



UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

**Faculdade de Direito e School of Business &
Economics**

Mestrado em Direito e Gestão

As Cláusulas de Subordinação no Direito da Concorrência - Análise Económica e Jurisprudencial

Leonor Aires Martins Valido Viegas

Dissertação sob a orientação do Senhor Professor Doutor
Miguel Moura e Silva

Lisboa, junho de 2017

Agradecimentos

Ao Senhor Professor Doutor Miguel Moura e Silva manifesto a minha enorme gratidão, não só pela excelência da sua orientação, mas também pela sua obra académica, que não só ao nível do mestrado, melhoram e moldaram a minha forma de pensar o Direito da Concorrência.

Aos meus pais, em especial, manifesto a minha profunda gratidão por me proporcionarem este percurso académico e pelo incansável apoio que, juntamente com a minha avó, com os meus irmãos e amigos, me deram ao longo destes anos de formação.

Ao Manuel, agradeço também todo o incentivo e encorajamento durante estes meses.

Abreviaturas

A. Autor

Ac. Acórdão

Al. als.

Art. Artigo

CE Comunidade Europeia

Cfr. Conferir

Comissão Comissão Europeia

CRP Constituição da República Portuguesa

EUA Estados Unidos da América

n.º (n.ºs) Número(s)

ob. cit. Obra citada

p. (pp). Página(s)

para parágrafo

ss. Seguintes

TFUE Tratado de Funcionamento da União Europeia

UE União Europeia

Vd. *Vide*

Vol. Volume

ÍNDICE

1. Notas Introdutórias.....	5
2. Subordinação – conceito.....	7
2.1. Conceito de <i>tying</i> e <i>bundling</i>	8
2.2. Cláusulas de subordinação – Motivações subjacentes.....	12
3. Análise histórica do Direito da Concorrência nos EUA e na União Europeia.....	19
3.1. Objetivos do Direito da Concorrência nos Estado Unidos da América.....	19
3.2. Objetivos do Direito da Concorrência da União Europeia.....	22
3.3. Enquadramento jurídico – A reforma e modernização da aplicação do atual art.102º TFUE.....	26
3.4. Definição de Mercado Relevante.....	27
3.5. Conceito de Posição Dominante.....	30
3.6. Os acordos entre empresas. A al. e) do n.1º do art. 101.º do TFUE, em particular.....	33
3.7. O conceito de abuso de posição dominante. A al. d) do art. 102.º do TFUE, em particular.....	35
4. Desenvolvimento do Direito da Concorrência em Portugal.....	39
4.1. Enquadramento histórico.....	39
4.2. Autoridade da Concorrência – análise do Abuso de Posição Dominante.....	41
4.3. Autoridade da Concorrência – Linhas de Orientação.....	43
5. Análise jurisprudencial.....	46
5.1. O caso Microsoft III nos EUA (U.S. v. Microsoft III (D.C. Cir. 2001)).....	46
5.2. Medidas adotadas.....	50
5.3. Análise do caso Microsoft na UE – Processo T201/04.....	51
5.4. Conclusões adicionais dos casos Microsoft nos EUA e na UE.....	55
5.5. Análise do acórdão Hilti/Comissão, 12/12/1991 (Processo T-30/89).....	59
6. Conclusão.....	64

1. Notas introdutórias

A dissertação que seguidamente se apresenta, tem como objeto de estudo as Cláusulas de Subordinação¹ no direito da concorrência.

De facto, sendo ditadas, por um lado, por razões de interesse e aprofundamento jurídico do direito da União Europeia e por outro, por razões de índole económico, o estudo destas cláusulas deve de desencadear um aprofundamento de conhecimentos nesta temática, permitindo a criação de bases jurídicas e de mecanismos económicos, que sejam capazes de avaliar situações que eventualmente distorçam o normal funcionamento dos princípios concorrenciais de mercado.

Desde já, é feita uma nota preliminar, no sentido de que nada obstará a que, em alguns momentos, sejam tecidas considerações pessoais sobre determinadas questões respeitantes ao tema.

Na delimitação da dissertação, procurar-se-á, inicialmente, dar uma noção de subordinação referindo-se, para o efeito apelo aos ensinamentos de alguns autores nesta matéria.

Num plano seguinte, confrontar-se-ão duas situações que, embora distintas, têm na realidade traços em comum, designadamente, a *tying* e a *bundling*, sem prejuízo, de quando se revelar necessário, chamar à colação de alguns casos jurisprudenciais.

Em seguida destacaremos quais os motivos, a nível económico que podem estar na base de um recurso às cláusulas de subordinação, por parte das empresas.

Posteriormente será feito um enquadramento histórico-jurídico dos modelos de defesa da concorrência quer nos Estados Unidos da América, quer na União Europeia que obrigatoriamente têm reflexos na regulamentação portuguesa.

Terminada a análise dos princípios e conceitos, bem como a descrição histórico-jurídica dos modelos de defesa da concorrência, estaremos em condições de aplicar os conhecimentos adquiridos, a dois casos jurisprudenciais, designadamente, o caso

1 Também vulgarmente designadas na linguagem corrente e inclusivamente pela doutrina, como situações paradigmáticas: vendas subordinadas, ligadas, casadas ou simplesmente *tying*.

Não só por este motivo, mas também porque nos aparece, de facto, mais conveniente na abordagem ao tema que nos propomos desenvolver, será feita, para efeitos terminológicos, referência indistinta às expressões supra referidas, o que bem se compreende, já que todas elas querem na realidade, significar o mesmo.

Microsoft e Hilti e estabelecer uma comparação entre os referidos regimes.

Finalmente concluiremos com a análise das decisões jurisprudenciais, qual o seu impacto e quais as consequências, que efetivamente trazem para o bem-estar social e apontaremos o caminho que, em nossa opinião, deverá ser adotado pelas autoridades competentes na evolução destas práticas, que tendencialmente devem minimizar os efeitos anti concorrenciais.

2. Subordinação-Conceito

De acordo com o entendimento do economista norte-americano, Michael Whinston, a subordinação refere-se a uma situação, em que determinada empresa condiciona a compra de um produto à de um outro.^{2 3}

Para o autor a situação consubstancia, um artifício desencadeado por uma empresa que detém uma posição de monopólio num mercado, como tentativa de monopolização de um outro.⁴

Fortemente enraizada na *leverage theory*⁵ esta noção foi contudo, desde muito cedo, abandonada por diversos autores, particularmente pela escola norte-americana de Chicago.

Ward Bowman, oriundo desta escola, ao pronunciar-se neste domínio, veio afirmar que as vendas ligadas raramente implicarão a extensão de um monopólio.

Tal como evidencia, Sofia Oliveira Pais⁶ na sua dissertação de doutoramento, a supra referida autora, considerava a extensão do monopólio um mito, isto porque, em sua opinião, ao consumidor assistia sempre a faculdade de comprar um produto subordinado a preços concorrenciais a outra empresa.

2 Whinston, Michael D., “*Tying, Foreclosure and Exclusion*” (1990), *American Economic Review*.

3 Atende-se, ainda, no que refere a Comunicação da Comissão 2009 c45/02, concretamente no seu ponto 48. *A “subordinação refere-se geralmente a situações em que os clientes que compram um produto (produto subordinante) são obrigados a comprar igualmente outro produto da empresa dominante (produto subordinado). A subordinação pode assentar numa base técnica ou contratual e, ainda, no seu ponto 49, não só em relação à subordinação em si, mas também relativamente ao agrupamento: A subordinação e o agrupamento são práticas correntes e têm por objetivo fornecer melhores produtos ou ofertas mais rentáveis aos clientes. No entanto, uma empresa que tenha uma posição dominante num (ou mais) mercados (s) de produtos de uma venda subordinada ou agrupada (referido como o mercado subordinante) pode prejudicar os consumidores através de práticas de subordinação ou do agrupamento ao encerrar o mercado em relação a outros produtos que fazem parte da subordinação ou agrupamento (referido como mercado subordinado) e, indiretamente, o mercado subordinante.*

4 Também, Bowman Jr., Ward., *Tying arrangements and the leverage problem*, Yale Law School, p.19.

5 *De acordo com a sua formulação tradicional, uma empresa com uma posição dominante no mercado poderia estender o seu monopólio a outros mercados conexos, ou pelo menos obter algumas vantagens competitivas, utilizando, por exemplo, cláusulas de subordinação ou de exclusividade, vide, Pais, Sofia, O., Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu, Edição 1, Universidade Católica Editora, pág. 354.*

6 *Vide, PAIS, Sofia, O., Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu, Edição 1, Universidade Católica Editora, p. 355.*

Nesta senda, as vendas subordinadas consubstanciar-se-iam *num estratagema*, com o propósito de garantir a discriminação, o que permitiria maximizar os lucros a partir de um determinado grau de monopólio. Sofia Oliveira Pais, salienta ainda, em termos de conclusão, que Bowman defendia *não só a impossibilidade das cláusulas de subordinação estenderem o monopólio existente num determinado mercado, uma vez que para um qualquer patamar de distribuição existia apenas um lucro “supra normal” (single profit monopoly theorem), como a sua utilização seria benéfica (designadamente em termos de redução de custos de produção de distribuição e de transação, e consequentemente de preços), devendo por isso ser aceite pelas autoridades da concorrência.*

2.1 - Conceito de *Tying* e *Bundling*

Após a análise do conceito de subordinação, cabe agora referir as duas principais estratégias em que se consubstancia a subordinação.

Neste domínio é importante salientar que não são raras as vezes, em que as empresas utilizam as práticas de *tying* e *bundling* que, embora distintas, possuem traços comuns, e com o recurso a estas práticas restringem a concorrência ou abusam de uma posição dominante e que quando tal se verifica, evidentemente colocam em causa, o funcionamento concorrencial do mercado.⁷

Tal como refere Miguel Moura e Silva na sua dissertação de doutoramento⁸, a utilização do poder de mercado relativamente a um produto subordinante para vincular um cliente a um produto subordinado, pode assumir várias formas, designadamente a de subordinação ou de *tying* e a de *bundling*.

Começando por descortinar o alcance da primeira situação, nas elucidativas palavras do autor, a mesma diz respeito à situação em que o fornecedor condiciona a

⁷ Veja-se, neste sentido, o ponto 52. Da Comunicação da Comissão 2009 C45/02: *as práticas de subordinação e ou de agrupamento podem produzir efeitos anti concorrenciais no mercado subordinado, no mercado subordinante ou em ambos os mercados ao mesmo tempo. No entanto, ainda que o objetivo da prática de subordinação e/ou agrupamento seja proteger a posição da empresa dominante no mercado subordinante, este objetivo é realizado, de forma indireta, através do encerramento do mercado subordinado.*

⁸ MOURA e SILVA, Miguel, *O abuso De Posição Dominante Na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciência Jurídico-Económicas), 2008, págs. 260 e ss.

venda de um produto à compra de outro distinto, por parte do fornecedor ou de alguém por ele nomeado.

Neste caso, o consumidor pode obter junto daquele, o produto subordinado sem comprar o produto subordinante.

Daqui se infere que o termo é sinónimo de vendas ligadas, subordinadas, casadas ou cláusulas de subordinação, e que estas assentam, sobretudo, num mecanismo utilizado por uma empresa, condicionando a compra de um produto à de um outro.

Esta prática tem sido objeto de discussão ao longo da história da concorrência, uma vez que esta estratégia utiliza o poder de monopólio que detém no mercado, do produto subordinante com o intuito de o monopolizar, ao nível do produto subordinado.

Para uma melhor compreensão da controvérsia associada aos *aftermakerts*, é da maior importância analisar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos proferido em 1992, no caso *Kodak*.

Assim, como enquadramento inicial, e como afirma Miguel Moura e Silva, as máquinas fotocopadoras são equipamentos considerados bens duradouros, visto o custo da sua aquisição ser bastante elevado e, perante uma avaria, a primeira solução do consumidor é proceder à sua reparação, considerando apenas no fim de vida útil proceder à sua substituição.⁹

Por sua vez, esta assistência técnica pressupõe que por um lado, exista disponibilidade de técnicos com formação e por outro, que as peças de substituição sejam compatíveis com cada marca e modelo.

Deste modo, a *Kodak*, era uma conhecida produtora americana de máquinas de fotocopadoras, atuando neste mercado, como mercado primário.

Paralelamente, a *Kodak* disponibilizava peças e serviços de reparação das suas máquinas.

À semelhança do que acontecia no mercado primário, (a concorrência de mercado), também ao nível do mercado secundário ou do *aftermakert* a *Kodak* era atingida.

Assim, na sequência da adjudicação do contrato de manutenção destes

⁹ MOURA e SILVA, Miguel, *O abuso De Posição Dominante Na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciência Jurídico-Económicas), 2008, págs. 84 e 85.

equipamentos, ganho pela *Image Technical Services*, a *Kodak* reagiu com o anúncio de que deixaria de fornecer peças a reparadores independentes.

Deste modo, dezassete *Independent Service Organizations*, (doravante designado por ISO), inconformados com a situação apresentaram junto dos tribunais federais uma ação cível contra a *Kodak*, por alegada monopolização ao nível do produto subordinado, com indícios suficientes para existência de *tying*.

A *Kodak* veio argumentar que embora, tivesse uma quota monopolista ao nível do mercado de equipamentos, não poderia exercer poder de mercado, uma vez que se confrontava com uma vasta concorrência ao nível destes produtos, e se por um lado, obtinha lucros oriundos do aumento dos preços nos mercados derivados, sofria por outro, uma redução de lucros quando os consumidores os adquirissem a fabricantes, com custos de serviços mais reduzidos.

O Tribunal veio apontar uma contradição ao supra argumento, pois se a *Kodak* temesse que os preços dos serviços de manutenção influenciassem o registo de vendas ao nível deste mercado, esta só teria vantagens em reduzir os custos destes serviços, contribuindo assim para um aumento de vendas. Mais, a *Kodak*, não sofreu aparentemente redução de vendas mesmo com o aumento de preços ao nível do mercado secundário.

Do presente acórdão ressalta como mais importante, o facto das práticas de *tying* poderem ter efeitos anti concorrenciais. Efetivamente a *Kodak* pretendia não só continuar a proteger a sua posição dominante ao nível do mercado primário (prática esta que por si só, não levanta quaisquer entraves), mas quis também exercer poder de mercado ao nível dos *aftermarkets*, inviabilizando a sua ação.

No que concerne à prática de *bundling* (vulgarmente designadas vendas em pacote ou vendas agrupadas¹⁰), e recorrendo, uma vez mais, às palavras do Professor Miguel Moura e Silva, diferentemente do *tying*, a mesma tende a levar à compra de ambos os produtos.

Advirta-se, porém, que o *bundling* pode, na realidade, assumir duas modalidades

10 Também previstas na Comunicação da Comissão 2009 C45/02, concretamente no seu ponto 48., onde se diz que *o agrupamento de vendas refere-se normalmente à forma como os produtos são oferecidos e tarifados pela empresa dominante. No caso do agrupamento puro, os produtos são apenas vendidos em conjunto e em proporções fixas. No caso do agrupamento misto, frequentemente referida como desconto multiprodutos, os produtos são igualmente disponibilizados separadamente, mas a soma total dos preços dos produtos vendidos em separado é superior ao preço do grupo.*

distintas: *bundling* puro e *bundling* misto. Estaremos na presença da primeira, quando o fornecedor se limita a fornecer dois produtos num mesmo pacote, não disponibilizando nenhum, de forma separada.

Estamos perante um exemplo típico destas práticas, aquando da compra de um automóvel possuindo determinados equipamentos que poderiam ser adquiridos separadamente, como o auto-rádio ou os próprios pneus. Outro exemplo comum é a compra de um bilhete de avião, cujo preço por vezes inclui uma refeição, sendo, portanto, obrigado a adquirir os dois em conjunto.

Assim, como afirma Nabeluff¹¹ no seu relatório, nos casos de *bundling* puro, são raros os casos em que o consumidor se sente obrigado a adquirir um produto. Na verdade, este tipo de prática tornou-se tão comum, que o consumidor já não se apercebe que adquire dois produtos num mesmo pacote.

Já na segunda situação supra mencionada, os produtos são até disponibilizados no mercado separadamente. Não obstante, quando adquiridos em pacotes, o preço é significativamente inferior, à soma dos respetivos preços individuais.¹²

Constitui exemplo deste tipo de *bundling*, os conhecidos pacotes de telecomunicações fornecidos pelas operadoras, Vodafone, MEO entre outras, as quais, ao incluírem nos respetivos pacotes, os serviços de *Internet*, telefone e telemóvel, cobram um valor significativamente inferior aquele que seria cobrado pela compra dos serviços em separado

Um outro exemplo deste tipo de prática é a ferramenta *Microsoft Office*, na medida em que é possível o consumidor adquirir o *Microsoft Word* e o *Excel* em separado. No entanto, e mais uma vez, revela-se mais benéfico para o consumidor que pretenda adquirir ambos os produtos em conjunto, pois a sua compra em separado seria consideravelmente superior.

A título de conclusão, e à semelhança do que no início deste capítulo se sublinhou, existe entre o *tying* e o *bundling* um traço comum, tal como salienta Miguel

11 YALE, NALEBUFF, Barry, DTI ECONOMICS PAPER NO. 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, February 2003, pag. 13 e 14.

12 Veja-se neste mesmo Wish, Richard, Bailey, David, In *Competition Law*, Oxford university press, 2015, p. 730, (...) - *pure bundling: This occurs where it is only possible to purchase these two products together*; - *mixed bundling: this occurs where the two products are sold separately; however when they are sold together they are available at discount to the price that would be charged if they purchased separately.*

Moura e Silva¹³, concretamente um elemento de coação, pelo menos de forma implícita. Em bom rigor, refira-se, que, quer numa, quer noutra, o consumidor vê a sua liberdade de escolha francamente afetada, embora bem mais, do meu ponto de vista, na situação do *tying*.

2.2 - Cláusulas de subordinação - Motivações subjacentes

Saliente-se agora que os motivos que presidem à prática de *tying* e *bundling* podem ser de diversa índole.

À semelhança do que Richard Wish e David Bailey referem, se para uns, a prática de subordinação deve ser punida, pois conduz à extensão de um monopólio, concretamente a extensão do mercado do produto subordinante ao mercado do produto subordinado, para outros, o *tying* é uma característica normal da vida comercial e não algo que deva ser considerado como digno de suspeita, pois envolve a integração de componentes num só produto, o que poderá levar a uma significativa eficiência económica, com custos de produção e distribuição menores e num aumento da qualidade.

Acresce que, a atividade de manufatura, pela sua natureza, envolve a junção de diferentes componentes, sendo excessivo sugerir que tal comportamento fosse contrário à lei.¹⁴

Creio, contudo, que o supra argumento, utilizado pelos defensores de vendas ligadas, a quem Richard Wish e David Bailey se dirigem no seu manual, não deve proceder, uma vez que nasce da comparação entre duas realidades que não são inteiramente coincidentes, designadamente, a de *tying* e a atividade de produção, em si mesma, que por si só poderá atingir a desejada eficiência económica a que os autores referem.

13 Enquanto no Bundling misto o adquirente é incentivado economicamente a comprar ambos os produtos em conjunto a um mesmo *fornecedor*. No caso da subordinação o comprador pretende adquirir um produto (subordinado) que ele não quer em princípio adquirir. Ou seja, estamos perante uma dúplice preocupação jus-concorrencial: por um lado a tutela da liberdade de escolha do consumidor; por outro, o risco de encerramento de oportunidades de venda para os agentes económicos que atuam no mercado do produto subordinado, vide Moura e Silva, Miguel, *O Abuso De posição Dominante Na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), 2008, págs.261.

14 WISH, Richard, Bailey, David, In *Competition Law*, Oxford university press, 2015, p. 730.

Resulta ainda para os defensores das práticas de subordinação, que o *tying* pode ser utilizado para manter eficiência do produto subordinante, por exemplo, um certo equipamento se usado apenas com outro produto em particular, que esteja sujeito a uma patente. Outro argumento ainda, é o facto de que o *tying* potencia economias de escala e de gamas.

Considere-se para o efeito, o exemplo do produtor de máquinas fotocopiadores que, para além destas, produz também tinta, papel e peças extras. Esta produção, em conjunto, pode ocasionar uma redução de custos se todos estes produtos forem entregues simultaneamente ao consumidor.¹⁵

Ward S. Bowman Jr.,¹⁶ chama-nos à atenção para o caso em que dois produtos servem para ser utilizados em conjunto e em proporções fixas, como o caso de um sapato de pé esquerdo e direito.

Evidentemente, na perspetiva do consumidor, o conjunto dos dois é igual a um só produto, cujo preço da combinação será único factor de interesse.

Assim sendo, o consumidor de um par de sapatos que custe quinze euros não terá, naturalmente, interesse em que lhe digam que um dos sapatos custa dez euros e o outro custa cinco, resultando claro, do meu ponto de vista, que, para além de esta situação não prefigurar uma situação típica de subordinação, que existem produtos, que pela sua natureza, são dependentes e não podem, por isso, ser colocados no mercado à venda, em separado.

Por outro lado, na linha de pensamento de Miguel Moura Silva, a principal razão que preside às práticas de subordinação reside essencialmente na discriminação de preços¹⁷ ou em termos económicos na “segmentação de mercados” que consiste nas empresas venderem o mesmo produto cobrando por ele preços distintos a diferentes clientes. A discriminação de preços pode ser de três tipos¹⁸:

A discriminação de primeiro grau ou discriminação perfeita, em que a empresa é capaz de cobrar a cada um exatamente o montante da sua valorização;

15 WISH, Richard, Bailey, David, In *Competition Law*, Oxford university press, 2015, p. 731-732.

16 BOWMAN Jr., Ward S., *Tying arrangements and the leverage problem*, Yale Law School, p. 21.

17 MOURA e SILVA, Miguel, *O abuso De Posição Dominante Na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), 2008, pág. 265.

18 MATA, José, *Economia da Empresa*, 8.ª Edição, página 271.

A discriminação de segundo grau ou descontos de quantidade, na qual, em vez de se considerar o uso específico de cada cliente, realiza-se a discriminação através de um sistema de preços em que os clientes selecionam os seus próprios preços, baseando-se nas quantidades que compram.

A discriminação de terceiro grau que assenta em informações indiretas sobre os consumidores, que se julgam estar relacionadas com a sua capacidade de pagamento. Assim, a empresas consegue ainda obter ganhos, selecionando os consumidores em dois grupos, tomando em consideração as suas características.¹⁹

Tomando em consideração, uma vez mais, os ensinamentos de Ward Bowman, este autor defende que a subordinação não é necessariamente anti concorrencial.

O autor refere *um sistema de mediação do uso do produto subordinante que permite, um ajustamento de preços, aumentar o acesso diminuindo o custo deste produto, em troca de um preço mais elevado pelo produto subordinado.*

Constitui um exemplo deste tipo de práticas, a compra de uma impressora a um preço reduzido e em simultâneo a compra dos cartuchos de tinta consideravelmente mais caros.

Na mesma linha de pensamento de Krattenmaker e Salop, percebemos que a principal ilação que tais autores tiram nesta matéria, é a da que as vendas subordinadas podem não ter necessariamente por efeito a exclusão dos concorrentes no mercado, mas tão somente, o de aumentar os seus custos no mercado strictu sensu (*raising rival costs*).²⁰

No entanto, creio que não devemos esgotar, na descrição das considerações supra mencionadas, e aproveitando para proceder a uma observação meramente pessoal, embora conceda que as cláusulas de subordinação possam, por vezes, consubstanciar um mecanismo desencadeado por uma empresa, com o intuito primordial de aumentar os custos dos seus concorrentes no mercado, também entendo que esse efeito não deve ser visto isoladamente pois, em boa verdade, parece-me inevitável, concluir no sentido de considerar que tal se virá a traduzir na exclusão dos seus concorrentes, pelo menos a médio/longo prazo.

19 MATA, José, *Economia da Empresa*, 8.ª Edição, página 279 e 283.

20 KRATTENMAKER, Thomas, G.; SALOP, Steven C., *“Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price, Yale L. J.*, vol. 96, n.º 2, 1986, p. 209.

Posto isto, se observarmos agora as elucidativas palavras de Sofia Oliveira Pais, depreendemos que são vários os motivos que podem levar a que uma empresa efetue vendas subordinadas e que a teoria dos *raising rival costs* de Kratenmaker e Salop somente destaca, afinal e apenas, um deles.

Para a autora, as cláusulas de subordinação, verificados certos pressupostos, *além de poderem excluir os concorrentes de um mercado, são igualmente suscetíveis de criar barreiras à entrada no mercado do produto subordinado, e aumentar os custos dos concorrentes, ou reduzir a quantidade fabricada desse produto, induzindo eventualmente a um aumento de preços.*²¹

No que concerne às vendas em pacote ou *bundling*, estas também têm sido justificadas por ganhos de eficiência. Como afirma Nalebuff, estes ganhos podem conduzir a uma poupança de custos ou a uma melhoria de qualidade ou ambos²². O autor refere dois exemplos que comprovam estas eficiências:

É mais económico para o consumidor comprar um pacote de *software* num só CD, comparado com o custo que teria a compra de cada um dos produtos, em separado. De igual modo, na aquisição de automóvel, facilmente se compreende que existem benefícios económicos quando o cliente compra o automóvel com o equipamento básico já instalado, o que também se traduz numa diminuição dos custos de produção.

Por seu turno, Schalensee²³ demonstrou como um monopolista consegue, apenas com um só produto, reduzir a diversidade na procura e aumentar simultaneamente os lucros.

O mecanismo subjacente a este resultado baseia-se no facto de a procura do bem monopolizado e do bem produzido concorrencialmente serem independentes entre si (os bens não são sucedâneos nem complementares), a utilização de descontos multiproducto permite ao monopolista diferenciar a procura, na medida em que exista uma correlação negativa entre as duas procuras – os consumidores do produto monopolizado 1 valorizam menos o produto concorrencial 2, e vice-versa.

21 *Vide*, PAIS, SOFIA O., *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Edição 1, Universidade Católica Editora.

22 YALE, NALEBUFF, Barry, DTI ECONOMICS PAPER NO. 1, *Bundling, Tying and Portofolio Effects*, February 2003, p. 31-32

23 SHMALENSEE RICHARD, “Commodity Bundling by Single-Product Monopolies”. *J. L. & Econ.*, vol. 25, n.º 1, 1982, p.67.

George Stigler,²⁴ demonstra, em jeito de crítica ao acórdão do Supremo Tribunal, no caso “United States v. Loew's” o modo como uma empresa monopolista, detentora de dois produtos é capaz de aumentar os seus lucros recorrendo às vendas em pacote (como instrumento de discriminação de vendas).

O exemplo dado pelo Juiz de primeira instância no referido acórdão leva-nos a supor que o distribuidor de filmes dispõe de dois produtos (um filme e uma comédia) e que duas estações de televisão apresentam preferências diferentes, consoante as receitas publicitárias esperadas.

O que verificamos é que o consumidor adquire algo que não pretendia, mas também é verdade que o preço pago pelo consumidor pelo pacote, não excede o seu preço de reserva quanto ao bem subordinante. Deste modo, o autor considera que esta é uma mera transferência de lucros de um monopolista para outros monopolistas, o que facilita esta prática.

Por outro lado, Adams e Yellen²⁵ estendem este modelo para casos de diferentes preferências do consumidor. Ou seja, os autores demonstram como uma estratégia de *bundling* pode ser rentável mesmo que não haja reduções de custos de produção ou de complementaridade do produto.

A rentabilidade advém neste caso, da capacidade de segmentar os consumidores em grupos com diferentes preços de reserva e assim extrair o excedente do consumidor.

Ora, de acordo com estas explicações, tal como no *tying*, um dos motivos para a práticas do *bundling*, assenta igualmente na discriminação de preços. Para tal, dispomos de vasta literatura económica que sustenta tal motivação.

Nalebuff afirma, pois, que vários são os autores que têm desenvolvido a teoria de que o *bundling* pode ser usado como discriminação de preços, por um monopolista de multiprodutos, tais como Adams e Yellen (1976), Schmalensee (1982, 1984), McAfee, McMillan, e Whinston (1989).²⁶

Deste modo, um típico monopolista enfrenta um dilema de preços ao apresentar um conjunto de preços no mercado para todos os clientes. Isto é, se o preço do bem for

24 STIGLER GEORGE, “United States v. Loew's, In.: A Note on Block Booking”, *Sup. Ct. Rev.*, 1963, p. 152.

25 ADAMS; YELLEN, “Commodity Bundling”.

26 YALE NALEBUFF, Barry, DTI ECONOMICS PAPER NO. 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, February 2003, p. 32-34.

elevado, o monopolista perde vendas, da mesma forma que, se o preço do bem for inferior, não consegue ter lucros suficientes, pois os clientes estariam dispostos a pagar a um preço mais alto pelo bem.

O monopolista deve, pois, ter em atenção a escolha do preço, para que a receita marginal seja igual ao custo marginal, devendo, contudo, haver um equilíbrio, pois poderá perder oportunidades perante os clientes que estão dispostos a pagar a um preço acima do custo, assim como perante os clientes que só estão dispostos a comprar o bem, pagando um valor inferior.

Assim sendo, depreende-se que a discriminação de preços só é necessária para os consumidores que têm valores diferentes pelo mesmo produto. Por exemplo, se metade dos consumidores paga dez dólares pelo produto e os restantes pagam vinte dólares pelo mesmo produto, então para o monopolista, a situação ideal será ter um conjunto de preços diferenciados para estes dois grupos de consumidores.

Idealmente, deveria conseguir reduzir a heterogeneidade dos clientes, na medida em que esta redução conduziria a uma menor necessidade de recorrer à discriminação de preços. Se por exemplo, todos os clientes apresentarem um valor idêntico pelo mesmo produto, suponhamos quinze dólares, nesse caso, poderia extrair todo o excedente do consumidor, cobrando unicamente este valor pelo produto.

No entanto, Nalebuff, não vê a discriminação de preços, como a principal motivação para a prática de *bundling*²⁷, mas sim, como a criação de barreira à entrada no mercado de potenciais concorrentes.

Refere como exemplo, o caso de *bundling* num mercado de oligopólio, como estratégia de dissuasão de entrada no mercado. Exemplifica, com o caso de uma empresa, que detendo o poder de mercado, nos produtos A e B, pode, através do *bundling*, juntá-los dificultando deste modo, a entrada no mercado de um potencial rival, que apenas tenha poder de mercado de um dos produtos.²⁸

Por outro lado, afirma ainda que o *bundling* pode continuar a ter eficácia através das ferramentas de controlo de preços, mesmo que a estratégia de dissuasão de entrada

27 YALE, NALEBUFF, Barry, DTI ECONOMICS PAPER NO. 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, February 2003, p. 33.

28 YALE, NALEBUFF, Barry, DTI ECONOMICS PAPER NO. 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, February 2003, p. 42.

no mercado falhe. Como exemplo, apresenta o caso de uma empresa, a qual com poder de mercado no produto A e duopólio no mercado B, poderá obter lucros, caso os venda em pacote, ao invés de os vender em separado.

Alavancar o poder de mercado do produto A no produto B, aceitando que poderá surgir um rival contra o mercado A e B, poderá ser melhor do que usar o monopólio do bem A por si só.

3. Características do direito da concorrência nos Estados Unidos da América e na União Europeia

No presente capítulo pretende-se efetuar uma análise histórico-comparativa, entre os modelos norte-americano de defesa da concorrência, “*antitrust law*” e do direito da concorrência da União Europeia, que inevitavelmente influenciou o direito português da concorrência.

Esta análise torna-se essencial para uma melhor compreensão dos escopos fundamentais do direito da concorrência de ambos os ordenamentos jurídicos, para que conheçamos as principais diferenças estruturais de ambos os regimes, dotando-nos assim das ferramentas necessárias à análise e compreensão do caso *Microsoft* que ocorreu nos “dois lados do oceano”.

3.1 – Objetivos do direito da concorrência nos Estados Unidos da América

No que respeita às matérias de direito da concorrência norte-americano, as mesmas são elevadas à categoria constitucional, na medida em que, como afirma Miguel Moura e Silva, integram a constituição económica material dos E.UA.²⁹

Perante o carácter constitucional dos princípios e regras do direito da concorrência norte-americano, verifica-se uma verdadeira preocupação sobre os valores que inspiram estas matérias. No entanto, as leis *antitrust* são dotadas de uma flexibilidade, permitido que as mesmas se adaptem a um conjunto de valores, circunstancialismos históricos e pensamentos doutrinários vigentes em cada época.³⁰

Em 1890 foi implementado o “*Sherman Act*”³¹, conhecido como o *verdadeiro ato fundador do moderno direito da concorrência*. Esta iniciativa correspondeu a uma

29 MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.95.

30 MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.96.

31 Como refere Luís Morais, “*o intenso processo de industrialização e as novas condições qualitativas de funcionamento dos mercados nos EUA, conduziram (...) a intervenções normativas da concorrência, as quais culminaram na aprovação do “Sherman Act”*”.

reação, no plano federal, aos movimentos de *cartelização* e de criação de “*trusts*”³² para as grandes indústrias nascentes.

Numa conceção genérica, o *Sherman Act* proibia duas categorias de comportamentos dos quais compreendia a *section 1* e a *section 2*.

A primeira proibia *os contratos, combinações e conspirações restritivas do comércio* e a segunda proibia *a monopolização e a tentativa de monopolização*.

Estes requisitos de carácter genérico previstos no *Sherman Act*, complementado com o sistema jurídico norte-americano levaram a uma crescente importância dos tribunais federais e principalmente do supremo tribunal norte-americano, uma vez que estas instâncias ajudaram na concretização do sentido normativo das normas previstas no *Sherman Act* e no desenvolvimento do direito *antitrust*.³³

No entanto, na primeira década de vigência, não se verificou uma aplicação muito significativa do “*Sherman Act*”.

Neste sentido, apenas se revelaram de influência fundamental, as duas decisões do Supremo Tribunal pelos casos “*Standard Oil Company*” e “*American Tobacco*”.

Estes dois casos contrariaram significativamente, o que parecia ser um contributo diminuto regime previsto no “*Sherman Act*”, sendo que o primeiro foi importante, pois consagrou a denominada “*rule of reason*”, e constituiu-se assim, um dos verdadeiros elementos, definidores do modelo norte-americano de defesa da concorrência.³⁴

Estes casos conduziram ainda, a que o Congresso aprovasse dois novos diplomas, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission*, em que o primeiro proibia “*a discriminação de preços, tying e distribuição exclusiva bem como as aquisições de ações que reduzissem substancialmente a concorrência*”.³⁵

32 A figura visada com a criação do *Sherman Act* foi o “*trust*” - daí a designação geral do direito “*antitrust*”. Assim, esta nova modalidade criada veio estruturar uma nova organização empresarial que combinou o capital social votante em certas empresas - (“*combination of voting shares*”) o que conduziu a uma concentração do respetivo controlo económico.

33 As referidas instâncias tornaram-se de uma importância vital na medida em que constituiriam o pilar jurisdicional. Revelam-se indissociáveis deste ramo do direito no ordenamento norte-americano (em contraste com o que se viria a verificar na Europa).

34 Vide, MORAIS, DOMINGOS e SILVA, Luís, *Direito da Concorrência, Perspetivas Do Seu Ensino.*, 2009, págs, 73 e 74.

35 MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.99.

Porém, perante uma lacuna no *Clayton Act*, assistia-se a uma diminuição no controlo das concentrações, questionando-se quais os verdadeiros pilares/finalidades do direito da concorrência americano, isto é, o que é que o *Sherman Act* pretendia proteger. Se por um lado, deveria restringir as grandes concentrações de poder económico, ou se, por outro, deveria atender às preocupações relacionadas com a prossecução da eficiência económica pela concorrência, sem que com isso se pusesse em causa o bem-estar dos consumidores.

Na década de 80, o modelo da escola de Chicago vem centrar a sua teoria, na eficiência económica, considerando-a como principal política de concorrência nos E.UA.³⁶

Esta escola defendia que, tanto a doutrina, como a jurisprudência, deveriam ser racionalizadas para dar mais enfoque à teoria económica do direito *antitrust* (não que antes não fossem consideradas tais teorias).

Mas, o ponto interessante a reter, é que foram alteradas as teorias económicas subjacentes à política de concorrência, verificando-se algo de verdadeiramente dinâmico, face ao Direito da União.

A Escola de Chicago veio oferecer um contributo duradouro, na medida em que influenciou o modelo teleológico que predomina ainda hoje, no direito norte-americano de defesa da concorrência. Esse contributo reflete o reconhecimento do papel fundamental dos objetivos de eficiência económica, no conjunto de pressupostos prosseguidos pelas normas de concorrência. Por outro lado, esta dimensão da eficiência económica conduz a ponderações jurídico-económicas de aplicação das normas de concorrência que permitem novas conceções analíticas de aplicação da “*regra da razão*”.

Deste modo, segundo o Professor Miguel Moura e Silva³⁷, a *rule of reason* exige, em primeiro lugar, a consideração do impacto da prática no mercado em causa, aferindo a existência de obstáculos à entrada, concentração da oferta, etc.

Em segundo lugar, procura-se determinar qual o contributo da prática em apreço,

36 Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.101.

37 Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.110.

em termos de ganhos de eficiência (como por exemplo determinar se a prática reduz os custos para as empresas). Coloca-se portanto a questão da proporcionalidade da restrição, para alcançar os ganhos de eficiência, face a outros meios alternativos e menos restritivos.

Por último, procede-se a um balanço económico, entre os benefícios económicos em termos de ganhos de eficiência e custos para o bem-estar social, para efeitos das restrições de concorrência envolvidas. Se for negativa, a prática deverá ser considerada ilegal. Assim, a *rule of reason* é encarada como um instrumento que permite criar regras aplicáveis às decisões de casos concretos. Para uma melhor compreensão da mesma, é necessário atendermos às proibições *per se*. Estas consistem numa presunção judicial inilidível, de que determinados comportamentos, demonstram ser demasiado nocivos para as regras da concorrência, que por esse motivo devem ser desprezados.

Atualmente, perante as diferentes abordagens da *rule of reason* e da proibição *per se*, para averiguar se determinado comportamento restritivo é ou não ilegal, o modelo de defesa da concorrência norte-americano recusa a dicotomia na sua utilização.

A presunção *per se* é hoje em dia, limitada aos acordos de fixação horizontal ou vertical de preços, repartição horizontal nos mercados e certas práticas de recusa coletiva de vendas.

Em conclusão, perante os critérios supra referidos e tal como afirma Miguel Moura e Silva, a legalidade de um comportamento restritivo para a concorrência, deve ser analisado, à luz do impacto concorrencial e não segundo critérios rígidos, sem a adequada ponderação dos seus efeitos, pois de outro modo, o rigor jurídico dos conceitos terá gravosos custos para a sociedade, ao eliminar formas de concorrência em nome do formalismo e sem uma adequada fundamentação económica.³⁸

3.2 - Os objetivos do direito da concorrência da União Europeia

A finalidade da integração económica constitui um dos aspetos mais diferenciadores no que respeita às regras da concorrência, na União Europeia e nos

³⁸ Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.111.

Estados Unidos da América.

Enquanto o direito *antitrust* dos E.U.A procurava contrabalançar as forças de integração económica, combinadas com industrialização, surgindo em 1914, o direito da União Europeia (doravante UE) foi originariamente consagrado como instrumento para promover a integração económica, decorrente da criação do mercado único.

Assim sendo, estas diferenças verificam-se logo nos objetivos da integração económica do anterior sistema comunitário, uma vez que revela, desde logo, ser um direito bastante mais rígido no que concerne a quaisquer restrições da concorrência que possam dividir o mercado único pelas fronteiras nacionais.³⁹

Ao nível das considerações sociais e políticas também se registam diferenças, pois que no direito *antitrust*, estas considerações apesar de se mostrarem relevantes para a tomada de decisão das autoridades da concorrência, na União Europeia, elas “*são parte integrante da definição da política de concorrência*”.⁴⁰

Finalmente, no que respeita, aos valores tutelados pelo direito da concorrência da União Europeia, como afirma Miguel Moura e Silva, estes não têm paralelo nos E.UA.

A UE utiliza as regras da concorrência, como instrumento de proteção da lealdade no mercado, tratadas pela Comissão Europeia a três níveis: (i) a lealdade promove a igualdade de oportunidades para todos os operadores económicos, refletindo-se esta igualdade na eliminação de distorções da concorrência criadas pelos Estados; (ii) a lealdade visa as condições da concorrência de maneira a privilegiar as PME; (iii) a lealdade procura atender aos interesses dos trabalhadores, utilizadores e consumidores.

Para além das diferenças relacionadas com os aspetos da integração económica, o direito da UE difere do direito americano, no sistema de regras e na importância da teoria económica.⁴¹

Um dos princípios basilares criados com o Tratado de Roma foi o *princípio da*

39 Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.113.

40 Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.116.

41 Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.118.

concorrência, concretizado em duas regras de defesa da concorrência:⁴² Normas aplicáveis às empresas e normas aplicáveis aos Estados.

Essas diferenças verificam-se logo a propósito das normas aplicáveis às empresas, uma vez que as anteriores regras do direito da união europeia, nomeadamente o artigo 85.º do Tratado de Roma, apresentam um teor bastante mais complexo, face ao artigo 1.º do *Sherman Ac.* O n.º 1 do artigo prescrevia o seguinte: “*considerados incompatíveis com o mercado comum, e proibidos todos os acordos entre empresas (...) que sejam suscetíveis de restringir o comércio entre os Estado-Membros e que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum*”

O n.º 2 do mesmo artigo declarava a nulidade daqueles acordos. Aparentemente o n.º 3 flexibilizava o mecanismo presente no n.º 1, ao atribuir algumas isenções desde de que preenchidos os seus requisitos, considerado como o balanço económico. No entanto, ao contrário do que ocorre nos n.ºs 1 e 2 do artigo, que têm efeitos diretos e podem ser conhecidos pelos Tribunais Nacionais, no n.º 3 apenas a Comissão tem competência para conceder a isenção a todos os acordos que lhe sejam notificados ou isenções por categoria.

Como resultado, a repartição de competências assim atribuída torna bastante mais complexo o mecanismo de funcionamento do artigo criando um formalismo desnecessário.

De facto, a estrutura normativa criada no modelo europeu, apresenta um regime que não tem correspondência no direito “*antitrust*” norte-americano. Referimo-nos, à norma geral de proibição e a uma norma especial de isenção, aplicável a comportamentos subsumíveis à norma geral. No modelo norte-americano, o estabelecimento de ponderações jurídico-económicas tem como único critério a conhecida, “*regra da razão*”.

O sistema norte-americano é bastante mais vantajoso visto que permite que a alguns tipos de acordos seja adotada a regra da *rule of reason*, como exceção a alguns tipos de acordos que estão sujeitos às regras *per se*.

42 Verifica-se neste campo uma clara diferença entre o direito “antitrust” norte-americano e o modelo europeu de defesa da concorrência, pois, este último enquadra não apenas a atuação das empresas, mas também dos Estados o que como bem refere Luís Morais, justifica um maior grau de intervenção pública na atividade económica produtiva da Europa. Cfr. LUÍS MORAIS “*Direito Da Concorrência - Perspetivas do Seu Ensino*”, ob. cit., p. 100.

Quanto ao regime comunitário do abuso de posição dominante e do regime norte-americano das práticas de “*monopolization*”, também podemos identificar alguns elementos diferenciadores.

O modelo europeu é mais restritivo relativamente às empresas detentoras de elevado poder de mercado, enquanto o regime norte-americano, apenas tem em consideração comportamentos abusivos tendentes à exclusão de outras empresas, sem considerar práticas de tipo exploratório.^{43 44}

No que concerne às normas de defesa da concorrência aplicáveis aos Estados, o modelo europeu apresenta como pilar fundamental o regime do controlo dos auxílios de Estado presentes nos anteriores artigos 87.º e 88.º do Tratado CE.

Assim, este regime “*assegura que quaisquer medidas públicas, direta ou indiretamente suportadas em recursos estaduais e assegurando seletivamente qualquer vantagem com expressão financeira a determinadas empresas, alterando as condições do jogo concorrencial em relação ao conjunto das empresas intervenientes em certos mercados, sejam sujeitas a controlo sistemático por parte da Comissão Europeia*”.

Este regime contribuiu, ao contrário do que sucedeu no direito “*antitrust*”, que os Estados europeus controlassem importantes setores públicos, alterando deste modo, a lógica de funcionamento dos próprios setores empresariais públicos.⁴⁵

Em conclusão, o estudo comparativo a que procedemos, relativamente ao sistema de direito da concorrência norte-americano e direito da concorrência da UE, permiti-nos perceber que discussões, em torno da incorporação da *rule of reason* no anterior sistema comunitário, não se justificam, desde logo pelos valores que inspiram um e outro sistema.

43 Um exemplo deste tipo de práticas é a obtenção de benefícios económicos significativos e imediatos que sem a existência de uma posição dominante não seria possível obtê-los. *Vide*, Luís Morais, p.103.

44 De acordo como refere Luís Morais, o regime norte-americano tem sido bastante brando também relativamente às empresas detentoras de um elevado poder de mercado. Assim, tem sido ponderado na aplicação das regras de “*monopolization*” os níveis de eficiência das empresas detentoras de poder de mercado e dos concorrentes aparentemente afetados pela atuação das primeiras, assim como a necessidade de salvaguardar os incentivos para a inovação. *Vide*, Luís Morais, p. 103.

45 Apesar do *princípio da neutralidade* presente no artigo 295.º do Tratado CE, segundo o qual as regras deste Tratado não interfeririam no regime público ou privado de propriedade dos meios de produção, como evidencia Luís Morais, p. 105

Nas palavras de Miguel Moura e Silva⁴⁶, é preferível atender à teoria económica do modelo de defesa da concorrência da UE para verificar se determinado comportamento é ou não restritivo da concorrência.

3.3. - Enquadramento Jurídico – A reforma e modernização da aplicação do atual artigo 102º TFUE

Se olharmos numa perspetiva histórica, para o art. 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, (doravante TFUE), percebemos que o mesmo se centrava antes da reforma no comportamento levado a cabo por muitas empresas que eram detentoras de posição dominante, sem analisar efetivamente se havia efeitos anti concorrenciais desses comportamentos.

De facto, como refere Ricardo Bordalo Junqueiro⁴⁷, não interessava saber se o comportamento podia restringir ou eliminar o normal funcionamento de mercado, pois assumia-se logo à partida que determinadas práticas eram “*per se illegality*”, independentemente do efeito que viesse a ser concretamente produzido.

Neste contexto, a Comissão Europeia levou a cabo uma iniciativa, com o objetivo de desencadear um processo de reforma e modernização da aplicação do art. 102.º do TFUE, através do qual se passava a defender uma aplicação do artigo mais centrada nos efeitos práticos dos comportamentos que configurassem abusos de posição dominante.

Este processo materializou-se na adoção, em 2005 do Discussion Paper, e em 2008 na “*Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*”.

46 Vide, MOURA e SILVA, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia*, p.123.

47 Cfr. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 11 a 13.

3.4 - Definição de Mercado Relevante

O primeiro passo para identificação de uma posição dominante, passa por delimitar o mercado relevante em causa, para assim ser possível identificar quais os condicionalismos concorrenciais que as empresas enfrentam, isto é, saber quais são os efetivos concorrentes, capazes de restringir o seu comportamento e de impedir que atuem de forma independente, face a uma pressão concorrencial efetiva.⁴⁸

Como refere Ricardo Bordalo Junqueiro, procuraremos analisar as duas principais dimensões associadas ao mercado relevante⁴⁹: o mercado relevante de produto e o mercado relevante geográfico.

Começando pela análise da primeira situação, esta pode ser entendida como a suscetibilidade de compreender todos os produtos e serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor face às “*características, preços e utilização pretendida*”.⁵⁰

Segundo Miguel Moura e Silva, no direito da UE da concorrência a definição do mercado de produto tem como ponto de partida a substituíbilidade do lado da procura.⁵¹

Ora de acordo com este critério, percebemos que este constitui um dos maiores obstáculos concorrenciais para uma empresa, quando define o preço a que coloca um produto no mercado, determinando se dois produtos são ou não substitutos próximos, para os consumidores. Como refere Ricardo Bordalo Junqueiro, saber se dois produtos são permutáveis entre si, envolve uma avaliação que permita saber como é que os consumidores valoram as características, o preço e a utilização de ambos.⁵²

No sentido de estruturar a utilização deste critério, a Comissão Europeia, adotou em 1997, a metodologia do SSNIP (*small but significant and no-transitory price increase*) ou do monopolista hipotético.

48 Neste sentido, MIGUEL MOURA E SILVA, “*Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial* -”, Almedina, 2008, p.583.

49 RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *ob.*, p. 23, refere que existem de facto outras dimensões do mercado que podem contribuir para a forma como um mercado relevante é definido, como por exemplo a dimensão temporal. A este propósito cabe fazer referência aos mercados secundários (*aftermarkets*) que já tivemos oportunidade de analisar quando nos debruçamos sobre o conceito de tying.

50 Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C372/03), para 7.

51 Neste sentido, MIGUEL MOURA E SILVA, “*Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial* -”, Almedina, 2008, p.585.

52 Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” *ob.*, p. 25

Com este instrumento, pretendeu-se medir o efeito ao nível dos consumidores e dos concorrentes, um hipotético aumento, pequeno, mas muito significativo e duradouro dos preços, num determinado período de tempo.

Ricardo Bordalo Junqueiro invoca um exemplo prático, para ajuda à compreensão do

funcionamento do SSNIP:⁵³

Imaginemos que uma empresa é monopolista na venda de computadores portáteis *laptops*, decidindo aumentar o preço dos *laptops* entre 5 a 10%.

Nas palavras do autor, a questão relevante consiste em saber se este aumento foi lucrativo ou não. Em caso afirmativo, podemos desde já delimitar o mercado relevante do produto, que neste caso é os *laptops* pois conseguem atuar no mercado de forma autónoma, não tendo substitutos próximos.

Se pelo contrário, o aumento não for suficientemente lucrativo, então os *laptops* não constituem um mercado relevante do produto autónomo, na medida em que os consumidores irão com um aumento de preços optar por outras marcas.

Com a utilização desta metodologia, pretende-se aferir se em qualquer hipotético aumento de preços, se verifica ou não, um aumento de preço não lucrativo.⁵⁴

Como refere Miguel Moura e Silva no seu manual, as pressões que podem limitar o poder de mercado podem resultar da resposta de concorrentes, sendo necessário considerar a substituibilidade do lado da oferta. Mas atendendo ao que a Comissão veio referir, isto é, que tal como a substituibilidade do lado da procura apresenta eficácia em termos imediatos, também a substituibilidade do lado da oferta, deve apresentar estes mesmos efeitos.⁵⁵

Deste modo, a substituibilidade do lado da oferta, pretende perceber em que medida e com que rapidez, outras empresas começariam a prestar serviços ou a vender

53 Cfr. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 27

54 A Comissão Europeia, é muito categórica quanto a este ponto referindo no para 17 da Comunicação sobre o mercado relevante, afirmando que “se o fenómeno da substituição for suficiente para tornar o aumento de preços não lucrativo devido à perda de vendas daí resultante, os produtos de substituição e as áreas adicionais serão incluídos no mercado relevante até que o conjunto de produtos e área geográfica seja de molde a tornar lucrativo pequenos aumentos duradouros dos preços relativos”.

55 Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C372/03), para 20.

produtos no mercado, como reação a uma tentativa do monopolista praticar, hipoteticamente preços supra competitivos.

Assim sendo, para se concluir, a substituibilidade do lado da oferta é capaz de criar constrangimentos concorrenciais, e nas elucidativas palavras de Ricardo Bordalo Junqueiro, é necessário preencher três requisitos, nomeadamente (i) haver um caso especial de entrada no mercado; (ii) que essa entrada seja efetiva de forma a poder afetar os preços e (iii) saber se esta entrada não cria investimentos significativos.⁵⁶

Após a identificação do mercado de produto, cabe agora analisar a identificação do mercado geográfico como exercício de definição do mercado relevante.

A este propósito cabe chamar à colação o acórdão *United Brands*, no qual, expressamente se considerou ser necessária a concretização do mercado geográfico. O Tribunal de Justiça definiu mercado geográfico como “*zona geográfica claramente definida na qual é comercializado (o produto em causa) e onde as condições de concorrência são suficientemente homogéneas para se poder apreciar o efeito económico da empresa em questão*”.⁵⁷

À semelhança da definição do mercado relevante do produto, também a definição do mercado geográfico tem em conta a substituibilidade do lado procura e a substituibilidade do lado da oferta.

No que se refere à primeira, a delimitação do mercado geográfico atenderá à região em que o consumidor encontra os produtos que considera serem substitutos próximos, em relação aos produtos da empresa sob investigação.

Quanto à segunda, a definição de mercado relevante tem em conta a substituibilidade do lado da oferta, na medida em que, procura delimitar a região onde existem fornecedores que podem ajustar as suas linhas de produção, sem custos significativos, entrarem no mercado de produto, onde opera a empresa que se encontra a ser investigada.

56 Cfr. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 39

57 Acórdão do TJ, de 14.2.1978, Proc. 27/76, Colect, p. 77)

3.5 - Conceito de Posição Dominante

Após a análise do primeiro passo para a identificação de uma posição dominante, é altura de aprofundarmos o conceito de posição dominante.

Para o efeito, é tempo de analisar os atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, uma vez que ambos, apesar de não referirem expressamente o conceito de posição dominante e o seu abuso, debruçam-se sobre estes conceitos.

De facto, neste âmbito não raras vezes, sentimos que existem lacunas na delimitação dos comportamentos que ao nível do direito da concorrência, possam ser considerados como uma exploração abusiva de uma posição dominante.

Confrontamo-nos em ambos os artigos com uma lista de práticas que podem ser vistas como abusivas, mas, no entanto, esta lista é apenas exemplificativa e não contém todo um leque de práticas, que efetivamente possam ser consideradas abusivas.

A tarefa de concretização do referido regime tem sido levada a cabo pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a par do auxílio da jurisprudência, que tem tido um importante papel de aplicação das normas que proíbem o abuso de posição dominante.

No presente capítulo, procura-se dar um contributo para o regime jurídico da posição dominante através do apoio da doutrina e da jurisprudência.

Em primeiro lugar, é importante referir que o artigo 102.º do TFUE não considera ilícita a existência de posição dominante em si, o que se infere da letra do artigo, é que este condena o abuso de tal posição, isto é, em minha opinião, o facto de as empresas realizarem esforços para alcançar tal posição, é vista como um normal acontecimento numa economia com um mercado concorrencial, sendo inevitável que tais esforços ocorram perante este tipo de mercado.

Se analisarmos as palavras de Ricardo Bordalo Junqueiro, verificamos que este identifica o conceito de posição dominante como de um “*poder substancial de mercado*”, entendendo-se como poder de mercado a capacidade que a empresa tem para “*eleva os preços a um nível supracompetitivo, de forma lucrativa e duradoura, sem recear perder clientes.*”⁵⁸

Ainda de acordo com este autor, as empresas podem deter posições dominantes

58 Cfr. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 60

por uma multiplicidade de razões, entre as quais salientamos, (i) o facto de poderem operar num mercado que lhes está reservado por lei, uma vez que detêm um direito de propriedade intelectual, isto é, estamos na presença de um “*monopólio legal*”; (ii) poderem, por diversas razões, exercer concorrência de mercado, como por exemplo terem encontrado os benefícios certos, chamando-se a este caso, “*monopólio de facto*”.

Como reitera, Miguel Moura e Silva, deparamo-nos com uma situação de posição dominante, quando “*uma ou mais empresas podem atuar de forma essencial sobre as decisões de outros agentes económicos de modo a que não possa surgir e manter-se no mercado uma concorrência praticável e suficientemente efetiva*”

Se analisarmos as palavras de Sofia Oliveira Pais, estatuímos que a doutrina tem propensão para identificar o conceito de posição dominante com o de *um determinado poder de mercado, entendendo-se como tal a capacidade de a empresa, por um período de tempo razoável, e de forma rentável, reduzir a produção ou aumentar os preços acima do custo marginal, ou seja, acima do preço que surgiria em condições de concorrência perfeita*.⁵⁹

A par das definições fornecidas pela doutrina, se analisarmos o artigo 102.º do TFUE, verificamos que o legislador europeu não definiu o conceito de posição dominante, deixando tal tarefa entregue à jurisprudência, referindo-se aqui a importância que acórdão *United Brands/Comissão*⁶⁰ teve para a sua concretização.

Neste contexto, o TJUE, referiu a propósito do artigo 102.º no acórdão que (...) *A posição dominante a que o artigo 102.º TFUE é uma situação de verdadeiro poderio económico detido por uma empresa, que lhe permite criar obstáculos à manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa dando-lhe a possibilidade de adotar comportamentos independentes, em larga medida, aos seus concorrentes, clientes e consumidores*.

O referido acórdão diz que só existe uma verdadeira posição dominante, se as empresas detiverem independência.

Na mesma linha de opinião, também Ricardo Bordalo Junqueiro considera a independência, o elemento crucial para reconhecer a verdadeira posição dominante.

59 Vide, Pais, Sofia O., *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Edição 1, Universidade Católica Editora, p. 458 e ss.

60 Acórdão *United Brands/Comissão*, 14 de fevereiro de 1978 (Processo: 27/76)

Entende que, caso uma empresa se sinta pressionada pela política de preços de uma concorrente, ao ponto de ser obrigada a reduzir os seus, a empresa não é independente e deve-se questionar se detém posição dominante.

Por outro lado, afirma-se que a *existência de quotas de mercado de grande dimensão* permite presumir que estamos perante a existência de uma posição dominante, na medida em que as quotas de uma empresa em regra traduzem a pressão competitiva por esta exercida na proporção da sua quota de mercado.

Desde já se salienta a opinião de Ricardo Bordalo Junqueiro, segundo a qual, este método nem sempre é fiável no mercado de produtos diferenciados, pois estes, como reitera o autor, são diferentes aos olhos dos consumidores, por diversos fatores, designadamente, as características ou a qualidade do produto, o nível de serviço ou localização do vendedor, mesmo que pertençam ao mesmo mercado relevante.⁶¹

Analisando alguns casos jurisprudenciais, como o acórdão Hoffman-La Roche, o TJUE, afirmou que a identificação de quotas de mercado muito elevadas, em determinadas circunstâncias, prova a existência de uma posição dominante.⁶²

Na mesma senda, no acórdão AKZO, determinou-se que uma quota de mercado de 50%, detida entre 1979 e 1982, foi vista como prova de existência de posição dominante.⁶³

Por seu turno, no acórdão Michelin, as quotas de mercado de 57% e 65% evidenciam a existência de posição dominante, face às quotas de mercado de 4% a 8% dos seus concorrentes.⁶⁴

Os acórdãos acima mencionados suscitaram-se a dúvida, se a verificação de quotas de mercado superiores a 50% seria uma presunção de existência de posição dominante.

A resposta é negativa uma vez que segundo Ricardo Bordalo Junqueiro, a existência de uma quota de mercado demasiado elevada não deve ser vista como o único fator determinante para provar a existência de posição dominante, uma vez que é

61 Cfr. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 66

62 Acórdão TJ, de 13.2.1979, Proc. 85/76 *Hoffman-La Roche*/Comissão, Col. Jur. 1979-I, p. 217, para 41.

63 Acórdão do TJ, de 3.7.1991, C-62/86 *AKZO Chemie*/Comissão, Col. 1991, p. I-3359, para 60.

64 Acórdão do TJ, de 9.11.1983, Proc. 322/81, *Michelin*/Comissão, Col. 1983, p. 3461, para 52.

necessário atender a outros fatores que considerados isoladamente não serão necessariamente determinantes.⁶⁵

Também a Comissão Europeia, na mesma linha de pensamento, abandonou a ideia de que a verificação de quotas de mercado superiores a 50%, revelavam a existência de detenção de posição dominante.

Em minha opinião, a referência a este critério de quotas de mercado, mesmo em mercados com quotas superiores a 50%; mercados com quotas inferiores a 50%, mas superiores a 40%; mercados inferiores a 40% e até mercados que apresentando quotas de mercado elevadas, não correspondem necessariamente à existência de uma posição dominante.

Isto é, de facto o critério de quota de mercado poderá ser um bom indicador pois, por exemplo num mercado com uma quota inferior a 40%, em regra corresponde a uma ausência de mercado.

Mas até mesmo nestes casos, a Comissão Europeia já considerou existir posição dominante. Foi o que ocorreu no acórdão *British Airways*, em que se confirmou que a empresa detinha uma posição dominante, mesmo com uma quota de mercado de 39,7%.⁶⁶

Em suma, deve em cada caso, proceder a uma análise completa, atendendo a todos os fatores que possam provar a existência de posição dominante.

3.6 - Os acordos entre empresas. A al. e) do n.1º do art. 101.º do TFUE, em particular.

Após a análise efetuada no capítulo anterior, cabe agora descortinar em concreto o artigo 101.º do TFUE

Assim sendo, o art. 101.º, norma jurídico-comunitária que expressamente proíbe os acordos que restrinjam a concorrência, proibição esta que é bom recordar, espelha um dos grandes pilares do direito da concorrência, elenca algumas situações, de entre as

65 Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 67

66 Cf. Decisão da Comissão, de 14.7.1999, Proc. IV/D-2/34.780 - *Virgin/British*, JO L 30/01, para 94.

quais cumpre destacar a al. e), uma vez que nela se evidencia uma situação objeto do nosso trabalho, que podem efetivamente restringir a concorrência, mediante a celebração de acordos entre empresas.

Na supra aludida norma, e em particular na al. e), prescreve o preceito, o seguinte⁶⁷:

1. *São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões e associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados – Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (...)*

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. *São nulos os acordos ou decisões proibidas pelo presente artigo.*

3. *As disposições no n.1º podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:*

- A qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

- A qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas

- A qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

67 Note-se, à semelhança do que refere e bem, Miguel Gorjão-Henriques, in Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6ª Edição, Almedina, 2010, págs. 644 e ss, que as autoridades dos Estado-Membros são chamadas a aplicar em pleno os artigos 101.º e 102.º e, inclusivamente, são chamadas a aplicar o n.º 3 do artigo 101.º do TFUE.

Analisando a norma é possível compreender que o n.º1 assenta numa verdadeira proibição dos acordos que representam um perigo para a concorrência, o n.º2 diz respeito às consequências que decorrem da violação da proibição de acordos entre empresas que tenham o propósito de restringir a concorrência e finalmente o n.º3 refere uma exceção em relação ao regime instituído no n.º1, apesar de aquele suscitar dúvidas na hora da sua aplicação.

O alcance do art. 101.º, n.º3 do TFUE, foi aliás, questionado no acórdão *Wouters*.

No referido acórdão discutiu-se a compatibilidade da legislação holandesa, que não permitia aos advogados exercer a sua atividade em colaboração com os revisores oficiais de contas, com, entre outros, os artigos 101.º e 102.º do TFUE.

3.7 - O conceito de abuso de posição dominante. A al. d) do art. 102.º do TFUE, em particular.

Para uma correta avaliação do regime jurídico do abuso de posição dominante, e mais uma vez, seguindo a lógica de Ricardo Bordalo Junqueiro, é necessária uma prévia identificação de uma empresa detentora de posição dominante num determinado mercado relevante⁶⁸, conceitos que já tivemos a oportunidade de aludir.

Ora, tal como já foi referido, o artigo 102.º não apresenta uma definição de posição dominante, nem do abuso dessa posição, mas, rapidamente percebemos que a sua detenção não significa ilicitude do comportamento de uma empresa. Como refere Miguel Moura e Silva, a letra do artigo conjuga, ao abrigo de uma cláusula geral, uma tipologia de situações que possam ser consideradas abusivas.⁶⁹

Mas antes de atentarmos ao artigo 102.º do TFUE, vamos em primeiro lugar, analisar o que considera a doutrina, ser abuso de posição dominante.

Sublinhem-se então, as duas grandes e distintas teses, nomeadamente a de Mestmacker e Joliet.

68 Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” *ob.*, p. 87

69 Neste sentido, MIGUEL MOURA E SILVA, “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*”, Almedina, 2008, p. 54.

Se o primeiro autor defende um conceito amplo de abuso, nos termos do qual, devem ser consideradas abusivas todas as condutas que prejudiquem os consumidores, bem como os próprios concorrentes, por exemplo, excluindo estes do mercado,⁷⁰ o segundo perfilha uma ideia diferente, concretamente a de uma definição restrita de abuso, isto é, só existiria abuso no caso da conduta de uma empresa prejudicar os clientes, consumidores e fornecedores e já não, os concorrentes.

Como se depreenderá das teses referidas, para as instituições europeias, o conceito de posição dominante é ambíguo, pois tanto a Comissão Europeia como o TJUE têm recorrido a definições vagas, nem sempre consistentes.⁷¹

No entanto, como reitera Ricardo Bordalo Junqueiro, é certo que um comportamento abusivo das empresas detentoras de posição dominante, pode assumir uma multiplicidade de formas.

As duas categorias principais são: os abusos de exploração que se traduzem no aproveitamento do poder de mercado para extraírem valor aos clientes, e os abusos por exclusão que podem prejudicar o normal funcionamento do mercado.⁷²

Nos termos do art. 102.º do TFUE, percebemos que a norma dispõe, quanto ao abuso de posição dominante e também na sua alínea d.) evidencia que a subordinação poderá configurar uma situação anti concorrencial.

Assim, considerando uma vez mais o objeto do nosso trabalho, cabe evidenciar a *subordinação* como uma prática que poderá configurar uma situação anti concorrencial.

Mas para que a subordinação possa, efetivamente, consubstanciar uma situação de abuso de posição dominante é necessária a verificação, simultânea, de quatro requisitos, designadamente:

1. Estarmos na presença de uma empresa;
2. Empresa essa que detenha uma posição dominante num determinado mercado concorrente;
3. Que abuse dessa posição;

⁷⁰ Conceito, por exemplo, seguido pelo acórdão *Continental Can/Comissão* (Processo: 6/72) e pelo acórdão *Hilti/Comissão* (Processo: T – 30-89)

⁷¹ Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 88

⁷² Cf. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*” ob., p. 88

4. Que afete o comércio nos Estado-Membros.

É precisamente, pela necessária verificação dos quatro requisitos *supra* evidenciados que podemos concluir que a subordinação não é, por si só, proibida.

Quanto a este ponto, cumpre ainda chamar à colação a Comunicação da Comissão 2009 c45/02, em vigor no ordenamento jurídico-português, já que também aborda quatro formas específicas de abuso de posição dominante⁷³, onde mais uma vez, se enquadram as vendas subordinadas e também, as vendas agrupadas (ou usando outra terminologia, *tying* e *bundling*).

Concretamente no que concerne à situação de subordinação, a Comunicação é categórica, ao defini-la no ponto 48, como a situação em que os clientes que compram um produto, o denominado produto subordinante, são obrigados a comprar um outro da empresa dominante, o designado produto subordinado.

Os requisitos mencionados pela Comissão para se considerar o *tying* e o *bundling* como abusos de posição dominante são:⁷⁴

- (i) Presença de produtos distintos;
- (ii) Encerramento anti concorrencial do mercado subordinado e/ou subordinante

Quanto ao primeiro, a Comissão considera que a existência de produtos distintos depende da procura do cliente, pois sem a subordinação ou agrupamento, um número substancial de clientes poderia comprar o produto subordinado ao mesmo fornecedor, o que permitiria haver uma produção autónoma de ambos os produtos (subordinante e subordinado).

A Comissão baseia-se ainda em provas diretas e indiretas, para a presença de produtos distintos. As provas diretas são as situações em que os clientes compram os produtos subordinantes e subordinados a diferentes fornecedores. As provas indiretas verificam-se através da presença de mercados de empresas especializadas no produto subordinado sem a presença do produto subordinante.

Relativamente ao segundo requisito, a Comissão considera que haverá risco de

⁷³ As quatro formas específicas que podem consubstanciar um abuso de posição dominante pela Comunicação abordadas são, os acordos exclusivos, as vendas subordinadas e agrupadas, os comportamentos predatórios e, ainda, a recusa de fornecimento e compressão de margens.

⁷⁴ Neste sentido, veja-se, o ponto 50. da Comunicação 2009 C45/02

encerramento anti concorrencial caso a estratégia de subordinação ou agrupamento da empresa dominante seja duradoura.

Em relação ao agrupamento, o risco de encerramento anti concorrencial, é tanto maior, quanto maior for o número de produtos do grupo.

Já na subordinação verifica-se esse risco, na medida em que a aquela poderá levar a uma redução da concorrência para os clientes interessados em adquirir o produto subordinado, mas não o produto subordinante. Assim, caso não exista um número de clientes suficientes que mantenham os concorrentes da empresa dominante ao nível do produto subordinando, a subordinação pode conduzir em preços mais elevados para os clientes desse produto.

Assim, no que tange ao abuso de posição dominante, podemos constatar que hoje existe, quer no contexto jurídico-comunitário, quer no contexto nacional, alguma regulamentação, um elenco não taxativo, advirta-se de situações que a podem de facto desencadear.

4. - O desenvolvimento do direito da concorrência em Portugal

4.1 – Enquadramento Histórico

De acordo com os ensinamentos de Luís Morais, o desenvolvimento do direito da concorrência em Portugal corresponde essencialmente a dois fatores.

O primeiro corresponde à rutura constitucional de 1974/75 e consequentemente à criação de uma nova constituição económica, a constituição de 1976 que veio, pela primeira vez, enquadrar e tutelar o princípio da concorrência.

Partindo da análise do artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa, verificamos que a tarefa em assegurar “*uma equilibrada concorrência entre as empresas*”⁷⁵ cabe ao Estado, que delega na Autoridade da Concorrência, os poderes para garantir a aplicação de uma política de concorrência, conforme a alínea f) do artigo 81.º da CRP.

O segundo corresponde à integração de Portugal na CEE, em 1986. Deste modo, nas palavras de Luís Morais, podemos concluir que o processo de desenvolvimento do direito português da concorrência corresponde, nas suas fases originárias, ao processo de “*europização do direito da concorrência*”.⁷⁶

Deste modo podemos sintetizar o curto percurso histórico de formação e desenvolvimento do direito português da concorrência em três estádios evolutivos.

O primeiro reporta-se à formação originária das bases essenciais do direito nacional da concorrência com a aprovação do Decreto-Lei n.º 422/83⁷⁷, de 3 de dezembro, com a criação, nos termos do artigo 20.º alínea a) do Conselho da Concorrência, dotado de competência para decidir em processos relativos a práticas restritivas da concorrência,⁷⁸ bem como de competência para criar doutrina

75 Vide, Constituição da República Portuguesa.

76 Vide, MORAIS, DOMINGOS e SILVA, Luís, *Direito da Concorrência, Perspetivas Do Seu Ensino.*, 2009, p. 133.

77 Segundo Carlos Santana, já tinha sido criada a Lei n.º 1/72, de 24 de março que promulgou as bases sobre a defesa da concorrência, mas nunca chegou a entrar em vigor, uma vez que nunca foi regulamentada. P. 225

78 Vide, SANTANA CABOZ, ALBERTO, Carlos, “*O Abuso da Posição Dominante no Direito da Concorrência*”, Lisboa: Edição Cosmos/ Livraria Arco-Íris, 1993ob., p. 234

interpretativa das disposições legais.⁷⁹

Por seu turno, o artigo 14.º do mesmo diploma veio regulamentar o abuso de posição dominante. Segundo Carlos Santana, este teve como fonte inspiradora, a legislação alemã (no que concerne aos números 2. a) e 4. do artigo 14.º) e a legislação francesa (no que concerne ao número 1 do mesmo artigo)⁸⁰, ao invés do que se tem vindo a afirmar, que as fontes originárias do referido artigo, seguem por completo os objetivos do artigo 86.º do Tratado de Roma.

De acordo com a perspetiva do autor, embora possamos aceitar esta afirmação em termos gerais, a verdade é que as referidas legislações tiveram uma influência mais direta na formulação do artigo 14.º.

Relativamente ao segundo estágio, o mesmo correspondeu a um período de transição, uma vez que se verificaram profundas alterações na economia portuguesa, como a liberalização e privatização de importantes áreas da atividade económica, provocadas pelo avanço de integração europeia.

Perante o processo cada vez mais integrador dos vários mercados, exigiu-se uma maior harmonização e aplicação das diferentes políticas nacionais da concorrência, como condição indispensável para uma promoção da competitividade do sector económico.⁸¹

Assim, todas estas alterações culminaram com a criação do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de outubro, que veio reformar *globalmente*⁸² o regime originário de 1983.

Visando atender a este primordial objetivo de integração num mercado comum, o diploma visa regular esse aspeto, criando um autêntica lei-quadro de política da concorrência, que se coaduna com os objetivos de uma economia aberta. É assim dada maior relevância a um dinamismo concorrencial pautado por uma maior liberdade de formulação da oferta e da procura e acesso ao mercado, atendendo-se a uma maior preocupação da salvaguarda dos interesses dos consumidores.

Deste modo, como principais alterações introduzidas, podemos destacar a introdução da figura do abuso do estado de dependência económica, situação que até

79 Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 422/83

80 Cfr. Carlos Santana, p. 228 e 230.

81 Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 371/93

82 Cfr. Carlos Santana, p. 141.

então, era sancionada apenas para as empresas que detinham uma posição dominante no mercado, deixando de parte as empresas que apesar de não a possuírem, detinham um grande poderio económico.

Registou-se ainda a alteração do regime de notificação prévia, o qual, até à entrada em vigor do presente diploma, era regulado pelo diploma n.º 428/88, de 19 de novembro.

Numa aproximação ao regime instituído pela comunidade, atendeu-se ao Regulamento da CEE n.º 428/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989 que contribuiu para uma modificação da tramitação, alargando-se o âmbito material de aplicação, facilitando a interpretação do anterior diploma.⁸³

Por último, o terceiro estágio vem revolucionar o percurso histórico do direito português da concorrência, pois trouxe uma verdadeira reforma do regime substantivo e do sistema de aplicação de normas de direito da concorrência com a aprovação do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro e da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.⁸⁴

Esta reforma ficou a dever-se às alterações da própria aplicação do direito da União Europeia da concorrência, pois passou-se para aplicação descentralizada de organismos nacionais e da formação de redes de autoridades nacionais de concorrência, com Regulamento (CE) n.º 1/2003.

No plano substantivo, a europeização do regime é demonstrada com base na convergência com os normativos comunitários, obrigando a que se ponderasse a suscetibilidade de aplicação de regulamentos comunitários de isenção por categoria, justificativos de comportamentos empresariais proibidos, de modo a evitar assim, a cumulação de normas nacionais e comunitárias.⁸⁵

4.2 – Autoridade da Concorrência – análise do Abuso de Posição Dominante

Em Portugal, foi criada através do Decreto-Lei n.º 10/2003, a Autoridade da

83 Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 371/93

84 Como afirma Luís Morais, a reforma de 2003, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 10 e da Lei n.º 18/2003, veio consolidar o direito nacional da concorrência, acentuando os traços de europeização do regime. P.147

85 Cfr. Carlos Santana, p. 149.

Concorrência, AdC, organismo de feição administrativa e dotado de poderes de autonomia administrativa e financeira, com garantias estatutárias de atuação independente.⁸⁶

Foram-lhe atribuídos poderes de regulamentação, de supervisão e sancionatórios, que lhe permitem assegurar modalidades de atuação tendentes à salvaguarda dos normativos de concorrência através do DL n.º 125/2014, referente aos estatutos da AdC.⁸⁷

Esta atribuição de poderes é semelhante, em relação às soluções presentes no Regulamento n.º 1/2003 no que respeita à aplicação dos anteriores artigos 81.º e 82.º do Tratado CE.

Por seu turno, a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012 de 8 de maio constitui mais um passo no sentido de manter uma verdadeira consonância com o direito da concorrência da União Europeia.

Para o efeito, deve atender-se à análise do atual artigo 11.º da Lei n.º 19/2012 que eliminou no seu n.º 1, a referência ao requisito “*tendo por objeto ou como efeito impedir, falsear, ou restringir a concorrência*”⁸⁸ que anteriormente estava presente no artigo 6º do DL n.º 18/2003.

O n.º 2 do mesmo artigo sofreu também alterações, pois passa a elencar de forma exemplificativa algumas práticas que podem ser consideradas como abuso de posição dominante.

Neste contexto a supra aludida norma, prescreve o seguinte:

a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na

⁸⁶ Deste modo, pôs-se termo ao anterior modelo administrativo assente numa estrutura dual com os problemas de articulação e sobretudo de falta de autonomia das entidades. *Vide* Luís Morais, p. 148

⁸⁷ Estatutos da Autoridade da Concorrência.

⁸⁸ Decreto-Lei n.º 18/2003, artigo 6.º

concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos;

Do exposto, podemos concluir que as alterações produzidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 11.º cumpriram com o objetivo da Autoridade da Concorrência de se aproximar com o disposto presente nos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Há ainda que salientar um outro fator idêntico às duas legislações, que reside no facto de, à semelhança do exposto nos artigos 101.º e 102.º do TFUE não mencionarem, de modo explícito as práticas de *bundling misto*, como práticas que podem conduzir ao abuso de posição dominante, também o artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, não refere explicitamente estas práticas.

Em ambos os diplomas, só é possível enquadrar as práticas de *bundling misto* através de uma tarefa de interpretação que permita subsumir as referidas práticas à letra dos artigos.

4.3 – Autoridade da Concorrência – Linhas de Orientação

A importância atribuída à Autoridade da Concorrência, que representa e auxilia o Estado na concretização da tarefa de assegurar e pugnar por uma política de concorrência, capaz de fazer frente a qualquer tipo de prática restritiva que distorça o normal funcionamento do mercado nacional, levou a que, perante a atualização do novo regime, após a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, e na procura constante de uma aproximação ao regime previsto no direito da concorrência da União Europeia, fossem elaboradas as linhas de orientação sobre a “*instrução de processos*”, relativos à aplicação dos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, bem como a aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e ainda as linhas de orientação “*para a análise económica de operações de concentração horizontais*”.

Estas orientações têm por objeto “*a investigação e tramitação processuais no*

âmbito dos processos contraordenacionais”⁸⁹, cuja finalidade é garantir um maior nível de *transparência e previsibilidade*, relativamente às ações desencadeadas, assim como aumentar a eficácia e eficiência dos procedimentos encarregues de avaliar, se as práticas restritivas são violadoras dos artigos já referidos, e que conseqüentemente ponham em causa o mercado concorrencial.

As linhas de orientação, pretendem facilitar a compreensão dos processos instruídos pela Autoridade, “*visando uma melhor cooperação com as partes envolvidas*”.

Mais uma vez, numa aproximação ao modelo previsto no direito da concorrência da União Europeia, a Autoridade levou em consideração a Comunicação da Comissão, no que diz respeito aos processos de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

Pela primeira vez (e ao contrário de outros documentos legais, que em momento algum mencionam este tipo de práticas), as linhas de orientação, para a análise económica de operações de concentração horizontais, referem a complexidade associada aos “*mercados com pacotes de produtos*”, destacando o crescente uso deste tipo de práticas, como é caso das comunicações eletrónicas, em que, por exemplo, se associa à mesma conta, o uso de Internet, telemóvel e telefone de casa.

Como já tivemos oportunidade de aludir a propósito dos motivos que conduzem a este tipo de práticas, como referem as linhas de orientação, estas podem ser utilizadas, por motivos estratégicos das empresas, ou mesmo por preferências dos consumidores, que veem neste tipo de produtos em pacote, vantagens económicas, com menor custos associados⁹⁰.

Para averiguar se nestes casos, há de facto uma restrição da concorrência, de entre os vários métodos adotados, poderá ser relevante atendermos ao mercado relevante, presente neste tipo de produtos em pacote, recorrendo-se, para o efeito, ao teste *SSNIP*, já oportunamente referido.

Deste modo, as linhas de orientação apontam para o facto que, caso o monopolista hipotético tenha incentivos, para pelo menos, proceder a um *SSNIP*, perante um aumento do preço, pode justificar-se a autonomização do mercado no que respeita

89 *Vide*, Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/12, de 8 de maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.

90 *Vide*, Linhas de Orientação Para a Análise Económica De Operações de Concentração Horizontais, p. 36

ao pacote de produtos, ainda que, em simultâneo, se justifique a definição de mercados correspondentes, a cada um dos produtos envolvidos no pacote.

Pelo contrário, se o monopolista hipotético considerar que não teria qualquer incentivo para proceder a pelo menos um *SSNP*, de acordo com uma considerada redução da procura, o modo para delimitação dos mercados, depende da forma como os produtos individuais reagem concorrencialmente, perante o mercado dos produtos em pacote.⁹¹

Em suma, com a análise das linhas de orientação para a Autoridade da Concorrência, verificamos que existe uma preocupação crescente, relativamente às práticas que podem restringir a concorrência, nomeadamente o *tying* e o *bundling*.

Apesar da análise efetuada a vários diplomas jurídicos, como os artigos 101.º e 102.º do TFUE, a Comunicação da Comissão e mesmo os artigos, que a nível nacional, se referem aos acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresa, bem como a referência ao abuso de posição dominante, verifica-se que as práticas que temos vindo a analisar pecam por falta de uma base jurídica sólida, pois até agora não tinham sido mencionadas com clareza (embora a sua subsunção aos artigos que já referimos.)

Deste modo, considero que a referência aos mercados de produtos em pacote, dadas pelas linhas de orientação para a análise económica de operações de concentração horizontais, constituem uma evolução, no sentido de se adquirir uma maior certeza jurídica no enquadramento deste tipo de práticas, bem como a de se proceder a um controlo que procura olhar para as pressões concorrenciais no futuro, sem se pronunciar sobre a legalidade das atuais práticas no mercado (i.e. sem se referirem aos artigos 101.º e 102.º).

⁹¹ *Vide*, Linhas de Orientação Para a Análise Económica De Operações de Concentração Horizontais, p. 37.

5. Análise jurisprudencial

Depois de nos capítulos antecedentes se ter procurado confrontar as práticas de *tying* e de *bundling*, salientando-se aquilo que as distingue, mas também o que têm em comum e de se ter feito um enquadramento comparativo dos modelos de defesa da concorrência, quer nos EUA, quer na UE, serve agora o presente para chamar à colação o caso Microsoft, considerado como o processo base no que concerne ao abuso de posição dominante.

Começaremos por enquadrar os casos e as várias questões que os mesmos suscitam, mas advirta-se que pela complexidade e extensão dos mesmos, iremos dar mais enfoque às questões de subordinação, pois são elas que são objeto de trabalho da presente dissertação e merecem assim a nossa maior atenção.

5.1 – O caso Microsoft III nos EUA (*U.S. v. Microsoft III (D.C. Cir. 2001)*)

O caso Microsoft III foi despoletado pelo Departamento de Justiça que apresentou uma ação cível junto do tribunal de primeira instância do Círculo Federal contra a Microsoft Corporation (adiante Microsoft), suscitando várias infrações ao *Sherman Act*, das quais cabe analisar:

1. Tentativa de monopolização do mercado dos *browsers*/ acordos de exclusividade;
2. *Tying* do *Internet Explorer* (daqui em diante IE) com o *Windows 95 e 98*.

Quanto ao primeiro ponto, a Microsoft com o intuito de combater a concorrência no mercado dos *browsers*, procurou impedir que o Netcape Navigator (programa de navegação na Internet - *browser*), desenvolvesse aplicações próprias que pudessem aumentar a quota de mercado desta empresa e conseqüentemente pusesse em causa o monopólio da Microsoft no mercado de sistemas operativos.

De facto, o sistema operativo desenvolvido pela Microsoft poderia ser posto em causa, uma vez que estes tipos de produtos encontram-se dependentes de um variadíssimo número de aplicações compatíveis com eles.

Isto é, como explica Miguel Moura e Silva⁹², quanto mais aplicações são escritas para um sistema operativo, mais atrativo esse sistema é para os consumidores.

As aplicações desenvolvidas pela Navigator, capazes de correr num sistema operativo, que não o da Microsoft, permitia tornar os consumidores indiferentes ao sistema operativo utilizado.

Perante esta ameaça, a Microsoft começou por propor à Nestcape, um acordo de partilha no mercado. Mas face à recusa da sua rival, aquela adotou estratégias contrárias ao *Sherman Act*.

A sua estratégia passou pelo aproveitamento da posição dominante no mercado dos sistemas operativos, para promover o IE, e com isso eliminar a ameaça da Nestcape.

A Microsoft celebrou ainda acordos restritivos com outras empresas, no sentido de impedir que estas distribuíssem outro sistema de navegação que não fosse o IE. Verificou-se assim, a subordinação do licenciamento do sistema operativo *Windows* à distribuição do IE.

Ora, a conduta da Microsoft teve como efeito o desequilíbrio do mercado a favor do IE e com isso, o afastamento da sua rival.

Para o Departamento de Justiça, este conjunto de comportamentos adotados pela Microsoft, pôs em causa a concorrência entre os programas de navegação de Internet uma vez que é diminuída a capacidade de qualquer concorrente da Microsoft de inovar e desenvolver este tipo de produtos, para além de que a Microsoft viu reforçado o seu monopólio no sistema operativo *Windows*.

Relativamente à segunda questão, esta refere-se à presença de vendas subordinadas ou de *tying*.

A questão da subordinação do IE com o *Windows 95* já tinha sido analisada com o caso *Microsoft II*. De facto, a empresa já tinha praticado tal integração de produtos quando começou por comercializar o *Windows 95* e exigiu que na origem do seu programa estivesse presente o IE como único motor de busca.

Apesar de se ter suscitado a aplicação da subordinação ou *tying* ao caso, isto é, apesar de se obrigar a Microsoft a não celebrar contratos de licenças subordinados ao licenciamento de qualquer produto incluído, essa exigência não podia impedir a

⁹² MIGUEL MOURA E SILVA, ob. Cit., p. 488.

empresa de desenvolver produtos integrados.

Ora, o argumento da Microsoft, foi precisamente esse. A empresa considerava que o IE constituía um melhoramento do *Windows 95*, uma espécie de *upgrade*.

O Tribunal de 1ª instância decidiu pela existência de uma justificação objetiva para a integração, na medida em que concluiu, por um lado que realmente havia benefícios para tal integração em termos de ganhos de eficiência para os consumidores e por outro lado, havia benefícios específicos para a Microsoft na integração do seu sistema operativo com o IE, uma vez que tal integração impedia outros concorrentes de adotarem a mesma ação.

No caso *Microsoft III*, assistimos a uma alteração na orientação que foi dada ao processo. Assim, a Microsoft vinculou o seu sistema operativo *Windows* ao IE através de quatro comportamentos: (i) a vinculação dos licenciados do *Windows 95* e *98* à obtenção de uma licença relativa ao IE, pelo qual cobrava um preço único, (ii) a recusa em autorizar os fabricantes de computadores a retirar do IE ou seu ícone do desktop *Windows*, (iii) a conceção do *Windows 98* de modo a impedir os consumidores de retirar o IE utilizando o utilitário genérico para estas operações, e por último (iv) a programação do *Windows* de modo a se sobrepor à escolha do consumidor em termos de *browser* supletivo.

Ora, de acordo com os critérios utilizados pelo direito *antitrust* para a proibição das vendas subordinadas, são elencados quatro requisitos para estarmos perante a violação do artigo 1.º do *Sherman Act*.

O primeiro requisito refere que o produto subordinante e o produto subordinado devem ser produtos separados. O segundo requisito diz-nos que a empresa deve condicionar a venda do produto subordinante à compra do produto subordinado. Em relação ao terceiro requisito, a empresa em causa deve possuir poder de mercado ao nível do produto subordinante e por fim, a prática de subordinação deve excluir de forma substancial a concorrência no mercado do produto vinculado.⁹³

O Tribunal analisou dois fatores que contribuíram para a tomada de decisão.

Em primeiro lugar, estavam em causa os critérios relativos à identificação de mercados distintos.

93 *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?* James F.Ponsoldt & Christopher D. David, p. 426.

Para o efeito, o Tribunal aplicou o tradicional acórdão de *Jefferson Parish*⁹⁴, através do qual extraiu duas metodologias de análise. A primeira refere que a solução não se encontra na relação funcional dos produtos, isto é, como afirma Miguel Moura e Silva, a complementaridade não implica que se trate de um único produto.⁹⁵ A segunda, diz-nos que deve existir uma procura separada relativamente ao produto subordinado e que essa procura seja eficiente. De facto, o Tribunal preocupou-se em saber se este teste da procura é adequado para determinar se tais produtos eram tecnologicamente avançados, separados ou juntos.⁹⁶ A prova de que poderá existir uma procura separada pode fazer-se recorrendo a elementos de prova direta ou indireta. Quantos aos primeiros, por exemplo no acórdão *Jefferson Parish*, podemos verificar a existência de prova direta, uma vez que de acordo com aquele acórdão, foi elaborado um contrato entre o hospital e uma sociedade de médicos anestesistas, nos termos do qual qualquer serviço de anestesia no hospital seriam prestados somente por médicos daquela sociedade. Relativamente à prova indireta, esta pode verificar-se pelo comportamento da oferta. Assim, as empresas que não tenham poder de mercado em relação ao produto subordinante, deverá atender-se à disponibilidade que as mesmas têm em vender o produto subordinante de forma independente do produto subordinado. Daqui se infere que estamos perante uma oferta segmentada e que portanto pode conduzir a uma procura separada.

No entanto, o Tribunal considera que este critério poderá ser limitativo no que concerne à aplicação do *Sherman Act* uma vez que antes de detetar alguma prática de subordinação, este critério, procura antes saber se existem ganhos de eficiência.

Assim, no entender do Tribunal, o que está em causa são efeitos que a referida prova indireta causa aos consumidores, na medida em que o Tribunal considerou importante fazer um balanço concorrencial entre os ganhos resultantes da redução de custos para o consumidor e por outro, a diminuição de alternativas por parte deste.

Relativamente ao segundo momento de análise do recurso, está em causa a metodologia da regra *per se*, tendo em conta um possível efeito dissuasor ao nível da inovação tecnológica. Ou seja, a dúvida quanto a saber se o Supremo Tribunal de facto a

94 Acórdão *Jefferson Parish Hospital Discrip No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)

95 Cfr. Miguel Moura e Silva “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*” ob., p. 516.

96 *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?* James F.Ponsoldt & Christopher D. David, p. 438

aplica a casos de vendas subordinadas ou *tying* de sistemas operativos com a integração tecnológica de outros produtos.

Ao invés, a *rule of reason*, permite ter em consideração os custos e benefícios para a concorrência, proibindo restrições desnecessárias, intencionais ou excessivas sobre a concorrência.

Infelizmente, o Tribunal não forneceu uma base orientadora sólida na medida em que, não distinguiu entre pacotes de software razoáveis dos pacotes não razoáveis, limitando-se a instruir os Tribunais de 1ª instância a concentrarem-se no efeito do “*price bundling*” e a equilibrar as suas eficiências económicas contra as restrições concorrenciais. Como afirma Miguel Moura e Silva, era essencial apurar se o preço praticado pelo pacote *Windows 98* e IE ser mais elevado do que o preço do sistema operativo isolado, pois mesmo que houvesse tal incremento de preço, a prática não poderia ser justificada com os alegados ganhos de eficiência.

5.2 – Medidas adotadas

A solução final entre o Departamento de Justiça e a Microsoft obrigou a última a divulgar as informações necessárias sobre as aplicações a empresas interessadas. Esta exigência cingia-se ao estritamente necessário para garantir a comunicação com o sistema operativo *Windows*.

Outra exigência imposta na decisão final, foi impedir que a Microsoft exercesse pressões sobre os fabricantes de computadores, de modo a impedi-los de promover produtos concorrentes.

A Microsoft foi absolvida no que respeita aos acordos de exclusividade, uma vez que o Juiz Jackson considerou apesar de se tratar de uma infração, a mesma não punha em causa o artigo 1.º do *Sherman Act* pois, o Netscape podia ser facilmente distribuído pela Internet.

Trataram-se, portanto, de medidas corretivas, vistas como injunções que têm por objetivo impedir a continuação de práticas ilícitas.

5.3 - Análise do caso Microsoft na UE – Processo T-201/04

A 24 de Março de 2004, a Comissão Europeia condenou a Microsoft ao pagamento da coima de 497 milhões de euros, uma vez que aquela empresa foi acusada de ter restringido a concorrência nos mercados de sistemas operativos de servidores para grupos de trabalho e no mercado de leitores de *media*, tendo com isso abusado da sua situação de quase monopólio de que apresentada no mercado.

Assim, o primeiro caso teve origem em 1998, após uma denuncia apresentada pela Sun Microsystems, em consequência da Microsoft se ter recusado a ceder as necessárias informações

para garantir o desenvolvimento de produtos capazes de comunicar com o sistema *Windows* instalado na maioria dos PC's clientes, alegando assim, existência de abuso de posição dominante.

Para a Sun, tal comportamento era visto como um abuso de posição dominante por parte da Microsoft, na medida em que eliminava a concorrência no mercado de servidores para redes de trabalho, mercado onde a Sun atuava.

Estava assim, em causa dois mercados relevantes (o mercado dos PC's e os mercados dos servidores). Os computadores PC's (clientes) são computadores que se encontram ligados a uma rede informática, através dos quais são concebidos sistemas operativos que não podem ser substituídos por outros produtos que apresentem as mesmas características técnicas, assim como os sistemas operativos para servidores.⁹⁷

A Microsoft ao negar a cedência da informação de interoperabilidade aos seus concorrentes, estava a dificultar a criação de programas de computador compatíveis com o sistema operativo *Windows*. Como consequência, a conduta da Microsoft foi considerada abusiva por impedir a produção de novos programas de computador, limitando o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.

A Microsoft argumentou, afirmando que as informações que se recusava a prestar estavam protegidas por direitos de propriedade intelectual e por segredos comerciais.

Porém, a Comissão recusou este argumento, agindo talvez de uma forma mais agressiva para os direitos de propriedade intelectual. Para o efeito, a Comissão baseou-se nos critérios utilizados no acórdão *Magill* que indicavam os fatores que justificavam

⁹⁷ Cfr. Miguel Moura e Silva “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*” ob., p. 529.

o dever de prestar informações por parte da Microsoft, de entre os quais se destacam o facto de a Microsoft estar a alterar o seu comportamento em relação ao que sucedeu no passado, pois no que respeita ao período anterior ao da decisão, a propriedade intelectual era vista como um estímulo à inovação, composta por variados direitos, entre os quais se salientam: a exclusividade no fabrico ou produção dos bens protegidos pelo direito de propriedade intelectual e o direito de recusar licenças, podendo impor condições de exploração do referido direito. Também o facto de a Microsoft tentar confundir os conceitos de especificação e execução.⁹⁸

O primeiro, refere-se à descrição do resultado que o produto software deve atingir. O segundo, diz respeito ao código que corre no computador.

Deste modo, ao subsumir as alegadas recusas de informação no anterior art. 82.º alínea b) do TCE, a Comissão procurou justificar a conduta da Microsoft nos efeitos negativos que acarreta para o progresso técnico e os danos para os consumidores.

Relativamente ao progresso técnico, no entender da Comissão, o comportamento da Microsoft era passível de limitar por um lado, a capacidade dos clientes em beneficiarem da inovações trazidas pelos concorrentes da Microsoft ao nível dos sistemas operativos para servidores, e por outro, limita a capacidade dos concorrentes de procederem a uma inovação dos seus produtos, impossibilitando o sucesso dos mesmos na medida em que a conduta da Microsoft não permite que haja inovação e diferenciação de produtos.

Quanto aos danos para o consumidor, estes ficariam prejudicados com a recusa de informação da Microsoft uma vez que estariam condicionados nas suas escolhas a apenas ao sistema operativo daquela empresa, pois uma eventual opção por outro sistema operativo originaria problemas de incompatibilidade.

Aqui chegados, percebemos a importância que este acórdão reveste no que concerne à relação com os princípios basilares da concorrência e a inovação. É sem dúvida um acórdão que suscita várias questões ao nível dos mercados tecnológicos.

A este propósito, no próprio acórdão é identificada a questão de saber se é possível uma prática abusiva ser objetivamente justificada. Para o efeito, a Comissão coloca a questão no equilíbrio entre proteger a inovação dos investimentos que são feitos pelas empresas e os benefícios associados ao dever de licenciar a informação

98 Cfr. Miguel Moura e Silva “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*” ob., p. 535.

necessária para garantir uma interoperabilidade do sistema Windows e sistemas operativos para servidores de outros concorrentes.

A Comissão procurou assim, saber o que prevalece: se os efeitos negativos de uma recusa de informação ou se deve proteger os incentivos à inovação.

O argumento da Microsoft refere-se à eliminação dos incentivos para continuar a inovar em matéria de especificações. Este argumento foi rejeitado pela Comissão na medida em que a aquela empresa manterá os incentivos para investir nas especificações enquanto subsistir pressão concorrencial, isto é, uma eventual eliminação da concorrência poderia ter o efeito contrário, uma vez que a Microsoft ao manter a sua posição dominante sem qualquer obstáculo criado pelos seus concorrentes, deixaria de se sentir obrigada a promover a tal inovação tecnológica.

Assim sendo, a existência de vários concorrentes traz benefícios por um lado para os fornecedores uma vez que permite potenciar o nível de sistemas operativos ao nível dos servidores e por outro, apresenta benefícios para os consumidores que vêm alargados os seus efeitos de rede passando os vários utilizadores de rede a poderem comunicar com várias redes concorrentes.

Mais tarde, em fevereiro de 2000, foi iniciado um novo inquérito contra a Microsoft, por esta ter condicionado a aquisição do seu sistema operativo *Windows* à aquisição simultânea de um produto *software* – *Windows Media Player* (daqui em diante WMP). Verifica-se, portanto a existência de *bundling* (vendas em pacote) pois sem dúvida que esta atuação provocou efeitos nefastos no que concerne aos concorrentes no mercado dos leitores de *media*, assim como, a colocação em causa da satisfação das necessidades dos consumidores.

Estava em causa o mercado dos “*streaming media players*”. Trata-se de programas de computador que são definidos como aplicações do lado dos clientes. A sua função consiste em descodificar, descompactar e reproduzir ficheiros áudios e vídeo descarregados pela Internet.⁹⁹

Em concreto, a Comissão considerou que a subordinação do WMP ao *Windows*, permite que a Microsoft passe a controlar o mercado dos produtos de *media digitais*, uma vez que cria entraves à inovação dos seus concorrentes, reduzindo os incentivos para que estes desenvolvam produtos de conteúdo musical, cinematográficos e

⁹⁹ Cfr. Miguel Moura e Silva “*O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*” ob., p. 530.

multimédia.

Deste modo, a Comissão acusou a Microsoft da prática de *tying*, uma vez que a mesma vendia o *Windows Media Player* como produto pertencente ao sistema operativo *Windows*. Esta acusação assentou em quatro fatores¹⁰⁰:

1. O facto do *Windows* (produto subordinante) e o *Windows Media Player* (produto subordinado) constituírem dois produtos distintos;
2. A existência de uma posição dominante pela Microsoft ao nível produto subordinante;
3. A existência de coerção por parte da Microsoft que obriga os consumidores a adquirir tanto produto subordinante como o produto subordinado;
4. Tal prática exclui a concorrência no mercado do produto subordinado.

Começando pela a análise do primeiro fator, a Comissão contrariou o argumento da Microsoft que afirmava que se tratava de produtos de natureza complementar. Assim, na perspetiva da Comissão, a Microsoft praticava *tying* com estes dois produtos, uma vez que se tratava de produtos separados, o que permitia os consumidores adquirirem produtos de multimédia em separado.

Além disso, a própria conduta comercial da Microsoft trata destes produtos como sendo produtos de natureza independente. Por exemplo, a Microsoft promove o *Windows Media Player* separadamente do sistema operativo *Windows* e em concorrência com os programas de reprodução de média de terceiros, aplica condições de licenciamento ao *Windows Media Player* que são diferentes das condições de licenciamento aplicados no seu próprio sistema operativo. Assim, até começar a subordinar a vendas do *Windows Media Player* à aquisição também do seu sistema operativo, esta empresa distribuía ambos os produtos de forma separada.

Em relação à alegada existência de posição dominante no mercado do produto subordinante, a Microsoft com o seu sistema operativo *Windows*, gozava de facto de um quase monopólio sobre os sistemas operativos para computadores PC's, apresentando universalmente uma quota de mercado de cerca de 95%.¹⁰¹ Nem a própria *Microsoft*

¹⁰⁰ *Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, Maurits Dolmans and Thomas Graf, p. 226.

¹⁰¹ *Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, Maurits Dolmans and Thomas Graf, p. 239.

contrariou a sua posição dominante neste mercado. Apesar de a Comissão considerar que ao nível do produto subordinado não existia uma posição de quase monopólio.

Quanto à presença de um elemento de coerção, de facto a Microsoft negava aos clientes a opção de adquirir o *Windows* sem o *Windows Media Player*, sendo esta coerção de natureza contratual e técnica, uma vez que no *Windows Media Player* já se encontra incluído na licença do *Windows*, sendo pré-instalado com o sistema operativo *Windows*. Negava-se assim a possibilidade de remover o *Windows Media Player* caso adquirissem o *Windows*.

Quanto ao último argumento, a investigação da Comissão demonstrou que o vínculo entre o *Windows Media Player* e o monopólio da Microsoft garante que aquele esteja presente em praticamente todos os PC's do mundo. Como resultado, verificou-se uma clara tendência a favor da *Windows Media Player* e de toda a tecnologia de media produzida pela *Windows*. A Comissão conclui, portanto, que a subordinação da Microsoft teve como efeito, a exclusão dos programas de reprodução de media aos concorrentes.

A Comissão destacou ainda que o controlo da Microsoft ao nível dos programas de reprodução de media teria repercussões na disseminação deste mercado, ao ponto da Microsoft ter controlo sobre os mercados relacionados, como por exemplo o de *software* de codificação e entrega de media e tecnologia de gerenciamento de direitos digitais.

A Comissão também realçou que esta prática abusiva da Microsoft representava uma tática comercial e estratégica para os mercados de software.

Assim, a Microsoft usou a mesma tática para eliminar a concorrência em navegadores de Internet e plataformas de computação distribuída (Java).

5.4 – Conclusões adicionais dos casos Microsoft nos EUA e na UE

De tudo o que expôs nestes processos contra a Microsoft, resultam naturalmente muitos considerandos.

No que respeita ao processo desencadeado na UE, tanto a coima aplicada, como a medidas adotadas pela Comissão, marcaram a importância do presente caso. De facto, a Comissão cobrou uma coima que rondou os €497 milhões de euros, e decidiu impor à

Microsoft a obrigação de fornecer uma versão do seu sistema operativo sem o WMP.

Para os críticos da decisão, o WMP e o sistema operativo da Microsoft não são produtos separados, referindo que caso se remova o WMP do sistema operativo, os consumidores que esperam adquirir também essa funcionalidade, ficarão dececionados por não conseguirem reproduzir nenhum sistema de *media*.¹⁰²

Creio, porém, que o argumento utilizado não deve prosseguir uma vez que, e aproveitando para dar uma perspetiva pessoal ao caso, estávamos, de facto perante produtos diferentes, na medida em que o produto subordinante e produto subordinando são produtos distintos. Isto é, estávamos perante uma procura independente, confirmada pelos próprios consumidores.

Para além de que a compra do WMP (produto subordinado) deve refletir uma escolha do próprio consumidor e não de nenhuma imposição de quaisquer condutas comerciais, tecnológicas ou contratuais que tenham como efeito tornar menos apelativo o sistema operativo *Windows* sem o WMP.

Também o designado *foreclosure effect*, ajuda-nos a sustentar a nossa posição, uma vez que o mesmo encontra-se geralmente associado às cláusulas de subordinação, não constituindo um mecanismo legítimo de que empresas se possam servir já que, subjacente ao mesmo, está uma posição dominante detida por uma empresa (neste caso a Microsoft), e que tende a abusar dessa mesma posição. Relembramos uma vez mais, que a subordinação não é, por si só, proibida.

Porém, quando a ela se encontra associada uma empresa que detém uma posição dominante e que abusa dessa posição, a resposta que teremos de dar irá, inevitavelmente, no sentido de considerar essa cláusula de subordinação inválida.

De facto, a condutas abusivas da Microsoft, atingiram os valores básicos da concorrência uma vez que as mesmas impediam outros produtores de fornecer aos consumidores versões do sistema operativo *Windows* sem o *Windows Media Player*, assistindo-se assim aos efeitos anti concorrenciais pelo encerramento dos mercados a potenciais concorrentes.

No que concerne às diferenças de decisões no direito *antitrust* dos EUA e na UE,

¹⁰² *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?*, James F.Ponsoldt & Christopher D. David, p. 445.

pelos comportamentos anti-concorrenciais da Microsoft, estas são em primeiro lugar justificadas pelo facto de existir diferenças políticas subjacentes às duas jurisdições.¹⁰³ Ou seja, no modelo de defesa da concorrência nos EUA, o *Sherman Act*, protege a concorrência como bem jurídico e não concorrentes individuais.

Ao invés, o direito europeu da concorrência, é mais prescritivo na medida em que pretende alcançar um ideal de mercado específico.¹⁰⁴ O direito da concorrência da UE, visa assim, promover um desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável no que respeita às atividades económicas.

Visa alcançar elevados níveis de emprego e proteção social, assim como, a promoção da igualdade entre os homens e mulheres, enaltecendo a coesão social e solidariedade entre os Estados-Membros.

Assim, ao contrário do direito norte-americano da concorrência, o foco do direito europeu é a estrutura de um mercado comum no que respeita aos resultados anti-concorrenciais.

Deste modo, não é surpreendente que as diferenças de regras subjacentes às duas jurisdições tenham resultados diferentes no que respeita às práticas anti-concorrenciais, nomeadamente as práticas de subordinação do *software* que revelaram ser muito semelhantes.

No entanto, nem o direito da concorrência norte-americano, nem o modelo da concorrência europeu fazem uma abordagem correta no que respeita à integração do *software* ideal. Ambos os modelos, não apresentam avanços na inovação desta indústria.

A União Europeia, recusa considerar a procura futura de produtos de *software* verdadeiramente inovadores. Assim, os fabricantes destes produtos têm que atender a regras que não serão compatíveis com o desenvolvimento destes produtos.

Apesar de nos EUA reconhecer esta procura, não fornece ainda o que se considera ser um pacote de *software* permitido, colocando os fabricantes de *software* à mercê de suposições ao que se considera ser pacotes permitidos.

¹⁰³ *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?*, James F.Ponsoldt & Christopher D. David, p. 446.

¹⁰⁴ *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?* James F.Ponsoldt & Christopher D. David, p. 447.

Atualmente, a Microsoft continua com um monopólio à escala global, mesmo perante a concorrência feroz de alguns dos seus rivais, como a Google ou a Apple.

Citando, um artigo do jornal *online* Público¹⁰⁵, o “*segredo do negócio da Microsoft é o seu próprio segredo*”, que explica que a empresa vende o seu sistema operativo e programas como o Microsoft Office e o Outlook como marcas registadas, mantendo em segredo o código de programação deste *software*.

É este segredo comercial que o torna “fechado” por oposição ao *software* “aberto” em que o código de programação é público possibilitando o seu uso por qualquer programador informático.

Naturalmente, este segredo traz vantagens para a Microsoft, uma vez que consegue impedir qualquer furto aos seus produtos, assim como o “plágio” dos mesmos.

Porém, não posso estar de acordo com este monopólio, uma vez que as desvantagens do segredo comercial da empresa são claramente superiores aos benefícios constantes em prol da Microsoft.

Em primeiro lugar, o segredo comercial da Microsoft viola os princípios básicos do direito da concorrência, uma vez que restringe potenciais concorrentes de desenvolver estes programas corretamente, nomeadamente ao nível da formatação, dos estilos, das tabelas, que assumem uma forma diferente se forem lidos nos produtos Microsoft.

Este monopólio, traz também desvantagens para os Estados e para os próprios consumidores. Quanto aos primeiros, quase se vêem na obrigação de celebrar contratos de licenciamento com a Microsoft para garantir o normal funcionamento das instituições públicas que já se encontram “*formatadas*” para a utilização de apenas deste sistema operativo, gastando milhões na celebração desses contratos para a aquisição do licenciamento de cópias dos seus programas.

Já os segundos, na maior parte dos casos, sem se aperceberem da evidente restrição que lhes é imposta, não lhes é permitido a escolha do sistema operativo pelo qual partilham textos, imagens, vídeos entre outros. Este facto é agravado, pela resistência muitas vezes demonstrada em ter contacto com outro sistema operativo.

¹⁰⁵ Paulo Pena, 9 de abril de 2017, Jornal Público “*EUROPA, A COLÓNIA DIGITAL DOS EUA*” via <https://www.publico.pt/2017/04/09/politica/noticia/europa-a-colonia-digital-dos-eua-1767844>

O monopólio da Microsoft cria deste modo, uma espécie de “ monocultura” em torno destes mercados que deve ser contrariada a todo o custo.

5.5 – Análise do acórdão Hilti/Comissão, 12/12/1991 (Processo T-30/89)

Serve o presente acórdão para chamar à colação um caso particularmente complexo e algo bizarro que, na década de noventa, suscitou a intervenção do, à época, designado por Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia¹⁰⁶, a propósito das cláusulas de subordinação.

Fazendo um breve enquadramento, tínhamos uma sociedade com sede em Schaan, Liechtenstein, representada por Oliver Axster, advogado e Jonh Pheasant, solicitador, que veio propor uma ação do atual art. 106º do TFUE¹⁰⁷ contra a Comissão das Comunidades Europeias, esta representada por Karen Banks e apoiada por duas empresas que exerciam a sua atividade no mesmo ramo, designadamente, a Bauco Ltd. E a Profix Distribution, Ltd.¹⁰⁸.

A Hilti AG era a maior produtora de pistolas de pregos, de pregos e cartuchos¹⁰⁹, enquanto a Bauco e a Profix eram duas empresas concorrentes de pregos para pistolas, fabricadas pela Hilti.

Ambas as empresas alegaram que a Hilti visava afastá-las, através da sua política comercial, do mercado de pregos compatíveis com as pistolas, fabricadas por esta.

Neste seguimento, a Bauco Ltd. viria a declarar que os seus clientes não tinham hipótese de comprar fitas de cartuchos Hilti, sem um complemento de pregos da mesma marca, motivo pelo qual se debatia com sérias dificuldades em escoar os seus próprios pregos.

Nesta primeira declaração da Bauco Ltd., é possível compreender que a Hilti subordinava a compra de pregos da sua marca, à compra de fitas de cartuchos.

Não pretendendo tecer já quaisquer comentários sobre a validade desta cláusula de subordinação, refira-se que a Hilti AG se recusou a fornecer fitas de cartuchos à

106 Hoje, Tribunal de Justiça da União Europeia, que, de acordo com o art. 19.º, n.º1 do TUE compreende o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e Tribunais especializados.

107 Na altura, correspondente ao art. 86.º CE.

108 Inicialmente referenciada no acórdão por Eurofix.

109 Que aparecem no acórdão denominados por sistemas de fixação acionados a pólvora.

Baucp Ltd. Cuas tentativas desta em adquiri-las, por outra via, foram totalmente bloqueadas.

Para além disto, a Hilti reduziu os descontos que fazia sobre os seus produtos, aos clientes do Banco, pelo facto de estes comprarem pregos a esta empresa, e recusou-se a conceder licença para que a Bauco pudesse fabricar ou importar fitas de cartucho.

No mesmo sentido, similar às alegações proferidas pelo Bauco Ltd., foram as da Profix Distribution Ltd.

Começou por referir que a Hilti AG se recusava a fornecer fitas de cartuchos aos distribuidores independentes dos seus produtos, quando estes, não complementassem, as suas encomendas, com pregos por si fabricados.

Sublinhou mais, que a Hilti AG lhe havia bloqueado o fornecimento de fitas de cartuchos, convencendo os seus distribuidores a não o fazerem, e que se terá recusado a fornecer as fitas quando para esse efeito, a ela se dirigiu.

Finalmente, o último argumento apresentado pela Profix Distribution Ltd., foi o de que havia feito um pedido de licença à Hilti AG e que esta lhe indicou que essa licença não lhe conferia qualquer prerrogativa em termos de direitos de autor.

Resumindo o caso em apreço, importa destacar que, na realidade o que acontecia, era o facto de a Hilti, detendo uma posição dominante no mercado referente ao fabrico e distribuição de sistemas de fixação acionados a pólvora, que se encontravam protegidos através de patente, veio subordinar a venda dos pregos à fitas de cartuchos e com isto, tal como refere e bem, Sofia Oliveira Pais no seu manual¹¹⁰

Atente-se, no entanto, às alegações da Comissão que começou por centrar o primeiro argumento nas vendas subordinadas.

No seu entendimento, a Hilti como política comercial, somente vendia as fitas de cartuchos a certos consumidores (finais ou distribuidores) quando as mesmas eram conjuntamente encomendadas com os pregos.

Refere ainda, que a Hilti se recusou a fornecer fitas de cartuchos à Bauco e Profix e que tentou bloquear a venda de pregos dos seus concorrentes, mediante a redução de descontos dos seus produtos para os clientes que comprassem pregos às empresas Bauco Ltd. e Profix Distribution Ltd.

110 *Vide, Sofia O., Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu*, Edição 1, Universidade Católica Editora, pág. 354, nota de rodapé 372.

Finalmente argumentou a Comissão, que a Hilti se tinha recusado a honrar a garantia sobre os seus aparelhos, caso os pregos utilizados não fossem da sua origem.

A decisão da Comissão foi pois no sentido, de condenar a Hilti no pagamento de seis milhões de euros, pelo abuso de posição dominante nos três mercados considerados pela mesma, designadamente: o das pistolas de pregos¹¹¹, o dos pregos e o das fitas de cartucho, pois entendeu que teria havido um abuso dessa posição dominante.

Sublinhe-se que a estratégia comercial da Hilti, limitou a concorrência, impedindo a penetração no mercado de fabricantes independentes de pregos e fitas de cartucho que pretendessem vender artefactos conexos para as pistolas Hilti e porque, a política comercial, conduziu a que a Hilti impusesse preços diferenciados nos diversos Estado-Membros e tivesse obtido, por essa via, enormes margens de lucro, sobre os seus diferentes produtos.

Chamados a intervir, o Tribunal de Justiça de 1ª Instância veio salientar que, para determinar a posição da Hilti no mercado, seria necessário em primeiro lugar, definir o mercado dos produtos em causa. Na sua posição, os três mercados em causa, eram: O das pistolas de pregos, das fitas de cartucho para aparelhos Hilti e dos pregos para aparelhos Hilti, ou seja, exatamente os mesmos três mercados que a Comissão havia entendido estarem, na altura, em causa.¹¹²

Depois entendeu o Tribunal que o mercado que deveria ser objeto de análise era o dos pregos para pistolas de pregos pela Hilti fabricadas, mercado esse, onde se veio a considerar que a Hilti exercia, de facto, uma posição dominante.

Para determinar se a Hilti detinha uma posição dominante no mercado, o Tribunal invoca o acórdão *United Brands/Comissão*¹¹³, no qual se refere, que o artigo 102.º do TFUE diz respeito a uma situação de poderio económico, detido por uma empresa, que lhe permite criar obstáculos à manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa, dando-lhe a possibilidade de adotar comportamentos independentes, em larga medida, aos seus concorrentes, clientes e consumidores.

111 Salienta, ainda, a Comissão na sua decisão, que o facto de desde os anos 60 existirem produtores de pregos independentes consubstanciava a existência de um mercado específico de pregos.

112 Pese embora, a Hilti não ter concordado, já que, na sua posição, as pistolas, os pregos e as fitas de cartuchos formavam um todo indissociável e, por isso, era legítimo autorizar os fabricantes das pistolas de pregos a excluir a utilização, nos seus aparelhos, de produtos de consumo diferentes dos da sua própria marca.

113 Acórdão *United Brands/Comissão*, 14 de fevereiro de 1978 (Processo: 27/76).

Para além disso, refere-se também, que a existência de quotas de mercado de grande dimensão é altamente significativa, factor bastante mencionado na jurisprudência comunitária, sempre que é colocada a questão, de apurar se existe uma posição dominante, num determinado mercado.

Além do acórdão *United Brands/Comissão*, também no acórdão *Hoffmann-La Roche*¹¹⁴, se afirmou que a existência de quotas de mercado bastante importante constitui, por si só, salvo circunstâncias excepcionais, a prova de que existe, efetivamente, uma posição dominante.

Ainda, no acórdão *Tetra Pak*¹¹⁵, no qual existia uma empresa, a Tetra Pak, que foi condenada por subordinar a venda de cartões à das suas máquinas, em que se referiu que o facto de a Tetra Pak deter 78% do mercado de embalagens de cartão e 90% do mercado de envase, reforçam a ideia de que esta tinha uma posição dominante no mercado.

Relembre-se que no caso que temos vindo a expor, a quota de mercado da Hilti, no Reino Unido, era de 70% a 80% na venda de pregos FAP, de 70% na venda de fitas de cartucho e de 55% na venda de pistolas e pregos.

A decisão do Tribunal de 1ª instância foi assim, de considerar que a Hilti detinha, de facto uma posição dominante no já referido mercado de pregos para pistolas de pregos pela Hilti fabricadas e, para além disso, que a aludida empresa abusava dessa mesma posição.

Não pode deixar com isto de se sublinhar, que o Tribunal optou por ter em consideração o conceito amplo de abuso, perfilhado por Mestmacker, segundo o qual são abusivas as condutas que prejudiquem, não só os consumidores, mas também os próprios concorrentes, ao invés da que Joliet defendia. E bem, porque na realidade, as cláusulas de subordinação, constituindo abuso, tem como principal finalidade a exclusão dos concorrentes.

Pelo motivo que supra se salientou, não concebemos como é que a aplicação do conceito de abuso por Joliet defendido, alguma vez fez sentido. Isto porque, se tal conceito for efetivamente aplicado, não se vislumbra com que fundamento poderia ser deixado impune, situações como as relativas a algumas formas de abuso de posição

114 Acórdão *Hoffman-La Roche* (Processo: 85/76).

115 Acórdão *Tetra Pak* (Processo C-333/94).

dominante, por exemplo, as de subordinação, cujo os propósitos, apesar de serem variados, se centram exclusivamente num único alvo, concretamente no de prejudicar os concorrentes.

Aproveitando para dar a nossa opinião, cremos que o Tribunal decidiu bem e que a aplicação do conceito amplo pelo autor supracitado é o que faz sentido, na medida em que não vislumbramos razão alguma para que não se dê proteção a um sector (o da concorrência) que na realidade também parece efetivamente merecer, pois que senão poderiam surgir muito mais práticas abusivas com o exclusivo intuito de prejudicar a concorrência nos mercados.

O Tribunal centrou os seus argumentos na estratégia posta em prática pela Hilti, relativamente aos seus clientes e concorrentes e afirmou que esta não constituía um instrumento legítimo de concorrência para a empresa em posição dominante e que a Hilti havia desenvolvido uma política altamente discriminatória e seletiva, o que naturalmente prejudicava a concorrência, devido à suscetibilidade da mesma, em dissuadir outras empresas, de se implementarem no mercado.

Daqui resulta, à semelhança do que é frisado no acórdão pelo Tribunal, posição esta com a qual concordamos inteiramente, que a subordinação pela Hilti desencadeada, no que concerne, à venda de pregos compatíveis com as suas pistolas, à aquisição das fitas de cartucho, constituiu evidentemente um abuso de posição dominante, pois através dela se diminuiu a concorrência ao nível de pregos compatíveis com as pistolas Hilti, sobretudo depois de se ter chegado à conclusão que existia falta de intermutabilidade dos sistemas FAP com outros sistemas de fixação.

Também, em sede de recurso, o Tribunal, no processo C-53/92, de 25 de fevereiro de 1992, a posição até aqui desenvolvida, reafirmando que os utilizadores não tinham de facto, a possibilidade de utilizar sistemas de fixação distintos dos sistemas FAP em numerosos casos, que os diferentes sistemas de fixação correspondiam a necessidades distintas e por isso não eram substituíveis.

6. Conclusão

Após o desenvolvimento e o estudo aprofundado do tema alvo da presente dissertação, compreendemos que as práticas de *tying* e *bundling* não são, por si só, proibidas, sendo necessário para que essa proibição se verifique, estejam reunidos os requisitos a que os artigos 101.º e 102.º do TFUE fazem referência.

Assim, sumariamente, se no primeiro caso, as cláusulas de subordinação não podem ser utilizadas quando constituam um acordo destinado a restringir a concorrência nos mercados, já no segundo, as empresas que se encontrem em posição dominante, num determinado mercado, e que abusem dessa mesma posição, também lhes não podem dar origem.

Foi possível também constatar que as razões que tendem a motivar o recurso à subordinação, por parte das empresas, podem ser da mais diversa índole, desde o de restringir a concorrência nos mercados, à criação de barreiras à entrada de novos concorrentes.

Concluimos, ainda, a existência de várias situações que podem estar associadas às cláusulas de subordinação, nomeadamente a situação dos acordos de licença relativos aos mercados tecnológicos.

Da mesma forma, o estudo em apreço contribuiu para uma melhor compreensão, de que a fronteira entre as situações paradigmáticas de *tying* e *bundling*, é ténue pois, pese embora o facto se tratar de situações distintas, têm, na realidade, fatores comuns, designadamente o objetivo de fornecerem melhores produtos ou ofertas que mostrem mais rentáveis aos consumidores. Também o elemento de coação e o facto de limitarem a liberdade de escolha do consumidor encontram-se em regra presente neste tipo de práticas.

Analisaram-se alguns casos concretos, entre os quais, ao longo dos anos, contribuíram para sedimentar a jurisprudência europeia, e que nos elucidaram, relativamente a noções importantes, como as de subordinação, de poder de mercado, de mercado relevante, de posição dominante e do seu abuso.

Na verdade, após a análise focada em alguns casos jurisprudenciais, concluimos que as empresas ao praticarem este tipo de comportamentos, conduzem na maior parte das vezes, a uma violação dos princípios e regras da concorrência, através da violação

dos artigos 1.º e 2.º do *Sherman Act*, dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e do artigo 11.º da Lei da Concorrência n.º 19/2012

Assim, numa tentativa de apontar “pistas de evolução” para esta temática, retiram-se algumas conclusões, aplicáveis a casos futuros.

Em primeiro lugar, temos vindo a assistir a um crescimento deste tipo de práticas, sendo o consumidor cada vez mais aliciado por subordinação e pacotes de produtos aparentemente atrativos, mas que aos olhos dos especialistas, estas práticas podem e, seguramente, conduzem à afetação do normal funcionamento do mercado.

Deste modo, conclui-se que, com vista a uma correta avaliação, quando são detetados alguns destes comportamentos, é necessário encontrar um equilíbrio que assente em princípios económicos e regras jurídicas.

Torna-se, pois, necessária uma análise, sobretudo preventiva, que permita antecipar alguns resultados nefastos, visto que os possíveis benefícios que estas práticas poderão dar ao mercados e aos consumidores, como os ganhos de eficiência e a conseqüente redução de custos, não estão antes disso, a restringir uma economia que se caracteriza como sendo livre, através da criação de entraves para potenciais concorrentes.

No fundo, a análise destes comportamentos, exige que consideremos, quando determinada empresa decide proceder às práticas de subordinação e ao agrupamento de produtos, passam de económica e legalmente aceites, para situações em que nos deparamos com comportamentos anti concorrenciais.

É também necessário, uma interpretação cuidada, uma vez que apesar de se encontrarem consagradas e regulamentadas as situações que podem conduzir à violação das regras previstas nos artigos atrás referidos, não se encontram expressamente previstas todas as práticas que temos vindo a analisar, nomeadamente o *bundling misto*, apenas sendo apenas possível condenar uma empresa através da subsunção desta prática às regras e exemplos jurídicos previstos nos artigos.

Anexos

Artigo 102.o (ex-artigo 82.o TCE)

(Excerto retirado do Tratado de Funcionamento da União Europeia)

“É incompatível com o mercado interno 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 forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

Lei n.º 19/2012 que aprova o novo regime jurídico da concorrência revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro

Artigo 10.º

Justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas

1 - Podem ser considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;

b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam

indispensáveis para atingir esses objetivos;

c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

2 - Compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no número anterior.

3 - São considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afetando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adotado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

4 - A Autoridade da Concorrência pode retirar o benefício referido no número anterior se verificar que, em determinado caso, uma prática abrangida produz efeitos incompatíveis com o disposto no n.º 1.

Artigo 11.º

Abuso de posição dominante

1 - É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

2 - Pode ser considerado abusivo, nomeadamente:

a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos;

e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.

Bibliografia

- ADAMS, William James e YELLEN, Janet L., “*Commodity Bundling and the Burden of Monopoly*”; The Quarterly Journal of Economics, Vol. 90, No.3, 475-498, Aug. 1976.
- BOWMAN, Ward, "Tying Arrangements and the Leverage Problem", Yale L. J., vol. 67, n.º 1, 1957.
- DOLMANS, Maurits e GRAF, Thomas, “*Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, World Competition, vol. 27, n.º2, 2004.
- ELHAUGE, Einer R., "Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory", Harv. L. Rev., vol. 123, n.º 2, 2009.
- EVANS, David S.; PADILLA, Atilano Jorge; SALINGER, Michael, "A Pragmatic Approach to Identifying and Analysing Legitimate Tying Cases", in EHLERMANN, Claus-Dieter; ATANASIU, Isabela, (orgs.) European Competition Law Annual: What is an Abuse of a Dominant Position?, Vol. 8, Oxford: Hart Publ., 2006.
- GEORGE STIGLER, “*United States v. Loew's, In.: A Note on Block Booking*”.
- GORJÃO HENRIQUES, Miguel, *Direito da União, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 6ª Edição, Almedina, 2010.
- HOVENKAMP, Erik; HOVENKAMP, Herbert, "Tying Arrangements and Antitrust Harm", Ariz. L. Rev., vol. 52, 2010.
- KRATTENMAKER, Thomas, G.; SALOP, Steven C., “*Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price*, Yale L. J.
- MATA, JOSÉ, *Economia da Empresa*, 8.ª Edição.
- MORAIS, DOMINGOS e SILVA, LUÍS, *Direito da Concorrência, Perspetivas Do Seu Ensino.*, 2009.
- MOURA e SILVA, MIGUEL, “*Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial -*”, Almedina, 2008.
- MOURA e SILVA, MIGUEL, *Inovação, Transferência de Tecnologia e*

Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos E.U.A e da União Europeia.

- MOURA e SILVA, MIGUEL, *O abuso De Posição Dominante Na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciência Jurídico-Económicas), 2008.
- PAIS, SOFIA O., *Entre Inovação e Concorrência – Em Defesa de um Modelo Europeu*, Edição 1, Universidade Católica Editora.
- PENA, Paulo, 9 de abril de 2017, Jornal Público “*Europa, a Colónia Digital dos EUA*” via <https://www.publico.pt/2017/04/09/politica/noticia/europa-a-colonia-digital-dos-eua-1767844>
- PONSOLDT, James F.; DAVID, Christopher D., “*A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?*”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 27, n.º 2, 2007.
- RICARDO BORDALO JUNQUEIRO “*Abuso de Posição Dominante*.”
- RICHARD SHMALENSEE, “*Commodity Bundling by Single-Product Monopolies*”.
- RIDYARD, Derek, “*Tying and Bundling - Cause for Complaint?*”, *E.C.L.R.*, vol. 26, n.º 6, 2005.
- SANTANA, CARLOS ALBERTO CABOZ, “*O Abuso da Posição Dominante no Direito da Concorrência*”, Lisboa: Edições Cosmos / Livraria Arco-Íris, 1993.
- WHINSTON MICHAEL D., “*Tying, Foreclosure and Exclusion*” (1990), *American Economic Review.*, vol. 80, n.º 4, 1990.
- WHINSTON, Michael D., “*Exclusivity and Tying in U.S. v. Microsoft: What We Know, and Don't Know*”, *J. Econ. Persp.*, vol. 15, n.º 2, 2001.
- WISH RICHARD, BAILEY, DAVID, *In Competition Law*, Oxford university press, 2015.
- YALE, NALEBUFF, BARRY, DTI ECONOMICS PAPER NO. 1, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, February 2003.

Jurisprudência

- Acórdão Hilti/Comissão (Processo: T – 30/89);
- Acórdão Hilti/Comissão (Processo: T – 53/92);
- Acórdão United Brands/Comissão (Processo: 27/76);
- Acórdão Hoffman-La Roche (Processo: 85/76);
- Acórdão Tetra Pak (Processo: C-333/94);
- Acórdão Europemballage Continental Can/Comissão (Processo: 6/72);
- Acórdão Wouters (Processo: 209/99);
- Acórdão Microsoft (Processo T – 201/04);
- Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992);
- U.S. v. Microsoft (Microsoft III), 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Legislação

- Comunicação da Comissão 2009 C 45/02;
- Comunicação da Comissão 1997 C 372/03;
- Lei n. 19/2012 de 08 Maio;
- Linhas de Orientação sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º;
- Linhas de Orientação Para a Análise Económica De Operações de Concentração Horizontais;
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, (TFUE);
- Tratado da União Europeia, (TUE);
- Constituição da República Portuguesa;
- Decreto-Lei n.º 422/83 de 3 de Dezembro;
- Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de Outubro;
- Decreto-Lei n.º 10/ 2003 de 18 de Janeiro;
- Decreto-Lei n.º 125/2014 de 18 de Agosto.