

A compatibilidade da existência de empresas com posição dominante no Mercado Comum e a Constituição Económica Europeia

Carlos Proença¹

Lista das principais abreviaturas utilizadas

Ac. – acórdão
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CDE – Cahiers de Droit Européenne
CMLR – Common Market Law Review
Col. – Colectânea de Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
CRP – Constituição da República Portuguesa
DDC – Documentação e Direito Comparado
ECLR – European Competition Law Review
ELR – European Law Review
JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias
Proc. (s) – Processo (s)
Rec. – Recueil de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
RDCE – Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDE – Revista de Direito e Economia
RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDUE – Revue du Droit de l'Union Européenne
RIDE – Revue Internationale de Droit Economique
RMCUE – Revue du Marché Commun et de la Union Européenne
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RTDE – Revue Trimestrielle de Droit Européenne
TCE – Tratado da Comunidade Europeia
TCECA – Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

¹ Assistente do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa.

TCEE – Tratado da Comunidade Económica Europeia
TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TPI – Tribunal de Primeira Instância
TUE – Tratado da União Europeia

Introdução²

Toda a construção institucional e legal originária das Comunidades Europeias assentou no princípio fundamental do livre jogo do mercado.

No que respeita à Comunidade Europeia, o artigo 2.º do TCE enuncia os seus objectivos essenciais, apontando como primeiro dos instrumentos para alcançar tais objectivos o estabelecimento do Mercado Comum.

A concretização desse Mercado Comum pressupõe, entre outras coisas, a supressão de inúmeras barreiras ao mercado, como sejam os direitos alfandegários ou as restrições quantitativas, mas sobretudo a institucionalização das quatro liberdades económicas fundamentais, das quais conferimos particular destaque, dado o objecto do nosso trabalho, à liberdade de circulação dos agentes económicos.

² O trabalho, que será publicado em duas partes em números seguidos da Revista Galileu, corresponde na íntegra ao Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias, no Seminário de Direito Comunitário Económico, apresentado na Faculdade de Direito de Lisboa, em Setembro de 2002, sob a orientação do Senhor Professor Doutor Sousa Franco.

Aproveito a oportunidade que a publicação do mesmo me dá para nas próximas linhas agradecer às pessoas que me ajudaram ao longo deste breve percurso.

Em primeiro lugar à minha família. Antes de mais, aos meus pais, Faustino Augusto e Maria de Jesus, agradeço e dedico este trabalho como ínfimo sinal de uma eterna gratidão, já que a eles devo tudo o que sou. À Marta, também uma palavra de gratidão pela paciência ilimitada com que lida comigo há já seis anos, e pela ajuda que me concedeu na recolha de material bibliográfico, bem na revisão dos Relatórios de Mestrado. Ao meu irmão, Victor, companheiro diário da minha infância e adolescência, e verdadeiro amigo.

Depois, à Senhora Professora Doutora Constança Urbano de Sousa, que assisto, na disciplina de Direito Comercial, na Universidade Autónoma de Lisboa, e ao Senhor Dr. Agostinho Amado Rodrigues, Patrono do meu estágio de advocacia, pessoas para quem estarei sempre em dívida, já que é impossível agradecer a quem tanto há para agradecer.

Ao Senhor Professor Doutor Sousa Franco, em geral pela constante disponibilidade e incentivo revelada para com os Mestrandos, logo para comigo, e em especial pelos conselhos preciosos dados no dia da apresentação oral deste trabalho.

Uma palavra de apreço também para o Senhor Dr. Eduardo Costa e para o Senhor Dr. Fernando Ribeiro Lopes, com quem partilho responsabilidades na leccionação da disciplina de Direito do Trabalho, também na Universidade Autónoma de Lisboa, pelo constante incentivo e pela compreensão manifestada nas situações com que algumas vezes se confrontaram de privação do meu contributo ao longo do ano lectivo em causa.

De acordo com a visão do legislador comunitário de Roma, a plena realização destas liberdades fundamentais teria como consequência o estabelecimento de um regime que asseguraria que a concorrência não fosse falseada no Mercado Comum. Assim, a alínea g) (ex-alínea f)) do artigo 3.º do TCE estabelece que para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a acção da Comunidade implica um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno. O legislador de Maastricht alargou substancialmente as finalidades da Comunidade Europeia, mas com a nova redacção que atribuiu ao artigo 4.º do TCE confirmou que a livre concorrência constitui uma trave-mestra da construção comunitária.

Assim, com o objectivo de assegurar que as barreiras macro-económicas de origem estatal eliminadas não sejam substituídas por barreiras micro-económicas de origem empresarial, o que colocaria em causa os objectivos comunitários, o TCE estabeleceu, nos artigos 81.º e seguintes, regras de tutela da concorrência aplicáveis às empresas. O objectivo destas disposições é reprimir as práticas restritivas da concorrência e do comércio. A norma que mais nos interessa, por delimitar o objecto da nossa pesquisa, é obviamente o artigo 82.º, que proíbe as empresas de abusarem de uma posição de domínio que detenham no Mercado Comum ou em parte substancial dele, sempre que tal se mostre susceptível de afectar o comércio intra-comunitário.

A livre concorrência, tal como a livre iniciativa, constituem assim duas instituições fundamentais da ordem jurídica comunitária a que, em certo sentido, poderemos denominar de Constituição Económica Comunitária.

O estudo que nos propomos fazer começa desde logo por descortinar se podemos ou não falar da existência de uma Constituição Económica Comunitária e, em caso afirmativo, com que propriedade. Por outro lado, partindo da premissa afirmativa, quais são os princípios fundamentais que a enformam para efeitos de aplicação do artigo 82.º do Tratado.

Tendo intitulado este relatório da forma como o fizemos, claro está que o seu objecto passará também pela indagação dos verdadeiros sentidos dos vários conceitos que compõem a previsão normativa do artigo 82.º, com particular destaque para a noção comunitária de empresa.

Quando se aborda esta matéria, torna-se inevitável, como procuraremos demonstrar, fazer uma referência ao órgão comunitário que tem a seu cargo desempenhar as funções que no Estado de Direito cabem ao poder judicial. Em suma, é incontornável fazer uma referência à jurisprudência do TJCE, isto porque se é certo que nos termos do artigo 220.º do TCE, ao Tribunal do Luxemburgo cabe a função de garantir o respeito do direito na interpretação e aplicação do Direito Comunitário, a verdade é que este órgão tem extravasado essa “mera” função de interpretar e aplicar aquele Direito,

contribuindo assim para o desenvolvimento do Direito Comunitário mediante uma interpretação teleológica, sistemática e evolutiva dos Tratados e do direito derivado. Muita importância assumem também as decisões administrativas individuais da Comissão, por reflectirem a política de concorrência que, sob o controlo do Juiz do Luxemburgo, esta instituição leva a cabo.

O objectivo do presente trabalho passa ainda por procurar estabelecer em que medida é que o artigo 82.º do TCE está subjacente ao Regulamento n.º 4064/89, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração.

Capítulo I

Princípios estruturantes da Constituição Económica Europeia para efeitos de aplicação do artigo 82.º do TCE

1. Uma Constituição Económica Comunitária?

Alguns autores, nomeadamente CONSTANTINESCO³, por analogia com as constituições económicas⁴ dos Estados membros, falam numa “Constituição Económica Comunitária”, explicando que o núcleo essencial desta, composto pelos objectivos, instrumentos, valores, e princípios fundamentais da Comunidade Europeia, se encontra

³ Cfr. L. S. CONSTANTINESCO, *La Constitution Economique de la CEE*, in RTDE, Ano 13, n.º 2, 1977, págs. 244 e ss.. Vide também EDUARDO PAZ FERREIRA, *Lições de Direito da Economia*, AAFDL, Lisboa, 2000, págs. 166 e ss..

⁴ Podemos definir Constituição Económica como o ordenamento essencial da actividade económica, sendo constituída pelos princípios e normas essenciais ou fundamentais ordenadores da economia, dos quais decorrem sistematicamente as restantes normas da ordem jurídica económica. Assim, a Constituição Económica assume-se como uma parte fundamental da ordem jurídica da economia, ou seja, é a parte estruturante e básica desta. É esta a definição de SOUSA FRANCO, *Noções de Direito da Economia*, I Vol., AAFDL, Lisboa, 1982, págs. 91 e ss.; encontramos essa definição também em OLIVEIRA MARTINS, *Constituição Económica*, I Vol., AAFDL, Lisboa, 1983, pág. 10; em SOUSA FRANCO e OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 16 e ss.; Cfr. também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pág. 151; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pág. 443. Por outro lado, a Constituição Económica tem por primeiro objecto a regulação dos aspectos jurídicos do sistema e do regime económico, daí que VITAL MOREIRA defina Constituição Económica como o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem económica. Cfr. *Economia e Constituição*, Coimbra, 1979, pág. 41.

plasmado na Parte I do Tratado de Roma, intitulada de “Princípios”. Segundo este Autor, a quase totalidade da versão originária do Tratado CE mais não seria que “a exposição pormenorizada dos elementos fundamentais da Constituição Económica da Comunidade Económica Europeia inscritos nos primeiros artigos”⁵.

Contudo, a propósito desta questão alguns esclarecimentos devem ser feitos, já que como salientam SOUSA FRANCO e OLIVEIRA MARTINS⁶, a ideia de Constituição Económica Europeia é usada em sentido impróprio, uma vez que ainda não podemos falar, como pretendeu Altiero Spinelli, de “competências constituintes europeias”, ainda que o artigo 7.º, n.º 6 da Constituição Portuguesa a elas entreabra a porta.

Como se calcula, não vamos fazer aqui um estudo *ex professo* sobre esta matéria. Porém, não podemos ignorar que as Comunidades Europeias ainda não se encontram dotadas do poder de auto-organização. Na esteira do que explica MARIA LUÍSA DUARTE⁷, a União Europeia (e as Comunidades) não é titular de uma competência para definir ou determinar as suas próprias atribuições e poderes, e decidir sobre os outros aspectos da sua auto-organização. A União Europeia (e as Comunidades) não tem a *competência das competências*, atributo exclusivo de soberania e, portanto, dos países membros. Por outras palavras, a *Kompetenz-Kompetenz* permanece nos Estados membros, designadamente são os Estados que detêm o poder de rever os Tratados comunitários⁸.

Efectivamente, não podemos ainda falar, no seio das Comunidades Europeias de uma **Constituição Económica formal**, uma vez que aquelas não estão dotadas de um

⁵ Intimamente ligado com esta matéria está um facto que não podemos ignorar: o de a versão originária do Tratado de Roma, devido ao insucesso do vector político da integração europeia, ilustrado pela recusa da França de ratificar o Tratado institutivo da Comunidade Europeia de defesa, ter centrado as suas atenções no processo de integração europeia no método da integração económica. Efectivamente a génese da Comunidade Europeia e a sua evolução durante os primeiros 20 anos podem muito bem ser colocadas sob o signo da frase in principio erat homo economicus. Cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *A Liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no Direito Comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, págs. 241 e ss.; A União Europeia e os direitos Fundamentais – Métodos de protecção, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 15; JOSÉ CRUZ VILAÇA, *A protecção dos direitos dos cidadãos no espaço comunitário*, in *Valores da Europa. Identidade e Legitimidade*, Principia, Cascais, 1999, pág. 51. Como refere este Autor, o Tratado de Roma fez das quatro liberdades fundamentais os fundamentos da Comunidade, as quais se tratava de liberdades económicas e as políticas que as secundavam eram também políticas económicas, uma das quais a política de concorrência. Vide ainda ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lex, Lisboa, 2000, págs. 341 e 342.

⁶ Cfr. op. cit., págs. 329 e 330.⁷ Cfr. A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros, Lex, Lisboa, 1997, págs. 220 e 221, e 484.

⁸ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Sumários de Direito das Comunidades Europeias*, AAFDL, Lisboa, 1983, págs. 27 e 28.

poder constituinte formal. Como refere GOMES CANOTILHO⁹, no que respeita ao problema de saber se a Constituição da República Portuguesa está a caminho de se transformar numa “constituição regional” praticamente semelhante à constituição dos “estados federados”, a resposta por enquanto é negativa, uma vez que a Comunidade e a União Europeias são constituídas por Estados que escolheram livremente, em virtude dos Tratados que as instituíram, exercer em comum certas das suas competências. O Autor invoca uma sentença do Tribunal Constitucional Alemão (a sentença de 12 de Outubro de 1993) de acordo com a qual são os Estados (e não a União!) que continuam a ser os “donos do Tratado”¹⁰. Refere ainda este Autor que as tradicionais formas e procedimentos constituintes de *We, the people* ou *We, the people of the States* estão postas de parte em sede de Comunidades e União Europeias já que destas ainda não emana um poder constituinte europeu radicado num “povo europeu” ou nos “povos dos Estados” membros da Comunidade¹¹.

Efectivamente, um grande contributo no sentido de recusar claramente a existência de qualquer poder constituinte europeu foi dado pelo célebre acórdão Maastricht do *Bundesverfassungsgericht*, no qual este Tribunal se orientou claramente no sentido da inexistência de tal poder, entendendo antes que se tratava de um poder derivado. São os Estados, através dos seus órgãos de soberania, que decidem a adesão às Comunidades e à União Europeia, conservando-se como donos do Tratado. Considerou ainda o Tribunal Constitucional Alemão que a integração europeia não poderia levar ao esvaziamento dos poderes do Parlamento nacional e que a faculdade de a Alemanha participar numa comunidade de Estados está condicionada, devendo ser sempre garantida e legitimada pelo povo.

Na concepção do *Bundesverfassungsgericht*, o papel dos parlamentos nacionais será sempre decisivo na transferência de competências para as entidades

⁹ Cfr. Direito Constitucional, op. cit., pág. 211.

¹⁰ Discordando, vd. LUCAS PIRES, Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Almedina, Coimbra, 1997. Segundo este Autor de orientação federalista, a circunstância de os Estados membros se terem visto forçados a proceder a revisões constitucionais para cumprirem as obrigações assumidas por força do Tratado de Maastricht consubstanciou-se no embrião do poder constituinte europeu, já que um acto de cariz comunitário obrigou à revisão dos textos constitucionais dos Estados membros. Segundo ele, com a criação da União Económica e Monetária pelo Tratado de Maastricht tornou-se ainda mais visível a Constituição Económica Europeia, a qual antecedeu a Constituição Política Europeia, o que não deixa de ser um dado curioso porque normalmente a Constituição Económica depende da Constituição Política, na medida em que é esta que fornece os contornos daquela.

¹¹ Cfr. Direito Constitucional, op. cit., págs. 58 e 70. Do mesmo Autor vide também Compreensão jurídico-política da Carta, in Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Corpus Iuris Gentium Conimbrigae, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pág. 14.

supra-nacionais, tendo a expansão das competências comunitárias limites que resultam de não ser possível esvaziar por completo as tarefas nacionais¹².

Por outro lado ainda, como referem A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES¹³, a analogia entre Constituição Económica Comunitária e Constituição Económica dos Estados membros não pode ser levada até às suas últimas consequências, uma vez que na base das Comunidades estão convenções de Direito Internacional.

Parece-nos pois que não podemos então falar de um poder constituinte formal em sede de Comunidade Europeia. Porém, julgamos que menos verdade não é podermos falar num “**poder constituinte material**”, isto é, num poder constituinte baseado no *acordo de vontades dos Estados membros*, aquilo a que chamamos de “**poder constituinte convencional**”. É que como referem SOUSA FRANCO e OLIVEIRA MARTINS¹⁴ a “Constituição Económica” da Comunidade aponta necessariamente para uma “construção” voluntarista, a prosseguir pelos Estados e pelos órgãos comunitários. *“A lei fundamental das Comunidades Europeias – sem a identificarmos com uma constituição formal”¹⁵ – merece uma caracterização económica. Na verdade, sem ser a lei fundamental de um Estado, ela provém de uma entidade com legitimidade própria – arrogando-se até o primado ou a prevalência sobre o direito estadual, mesmo constitucional – que estrutura, em termos supremos e globais, uma comunidade político-económica supranacional, embora com fins específicos; e o que é mais, fá-lo fundamentalmente (ao menos no plano estático e de médio prazo) numa perspectiva que é essencialmente de Direito Económico. Além disso, a hierarquia das fontes do Direito Comunitário atribui prevalência e certa rigidez formal ao*

¹² Dois aspectos particularmente relevantes ainda deste acórdão são, por um lado, a negação do carácter federal à União Europeia, considerando o Tribunal que esta não é mais do que um composto de Estados evitando falar em União e mesmo em Comunidade. Por outro lado, este Tribunal Constitucional também considerou que o processo de integração não é irreversível, podendo a Alemanha sair da Comunidade quando assim o desejar e sendo necessário que futuras transferências de competências sejam sempre autorizadas.

¹³ Cfr. Direito Económico, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pág. 88, nota de rodapé 3.

¹⁴ Cfr. op. cit., págs. 317 e 318. Os sublinhados são nossos.

¹⁵ Podemos definir Constituição em sentido formal como um conjunto de regras emanadas do órgão constituinte, estabelecidas segundo um processo especial para o efeito ou provenientes da modificação da Constituição. Ou seja, a Constituição em sentido formal, situada no Estado, exige a intencionalidade na formação como manifestação de um poder constituinte. Assim GEORGES BURDEAU, *Traite de Science Politique*, Tomo II, l'Etat, Paris, 1980, pág. 25. Entre nós vide, nomeadamente, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996, págs. 30 e ss.; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza*, op. cit., pág. 282.

Direito Comunitário fundamental. Tanto bastaria para se entender que, sem embargo das muitas diferenças entre o Direito Comunitário e o Direito Interno, é possível a existência de uma lei fundamental. E o certo é que se isso pode ser questionável no domínio jurídico-político, menos o será (ao menos de uma forma analógica) no domínio da Constituição Económica. Não se entenda com isto que o tipo de caracterização global que pode fazer-se da Constituição Económica de um Estado se aplicará, sem mais, à realidade económica (de sobreposição, eventualmente parcelar) da Comunidade. Só que esta tem necessariamente uma lógica jurídica de conjunto – que definirá os aspectos jurídicos numa «lógica de sistema» – tal como a têm as constituições económicas dos Estados».

Parece-nos, então, que podemos falar de uma **Constituição Económica Material**, ou seja, como um conjunto de *normas e princípios que estruturam e legitimam a sua organização e direcção económicas*¹⁶, o qual será composto, nomeadamente, pelos **objectivos principais** do Tratado de Roma, alterado pelo Tratado de Maastricht, como se encontram caracterizados pelo artigo 2.º (e pelo preâmbulo), bem como pelos **instrumentos** diversos que servem para realizar tais objectivos comunitários previstos também no artigo 2.º do Tratado CE, ou seja, Mercado Comum, União Económica e Monetária e a aplicação de políticas e acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º do TCE, e ainda pelos **princípios jurídico-económicos fundamentais** da ordem jurídica comunitária, dos quais destacamos naturalmente o do Mercado Comum, que se desdobra nas famosas *quatro liberdades fundamentais*, das quais merece, por razões óbvias, particular realce a liberdade de circulação dos agentes económicos (*maxime* na sua vertente liberdade de estabelecimento) e a liberdade de circulação de mercadorias, que têm inerentes as regras de concorrência assentes no princípio de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência como princípio vector do Mercado Comum (e da UEM) – artigo 4.º, n.ºs 1 e 2¹⁷.

¹⁶ Assim MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, I Vol., AAFDL, Lisboa, 1986, Reimpressão de 1994, págs. 137 e ss., em especial pág. 144. Aliás, como refere JORGE MIRANDA, a pluralidade de conteúdos possíveis da Constituição ou de constituições materiais permite, e recomenda mesmo, algumas classificações, pelo que têm sido propostas classificações inspiradas no critério económico. Porque a economia é uma das dimensões da sociedade e porque o poder político não lhe pode ser estranho, não há constituição que, explícita ou implicitamente, directa ou indirectamente, deixe de a considerar. Não há Constituição em sentido material que não abranja uma Constituição Económica. Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, op. cit., págs. 23 e ss., em especial pág. 25.

¹⁷ Sobre esta matéria vide SOUSA FRANCO e OLIVEIRA MARTINS, op. cit., págs. 321 e ss.; MARIA LUISA DUARTE, *A teoria*, op. cit., pág. 326; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza*, op. cit., pág. 341.

Em suma, como ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁸, os princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária – que se poderá designar por “Constituição Económica Comunitária” – podem sintetizar-se no seguinte:

- Liberdade de circulação de mercadorias no espaço comunitário;
- Liberdade de circulação de pessoas, de serviços e de capitais, incluindo a liberdade de trabalho assalariado, a liberdade de exercício de profissão e a liberdade de estabelecimento dos nacionais de todos os países da Comunidade em qualquer Estado membro, em igualdade com os seus nacionais; e
- A liberdade de concorrência.

Posto isto, discorramos agora um pouco sobre alguns dos princípios jurídico-económicos que enformam a Constituição Económica Comunitária, nomeadamente o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

1. 1. O princípio da livre iniciativa

Uma das quatro liberdades económicas fundamentais em que assenta o Mercado Comum é, pois, a liberdade de circulação dos agentes económicos e, dentro desta, a liberdade de estabelecimento. Ora, este direito ou liberdade de estabelecimento¹⁹ diz respeito quer ao acesso, por parte de cidadãos dos Estados membros, às actividades não assalariadas e seu exercício (profissionais liberais, trabalhadores independentes, etc.) ou assalariados mas caracterizados pela gestão e autonomia de risco económico, quer à constituição e gestão de empresas e sociedades – **liberdade de empresa** – nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os próprios nacionais.

Não vamos aqui fazer um estudo *ex professo* sobre este problema (o qual justificaria com certeza uma monografia). No que respeita ao objecto da nossa investigação diremos apenas que a livre iniciativa, traduzida na possibilidade de exercer uma actividade económica privada, nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão, é um princípio estruturante da Constituição Económica Europeia.

¹⁸ Cfr. Fundamentos, op. cit., pág. 158.

¹⁹ Um estudo desenvolvido sobre esta liberdade fundamental pode ser visto em MOTA DE CAMPOS, Direito Comunitário, III Vol., 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, págs. 400 a 472; vide também A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., págs. 94 a 97.

A liberdade de iniciativa encontra o seu fulcro sensível na liberdade de empresa, entendendo-se esta nas suas três vertentes ou sub-liberdades: a liberdade de acesso ou investimento (direito à empresa), a liberdade de organização e a liberdade de contratação (liberdades de empresa)²⁰.

A liberdade de acesso ou de investimento traduz-se no direito de escolha da actividade económica a desenvolver, ou seja, consiste na faculdade que o titular de um capital possui de colocar este na actividade que julgue conveniente, podendo levar à criação de uma empresa, à aquisição de uma empresa já existente ou ao aumento de capital dessas empresas.

A liberdade de organização por seu turno é o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, definir objectivos, combinar os factores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na actividade empresarial. Esta liberdade é inerente à actividade empresarial, pois esta consiste na combinação entre trabalho e capital para obtenção de um resultado.

Enfim, a liberdade de contratação ou liberdade negocial significa a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo. Significa assim o direito do empresário escolher os seus fornecedores e os clientes dos seus produtos, assim como fixar o preço das mercadorias. No dizer de SOUSA FRANCO²¹ *“cada contrato situa-se num mini-mercado bilateral, o princípio essencial do mercado é a livre contratação”*.

Para concluir, diremos que a liberdade de iniciativa ou liberdade de empresa constitui, pois, uma **condição básica da existência de concorrência**, entendida como modelo de sociedade ou como critério de qualificação das estruturas e dos tipos de comportamento do mercado.

²⁰ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, *Direito Económico. A ordem económica portuguesa*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pág. 157; CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, págs. 107 e ss..

²¹ Cfr. op. cit., pág. 115.

1. 2. O princípio da livre concorrência

O outro princípio estruturante da Constituição Económica Europeia (no sentido atrás explicado) é o da livre concorrência²².

A concorrência é uma consequência das liberdades económicas, *maxime* da liberdade de empresa e da livre circulação de mercadorias²³, mas é também um verdadeiro motor do sistema da economia de mercado e, nesta óptica, uma garantia da efectivação das outras liberdades económicas²⁴. Significa isto que a concorrência no espaço comunitário não é entendida como um objectivo em si mesmo, mas como um meio para atingir outros objectivos de política económica²⁵. Por outro lado, a função das regras da concorrência no espaço comunitário também é dual. Por um lado, elas visam garantir o correcto funcionamento de um sistema de economia de mercado, procurando assegurar os fundamentos deste sistema, designadamente a liberdade de acesso ao mercado e as

²² No dizer de SOUSA FRANCO e OLIVEIRA MARTINS, op. cit., pág. 255, o direito da concorrência constitui hoje um dos núcleos fundamentais do ordenamento jurídico da economia e da Constituição Económica material. Com efeito, trata-se de um domínio no qual se preserva e salvaguarda a zona da auto-regulação económica e a livre iniciativa económica, encontrando-se nos ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais, no contexto das economias abertas contemporâneas. Em sentido idêntico, escreve MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., pág. 229: "este carácter de Constituição Económica material, que reconhecemos às regras fundamentais da concorrência económica, é ainda acentuado pela inserção da sociedade e da economia portuguesas num espaço cultural mais alargado como é o mundo cultural ocidental europeu (...). Referimo-nos aqui, concretamente, às Comunidades Europeias".

²³ A principal intenção dessas regras de concorrência é impedir que os obstáculos e as restrições à concorrência de origem estatal, que foram abolidas, não sejam substituídos por medidas de carácter privado de consequências análogas. Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., pág. 233; JOÃO PINTO FERREIRA e AZEEM BANGY, *Guia Prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Europeia*, Coleção D'hoje, HJE Sociedade Editorial, Lisboa, 1989, pág. 59.

²⁴ Cfr., A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES op. cit., pág. 98.

²⁵ Refira-se que o Direito Comunitário aderiu à chamada teoria da "concorrência-meio ou instrumento", pois, a concorrência é um instrumento da criação e do aperfeiçoamento do Mercado Comum. É um dos meios, entre outros, previstos no artigo 3.º do TCE para levar a cabo os objectivos previstos no preâmbulo e no artigo 2.º. Sobre esta questão vd., entre outros, FERREIRA ALVES, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1992, págs. 19 e ss.; GIORGIO BERNINI, *As Regras da Concorrência*, in *Trinta Anos de Direito Comunitário*, Coleção Perspectivas Europeias, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1984, pág. 347; J. SIMÕES PATRÍCIO, *Direito da Concorrência (Aspectos Gerais)*, Publicações Gradiva, Lisboa, 1982, pág. 47; M. BELMIRA MARTINS, M. JOSÉ BICHO e AZEEM BANGY, *Direito da Concorrência em Portugal – O Decreto Lei 422/83 Comentado e Comparado com o Direito Comunitário e de vários países*, Lisboa, 1986, pág. 19; DYLE CAMPELO, *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: Uma Contribuição ao Mercosul*, Biblioteca de Teses, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2001, págs. 141 e 143.

liberdades de determinação da oferta e da procura. Mas por outro lado, o acervo normativo da Comunidade protector da concorrência também tem por finalidade contribuir para a criação do Mercado Comum, garantindo que as fronteiras não sejam substituídas por mercados fechados, resultantes de práticas comerciais restritivas ou de acções proteccionistas dos Estados.

Porém, a concorrência é um mecanismo frágil que dificilmente subsistirá se deixado entregue a si próprio. Por essa razão, o TCE não só na alínea g) do seu artigo 3.º exige o estabelecimento de *“um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”*, como também o artigo 4.º proclama expressamente que *“para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a acção dos Estados membros e da Comunidade implica (...) a adopção de uma política económica baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados membros no mercado interno e na definição de objectivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência”*.

Efectivamente, o TCE continua a afirmar como primeiro instrumento para realizar a “missão da Comunidade” a criação de um Mercado Comum, ou seja, o estabelecimento de um espaço económico único entre todos os Estados membros da Comunidade. A criação e desenvolvimento desse espaço económico assentam na ideia de que o bom funcionamento dos mecanismos de mercado constitui a melhor organização possível das trocas. Significa isto que ao nível comunitário as regras de uma economia de mercado são erigidas em valor objectivo de racionalização económica, o que postula a fixação de regras que tornem efectiva a concorrência entre operadores económicos, protegendo-a de comportamentos susceptíveis de a afectar²⁶. Sem a efectivação deste princípio da livre concorrência, concretizada nas liberdades de *acesso ao mercado*, de *acção da oferta* e de *escolha da procura*, poderia verificar-se a permanência ou a criação de mercados restritos, fechados e de barreiras artificiais ao comércio intracomunitário, designadamente através da exploração abusiva de posições dominantes no mercado, com efeitos restritivos sobre a competição empresarial, e portanto, da liberdade de empresa.

Pode assim dizer-se, na esteira de GAVALDA e PARLÉANI²⁷ que o princípio da livre concorrência participa assim de um modo essencial no estabelecimento de um verdadeiro Mercado Comum. A liberdade de concorrência faz, pois, parte da *ordem pública económica da CEE*. A concorrência é para além de um imperativo do sistema

²⁶ Vide MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., págs. 231 e 232.

²⁷ Cfr. Droit Communautaire des Affaires, Litec, Paris, 1988, pag. 136.

de mercado, um meio de concorrer para a gestão de um mercado novo, o Mercado Comum²⁸. Ou seja, para além de um princípio presente ao longo de todo o Tratado e de uma liberdade económica, síntese e garantia das demais liberdades, é também uma política da Comunidade e por isso está prevista na sistemática do Tratado de Roma²⁹.

Uma outra questão que também merece ser tratada neste local é a que se prende com o enquadramento do princípio da livre concorrência na Constituição Económica material comunitária, não em termos conceptuais, mas em termos finalísticos ou valorativos ou ainda, se se preferir, axiológicos. Ou seja, no fundo, trata-se da questão de saber se a tutela da concorrência na Comunidade é um princípio ou um direito fundamental válido *de per se*, ou se se trata de um princípio ou um direito instrumental que está ao serviço da liberdade económica no sentido de a garantir ou salvaguardar.

Do TCE parece resultar claramente a segunda opção, isto porque dele resulta que fundamentais são as quatro liberdades económicas, nas quais encontramos a liberdade económica. A livre concorrência parece estar concebida com um carácter instrumental e não como um direito fundamental; fundamental será a liberdade económica. Ou seja, a consagração das famosas quatro liberdades económicas implica necessariamente a proibição de certas práticas contrárias à concorrência. Daí que quer a alínea g) do artigo 3.º do TCE se refira à livre concorrência como um dos instrumentos para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, quer o n.º 1 do artigo 4.º do mesmo Tratado refira que para alcançar esses mesmos fins, a acção que os Estados e a Comunidade devem assumir passa pela adopção de uma política económica, baseada na coordenação das políticas económicas dos Estados membros, no mercado interno, conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado e de livre concorrência.

O Mercado Comum Europeu é de inspiração liberal, baseado no dinamismo da livre iniciativa privada e nas regras de uma economia de mercado. Nos termos da alínea g) do artigo 3.º, o Mercado Comum é um mercado concorrencial, isto é, no espaço económico da Comunidade, produtores e comerciantes têm a liberdade de atrair clientela e propor-lhe os seus produtos e serviços, tal como os consumidores dispõem da liberdade de escolha no que concerne aos vários produtos que lhes são propostos, optando pelos mais atractivos de acordo com a ponderação dos dois factores indissociáveis: qualidade/preço. A livre e sã concorrência que deve existir no Mercado

²⁸ Assim JEAN SCHAPIRA, *Le Droit Européen des Affaires*, Puf, Paris, 1986, págs. 31 e ss..

²⁹ Cfr. A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES E M. M. LEITÃO MARQUES, *op. cit.*, pág. 99.

Comum assenta assim em regras definidas (previstas nos artigos 81.º e seguintes do Tratado) que a organizam e disciplinam, e que salvaguardam o interesse de todos os sujeitos envolvidos no Mercado Comum.

Todavia, menos certo não é que essas regras exprimem nitidamente uma *política comunitária de protecção da liberdade económica* no seio do mercado do espaço económico comunitário. Por outro lado, da mesma forma como elas se encontram elaboradas e são aplicadas, essas regras revelam-se como o *instrumento*³⁰ adequado dessa política. A função das regras comunitárias de concorrência é, por um lado, a de garantir o correcto funcionamento de um sistema de economia de mercado, designadamente a liberdade de acesso ao mercado e as liberdades de determinação da oferta e da procura enquanto fundamentos desse sistema. Por outro lado, contribuir para a criação do Mercado Comum, garantindo que as fronteiras não sejam substituídas por mercados fechados, em virtude de práticas comerciais restritivas ou de acções proteccionistas dos Estados membros.

Ao contrário do sistema americano, cujo regime concorrencial assenta em geral³¹ na teoria da *concorrência-condição*, em que a concorrência é um fim em si mesmo, constituindo um valor absoluto através do qual se alcança o progresso e o equilíbrio económico, o sistema comunitário adoptou a tese da *concorrência-instrumento*, isto é, a concorrência não é vista como um valor em si mesmo nem como um valor absoluto, mas sim como um meio de obter o equilíbrio económico, podendo em determinadas situações ser sacrificada em homenagem a outros valores³². A concorrência é um instrumento de criação e aperfeiçoamento do Mercado Comum; é um dos meios, entre vários, previstos no artigo 3.º do TCE para prosseguir os objectivos previstos no artigo 2.º e no Preâmbulo do mesmo Tratado. Daí que o princípio previsto no n.º 1 do

³⁰ Cfr. GEORGIO BERNINI, op. cit., pág. 347.

³¹ Em geral porque o rigor das disposições do Sherman Act, que proíbe *per se* todas as práticas susceptíveis de restringir a concorrência (sejam acordos susceptíveis de restringir a concorrência, sejam monopolizações ou tentativas de monopolização do mercado), não é entendido como exigindo a supressão automática de toda e qualquer restrição à concorrência. Tais normas obedecem na sua aplicação a um princípio da razoabilidade ou à chamada *rule of reason* ou regra do razoável, de origem jurisprudencial, de acordo com a qual a sanção prevista na lei para tais práticas é temperada pelo juiz de forma a punir apenas os atentados mais desfavoráveis à concorrência, isto é, os textos legais são aplicáveis de forma flexível de modo a punir somente as práticas que acarretam danos efectivos para a concorrência, não bastando a mera possibilidade teórica da sua existência.

³² Cfr. CASEIRO ALVES, Lições de Direito Comunitário da Concorrência, Série das lições do Curso de Estudos Europeus da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1989, págs. 7 e ss.; FERREIRA ALVES, Direito, op. cit., págs. 20 e 21; A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES E M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., págs. 295 e 296.

artigo 81.º seja relativizado pela excepção prevista no n.º 3 do mesmo artigo. Uma coligação pode ser mais útil para o progresso económico da Comunidade do que um cumprimento escrupuloso de regras rígidas de concorrência.

2. A relevância dos princípios estruturantes da “Constituição Económica Comunitária” para efeitos do artigo 82.º do TCE

Reza assim o primeiro parágrafo do artigo 82.º do TCE:

“É incompatível com o Mercado Comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de uma forma abusiva uma posição dominante no Mercado Comum ou numa parte substancial deste”.

Trata-se de uma proibição perfeitamente justificável se tivermos em consideração que uma exploração abusiva de uma posição dominante põe em causa o livre jogo da concorrência, ou seja, compromete o princípio estabelecido no artigo 3.º, alínea g) do TCE, que visa garantir que a concorrência não seja falseada no Mercado Comum.

Como constatamos, este artigo não sanciona a existência de uma empresa em posição dominante no mercado, assim como não proíbe nem sanciona os esforços que uma empresa dinâmica envide para conquistar tal posição³³. Aliás, como refere a doutrina³⁴, um sistema fundado numa economia de mercado naturalmente gera tais situações de domínio, que em si mesmas não são nocivas, podendo inclusive ser benéficas e mesmo necessárias, ao desenvolvimento técnico e económico. Por outras palavras, uma situação de posição dominante de uma empresa no mercado, que manifesta o dinamismo comercial da empresa em causa, está absolutamente de acordo com a filosofia de um sistema baseado nos mecanismos da economia de mercado e, portanto, com os princípios atrás expostos. Aliás, refira-se mesmo que tais princípios em nada colidem, antes propiciam situações de domínio no mercado.

Aquilo que o artigo 82.º condena e reprime é sim o *exercício abusivo* ou a exploração abusiva que uma empresa faça da situação de domínio que conseguiu alcançar no respectivo mercado. Desta forma, o Direito Comunitário fica aquém do

³³ Vide BERTHOLD GOLDMAN, *Droit Commercial Européen*, Précis Dalloz, 3.ª ed., Paris, 1975, pág. 397.

³⁴ Cfr., entre outros, MOTA DE CAMPOS, op. cit., pág. 541; CARLOS CABOZ SANTANA, *O abuso da posição dominante no Direito da Concorrência*, Edições Cosmos, Livraria Arco-iris, Lisboa, 1993, pág. 93; MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., pág. 294; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 409.

direito americano que proíbe os monopólios e a própria aquisição de uma posição dominante, o que não acontece com o Tratado de Roma. O artigo 82.º deste Tratado não considera tal posição ilegítima, pelo que não interdiz nem a situação de monopólio nem tão pouco a aquisição de tal situação devido ao crescimento interno de uma empresa ou da concentração de empresas. O que esse preceito sanciona é o abuso que da posição dominante seja feito. Assim sendo, a interdição deste abuso destina-se mais a uma repressão *a posteriori*. Esta proibição justifica-se na medida em que a exploração abusiva de uma posição dominante põe em causa o livre jogo da concorrência, isto é, compromete o princípio estabelecido na alínea g) do artigo 3.º do TCE, que garante que a concorrência não seja falseada no Mercado Comum.

Saliente-se também que esta norma do artigo 82.º do TCE é claramente uma das traves mestras do Direito Comunitário da Concorrência, o qual constitui um dos núcleos fundamentais do ordenamento jurídico da economia e da Constituição Económica material da Comunidade Europeia. Efectivamente, tal acervo normativo, no qual se insere esta proibição de abuso de posição dominante, trata-se de um domínio no qual se preserva e salvaguarda a zona da auto-regulação económica e a livre iniciativa económica, encontrando-se neste ordenamento supranacional, no contexto de uma economia aberta e de mercado.

Capítulo II

Da definição de empresa com posição dominante para efeitos de aplicação do artigo 82.º do TCE

Feita que está uma alusão à Constituição Económica Comunitária, e aos princípios que a enformam para efeitos de aplicação do artigo 82.º do TCE, vamos neste capítulo enunciar e desenvolver os requisitos de aplicação deste preceito, com particular destaque para a noção comunitária de empresa, noção que atravessa todo o instituto objecto do nosso estudo.

1. Os detentores da posição dominante: uma ou várias empresas

1. 1. Noção de empresa

Como se retira da análise do artigo 82.º do TCE, o autor da exploração abusiva prevista e proibida nessa disposição legal pode ser uma única ou várias empresas.

Todavia, muito embora tal proibição seja dirigida à(s) empresa(s), o Tratado de Roma não define empresa em qualquer das suas disposições, muito embora se lhe refira em vários artigos³⁵.

Teve de ser a prática da Comissão e a jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo a dar a *noção comunitária* de tal realidade. Noção comunitária já que resultou do esforço envidado pelas autoridades comunitárias. Com efeito, não podemos encontrar esta noção nos ordenamentos jurídicos nacionais, marcados pelas diversidades dos seus conteúdos e, como tal, nos quais encontramos noções diferentes, além do que esses conceitos ainda variam consoante o ramo de direito em causa.

Sendo o Tratado omissivo no que concerne a essa definição, o TJCE começa por se pronunciar sobre o conceito de empresa no âmbito do TCECA, nomeadamente, no acórdão S.N.U.P.A.T³⁶, no qual o Tribunal do Luxemburgo afirmou que: “... a *noção de empresa utilizada no Tratado identifica-se com o conceito de pessoa singular ou colectiva, logo, várias (sociedades) com personalidades jurídicas distintas não podem constituir uma empresa única, mesmo se essas sociedades são objecto de uma integração levada ao extremo*”. Neste aresto o Tribunal concluiu que estávamos perante duas empresas distintas, sendo um elemento decisivo a existência de duas personalidades jurídicas diferentes. Portanto, o Juiz do Luxemburgo começou por considerar que a noção de empresa coincidia com a noção jurídica de pessoa física ou moral³⁷.

Desta forma, a empresa é vista como um sujeito de direito e centro de decisões, dispondo de autonomia jurídica.

A importância da existência de um sujeito juridicamente autónomo manteve-se em acórdãos posteriores, designadamente no acórdão MANNESMANN³⁸. Neste acórdão o TJCE afirmou que a empresa é constituída por uma “*organização unitária*”

³⁵ Cfr. MOTA DE CAMPOS, op. cit., págs. 504 e ss.; EDUARDO PAZ FERREIRA, op. cit., pág. 512; MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., págs. 266 e ss.; CASEIRO ALVES, op. cit., págs. 22 e 23; FERREIRA ALVES, Direito, op. cit., págs. 30 e ss.; Lições de Direito Comunitário, III Vol. - As Políticas da Comunidade Europeia, págs. 18 e ss.; CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., págs. 94 e ss.; A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., págs. 305 e ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE, Direito português da concorrência (análise breve do DL 422/83), in ROA, Ano 50, Lisboa, Dezembro, 1990, págs. 635 e ss..

³⁶ Ac. de 22 de Março de 1961, procs. apensos 42 e 49/59, Rec. 1961, pág. 103.

³⁷ Cfr. AUGUSTA FERREIRA PALMA, Das pequenas e médias empresas. Algumas questões (maxime no Direito da Concorrência), Almedina, Coimbra, 2000, págs. 117 e ss..

³⁸ Ac. de 13 de Julho de 1962, procs. 19 e 20/61, Rec. 1962, pág. 675.

de elementos pessoais, materiais e imateriais ligada a um sujeito juridicamente autónomo, prosseguindo de forma duradoura um objectivo económico determinado”.

Temos assim consagrada na jurisprudência comunitária uma noção de empresa que veio a ser adoptada e explicada pela doutrina, como é o caso de ETIENNE CEREXHE³⁹, que define empresa precisamente como um conjunto de meios humanos e materiais, organizado com vista à prossecução de um fim económico, ou de VAN DAMME⁴⁰, para quem o conceito de empresa deve ser abordado através de duas vertentes: a económica e a jurídica. Para este, a empresa é, por um lado, um conjunto coordenado de pessoas e de bens, constituído com vista à realização de um objectivo económico, mas por outro lado, a empresa também deve constituir uma entidade capaz de se comprometer, de adquirir direitos e de assumir obrigações.

Desta feita, retiramos da jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo que os principais elementos da empresa são dois: o *escopo ou a prossecução de um fim económico* e a *autonomia jurídica*.

No que respeita à *prossecução de um fim económico*, saliente-se que ela deve ser entendida de uma forma lata, incluindo toda a actividade de distribuição ou de troca, onerosa ou não gratuita, de bens ou serviços, dispensando-se até o intuito lucrativo. Com esta noção ampla de actividade económica só ficariam excluídas da noção comunitária de empresa as actividades destinadas à satisfação de necessidades pessoais ou as actividades subordinadas, as actividades por conta de outrem e as práticas de auto-consumo.

Autonomia jurídica porque o sujeito de direito comunitário da concorrência não é a empresa em sentido económico (a qual é um mero objecto de direitos) mas sim a pessoa ou pessoas singulares ou a sociedade a que a empresa pertence, nada importando a natureza desta. Assim entendeu o TJCE no acórdão KLOCKNER E HOESCH⁴¹, no qual decidiu que a empresa se identifica com a pessoa jurídica à qual pertença, sendo, portanto, indiferente o seu estatuto jurídico. Esta irrelevância do estatuto jurídico adoptado permitiu às autoridades comunitárias englobar no conceito de empresa associações de interesse público, associações de beneficência, sociedades desportivas, comunidades religiosas e mesmo pessoas singulares.

³⁹ Cfr. L'interprétation de l'article 86.º du Traité de Rome et les premières décisions de la Commission, in CDE, 1972, pág. 280.

⁴⁰ Cfr. La Politique de la Concurrence dans la CEE, Ed. Kortrijk, Bruxelles, 1977, págs. 106 e ss..

⁴¹ Ac. de 13 de Julho de 1962, procs. apensos 17 e 20/61, Rec. 1962, pág. 615.

Esta noção de empresa como “entidade económica com personalidade jurídica distinta” foi confirmada ainda durante algum tempo pela jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo⁴².

No entanto, no âmbito do TCE a definição de empresa vai ser concebida em termos algo diferentes. Na viragem conceptual de tal noção esteve presente, como refere AUGUSTA FERREIRA PALMA⁴³, o facto de a Comissão se ter visto obrigada a ter em conta os efeitos anti-concorrenciais das práticas de certos grupos de sociedades, cuja realidade económica não coincidia inteiramente com o revestimento jurídico.

A relevância conferida ao *elemento jurídico* no Tratado de Paris vai ser substituída, no Tratado de Roma, pelo relevo colocado no **pressuposto económico**.

Da mesma maneira, também se passa a reconhecer como empresa uma entidade desprovida de personalidade jurídica. Isto é, muito embora a personalidade jurídica esteja ligada de forma instrumental a uma determinada actividade económica, essa personalidade não teria que surgir indissociavelmente ligada a esta. Efectivamente, para estarmos perante uma entidade económica autónoma não é imprescindível a existência de personalidade jurídica, até porque uma identidade jurídica autónoma não pressupõe obrigatoriamente uma identidade económica separada. Por outro lado, uma empresa pode muito bem alterar a sua forma legal durante a sua existência.

Nesta transição assume particular importância o acórdão HYDROTHERM⁴⁴, no qual o TJCE afirma que a noção de empresa, no âmbito da concorrência, deve ser compreendida como designando uma “*unidade económica do ponto de vista do objecto do acordo em causa, mesmo se do ponto de vista jurídico esta unidade económica é constituída por várias pessoas singulares ou colectivas*”. Ou seja, neste aresto o Juiz do Luxemburgo considerou desta forma que duas pessoas jurídicas que desenvolviam uma actividade complementar constituíam uma única empresa.

Este acórdão é um marco na jurisprudência comunitária relativa ao Direito Comunitário da Concorrência porque veio criar o conceito de **unidade económica**, com o qual passou a identificar a noção de empresa. A empresa passa assim a ser **toda a entidade organizada que visa a prossecução de interesses económicos, dispondo de autonomia de decisão e sendo capaz de determinar de forma independente o seu**

⁴² Nomeadamente, nos acórdãos HOFFNER E ELSEER, proc. C-69/91, e TAILLANDIER, proc. C-92/91, ambos de 27 de Outubro de 1993. O conceito de empresa abrange toda a entidade que exerce uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento.

⁴³ Cfr. op. cit., pág. 118.

⁴⁴ Ac. de 17 de Julho de 1984, proc. 170/83, Rec. 1984, pág. 2999.

comportamento no mercado. Como ensina AUGUSTA FERREIRA PALMA⁴⁵, “*a forma jurídica que a empresa reveste torna-se um elemento irrelevante, em benefício da consideração do exercício de uma dada actividade económica de forma independente e autónoma (...) ressalta daqui a essencialidade da prossecução de um determinado escopo económico independentemente da forma jurídica que apresentam*”.

Esta identificação, levada a cabo pela Comissão e pelo Tribunal, entre os conceitos de “empresa” e “unidade económica” ou “entidade económica autónoma”, explica-se pelo intuito de responsabilizar as empresas-mãe pelas acções das suas filiais, bem como pelo objectivo de se delinear as condições em que os acordos restritivos da concorrência entre membros de um grupo não são considerados violadores do artigo 81.⁴⁶

Trata-se assim de um conceito *funcional*. Aliás foi precisamente este entendimento que levou o Tribunal nos acórdãos HYDROTHERM, USIONOR⁴⁷ e ALPA⁴⁸ a afirmar, no âmbito dos Tratados de Roma e de Paris, que devem ser consideradas como **uma única empresa** várias empresas que apesar de **serem juridicamente autónomas**, constituem uma **unidade económica**. A noção de empresa refere-se, portanto, à existência de um ente que, prosseguindo objectivos económicos, determina de forma independente o seu comportamento no mercado. Desta forma, a autonomia de vontade, característica da empresa a ter em conta, é uma autonomia real na determinação da linha de acção no mercado⁴⁹.

Em suma, podemos dizer que das decisões emanadas pelas autoridades comunitárias a noção de empresa utilizada é muito vasta e muito mais ampla do que a noção clássica de empresa mercantil, correspondendo à definição do TJCE, como sendo uma organização unitária de elementos pessoais, materiais e imateriais ligados a um sujeito juridicamente autónomo e prosseguindo de uma forma duradoura um fim económico determinado. Todavia, a empresa também surge identificada como uma **actividade economicamente unitária**, ou seja, a empresa deve ser entendida como uma *unidade económica* do ponto de vista do acordo em causa, mesmo que, do ponto de vista jurídico, esta unidade económica seja constituída por várias pessoas físicas ou

⁴⁵ Vide op. cit., págs. 120 e 121.

⁴⁶ Cfr. PIERRE BOS, JULES STUYCK e PETER WYTINCK, Concentration control in the European Community, Graham & Trotman, Ltd., 1992, pág. 42.

⁴⁷ Ac. de 11 de Outubro de 1984, proc. 103/83, Rec. 1984, pág. 3483.

⁴⁸ Ac. de 11 de Outubro de 1984, proc. 151/83, Rec. 1984, pág. 3519.

⁴⁹ Ac. CENTRALFARM / STERLING DRUG, de 31 de Outubro de 1974, proc. 15/74, Rec. 1974, pág. 1147.

morais. A forma jurídica da empresa pouco importa; é essencialmente em função da sua actividade económica, não necessariamente lucrativa, que o agente será ou não qualificado de empresa⁵⁰.

Por outras palavras e na esteira do que ensina SOFIA OLIVEIRA PAIS⁵¹, o conceito comunitário de empresa abrange toda a entidade dirigida à prossecução de interesses económicos que, dispondo de *autonomia de decisão*, é capaz de determinar de forma *independente* o seu comportamento no mercado. A exigência de autonomia de decisão é, assim, uma característica fundamental e determinante da noção comunitária de empresa.

Esta noção, que assenta num **critério funcional** e não num critério organizativo, conduz a qualificar como empresa toda a *unidade económica*, mesmo que do ponto de vista jurídico esta unidade económica seja constituída por *entidades juridicamente autónomas*, dotadas de personalidade jurídica própria, uma vez que a autonomia jurídica não é necessariamente sinónimo de autonomia real ou económica. Bastará assim o exercício permanente de uma actividade económica determinada e a existência de um mínimo de autonomia real nas suas decisões e comportamentos.

1. 2. Determinação da existência de uma posição dominante

Ao contrário do TCECA que no n.º 7 do seu artigo 66.º define empresas em posição dominante aquelas que, de direito ou de facto, tenham ou obtenham, no mercado de um dos produtos submetidos à sua jurisdição uma posição que as subtraia a uma concorrência efectiva numa parte importante do mercado, o TCE tanto no seu artigo 82.º⁵², bem como em qualquer outra disposição sua, não define posição dominante.

Para encontrarmos esta definição mais uma vez temos que recorrer então a outro tipo de fontes do Direito Comunitário da Concorrência⁵³, nomeadamente à prática da Comissão traduzida quer em diversos documentos susceptíveis de permitir um melhor conhecimento das grandes orientações seguidas nesta matéria, quer às suas decisões que, embora constituindo aplicações do direito a casos individuais, permitem saber

⁵⁰ Cfr. MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., pág. 266.

⁵¹ Cfr. O controlo das concentrações de empresas no Direito Comunitário da Concorrência, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 116. O sublinhado é nosso.

⁵² Para alguns a trave mestra do sistema das regras de concorrência, nomeadamente para GIORGIO BERNINI, op. cit., pág. 354.

⁵³ Sobre o elenco das cinco tradicionais fontes do Direito Comunitário da Concorrência vide EDUARDO PAZ FERREIRA, op. cit., pág. 534.

qual a posição da Comissão sobre certos assuntos. Mas mais importante é a jurisprudência do TJCE que em vários *leading cases* assentes no sistema do *case law* forneceu esta e outras definições no âmbito desta matéria.

A Comissão Europeia foi elaborando paulatinamente a definição de posição dominante⁵⁴, tendo sempre presente um elemento fundamental: a **ausência de pressão concorrencial**. Ou seja, como refere MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES⁵⁵ a posição dominante existe quando da posição da empresa no mercado resulta uma *exclusão da concorrência potencial*, descrevendo uma situação excepcional no mercado em relação aos concorrentes.

No seu Memorando, de 1 de Dezembro de 1965, sobre o problema das concentrações no Mercado Comum, a Comissão fez referência à situação de uma *“empresa que possa excluir, quando o entender, as outras empresas concorrentes do mercado”*, ou seja, a Comissão define posição dominante como o poder de determinar o comportamento das outras empresas. A posição dominante é pois um **poder económico**, traduzido na *“faculdade de exercer uma influência notável sobre o mercado, em princípio previsível por parte da empresa dominante”*. Por outro lado, a Comissão acentua o perfil activo da posição dominante e recusa qualquer assimilação a monopólio. Por outras palavras, uma situação de domínio do mercado consiste principalmente numa situação de poderio económico, a saber, a capacidade de uma empresa dominante exercer uma influência substancial, em princípio previsível, sobre o funcionamento do mercado⁵⁶.

Esta ideia vai ser reafirmada e desenvolvida na decisão CONTINENTAL CAN⁵⁷ onde a Comissão declara que *“as empresas estão em posição dominante quando têm a possibilidade de adoptarem comportamentos independentes, colocadas como estão em posição que lhes permite agir sem ter de tomar em grande conta os seus concorrentes, os compradores ou os fornecedores. Assim é quando, devido à sua quota de mercado ou à sua quota de mercado em ligação, designadamente, com os conhecimentos técnicos, matérias-primas ou capitais de que dispõem, as empresas têm a possibilidade de determinar os preços ou de controlar a produção ou a*

⁵⁴ Vide CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., págs. 75 e ss., em especial, págs. 92 e ss..

⁵⁵ Cfr. op. cit., pág. 411.

⁵⁶ Assim AUGUST J. BRAAKMAN, Aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE pelos tribunais nacionais dos Estados membros, Comissão Europeia, Direcção Geral IV – Concorrência, Bruxelas, 1997, pág. 100.

⁵⁷ Decisão da Comissão, de 9 de Dezembro de 1971, no proc. IV/26811, CONTINENTAL CAN, JOCE n.º L 7/25, de 8 de Janeiro de 1972.

distribuição relativamente a uma parte significativa dos produtos em causa. Esta possibilidade não tem de resultar, necessariamente, de uma dominação absoluta que permite às empresas, que a detêm, eliminar toda e qualquer vontade da parte dos seus parceiros económicos; mas basta que a posição seja suficientemente forte, no conjunto, para assegurar a estas empresas uma independência global de comportamento, mesmo que existam diferenças de intensidade da sua influência nos diferentes mercados parciais”.

Deste modo, o elemento essencial desta noção consiste na possibilidade que a empresa em posição dominante tem de adoptar um **comportamento independente** face aos outros intervenientes no mercado. Ou seja, é esta possibilidade de ter comportamentos independentes dos outros operadores económicos que constitui o critério determinante. A Comissão parece propender, pois, para apreender a noção de posição dominante em termos de *comportamento no mercado*. A posição dominante resultará da existência de um grau de dominação do mercado que permite à empresa (ou empresas) nessa situação, assumir um *comportamento globalmente independente e definir autonomamente a estratégia a prosseguir no mercado*. Não é necessário a existência de um monopólio ou quase-monopólio para que haja posição dominante, podendo esta co-existir com a manutenção de uma certa concorrência. No entanto, este critério é conjugado com o da estrutura de mercado. E, assim, a ausência de concorrência efectiva ou mesmo a detenção de quotas de mercado de grande amplitude (70% a 80%) é normalmente indício claro da existência de posição dominante⁵⁸.

O TJCE no acórdão UNITED BRANDS⁵⁹ veio a confirmar e completar este entendimento da Comissão ao definir posição dominante como “*o poder económico detido por uma empresa que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa na medida em que proporciona à empresa em posição dominante a possibilidade de comportamentos em larga medida independentes em face das suas concorrentes, dos seus clientes e, finalmente, dos seus consumidores*”. No acórdão HOFFMANN-LA ROCHE⁶⁰ o Tribunal do Luxemburgo

⁵⁸ Assim A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., pág. 323. Como escreve FERREIRA ALVES, Direito, op. cit. pág. 183: “acentua a Comissão que a definição de posição dominante reside num comportamento independente, isto é, na possibilidade de agir sem ter em conta os concorrentes, fornecedores e clientes. Deter posição dominante é ter a possibilidade de determinar os preços ou de controlar a produção ou distribuição numa parte significativa dos produtos em causa”.

⁵⁹ Ac. de 14 de Fevereiro de 1978, proc. 27/76, Col. 1978, pág. 207.

⁶⁰ Ac. de 13 de Fevereiro de 1979, proc. 85/76, Col. 1979, pág. 461.

acrescentou que “*tal posição não exclui a existência de uma certa concorrência, mas coloca a empresa que dela beneficia em posição, se não de decidir, pelo menos de influenciar sensivelmente as condições em que esta concorrência se irá desenvolver e, em qualquer caso, de se comportar numa larga medida, sem precisar de a ter e sem que esta atitude a prejudique*”.

Em suma, o critério que a jurisprudência comunitária utiliza para aferir da existência de uma posição dominante é o da **ausência de concorrência efectiva**, traduzida na possibilidade que a empresa tem de **agir independentemente** do comportamento dos concorrentes, fornecedores e clientes.

Posição dominante significa pois **autonomia global da estratégia** seguida no mercado, **independência do comportamento** relativamente aos outros operadores económicos no mercado⁶¹.

Para se aferir a existência de uma posição dominante temos que recorrer a vários elementos. Todavia, a **quota de mercado** retida pela empresa (ou empresas) pode constituir um indício sério da existência de tal posição. Como escreve AUGUST J. BRAAKMANN⁶² uma posição dominante pode ser consequência da conjugação de vários factores sem que nenhum, tido em conta separadamente, seja determinante. Na prática, desempenha um papel decisivo a quota de mercado (*market share*) da empresa líder. Assim, no acórdão HOFFMANN-LA ROCHE o TJCE precisou que quotas extremamente importantes constituem, por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante.

Assim, regra geral, quotas de mercado inferiores a 20% excluem a existência de uma posição dominante, dado apenas poderem constituir um obstáculo à existência de uma concorrência efectiva em circunstâncias muito excepcionais. De outra forma, quotas de mercado muito elevadas (na ordem dos 50 % ou mais) permitem presumir a existência de uma posição dominante⁶³. Quotas de mercado compreendidas entre os valores de referência mencionados, são necessários elementos de prova adicionais para se determinar a existência de uma situação de domínio no mercado, tais como o número e o poder dos concorrentes existentes, a capacidade financeira da empresa, um avanço tecnológico ou comercial sobre os concorrentes, um acesso privilegiado aos mercados de compra ou/e de venda, a existência de obstáculos à entrada no mercado

⁶¹ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, op. cit., págs. 411 e 412; CARLOS BAPTISTA LOBO, *Concorrência Bancária?*, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 324 e 345.

⁶² Cfr. op. cit., pág. 101.

⁶³ Ac. HOFFMANN-LA ROCHE, já citado, pág. 521.

de novas empresas ou ainda a ausência de uma concorrência potencial⁶⁴. Se a quota de mercado que uma empresa dispõe é da ordem dos 70% a 80%, a existência de uma posição dominante é incontestável.

Finalmente, no apuramento da existência de uma posição dominante não se pode ter em conta apenas a dimensão absoluta ou relativa da empresa, isto é, a sua **inserção na organização ou estrutura de mercado**⁶⁵, a qual é composta por elementos exteriores à empresa que condicionam ou determinam mesmo a forma de actuação da empresa, como sejam a já referida quota de mercado, o grau de diferenciação dos produtos e a inexistência de uma concorrência potencial.

Importa também ter em consideração o seu **comportamento**, ou seja, a forma pela qual se conduz no respectivo mercado, no tocante quer à fixação de preços, quer às condições da distribuição dos produtos, quer ao seu relacionamento com os outros agentes económicos. Só o exame desse comportamento permitirá concluir se a empresa se conduz de *forma independente em face dos operadores económicos* do sector (clientes, concorrentes, consumidores), se consegue ou não influenciar de forma decisiva o comportamento de outras empresas de modo a impedir uma concorrência efectiva no mercado.

Por fim, no juízo global a formular sobre a existência de uma posição dominante convirá ainda fazer apelo ao critério dos **resultados** que uma empresa obtém através dos comportamentos indiciadores da existência da posição dominante. Ou seja, como salienta a doutrina, para determinar se há ou não posição dominante temos que recorrer aos critérios estruturais, comportamentais e de resultado ou *performance*.

O recurso a estes critérios é igualmente importante porque em certos casos, como vimos, a quota de mercado *de per se* constitui um indicador insuficiente para se concluir da existência ou não de uma posição dominante. Estes critérios surgem assim como complementares da *market share*.

⁶⁴ Ac. UNITED BRANDS, já citado, págs. 287 e ss..

⁶⁵ Cfr. entre outros, J. VAN DAMME, op. cit.; MOTA DE CAMPOS, op. cit., pág. 546; CASEIRO ALVES, op. cit. pág. 71 e 72; FERREIRA ALVES, Direito, op. cit., págs. 135 e ss.; CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., págs. 150 e ss.; A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., pág. 320; JOSÉ MARIANO PEGO, A posição dominante relativa no Direito da Concorrência, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 45 e ss.; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, op. cit., pág. 412; JOÃO PINTO FERREIRA e AZEEM BANGY, op. cit., págs. 207 e 208; J. SIMÕES PATRÍCIO, op. cit., pág. 108.

1. 2. 1. Mercado relevante (*relevant market*)

Referidas que estão as linhas de orientação utilizadas pelas autoridades comunitárias em relação à noção de posição dominante detida por uma empresa, importa agora delimitar o mercado onde tal posição se manifesta. Geralmente designado por mercado relevante⁶⁶, o Tratado de Roma refere-se a ele no que toca à sua dimensão geográfica, já que o artigo 82.º reporta-se a uma posição dominante “*no Mercado Comum ou numa parte substancial deste*”. Posteriormente esta noção foi desenvolvida pelos órgãos comunitários, possuindo uma dupla dimensão: o mercado relevante deve ser definido quer em termos geográficos, quer em função do produto.

A identificação do mercado relevante, também ele um elemento constitutivo da posição dominante, trata-se de uma etapa essencial para a aplicação do artigo 82.º, já que como o Tribunal afirmou no acórdão CONTINENTAL CAN⁶⁷ “*a determinação do mercado é de uma importância essencial já que as possibilidades de concorrência apenas podem ser apreciadas em função dos produtos em causa*”.

Numa frase, a existência de uma posição dominante não pode ser determinada de forma abstracta, mas unicamente em função de um determinado mercado concreto⁶⁸, definido enquanto mercado do produto e enquanto mercado geográfico relevantes⁶⁹.

Tanto assim que no acórdão UNITED BRANDS o TJCE afirmou que a indagação desse mercado deveria seguir em duas direcções: “*as possibilidades de concorrência nos termos do artigo 86.º (actual artigo 82.º) do Tratado, deverão ser examinadas em função das características do produto em causa e por referência a uma zona geográfica definida na qual o produto é comercializado ou onde as condições de concorrência são suficientemente homogéneas para se poder apreciar o jogo do poderio económico da empresa interessada*”.

⁶⁶ Todavia, este elemento encontra outras designações. Assim, há autores, nomeadamente MARIA BELMIRA MARTINS, MARIA JOSÉ BICHO e AZEEM BANGY, op. cit., pág. 188, que o designam de mercado de referência; GIORGIO BERNINI, op. cit., pág. 358, chama-o de mercado em questão; MOTA DE CAMPOS, op. cit., pág. 147, apelida-o de mercado a ter em consideração.

⁶⁷ Ac. de 21 de Março de 1973, proc. 6/72, Col. 1973, pág. 215

⁶⁸ Cfr. GOLDMAN, op. cit., pág. 408

⁶⁹ Cfr. AUGUST BRAAKMAN, op. cit., pág. 101; CASEIRO ALVES, op. cit., pág. 73.

A maioria da doutrina entende que a delimitação do mercado onde tem lugar o domínio de certa(s) empresa(s) faz-se, após um estudo minucioso e casuístico⁷⁰, segundo dois critérios⁷¹: o do **produto** (ou serviço) e o **geográfico**.

A delimitação geográfica permite agrupar os bens e serviços que se destinam a satisfazer determinada necessidade dos consumidores; a delimitação geográfica mostra a área em que se encontram a oferta e a procura de bens e serviços compreendidos no mercado funcional (material), constituindo o conjunto dos mercados o “mercado de referência”. O objectivo da definição de um mercado relevante é o de identificar as empresas existentes, efectivamente concorrentes, que possam condicionar o comportamento das empresas numa prática de abuso de posição dominante. Quanto mais extenso e abrangente for um mercado (material e geograficamente) mais difícil será a afirmação da existência de uma posição dominante.

1. 2. 1. 1. Mercado geográfico relevante ou delimitação espacial

Nos termos do artigo 82.º a posição dominante da(s) empresa(s) deve exercer-se no Mercado Comum ou numa parte substancial deste.

O mercado geográfico relevante consiste numa zona delimitada no espaço, situada na Comunidade, em que os produtos ou serviços correspondentes são vendidos *e em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas* para permitir a avaliação do poder económico da empresa⁷².

O conceito de mercado relevante não é assim puramente territorial ou geográfico, mas também *quantitativo e qualitativo*, já que o espaço geográfico visto

⁷⁰ Como refere GIORGIO BERNINI, op. cit., pág. 359, “esta definição aparece indissociavelmente ligada às características de cada caso concreto, o que torna difícil, ou mesmo impossível qualquer generalização da matéria”.

⁷¹ Todavia, também há autores que a estas duas delimitações, espacial e material, acrescentam uma terceira: a delimitação temporal, com base na ideia de que os consumidores consideram períodos diversos não substituíveis entre si, logo, também o elemento temporal pode justificar a distinção de mercados. É nomeadamente o caso de DUBOIS, *La position dominante et son abus dans l'article 86 du Traité de la CEE*, Librairies Techniques, Paris, pág. 195; CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., pág. 142; CARLOS BAPTISTA LOBO, op. cit., pág. 329; JOSÉ MARIANO PEGO, op. cit., págs. 27, 36 e 37; JOÃO PINTO FERREIRA e AZEEM BANGY, op. cit., págs. 129 e ss..

⁷² Ac. UNITED BRANDS, já citado, pág. 280. Neste aresto a França, o Reino Unido e a Itália foram excluídos do mercado relevante, uma vez que se nos restantes Estados membros as condições de concorrência eram semelhantes para todos os produtores de banana, naqueles três países a United Brands estava em desvantagem perante outros produtores que beneficiavam de regimes preferenciais. Assim, eram os outros seis Estados membros que compunham o relevant market. Cfr. JOSÉ MARIANO PEGO, op. cit., pág. 35.

quantitativamente não é o único elemento a ter em consideração na determinação do mercado geográfico relevante. É necessário ter em conta outros elementos como o TJCE referiu no acórdão SUIKER UNIE⁷³, tais como “a estrutura e o volume da produção e do consumo do produto em causa, bem como os hábitos e as possibilidades económicas dos vendedores e dos compradores”, ou ainda a densidade populacional⁷⁴. Ou seja, é necessário ter também em consideração a importância económica do mercado. Portanto, os critérios de determinação do mercado geográfico relevante não são puramente territoriais, é necessário termos em conta a importância económica desse território (ou mercado dominado) em relação ao conjunto do território da Comunidade. Abandona-se assim, pois, o critério geográfico em favor de um critério económico⁷⁵.

Por outro lado, ao analisar a questão dos limites geográficos, a jurisprudência não obriga a que a posição dominante de uma empresa seja aferida em relação a *todo o território da Comunidade*, aliás hipótese rara que apenas ocorre em sectores muito específicos como os da química e da produção farmacêutica⁷⁶. Basta que o seja, como refere o Tratado, em relação a uma **parte substancial** deste. Vários Estados membros, um Estado membro ou até parte de um Estado membro podem constituir uma parte substancial do Mercado Comum⁷⁷.

⁷³ Ac. de 16 de Dezembro de 1975, proc. 40/73, Col. 1975, pág. 1978.

⁷⁴ Assim GOLDMAN, op. cit., pág. 410.

⁷⁵ Cfr. MOTA DE CAMPOS, op. cit., pág. 548; CASEIRO ALVES, op. cit., pág. 73; FERREIRA ALVES, op. cit., pág. 139; CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., pág. 127; CARLOS BAPTISTA LOBO, op. cit., págs. 328 e 329; SOFIA OLIVEIRA PAIS, op. cit., pág. 57; AUGUST J. BRAAKMAN, op. cit., pág. 102; A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., págs. 320 e 321; CABRAL DE MONCADA, op. cit., pág. 394.

⁷⁶ Nos acórdãos COMMERCIAL SOLVENTS e HOFFMANN-LA ROCHE a posição dominante abrangia todo o Mercado Comum.

⁷⁷ Tanto assim que no ac. SUIKER UNIE foi considerado parte substancial do Mercado Comum parte do território alemão. No ac. CONTINENTAL CAN foi considerado parte substancial do Mercado Comum o território belga.

1. 2. 1. 2. Mercado do produto relevante ou delimitação material

Para determinar a posição dominante de uma empresa é ainda necessário delimitar o mercado no plano material, ou seja, indagar qual o produto ou serviço⁷⁸ em relação ao qual a empresa tem poderio económico, qual o produto ou serviço relativamente ao qual a empresa detém independência de comportamento⁷⁹. Como ensina MOTA DE CAMPOS⁸⁰, a existência de uma posição dominante num espaço em que deverá imperar a concorrência supõe com efeito a já referida independência de comportamento ou autonomia de acção de uma dada empresa em relação a produtos determinados.

A delimitação do mercado do produto, embora não se apresente como obrigatória à face do artigo 82.º, corresponde a uma exigência de ordem económica, uma vez que não se poderá avaliar o poderio económico da empresa tendo somente em consideração o seu produto individualmente considerado, se os consumidores dispuserem de alternativas válidas que lhes permitirão não aceitar as condições que a empresa dominante lhes pretende impor.

É que a independência de comportamento ou a autonomia de acção de uma empresa (logo a posição dominante) só existe verdadeiramente se essa empresa não estiver sujeita à concorrência efectiva de produtos *idênticos* ou *similares*, ou de produtos que, embora diferentes, possam, em função das suas propriedades específicas e das suas condições de uso, servir para os mesmos fins, podendo, portanto, *substituir* aqueles, e cujo preço não prejudique a sua utilização em condições concorrenciais⁸¹. É que como refere DUBOIS⁸², na noção de permutabilidade funcional está em causa a capacidade de um produto em ser substituído por um outro. A extensão do mercado prolonga-se até onde a substituição entre produtos se torne impossível na prática.

O mercado do produto relevante é constituído, pois, tanto pelos produtos idênticos como por aqueles que razoavelmente sejam tidos por sucedâneos ou

⁷⁸ Como refere MANUEL AFONSO VAZ, op. cit., pág. 296, o produto é o objecto-base da posição dominante. Porém, a posição dominante de uma empresa exerce-se em relação a um produto, diversas variedades de um produto e em relação a uma categoria de produtos, ou então em relação a um serviço ou categoria de serviços, como sucedeu, entre outros, nos processos BRT, proc. 127/73, Col. 1973, pág. 313; ou GENERAL MOTORS CONTINENTAL, proc. 26/75, Col. 1975, pág. 1367.

⁷⁹ Assim FERREIRA ALVES, Direito, op. cit., pág. 140. Por outro lado, como refere GIORGIO BERNINI, op. cit., pág. 359, quanto ao mercado dos produtos, o artigo 85.º (actual art.º 81.º) n.º 3 refere-se-lhe textualmente a propósito das autorizações. Mas, em matéria de proibições, a identificação dos produtos, mesmo se não é mencionada ex professo, desempenha, também ela, um papel não menos essencial na determinação do nível da restrição introduzida na concorrência.

⁸⁰ Cfr. op. cit., pág. 48.

⁸¹ Cfr. GOLDMAN, op. cit., pág. 411.

substituíveis pelos utilizadores ou consumidores⁸³. Foi precisamente isto que o TJCE veio dizer no acórdão L'OREAL⁸⁴, ao referir ser necessário que as condições de concorrência sejam apreciadas *“no quadro de um mercado que reagrupe um conjunto de produtos que, em função das suas características, sejam particularmente aptos a satisfazer as necessidades constantes e tenham um grau de sucedaneidade baixo relativamente a outros produtos”*. Aliás, refira-se que já no acórdão CONTINENTAL CAN o TJCE havia sublinhado que *“as possibilidades de concorrência só podem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, em virtude das quais estes produtos estariam particularmente aptos para satisfazerem necessidades correntes e com poucas possibilidades de serem substituídos por outros produtos”*⁸⁵.

De outra forma, um produto que seja considerado suficientemente específico, individualizado pelas suas características particulares, que o diferenciem de outros produtos ao ponto de ser quase insubstituível por estes, não sentindo, portanto, a sua concorrência de forma significativa, fará parte de um mercado distinto.

Em suma, segundo a jurisprudência comunitária, o mercado material define-se atendendo, essencialmente, à substituição razoável e possível dos produtos em causa, às barreiras existentes à entrada, bem como à eventual concorrência potencial. Um produto ou um serviço será objecto de um mercado distinto quando for possível individualizá-lo, não apenas pela sua utilização, mas ainda pelas características que o tornam apto a preencher o fim a que se destina, diferenciando-se claramente de outros produtos ou serviços similares que, por isso, não lhe podem fazer uma concorrência sensível. Por outras palavras ainda, o mercado relevante abrangerá não só os produtos idênticos, como ainda os seus similares capazes de desempenhar a mesma finalidade.

⁸² Cfr. op. cit., pág. 189.

⁸³ Nas palavras de AUGUST J. BRAAKMAN, op. cit., pág. 101, fazem parte do mercado do produto relevante todos os produtos ou serviços que o utilizador considere análogos com base nas suas características, no seu preço ou na sua utilização final. No mesmo sentido vd. EDUARDO PAZ FERREIRA, op. cit., pág. 515; CASEIRO ALVES, op. cit., pág. 75; M. BELMIRA MARTINS, M. JOSÉ BICHO e AZEEM BANGY, op.cit., págs. 188 e 189.

⁸⁴ Ac. de 11 de Dezembro de 1980, proc. 31/80, Col. 1980, pág. 3375.

⁸⁵ Neste processo, tratava-se de saber se as embalagens metálicas podiam ser facilmente substituíveis pelas embalagens de vidro ou de plástico, tese sustentada pela Continental Can. A Comissão rejeitou tal tese e veio dizer, com base nas características próprias das embalagens metálicas e na especificidade da tecnologia utilizada para as produzir, que tal substituíbilidade era altamente improvável. No acórdão das bananas Chiquita, o TJCE veio individualizar o mercado da banana relativamente ao das demais frutas frescas. A banana detinha características próprias para satisfazer durante todo o ano as necessidades de parte importante da população (crianças, idosos, doentes), sendo muito limitados, até no tempo, os efeitos da concorrência de outras frutas.

Para se determinar o “mercado material” é então necessário indagar, no caso em análise, quais os produtos ou serviços que podem ser considerados substituíveis pelos consumidores⁸⁶. Tal exame encontra dificuldades subjectivas, uma vez que o grau de substituição depende do gosto dos consumidores e utilizadores. Esta dificuldade é porém mitigada com o recurso ao critério do utilizador razoável⁸⁷.

1. 2. 2. Âmbito da proibição do artigo 82.º do TCE

1. 2. 2. 1. A susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados membros

Diferentemente do que sucede com o mercado do carvão e do aço, que é caracterizado pela chamada unicidade, o Mercado Comum vê a sua regulamentação coexistir com zonas de influência exclusiva reservadas aos diversos mercados nacionais e que estão, diferentemente, compreendidas na esfera de soberania dos Estados membros.

A aplicação do artigo 82.º do TCE depende, assim, da reunião de vários pressupostos, outro dos quais é o de que a prática em causa (exploração abusiva de posição dominante) deve ser de natureza a afectar o comércio entre os Estados membros.

⁸⁶ Para medir o grau de sucedaneidade, a ciência económica recorre à “teoria da elasticidade-cruzada da procura”, de acordo com a qual o grau de sucedaneidade entre dois bens ou serviços é elevado quando uma certa variação do preço de um deles corresponde a uma grande variação, no mesmo sentido, da procura do outro. Já no acórdão UNITED BRANDS o Tribunal do Luxemburgo precisou que “uma possibilidade limitada de substituição por outros produtos é insuficiente para concluir que o produto em causa e os produtos susceptíveis de o substituir parcialmente formem o mesmo mercado”, sublinhando que “a elasticidade-cruzada deverá ser significativa a longo prazo para que se possa deduzir que os produtos em causa são susceptíveis de serem substituídos”. Sobre esta questão, vide em especial IVO VAN BAELE e JEAN FRANÇOIS BELLIS, *Competition Law of the EEC*, 2.ª ed., Business and Law Publishers, 1990, págs. 61 e ss.. Entre nós vd. CASEIRO ALVES, op. e loc. cit.; FERREIRA ALVES, *Direito*, op. cit., pág. 142; CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., pág. 135; JOSÉ MARIANO PEGO, op. cit., págs. 27 e ss.; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, op. cit., pág. 408.

A teoria da elasticidade cruzada da procura surgiu para obviar ao subjectivismo do critério a que o TJCE recorreu no ac. CONTINENTAL CAN. Neste aresto o Tribunal do Luxemburgo recorreu ao critério da “substituibilidade razoável”, de acordo com o qual não bastaria qualquer tipo de substituíbilidade de bens para definir um mercado, sendo necessário que tal substituíbilidade seja razoável. Ora, no ac. referido o TJCE afirmou que os produtos que só no limite são substituíveis por outros não devem ser considerados como parte da noção de mercado relevante, os que forem razoavelmente substituíveis já farão parte de tal mercado. Cfr. CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., pág. 134.

⁸⁷ Cfr. CASEIRO ALVES, op. e loc. cit.; A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., pág. 322.

Trata-se segundo PAPPALARDO⁸⁸ a expressão da partilha de competências e reflecte o carácter parcialmente federal da Comunidade.

Mesmo que se encontrem preenchidos os restantes requisitos do artigo 82.º, sem a susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-membros, não poderá haver um acto abusivo de posição dominante que possa cair sob a alçada da legislação comunitária⁸⁹. Ou seja, para que o exercício abusivo de uma posição dominante que uma ou mais empresas detenham no Mercado Comum (ou em parte substancial deste) seja sancionado pelo Direito Comunitário, aquele comportamento não poderá ter efeitos essencialmente domésticos. *A contrario*, carece de dimensão comunitária para que fique sob a alçada do Direito Comunitário⁹⁰.

Por outras palavras, o efeito desta prática restritiva da concorrência sobre as trocas interestaduais é uma condição da sua sujeição ao Direito Comunitário. Como ensina M. PAULO TENDEIRO⁹¹, trata-se de uma verdadeira condição objectiva que é colocada pelo Direito Comunitário à possibilidade da emissão de um juízo desfavorável sobre uma acção que se encontraria materialmente proibida. Isto é, o Direito Comunitário, proibindo as restrições de concorrência derivadas de certas práticas, estabelece concomitantemente uma condição prévia a tal proibição: as restrições de concorrência só serão proibidas se simultaneamente se verificar que o comércio entre Estados membros é susceptível de ser afectado pelas práticas em causa. Portanto, é necessário que o abuso de posição dominante afecte o comércio entre os Estados membros, o que exclui as práticas com incidências meramente nacionais.

A interpretação deste requisito está, no entanto, longe de ser pacífica, na medida em que as opiniões se dividem quanto ao sentido a atribuir à expressão «afectar». Uns interpretam tal verbo de forma *neutra*, e consequentemente de forma mais ampla; outros vêm nele uma acepção *pejorativa*, interpretando tal termo de forma mais restrita. Para os defensores da primeira tese, haverá afectação do comércio entre os Estados membros desde que o abuso de posição dominante modifique as condições em que se desenvolvem as trocas comerciais entre os países membros. Para os defensores da

⁸⁸ Cfr. La réglementation communautaire de la concurrence: les dispositions du Traité CE et le droit dérivé relatives aux ententes entre entreprises, à l'Abus de Position Dominant et au Contrôle des Concentrations, in RIDE, n.º Especial, Ano VIII, n.º 3, 1994, pág. 346.

⁸⁹ Assim CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., pág. 142.

⁹⁰ Assim NUNO RUIZ, A aplicação do Direito Comunitário da Concorrência em Portugal, in DDC, n.ºs 77/78, 1999, págs. 19 e 20. Também MANUEL ANTÓNIO PITA, As empresas públicas e o Direito Comunitário da Concorrência, Separata da RDES, 2.ª Série, n.º 4, 1987, págs. 561 e 562.

⁹¹ Cfr. Direito Comunitário da Concorrência – significado e autonomia do critério da afectação do comércio entre os Estados membros face à realização do Mercado Único, in RDE, pág. 225.

tese mais restritiva não basta uma qualquer modificação de tais condições, exige-se ainda que tal modificação seja prejudicial.

Esta questão não é meramente teórica ou conceptual, pois como refere pertinentemente GIORGIO BERNINI⁹², uma interpretação mais ou menos ampla da noção de afectação do comércio intracomunitário conduz a uma extensão ou a uma limitação do âmbito de aplicação das disposições comunitárias.

Como dissertou SOFIA OLIVEIRA PAIS⁹³, esta exigência destina-se a delimitar o campo de aplicação da lei comunitária em relação às leis nacionais dos vários Estados membros, que mantêm competências nestas matérias⁹⁴. Por outras palavras e na esteira de CARLOS BAPTISTA LOBO⁹⁵, a interpretação jurisprudencial de delimitação de competências (comunitária e nacional) conferiu a este requisito a natureza de uma verdadeira *norma de conflitos*. No dizer de A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES⁹⁶ este pressuposto, que tem uma função dupla, começa por ser uma regra de competência que permite delimitar o campo de aplicação do artigo 82.º em relação aos direitos nacionais. Mas, por outro lado, acrescentam eles, também é uma norma material que orienta a acção das autoridades comunitárias cuja função é velar pela realização e bom funcionamento do mercado único.

De acordo com o acórdão BRASSERIE DE HAECHE⁹⁷, o teste ou o critério para se determinar a afectação do comércio intracomunitário, será a previsão, com um elevado grau de probabilidade, de que a prática restritiva é susceptível de “*exercer uma influência directa ou indirecta sobre o fluxo de trocas entre os Estados membros, de contribuir para a repartição do mercado, e de tornar mais difícil a interpenetração económica desejada pelo Tratado*”. Ou seja, a afectação do comércio entre Estados membros significa, fundamentalmente, que as trocas comerciais em virtude da prática restritiva (no nosso caso, exercício abusivo de posição dominante) passaram ou vão passar a fazer-se em condições diferentes daquelas que existiriam se esse exercício abusivo não existisse⁹⁸. E mais uma vez o Tribunal recorre ao princípio da realização do Mercado Comum, que passa pelo cumprimento da exigência feita no artigo 3.º, alínea g), de que a concorrência não seja falseada nesse mercado.

⁹² Cfr. op. cit., pág. 354.

⁹³ Vide op. cit., pág. 72.

⁹⁴ Cfr. também CASEIRO ALVES, op. cit., pág. 151.

⁹⁵ Cfr. op. cit., pág. 307.

⁹⁶ Cfr. op. cit., pág. 301.

⁹⁷ Ac. de 12 de Dezembro de 1967, proc. 23/67, Rec. 1967, pág. 526.

⁹⁸ Vide JOÃO PINTO FERREIRA e AZEEM BANGY, op. cit., págs. 113 e 114. Também SOFIA OLIVEIRA PAIS, op. cit., pág. 73.

Mas mais do que isso, este requisito encontra-se igualmente preenchido quando por força do comportamento das empresas em causa, haja uma *“alteração da estrutura concorrencial do mercado”*⁹⁹ ou quando o comportamento seja de molde a provocar essa afectação. Tal ficou patente no acórdão ZOJA ou COMERCIAL SOLVENTS¹⁰⁰, em que o Tribunal do Luxemburgo afirmou que *“ao proibir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, na medida em que o comércio entre os Estados membros possa ser afectado, o artigo 86.º visa quer as práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores quer aquelas que lhes provocam um prejuízo mediato, ao atentarem contra uma estrutura de concorrência efectiva tal como é encarada pelo artigo 3.º, alínea f) do Tratado. As autoridades comunitárias devem, portanto, considerar o comportamento incriminado em todas as suas consequências para uma estrutura de concorrência no Mercado Comum”*. Na síntese de CASEIRO ALVES¹⁰¹, haverá afectação o comércio intra-comunitário *“não apenas quando os fluxos comerciais entre Estados membros são modificados num sentido que possa perturbar a realização do Mercado Comum mas também quando a prática restritiva alterar a estrutura da concorrência efectiva que se pretende preservar na CEE”*.

Por outro lado ainda, por afectação poder-se-á entender qualquer influência directa ou indirecta, actual ou potencial, nas trocas entre os Estados membros num sentido que poderia prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre os Estados¹⁰².

A autoridade comunitária opta assim claramente pela acepção neutra do verbo «afectar».

Refira-se ainda que a noção de comércio aqui usada é uma noção ampla, já que abrange as trocas de qualquer tipo de bens económicos, materiais ou imateriais, ou de serviços, inclusive as trocas monetárias.

Como enuncia FERREIRA ALVES¹⁰³, afectam o comércio entre Estados membros as práticas que se estendam a mais do que um Estado, quer as empresas se situem num único ou em vários Estados. As práticas nacionais que apenas dizem respeito a

⁹⁹ Este critério foi definido no ac. CONTINENTAL CAN e retomado no ac. COMERCIAL SOLVENTS, ao referir-se aí que o artigo 86.º (actual 82.º) visa *“quer as práticas susceptíveis de causarem um prejuízo directo aos consumidores quer aquelas que lhes provocam um prejuízo indirecto, ao atentarem contra uma estrutura de concorrência efectiva”*, tal como é concebida pelo artigo 3.º, al. g) do Tratado.

¹⁰⁰ Ac. de 6 de Março de 1974, procs. 6 e 7/73, Col. 1974, pág. 256.

¹⁰¹ Cfr. op. cit., pág. 154.

¹⁰² Ac. STM / MUG, de 30 de Junho de 1966, proc. 56/65, Rec. 1966, pág. 337.

¹⁰³ Cfr. op. cit., págs. 58 e ss..

actividades desenvolvidas no mesmo país, afectarão o comércio entre Estados membros se produzirem efeitos em relação não só as partes, mas também relativamente a terceiros que se encontrem no território da Comunidade, designadamente se isolarem o mercado nacional em causa do resto da Comunidade. As práticas externas, isto é, desenvolvidas fora da Comunidade, podem influenciar indirectamente o comércio entre os Estados membros. As práticas de empresas extra-comunitárias, cujos efeitos se repercutem o Mercado Comum podem afectar o comércio entre os países membros e por isso estão sujeitas à tutela do artigo 82.^o¹⁰⁴. E como conclui MOTA DE CAMPOS¹⁰⁵, um acordo (no nosso caso leia-se: uma exploração abusiva de posição dominante) entre empresas cujos efeitos se manifestam exclusivamente no interior de um Estado da Comunidade ou apenas em relação a terceiros Estados não afecta, normalmente o comércio entre Estados membros.

Um outro aspecto muito relevante é que o artigo 82.^o do TCE também não exige que haja uma afectação *efectiva* das trocas intracomunitárias, basta a *susceptibilidade* de tal ocorrer, com um suficiente grau de probabilidade, baseando o raciocínio num conjunto objectivo de direito e de facto. Ou seja, a proibição de abuso de posição dominante em especial, e, em geral, o Direito Comunitário da Concorrência, também é aplicável aos comportamentos que afectem de forma potencial ou virtual o comércio intra-comunitário ou as trocas inter-estaduais.

Por fim, importa referir ainda a necessidade de tal afectação ser *apreciável*, isto é, uma prática abusiva que influencie ou possa influenciar o comércio intracomunitário de forma *insignificante*¹⁰⁶ escapa à aplicação do Direito Comunitário.

¹⁰⁴ A esta questão voltaremos a propósito do problema da aplicação extraterritorial do art.º 82.º do TCE.

¹⁰⁵ Op. cit., pág. 495.

¹⁰⁶ Muito embora este requisito de *minimis* não esteja previsto *expressis verbis* no âmbito da proibição estabelecida no art.º 82.º, certos autores consideram que a prática das autoridades comunitárias relativamente ao art.º 82.º tem muitas vezes em consideração esse requisito. No sentido da extensão da regra de *minimis* no âmbito do art.º 82.º, vide VALENTIN KORAH, *The control of mergers under the EEC Competition Law*, in ECLR, 1987, págs. 239 e ss.; JEAN DE RICHEMONT, *Les concentrations d'entreprises et la position dominante*, Librairie du Journal des Notaires et Avocats, Paris 1971, pág. 394; entre nós vd., entre outros, CASEIRO ALVES, op. cit., pág. 154; FERREIRA ALVES, op. cit., pág. 57; CARLOS CABOZ SANTANA, op. cit., pág. 148; A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES e M. M. LEITÃO MARQUES, op. cit., pág. 302; CABRAL DE MONCADA, op. cit., pág. 378.

1. 2. 2. 2. A aplicação extra-territorial do artigo 82.º

Um aspecto largamente ligado com este pressuposto de aplicação do artigo 82.º do TCE prende-se com a sua aplicação territorial. É que como ensina EDUARDO PAZ FERREIRA¹⁰⁷, em princípio, os comportamentos proibidos desenrolam-se no território da Comunidade, mas a Comissão, acompanhada pelo TJCE, tem considerado que o artigo 82.º também é aplicável mesmo a empresas situadas fora do território comunitário, mas cuja acção se tenha feito sentir nesse território. Refira-se que esta questão encontra primordial pertinência na hipótese dos grupos de empresas constituídas por empresa-mãe e suas filiais em que a empresa-mãe se encontra situada fora do espaço comunitário.

Antecipando já a resposta, a regra é a de que um abuso de posição dominante por uma empresa extra-comunitária, cujos efeitos se repercutem no Mercado Comum podem afectar o comércio intracomunitário e por isso está sujeita à tutela do art.º 82 do TCE. É o chamado **princípio da extraterritorialidade** ou da **territorialidade objectiva**¹⁰⁸.

O território da Comunidade Europeia encontra-se definido no artigo 229.º do TCE. Todavia, para aplicação territorial do Direito da Concorrência e, portanto, do artigo 82.º às práticas abusivas de posição dominante das empresas, essa definição é insuficiente para delimitar o campo de aplicação dessas regras. Como referem A. CARLOS DOS SANTOS, M. EDUARDA GONÇALVES E M. M. LEITÃO MARQUES¹⁰⁹, é ainda necessário conectar esse território com os elementos, para este efeito considerados decisivos, em que um dado comportamento se possa decompor.

É de excluir a aplicação do artigo 82.º relativamente aos abusos de posição dominante (seja qual for a nacionalidade da empresa ou empresas que o façam) cujos efeitos se manifestam exclusivamente *fora do espaço comunitário*. Em contrapartida, o artigo 82.º é aplicável às empresas de Estados estrangeiros à Comunidade Europeia sempre que um seu abuso de posição dominante se repercuta no território comunitário e, cumulativamente, afecte o comércio entre Estados membros. Ou seja, como constatamos e com escreve MOTA DE CAMPOS¹¹⁰, o efeito territorial das práticas anti-concorrenciais funciona, pois, como critério de aplicação do Direito Comunitário.

Portanto, a regra é a de que o Direito comunitário não se preocupa com a localização no território comunitário de todos os elementos de um abuso de posição dominante

¹⁰⁷ Cfr. op. cit., pág. 537.

¹⁰⁸ Cfr. FERREIRA ALVES, Direito, op. cit., pág. 59.

¹⁰⁹ Vide op. cit., pág. 299.

¹¹⁰ Cfr. op. cit., pág. 497.

numa empresa, antes parte da localização dos efeitos concorrenciais desses comportamentos.

O TJCE no acórdão BÉLEGUIN¹¹¹, embora a propósito do artigo 81.º mas cujo critério transportou para o artigo 82.º do TCE, esclareceu que o facto de uma das empresas participantes num acordo estar situada num país terceiro não obsta à aplicação do artigo 81.º (e do artigo 82.º), desde que “o acordo (no nosso caso leia-se a exploração abusiva que uma empresa faz de uma situação de domínio que detenha no mercado) produza os seus efeitos no território do Mercado Comum”. Ora, como o artigo 82.º também exige que a posição dominante seja explorada no Mercado Comum, também é aqui que os seus efeitos anti-concorrenciais terão que se fazer sentir, ou seja, é a própria disposição do Tratado que subordina a sua aplicação à verificação do efeito anti-concorrencial no espaço comunitário. É aquilo a que se chama o princípio da extraterritorialidade¹¹². O critério é pois o da *localização no espaço comunitário dos efeitos anti-concorrenciais* (doutrina do efeito interno ou doutrina dos efeitos)¹¹³.

Da mesma forma, são atribuídos às sociedades com sede “fora do Mercado Comum” os actos restritivos da concorrência praticados pelas respectivas filiais no interior do Mercado Comum¹¹⁴. Assim, na decisão do caso ZOJA ou COMERCIAL SOLVENTS¹¹⁵, a Comissão veio dizer que para efeitos de aplicação do artigo 82.º do TCE, a filial e a sociedade-mãe formam uma única e mesma empresa. Por sua vez, o Tribunal do Luxemburgo, no acórdão CONTINENTAL CAN, realçou igualmente que o facto de a sociedade Continental Can não ter sede no território de um dos Estados membros não seria suficiente para a subtrair à aplicação do Direito Comunitário, uma vez que a sua actuação, afectando as condições do mercado no interior da Comunidade, cabia no seu campo de aplicação. Numa frase, as autoridades comunitárias adoptam a noção de empresa como unidade económica.

Em suma: o facto de as empresas responsáveis por uma exploração abusiva de posição dominante terem a sua sede no exterior da Comunidade é, pois, irrelevante.

¹¹¹ Ac. de 25 de Novembro de 1971, proc. 22/71, Rec. 1971, pág. 949.

¹¹² Este princípio diz-nos que a legislação de defesa da concorrência é aplicável a qualquer prática que tenha por efeito uma alteração das condições de concorrência no território da Comunidade, seja qual for a nacionalidade das empresas que em tal prática participem ou o lugar em que as restrições da concorrência tenham sido acordadas, concertadas ou decididas. Cfr. MOTA DE CAMPOS, op. cit., pág. 498.

¹¹³ Cfr. CABRAL DE MÓNICA, op. cit., pág. 382.

¹¹⁴ Aliás refira-se que é uma concepção informal de empresa que se encontra ao serviço da doutrina do efeito interno.

¹¹⁵ Decisão da Comissão, de 14 de Dezembro de 1972, no proc. ZOJA, JOCE n.º L, 299 de 31 de Dezembro de 1972.

O critério não é o da sede das empresas mas sim o da produção dos efeitos restritivos da concorrência, decorrentes de um abuso de posição dominante, no interior do Mercado Comum, ao que tem que acrescer a afectação do comércio intracomunitário¹¹⁶.

(continua no próximo número)

¹¹⁶ Sobre esta questão vide ainda CARLOS LOBO BAPTISTA, op. cit., págs. 308 e ss.; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, op. cit., págs. 410 e ss..