º do TFUE, se, tendo em conta o contexto económico e jurídico do contrato em que está incluída, se verificar que esta é susceptível de afectar de maneira sensível o comércio entre os Estados-membros. (cfr. ponto 20).

<sup>38</sup> É, assim, insuficiente para a apreciação da validade concluir que as quotas de mercado das partes excedem os limiares estabelecidos na Comunicação de *minimis* da Comissão. Além disso, o facto de, devido às quotas de mercado das partes, um acordo não beneficiar da segurança proporcionada por uma isenção por categoria também não permite extrair que o acordo é abrangido pelo n.º 1 do artigo 101.º ou que não preenche as condições enunciadas no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, impondo-se uma apreciação individual dos seus efeitos. Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, cit., 2.2.2, ponto 24. A exigência de uma afectação sensível na concorrência permite excluir da proibição do n.º 1 do artigo 101.º as restrições cujos efeitos anticoncorrenciais sejam insignificantes, numa abordagem que a Comissão reputa de económica. Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, cit., 2.2.2, ponto 24.

<sup>39</sup> Recordamos que a Comissão nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, 2.2.2., ponto 24, tem o cuidado de referir que o facto de ser excedida a quota de *minimis* não permite concluir que a restrição afecte de forma sensível a concorrência, assim como o facto de não beneficiar da isenção de categoria conferida pelo Regulamento n.º 330/2010 não significa que seja censurada pelo direito da concorrência.

factores acima referidos, a maturidade do mercado, o estágio da actividade comercial, assim como, em certos casos específicos, o efeito cumulativo, a vontade das partes e o quadro e comportamento regulamentar, nomeadamente, as variações do nível de preços.<sup>40</sup>

Neste sentido, há autores que defendem a aplicação de uma *rule of reason* no âmbito do art. 101.º do TFUE, assim precedendo a proibição da restrição de uma análise económica.<sup>41</sup>

Também nós entendemos que a *full rule of reason analysis* é o método mais adequado para aferir a legalidade da restrição, ainda que se possa mostrar mais

<sup>40</sup> Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, pontos 111 a 121.

<sup>41</sup> Cfr. A favor da aplicação da *rule of reason*, Joliet, *The Rule of Reason in antitrust Law. American, German and Common Market Laws in comparative Perspective*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Vol. 26, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, Korah, *The Rise and Fall of Provisional Validity. The Need for a Rule of Reason in EEC Antitrust*, Nw. J. Int'l L. & Bus. Vol. 3, 1981, p. 320. Hawk, *System failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, CMLR, Vol. 32, n.º 4, 1995, 987-988, considerando-a compatível com a proibição *per se* das restrições por objecto. No Acórdão do TJ de 8.07.1999, *Montecatini SpA contra Comissão*, Proc. C-235/92 P, Colect. 1999 p. I-04539, ponto 133, é afirmado que, ainda que a *rule of reason* possa ser aplicada no âmbito do artigo 101.º, n.º 1, na época art. 85.º n.º 1, do Tratado, não pode obstar à restrição por objecto, dado o carácter óbvio da infracção. Recentemente, em face do *Leegin, J. Vickers, Competition law and economics: a mid-Atlantic viewpoint: The Burrell lecture of the Competition Law Association*, ECLJ, 2007, pp. 8-11, também defendeu que a rejeição da *rule of reason* devia ser reequacionada.

Manzini, *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, cit., pp. 394-397, aponta como obstáculo para a *rule of reason*, a ausência de correspondência entre o art. 101.º e a *section 1* do *Sherman Act*, nomeadamente, a enumeração exemplificativa de práticas consideradas inadmissíveis e o n.º 3 do art. 101.º do TFUE. Nesse sentido, R. Whish, *Competition Law*, pp. 124-125, Alison Jones, *Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law- Convergence or divergence?* Antitrust Bull., Vol. 51, N.º 4, 2006, pp. 739-745, 810-811, apontam a estrutura do art. 101.º e os objectivos prosseguidos pelo direito da concorrência da União Europeia. Alison Jones, Brenda Sufrin, *EC competition law*, cit., p. 251, também apontam a estrutura do art. 101.º como obstáculo, que mantêm em *EU competition law*, cit., p. 257.

Alison Jones, *Analysis of agreements under U.S. and EC antitrust law - Convergence or divergence?* Antitrust Bull., Vol. 51, N.º 4, 2006, pp. 739-745, 810-811, acrescenta ainda, como impedimento, o facto de no art. 101.º serem prosseguidos objectivos não económicos, assim se distinguindo do direito da concorrência norte-americano.

Cfr. Richard Whish, Brenda Sufrin, *Article 85 and the Rule of Reason*, Yearbook of European Law, G. Jacobs, Liliana Brisby (eds.) Vol. 7, Clarendon Press Oxford, Oxford, 1987, p. 34, manifestaram-se contra a adopção da *rule of reason*, alegando que pouco poderia contribuir para a segurança jurídica na aplicação do direito da concorrência, sugerindo que o termo, tal como *per se legality* ou *ancillary restraint*, fosse abandonado para não lançar confusão entre as distintas abordagens jusconcorrenciais norte-americana e europeia.

Não concordamos com estas críticas, já que, na esteira de Doris Hildebrand, *Economic Analyses of Vertical Agreements. A Self-Assessment*, Kluwer Law International, The Hague, p. 37, Sandra Colino, *Vertical agreements*, cit., p. 192-193, sufragamos uma *structured rule of reason*, por isso, compatível com os pressupostos do art. 101.º, n.º 3 e com a prossecução de objectivos não económicos.

custoso,  
eventual  
coerênci  
entanto,  
jurídico

Ess:

As :

sejam di  
tipo e de

A n

demonst

não seria

posição.<sup>43</sup><sup>42</sup> No

a alegada n

cluído o car

*reason*, acres

artigo 101.º

âmbito do r

útil se um t

do Tratado.

*contra Comis*

Esta p

nização das r

qual a avalia

termos do n.

medida em

através de u

esvaziar o n.

os elementos

seria arriscad

sob reserva c

a modernizaç

Por último, re

que, de acorc

mica dos aco

rência.

<sup>43</sup> Cfr. C

tificar nesta a

Taft e a *less n*

Em sen

*Present and Ti**Liber Amicoru*

custoso, considerando a ausência de critérios na avaliação das restrições e as eventuais dificuldades em termos de consolidação de política da concorrência e coerência do ordenamento jurídico jusconcorrencial. Estes argumentos, no entanto, já perderam intensidade, tendo em conta a maturidade do ordenamento jurídico actual.

Essa, no entanto, não tem sido a opinião dos tribunais, nem da Comissão.<sup>42</sup>

As restrições acessórias de uma operação principal não restritiva, desde que sejam directas e objectivamente necessárias para a existência de um acordo desse tipo e dessa natureza, não estão abrangidas pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

A necessidade da restrição é apreciada com base em factores objectivos que demonstrem que, dada a natureza do acordo e as características do mercado, não seria possível concluir um acordo menos restritivo por empresas na mesma posição.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> No Ac. da TPI [TG], 18.09. 2001, Proc. T-112/99, *Métropole télévision (M6) e outros*, cit., perante a alegada necessidade de aplicação da *rule of reason* a uma cláusula de exclusividade para ser concluído o carácter pró-competitivo da cláusula, o tribunal, no ponto 72, rejeita a existência da *rule of reason*, acrescentando no ponto seguinte, que esta é incompatível com a estrutura do artigo 85 [actual artigo 101.º], que impõe que a análise dos aspectos pró-competitivos só possa ser efectuada no âmbito do n.º 3 do artigo 85.º [actual artigo 101.º], o qual perderia em grande parte o seu efeito útil se um tal exame já tivesse sido efectuado ao abrigo do artigo 85.º [actual artigo 101.º], n.º 1, do Tratado. Cfr. no mesmo sentido, Acórdão do TPI [TG] de 23.10.2003, *Van den Bergh Foods Ltd contra Comissão*, Proc. T-65/98, Colect. 2003, p. II-04653, ponto 2.

Esta posição da jurisprudência secunda a posição da Comissão que *Livro Branco sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE*, cit., ponto 57, de acordo com a qual a avaliação dos aspectos pró-competitivos e anticoncorrenciais de determinados acordos, nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, é incompatível com a estrutura do art. 101.º do TFUE, na medida em que esvaziaria o n.º 3 do artigo 101.º do seu conteúdo, o que só poderia ser alterado através de uma revisão do Tratado. A Comissão considera que seria, no mínimo, um paradoxo, esvaziar o n.º 3 do artigo 101.º do seu conteúdo quando esta disposição contém, com efeito, todos os elementos de um "princípio de ponderação" (*rule of reason*). Além disso, argumenta ainda que seria arriscado basear a modernização das regras de concorrência na evolução da prática decisória, sob reserva de confirmação pelos órgãos jurisdicionais comunitários. Uma tal abordagem tornaria a modernização dependente dos processos apresentados à Comissão e poderia levar muitos anos. Por último, refere que esta opção seria susceptível de desviar o n.º 3 do artigo 101.º do seu objectivo, que, de acordo com a Comissão, consiste em fornecer um quadro jurídico para a apreciação económica dos acordos e não possibilitar que, por motivos políticos, sejam evitadas as regras de concorrência.

<sup>43</sup> Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º, 2.2.2*, ponto 18.2, 29. Podemos identificar nesta abordagem uma proximidade com a *Addyston Pipe rule of reason* enunciada pelo Juiz Taft e a *less restrictive alternative* da jurisprudência norte-americana.

Em sentido crítico desta teoria das restrições acessórias, Nazzini, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of 'Restriction of Competition'* in *EU Law*, cit., pp. 530-534.

É assim exigido que esta seja, objectivamente necessária e proporcional à finalidade não restritiva prosseguida pelo acordo. Para além de ser necessária e proporcional, nos termos acima descritos, a restrição tem de ser directa, ou seja, tem de ser indissociável e dependente da realização da operação principal não restritiva prosseguida pelo acordo.<sup>44</sup>

Estas restrições podem ter como justificação a necessidade objectiva de penetração num novo mercado, salvaguardar a uniformidade e reputação do sistema de franquia, a imposição de restrições à venda a certas categorias de consumidores, por razões de saúde ou de segurança ligadas à natureza do produto.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, JO C 101 de 27.4.2004, p. 97-118, ponto 2.2.2., ponto 29. Na jurisprudência, cfr. Acs. do TJ de 11.6.1985, *Remia B.V. e outros contra Comissão*, Proc. 42/84, Colect. 1985 p. 2545, ponto 20 e Acórdão do TPI [TG] no proc. T-112/99, *Métropole télévision (M6) e outros*, cit., pontos 107.

<sup>45</sup> Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, ponto 18.2.

A Comissão nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, 2.2.2., ponto 31, seguindo de perto a decisão do *Pronuptia, Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, Proc. 161/84, cit., sustenta que as restrições apostas no contrato de franquia com vista para proteger a uniformidade e a reputação do sistema de franquia não serão abrangidas pelo n.º 1 do artigo 81.º [101.º], desde que o objectivo principal do acordo de franquia não restrinja a concorrência e estas se mostrem, com base em critérios objectivos, necessárias e proporcionais, à operação principal concretizada através do acordo.

Na jurisprudência, esta doutrina começou por ser aplicada no Acórdão do TJ de 30.6.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)/Maschinenbau Ullm GmbH (M.B.U.)*, Proc. 56/65, cit., p. 388, sendo seguida no acórdão *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele/Comissão*, Proc. 258/78, Col. 1982, p. 02072, ponto 68, apesar de no caso concreto o tribunal ter rejeitado este argumento.

Mais recentemente, foi secundada, apesar de negada pelo tribunal a sua aplicação ao caso concreto, no já referido acórdão do TPI [TG] no proc. T-112/99, *Métropole télévision (M6) e outros*, Col. 2001, p. II-2459.

Também no Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.02.2002, *J.C. Wouters. W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV e Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Proc. C-309/99, Col 2002, página I-01577, ponto 110 foi suscitada esta questão. A regulamentação nacional, o *Samenwerkingsverordening* 1993, adoptada por um organismo como a Ordem dos Advogados neerlandesa, que proibia os advogados que exerciam nos Países Baixos de estabelecerem uma relação de colaboração com membros da categoria profissional dos revisores de contas foi julgada legal, ao abrigo do actual 101.º do TFUE, dado que, apesar dos efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, se mostrava objectivamente necessária ao bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada no Estado-membro em causa.

*Whish, Competition law*, cit., pp. 121-122, insere esta decisão nas *regulatory ancillarity* já que a restrição é acessória a uma função regulatória da qualidade dos serviços a serem prestados aos consumidores de serviços legais.

Em sentido oposto, Monti, *Article 81 and Public Policy*, cit., pp. 1086-1088. Monti, com base, neste caso, defende que o Tribunal aplicou uma *European rule of reason*, inicialmente construída a

É essencial  
balanço económic  
anticoncorrencial  
n.º 3 do TFUE.<sup>46</sup>

1.3.1 -

A determinar  
têm como ponto  
é definido o po  
Numa abor  
Europeia alicerç  
a cuja aquisição,  
vas da concorrê

O poder de  
da União Europ  
petitivo, sendo  
à "capacidade de  
dução, em termo  
abaixo de níveis

propósito da apre  
relevantes, como a  
exemplo o acórdão  
anticoncorrenciais, e  
por prosseguirem e  
cação desta Europea  
art. 101.º não envol  
dos. Numa perspect  
"rule of reason"? E.C  
son europeia para a  
tem apoio na art. 10  
estar em causa a apl  
trição no quadro de

<sup>46</sup> As *Orientações*  
pp. 97-118, 2.2.2.; poi

<sup>47</sup> Cfr. *Orientaçã  
n.º 3 do artigo 81.º e  
17.3, 3.ª ed., Thomsc  
elevar ou manter os*

É essencial apontar que estas restrições acessórias não estão sujeitas ao balanço económico entre os benefícios efeitos pró-concorrenciais e efeitos anticoncorrenciais que norteia a concessão de isenção, nos termos do art. 101.º, n.º 3 do TFUE.<sup>46</sup>

### 1.3.1 – PODER DE MERCADO

A determinação da afectação do comércio e da restrição na concorrência têm como ponto de partida a posição de mercado da empresa, a partir da qual é definido o poder de mercado das partes.

Numa abordagem claramente mais próxima da teoria económica, a União Europeia alicerça a análise das restrições na concorrência no poder de mercado, a cuja aquisição, manutenção e reforço surgem associadas restrições significativas da concorrência.

O poder de mercado assume um papel fulcral no direito da concorrência da União Europeia, atendendo que é considerado uma ameaça ao processo competitivo, sendo reconduzido, na perspectiva adoptada pela Comissão Europeia, à “capacidade de manter os preços acima dos níveis concorrenciais ou de manter a produção, em termos de quantidade e qualidade dos produtos e variedade ou inovação, abaixo de níveis concorrenciais durante um período de tempo não desprezável.”<sup>47</sup>

propósito da apreciação da validade das regras nacionais que prosseguem interesses domésticos relevantes, como a protecção do consumidor, apesar de limitarem a livre circulação, dando como exemplo o acórdão da *Cassion de Dijon*. Aplicada à concorrência, esta regra permitiria que práticas anticoncorrenciais, em face do art. 101.º, n.º 1, fossem consideradas excluídas do âmbito do art. 101.º por prosseguirem exigências de política pública. Um dos aspectos a ter em conta, na eventual aplicação desta *European style rule of reason*, reside no facto de, como assinala Monti, a apreciação do art. 101.º não envolver habitualmente a legislação nacional, dada a incidência sobre acordos privados. Numa perspectiva próxima, Craig Callery, *Should the European Union embrace or exorcise Leegin's “rule of reason”?* E.C.L.R. vol. 32, N.º 1, p. 49. Parece-nos muito forçada a aplicação desta *rule of reason* europeia para atender aos interesses legítimos dos Estados-membros, desde logo, porque não tem apoio na art. 101.º, em especial, no n.º 3 do art. 101.º. Neste caso, entendemos, tal como Whish, estar em causa a aplicação da *ancillary restraints*, numa variante regulatória, dado a inserção da restrição no quadro de uma função regulatória de uma profissão.

<sup>46</sup> As *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, JO C 101 de 27.4.2004, pp. 97-118, 2.2.2., ponto 30.

<sup>47</sup> Cfr. *Orientações sobre restrições verticais*, 2010, ponto 97 e *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, ponto 25. Esta posição aproxima-se dos que, como Hovenkamp, § 17.3, 3.ª ed., Thomson West, St Paul, 2005, p. 80, reconduzem o poder de mercado ao poder para elevar ou manter os preços acima do nível em concorrência durante um período significativo de

Este poder de mercado pode ser individual ou resultar de acordos e práticas concertadas, entre concorrentes e entre agentes em níveis distintos do processo económico.

É, neste contexto, que as restrições verticais têm merecido tantas reticências do direito da concorrência, já que são meios potenciais para criar e manter poder de mercado.

Um dos indicadores do poder de mercado habitualmente usado pelo direito da concorrência é a quota de mercado, sendo identificada entre ambos uma correlação positiva.

Na perspectiva atomística da *workable competition*, que domina o ordenamento jusconcorrencial da União Europeia, quanto mais fortes e numerosos forem os concorrentes, menor será o risco de as partes poderem influenciar negativamente o jogo da concorrência.<sup>48</sup>

A quota de mercado, como meio de revelar o poder de mercado não é um conceito pacífico, mas é no direito da concorrência da União um dos aspectos mais importantes na análise económica das restrições.<sup>49</sup>

tempo. Outros autores consideram simplesmente que esta corresponde à capacidade de elevar os preços acima do nível competitivo com lucro. Cfr. Landes, Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, Harv. L. Rev., Vol. 94, 1981, p. 937. Alguns economistas apontam a capacidade de cobrar preços acima do custo marginal a curto prazo. No entanto, esta definição tem sido posta em crise, já que em vários modelos é possível coexistir um mercado competitivo com preços acima do custo marginal. Cfr., nesse sentido, Bishop, Walker, *The economics of EC Competition Law, The economics of EC Competition law: concepts, application and measurement*, 3.ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2010, pp. 52, 60.

<sup>48</sup> Assumindo, por isso, relevância da concentração do mercado, em regra com recurso ao *Herfindahl - Hirschman Index* (HHI) e o número de empresas existentes no mercado, bem como a análise de outros factores dinâmicos, como a entrada potencial no mercado e a alteração das quotas de mercado. A elevada flutuação e mutação das quotas de mercado, assim como a ausência de barreiras à entrada são, em regra, um indício de um grau elevado de competitividade no mercado. Nas *Orientações relativas à aplicação do artigo 81.º do Tratado CE aos acordos de cooperação horizontal* (2001/C 3/02), JO C 2 de 6.1.2001, p. 2 ponto 29 referia expressamente o recurso ao HHI. O que não acontece nas *Orientações relativas à aplicação do artigo 101.º do TFUE aos acordos de cooperação horizontal* (2011/C 11/01), JO C 11 de 14.1.2011, p. 1, ponto 168, apesar de manter a referência ao índice de concentração do poder de mercado.

A doutrina económica, ao superar o paradigma *Structure - Conduct - Performance*, demonstrou que nem sempre a existência de um número inferior de concorrentes e de níveis de concentração elevados corresponde a um mercado com concorrência frágil, podendo os mercados com níveis de concentração reduzidos e uma pluralidade de concorrentes permitirem a formação de cartéis.

<sup>49</sup> Cfr. Landes, Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, cit., pp. 946-948 e Bishop & Walker, *The economics of EC Competition Law*, cit., pp. 70 e ss.

A defi  
tem de ser

O mer  
concorrência  
pressão sob

O conc  
cado geogr  
característic  
cializado.<sup>51</sup>

Apesar  
deixa, todav  
da União Eu

A par da  
de mercado, sul  
tem como princí  
perante a igual  
*policy* § 3.1.ª, cit.  
base no Lerner  
Harv. L. Rev., V

Neste sent  
americanos, o m  
papel central no  
pp. 947-49 e *Mar  
rical History, San  
agreements*, cit., p  
*tribution in Europe*  
Law Review, Vo

<sup>50</sup> Nesse se  
da Comissão relat  
JO n.º C 372 de  
comprobativos o  
Cfr. Acórdão do  
Comissão, Proc. 6  
do mercado.

<sup>51</sup> O merca  
ou adquirem pro  
gêneas, apresent  
produto relevante  
pelos consumido  
Cfr. *Orientações s*  
Cfr. Acórdã  
Comissão ( *Banan*

A definição da quota de mercado e, por via disso, do poder de mercado, tem de ser precedida da definição do mercado relevante.<sup>50</sup>

O mercado relevante tem, por finalidade, identificar os condicionalismos concorrenciais a que a empresa está sujeita, que sejam susceptíveis de exercer pressão sobre a empresa, impedindo-a de actuar de forma independente.

O conceito de mercado relevante engloba o mercado do produto e o mercado geográfico, atendendo a que a ideia de substituição exige a análise das características do produto em causa e da zona geográfica em que este é comercializado.<sup>51</sup>

Apesar de a definição do mercado não estar isenta de dificuldades, não deixa, todavia, de ser louvável a permeabilização pelo direito da concorrência da União Europeia à teoria económica, na esteira da jurisprudência norte-ame-

---

A par da quota de mercado é proposto o *Lerner Index*, um método que propõe medir o poder de mercado, subtraindo o custo marginal ao preço e dividindo o resultado pelo preço. Este método tem como principal crítica o facto de estar delineado em função da concorrência perfeita, sendo zero perante a igualdade entre o preço e o custo marginal. Cfr. Herbert Hovenkamp, *Federal antitrust policy* § 3.1.<sup>3</sup>, cit., pp. 80-81. Sobre as dificuldades subjacentes à definição do poder de mercado com base no Lerner Index e na quota de mercado, cfr. Landes, Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, Harv. L. Rev., Vol. 94, N.º 5, 1981, pp. 939 e ss.

Neste sentido, as quotas de mercado são ainda o método mais adoptado pelos tribunais norte-americanos, o mesmo sucedendo no direito da concorrência da União Europeia, onde assumem um papel central no regulamento de isenção. Cfr. Landes, Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, cit., pp. 947-49 e Mark Patterson, *The Market Power Requirement Antitrust in Rule of Reason Cases: A Rhetorical History*, San Diego L. Rev., Vol. 37, 2000, pp. 2-3. Na doutrina europeia, Sandra Colino, *Vertical agreements*, cit., pp. 100-104, Sandra Colino, *Recent Changes in the Regulation of Motor Vehicle Distribution in Europe - Questioning the Logic of Sector-Specific Rules for the Car Industry*, *The Competition Law Review*, Vol 6, N.º 2, 2010, p. 214, Whish, *Competition law*, cit., pp. 45 e ss.

<sup>50</sup> Nesse sentido, cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, ponto 27. *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, JO n.º C 372 de 09/12/1997 p. 0005-0013, na qual são compiladas as regras, critérios e elementos comprovativos que a Comissão utiliza quando analisa questões relativas à definição do mercado. Cfr. Acórdão do TJ de 21.02.1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contra Comissão*, Proc. 6-72, Colect. 1973, p. 215, ponto 32, a assinalar a importância vital da delimitação do mercado.

<sup>51</sup> O mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem ou adquirem produtos ou serviços e em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas, apresentando diferenças relativamente a áreas geográficas vizinhas, enquanto o mercado de produto relevante abarca todos os produtos e/ou serviços, considerados permutáveis ou substituíveis pelos consumidores, atendendo às características do produto, do seu preço ou da sua utilização. Cfr. *Orientações sobre os acordos verticais*, 2010, ponto 88.

Cfr. Acórdão do TJ de 14.02.1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV contra Comissão* ( Bananas Chiquita), Proc. 27/76, Colect. 1978 p. 207, ponto 11.

ricana, ao aceitar a definição do mercado relevante como condição prévia à análise, sob ponto de vista jusconcorrencial, da conduta em causa.<sup>52</sup>

O mercado relevante vai permitir definir a quota de mercado na empresa, com base na qual é avaliada a presença, ou não, de poder de mercado, reconduzida, como vimos, à capacidade de manter, durante um período de tempo considerável, os preços acima dos níveis competitivos, ou a produção em termos de quantidade e qualidade dos produtos e de variedade ou inovação, abaixo de níveis competitivos.<sup>53</sup>

O poder de mercado é sempre relativo, sendo o grau de poder de mercado normalmente exigível para concluir pela existência de uma infracção, nos termos do artigo 101.º, n.º 1, menor do que o grau de poder de mercado exigido para a posição dominante, nos termos do artigo 102.º do TFUE.<sup>54</sup>

## 2 – A DOUTRINA DE *MINIMIS*

É, neste contexto, que se impõe compreender a doutrina de *minimis* presente na Comunicação de *minimis* de 2001, quer na Comunicação de *minimis* 2014.

Estas comunicações estão alicerçadas na jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça, no sentido de a proibição contida no n.º 1 do anterior artigo

<sup>52</sup> É importante assinalar que a delimitação do mercado não tem a mesma função consoante se trate de aplicar o artigo 101.º ou o 102.º do TFUE.

No âmbito da aplicação do artigo 101.º do TFUE, esta determinação mostra-se essencial para determinar se o acordo, a decisão de associação de empresas ou a prática concertada em causa é susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros e tem por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum. Cfr. Acórdão do TPI [TG] de 21.02.1995, *SPO e o./Comissão*, T-29/92, Colect., p. II-289, ponto 74 e de 15-09.1998, *European Night Services e o./Comissão*, T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94, Colect., p. II-3141, pontos 93 a 95 e 105.

Já para efeitos da aplicação do artigo 102.º do TFUE, a definição do mercado em causa é condição necessária e prévia a qualquer julgamento que incida sobre um comportamento pretensamente anticoncorrencial, uma vez que, antes de estabelecer a existência de um abuso de posição dominante, é necessário estabelecer a existência de uma posição dominante num dado mercado, o que pressupõe a respectiva delimitação do mercado. Cfr. Acórdão do TPI [TG] de 6.07.2000, *Volkswagen AG contra Comissão*. Proc. T-62/98, Colect. 2000, p. II-02707, ponto 230.

<sup>53</sup> Cfr. *Orientações sobre os acordos verticais*, 2010, ponto 97 e *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, ponto 25.

<sup>54</sup> Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, ponto 26 e *Orientações sobre os acordos verticais*, ponto 97.

81.º e a  
corrênci  
Po  
revisão  
no que  
pelo Re  
isenção  
namento  
Est  
e média  
se justifi  
101.º do  
Na:  
quotas c  
que não  
ressalvar

<sup>55</sup> Cfr  
de 21.01.19  
di *Risparmio  
nistración d  
C-70/93, Ce  
dia Inc. con  
ECLI:EU:C:  
de 2014.*

<sup>56</sup> Reg  
categorias  
Cfr., 1  
nicação relat  
nível em htt  
revised safe  
restrictions  
http://europ

<sup>57</sup> Cfr.  
mendação d  
empresas, J  
Conco  
Almedina, 21  
teção das p  
173.º TFUE,  
"incentivar u  
Comunidade,  
nota, acertada

81.º e actual art. 101.º do TFUE, só abranger os acordos cujo impacto na concorrência seja sensível.<sup>55</sup>

Por outro lado, ambas as comunicações foram adoptadas, na sequência da revisão pela Comissão das regras de concorrência introduzidas, nomeadamente, no que diz respeito ao tratamento das restrições verticais, objecto deste artigo, pelo Regulamento de isenção por categoria n.º 2790/1999 e o Regulamento de isenção por categoria n.º 330/2010, com o intuito de manter a coerência do ordenamento jusconcorrencial nesta matéria.<sup>56</sup>

Está subjacente a ambas as comunicações, que os acordos entre as pequenas e médias empresas raramente são susceptíveis de restringir a concorrência, não se justificando, por isso, que sejam abrangidos pela proibição do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.<sup>57</sup>

Nas duas comunicações, a Comissão quantifica, recorrendo a limiares de quotas de mercado, que se mantêm os mesmos, as restrições da concorrência que não são consideradas sensíveis, nos termos do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, ressalvando que esta definição, por defeito, do carácter sensível, não implica que

<sup>55</sup> Cfr. Os Acs. do TJ de 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Colet., p. I-3439, n.º 1, de 21.01.1999, procs apensos C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco (Carlos) Banca Popolare di Novara e Casa di Risparmio di Genova e Imperia* (1999) Col. I-135, pontos 34 e 35, de 23.11.2006, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, C-238/05, Colet., p. I-11125, ponto 50 e de 24.10.1995, *Bayerische Motorenwerke*, C-70/93, Colet., p. I-3439, ponto 1. Recentemente, no mesmo sentido, o Ac do TJ de 13.12.2012, *Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence*, Proc. C-226/11, Colectânea de Jurisprudência 2012-00000, ECLI:EU:C:2012:795, pontos 16 e 17, que estará em parte na origem, da Comunicação de *minimis* de 2014.

<sup>56</sup> Regulamento n.º 2790/1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º [101.º] a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, Jornal Oficial C 291 de 13.10.2000.

Cfr., nesse sentido, os comunicados de Imprensa IP/02/13, *Política de concorrência: nova Comunicação relativa aos acordos de pequena importância (de minimis)*, Bruxelas, 7 de Janeiro de 2002, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-13\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-13_pt.htm) e o *Memo Antitrust: Commission adopts revised safe harbours for minor agreements ("De Minimis Notice") and provides guidance on "by object" restrictions of competition - Frequently asked questions*, Brussels, 25 June 2014, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-440\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-440_en.htm).

<sup>57</sup> Cfr. Comunicação de *minimis*, como vimos na nota 31, tem de ser articulada com a Recomendação da Comissão, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas, JO L 124 de 20.5.2003, pp. 36-41.

Concordamos com Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência, Uma introdução jurisprudencial*, Almedina, 2008, p. 227, quando exclui que, na origem deste tratamento mais favorável, esteja a protecção das pequenas e médias empresas. Apesar de o anterior art. 157.º do Tratado e o actual art. 173.º TFUE reconhecerem como objectivo, no quadro da política comunitária para a indústria, "incentivar um ambiente favorável à iniciativa e ao desenvolvimento das empresas do conjunto da Comunidade, e, nomeadamente, das pequenas e médias empresas", a eficiência económica, como nota, acertadamente, o autor, protege a concorrência e não os concorrentes.

os acordos entre empresas, que ultrapassem os limiares estabelecidos na presente Comunicação, restrinjam sensivelmente a concorrência.<sup>58</sup>

Nos casos abrangidos pela Comunicação, a Comissão não iniciará qualquer processo, nem a pedido, nem oficiosamente, sendo certo que é ressalvado que, quando as empresas presumirem, de boa-fé, que um acordo está abrangido pela Comunicação, a Comissão não aplicará quaisquer coimas.<sup>59</sup>

Apesar da ausência de carácter vinculativo para os tribunais e para as autoridades dos Estados-Membros, as duas comunicações pretendem dar orientações a essas entidades para a aplicação do artigo 101.º do TFUE.<sup>60</sup>

A Comunicação *de minimis* de 2001 veio substituir a Comunicação de 1997, apresentando como objectivo reduzir o peso que o cumprimento das regras da concorrência representa para as empresas, em especial as pequenas empresas, enquanto, ao mesmo tempo, permite que a Comissão reserve recursos para os casos mais graves de violação do direito da concorrência, evitando a análise de casos que, sob ponto de vista da política de concorrência, se apresentam inócuos, dado o impacto insignificante na concorrência.<sup>61</sup>

Em relação à predecessora, a Comunicação *de minimis* de 2001 pretende implementar uma abordagem económica, elevando os limiares *de minimis* de quotas de mercado para 10% no que respeita aos acordos entre concorrentes e 15% para os acordos entre não concorrentes. Os acordos entre empresas com um poder de mercado insignificante ficam, assim, excluídos do âmbito do direito da concorrência.<sup>62</sup>

Neste sentido, presume-se que não têm efeitos sensíveis na concorrência os acordos verticais restritivos concluídos entre empresas, cuja quota no mercado relevante não exceda 15%.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> Tais acordos podem igualmente ter apenas um efeito negligenciável sobre a concorrência e, por isso, não serem proibidos pelo n.º 1 do art. 101.º do TFUE. Cfr. Comunicação *de minimis* 2001, ponto 2 e Comunicação *de minimis* 2014, ponto 3.

<sup>59</sup> Comunicação *de minimis* 2001, ponto 4, Comunicação *de minimis* 2014, ponto 5

<sup>60</sup> Comunicação *de minimis* 2001, ponto 4, Comunicação *de minimis* 2014, ponto 5.

<sup>61</sup> Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia JO C 372 de 9.12.1997, pp. 13-15. Cfr. o comunicado de Imprensa IP/02/13, Política de concorrência: nova Comunicação relativa aos acordos de pequena importância (*de minimis*), Bruxelas, 7 de Janeiro de 2002, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-02-13\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-13_pt.htm)

<sup>62</sup> Na Comunicação anterior, os limiares *de minimis* de quotas de mercado eram de 5% e 10% respectivamente. Cfr. Comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo n.º 1 do artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, cit., ponto 9.

<sup>63</sup> Cfr. alínea b) do ponto 7 da Comunicação *de minimis* 2001 e alínea b) do art. 8.º da Comunicação *de minimis* 2014.

A diferença entre os dois limiares toma em consideração o facto de, normalmente, os acordos entre concorrentes serem mais susceptíveis de provocar efeitos anticoncorrenciais do que os acordos entre não concorrentes.

A Comunicação *de minimis* 2001 estabeleceu, pela primeira vez, um limiar de quota de mercado, de 5% de quotas de mercado, quando a concorrência for restringida num mercado relevante pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos.<sup>64</sup>

Quando a concorrência no mercado relevante é restringida pelo efeito cumulativo de redes paralelas de acordos, o limiar de quota de mercado, em ambas as comunicações, passa a ser de 5%, independentemente de as partes serem concorrentes ou não, pressupondo que tais redes paralelas correspondam a pelo menos 30% do mercado.<sup>65</sup>

#### 2.1 – A COMUNICAÇÃO DE MINIMIS 2001 E DA COMUNICAÇÃO DE MINIMIS 2014 E AS RESTRIÇÕES GRAVES

Esta presunção de ausência de restrição sensível da concorrência, na Comunicação *de minimis* de 2001 não se mantém quando os acordos apresentem restrições graves.

Nesse sentido, a Comunicação *de minimis* 2001, reproduzindo a mesma lista de restrições graves que os regulamentos por categoria aplicáveis aos acordos horizontais e verticais, esclarece que as restrições graves estão excluídas deste regime.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Cfr. Comunicação *de minimis* 2001, ponto 8. Este limiar de 5%, que se mantém na Comunicação *de minimis* 2014, ponto 10, veio permitir que as empresas presentes em sectores, como os da cerveja e dos produtos petrolíferos, possam beneficiar deste regime.

<sup>65</sup> Independentemente de as partes serem concorrentes ou não, pressupondo que tais redes paralelas correspondem a pelo menos 30% do mercado, como é referido no ponto 8 da Comunicação *de minimis* 2001 e do ponto 10 da Comunicação *de minimis* 2014. A Comissão, no ponto 9 da Comunicação *de minimis* 2001, bem como no ponto 11 da Comunicação *de minimis* 2014, considera abrangidos pela Comunicação *de minimis* os acordos que não excedam os limiares em mais de dois pontos percentuais durante dois exercícios consecutivos.

<sup>66</sup> Em termos de acordos entre concorrentes, a Comunicação incluiu a lista das restrições graves referidas no art. 5.º do Regulamento de isenção por categoria n.º 2658/2000 para os acordos de especialização, ou seja, restrições que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto: a) a fixação de preços de venda de produtos a terceiros; b) a limitação da produção ou das vendas e c) a repartição de mercados ou de clientes. Estas restrições mantiveram-se no art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 1218/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos de especialização, JO L 335 de 18.12.2010, p. 43.

No caso dos acordos entre não concorrentes reproduz a lista das restrições graves constantes do Regulamento de isenção por categoria n.º 2790/1999 para os acordos verticais, mais tarde, mantida com pequenas alterações no Regulamento de isenção por categoria n.º 330/2010.<sup>67</sup>

Esta opção pela definição das cláusulas proibidas pretende fazer recair sobre as restantes cláusulas um juízo de permissibilidade, diminuindo a incerteza jurídica das empresas.<sup>68</sup>

---

Estas restrições constavam igualmente do art. 5.º Regulamentos (CE) n.º 2659/2000 da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º [101.º] do Tratado a certas categorias de acordos de investigação e desenvolvimento, JO L 304 de 5.12.2000, p. 7, assim se mantendo no art. 5.º do Regulamento (UE) n.º 1217/2010 da Comissão de 14 de Dezembro de 2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE a certas categorias de acordos no domínio da investigação e desenvolvimento, JO L 335 de 18.12.2010, p. 36.

<sup>67</sup> Cfr. *Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (de minimis)*, Ponto 11.

No que se refere aos acordos entre não concorrentes, as restrições graves incluem a imposição de preços fixos ou mínimos, as restrições que conferem protecção absoluta em função da clientela e do território, restrições de vendas activas ou passivas a clientes finais por retalhistas integrados num sistema de distribuição selectiva, as restrições aos fornecimentos cruzados nos sistemas de distribuição selectiva, bem como as restrições que limitem a capacidade de o fornecedor vender estes componentes como peças sobresselentes a utilizadores finais ou a estabelecimentos de reparação ou a outros prestadores de serviços não autorizados pelo comprador para a reparação ou assistência dos seus bens. Estas restrições correspondem às enunciadas no art. 4.º do Regulamento n.º 2790/1999, mais tarde, acolhidas com pequenas alterações no art. 4.º Regulamento n.º 330/2010. A Comissão, nas *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, vai desenvolver uma análise detalhada acerca da proibição de restrições à publicidade e vendas online, que qualifica como restrições graves, apesar de esta matéria estar omissa do Regulamento. Esta ausência de correspondência entre o texto do Regulamento e as Orientações tem suscitado dúvidas quanto à força jurídica da tipificação de restrições graves, por as mesmas estarem previstas num documento que apenas tem por finalidade "ajudar as empresas a efectuarem a sua própria apreciação dos acordos verticais à luz das regras da EU em matéria de concorrência" e ao qual não é reconhecida força vinculativa. Nesse sentido, Mario Velez, *Significant changes to the block exemption on vertical restraints*, cit., p. 217, refere que "Due to the structural relationship between the Regulation and the Guidelines, the Commission should either remove hard-core restrictions that are not in the Regulation from the Guidelines or add them to the Regulation".

<sup>68</sup> Cfr. Whish, *Regulation 2790/99: The Commission's 'New Style' Block Exemption for Vertical Agreements*, CMLR., Vol. 37, n.º 4, 2000, p. 898. Como nota Korah, *An introductory guide to EC competition law and practice*, cit., p. 99, o recurso a esta técnica tem como desvantagem ter uma abrangência limitada, ainda que atenuada pela existência de uma *black list* menor. A autora assinala ainda substituição da aplicação formalista dos regulamentos de isenção anteriores por uma abordagem mais económica. A definição de comportamentos permitidos ou proibidos, no entanto, comporta sempre uma rigidez que pode ter custos ao punir incorrectamente um comportamento como anticoncorrencial, apesar de ser efectivamente benéfico, e, por outro lado, absolver actuações anticoncorrenciais,

uma  
5.º  
por  
gir  
tiv  
da  
reg  
qu  
tric  
  
qu  
va  
de  
ab.  
res  
res  
  
mu  
trus  
não  
  
duz  
por  
  
vert  
E.C.  
"res  
"har  
cont  
  
n.º :  
de a  
relat  
verti  
triçõ  
  
de d  
após  
mina  
de u  
  
segui  
  
Liber

É, neste aspecto, que a Comunicação de minimis 2014, pretende introduzir uma alteração, ao substituir a reprodução das restrições graves referidas no art. 5.º do Regulamento de isenção por categoria n.º 330/2010, pela referência, no ponto 13, que não abrange os acordos que tenham por objetivo impedir, restringir ou a falsear a concorrência no mercado interno, dando, como exemplo, relativamente aos acordos entre não concorrentes, os que contenham qualquer uma das restrições listadas como restrições graves (*hardcore*) no actual ou em futuros regulamentos de isenção por categoria, nomeadamente, o Regulamento 330/2010, que a Comissão vem expressamente clarificar que constituem, regra geral, restrições por objecto.<sup>69</sup>

Assume ainda, no ponto 14, que o «safe harbour», criado pelos limiares de quotas de mercado estabelecidos nos pontos 8, 9, 10 e 11, é particularmente relevante para as categorias de acordos não abrangidos por qualquer regulamento de isenção por categoria da Comissão, bem como para os acordos que são abrangidos por um regulamento de isenção por categoria, mas que tenham uma restrição excluída, ou seja, uma restrição que, apesar de não estar listada como restrição grave, não é abrangida pelo regulamento de isenção por categoria.<sup>70</sup>

muito embora, como demonstrou a Escola de Chicago, em especial Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, Texas L. Rev., Vol. 63, n.º 1, 1984, pp. 2-3, sejam preferíveis os segundos aos primeiros para não serem dissuadidos comportamentos pró-competitivos que aumentam o bem-estar.

<sup>69</sup> Também as *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, ponto 21, reconduzem as restrições referentes à fixação dos preços e à partilha do mercado ao conceito de restrições por objecto. No mesmo sentido, Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, cit., p. 266.

Em sentido contrário, numa posição que não sufragamos, Gianni De Stefano, "The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbors and hardcore restrictions", E.C.L.R. Issue 12 (2010), p. 487, refere que "These practices sometimes are mistakenly confused with "restrictions by object", which are roughly analogous to per se restrictions in the United States. In truth, a "hardcore" restriction merely is an arrangement which precludes the exemption of the whole arrangement containing it".

<sup>70</sup> No que respeita às restrições excluídas, ver, em especial, o artigo 5.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010. Enquanto as restrições graves determinam que todo o acordo fica excluído do âmbito de aplicação da isenção por categoria, o mesmo não acontece com as restrições referidas no art. 5.º, relativamente às quais o regulamento de isenção pode continuar a ser aplicável ao restante acordo vertical, desde que possa ser autonomizado das obrigações proibidas. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, pontos 70-71.

Essas cláusulas restritivas reportam-se a obrigações de não concorrência directa ou indirectas de duração indefinida ou superior a cinco anos; obrigações de não concorrência directa ou indirecta, após o termo do acordo, que coarctam a capacidade de produzir, comprar, vender ou revender determinados bens ou serviços, bem como as obrigações directas ou indirectas que impeçam os membros de um sistema de distribuição selectiva de venderem marcas concorrentes.

A assinalar a deficiente tradução portuguesa nesta matéria quando no ponto 14 O «porto seguro» é também relevante para os acordos abrangidos por um regulamento de isenção por categoria na

Ora, esta alteração é justificada pela decisão do Tribunal de Justiça no caso Expedia quando este considera que o artigo 101.º, n.º 1, TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a que uma autoridade nacional em matéria de concorrência aplique o artigo 101.º, n.º 1, TFUE a um acordo entre empresas que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, mas que não atinja os limiares fixados pela Comissão Europeia na Comunicação *de minimis* 2001, desde que esse acordo constitua uma restrição sensível da concorrência no sentido dessa disposição.<sup>71</sup>

*medida em que esses acordos contenham uma assim chamada restrição excluída, ou seja, uma restrição não listada como restrição grave, mas, não obstante, abrangida pelo regulamento de isenção por categoria da Comissão”, quando deveria ter sido traduzido uma restrição não listada como restrição grave, mas, não obstante, não abrangida pelo regulamento de isenção por categoria da Comissão.*

<sup>71</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.12.2012, *Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence*, Processo C-226/11, Colectânea de Jurisprudência 2012. O que estava em causa nos autos era a celebração pela SNCF de um conjunto de acordos com a Expedia, sociedade americana especializada na venda de viagens na Internet, e a criação com esta de uma filial comum denominada GL Expedia, com o objetivo de desenvolver a venda de bilhetes de comboio e de viagens na Internet. O sítio Internet *voyages-SNCF.com*, até então destinado apenas à informação, à reserva e à venda de bilhetes de comboio na Internet, alojou a atividade da GL Expedia e transformou-se para oferecer, além das suas prestações iniciais, um serviço de agência de viagens em linha.

A Autorité de la concurrence, por decisão de 5.2.2009, considerou que a parceria entre a SNCF e a Expedia, que criou a Agence VSC, constituía um acordo, contrário ao artigo 81.º CE e ao artigo L. 420-1 do Código Comercial, que tinha por objetivo e por efeito favorecer esta filial comum no mercado dos serviços de agência de viagens prestados para as viagens de lazer, em detrimento das concorrentes, tendo considerado que a Expedia e a SNCF eram concorrentes no mercado dos serviços em linha de agência de viagens de lazer e que detinham mais de 10% das quotas desse mercado, o que, afastava a aplicação do ponto 7 da Comunicação *de minimis*.

A Expedia, perante o Cour d'appel de Paris, alegou que a Autorité de la concurrence tinha sobreavaliado as quotas de mercado da Agence VSC, tendo este tribunal, sem se pronunciar diretamente sobre este argumento, considerado que a Autorité de la concurrence tem, em todo o caso, a possibilidade de punir as práticas levadas a cabo por empresas cujas quotas de mercado se situem abaixo dos limiares fixados por este Código e pela Comunicação *de minimis*.

O Cour de cassation, não pondo em causa que o acordo em causa no processo principal tivesse um objetivo anticoncorrencial, considerou que as afirmações, que figuram nos n.os 4 e 6 da Comunicação *de minimis*, segundo as quais esta não é vinculativa para os tribunais e para as autoridades dos Estados-Membros e não prejudica a interpretação do artigo 101.º TFUE que possa ser feita pelos órgãos jurisdicionais da União Europeia, suscitam dúvidas quanto à questão de saber se os limiares das quotas de mercado instituídos por essa Comunicação constituem uma presunção inilidível de falta de efeito sensível na concorrência, no sentido do referido artigo. Por isso, pediu ao tribunal que se pronunciasse acerca da viabilidade do art. 101.º, n.º 1, TFUE e o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 serem interpretados no sentido de que se opõem a que uma prática de acordos, de decisões de associações de empresas ou de concertação que é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, mas que não atinge os limiares fixados pela Comissão Europeia na

A  
no cas  
tringir  
reza e  
restric  
minimi  
N  
Comu  
que te  
interno  
das res  
regular  
a que  
venhar  
A  
ance on  
ments 1  
Es  
conside  
regular  
objecto  
corrênc

Comunic  
concorrê  
corrência  
O  
apoiando  
tem por  
afetar o  
pela sua  
sível à ce  
<sup>72</sup> C  
may benef  
disponíve  
De  
mis, as O  
n.º 1, poc  
comércio  
Tribunal  
tivos e ne

A Comunicação de *minimis* 2014 pretende, assim, seguindo de perto o TJ no caso *Expedia*, clarificar que os acordos que tenham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, constituindo, pela sua natureza e independentemente de quaisquer efeitos concretos que possam ter, uma restrição significativa da concorrência, não são abrangidos pela Comunicação de *minimis*, ainda que estejam dentro dos limiares da quota de mercado.

Nesse sentido, em vez de enunciar uma lista de restrições por objecto, a Comunicação adopta uma cláusula geral, excluindo do seu alcance os acordos que tenham por objetivo *impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*, mencionando expressamente os acordos que contenham qualquer uma das restrições listadas como restrições graves (*hardcore*) no atual ou em futuros regulamentos relativos à retirada do benefício da isenção por categoria, de modo a que abranja toda e qualquer restrição por objecto ou restrições graves que venham a ser enunciadas em futuros regulamentos de isenção.

A Comunicação de *minimis* tem de ser analisada em conjunto com as *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*.

Estas assumem, como propósito, reunir uma lista de restrições que já foram consideradas pelos tribunais e pela Comissão em processos individuais ou em regulamentos de isenção e orientações da Comissão, como sendo restrições por objecto, com o intuito de facilitar o cumprimento pelas pme's do direito da concorrência da UE, permitindo uma melhor avaliação da licitude dos acordos.<sup>72</sup>

Comunicação de *minimis*, seja objeto de um processo e punida por uma autoridade nacional da concorrência com o duplo fundamento do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do direito nacional da concorrência.

O tribunal, partindo da já assinalada distinção entre a restrição por efeito e por objecto, apoiando-se na jurisprudência que recusa a apreciação dos efeitos concretos do acordo quando este tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência, sustentou que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial, constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência. Cfr pontos 65, 36 e 37.

<sup>72</sup> *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, [C(2014) 4136 final], Brussels, 25.6.2014, SWD(2014) 198 final, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf), p. 5.

De salientar que, no que diz respeito às restrições graves definidas na Comunicação de *minimis*, as *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 10, já referiam que o artigo 101.º, n.º 1, pode ser aplicável abaixo do limiar de 15%, desde que exista um efeito considerável sobre o comércio entre Estados-Membros e sobre a concorrência, citando para o efeito a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, ainda que admitindo ser necessário apreciar os efeitos positivos e negativos das restrições graves tal como descrito, em especial, no ponto 47 das Orientações.

A Comissão refere ainda que estas Orientações não pretendem colidir com os desenvolvimentos dos *case law*, nem das decisões da Comissão, sendo intenção da *DG Competition* actualizar regularmente os exemplos constantes da lista para acompanhar as tendências de expansão ou retracção das restrições por objecto.<sup>73</sup>

No que diz respeito às restrições por objecto nos acordos verticais, as Orientações elencam, desde logo, as restrições relacionadas com as limitações do comprador em determinar o preço de revenda, nomeadamente, a imposição de um preço mínimo de revenda, excluindo desta categoria a recomendação de preço de venda e a imposição de preços máximos de venda, desde que não correspondam, na realidade, a preços de venda fixos ou mínimos, em resultado da pressão ou de incentivos de algumas das partes.<sup>74</sup>

Elencam, igualmente, as restrições que correspondem a limitações da liberdade do comprador e fornecedor nas vendas activas e passivas, seja em função do território ou da clientela, seja resultante de obrigações directas, seja de medidas indirectas, com o propósito de induzir o comprador a não vender a certos clientes ou em certos territórios, como a recusa ou redução de bónus ou descontos, a cessação de fornecimento, redução de fornecimentos, aumentos de preços em caso de produtos destinados a exportação, entre outras.<sup>75</sup>

As Orientações referem, igualmente, as restrições impostas ao comprador pelo fornecedor de componentes na venda a utilizadores finais ou a estabelecimentos de reparação ou a outros prestadores de serviços não autorizados pelo comprador para a reparação ou assistência.<sup>76</sup>

Este elenco recorda-nos Roger den Berg quando, com ironia, refere que a imposição de preços mínimos e a segmentação do mercado são os dois pecados mortais do direito da concorrência europeu.<sup>77</sup>

A proibição destas restrições insere-se no compromisso assumido pela Comissão com a eliminação dos diferenciais de preços nos diferentes Estados-

<sup>73</sup> *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, cit., p. 5.

<sup>74</sup> *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, cit., pp. 13-14.

<sup>75</sup> Contemplam ainda as restrições, que extravasam o âmbito deste artigo, acordadas no âmbito de contratos de licença.

<sup>76</sup> *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, cit., pp. 13-14.

<sup>77</sup> Roger Van den Berg, *The difficult reception of economic analysis in European competition law*, "Post-Chicago Developments in Antitrust Law", Antonio Cucinota; Roberto Pardolesi; Roger J. Van den Bergh (eds), pp. 40-42.

-membros, qu  
a integração c

O que, fi  
adoptado pel  
desde logo, d

A Comis  
meta da conce  
rência, tendo

<sup>78</sup> Como dá  
efeito aumentar c  
que, em muitas s  
*Vertical agreements*  
*sis in European co*  
Roberto Pardolesi  
Northampton, 20

Cfr. XX Re  
Relatório sobre a  
zação da regras  
para os consumic  
para que as empr  
*the European Unio*  
*petition policy, in*  
*in the common ma*  
*innovation, all in t*  
à aplicação do n.º  
como objectivo "i  
e de assegurar um

Relativamen  
do art. 81.º, 3.2.2.º  
dos produtos cob

Na doutrina  
e ss., Joanna Goyt  
Brenda Sufrin, *EU*  
o consumidor con  
Europeia, também  
cujos interesses n

É, no entan  
rência da União E  
se cinge, em noss

Entre nós, S  
comunitário da conc  
ampla de consum  
nem sempre o di  
enquanto adquirir  
acaba por defende

-membros, que, enquanto mecanismo para segmentar os mercados, colide com a integração do mercado.

O que, frequentemente, põe em causa o bem-estar do consumidor, critério adoptado pela União Europeia para a maximização da riqueza, como resulta, desde logo, dos requisitos exigidos pelo art. 101.º, n.º 3 do TFUE.

A Comissão tem afirmado a protecção do bem-estar do consumidor com meta da concorrência efectiva nos vários Relatórios sobre a Política de Concorrência, tendo a jurisprudência acolhido igualmente este critério.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> Como dá nota a doutrina, em alguns casos, a eliminação do diferencial dos preços tem por efeito aumentar os preços nos mercados mais baratos, com prejuízo do consumidor, atendendo a que, em muitas situações, os preços são mais elevados por motivos objectivos, Cfr. Sandra Colino, *Vertical agreements*, cit., pp. 106-107, 186. Roger Van den Berg, *The difficult reception of economic analysis in European competition law*, "Post-Chicago Developments in Antitrust Law", Antonio Cucinota; Roberto Pardolesi; Roger J. Van den Bergh (eds), Edward Elgar Publishing, Ltd., Cheltenham, Northampton, 2002, pp. 41-42.

Cfr. XX Relatório sobre a Política de Concorrência, 1991, pp. 11-12. Monti, no prefácio do XXXII Relatório sobre a Política de Concorrência 2002, reconhece expressamente, a propósito da modernização da regras da concorrência, que estas têm como objectivos últimos "aumentar os benefícios para os consumidores decorrentes de mercados concorrenciais e manter um incentivo insubstituível para que as empresas aumentem a sua competitividade." Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*, Merchant Taylor's Hall London, 9 July 2001, refere que "Actually, the goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interest of the consumer". Também no Considerando 13 das *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado*, actual art. 101.º TFUE, é atribuído ao referido artigo como objectivo "proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afectação de recursos".

Relativamente à noção de consumidor, a Comissão nas *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º*, 3.2.2.2, ponto 84, considera abrangido pela noção de consumidor todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais.

Na doutrina, entre outros, Bishop, Walker, *The economics of EC Competition Law*, cit., pp. 29 e ss., Joanna Goyder, Albertina Albors-llorens, *Goyders' EC Competition Law*, cit., p. 11. Alison Jones, Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, cit., pp. 44-46, assinalando, pp. 48-49, que apesar de geralmente o consumidor corresponder ao utilizador final, para efeitos de direito da concorrência da União Europeia, também têm sido abrangidos por este conceito os intermediários, grossistas e retalhistas, cujos interesses nem sempre coincidem com os dos utilizadores finais.

É, no entanto, de assinalar que, ao contrário de alguma jurisprudência, o direito da concorrência da União Europeia tende a ter como referência um conceito de consumidor amplo, que não se cinge, em nossa opinião com acerto, ao consumidor final.

Entre nós, Sofia Pais, *O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência*, cit., pp. 620-622, também assinala a divergência de interesses nesta noção ampla de consumidor adoptada pelo direito da concorrência da União Europeia, reconhecendo que nem sempre o direito da concorrência da União Europeia prossegue o interesse do consumidor, enquanto adquirente de bens ou serviços para utilização particular. A autora, *ob ult cit.* pp. 626-627, acaba por defender uma maior articulação com o direito do consumidor, reclamando que, na apre-

Em face do Regulamento n.º 330/2010, o qual manteve a existência de restrições à concorrência graves, já era pacífico que as *hardcore restraints*, que impedem a atribuição da isenção automática pelo Regulamento de isenção por categoria, sem ser necessário verificar o poder de mercado por parte das empresas participantes do acordo, dada a presunção que o objecto destes acordos restringe a concorrência, por isso proibido pelo art. 101.º, n.º 1.<sup>79</sup>, correspondem a restrições por objecto, cuja natureza grave e a experiência dispensam a análise de efeitos anticoncorrenciais efectivos.

Importa, no entanto referir, que esta categoria das restrições graves não dispensa a autoridade da concorrência de demonstrar o objecto ou o efeito restritivo da prática através de um exame individual, nos termos do art. 2.º do Regulamento n.º 1/2003.

O acordo ou prática concertada deve ter *por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*, sendo pacífico na jurisprudência e na Comissão que o carácter alternativo desta condição, patente no emprego da conjunção «ou», significa que, depois de demonstrado que a restrição tem por objecto restringir a concorrência, não é necessário demonstrar os efeitos anticoncorrenciais efectivos.<sup>80</sup>

ciação das práticas restritivas, seja dada mais atenção ao bem-estar do consumidor final, ainda que reconheça que, por vezes, a prossecução da eficiência económica e das outras dimensões da eficiência possa não estar unicamente centrada nos interesses do consumidor final.

Na jurisprudência, parece preconizar a tutela do interesse do consumidor final, conforme nota Sofia Pais, *ob ult cit*, pp. 616 e ss, o acórdão do TPI [TG] de 7.06.2006, *Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comissão*, T-213/01 e T-214/01, Colect., p. II-1601, ponto 115, Acórdão do TPI [TG] de 27.09.2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão*, Proc. T-168/01, Colect 2006, p. II-02969, ponto 118. Como refere este último acórdão no ponto 118, já no acórdão do TJ de 20.06.1978, *Tepea/Comissão*, 28/77, Recueil, p. 1391, Colect., p. 483, ponto 56, é assumido, como escopo, evitar que as empresas ao restringirem a concorrência entre elas ou com terceiros, reduzam o bem-estar dos consumidores dos produtos em causa. Mais recente, cfr. o acórdão do TJ de 16.09.2008, *Sot. Lélou kai Sia EE e outros contra GlaxoSmithKline AVE Farmakeftikon Proionton*, cit., ponto 66. O mesmo se verifica nas decisões da Comissão, em especial no âmbito da aplicação do art. 102.º do TFUE, de 24.05.2006, *Processo COMP/C-3/37.792 – Microsoft*, JO L 32 de 6.2.2007, p. 23-28, de 16.07.2003, *COMP/38.233 – Wanadoo Interactive*, de 04.07.2007, *COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefónica*.

Propendemos a considerar como critério mais adequado o bem-estar social, onde está incluído o do produtor, por ser mais amplo e acolher práticas que, apesar de a curto prazo poderem ter impacto negativo no consumidor final, a longo prazo podem mostrar-se benéficas.

<sup>79</sup> Como já referimos correspondem as restrições por objecto, cujos efeitos negativos resultantes da natureza grave e evidenciados pela experiência, dispensam a concreta análise dos efeitos.

<sup>80</sup> Cfr. acórdão do TJ de 30.06.1966, Acórdão do TJ de 30.6.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) / Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, cit., p. 381, Acórdão do TJ de 6.10.2009, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Colect., p. I-9291, ponto 55. Cfr. *Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do art. 81.º do Tratado*, ponto 21.

Tem  
pensam a  
trição po  
que visa  
sendo ce  
trados o:

Con  
ções por  
rência p  
vimos, n  
o dispos  
desde qu  
trições p  
rem da i

Nes  
minimis l  
graves à

Já r  
consider

<sup>81</sup> Cf  
*Président a*  
C-439/09, C  
e concreta  
mico em q  
restrição p  
tema de d  
sejam feita  
depois de  
jurídico, o  
sendo, por  
Mazák apri  
*sident de l'*  
tinha sido  
*utilização d*

<sup>82</sup> Es  
objecto da  
ao direito  
requisitos

Cfr.  
Callery, S  
N.º 1, p. 4

Tem sido entendimento da jurisprudência que as restrições graves não dispensam a autoridade da concorrência de demonstrar que esta constitui uma restrição por objecto, depois de analisado o teor das suas disposições, os objectivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere, sendo certo que não sendo provada a restrição por objecto, terão de ser demonstrados os efeitos anticoncorrenciais no mercado.<sup>81</sup>

Como atrás já referimos, esta distinção entre restrições por objecto e restrições por efeito assume importância prática na aplicação do direito da concorrência pela Comissão e pelos tribunais, porque na primeira categoria, como vimos, não é necessário provar efeitos anticoncorrenciais efectivos. No entanto, o disposto no n.º 3 do art. 101.º do TFUE é aplicável a ambas as restrições, desde que observados os requisitos impostos por este número, apesar de as restrições por objecto terem, dada a sua natureza, mais dificuldade em beneficiarem da isenção do n.º 3 do art. 101.º do TFUE.<sup>82</sup>

Neste aspecto, não consideramos que a clarificação pela Comunicação *de minimis* tenha acrescentado algo de novo à já pacífica equiparação das restrições graves às restrições por objecto.

Já no que diz respeito à insistência da Comissão nas restrições por objecto, consideramos que é um retrocesso no tratamento jusconcorrencial das restrições

<sup>81</sup> Cfr., nesse sentido, Acórdão do TJ de 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Proc. C-439/09, Colect. 2011, ponto 47, ao sublinhar a necessidade de ser efectuada uma análise individual e concreta do teor e do objectivo da cláusula contratual em questão e do contexto jurídico e económico em que a mesma se inscreve para poder ser concluído que a cláusula contratual constitui uma restrição por objecto. No caso em concreto, estava em causa a cláusula, que, no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, exige que as vendas de produtos cosméticos e de higiene pessoal sejam feitas num espaço físico, na presença obrigatória de um licenciado em Farmácia. O tribunal, depois de proceder à análise individual do escopo da cláusula no respectivo contexto económico e jurídico, concluiu que esta correspondia a uma proibição da comercialização através da internet, sendo, por isso, uma restrição por objecto. No mesmo sentido, nas conclusões do advogado Geralján Mazák apresentadas em 3.3.2011, Processo C- 439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l'Autorité de la Concurrencee Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, ponto 26, já tinha sido referido que "o objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ser estabelecido apenas pela utilização de uma fórmula abstracta".

<sup>82</sup> Este é um dos aspectos que a doutrina tem apontado como distintivo da restrição por objecto da proibição *per se* norte-americana, conferindo, na opinião da doutrina, maior flexibilidade ao direito da concorrência da União Europeia. Esta flexibilidade é, todavia, duvidosa, já que os requisitos do art. 101.º, n.º 3 TFUE são tão exigentes que tornam quase impossível a isenção.

Cfr. Manzini, *The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt*, cit., pp. 397-398, Craig Callery, *Should the European Union embrace or exorcise Leegin's "rule of reason"?* E.C.L.R. Vol. 32, N.º 1, p. 42. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 47.

verticais, já que, considerando a maior permeabilização do direito da concorrência da União Europeia à literatura económica e aos benefícios, já demonstrados, associados a estas restrições, a tendência, esperada pela doutrina, seria a superação desta categoria de restrições por via da análise, em todos os casos, dos efeitos anticoncorrenciais.<sup>83</sup>

Esta categoria de restrições, reafirmada na Comunicação *de minimis* 2014, contende com o interesse em analisar os efeitos da restrição no contexto económico em que se insere, sendo certo que factores, como a concorrência intermarcas frágil e a existência de poder de mercado, condicionam os efeitos anticoncorrenciais da restrição.<sup>84</sup>

Estas restrições graves, como vimos, incidem sobre a imposição de preços de revenda mínimos e fixos, as restrições territoriais e de clientela e o comércio paralelo.

A teoria económica já apontou os benefícios pró-competitivos que podem resultar da imposição de preços de revenda, nomeadamente, a protecção dos distribuidores que investem nos serviços promocionais de pré-venda e, quando é caso disso, na assistência pós-venda, do parasitismo dos restantes distribuidores, estimulando a concorrência em sectores, que não o preço, com reflexo na melhoria da qualidade dos serviços prestados ao consumidor. Por outro lado, a imposição de preços de revenda fixos e mínimos pode estar associada à introdução de um novo produto no mercado, criando as condições necessárias para o distribuidor se dedicar à promoção e aos interesses do produtor, expandindo

<sup>83</sup> Cfr. num sentido próximo, Nazzini, *Article 81 EC Between Time Present and Time Past: A Normative Critique of 'Restriction of Competition' in EU Law*, cit., pp. 497, n 2 e Sandra Colino, *Vertical agreements*, cit., p. 192.

Sem nos podermos deter sobre os benefícios subjacentes a estas restrições, podemos, em termos genéricos, assinalar que a teoria económica, particularmente a Escola de Chicago e o Novo Institucionalismo Económico, com especial destaque para a teoria dos custos de transacção, demonstraram que estas restrições verticais, num mercado competitivo, podem ter efeitos positivos na eficiência económica das cadeias de produção ou de distribuição, através da redução dos custos de transacção e distribuição das partes, traduzindo-se numa optimização das vendas e dos níveis de investimento.

<sup>84</sup> Nikolaos Vettas, *Developments in vertical agreements*, *Antitrust Bull.* Vol. 55, N.º 4, 2010, p. 871 "...despite the more balanced and open approach towards the procompetitive effects of vertical agreements signaled by the 2010 Guidelines, the 2010 BER continues to place on the blacklist a number of vertical restraints that are considered hardcore, including minimum and fixed price RPM and other resale restrictions. It would have been worth considering a change in this policy that would have allowed small firms to use any type of vertical agreement whatsoever when trading with other small firms." O recuso à *black list* continua a ser um sinal da distância entre os regimes jusconcorrenciais norte-americanos e europeu. Cfr. Sandra Colino, *Competition law of the EU and UK*, 7.ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 210.

o alcar  
sumido  
N  
e de cl  
e passi  
compre  
Ei  
das res  
interm  
interm  
provad  
e juríd  
Pe  
essenci  
especia  
riência  
os cust  
tribuiçã

<sup>85</sup> J  
ponto 22  
cial e a d  
baixos a

<sup>86</sup> C  
<sup>87</sup> C

nhece est  
blemas d  
incentiva  
sumidore  
temporár  
mitem ab  
investime  
desse inv

Tar  
ou obrige  
risco de j  
dores feit  
realizado:  
humanos c  
óptimos c  
O r  
mais amp

o alcance do produto, fazendo-o, assim, chegar de forma mais eficiente ao consumidor.<sup>85</sup>

No que diz respeito à qualificação como graves, das restrições territoriais e de clientela e às limitações impostas à distribuição selectiva nas vendas activas e passivas aos utilizadores para proteger o comércio paralelo, é explicada pelo compromisso do direito da concorrência europeu com a integração do mercado.

Em coerência com o princípio que aceita que os efeitos anticoncorrenciais das restrições intramarca apenas se tornam preocupantes quando a concorrência intermarcas é diminuta e que estas são menos gravosas do que as restrições intermarcas, estas restrições apenas deveriam ser proibidas quando resultasse provado que os efeitos anti-concorrenciais, tendo, por base o contexto económico e jurídico, excedem os benefícios pró-competitivos.<sup>86</sup>

Por um lado, a exclusividade em função do território ou da clientela é essencial quando estão em causa investimentos específicos pelo distribuidor, em especial relativamente a novos produtos, produtos complexos, produtos de experiência e produtos de confiança. A que ainda acresce o facto de poder reduzir os custos de distribuição, através de economias de escala no transporte e na distribuição.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Tal como reconhecido pela Comissão nas *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 225, esta restrição, em sistemas de distribuição uniforme como a franquia, a concessão comercial e a distribuição selectiva pode ser essencial para organizar uma campanha coordenada de preços baixos a curto prazo, com benefício para os consumidores.

<sup>86</sup> Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, pontos 6 e 23.

<sup>87</sup> Ora, mesmo a Comissão nas *Orientações relativas às restrições verticais* 2010, ponto 107, reconhece estes efeitos pró-competitivos às restrições intramarca, nomeadamente, a resolução de problemas de parasitismo ou efeito boleia (*free-riding*), entre fornecedores ou entre distribuidores, incentivando o aumento da quantidade e qualidade dos serviços, beneficiando directamente os consumidores. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 107, al. a). Mesmo às restrições temporárias em função do território são reconhecidos benefícios pró-competitivos, uma vez que permitem abrir o mercado a novas entradas, aumentando a concorrência, sempre que sejam necessários investimentos específicos pelo distribuidor, nomeadamente, protegendo o retorno pelo distribuidor desse investimento. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, ponto 107, al. c).

Também em relação à limitação da concorrência intermarcas, através de acordos exclusivos ou obrigação de marca única, é reconhecido que podem ser um mecanismo adequado a prevenir o risco de parasitismo entre fornecedores, já que, sendo a promoção dos produtos de vários fornecedores feita pelo mesmo distribuidor, os outros fornecedores podem aproveitar-se dos investimentos realizados por um dos fornecedores ao nível das instalações de venda, da formação dos recursos humanos e da publicidade do produto, assim incentivando o fornecedor a aproximar-se de níveis óptimos de investimento.

O reconhecimento de exclusividade em função do território e da clientela, inserido na noção mais ampla de distribuição exclusiva, a obrigação de aquisição de determinadas quantidades míni-

Mantém-se, assim, um dos aspectos mais criticados pela doutrina na Comunicação de *minimis* 2001, no sentido de esta abranger as restrições referentes à imposição de preços de revenda e às restrições territoriais e de clientela, atendendo a que a utilização destas restrições por empresas com tão pequenas quotas de mercado, dificilmente, acarretará riscos anticoncorrenciais elevados.<sup>88</sup>

Com efeito, as empresas com pequenas quotas de mercado deviam poder usar restrições referentes à imposição de preços de revenda e às restrições territoriais e de clientela, uma vez que a pouca expressão que têm no mercado, dificilmente, comportará riscos anticoncorrenciais elevados, não justificando que as autoridades da concorrência usem os seus recursos escassos na sua vigilância.

A proibição destas restrições continua, todavia, dependente da produção de um efeito sensível no comércio entre os Estados-membros.

Na verdade, resulta da articulação da Comunicação de *minimis* 2001 e 2014 com a regra da *não afectação sensível do comércio* que estarão excluídos da isenção os acordos de pequena importância que, apesar de incluírem restrições graves, não afectem de forma sensível o comércio.

A leitura de ambas as Comunicações de *minimis*, depois de articuladas com a regra da *não afectação sensível do comércio*, permitem-nos, assim, concluir que, apesar de o acordo conter uma restrição grave, o facto de serem observados os limites quantitativos cumulativos fixados para a aplicação da regra da *não afectação sensível do comércio* exclui a aplicação do art. 101.º do TFUE, por não se verificar o critério de competência da afectação sensível do comércio.<sup>89</sup>

mas, a combinação da distribuição selectiva com uma destas restrições ou o abastecimento exclusivo podem permitir, através da concentração da revenda num número restrito de distribuidores, que o produtor obtenha economias de escala ao nível da distribuição, reduzindo custos, que se reflectem na diminuição dos preços de venda a retalho, em benefício directo dos consumidores. Cfr. *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, ponto 107, al. g).

<sup>88</sup> Nikolaos Vettas, *Developments in vertical agreements*, cit., p. 870, na esteira do European Commission, Directorate General-Competition, Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP), *Hard-core Restrictions under the Block Exemption Regulation on Vertical Agreements: An Economic View (2010)*, preparado por Massimo Motta, Patrick Rey, Frank Verboven, Nikolaos Vettas, pp. 871 e 872.

<sup>89</sup> Como, aliás, é reconhecido pela Comunicação de *minimis* de 2001, no ponto 3 e na Comunicação de *minimis* de 2014 no ponto 4. A Comunicação de *minimis* de 2014 expressamente refere as condições exigidas nas *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.o e 82.o do Tratado*, JO C 101 de 27.4.2004, p. 81, pontos 44 a 57, para a aplicação da regra da *não afectação sensível do comércio*, nomeadamente a combinação de um limiar de quota de mercado de 5 % e um limiar de volume de negócios de 40 milhões de EUR.

Também as *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010, pontos 8 a 10, consideram condição para a proibição do art. 101.º a afectação de forma sensível do comércio.

A Comissão considera que a regra da *não afectação sensível do comércio* funciona como uma presunção negativa ilidível, aplicável a todos os acordos na acepção do n.º 1 do artigo 101.º, inde-

Não podemos deixar de referir que esta ideia foi recentemente afirmada no recente decisão do Tribunal de Justiça no processo Expedia que justificou a revisão da Comunicação *de minimis*.<sup>90</sup>

## CONCLUSÃO

Esta comunicação *de minimis de 2014*, com a adopção da cláusula geral, no sentido de excluir do seu alcance os acordos que tenham por objetivo impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, incluindo as restrições listadas como restrições graves no actual ou em futuros regulamentos de isenção por categoria, vem perpetuar a tensão existente entre a promoção da integração do mercado e a prossecução da maximização da eficiência, presente nos ganhos de eficiência resultantes do recurso a estas restrições pelos agentes económicos.

As restrições por objecto constantes das *Guidelines* que acompanham a Comunicação *de minimis* ao incidirem sobre a imposição de preços de revenda mínimos e fixos, as restrições territoriais e de clientela e o comércio paralelo, revelam o compromisso do direito da concorrência com a construção do mercado interno.

Este compromisso do direito da concorrência da União Europeia é uma das explicações para as diferenças existentes no tratamento das restrições verticais

pendentemente da natureza das restrições incluídas no acordo, nomeadamente, as restrições identificadas como restrições graves nos regulamentos de isenção por categoria e nas orientações da Comissão, comprometendo-se nos casos em que esta presunção for aplicável, a não dar em princípio início a um processo, a pedido de terceiros ou oficiosamente e a não aplicar multas quando as empresas considerem, de boa fé, que um acordo está abrangido por esta presunção negativa.

A Comissão aponta como justificação o facto de as pequenas e médias empresas (PME), beneficiárias da presunção contida na Comunicação *de minimis*, terem uma natureza local ou, no máximo, regional, que permite presumir que não afectam de forma sensível o comércio entre Estados-membros, ainda que possam estar sujeitas à aplicação do direito da União Europeia, em especial, quando desenvolvem actividades económicas transfronteiriças. Cfr. *Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado*, ponto 50. Neste sentido, cfr. pontos 11 *Orientações relativas às restrições verticais*, 2000 e *Orientações relativas às restrições verticais*, 2010.

Na jurisprudência, este princípio já era afirmado no Acórdão do TJ de 9.07.1969, *Franz Völk contra SPRL Ets J. Vervaecke*, Processo 5-69, Recueil 1969 p. 295 e, mais recentemente, nos Acórdãos do TJ de 28.04. 1998, *Javico International e Javico AG contra Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, Proc. C-306/96, Colect. 1998 p. I-01983 e de 19.04.1988 – *SPRL Louis Erauw-Jacquery contra Société Coopérative La Hesbignonne*, Proc. 27/87, Colect. 1988 p. 1919, ponto 20.

<sup>90</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.12.2012, *Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence*, Processo C-226/11, cit., pontos 17, 37 e 38.

entre o direito da concorrência da União Europeia e o direito norte-americano, o qual, desde a sua formação, é permeável à influência das escolas económicas, sem se comprometer com objectivos que não sejam económicos.

No entanto, sufragamos que, atendendo ao grau de consolidação do mercado único, a prevalência das preocupações com a integração económica deve dar lugar à maximização da eficiência, em benefício do consumidor no sentido lato adoptado pela Comissão, o qual chega a ser frequentemente sacrificado pela prossecução cega da construção do mercado interno.

Nesse sentido, a Comissão, em vez de afirmar a já sobejamente conhecida correspondência entre as restrições por objecto e as restrições graves, deveria propor o abandono desta categoria das restrições por objecto, com a consequente eliminação das restrições graves nos Regulamentos de Isenção.

Esta categoria de restrições, em face dos ensinamentos da literatura económica, produz benefícios pró-competitivos, que devem ser valorados no âmbito dos n.ºs 1 e 3 do art 101.º do TFUE, em face dos efeitos anticoncorrenciais efectivamente verificados, como sufragado pela doutrina e jurisprudência, no contexto económico em que se insere o acordo, considerando os factos e as circunstâncias objectivas que rodearam a sua realização e aplicação, onde se inclui o comportamento adoptado pelas partes.

Mantém-se, igualmente, um dos aspectos mais criticados pela doutrina na Comunicação de *minimis* 2001, no sentido de a Comunicação de *minimis* excluir as restrições graves referentes à imposição de preços de revenda e às restrições territoriais e de clientela, quando estão em causa empresas com tão pequenas quotas de mercado.

Com efeito, o risco diminuto de produção de efeitos anticoncorrenciais associados a estas quotas de mercado não justifica o emprego de recursos, que sabemos escassos, na análise destes casos insignificantes, em detrimento da condenação de comportamentos que, efectivamente, produzam efeitos anticoncorrenciais que violem os objectivos do direito da concorrência da União Europeia.

Em face do exposto, resta-nos concluir que a Comunicação de *minimis* 2014 ficou muito aquém da abordagem económica que se pretende consolidar no tratamento jusconcorrencial das restrições verticais.

Cc  
à crimi  
têm-se  
acompa  
Os dese  
mas de  
explicaç  
físicas (Alfonse  
tricas n  
longo d  
mente,  
mos de  
mica da  
Ter  
se biolo  
gidos do  
Tentarei  
nem do  
e da sup  
O c  
víduos

\* Inv  
Docente n