



O controlo de operações de concentração como forma de evitar a emergência de empresas com posição dominante: dos compromissos em especial

The control of concentration movements in order to avoid originating dominant position: the commitments in particular

Maria José Cardoso

Aluna do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Noémia Teles

Aluna do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

José Neves Cruz

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP); investigador do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE) e da Escola de Criminologia da FDUP

Outubro de 2014

RESUMO: As empresas estão sujeitas a uma concorrência global de grande intensidade, o que as leva a procurar estratégias que lhes permitam criar valor, inovar e adquirir vantagens competitivas face aos concorrentes. Muitas vezes essas estratégias passam por operações de concentração. Estas respondem a várias motivações, incluindo-se entre elas a conquista de poder de mercado ou a exclusividade de acesso a determinado recurso. Destarte, podem originar restrições à concorrência, podendo aumentar o risco de abusos de posição dominante, com graves prejuízos para os consumidores. As autoridades encarregadas da defesa da concorrência têm um papel importante no controlo *ex-ante* e *ex-post* das operações de concentração, sendo que no primeiro caso a preocupação central é evitar a emergência de empresas com posição dominante. Daí que nem sempre as operações de concentração são autorizadas, ou para o ser, as empresas envolvidas ficarão obrigadas a determinados compromissos estruturais ou comportamentais que garantam que o resultado final não seja a configuração de uma posição dominante nos mercados onde operam. Nestes casos a intervenção das autoridades de concorrência não cessa nesse momento, pois a monitorização *ex-post* do cumprimento desses compromissos será determinante para que os problemas que se pretendeu evitar não venham a ocorrer.

PALAVRAS-CHAVE: Controlo de concentrações; abuso de posição dominante; compromissos; vantagem competitiva; monopólio; concorrência

ABSTRACT: Global competition challenges firms and corporations to innovate and to develop competitive advantages in order to achieve market power. One of the major strategies involves acquisitions or mergers with competitors (horizontal concentration) or between firms located at different stages of the production and distribution chain (vertical) or between firms operating in markets that are not directly related (holdings). There are multiple motivations for these concentration movements, and among them is the achievement of market power in order to obtain a dominant position or the purpose of exclusive control (or access) to some kind of resource. These two motivations can cause severe damages to consumers, especially in terms of abuses of monopolistic dominance. So, competition authorities are extremely cautious in controlling concentration operations (*ex-ante* control). If it is expected that a merger may originate a dominant position for the merged company, it will not be authorized. To avoid this kind of decision, the parties involved in the operation of concentration might propose commitments that ensure the dominance will be missed. Then authorities have to ensure the monitoring of compliance with commitments (*ex-post* control), otherwise some problems may arise.

KEY WORDS: Antitrust, market power, competence, competitive advantage, monopoly; commitments

SUMÁRIO:

Introdução

1. Monopólio e poder de mercado

2. Concentrações e posição dominante

3. Abuso de posição dominante

3.1. Enquadramento legal nacional e europeu

3.2. Conduta de abuso de posição dominante

a) Mercado relevante

b) Posição dominante

c) Abuso

3.3. Decisões condenatórias da AdC por abuso de posição dominante no setor das telecomunicações: casos de recusa de acesso a infraestruturas e de compressão de margens

a) A recusa de fornecimento – a decisão da AdC no âmbito do processo “Condutas”

b) A compressão de margens - a Decisão da AdC no âmbito do processo “Banda Larga”

4. Procedimento de apreciação *ex-ante* de operações de concentração e ponderação de interesses

4.1. Procedimento

4.2. Ponderação

5. Compromissos

5.1. Princípios

5.2. Os compromissos na legislação nacional

5.3. Monitorização e incumprimento

5.4. Casos de não oposição com compromissos

5.5. A experiência da Comissão Europeia e de Portugal

a) A experiência da Comissão Europeia

b) A experiência portuguesa

Súmula

Referências bibliográficas

Introdução

A defesa da concorrência, embora esteja hoje largamente instituída na generalidade das economias, assumindo a dignidade de bem público, só adquiriu relevância jurídica não há muito tempo atrás. De facto, os Estados Unidos foram inovadores nesta matéria ao aprovar em 1890 o Sherman Antitrust Act. e em 1914 o Clayton Act. Estas leis procuraram promover a concorrência, tendo por vezes dado origem ao impedimento de concentrações de empresas ou obrigando a que grandes empresas se desmembrassem noutras mais pequenas ou ainda impedindo acordos e práticas concertadas. Note-se que a defesa da concorrência tem alguns custos, pois, entre outros, colide com o aproveitamento de economias de escala e impede sinergias entre empresas. Como se verificará adiante, nem todas as fusões ou outras formas de concentração têm como fito a redução ou a restrição da concorrência. Pelo contrário, num mundo globalizado em que a concorrência mundial é o contexto onde gravitam cada vez mais empresas, a realização de parcerias, a partilha de conhecimentos, a melhor coordenação de atividades são por vezes formas eficazes de desenvolvimento de novos produtos, de introdução de inovações, com grandes benefícios para os consumidores e com maior eficiência na utilização dos recursos.

No caso concreto da concentração de empresas - objeto principal deste trabalho - os governos ou as agências públicas especializadas (como a Autoridade da Concorrência - AdC - em Portugal) devem procurar determinar quais as operações indesejáveis, que predominantemente visam reduzir a concorrência, proibindo-as, e quais as que aumentam o bem-estar social, ou as que são jusconcorrencialmente neutras, não se lhes opondo.

O objetivo da defesa da concorrência não é proteger as empresas, mas garantir a todas "igualdade de oportunidades" no sentido em que se procuram eliminar barreiras à entrada, as quais, a persistirem, confeririam vantagens, criando uma desigualdade favorável às empresas estabelecidas. Na realidade, é reconhecido pela teoria económica que a promoção da concorrência aumenta a capacidade de produção de inovações na economia e o seu potencial de crescimento económico, com elevados benefícios para os consumidores. É tão relevante este desiderato que em Portugal a defesa da concorrência tem consagração constitucional (artigo 81.º, alínea f) CRP)¹. Contudo, ela também pode contender com outro princípio fundamental das economias de mercado: a liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial, o qual também está consagrado constitucionalmente nos artigos 61.º, n.º1, e 80.º, alínea c) da CRP, com um regime equiparado ao dos Direitos Liberdades e Garantias (artigo 17.º CRP). Deste modo, na atuação da AdC, em especial no controlo das operações de concentração, haverá que ponderar os interesses conflitantes de empresas e de consumidores que potencialmente possam ser lesados, tendo como escopo o interesse geral da comunidade. Nesta ratio, a AdC, embora seguindo princípios de legalidade e

¹ Ao Estado incumbe "assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral".

salvaguardando os direitos de defesa dos interessados, enquanto autoridade reguladora independente, tem alguma margem de discricionariedade, dado que lida com conceitos indeterminados e de difícil mensuração na decisão sobre a autorização ou não deste tipo de operações.

A maior preocupação que assiste o controlo das operações de concentração é a criação de uma empresa em posição dominante ou de uma posição dominante coletiva, capaz de exercer poder de monopólio, que normalmente resulta em subida de preços e redução das quantidades transacionadas no mercado². Destarte, as operações de concentração podem ter implicações muito relevantes em termos de restrição da concorrência, o que levou a que o Regime Jurídico da Concorrência (RJC - Lei 19/2012 de 8 de maio)³ consagrasse no seu artigo 37º a obrigatoriedade de notificação prévia de operações de concentração de empresas, se cumpridos os requisitos aí elencados (controlo *ex-ante*). Dessa apreciação podem resultar, de acordo com o artigo 50.º do RJC, três possíveis decisões: aprovação sem condições; não aprovação; aprovação com compromissos⁴, os quais são formas de reduzir os efeitos restritivos da concorrência que poderão resultar da operação de concentração. Assim, segundo o n.º 1 do artigo 51.º, os compromissos têm em "(...) vista a assegurar a manutenção da concorrência efetiva." Neste trabalho dedicou-se especial atenção à adoção de compromissos, pois a avaliação dos seus riscos e benefícios e a sua monitorização são muito relevantes para que as operações de concentração não sejam nocivas para a concorrência.

A primeira secção versa sobre o poder de monopólio, explorando os custos e benefícios inerentes e explicitando-o como expressão de posição dominante de uma empresa, podendo emergir em resultado de uma operação de concentração. A segunda secção explora a ligação entre o controlo de operações de concentração e o desígnio de evitar a configuração de empresas com posição dominante. Na secção seguinte percorre-se o enquadramento jurídico e alguma jurisprudência sobre o abuso de posição dominante, especificando o caso das telecomunicações. Na quarta secção a tónica reside no controlo *ex-ante* de operações de concentração, designadamente na análise dos procedimentos para evitar que estas operações resultem na formação de posição dominante. Na quinta secção releva-se o papel dos compromissos como contrapartida para a autorização de operações de concentração e a importância da sua monitorização para garantir a não configuração de posição dominante. Por fim, faz-se uma breve súmula.

² Cfr. o n.º 1 do artigo 11.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC) - Lei 19/2012 de 8 de maio.

³ O mesmo acontece na União Europeia - Regulamento (CE) n.º 139/2004 de 20 de Janeiro de 2004, (relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24 de 29.1.2004) que reviu o Regulamento (CEE) n.º 4064/1989 - e nos EUA - Hart-Scott-Rodino Act, 15 USC section 18.

⁴ Estruturais, como venda de ativos; ou comportamentais, anunciando - ou renunciando a - determinados comportamentos no mercado relevante para a nova entidade.

1. Monopólio e poder de mercado

O poder de mercado expressa-se pela possibilidade de uma empresa subir os preços acima do que seriam os preços de concorrência, conseguindo assim obter lucros acima do *normal*⁵. A situação mais típica que confere poder de mercado é o caso em que num dado mercado apenas subsiste uma única empresa (monopólio), o que poderá acontecer por diversas razões⁶ (por exemplo, existência de barreiras à entrada de outras empresas ou em virtude de reduções de custos associados a economias de escala⁷). Esta situação só se manterá se não for possível estabelecerem-se nesse mercado empresas concorrentes que transitariam para o setor atraídas por níveis de remuneração do capital acima do *normal*⁸, derivados da existência de preços elevados, ou se a empresa monopolista consegue dissuadir novos entrantes, ou dispõe de conhecimentos, tecnologia, ou o controlo de recursos que mais ninguém possui.

A empresa monopolista pode elevar o preço acima do que seria o preço de concorrência, uma vez que determina a quantidade oferecida no mercado, sendo que, quanto mais escasso é um dado bem, maior será o preço que os consumidores estão dispostos a pagar pelas (poucas) unidades existentes⁹. Note-se, no entanto, que o monopolista não tem total poder sobre o preço, pois não lhe interessa fixar um preço tão elevado que ninguém esteja disposto a adquirir o bem, pelo que, nesse caso, o número de unidades vendidas seria zero, o que levaria à existência de prejuízos (pois os custos fixos da empresa não seriam cobertos). Destarte, de alguma forma o poder do monopolista está limitado pela disponibilidade a pagar dos potenciais consumidores (curva da procura). Porém, a quantidade transacionada vai ser inferior à de situação de concorrência e o preço superior¹⁰. Isso constitui um prejuízo para os consumidores e também uma ineficiência para a economia, dado que não serão produzidas unidades cujo custo de produção é inferior ao bem-estar que o seu consumo geraria na sociedade¹¹. Não são produzidas, porque a

⁵ A remuneração normal consiste na remuneração suficiente para cobrir todos os custos e ainda a remuneração do empresário adequada ao nível de risco, correspondente a uma situação de elevada concorrência em que a margem de lucro não é suficientemente elevada para que investidores de outros setores se sintam atraídos pelo setor, ou seja, não tenham interesse em direcionar os seus investimentos para esse setor.

⁶ Quanto a possíveis origens de um monopólio vide PEDRO LEÃO – *Economia dos mercados e da empresa*. Lisboa: Escolar Editora, 2011, p. 43-46.

⁷ Cfr. N. GREGORY MANKIW – *Principles of economics*. International Student Edition, 3th edition, Thomson – South Western, 2004, p. 316-318 sobre o surgimento de monopólio a partir de barreiras à entrada e de economias de escala.

⁸ *Idem*, p. 319-324, sobre os lucros do monopolista.

⁹ A disponibilidade a pagar corresponde ao mais alto valor que um consumidor está disposto a pagar por uma dada unidade do bem, ou seja, é o valor monetário do bem-estar que essa unidade confere ao consumidor. De outra forma não poderia ser, pois não seria razoável um consumidor estar disposto a pagar mais por um bem do que o bem-estar que esse bem lhe confere, tendo em conta que os seus recursos são escassos e que possui outras necessidades a satisfazer, tendo para tal de adquirir muitos outros bens.

¹⁰ Pressupondo que no mercado todas as unidades são vendidas ao mesmo preço, ou seja, que não existe discriminação de preços. Se o monopolista produzir maior quantidade vai ter de vender todas as unidades mais baratas e se baixar a quantidade produzida, vai vender todas as unidades a um preço superior, sendo que, no final, a situação que o leva a maximizar os lucros corresponde à venda de uma menor quantidade a um preço mais elevado do que na situação de concorrência perfeita – vide GREGORY MANKIW, *Principles of economics*, op. cit., p. 324-325.

¹¹ Sobre o custo social da não concorrência vide NUNO CASTRO MARQUES e MANUEL CABUGUEIRA – Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público (p. 655-675). In JOSÉ NEVES CRUZ, CARLA CARDOSO, ANDRÉ

disponibilidade a pagar por elas não é suficiente para cobrir os ganhos da empresa monopolista por vender menos unidades a um preço superior¹².

Note-se que os ganhos *extraordinários* do monopolista não são a causa de ineficiências na economia, se admitirmos que existe uma entidade que exerce redistribuição dos ganhos para os consumidores (por exemplo, lança impostos sobre o monopolista, que depois seriam transferidos para os consumidores). Mas as ineficiências surgirão de qualquer sistema redistributivo aferido a escolhas no mercado, como está amplamente demonstrado pela literatura da economia pública.¹³

O monopolista encontra uma limitação adicional ao seu poder de mercado se houver possibilidade de os consumidores substituírem o bem que produz por outros que satisfaçam a mesma necessidade. Os problemas de poder de mercado surgem em bens com baixa substituíbilidade e, portanto, de que os consumidores muito dependem, sendo mais grave do ponto de vista social quando se tratam de bens que satisfazem necessidades básicas (medicamentos, cuidados de saúde, educação, água potável, energia, bens alimentares, comunicações, entre outros).

Um caso em que o poder de mercado não leva a que se transacione uma quantidade inferior à de concorrência ocorre quando o monopolista consegue fazer uma discriminação completa dos preços, ou seja, quando vende cada unidade precisamente ao preço correspondente à disponibilidade a pagar (o preço de cada nova unidade vendida vai ser menor do que o da unidade anterior, pois cada nova unidade diminui a escassez do bem no mercado¹⁴). Neste caso a empresa monopolista auferir o máximo possível de ganhos *extraordinários*. Se houvesse um sistema redistributivo eficiente, a sua aplicação, retirando esses ganhos ao monopolista e transferindo-os para os consumidores, levaria a que a situação de monopólio não se diferenciasse da de concorrência. Mais uma vez o problema reside na impossibilidade de redistribuir sem interferir com escolhas no mercado, causando-se por isso ineficiências na economia.

Para além do que foi indicado relativamente às ineficiências associadas ao poder de mercado, convém referir que existem outras perdas associadas à restrição da concorrência por poder monopolista, designadamente a falta de pressão para uma gestão mais cuidada das empresas como a que adviria da competição entre concorrentes. Se esta existisse, as empresas seriam mais produtivas e criativas na redução de custos obtendo êxito nos processos de seleção das empresas mais eficientes, o que resultaria numa redução dos preços de mercado e numa melhoria da qualidade dos produtos transacionados. Por fim, também é possível falar de um ineficiência dinâmica do poder de mercado que advém da redução da velocidade de entrada de novos produtos e processos. Estando a concorrência

LAMAS LEITE e RITA FARIA (coord.), *Infrações económicas e financeiras: estudos de Criminologia e Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 657-659.

¹² Cfr PEDRO LEÃO – *Economia dos mercados e da empresa*, *op. cit.*, p. 46-47, sobre a fixação de preços de monopólio.

¹³ Cfr. JOSÉ NEVES CRUZ – *Economia e Política: uma abordagem dialéctica da escolha pública*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 133-145, para uma breve análise dos custos de eficiência da redistribuição.

¹⁴ Cfr. GREGORY MANKIW, *Principles of economics*, *op. cit.*, p. 334-339, sobre a discriminação de preços em monopólio.

restringida, não existe pressão para esta dinâmica. Concorrendo entre si as empresas serão levadas a procurar de soluções que lhes deem vantagens sobre os concorrentes, o que se traduzirá numa maior velocidade na introdução de novos produtos e processos.¹⁵ Há porém algumas variantes a este resultado, nomeadamente quando a investigação e desenvolvimento (i+d) de novos produtos e processos só é compatível com a garantia de poder de mercado (por exemplo, o direito de monopólio conferido por patentes), ou quando os custos de (i+d) são proibitivos para empresas que não possuem grande dimensão e que não geram grandes níveis de lucros. Esta questão será retomada *infra*.

Conclui-se assim que a permanência de empresas com forte poder de mercado, ou seja, que possuem uma posição dominante (comportam-se de forma independente, porque os concorrentes são fracos, ou inexistentes) é do ponto de vista do bem-estar social indesejável, dado que, como se viu, com uma grande probabilidade ocorrerão situações de ineficiência económica, com perdas para os consumidores. As políticas de defesa de concorrência interiorizaram profundamente esta abordagem, não sem algumas críticas. Na realidade, atualmente, na atuação das autoridades de concorrência reconhece-se que não é possível concluir do exposto que qualquer situação que configure uma posição dominante deva ser combatida, nem que o poder de mercado adstrito a essa posição tem sempre como consequência maior a existência de perdas de eficiência.

Desde logo porque a *alma* do mundo dos negócios e dos sistemas de mercado não é a concorrência, mas, precisamente o contrário, ou seja, é a busca de uma posição dominante. De facto, a concorrência é o contexto em que diferentes empresas se combatem (*guerra*), procurando cada uma ser melhor do que as outras, eliminando-as, para maximizar os seus ganhos. Deste ponto de vista, as políticas de defesa de concorrência, ao combater a consolidação de empresas com poder de mercado, procuram prolongar a *guerra* evitando que haja um vencedor. Mas não seria justo que aquelas que combateram e conseguiram ser melhores fossem remuneradas pelo seu êxito? A visão da denominada Escola de Chicago nos anos 50 e 60 do século XX colocou a tónica na crítica ao forte intervencionismo das autoridades de concorrência e dos tribunais nos comportamentos das empresas, sobretudo no que se referia a evitar concentrações verticais¹⁶.

Mas foi na década de 80 e seguintes do século XX que se deu um reequacionamento das políticas de concorrência, por via da influência da recuperação da visão de Schumpeter sobre o desenvolvimento económico assente em inovações e no papel do empreendedor. Este autor centrou a dinâmica da economia no esforço do empresário para conquistar poder de monopólio (fazer diferente e melhor do que os outros, ou seja, ser único). Mais, a abordagem de Schumpeter defende que a existência de poder de mercado é uma condição essencial para a produção de inovações, pois sendo a introdução de novos processos e produtos altamente custosa, por via do esforço de (i+d), não se pode compreender a sua

¹⁵ Sobre as ineficiências associadas ao poder de mercado *vide* MASSIMO MOTTA – *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004, p. 40-64, e JOHN LIPCZYNSKI, JOHN WILSON E JOHN GODDARD – *Industrial organization: competition, strategy, policy*, 2nd edition. Essex: Pearson Education, 2005, p. 56-62.

¹⁶ Cfr. MASSIMO MOTTA – *Competition policy: theory and practice*, *op. cit.*, p. 8 e ROBERT O' DONOGHUE e A. JORGE PADILLA – *The Law and Economics of article 82 EC*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 179.

existência se se admitir a entrada no mercado sem restrições de novos concorrentes¹⁷. Paralelamente, Michael Porter chamava à atenção para a dinâmica empresarial na busca de vantagem competitiva, ou seja, cada empresa deveria procurar ser fonte de criação de valor de forma diferenciada face às demais, conseguindo dessa forma uma resposta única e inimitável, num dado prazo, que lhe conferiria uma vantagem face aos concorrentes. O conceito de vantagem competitiva *grosso modo* equivale a obtenção de poder de monopólio, donde resultaria o êxito da empresa, ou seja, a capacidade para obter lucros *extraordinários*. Este autor de alguma forma previu a importância da concorrência num contexto global e a necessidade de busca de fontes de vantagem competitiva global¹⁸. As consequências destas abordagens nas políticas de concorrência traduziram-se na ponderação de efeitos conflitantes ao nível da eficiência económica e bem-estar social na avaliação de práticas restritivas de concorrência. Este balanço económico-social tem especial preponderância na avaliação de operações de concentração¹⁹.

O poder de monopólio também é conseguido quando todas as empresas fornecedoras de um dado produto acordam entre si comportar-se como se de uma única empresa se tratasse, estabelecendo em conjunto uma aproximação ao preço de monopólio, ou criando outro tipo de restrições que acabam por ter consequências semelhantes. Neste caso estaríamos no domínio das restrições de concorrência com base em acordos ou práticas concertadas, previstos na lei portuguesa no artigo 9.º do RJC e na Comunidade Europeia no artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), também vulgarmente denominados de cartéis²⁰, que não serão objeto análise do presente artigo.

Do exposto desta secção fica bem patente que serão elementos centrais na apreciação de uma operação de concentração a determinação do mercado relevante tendo em conta os produtos substituíveis, a avaliação da posição das empresas nesse mercado, para aferição do poder de mercado da(s) empresa(s) concentrada(s) e demais concorrentes, os efeitos de perda de eficiência económica associados à restrição da concorrência por potenciais abusos de posição dominante²¹ e os ganhos de eficiência que podem resultar da operação de

¹⁷ Para uma análise sumária da abordagem de SCHUMPETER, designadamente sobre inovação e desenvolvimento económico *vide* XAVIER VENCE DEZA - *Economía de la innovación y del cambio tecnológico*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., 1995, p. 106-126, e sobre estrutura de mercado e inovação *cfr. idem*, p. 153-155.

¹⁸ *Cfr.* MICHAEL E. PORTER - *Estratégia competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência*, 7ª edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, Ltda., 1986, p. 258-263, sobre concorrência e vantagem competitiva em indústrias globais.

¹⁹ Relativamente a Portugal, isso é indicado no artigo 41.º, n.º 2, alínea k) do RJC: "(...) na apreciação (...) serão tidos em conta, designadamente, os seguintes fatores: k) A evolução do progresso técnico e económico que não constitua um obstáculo à concorrência, desde que da operação de concentração se retirem diretamente ganhos de eficiência que beneficiem os consumidores."

²⁰ Ao falar de cartel consideram-se os acordos ou práticas entre empresas concorrentes que visam "coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anticoncorrenciais contra outros concorrentes" - *vide* a definição de cartel utilizada pela Comissão Europeia no § 1 da sua Comunicação relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO C 298, de 8.12.2001).

²¹ "A posição dominante foi definida ao abrigo da legislação comunitária como sendo uma posição de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efetiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo dos consumidores. Esta noção de independência está relacionada com

concentração em virtude da produção de inovações, designadamente através do desenvolvimento de novos produtos ou processos²².

2. Concentrações e posição dominante

A concentração de empresas encontra-se regulada no artigo 36.º, n.º1, do RJC, como uma “mudança duradoura de controlo sobre a totalidade ou parte de uma ou mais empresas, em resultado: a) da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; b) da aquisição, direta ou indireta, do controlo da totalidade ou de partes do capital social ou de elementos do ativo de uma ou de várias outras empresas, por uma ou mais empresas ou por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa”²³. Semelhante estatuição é encontrada no artigo 3º, nº 1, do Regulamento CE nº139/2004²⁴.

As modalidades de concentração são essencialmente a *aquisição* e a *fusão* de empresas. Segundo Pedro Leão²⁵, uma operação pública de aquisição (OPA) “(...) acontece quando uma empresa compra a maioria ou a totalidade de ações de outra empresa, ficando detentora não apenas dos seus ativos, mas também com a responsabilidade dos seus passivos.” Por sua vez uma fusão ocorre quando pelo menos duas empresas “(...) decidem juntar os seus ativos e passivos numa única empresa.”²⁶ Para José Engrácia Antunes²⁷ as fusões e aquisições “(...) embora sejam modalidades distintas e alternativas de concentração interempresarial (...) podem entrecruzar-se, mediante a combinação de uma fusão com uma aquisição de controlo

o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita” (Comunicação da Comissão: “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” Bruxelas, 9.2.2009 C (2009) 864 final).

²² Relativamente ao regime jurídico da concorrência em Portugal, tendo em conta a redação do artigo 41.º, n.º 1 do RJC sobre a apreciação das operações de concentração, em que se refere a centralidade da ponderação dos interesses dos consumidores e o n.º 2, alínea k), do mesmo artigo, quanto ao balanço económico: “(...) desde que da operação se retirem diretamente ganhos de eficiência que beneficiem os consumidores.” *vide* MICHAEL WHINSTON – *Lectures on antitrust economics*. Massachusetts: The MIT Press, 2006, p. 57-62, que explica porque neste caso a ponderação dos ganhos de eficiência não é neutra, mas fortemente marcada pela alteração de bem-estar dos consumidores. Ou seja, mesmo que a operação de concentração que restringe a concorrência, fazendo subir o preço para os consumidores, tenha ganhos superiores à perda de bem-estar associada à restrição da concorrência isso não significa que a operação seja autorizada, o que apenas acontecerá se os ganhos de eficiência forem apropriados pelos consumidores, de modo a que o balanço económico para estes seja inequivocamente positivo.

²³ Como se vê deste preceito legal, o conceito de concentração está ligado ao conceito de alteração do controlo de pelo menos uma empresa e, segundo JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – Controlo da concentração de empresas e grupos de sociedades, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, n.º 6, Junho 2011, p. 80, o conceito jurídico-concorrencial de controlo é extremamente amplo, indo muito além do conceito jurídico-societário.

²⁴ Cfr. CAROLINA CUNHA – *Controlo das concentrações de empresas: direito comunitário e direito português*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 37-46, e ROBERT O’ DONOGHUE e A. JORGE PADILLA – *The Law and Economics of article 82 EC*, *op. cit.*, p. 38-42, sobre o percurso do regime comunitário do controlo de operações de concentração.

²⁵ PEDRO LEÃO – *Economia dos mercados e da empresa*, *op. cit.*, p. 91.

²⁶ CAROLINA CUNHA – Capítulo III Operações de concentração de empresas. Secção I Operações sujeitas a controlo. Artigo 36.º Concentração de empresas, (p. 398-407). In MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES e GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), *Lei da concorrência: comentário comimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 398-407, comentando o artigo 36.º do RJC elenca um conjunto de modalidades de concentração contidas no artigo. Também JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – Controlo da concentração de empresas e grupos de sociedades, *op. cit.*, p. 70-80, apresenta diferentes modalidades de concentração, sendo a mais vulgar as aquisições (p. 70). *Vide* ainda MIGUEL MOURA E SILVA – *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 808 – 813.

²⁷ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES – Controlo da concentração de empresas e grupos de sociedades, *op. cit.*, p. 70.

ou vice-versa, caso em que haverá que determinar se estaremos diante de uma operação de concentração unitária ou de duas operações autónomas.”

A concentração de empresas leva muitas vezes a que estas ganhem poder de mercado e restrinjam a concorrência. Ainda assim, o que as motiva nem sempre é esse objetivo, mas o aproveitamento de sinergias e ganhos de eficiência. As autoridades de concorrência avaliam se estas operações irão resultar em subida dos preços e se levarão a acordos comportamentais entre os concorrentes nos mercados abrangidos.

As operações de concentração podem assumir diferentes naturezas: *concentração horizontal* – passam-se entre empresas concorrentes num dado mercado, reduzindo o seu número e normalmente aumentam o poder de mercado, o que as torna perigosas do ponto de vista da defesa da concorrência; *concentração vertical*²⁸ – ocorrem entre empresas em diferentes estádios de produção de um dado bem ou serviço, não tendo efeitos concorrenciais diretos em cada um dos mercados envolvidos, mas afetando a concorrência em mercados conexos; *conglomerado* – resulta de estratégias de diversificação das empresas, levando à formação de “holdings”, as quais são grupos de empresas produzindo diferentes produtos e envolvidas em diversos mercados que pelo menos de forma aparente estão separados. Os conglomerados podem ser de três tipos: conglomerados de extensão de mercado – incluem produtos com elevado grau de substituição, operando em mercados geográficos distintos; conglomerados de extensão de produto – empresas que produzem bens complementares, que podem ser produzidos ou distribuídos da mesma forma; conglomerados de diversificação – envolvem produtos que não são substituíveis, nem complementares. Os dois primeiros tipos de conglomerado causam alguma preocupação em termos de defesa da concorrência, quando aumentam o poder de mercado e criam barreiras à entrada. Os conglomerados de diversificação não colocam preocupações anticoncorrenciais, a não ser quando as empresas se cruzam nos diferentes mercados, umas como clientes e outras como fornecedores²⁹.

As razões comumente apontadas na literatura como mais associadas às concentrações são a redução de custos unitários de produção, o aproveitamento de economias de escala, a necessidade de desenvolver atividades de (i+d), a melhoria do poder de negociação empresarial, o resultado de uma estratégia de defesa contra possível aquisição hostil, a obtenção de sinergias de gestão, a compatibilização dos produtos das empresas envolvidas e, no caso de concentração horizontal, a procura de obtenção de uma posição dominante. Mais especificamente relativamente às concentrações verticais acrescenta-se ainda evitar a “dupla margem”³⁰, eliminar custos de coordenação, eliminar tributação nas transações intraempresa, melhorias técnicas (melhores sistemas de informação, necessidade de sincronização perfeita de operações), evitar exagerada dependência dos fornecedores de componentes (integração a montante) ou dos distribuidores (integração a jusante),

²⁸ De acordo com MICHAEL WHINSTON – *Lectures on antitrust economics, op. cit.*, p. 133, *vertical* significa “(...) agreements between two parties located at different stages of the production and distribution chain.”

²⁹ Cfr. CAROLINA CUNHA – *Controlo das concentrações de empresas...*, *op. cit.* p. 31-33.

³⁰ Se o produtor e o retalhista têm poder de monopólio e não estão integrados, ambos vão explorar esse poder originando uma dupla margem de resultados extraordinários. O preço final será superior e a quantidade transacionada inferior à que existiria no caso de integração das duas empresas.

aproveitamento de externalidades positivas³¹, especificidade dos ativos físicos ou humanos³² e criar condições de exclusividade de mercado, ganhando posição dominante e daí retirando ganhos de monopólio³³.

De todos os motivos elencados, a obtenção de posição dominante num dado mercado a partir de uma concentração horizontal³⁴ e a criação de condições de exclusividade de mercado, no caso das concentrações verticais³⁵, são os potencialmente mais propícios a originar comportamentos que levam à verificação de restrições à concorrência³⁶. Como se vê há múltiplas razões para a concentração horizontal e vertical que não se prendem com a posição dominante ou a obtenção de condições de exclusividade, mas expressam, conforme referido *supra* a propósito das abordagens de Schumpeter e de Porter, a procura de inovações e de vantagens competitivas num mundo em concorrência global cada vez mais forte.³⁷ Dos dois motivos mais propícios a criar restrições à concorrência adquirir posição dominante é o que maior atenção e oposição recebe das autoridades de concorrência pois, de facto, as operações de concentração horizontal são as que mais entaves colocam à concorrência³⁸.

Isto está bem patente na legislação portuguesa, como é exemplo o artigo 37.º do RJC que apresenta os critérios que obrigam à notificação prévia das operações de concentração, sendo que os mesmos se baseiam na quota de mercado e no volume de negócios, o que é demonstrativo de que a dimensão das empresas no mercado é o elemento mais relevante a ser considerado, o qual se relaciona com a posição relativa que as empresas têm no mercado, o que é revelador de que o problema a evitar é a posição dominante (sabendo-se que dela facilmente resultam abusos que configuram restrições de concorrência). Mas o n.º 4 do artigo 41.º do RJC, que refere os fatores a ter em conta nas operações de concentração, é ainda mais esclarecedor quanto à prioridade desta preocupação, pois refere explicitamente o problema: “Não são autorizadas as concentrações de empresas que sejam suscetíveis de criar entaves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste, em particular se os entaves resultarem da *criação ou do reforço de uma posição dominante*.” (itálico nosso).

³¹ Por exemplo, internalização de direitos de propriedade quando uma empresa descobre um novo processo que apenas outra pode desenvolver – a que descobre adquire a segunda, pois, uma vez passada a informação, seria difícil manter a exclusividade dos benefícios.

³² Quando a atividade, os processos, ou a especialização dos recursos humanos é tal que duas empresas ficam em monopólio bilateral, pois mais nenhuma pode usar esses recursos. Também se aplica quando os custos de transporte são determinantes e as empresas estão localizadas na vizinhança. Para impedir uma excessiva competição entre elas pelo prémio de monopólio é melhor a integração.

³³ Cfr. JOHN LIPCZYNSKI, JOHN WILSON E JOHN GODDARD – *Industrial organization: competition, strategy, policy*, op. cit., p. 172-173 e p. 246-262, e PEDRO LEÃO – *Economia dos mercados e da empresa*, op. cit., p. 192-194, sobre motivos da concentração.

³⁴ Cfr. em MASSIMO MOTTA – *Competition policy: theory and practice*, op. cit., p.233-234, a explicação sobre o porquê de as concentrações horizontais originarem poder de mercado que pode levar a que as empresas concentradas obtenham uma posição dominante.

³⁵ *Idem*, p. 338-343 explica como a concentração vertical pode originar restrições da concorrência.

³⁶ Os outros motivos, embora claramente distantes da existência de intenção em que a concentração venha a restringir a concorrência, podem, contudo, não evitar que o problema aconteça quando se dá a concentração.

³⁷ Cfr. JOSÉ NEVES CRUZ – Considerações sobre a empresa em contextos globais, *Revista da Faculdade de Direito*, Ano VI, 2009, p. 320-331, acerca dos contextos dinâmicos em que vivem as empresas e as suas respostas, designadamente a concentração vertical e a cooperação interempresarial.

³⁸ A este propósito *vide* MICHAEL WHINSTON – *Lectures on antitrust economics*, op. cit., 136-139, sobre os argumentos da Escola de Chicago demonstrativos de que nos contratos de exclusividade (verticais) não haverá incentivos para a exploração de ganhos de monopólio.

Também as normas comunitárias relativas à concorrência enfatizam a mesma preocupação. O Regulamento (CE) 139/2004 no n.º 2 e no n.º 3 do artigo 2.º relativo à apreciação de concentrações explicitam que o problema central é o reforço de uma posição dominante³⁹. Einer Elhauge e Damien Geradin⁴⁰ referem que na União Europeia os efeitos de criação de posição dominante são centrais no regulamento das concentrações.

Do exposto parece claro que a grande preocupação do controlo das operações de concentração é evitar que estas, uma vez realizadas, venham a possibilitar a ocorrência de abusos de posição dominante, pelo que se torna oportuno aprofundar o que está em causa quando tal acontece.

3. Abuso de posição dominante

3.1. Enquadramento legal nacional e europeu

O abuso de posição dominante consubstancia uma prática restritiva da concorrência expressamente proibida pelos artigos 102.º do TFUE. e 11.º do RJC. Ambos os artigos proíbem a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante, contudo nenhum deles explica o que é deter uma posição dominante. De igual modo, nenhum dos referidos artigos explica em que se traduz a exploração abusiva da posição dominante, limitando-se a consagrar um elenco meramente exemplificativo de comportamentos que podem consubstanciar abuso. Ricardo Bordalo Junqueiro⁴¹ refere que uma posição dominante “corresponde, grosso modo, à detenção de poder substancial de mercado por uma ou mais empresas, individual ou coletivamente.” Ou seja, conforme já referido *supra*, a posição dominante está muito associada à quota de mercado e ao volume de negócios da empresa, sendo precisamente estes os indicadores escolhidos para a apreciação *ex-ante* de operações de concentração. O anterior RJC (Lei n.º 18/2003, de 11 de junho) avançava uma definição de “posição dominante”⁴², mas o atual RJC não o faz, limitando-se a deixar uma lista de comportamentos abusivos. Contudo, segundo Adalberto Costa⁴³, a definição aparece de forma consolidada na jurisprudência europeia, sendo o seu

³⁹ Artigo 2.º, n.º 2 do Regulamento (CE) 139/2004: “Devem ser declaradas compatíveis com o mercado comum as concentrações que não entravam significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da *criação ou do reforço de uma posição dominante.*” (itálico nosso);

Artigo 2.º, n.º 3 do Regulamento (CE) 139/2004: “Devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as concentrações que entravam significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da *criação ou do reforço de uma posição dominante.*” (itálico nosso).

⁴⁰ EINER ELHAUGE e DAMIEN GERADIN – *Global competition law and economics*. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 803.

⁴¹ RICARDO BORDALO JUNQUEIRO - *Abusos de posição dominante*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59.

⁴² Artigo 6.º, n.º2: “2 — Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: a) A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes; b) Duas ou mais empresas que actuem concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.”

⁴³ ADALBERTO COSTA – *O novo Regime Jurídico da Concorrência: anotado e comentado*. Porto: Vida Económica – Editorial, S.A., 2014, p. 39.

elemento principal a capacidade de a empresa em posição dominante ser aquela que se comporta independentemente dos seus concorrentes, clientes e até consumidores, tal é o seu poder de mercado⁴⁴.

A revogação da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, pelo RJC permitiu uma aproximação do regime nacional ao regime comunitário. Assim, hoje as diferenças prendem-se com o facto de o artigo 102.º do TFUE conter dois requisitos adicionais face ao artigo 11.º do RJC. De facto, o TFUE exige que o comportamento abusivo seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros e que a posição dominante seja detida pelo menos numa parte substancial do mercado interno da UE. Não estando cumpridos estes dois requisitos não se aplica o artigo 102.º do TFUE, ainda que seja aplicável a legislação nacional. Ainda assim não se trata de uma diferenciação substancial de regimes. Quanto à lista exemplificativa de comportamentos abusivos também há identidade quase total entre a legislação comunitária e nacional. No que respeita às modalidades de abuso objeto de estudo, a compressão de margens enquadra-se no artigo 11.º, n.º 2, alínea b) do RJC, que corresponde ao artigo 102.º, alínea b) do TFUE. Já a recusa de fornecimento só encontra consagração a nível interno⁴⁵. Porém, tal não significa que esta prática não seja proibida pelo TFUE. Simplesmente a Lei n.º 18/2003 já fazia menção expressa à recusa de fornecimento pelo que o legislador optou por manter a previsão, de forma a evitar que se gerassem dúvidas interpretativas⁴⁶.

Outro instrumento legislativo relevante nesta matéria é o Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de dezembro de 2002. Este Regulamento, no seu artigo 3.º prevê uma regra de convergência entre a legislação comunitária e impõe à AdC a aplicação do atual artigo 102.º do TFUE sempre que aplique a legislação nacional a um abuso de posição dominante também proibido pelo Tratado.

Ainda que não se integrem na categoria de legislação, a Comissão Europeia elaborou dois documentos que assumem manifesta importância no estudo do abuso de posição dominante. Estamos a falar do "Discussion Paper" sobre a aplicação do artigo 102.º do TFUE⁴⁷ e da Orientação sobre o artigo 102.º do TFUE⁴⁸. Com estas duas comunicações, a Comissão veio esclarecer inúmeras dúvidas interpretativas acerca do artigo 102.º do TFUE, permitindo concretizar melhor os comportamentos que configuram um abuso de posição dominante.

⁴⁴ Cfr. nota 20 e *vide* ADALBERTO COSTA – *O novo Regime Jurídico da Concorrência...*, *op. cit.*, p. 41, para a referência a alguns acórdãos dos tribunais da UE em que o conceito é referido. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO – *Abusos de posição dominante*, *op. cit.*, p. 60, transcreve a definição incluída no Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76 *United Brands/Comissão*, Col. 1978, p. 77, para. 65: "a posição dominante a que se refere esse artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores."

⁴⁵ Cfr. artigo 11.º, n.º 2, alínea e) do RJC.

⁴⁶ Neste sentido, *vide* RICARDO BORDALO JUNQUEIRO – *Abusos de posição dominante*, *op. cit.*, p. 115.

⁴⁷ *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, 2005. Disponível na Internet: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>, consultado em 24.7.2014.

⁴⁸ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE (atual 102.º do TFUE) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009. Disponível na Internet:

<http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacao_aplicacao_art82_2009.pdf>, consultado em 24.7.2014.

3.2. Conduta de abuso de posição dominante

Para se saber se determinada conduta consubstancia um abuso de posição dominante é necessário esclarecer três pontos prévios: numa primeira fase é necessário definir o mercado relevante, para depois se averiguar a existência de uma situação de posição dominante e, finalmente, indagar se houve abuso.

a) Mercado relevante

A posição dominante não existe em abstrato; pelo contrário, existe em relação a um mercado relevante em concreto. Assim, a definição do mercado relevante é o primeiro passo lógico.

O mercado relevante engloba a empresa em análise e as suas concorrentes diretas, não se confundindo, por isso, com o vocábulo “mercado” quando usado no sentido de setor de atividade⁴⁹.

O mercado relevante do produto é constituído pelos bens e serviços substituíveis pelo consumidor devido à sua homogeneidade⁵⁰. São produtos que fazem parte do mesmo mercado relevante em virtude da sua similitude, que leva a que ligeiros aumentos do preço de um dos bens leve o consumidor a substituí-lo por outro bem equivalente. Assim, são produtos cuja elasticidade preço/procura e elasticidade preço /cruzada são elevadas⁵¹.

Uma vez determinado o mercado relevante do produto, tem que se identificar o mercado relevante geográfico, ou seja, a região em que as empresas que fornecem os produtos pertencentes ao mesmo mercado relevante, exercem a sua atividade. No fundo, consiste em saber até onde as pessoas estão dispostas a deslocar-se para obter determinado bem ou serviço⁵².

Só depois de definidos os mercados relevantes do produto e geográfico se pode averiguar a existência de posição dominante por parte de uma das empresas desse mercado.

⁴⁹ Cfr. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE (atual 102.º do TFUE) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009. Disponível na Internet: http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacao_aplicacao_art82_2009.pdf, consultado em 24.7.2014.

⁵⁰ Cfr. Comunicação da Comissão, § 7.

⁵¹ Sobre os conceitos de substituíbilidade e elasticidade preço da procura *vide* SAMUELSON e NORDHAUS - *Economia*, 18ª Edição. McGraw Hill, 2005, p. 65-68 e p. 738.

⁵² Cfr. Comunicação sobre o mercado relevante, § 9.

b) Posição dominante

Como já foi referido, o conceito de posição dominante está ligado à ideia de independência da empresa, pois uma empresa com posição dominante tem poder para tomar as suas decisões sem ter em conta a reação dos concorrentes, clientes e consumidores.

Segundo a Comissão⁵³ existem essencialmente três indicadores de dominância: a posição da empresa e das suas concorrentes diretas no mercado; a existência de barreiras à expansão e à entrada de concorrentes no mercado; e o poder negocial dos compradores.

A comparação da posição de uma empresa com a posição das suas concorrentes diretas no mercado faz-se com recurso ao método do cálculo das quotas de mercado, segundo o qual se compara o volume de vendas das empresas rivais. As decisões da Comissão⁵⁴ e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE (TJUE)⁵⁵ têm entendido que quotas superiores a 50% constituem um forte indicador de dominância, funcionando mesmo como uma presunção ilidível. Da mesma forma, entende-se que quotas inferiores a 50% indicam ausência de posição dominante. O critério das quotas de mercado tem vindo a perder importância, pois mais importante que o valor das quotas em abstrato é a análise casuística de cada caso concreto.

A existência de barreiras à expansão e à entrada de concorrentes no mercado constituem um forte indício de posição dominante. De facto, se a entrada de um novo concorrente no mercado ou a expansão de um concorrente atual for muito difícil, haverá muito provavelmente uma empresa dominante naquele mercado relevante.

Tais barreiras podem ter origens várias. A título exemplificativo refiram-se as barreiras jurídicas, como as patentes, e as económicas, como as economias de escala, as vantagens competitivas, uma densa rede de distribuição ou a própria reputação da empresa dominante naquele mercado.

Por fim há que referir a influência do poder negocial dos compradores. Na verdade, clientes com elevado poder de negociação poderão dissuadir a empresa da tomada de certas decisões, não lhe permitindo a tal atuação independente que caracteriza a posição dominante. Pelo contrário, a ausência de poder negocial dos compradores permitirá à empresa tomar as decisões independentemente dos clientes/ consumidores. Assim, um elevado poder negocial por parte dos compradores é indiciador da inexistência de dominância.

Note-se que nenhum destes critérios basta se considerados isoladamente. Para uma conclusão autêntica acerca da existência de posição dominante deve haver uma análise conjugada de todos.

⁵³ Cfr. Orientação sobre artigo 102.º, §12.

⁵⁴ Vide Comunicação sobre o mercado relevante, § 53 e 54.

⁵⁵ Ac. do TJ Hoffman-la-Roche/Comissão, Ac. do TJ AKZO Chemie/Comissão, Ac. do TJ Michelin/Comissão e Ac. do TJ Microsoft/Comissão.

c) Abuso

A detenção de posição dominante não é ilícita. Aliás, tal posição de poder económico pode até resultar de uma imposição legal, como é o caso dos direitos de propriedade intelectual. De facto, o que se proíbe é a exploração abusiva dessa posição dominante deturpando o normal funcionamento do mercado e prejudicando concorrentes e consumidores.

A tónica coloca-se agora em saber o que consubstancia um abuso de posição dominante. O artigo 11.º do RJC e o artigo 102.º do TFUE consagram um elenco exemplificativo de comportamentos abusivos, deixando margem ao aplicador da lei para aplicar o regime a outras situações. Tradicionalmente, a doutrina⁵⁶ tende a distinguir entre abusos de exploração⁵⁷ e abusos de exclusão⁵⁸.

A primeira modalidade consiste na obtenção de vantagens comerciais anormais, ou seja, que não se obteriam num quadro de concorrência normal, por parte de uma empresa dominante, nomeadamente através de comportamentos discriminatórios, prática de preços excessivos e reduções na produção.

Já os abusos de exclusão consistem em impedir o normal funcionamento das regras da concorrência, com o objetivo de excluir concorrentes atuais ou impedir a entrada de novos concorrentes no mercado, nomeadamente através da recusa de fornecimento, prática de preços predatórios, compressão de margens e vendas subordinadas e agrupadas.

O TJUE⁵⁹ considerou que o conceito de abuso tem natureza objetiva, ou seja, é independente de culpa e tem, necessariamente, repercussões no normal funcionamento do mercado.

Note-se que um comportamento pode, em abstrato não ser abusivo, no entanto, quando praticado por uma empresa detentora de posição dominante já o ser. Daqui ressalta a existência de uma especial responsabilidade por parte das empresas dominantes, no sentido de nortear a sua conduta de forma a não prejudicar as suas concorrentes ou os consumidores.

3.3. Decisões condenatórias da AdC por abuso de posição dominante no setor das telecomunicações: casos de recusa de acesso a infraestruturas e de compressão de margens

⁵⁶ Vide ALISON JONES e BRENDA SURFIN - *EU Competition Law: Tests, cases and materials*, 4th edition. Oxford University Press, 2011, p. 358 ss.

⁵⁷ Expressamente previstos no artigo 11.º, n.º2, alínea a) do RJC.

⁵⁸ Expressamente previstos no artigo 11.º, n.º2, alíneas b) e e) do RJC.

⁵⁹ Vide processos Hoffman - La Roche e Michelin I.

Ainda durante a vigência da Lei n.º 18/2003, a AdC proferiu três decisões condenatórias com fundamento em abuso de posição dominante, que tiveram como alvo a mesma empresa – a PT Comunicações.

Em 2007⁶⁰ a empresa foi condenada numa coima no valor de 38 milhões de euros por recusa de acesso a infraestruturas essenciais. A PT impugnou judicialmente a decisão da AdC, vindo a ser absolvida pelo Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL)⁶¹. Por sua vez a AdC recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL)⁶², contudo, não obteve sucesso uma vez que a 2ª instância confirmou a sentença recorrida.

No ano de 2008⁶³ a PT Comunicações foi novamente condenada a pagar 2,1 milhões de euros, desta feita pela prática de discriminação abusiva. Mais uma vez a PT impugnou a decisão da AdC, voltando a ser absolvida pelo TCL⁶⁴. A AdC interpôs recurso para o TRL no entanto havia decorrido o prazo de prescrição.

Já em 2009⁶⁵ a PT Comunicações foi condenada no pagamento de 45 milhões de euros, juntamente com a ZON TV Cabo condenada em 8 milhões de euros, pelas práticas abusivas de compressão de margens e discriminação. Desta vez a questão não chegou sequer a ser apreciada pelo Tribunal do Comércio devido ao decurso do prazo de prescrição.

Faz-se de seguida uma breve análise dos motivos que estiveram na base das condenações proferidas em 2007 e 2009.

a) A recusa de fornecimento – a decisão da AdC no âmbito do processo “Condutas”

Em 2003, na sequência de uma denúncia da Tvtel, a AdC encetou investigações acerca da recusa de acesso às suas condutas pela PT Comunicações. A situação foi novamente denunciada pela Cabovisão no ano seguinte.

Da decisão da AdC resultou a consideração de que PT era proprietária da rede básica de telecomunicações, o que incluía as redes de condutas, postes e outros meios, subterrâneos ou aéreos para passagem de cabos e instalação de infraestruturas de redes de comunicação eletrónicas, sendo também concessionária do serviço público de telecomunicações. Ora, enquanto concessionária, a PT era obrigada a conceder acesso à sua rede a outros operadores.

⁶⁰ Decisão do Conselho da AdC, de 01/08/2007, PRC n.º 02/03.

⁶¹ Sentença do TCL de 2/03/2010, Proc. N.º 1065/07.0TYLSB.

⁶² Ac. do TRL de 20/12/2010.

⁶³ Decisão do Conselho da AdC, de 28/08/2008, PRC n.º 01/04.

⁶⁴ Sentença do TCL, de 29/02/2012, Proc. N.º 1232/08TTYLSB.

⁶⁵ Decisão do Conselho da AdC, de 28/08/2009, PRC n.º 05/03 – Doravante “Decisão Banda Larga”. Disponível na Internet: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC200305.pdf, consultada em 24.07.2014.

A PT invocou que as recusas de acesso à sua rede se deveram a limitações de capacidade da infraestrutura, pois não obstante existir algum espaço livre, esse era necessário para manutenção e expansão da rede. No entanto, a AdC desconsiderou os seus argumentos entendendo que se havia espaço livre não deveria ter havido recusa.

A AdC concluiu que as infraestruturas da PT eram essenciais na medida em que a replicação da rede por parte dos concorrentes não era possível em termos economicamente razoáveis. Entendeu-se que a PT possuía posição dominante, uma vez que detinha a totalidade da quota de mercado, pelo que existia obrigatoriedade de ceder o acesso à sua rede, na medida em que não existia uma alternativa economicamente viável. Neste caso o mercado relevante geográfico foi definido como correspondendo à área de cada conduta onde o acesso foi recusado pela PT.

Em virtude desta recusa, as empresas concorrentes ficaram impedidas de cablar mais de 73 mil casas em todo o país, o que limitou a sua oferta de televisão por cabo, internet de banda larga e telefone fixo. Desta forma, os habitantes dessas 73 mil casas não puderam escolher livremente um prestador de serviços de televisão por cabo concorrente da CATVP – TV Cabo Portugal, empresa maioritariamente detida pelo Grupo PT. Além disso, fechou o mercado de acesso a algumas das grandes aglomerações urbanas em todo o país⁶⁶.

Acresce que a PT beneficiou desta prática abusiva, já que afastou concorrentes e evitou a descida dos preços dos serviços em questão.

Assim, o Conselho da AdC entendeu que a PT violou os artigos 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea b) da Antiga Lei da Concorrência e o artigo 102.º do TFUE, decidindo condená-la ao pagamento de uma coima no valor de 38 milhões de euros e de uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso no pagamento da coima, no montante de 5% da média diária do volume de negócios da empresa no último ano, a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória.

A PT impugnou judicialmente a decisão da AdC, que veio a ser anulada pelo Tribunal do Comércio de Lisboa⁶⁷. Na verdade, este tribunal entendeu que não bastava as infraestruturas serem essenciais, teriam também que ser o único meio para o fornecimento dos serviços, concluindo que a AdC não tinha demonstrado essa essencialidade. Isto porque a AdC apresentou um estudo que demonstrava a inviabilidade de replicação da totalidade da rede e o tribunal considerou que o estudo deveria versar apenas sobre os troços sobre os quais incidia a recusa de fornecimento.

Nesta sentença o tribunal veio a considerar válida a justificação dada pela PT para a recusa pois considerou que o espaço existente nas condutas não significava que pudesse haver fornecimento e que esse espaço podia perfeitamente ser utilizado para manutenção e/ou

⁶⁶ Vide Comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 13/2007. Disponível na Internet: <http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Comunicados/comunicado2007_13.pdf>, consultado em 24.7.2014.

⁶⁷ Nos termos do artigo 84.º do RJC as decisões da AdC são recorríveis. Como referido anteriormente, presentemente o tribunal competente para apreciar o recurso é o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão de Santarém, contudo, à data da condenação os recursos eram interpostos no TCL.

expansão da rede. No entendimento deste tribunal caberia à AdC provar que não era necessário existir espaço nas condutas. A AdC recorreu para o Tribunal da Relação mas não obteve provimento.

Da análise da Decisão da AdC, no âmbito do processo “Condutas”, podemos constatar que o abuso de posição dominante na modalidade de recusa de acesso a infraestruturas essenciais pressupõe a existência de uma empresa dominante que controla um *input* necessário para desenvolver uma atividade no mercado relevante e se recusa a fornecê-lo a outras empresas que são suas concorrentes nesse mercado, sem haver uma justificação objetiva para tal e causando prejuízos aos concorrentes e consumidores.

A recusa de acesso a infraestruturas essenciais contra remuneração adequada consubstancia uma recusa a contratar com concorrentes. Ora, a liberdade contratual, prevista no artigo 405.º do Código Civil e a propriedade privada, consagrada constitucionalmente no artigo 62.º da CRP, são dois princípios fundamentais das economias de mercado, pelo que uma recusa de fornecimento só poderá ser censurável quando afete a entrada ou manutenção de concorrentes no mercado.

Tendo em conta o indicado anteriormente sobre a necessidade de as empresas inovarem e desenvolverem vantagens competitivas, esta é uma questão sensível e cuja análise deve ser feita minuciosamente. Em que medida devem as empresas dominantes ser obrigadas a partilhar as suas vantagens competitivas com as empresas rivais? É que para controlar uma infraestrutura essencial a empresa dominante inovou e investiu, na perspetiva de vir a obter vantagens competitivas face às suas concorrentes, permitindo-lhe que os seus bens e serviços se distingam pela positiva. Ora, como advertem Simon Bishop e Mike Walter⁶⁸ obrigar uma empresa a partilhar as suas vantagens competitivas com concorrentes pode vir a desincentivar o investimento na inovação. De facto, uma obrigação de fornecimento ou de acesso às infraestruturas essenciais pode dissuadir as empresas de inovarem. Por outro lado, os concorrentes podem simplesmente aproveitar os investimentos da empresa dominante não se esforçando para obter as suas próprias vantagens competitivas⁶⁹.

Assim, qualquer intervenção nesta matéria deve ser cuidadosamente ponderada e só em circunstâncias muito específicas a obrigação de fornecimento se poderá sobrepor aos princípios basilares da propriedade privada e da liberdade contratual, pelo que a aplicação da alínea e) do número 2 do artigo 9.º do atual RJC (abuso por recusa de acesso a uma rede ou a infraestruturas essenciais) exige especial cuidado e requer uma análise muito profunda do mercado relevante.

No caso em apreço estava em causa uma relação vertical, ou seja, fases diferentes do processo produtivo. No primeiro mercado (a montante) a empresa dominante tinha acesso privilegiado a um fator produtivo, que era essencial para as concorrentes produzirem o seu bem ou serviço num segundo mercado (a jusante). Uma operação de concentração vertical,

⁶⁸ SIMON BISHOP e MIKE WALTER - *The Economics of EC Competition Law - Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell Ltd, 2007, p. 242 ss.

⁶⁹ Fenómeno conhecido por “free-riding”.

poderá causar perigos semelhantes aos descritos no caso anterior, em que a empresa a montante (detentora da infraestrutura essencial) adquire ou se funde com uma das empresas a jusante e juntas eliminam a concorrência no segundo mercado, recusando o acesso à infraestrutura aos concorrentes e prejudicando os consumidores, uma vez que ficam com poder de mercado para estabelecer preços acima dos preços de concorrência.

No caso que se descreve a seguir isso aconteceu, mas não por recusa de acesso a infraestrutura essencial, mas por compressão de margens entre duas empresas integradas verticalmente.

b) A compressão de margens - a Decisão da AdC no âmbito do processo “Banda Larga”

O processo iniciou-se devido a uma série de denúncias⁷⁰ por fixação artificial de preços nos mercados grossista e retalhista, contra as empresas do Grupo PT – TELEPAC II – Comunicações Interativas S.A., PT – Multimédia, Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S, S.A. e CATVP – TV CABO Portugal, S.A.⁷¹.

Por razões de facilidade expositiva e seguindo a nomenclatura utilizada na própria decisão da AdC, doravante as referidas empresas serão designadas por PT, ZON e TV CABO, respetivamente.

Na sua decisão, a AdC começou por delimitar os mercados relevantes⁷², chegando à conclusão que o Grupo PT detinha posição dominante no mercado relevante grossista e retalhista de acesso à banda larga. No mercado grossista de acesso em banda larga os operadores concorrentes contratavam as componentes da rede básica de comunicações detida pelo Grupo PT, uma vez que o acesso à rede básica da PT era fundamental para fornecer o serviço retalhista de acesso em banda larga aos seus clientes finais. Ora, neste estágio do processo produtivo apenas atuam os operadores, não havendo lugar à intervenção dos consumidores. Tratava-se então de um mercado a montante, no qual o Grupo PT era o único fornecedor a nível nacional.

Já o mercado retalhista “está associado a serviços que requerem a transmissão de um débito de dados considerável, principalmente aos serviços de acesso à *Internet*”.⁷³ Ora, a qualidade do fornecimento destes serviços depende da capacidade de ligação, ou seja, da amplitude de banda, mercado em que o Grupo PT detinha uma quota de 77,7% em 2003⁷⁴.

⁷⁰ A 15 de outubro de 2003 a AdC determinou a abertura do inquérito, na sequência da denúncia da CLIXGEST e da NOVIS. Posteriormente a ONI e a MEDIA CAPITAL denunciaram a mesma situação.

⁷¹ Até há bem pouco tempo denominada de ZON – TV Cabo Portugal S.A.. Posteriormente foi autorizada a fusão da ZON com a OPTIMUS, originando a NOS.

⁷² Cfr. Decisão Banda Larga, pp. 102 – 176.

⁷³ Cfr. Decisão Banda Larga, p. 103, § 535.

⁷⁴ O que representou uma subida de 7 pontos percentuais em relação ao ano anterior – Cfr. Decisão Banda Larga, p. 118, § 644 e 645.

No sentido de averiguar a fixação artificial de preços por parte do Grupo PT, a AdC, na esteira da jurisprudência comunitária⁷⁵, utilizou o teste do Operador Igualmente Eficiente (OIE) numa base de CIMLP⁷⁶, que permite verificar se um operador igualmente eficiente ao operador retalhista do grupo verticalmente integrado, praticando os preços retalhistas daquele operador poderia, de forma independente, obter lucro económico se tivesse de incorrer os custos da oferta grossista que os seus concorrentes do retalho incorrem⁷⁷. Desta análise económica, a AdC concluiu que as empresas arguidas “fixaram artificial e, por isso, não equitativamente os preços para os serviços grossista e retalhista de acesso em banda larga, tendo induzido artificialmente a alta do preço grossista (por comparação com o preço retalhista) e a baixa do preço retalhista (por comparação com o preço grossista) (...), impedindo, deste modo, um operador alternativo, ainda que igualmente eficiente a uma empresa retalhista do Grupo PT de obter lucro económico positivo”⁷⁸.

Por todo o exposto, verificamos que existiu um grupo económico verticalmente integrado que operava simultaneamente nos mercados a montante (grossista) e a jusante (retalhista). O Grupo PT detinha posição dominante no mercado grossista e tinha forte presença no mercado retalhista e os preços foram definidos de maneira a que as empresas concorrentes não conseguissem cobrir os custos do retalho. Assim, a AdC condenou a PT numa coima no valor de 44.629,053,00 € e a TV Cabo em 8.046.243,00 €⁷⁹.

Note-se que estávamos num mercado sujeito a regulação por parte do ICP-ANACOM⁸⁰, no entanto a AdC entendeu que a existência de regulação não alterava a responsabilidade do Grupo PT. Ainda assim, a regulação setorial foi considerada uma “circunstância atenuante para efeitos de diminuição do seu grau de culpa”⁸¹.

4. Procedimento de apreciação *ex-ante* de operações de concentração e ponderação de interesses

⁷⁵ Casos decididos pela Comissão Europeia e/ou Tribunais Europeus: National Carbonising OJ[1976] L36/6; British Sugar/Napier Brown OJ[1988] L284/1; Industries des Poudres Spheriques [2000] ECR I-3755; Deutsche Telekom OJ [2003] L263/9; Wanadoo Espana vs Telefónica (COMP/38.784).

⁷⁶ Custo Incremental Médio de Longo Prazo: consiste na diferença entre os custos totais incorridos pela empresa em todos os seus produtos (incluindo o produto em análise) e o custo total da empresa quando não existe produção do produto em análise, mantendo o nível de produção dos restantes, dividida esta diferença pelo nível de produção (*output*) do produto em análise.

⁷⁷ Cfr. Decisão Banda Larga, pp. 219 ss., § 1225 ss.

⁷⁸ Cfr. Decisão Banda Larga, p. 550.

⁷⁹ A título meramente informativo, note-se que nesta mesma decisão, o Grupo PT também foi condenado pela prática de discriminação abusiva devido ao sistema de descontos da oferta da Rede ADSL. Os descontos eram atribuídos em função do número de clientes do operador ou em função da duração do contrato, o que criou um efeito assimétrico, favorecendo a atividade da PT no mercado.

⁸⁰ A Autoridade Nacional de Comunicações é a entidade administrativa independente com poderes regulatórios no setor das comunicações.

⁸¹ Cfr. Decisão Banda Larga § 3174.

Concluída esta incursão nos problemas associados à existência de posição dominante, chega o momento de, depois de revelados alguns perigos relativos ao abuso desse poder⁸², voltar a atenção para o procedimento na apreciação das operações de concentração cuja concretização pode vir a restringir a concorrência, dando especial relevo à ponderação de interesses conflitantes.

4.1. Procedimento

Estão sujeitas a notificação prévia as operações de concentração que preencham os requisitos do n.º 1 do artigo 37.º do RJC, atendendo-se à quota de mercado das empresas notificantes e ao seu volume de negócios. Semelhante obrigação encontra-se prevista no artigo 4.º do Regulamento das Concentrações Comunitárias (RCC - Regulamento (CE) n.º 139/2004). As operações de concentração devem ser notificadas logo após a conclusão do acordo entre as empresas, sendo proibida qualquer concentração antes da notificação e da decisão da AdC, conforme dispõe o artigo 40.º do referido normativo legal. A Secção II da lei 19/2012 (RJC) estabelece o Procedimento de controlo de concentrações, sendo subsidiariamente de aplicar as normas do Código de Procedimento Administrativo (CPA). É de destacar a prerrogativa da AdC de inquirição e prestação de informações, a possibilidade de desistência ou renúncia, a todo o tempo à notificação, a admissibilidade de apresentação de observações por terceiros titulares de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos que possam ser afetados pela concentração e o direito à informação.

A decisão da AdC pode ser tomada em duas fases. A primeira está estatuída no artigo 41.º da Lei 19/2012, sendo autorizadas, de acordo com o seu n.º 3 as operações que “não sejam suscetíveis de criar entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste.” Similar estatuição encontra-se no artigo 6.º do RCC, onde são admitidas as concentrações que não suscitem “sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum.”

As decisões em segunda fase resultam da necessidade de uma investigação aprofundada, na qual a AdC diligencia investigações complementares, para em melhores condições decidir, como resulta do artigo 52.º do RJC, bem como do seu semelhante artigo 8.º do RCC.

De mencionar ainda, a importância da Audiência Prévia da notificante e dos terceiros interessados bem assim como, da intervenção dos Reguladores Sectoriais, com os seus pareceres (podendo estes ser vinculativos), na tomada de decisão da AdC, respetivamente previstas nos artigos 54.º e 55.º do referido normativo. A audiência prévia está também prevista no RCC, no seu artigo 18.º, e está prevista no artigo 19.º do RCC a “Ligação com as

⁸² Note-se que os exemplos apresentados se cingiram a casos de empresas concentradas verticalmente - a situação menos perigosa -, pois, como se viu, na concentração horizontal os perigos de restrição da concorrência são mais flagrantes e os ganhos de eficiência mais difíceis de justificar.

Autoridades dos Estados-Membros”, autoridades estas que devem estar a par do controlo a ser feito pela Comissão Europeia e podem pronunciar-se através de observações.

4.2. Ponderação

A motivação das concentrações pode ou não ser *à priori* anticoncorrencial. Como foi dito, as concentrações podem ser formas claras de tentar distorcer o mercado, ganhar poder de mercado e adulterar a livre concorrência em alternativa, por exemplo, à cartelização, mas podem também representar ganhos de eficiência, expansão e entrada em novos mercados.

Como também se viu, as empresas gozam de uma liberdade de iniciativa económica e de organização empresarial, constitucionalmente prevista nos artigos 61.º, n.º1 e 80.º, alínea c) da CRP, com um regime equiparado ao dos Direitos Liberdades e Garantias (artigo 17.º CRP). Não obstante, tem também consagração constitucional no artigo 81.º alínea f) a incumbência prioritária do Estado no âmbito económico e social assegurar o funcionamento eficiente dos mercados⁸³. É exigida pois, uma ponderação dos interesses conflitantes e das posições jurídicas subjetivas e direitos das empresas que pretendam concentrar-se, de empresas que potencialmente possam ser lesadas e do funcionamento do mercado e da concorrência, tendo como escopo o interesse geral da comunidade.

Nesta *ratio*, a AdC enquanto autoridade reguladora independente tem alguma – ainda que não muito grande – margem de discricionariedade, dado que a tomada de decisão pondera conceitos indeterminados de difícil interpretação ou mensuração⁸⁴. Dadas as características da sua missão, tomará decisões numa base casuística de apreciação, regida ainda pelos princípios da legalidade, da salvaguarda dos direitos de defesa, da participação e audiência dos interessados, da confiança legítima, da segurança jurídica e da fundamentação dos atos administrativos.

5. Compromissos

Quando uma operação de concentração está na iminência de ser recusada pela AdC por ameaçar causar restrições da concorrência, designadamente por constituição de posição dominante, podem as empresas apresentar compromissos que diluam a obtenção de poder de mercado, de modo a assegurar a manutenção da concorrência efetiva. Assim, os compromissos constituem medidas apresentadas pelas empresas envolvidas na concentração que visam obstar a uma decisão de não aprovação. Classicamente são enquadrados em dois grupos: os compromissos estruturais e os compromissos comportamentais.

⁸³ Cfr. nota 1.

⁸⁴ Cfr. artigo 41º, n.º 2, 3 e 4 do RJC.

Os primeiros visam criar alterações na estrutura de organização da empresa, por exemplo, através da alienação de ativos ou de um conjunto de ativos da empresa (instalações, stocks, direitos, patentes,...). São considerados mais eficazes e acarretam menores custos de monitorização e cumprimento pois introduzem alterações na estrutura de mercado. Por esta razão, são tendencialmente preferidos quer pela AdC, quer pela Comissão Europeia.

Os segundos surgem mais frequentemente como um complemento aos compromissos estruturais ou quando os efeitos anticoncorrenciais da concentração se preveem de curta duração. Visam, sobretudo, influenciar a conduta das empresas, por exemplo, através do comprometimento de abstenção de requerer determinada licença ou a inibição de práticas de fidelização aos clientes.

5.1. Princípios⁸⁵

Os compromissos propostos pelas empresas notificantes devem respeitar e ser fundamentados com alusão a alguns princípios basilares propostos pela AdC e pela Comissão Europeia. A eficácia é um desses princípios, segundo o qual, os compromissos devem ser suscetíveis de eliminar as preocupações concorrenciais identificadas, tendo-se em consideração a sua exequibilidade em termos de implementação e de monitorização. A AdC apenas aceita compromissos que apresentem elevado grau de certeza quanto aos efeitos pretendidos.

A eficiência é outro dos princípios, de tal modo que os compromissos devem corresponder à solução com menores custos, de entre aquelas que respondam ao objetivo já referido da eficácia. É dada particular importância aos custos suportados por terceiros e pela própria AdC na implementação dos compromissos.

A proporcionalidade constitui o princípio segundo o qual se exige que os compromissos correspondam ao necessário, isto é, devem garantir uma relação de equilíbrio entre a preocupação concorrencial identificada, o meio de solução utilizado e o fim preconizado.

5.2. Os compromissos na legislação nacional

A previsão legal dos compromissos encontra-se plasmada no artigo 51.º do RJC. Este normativo apresenta uma tendência de harmonização com a legislação comunitária. Como inovação legislativa, podemos destacar a possibilidade de apresentação de compromissos a todo o tempo assim como, o efeito suspensivo da apresentação dos mesmos, articulando-se estes dois institutos de modo a permitir à AdC tomar uma decisão melhor fundamentada. A

⁸⁵ Linhas de Orientação da AdC sobre a adoção de compromissos em controlo de concentrações e Comunicado CE C/267 22/10/2008.

suspensão opera automaticamente com a apresentação de compromissos, sem necessidade de qualquer ato da AdC. O final do prazo de suspensão apenas implica o reinício da contagem do prazo para a tomada de decisão.

Ademais, as partes podem apresentar compromissos mais do que uma vez, adaptando-se, respondendo às preocupações identificadas. Daqui se extrai a necessidade de uma relação comunicante entre a AdC e as notificantes, com vista à tomada da decisão que melhor tenha em conta as preocupações identificadas.

Quando ocorra uma decisão de não oposição com compromissos, a AdC pode incluir no documento de compromissos cláusulas de revisão dos mesmos, as quais se distinguem da possibilidade de alteração dos compromissos, prerrogativa da AdC, quando haja alteração superveniente das circunstâncias que levaram à decisão pelos compromissos contratados. Esta questão pode contender com a certeza e a segurança jurídica das notificantes, havendo aqui lugar à ponderação dos interesses em causa.

Uma vez decidida a oposição à concentração pela AdC, as notificantes podem ainda socorrer-se de um recurso extraordinário, previsto no artigo 41.º dos Estatutos da Autoridade de Concorrência que constam do Decreto-lei n.º 125/2014 de 18 de agosto, que estatui um recurso para o ministério da Economia. Desta forma, este membro do Governo pode autorizar a operação de concentração proibida pela decisão da AdC, quando entenda que os benefícios da concentração para a prossecução de interesses fundamentais ultrapassam as desvantagens para a concorrência. Este recurso pode abrir uma possibilidade de exercício de poder discricionário e é difícil de compatibilizar com os princípios de autonomia e de independência da AdC. Contudo, também esta decisão deve ser acompanhada de condições e obrigações, como prevê o número 4 do referido artigo. Se a notificante havia apresentado compromissos à AdC, podem também estas condições e obrigações ser destinadas a garantir o cumprimento desses compromissos, se o membro do Governo assim o definir. Até ao momento presente, o recurso para o ministério da Economia ocorreu apenas uma vez, no caso Brisa/Auto Estradas do Atlântico, no qual houve uma decisão em segunda fase de proibição pela AdC, fundamentada, sobretudo, na criação ou reforço de posição dominante. O membro do Governo decidiu posteriormente pela aceitação da concentração, mas com a adoção de condições.

5.3. Monitorização e incumprimento

Os compromissos constituem obrigações de resultado pelo que a não obtenção do resultado previsto resulta em incumprimento, mesmo que tal não ocorra por causa imputável à notificante.

A monitorização do cumprimento dos compromissos assenta, no panorama nacional, nas figuras do mandatário de monitorização e do mandatário de alienação, de acordo com os

pontos 46 e seguintes das Linhas de Orientação da AdC sobre compromissos em controlo de concentrações.

Ao mandatário de monitorização cabem diversas funções, de entre as quais destacam-se as previstas no ponto 47 (iii) "(...) Em caso de desacordo entre a notificante e os potenciais adquirentes, o mandatário reporta o diferendo à AdC, de forma fundamentada." e (iv) "Enviar à AdC relatórios periódicos, previstos ou com base em solicitação específica, sobre o cumprimento dos compromissos."

A figura do mandatário de alienação é facultativa. Sempre que sejam tomados compromissos estruturais pode ser nomeada uma pessoa independente para proceder à alienação dos bens a desinvestir. Contudo, como menciona o ponto 51 "Não obstante, a contratação de mandatário de alienação não desonera as partes da responsabilidade pelo eventual incumprimento do compromisso, nem fundamenta qualquer prorrogação de prazo para o cumprimento do mesmo."

Finalmente, o incumprimento dos compromissos pode ser de "condições" ou de "obrigações", tendo consequências jurídicas distintas. Assim, como resulta dos pontos 146 e seguintes das Linhas de Orientação, em ambos os casos há lugar à abertura de um procedimento oficioso para aferir do incumprimento e está prevista a aplicação de uma coima (alínea *g*) do número 1 do artigo 68.º do RJC) e também a revogabilidade da decisão da AdC de não oposição (alínea *a*) do número 1 do artigo 57.º do RJC). Contudo, para o incumprimento de "condições" prevê-se ainda a nulidade dos negócios jurídicos relacionados com a operação de concentração (número 3 do artigo 50.º do RJC).

5.4. Casos de não oposição com compromissos

Importa proceder a uma breve análise de algumas das decisões mais recentes da AdC no que concerne a concentrações permitidas mas com adoção de compromissos.

Começando por Portugal, no ano de 2013 a AdC pronunciou-se quanto a algumas notificações de concentração. Um dos casos, Arena Atlântida/Pavilhão Atlântico*Atlântico⁸⁶, constituía uma concentração com efeito de reforço do poder de mercado da notificante, na determinação das condições comerciais associadas à utilização do Pavilhão Atlântico (estrutura considerada única em termos de espaço de espetáculos de grande dimensão "indoors"), com efeitos verticais. Por outro lado, foram também identificados eventuais ganhos de eficiência. A notificante apresentou compromissos que foram sujeitos a Teste de Mercado e que se revelaram incapazes de suprir as preocupações concorrenciais levantadas pela concentração. O mesmo foi refletido nos pareceres dos interessados. Assim, a notificante apresentou novos compromissos, na segunda fase do procedimento, os quais foram aceites. Do documento de compromissos consta não apenas a obrigatoriedade de

⁸⁶ AdC Processo Ccent.38/2012–Arena Atlântida/Pavilhão Atlântico*Atlântico.

constituição de um mandatário de monitorização, mas também toda uma secção destinada a “Mecanismo de Resolução de Conflitos”, resultantes de reclamações de terceiros interessados.

Outro caso, Kento*Unitel*Sonaecom/ZON*Optimus⁸⁷, foi identificado como uma concentração horizontal, com eventuais efeitos verticais. Da análise realizada pela AdC foram levantadas questões de limitação da concorrência pelo que foram apresentados compromissos pelas notificantes. Após os pareceres dos Reguladores Sectoriais, os Compromissos foram sujeitos a um Teste de Mercado, de onde resultaram pareceres de terceiros. Isto levou à submissão de novos compromissos pelas notificantes que foram aceites, após a sua avaliação e audiência de interessados (PT, Vodafone e Cabovisão). Do Documento de Compromissos resulta a nomeação de um mandatário de monitorização e apenas a submissão do 4.º compromisso “Negociação de acesso grossista à Rede Optimus Partilhável” e 5.º compromisso “Opção de compra sobre a Rede Optimus Alienável” a Comissão Arbitral, em caso de incumprimento e perante solicitação de terceiros interessados, conforme resulta dos pontos 15 e seguintes do referido Documento de Compromissos.

Observa-se, destarte, o papel fundamental de supervisão e controlo do mandatário de monitorização, que desempenha mesmo funções de mediador ou árbitro em certos casos.

A nível comunitário, em 2011, a empresa Intel propôs-se adquirir a empresa McAfee⁸⁸. Embora ambas as empresas sejam norte americanas, a Comissão Europeia tem competência para apreciar a concentração de empresas que, apesar de sediadas fora da União Europeia, negociem no espaço comunitário e, por isso, pela concentração, tenham a capacidade de afetar o mercado comunitário, norteando-se neste sentido pelo princípio da extraterritorialidade. Deste modo, apresentada a notificação de concentração, a Comissão julgou estar perante um caso de conglomerado pois a Intel é produtora de unidades centrais de processamento (CPU), e componentes de chips e a McAfee desenvolve soluções de segurança em Tecnologias de Informação (IT). Deste modo, os produtos de ambas as empresas relacionam-se de perto quer do ponto de vista tecnológico, quer do ponto de vista comercial. Neste caso, a Comissão considerou que a concentração poderia levantar problemas quanto à concorrência designadamente pela limitação à entrada de novas empresas, uma vez que estas representavam posições fortes no mercado, também com potenciais efeitos negativos para os consumidores. Para responder às preocupações concorrenciais levantadas neste caso optou-se por compromissos não estruturais (sobretudo compromissos no sentido de garantir o acesso a determinadas informações por parte das empresas concorrentes e de garantir a possibilidade de utilização de sistemas de segurança de empresas concorrentes em produtos da Intel). Para garantir o cumprimento dos compromissos assumidos, pelo período de 5 anos, foi nomeado um mandatário de monitorização e estabelecido um mecanismo para dirimir conflitos baseado na arbitragem.

⁸⁷ AdC Processo Ccent. 5/2013 – Kento*Unitel*Sonaecom/ZON*Optimus.

⁸⁸ Decisão da Comissão n.ºCOMP/M.5984 –Intel/McAfee, 26 de janeiro de 2011.

Uma outra operação de concentração apresentada à Comissão Europeia foi a aquisição do grupo EMI pela Universal⁸⁹. Ambas as empresas integram um grupo restrito no sector da gravação de música, a par da Sony e da Warner. Foram identificados problemas concorrenciais, nomeadamente efeitos horizontais, verticais e de conglomerado, sendo de realçar a preocupação com as plataformas de distribuição de música online onde ocorreria um aumento substancial do poder da empresa resultante da concentração, controlando a maior linha de produtos da indústria. Isto levaria a um maior poder de negociação online com os consumidores e a limitações no que concerne aos reportórios de músicas, com eventuais aumentos de preços. Tal resultaria na criação de uma posição dominante por um lado e, por outro, na elevação de barreiras à entrada no mercado de novas plataformas *online* de distribuição de música. Dado o vasto conjunto de preocupações a atender, foi proposto um número correspondente de compromissos, quer estruturais (como a alienação de ativos da EMI e da Universal), quer comportamentais (por exemplo, a não participação da Universal com “cláusula de nação mais favorecida” em qualquer acordo, com qualquer fornecedor de serviços digitais ativo, por um período de 10 anos). Neste caso ficou também prevista a nomeação de um mandatário de monitorização e de mandatário de alienação se necessário, com especial destaque para a importância das suas habilitações técnicas, mas também para a sua independência. Para além desta previsão, consta ainda do documento final de compromissos um mecanismo de resolução de conflitos que possam surgir, por parte de terceiros interessados, reclamando o não cumprimento dos compromissos, devendo nestas circunstâncias, o mandatário de monitorização dar o seu parecer, tentando uma primeira resolução. Se tal falhar, deve ser endereçada uma notificação à instituição arbitral. Dispõe ainda especificadamente o documento de compromissos quanto à constituição do tribunal arbitral e ao processo de arbitragem.

5.5. A experiência da Comissão Europeia e de Portugal

a) A experiência da Comissão Europeia

No ano de 2005 a Comissão Europeia levou a cabo um estudo com o objetivo de avaliar, *ex post*, a aplicação de compromissos entre os anos de 1996 e 2000 e a sua monitorização⁹⁰. Através deste estudo a Comissão Europeia detetou múltiplas situações que influíam com a efetiva e correta aplicação dos compromissos em caso de concentração. Destacam-se, primeiramente, os entraves levantados por terceiros que, sendo afetados pelos compromissos assumidos pelas partes na concentração, atuavam de modo a dificultar a implementação dos mesmos, sendo pouco cooperantes, levando mesmo a atrasos de implementação e redução da competitividade. Por outro lado, ficou denotado que o papel dos mandatários de monitorização e alienação nem sempre era claro, levando a disputas entre as

⁸⁹ Decisão da Comissão nº COMP/M.6458 - Universal Music Group/EMI Music, 21 de setembro de 2012.

⁹⁰ DG Competition European Commission, Merger Remedies Study, outubro de 2005, Versão Pública.

partes, obrigando a uma intervenção clarificadora por parte da Comissão Europeia. Ademais, nem sempre os relatórios dos mandatários eram suficientemente detalhados e precisos, pelo que se concluiu que a Comissão, em diversos casos, não estava ao corrente do real cumprimento dos compromissos, pelo que não poderia intervir. Outra questão levantada pelo estudo prende-se com a independência dos mandatários, revelando-se esta por vezes comprometida.

Nos anos de 2012 e 2013 a Comissão Europeia analisou diversos casos de concentração de empresas⁹¹, resultando em duas proibições de concentração (Ryanair/AerLingus e UPS/TNT) e várias autorizações com compromissos. Quanto à monitorização do cumprimento dos compromissos, tem-se verificado uma crescente inclusão de cláusulas de arbitragem, mantendo-se a possibilidade de recorrer para a Comissão Europeia e, sendo esta a mandante, com prerrogativa de sanção de incumprimentos.

De facto, nas suas linhas orientadoras das boas práticas no que concerne aos mandatários de monitorização e alienação⁹², a Comissão Europeia reconhece que a utilização de modelos standardizados de contratualização quer quanto aos compromissos, quer quanto às questões relacionadas com os mandatários e cumprimento, aceleram os processos e libertam a Comissão e as partes de negociações dispendiosas e prolongadas, permitindo-lhes antes focar no essencial, o conteúdo dos compromissos. Com isto consegue-se também um reforço da transparência e da certeza e segurança jurídica nas operações de concentração.

Finalmente, estas linhas orientadoras definem o contrato de mandato como um contrato bilateral, entre as partes da concentração e o mandatário. No entanto, este contrato está na base de uma relação tripartida, entre as partes na concentração, o mandatário e a Comissão Europeia. O mandatário beneficia de um estatuto de independência face às partes no qual se destaca o seu papel de monitorizar a observância dos compromissos pelas partes, de tal modo que estas não podem dar instruções no desempenho das funções do mandatário, cabendo antes esta premissa à Comissão Europeia. A importância da intervenção da Comissão na monitorização do cumprimento dos compromissos através do desempenho das funções do mandatário aflora ainda do facto de a nomeação do mesmo ter de ser aprovada pela Comissão.

Nas decisões mais recentes da Comissão Europeia torna-se mais vincada a presença da arbitragem como uma forma de resolução dos conflitos entre as empresas em concentração e terceiros que se considerem ofendidos pelo incumprimento de compromissos, sem necessidade de recurso *ad inicio* para a Comissão, a expensas das partes e no que parece ser uma forma mais célere de dirimir dissensos.

⁹¹ Cfr. THOMAS BUETTNER *et al.* - Economic Analysis at the European Commission 2012-2013, *Review of Industrial Organization*, 43 (4), December 2013, p. 265-290.

⁹² DG Competition European Commission, Explanatory note Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation.

b) A experiência portuguesa

Até ao momento a AdC não realizou nenhum estudo referente à avaliação do cumprimento dos compromissos assumidos pelas empresas em concentração, designadamente analisando as eventuais dificuldades de implementação ou monitorização. Não existem também quaisquer documentos públicos relativos a esta temática em apreço. Além disso, não existe também qualquer caso reportado de incumprimento de compromissos.

Tem-se verificado pontualmente a revisão de compromissos, que aliás se encontra prevista no ponto 124 das Linhas de Orientação sobre a Adopção de Compromissos em Controlo de Concentrações, sobretudo no que se refere a prazos de implementação dos mesmos, prazos intermédios maioritariamente, que não afetam o prazo global para implementação dos compromissos.

Os documentos de compromissos da AdC não preveem especificamente mecanismos de arbitragem para dirimir eventuais conflitos, ao contrário do que vem sendo prática nas decisões da Comissão Europeia. Antes, pela análise que se faz, tem sido assumida a figura de “mediador” pelo mandatário de monitorização, recordando-se o ponto 47 (iii) das Linhas de Orientação “Em caso de desacordo entre a notificante e os potenciais adquirentes, o mandatário reporta o diferendo à AdC, de forma fundamentada.”.

Trazendo ainda à memória uma das mais recentes decisões da AdC, no caso Kento*Unitel*Sonaecom/ZON*Optimus, estão, de facto, previstas no documento de compromissos assumido perante a AdC, Comissões Arbitrais, mas, como se referiu, limitadas à aplicação de apenas dois dos compromissos.

Conclui-se do exposto que o exercício das prerrogativas da AdC no que toca ao controlo das concentrações pode ser caracterizado como um trabalho de grande complexidade técnica, bastante exigente e moroso. O mesmo se diga quanto à supervisão do cumprimento dos compromissos, onde se reitera a importância central dos mandatários de monitorização e alienação, que têm, como se constata quer pelos casos analisados a nível comunitário, quer a nível nacional, também um papel de mediadores entre terceiros interessados no cumprimento dos compromissos e a empresa resultante da concentração.

Sem prejuízo da faculdade de aplicação de sanções pela AdC aos incumpridores, a arbitragem pode funcionar como um meio para os terceiros afetados pelo incumprimento verem ressarcidos os eventuais prejuízos que possam ver causados, sem necessidade de recurso imediato aos tribunais judiciais, permitindo assim às partes evitar a morosidade do processo judicial e porventura, reduzir custos. A possibilidade de inclusão de cláusulas abrangentes de arbitragem, pode constituir uma forma de “private enforcement”, entre as partes contratantes, uma prática pouco comum atualmente no paradigma nacional, mas que pode começar a tornar-se frequente.

Destarte, conjugando as atribuições dos mandatários de monitorização e a possibilidade de arbitragem, a AdC porventura teria uma maior margem de escolha na implementação dos compromissos mais adequados à efetivação da concorrência após uma concentração.

Súmula

Hodiernamente, o modelo económico mais eficiente é a economia de mercado, assente na livre iniciativa económica. Neste contexto, a defesa da concorrência é essencial para manter o funcionamento competitivo dos mercados, beneficiando os consumidores e as empresas.

Acresce que, atualmente, o progresso tecnológico é chave do desenvolvimento económico pelo que as empresas tendem a adotar estratégias que visam obter vantagens competitivas. De facto, investem na inovação com o intuito de adquirirem valor de mercado, que lhes permita distinguirem-se das restantes. O seu objetivo é eliminar a concorrência conseguindo poder de mercado. Ora, neste ponto, a livre iniciativa económica pode entrar em colisão com a defesa da concorrência.

Com a globalização e o exponencial aumento da concorrência mundial, levando a que as empresas concorram entre si num contexto global, os movimentos de concentrações têm vindo a aumentar, colocando-se com mais premência, nos diferentes mercados, o problema da constituição de empresas em posição dominante e eventuais abusos. As autoridades de concorrência recorrem com mais frequência à verificação prévia das operações de concentração, procurando evitar a consolidação de posição dominante.

Este trabalho perpassou diversas considerações sobre o controlo prévio de operações de concentração. Para além de uma reflexão sobre a posição dominante e os perigos de abuso (exemplificando com alguns casos) foram objeto de análise os critérios presentes ao controlo prévio de operações de concentração. Sublinhou-se que a preocupação maior destes é evitar a consolidação de poder monopolístico por parte das empresas resultantes das operações de concentração e o perigo que tal pode constituir em termos de abrir caminho à ocorrência de abusos de posição dominante.

No final deu-se especial atenção aos compromissos propostos pelas empresas que pretendem a concentração, os quais têm como objetivo garantir a não consolidação de posição dominante, sendo, por isso, a forma de evitar uma não aprovação da concentração por parte da autoridade de concorrência. Fez-se uma análise da adoção de compromissos, partindo da motivação para a concentração e dos potenciais riscos e benefícios que este tipo de operação acarreta.

Depois de analisada a posição da Comissão Europeia relativamente aos compromissos, em que pontifica uma abordagem bastante rigorosa quanto à pormenorização das funções caso a caso dos mandatários bem assim como das Convenções de Arbitragem, defende-se a crescente uniformização da praxis nacional com a comunitária, no sentido de melhor atender às necessidades de preservação da concorrência, mas também às garantias de certeza e segurança jurídica e de proteção dos interesses terceiros.

Referências bibliográficas

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Controlo da concentração de empresas e grupos de sociedades, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, n.º 6, Junho 2011, p. 61-86.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Comunicado da Autoridade da Concorrência n.º 13/2007*. Disponível na Internet: <http://www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Comunicados/comunicado2007_13.pdf>; consultado em 28.7.2014.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, *Linhas de orientação sobre a adopção de compromissos em controlo de concentrações*, Lisboa, 28 de Julho de 2011.

BISHOP, SIMON e WALKER, MIKE, *The economics of EC competition law - Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell Ltd, 2007.

BUETTNER, THOMAS; FEDERICO, GIULIO; KÜHN, KAI-UWE e MAGOS, DIMITRIOS, Economic analysis at the European Commission 2012–2013, *Review of Industrial Organization*, 43 (4), December 2013, p. 265-290.

COMISSÃO EUROPEIA, DG Competition European Commission, Explanatory note Best Practice Guidelines: *The Commission's model texts for divestiture commitments and the trustee mandate under the EC merger regulation*, 5 de dezembro de 2013.

COMISSÃO EUROPEIA, Decisão da Comissão n.º COMP/M.5984 –Intel/McAfee, 26 de janeiro de 2011.

COMISSÃO EUROPEIA, *Política da concorrência da União Europeia*, 2011. Disponível na Internet: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/factsheet_general_pt.pdf>; consultado em 28.7.2014.

COMISSÃO EUROPEIA, *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE (atual 102.º do TFUE) a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, 2009. Disponível na Internet: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Orientacao_aplicacao_art82_2009.pdf>, consultado em 24.7.2014.

COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão*, JO C 267/1 de 22.10.2008.

COMISSÃO EUROPEIA, DG Competition European Commission: *Merger remedies study*, outubro de 2005, Versão Pública.

COMISSÃO EUROPEIA, *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, 2005. Disponível na Internet:

<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>, consultado em 24.7.2014.

COSTA, ADALBERTO, *O novo Regime Jurídico da Concorrência: anotado e comentado*. Porto, Vida Económica – Editorial, S.A., 2014.

CRUZ, JOSÉ NEVES, Considerações sobre a empresa em contextos globais, *Revista da Faculdade de Direito*, Ano VI, 2009, p. 301 – 332.

CRUZ, JOSÉ NEVES, *Economia e Política: uma abordagem dialéctica da escolha pública*. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

CUNHA, CAROLINA, Capítulo III Operações de concentração de empresas. Secção I Operações sujeitas a controlo. Artigo 36.º Concentração de empresas, (p. 398-407). In MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES e GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), *Lei da concorrência: comentário comimbricense*. Coimbra, Almedina, 2013.

CUNHA, CAROLINA, *Controlo das concentrações de empresas: direito comunitário e direito português*. Coimbra, Almedina, 2005.

DEZA, XAVIER VENCE, *Economía de la innovación y del cambio tecnológico*. Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, S.A., 1995.

ELHAUGE, EINER e GERADIN, DAMIEN, *Global competition law and economics*. Portland, Hart Publishing, 2007.

JONES, ALISON e SURFIN, BRENDA, *EU Competition Law: Tests, cases and materials*, 4th edition. Oxford University Press, 2011.

JUNQUEIRO, RICARDO BORDALO, *Abusos de posição dominante*. Coimbra, Almedina, 2012.

LEÃO, PEDRO – *Economia dos mercados e da empresa*. Lisboa, Escolar Editora, 2011.

LIPCZYNSKI, JOHN; WILSON, JOHN e GODDARD, JOHN, *Industrial organization: competition, strategy, policy*, 2nd edition. Essex, Pearson Education, 2005.

MANKIW, N. GREGORY, *Principles of economics*. International Student Edition, 3th edition, Thomson – South Western, 2004.

MARQUES, NUNO CASTRO e CABUGUEIRA, MANUEL, Cartel: quando uma conversa é uma conspiração contra o público (p. 655-675). In JOSÉ NEVES CRUZ, CARLA CARDOSO, ANDRÉ LAMAS LEITE e RITA FARIA (coord.), *Infrações económicas e financeiras: estudos de Criminologia e Direito*. Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MOTTA, MASSIMO, *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2004.

O'DONOGHUE, ROBERT e PADILLA, A. JORGE, *The Law and Economics of article 82 EC*. Portland, Hart Publishing, 2006.

PORTER, MICHAEL E., *Estratégia competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência*, 7ª edição. Rio de Janeiro, Editora Campus, Ltda., 1986.

PORTO, MANUEL LOPES; VILAÇA, JOSÉ LUÍS; CUNHA, CAROLINA; HENRIQUES, MIGUEL GORJÃO e ANASTÁCIO, GONÇALO, *Lei da concorrência: comentário conimbricense*. Dir. Miguel Gorjão-Henriques. Coimbra, Almedina, 2013.

SAMUELSON e NORDHAUS, *Economia*, 18ª Edição. McGraw Hill, 2005.

SILVA, MIGUEL MOURA E, *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*. Coimbra, Almedina, 2008.

WHINSTON, MICHAEL, *Lectures on antitrust economics*. Massachusetts, The MIT Press, 2006.