

MARGARIDA ROBALO CORDEIRO



A Recusa de Contratar no Direito da Concorrência

Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial elaborada sob a orientação da Senhora
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – ESCOLA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

LISBOA, 11 DE MARÇO DE 2015

A Recusa de Contratar no Direito da Concorrência

Dissertação de Mestrado em Direito Empresarial elaborada sob a orientação da Senhora
Doutora Sofia Oliveira Pais

MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – ESCOLA DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

LISBOA, 11 DE MARÇO DE 2015

Agradecimentos

À Professora Sofia Oliveira Pais,

Orientadora desta dissertação,

Pela orientação esclarecedora e por toda a disponibilidade pessoal.

À minha Mãe e à minha irmã Madalena, por todo o apoio e confiança.

Ao meu Pai, a quem muito devo.

ABREVIATURAS

| | |
|------|---|
| AG | Advogado-Geral |
| Art. | Artigo |
| EM | Estados-Membros |
| P. | Parágrafo |
| Pg. | Página |
| TFUE | Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia |
| TJ | Tribunal de Justiça |
| TG | Tribunal Geral |

INTRODUÇÃO

O direito da concorrência, por regra, não impõe às empresas obrigações de contratar. Na verdade, se se tratasse de uma imposição transversal no direito da concorrência, o incentivo ao investimento das grandes empresas seria diminuto, uma vez que o seu fruto poderia vir a ser, mais tarde, obrigatoriamente partilhado com os seus concorrentes. O mercado único, visando uma integração dos mercados nacionais, está vocacionado para ser um mercado livre e equitativo para todos os seus participantes. Deste modo, deve reger-se por regras que promovam a preservação dessa mesma liberdade¹.

No âmbito desta questão, existem dois aspetos que devem ser tidos em consideração: a liberdade contratual e a proteção dos consumidores.

Como é sabido, o art. 102º TFUE estatui a proibição do abuso de posição dominante e a recusa em contratar, verificados determinados requisitos que iremos analisar, pode traduzir-se num verdadeiro abuso de posição dominante.

Iremos, ao longo deste trabalho, tentar compreender como é que a questão da recusa em contratar é abordada no âmbito do Direito da União Europeia, tentando sistematizar a sua jurisprudência e a obrigação que desta resulta para as empresas em posição dominante de contratar com os seus concorrentes. De seguida, passaremos para o outro lado do Atlântico, analisando a origem da teoria das infraestruturas essenciais, ou seja, a existência de um dever de autorizar o acesso a determinados ativos. Veremos, depois, como é que a teoria das infraestruturas essenciais é encarada pela jurisprudência da União Europeia.

Intentaremos, assim, analisar até que ponto é essencial e vantajoso para a concorrência que uma empresa que detém um determinado ativo, que não pode ser duplicado, seja obrigada a partilhá-lo de forma não discriminatória com os outros agentes do mercado.

¹ V., Green, Nicholas / Hartley, Trevor C. / Usher, John A, *The legal foundations of the Single European Market*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pg. 197.

Um dos pontos fulcrais desta matéria centra-se na compreensão de que uma aplicação muito rígida do art. 102º TFUE, considerando a recusa em contratar como um abuso de posição dominante, poderá envolver riscos na inovação, desincentivando-a, bem como ao nível do próprio consumidor final, como efeito lógico. Se a inovação decresce, se as empresas, ao serem confrontadas com tal obrigação de contratar, se retraem, investindo e inovando menos, o mercado ficará, por sua vez, menos rico e diversificado, afetando a oferta e também o consumidor.

A recusa em contratar é geralmente considerada como um abuso de posição dominante, uma vez que, ao limitar a escolha do consumidor, restringe, por isso, o acesso de concorrentes que queiram comercializar produtos ou prestar serviços no mercado. Compreendemos, então, que é difícil definir a linha ténue que separa uma restrição ilegal de uma medida comercial legítima².

Para que uma obrigação em contratar seja aceitável, bem como a aplicação da teoria das infraestruturas essenciais, é forçoso que exista um quadro legal bem definido. É fundamental que exista certeza jurídica, cumprindo critérios rigorosos e determinados. Só deste modo é que esta teoria poderá vingar, melhorando e promovendo uma sã concorrência.

1. O abuso de posição dominante e a génese do dever de contratar no direito da União – A importância do investimento nas recusas em contratar

Contrariamente ao direito norte-americano, que proíbe a aquisição da posição dominante, no direito europeu só é sancionável a exploração abusiva dessa mesma posição³. Deste modo, as empresas não estão impedidas de procurar alcançar, por vias legais, uma posição de preponderância num determinado mercado (o mercado relevante), destacando-se, desse modo, das empresas suas concorrentes. O art. 102º TFUE proíbe, apenas, que o poder económico detido pela empresa em causa lhe permita obter, em prejuízo de terceiros, como, por exemplo, dos consumidores e dos concorrentes, vantagens que não seriam alcançáveis pelo simples jogo da concorrência.

² V., Grassi, Irene / Derra, Kanzlei, *Refusal to Supply and Abuse of Dominant Position in European Antitrust Law: an Analysis of the Case Law of the Court of Justice* in <http://www.derra.eu/dateien/public/publikationen/publikation160.pdf>, pg. 411.

³ V., Gorjão Henriques, Miguel, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, pgs. 689 e 690, Almedina, 2010.

Com efeito, de acordo com a jurisprudência constante do TJ⁴ a «noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou desenvolvimento desta concorrência⁵».

Por outro lado, o art. 102º TFUE não define o conceito de abuso, limitando-se a enumerar, a título exemplificativo, determinados comportamentos suscetíveis de constituírem explorações abusivas do poder económico da empresa em questão. Tal método pode levar a situações de incerteza devido à dificuldade em subsumir um comportamento alegadamente abusivo no âmbito da aplicação do mesmo artigo. Nos termos do art. 102º TFUE é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os EM, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Sendo que, para o nosso estudo, interessa o facto de, em conformidade com a alínea b) deste artigo, estas práticas abusivas poderem consistir na limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores.

Importa assinalar que o art. 102º TFUE não se refere expressamente à conduta de recusar o acesso a bens e serviços, cabendo, assim, à jurisprudência da UE e à doutrina a qualificação jurídica de tal conduta. Surge, assim, como fruto da jurisprudência o princípio geral de que as empresas em posição dominante não podem recusar o acesso a bens ou serviços sempre que tal conduta tenha um impacto significativo nas relações concorrenciais⁶.

⁴ Os factos que estiveram na origem de todos os litígios submetidos às diferentes jurisdições da UE analisados neste trabalho ocorreram antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa a 1 de Dezembro de 2009. Não obstante, optámos por utilizar a designação actualizada dessas mesmas jurisdições.

⁵ V., TJ de 13.2.1979, Proc. 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, Colect. 1979-I, nº 91.

⁶ V., Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 49, nº1-2, 2008, pg. 126-127.

É fulcral, deste modo, compreender que, no âmbito das relações concorrenciais que se estabelecem entre as empresas, não é visto de modo rentável ou, sequer, aliciante a partilha dos ganhos de uma empresa com a sua rival. A principal objeção à obrigação de fornecer encontra-se na incerteza da recuperação do investimento pela empresa em posição dominante⁷. Na verdade, como se sabe, é necessário ter em consideração um princípio fundamental do direito, o da liberdade contratual, referente à liberdade em decidir com quem se contrata, com quem se estabelecerá uma relação de negócios. A própria Comissão, nas suas Orientações relativas à aplicação do art. 82º (agora 102º TFUE), parte do princípio que «*cada empresa, dominante ou não, deve ter o direito a escolher os seus parceiros comerciais e dispor livremente dos seus bens*»⁸.

Em concreto, não é pelo simples facto de uma empresa ser detentora de um determinado recurso que lhe confere uma vantagem concorrencial que esta deve ser obrigada a permitir o acesso dos seus concorrentes a esse mesmo recurso⁹. Assim, só perante situações deveras excepcionais é que este princípio poderá ser afastado, obrigando a empresa a contratar com os seus concorrentes, sobrepondo-lhes outros interesses¹⁰.

Ao direito da concorrência interessam especialmente os casos de recusas de fornecimento praticadas por empresas em posição de dominante, pois são essas situações que podem ter um impacto particularmente negativo no mercado, distorcendo a livre concorrência. Ora, as situações mais suscetíveis de causar danos são as recusas de contratar com um concorrente, por uma empresa em posição dominante. Analisando esta hipótese de um modo superficial, tudo levaria a crer que seria razoável que uma empresa não fosse obrigada a contratar com um concorrente, com um rival. Tendo adquirido uma posição de relevo no mercado, ao contratar com os seus concorrentes, esta empresa iria melhorar o posicionamento das restantes empresas que consigo concorrem. Ora, quando falamos em recusa em contratar entre dois concorrentes, estamos-nos a referir a situações em que determinada empresa detém um específico *input* ou meio de produção necessário no mercado em que atua, recusando fornecê-lo aos seus concorrentes que não possuem tal *input*, adquirindo, ou mantendo, uma posição de

⁷ V., Vab Rooijen, Ashwin, *The role of investments in refusals to deal* in World Competition: Law and Economics Review, v.31, nº 1, 2008, pg. 63.

⁸ V., Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82º do Tratado CE a comportamentos da exclusão abusivas por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), nº 75.

⁹ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg.132.

¹⁰ V., Bordalo Junqueiro, Ricardo, *Abusos de Posição Dominante*, pg. 127, Almedina, 2012.

vantagem relativamente a estes outros. Destarte, perante esta situação, o direito da concorrência deve ser extremamente prudente na sua intervenção, sob pena do consumidor ser prejudicado a longo prazo, em virtude da falta de incentivo ao investimento das empresas.

Na realidade, a criação pelas empresas de uma vantagem concorrencial, fruto da posse de um recurso essencial, implica determinados custos. Custos estes que as empresas, em princípio, não estariam dispostas a suportar se soubessem que, posteriormente, seriam obrigadas a facultar o acesso a tais recursos aos seus concorrentes¹¹. Um acesso generalizado a esses recursos iria ter efeitos nefastos a longo prazo sobre a eficiência dinâmica¹². Ora, mesmo que este acesso generalizado fosse imposto em termos equitativos e, mesmo que a empresa conseguisse recuperar o seu investimento, ela poderia perder a sua vantagem competitiva, na medida em que os consumidores poderiam estar igualmente bem servidos pelos produtos agora oferecidos pelas empresas concorrentes¹³⁻¹⁴.

Destarte, para que surja uma obrigação de contratar, obrigando a empresa dominante a fornecer, aos seus concorrentes, o referido *input*, é necessário que este seja «*essencial para o desenvolvimento da concorrência noutro mercado*»¹⁵. Por este motivo, e para que as empresas não percam o incentivo de inovar sempre mais, é imprescindível que a definição de um recurso produtivo como um recurso essencial seja feita com a devida prudência¹⁶.

Podemos assim concluir que só em circunstâncias excepcionais é que a recusa de acesso pode ser considerada abusiva¹⁷.

1.1. A recusa de venda a concorrentes

A base da existência de um dever em conceder o acesso a infraestruturas essenciais teve origem no caso *Commercial Solvents*¹⁸. Este foi o primeiro acórdão em que uma recusa de venda foi considerada como sendo suscetível de violar o art. 102º

¹¹ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 117.

¹² V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 117.

¹³ Após o seu acesso ao recurso produtivo.

¹⁴ V., Vab Rooijen, Ashwin, *ibidem*, pg. 77.

¹⁵ V., Bordalo Junqueiro, Ricardo, *ibidem*, pgs. 127-128.

¹⁶ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 119.

¹⁷ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 132.

¹⁸ V., Acórdão de 06.03.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão*, 6/73 e 7/73, Colect. 1974, P.119.

TFUE¹⁹. A *Istituto Chemioterapico Italiano* (ICT) era subsidiária da empresa *Commercial Solvents* (CS), que, por sua vez, detinha o monopólio mundial da produção e fornecimento de nitropropano e de aminobutano. A CS fornecia os seus produtos à empresa *Zoja*, que os utilizava no desenvolvimento de produtos farmacêuticos. Posteriormente, a CS decidiu entrar, ela própria, no mercado dos derivados de aminobutano e nitropropano, como o etambutol²⁰, e interromper o fornecimento à *Zoja*, deixando esta de ter acesso à matéria-prima necessária para se manter no mercado. O objectivo da CS era, através da sua subsidiária, alargar a sua posição dominante no mercado a montante para o mercado a jusante do produto produzido pela *Zoja*²¹. Face à posição em que a *Zoja* ficaria, esta denunciou o comportamento da CS à Comissão que considerou que esta atuação correspondia a um abuso de posição dominante da CS, contrário ao art. 102º TFUE.

No recurso perante o TJ, esta jurisdição confirmou a decisão da Comissão, tendo proferido um acórdão que se aproximou da teoria das infraestruturas essenciais que iremos tratar. Segundo o TJ, o detentor de uma posição dominante no mercado das matérias-primas e que, por esse mesmo facto, está «*em condições de controlar o abastecimento dos fabricantes de produtos derivados, não pode, apenas por ter decidido iniciar ela mesma a produção de tais derivados (em concorrência com os seus anteriores clientes), adoptar um comportamento susceptível de eliminar a concorrência*»²². Ou seja, o TJ entendeu que o comportamento da CS iria impedir a *Zoja* de obter qualquer alternativa, sendo eliminada do mercado a jusante, devido à cessação do fornecimento. A concorrência seria assim eliminada nesse mercado.

A CS respondeu, alegando que o seu comportamento se traduziu na entrada, através da sua subsidiária, no mercado das especialidades de etambutol. Não obstante, o TJ não aceitou tal justificação, uma vez que considerou que «*não pode, apenas por ter decidido iniciar ela mesma a produção de tais derivados, adotar um comportamento*

¹⁹ V., Jones, Allison ; Sufrin, Brenda, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 4ª Edição, 2010, pg. 481.

²⁰ Elemento utilizado pela *Zoja* no tratamento da tuberculose.

²¹ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *Concorrência – Estudos*, Almedina, 2006, pg. 53.

²² V., Acórdão de 06.03.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão*, 6/73 e 7/73, nº 25.

*suscetível de eliminar a concorrência, o que, no caso subjudice, corresponde a eliminar um dos principais produtores de etambutol no mercado comum*²³».

Este entendimento também foi defendido pelo AG J.P. Warner que afirmou que «*se uma empresa dispuser de uma posição dominante no mercado de certa matéria-prima, abusará dessa posição se, sem justificação razoável, se recusar a abastecer dessa matéria-prima determinado utilizador*»²⁴.

Warner abre, contudo, uma exceção ao afirmar que se a matéria-prima tivesse sido fruto de uma atividade desenvolvida pela CS, nesse caso, já seria admissível uma maximização do lucro, não sendo censurável a recusa de venda²⁵.

O TJ entendeu que a CS há muito fornecia matérias-primas à Zoja, e só depois desta passar a ser sua concorrente direta, fruto da integração vertical da CS, é que esta lhe recusou a venda das mesmas matérias-primas. Considerou, portanto, o TJ que se tratava de um abuso de posição dominante²⁶⁻²⁷. Observou, também, que a CS continuava a ter capacidade de fornecimento de matérias-primas à Zoja, bem como capacidade para satisfazer as suas próprias novas necessidades e, como tal, não existia nenhuma justificação objetiva para a recusa de venda²⁸.

²³ V., Acórdão de 06.03.1974, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents c. Comissão*, 6/73 e 7/73, P. 25.

²⁴ V., Conclusões do AG Jean-Pierre Warner apresentadas no acórdão *Commercial Solvents*, P. 151.

²⁵ V., Conclusões do AG Warner apresentadas no acórdão *Commercial Solvents*, P. 151 e 152 - «*entendo, todavia, que a situação poderá ser diferente se essa matéria-prima é, em si mesma, um produto manufaturado que apenas existe graças aos esforços desenvolvidos no domínio da investigação pela empresa dominante e esta decide comercializar o produto, procurando, pelo contrário, maximizar os seus lucros, satisfazendo ela própria qualquer encomenda do produto final ou da substância que foi referida no presente processo como sendo um «produto de valor acrescentado»*».

²⁶ Curioso é, todavia, o facto deste acórdão em nenhum momento considerar qual seria o impacto que este comportamento teria ao nível dos consumidores. A violação do art. 102º TFUE só teve em consideração o efeito que o comportamento da CS teria para os pequenos concorrentes. V., Jones, Allison; Sufrin, Brenda, *ibidem*, pg. 483.

²⁷ O TJ referiu-se à jurisprudência *Commercial Solvents* quando da decisão do caso *Telemarketing*, caso em que uma empresa de teledifusão Luxemburguesa que operava a televisão nacional, RTL, abusou da sua posição dominante ao recusar vender um espaço publicitário a quem não contratasse a empresa de *telemarketing* do grupo empresarial. Ora, tal atuação eliminaria a possibilidade de estabelecer relações comerciais negociais com outras empresas de *telemarketing*. Perante esta situação, o TJ entendeu que a jurisprudência *Commercial Solvents* também era aplicável quando uma empresa detém uma posição dominante num mercado de um serviço que é indispensável para as atividades de outra empresa noutro mercado. O TJ considerou que tal situação era equivalente a uma recusa de fornecimento dos serviços da empresa a outra empresa qualquer de *telemarketing*, o que terá o provável efeito de eliminar toda a concorrência no mercado relevante. V., Acórdão do TJ, de 03.10.1985, Proc C-311/84 – *Centre belge d'études de marche – Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicite Benelux (IPB)*, Col 1985, P. 3261.

²⁸ V., Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, Oxford University Press, 1998, pg. 195.

Concluímos, deste modo, que quando a recusa em contratar por parte de uma empresa em posição dominante leva a que determinado cliente ou concorrente saia do mercado a jusante, esta atuação é tida como um abuso de posição dominante²⁹.

1.2. A recusa de venda em resposta ao ataque aos interesses da empresa detentora de uma posição dominante – Acórdão *United Brands*³⁰

Uma empresa dominante pode não estar verticalmente integrada e optar por estabelecer relações comerciais com distribuidores independentes³¹. Neste caso, a empresa *United Brands (UB)*, detentora de uma posição dominante no mercado das bananas, com uma quota de mercado de 40%-45%³², foi acusada de ter abusado da sua posição dominante ao recusar continuar a abastecer de bananas Chiquita a *Oelsen*, principal amadurecedor-distribuidor na Dinamarca destas bananas, após esta ter entrado numa campanha publicitária para a promoção das bananas Dole³³, concorrente da *UB*. Ao analisar o caso, o TJ começou por referir que, perante uma relação comercial duradoura, a empresa detentora de uma posição dominante não pode cessar os fornecimentos ao seu cliente se as suas encomendas não tiverem carácter anormal³⁴, uma vez que esta recusa prejudica os consumidores e poderá levar à eliminação de um parceiro comercial no mercado em causa. Um dos aspetos mais importantes decisão do TJ está no facto de este órgão jurisdicional ter considerado, pela primeira vez, que a *UB* abusou da sua posição dominante, mas que é necessário verificar se assistia à empresa dominante alguma justificação objetiva, válida para o seu comportamento³⁵, ou seja, para a quebra no fornecimento a um parceiro de longa data. Deste modo, o TJ começa por admitir que, sendo certo que o facto de uma empresa possuir uma posição dominante no mercado não pode privá-la de preservar os seus próprios interesses comerciais, tais comportamentos já serão, contudo, censuráveis quando tenham como objetivo reforçar a sua posição dominante e abusar dela. Aceitando, o TJ, a possibilidade de um “contra-ataque” da empresa em posição dominante, este só será

²⁹ V., Anderman, Steven D., *ibidem*, 196.

³⁰ V., Acórdão de 14.02.1978, *United Brands Continental c. Comissão*, 27/76, Col 1978m P. 77.

³¹ V., Junqueiro, Bordalo Ricardo, *ibidem*, pg. 169.

³² V., Processo 27/76, P. 108

³³ V., Processo 27/76, P. 164 e 165.

³⁴ V., Processo 27/76, P. 182.

³⁵ V., Processo 27/76, P. 184.

válido se for proporcional à ameaça, tendo em consideração o poder económico da empresa em causa. Ora, a recusa de abastecimento da *UB* excedeu a medida que razoavelmente poderia ter sido escolhida para sancionar a atitude da *Oelsen*. Entendeu o TJ que a *UB* não podia ignorar que a sua atuação iria dissuadir todos os outros amadurecedores-distribuidores de apoiarem campanhas publicitárias de empresas concorrentes, pelo que este efeito dissuasor reforçava, ainda mais, a posição da *UB* no mercado³⁶.

Concluimos, então, que no caso em análise, o meio escolhido pela empresa em posição dominante não foi o meio mais proporcional à ameaça, tendo a atuação da *UB* um efeito anti-concorrencial claro. A resposta comercial foi deveras inadequada.

Tendo em consideração o acórdão *Commercial Solvents*, encontramos algumas diferenças entre este e o último acórdão que analisámos. Em primeiro lugar, a *UB*, contrariamente à *CS*, deparou-se com a necessidade de agir devido ao comportamento de um concorrente no mercado a montante e não no mercado a jusante. De seguida, a *UB* tinha ao seu dispor mais amadurecedores-distribuidores na Dinamarca, além da *Oelsen*. Por fim, a *Oelsen* possuía mais fontes de fornecimentos, além da *UB*³⁷.

Não obstante, todos estes acórdãos³⁸ têm como ponto em comum o facto de abordarem recusas subsequentes. Ou seja, em todos estes casos deparamo-nos com ruturas de relações comerciais consideradas duradouras³⁹.

1.3. Distinta aplicação do critério da proporcionalidade – Acórdão *BP*

O caso *sub judice*⁴⁰ analisa a recusa de fornecimento por uma empresa dominante num contexto de particular escassez. No caso *BP*, esta empresa reduziu o fornecimento de gasolina à empresa *ABG*, uma central de compras de um grupo de distribuição de combustíveis líquidos. A redução deste fornecimento teve origem no bloqueio de produtos petrolíferos por parte de certos países árabes à Holanda a partir de

³⁶ V., Processo 27/76, P. 189-192.

³⁷ V., Evrard, Sebastien J., *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, Columbia Journal of European Law, 491, Vol. 10, 2004, pgs. 4/5.

³⁸ *Commercial Solvents, Telemarketing, United Brands*.

³⁹ V., Moura e Silva, Miguel, *O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010, pg.318.

⁴⁰ V., Acórdão do TJ de 29.6.1978, Proc. 77/77, BP c. Comissão, Colect. 1978, P. 525.

1973 e na subsequente crise de abastecimento destes produtos. Durante esta crise, a *BP* acordou adiantar à *ABG* certas quantidades de gasolina que esta deveria restituir⁴¹. Fruto da escassez de petróleo, a *BP* reduziu o fornecimento aos seus clientes meramente ocasionais, dando preferência aos seus clientes de longa data. Entre 1968 e finais de 1972, a *BP* tinha mantido uma relação contratual de fornecimento com a *ABG*, que cessou por iniciativa da primeira. Deste modo, à data dos factos, a *ABG* era um cliente ocasional da *BP*.⁴²

Perante este comportamento, a Comissão entendeu que a referida redução era abusiva dada a substancial e desproporcionada diferença na redução entre clientes ocasionais e clientes de longa data, não existindo, no seu entender, uma justificação objetiva para tal diferenciação⁴³. Na opinião da Comissão, apesar da empresa em posição dominante poder ter em consideração as diferenças entre os seus clientes, esta deve sempre aplicar condições equitativas, o que no caso não teria acontecido⁴⁴.

Contudo, o TJ não seguiu a opinião da Comissão, considerando justificada a decisão da *BP* em recusar o fornecimento a um cliente ocasional devido a uma crise de abastecimento de combustíveis. Entendeu o Tribunal que o facto de a *BP* tratar de forma mais favorável os seus clientes de longa data em detrimento dos clientes ocasionais se traduzia num comportamento legítimo⁴⁵. A decisão da Comissão foi anulada pelo TJ, uma vez que este considerou que o comportamento da *BP* teria constituído um abuso de posição dominante se tivesse ocorrido no âmbito de relações contínuas de fornecimento, mas não com compradores ocasionais⁴⁶. Deste modo, compreendemos que não consubstancia um abuso de posição dominante a recusa em fornecer baseada na distinção entre clientes habituais e ocasionais⁴⁷. Recolhemos, assim, fundamentos que nos permitem afirmar que o TJ aceitou implicitamente, neste caso, uma razão comercial legítima que permite manter um relacionamento privilegiado com determinados clientes numa época de crise, caracterizada por uma reduzida capacidade de abastecimento⁴⁸.

⁴¹ V., Processo 77/77 P. 27.

⁴² V., Processo 77/77 P. 24.

⁴³ V., Processo 77/77 P. 19.

⁴⁴ V., Processo 77/77 P. 21.

⁴⁵ V., Processo 77/77 P. 32.

⁴⁶ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pg. 65.

⁴⁷ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 127.

⁴⁸ Diferentemente do que aconteceu no caso *Commercial Solvents*, a *BP* foi obrigada a reduzir os seus fornecimentos por motivos de força maior.

Foi, assim, acolhida, uma justificação objetiva para a recusa de fornecimento em análise⁴⁹⁻⁵⁰.

2. A recusa em conceder licenças de direitos de propriedade intelectual

Diferentemente do que vimos nos casos das recusas subsequentes em contratar, vamos, neste capítulo, analisar casos de recusas iniciais. Ou seja, já não estaremos confrontados com a cessação de uma relação contratual, mas com a recusa em iniciar tal vínculo.

A questão central consiste em saber se uma recusa em fornecer a terceiros direitos de propriedade intelectual pode ser considerada um abuso de posição dominante.

Em geral, quando falamos em propriedade intelectual ressalta a ideia de que o propósito destes direitos reside no facto de se traduzirem em recompensas à inovação do seu autor, restringido a concorrência de forma legítima. O facto de estes direitos não poderem ser partilhados com terceiros seria a devida recompensa pela inovação do autor. Se os titulares de direitos de propriedade intelectual fossem obrigados, sem mais, a conceder licenças sobre os mesmos, o valor destes direitos diminuiria⁵¹. Na realidade, a proteção concedida pelos direitos de propriedade intelectual faz com que o investimento seja suscetível de ser recuperado pelo seu titular com uma maior probabilidade do que se este estivesse num mercado concorrencial, sem mais⁵².

De facto, o direito da concorrência tem como objetivo o estabelecimento de condições de mercado eficientes, suscetíveis de potenciar melhores formas de criação e comercialização, tendo em primeira linha a proteção dos consumidores, através de uma oferta de produtos e serviços de alta qualidade. Já o direito de propriedade intelectual, como vimos, visa tutelar os produtores inovadores. Nas palavras de PAULA FREIRE,

⁴⁹ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pg. 66.

⁵⁰ Diferente seria a situação em que a distinção entre os clientes seria feita pela empresa em posição dominante como uma indicação da lealdade dos seus compradores. Nesta situação, o comportamento da empresa em posição dominante, ao recusar o fornecimento de forma aleatória, constituiria um comportamento abusivo. V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 127.

⁵¹ V., Korah, Valentine, *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford – Portland Oregon, 7ª Edição, 2000, pg. 118.

⁵² Anderman, Steven, *Innovation, IPRS and EU competition law* in «*Handbook on European competition law*», Lianos, Ionnis/ Gerardin, Damien, Edward Elgar Publishing 2013, pg. 567.

«enquanto que a ratio da defesa da concorrência deve ser aferida a partir do prisma da procura – sob forma de maximização do bem-estar dos consumidores – o fundamento nuclear da tutela da propriedade intelectual deve ser compreendido sob o prisma analítico da oferta⁵³».

2.1. O caso *Volvo*

O facto da propriedade intelectual conferir direitos exclusivos de exploração aos seus titulares por um período limitado de tempo é aceite pela Comissão, uma vez que, deste modo, se fomenta a inovação⁵⁴. Todavia, apesar do TJ ter considerado que o simples facto de uma empresa em posição dominante ser detentora de direitos de propriedade intelectual não se traduzir num abuso de posição dominante, a mesma situação pode contudo consistir numa barreira à entrada para novas empresas. Ou seja, o mero exercício de um direito de propriedade intelectual não pode ser considerado como um abuso, sendo a situação diferente se as prerrogativas desse direito forem instrumentais a um abuso⁵⁵. Como é sabido, uma empresa não pode produzir ou usar determinado recurso que esteja protegido pela propriedade intelectual sem a autorização do seu titular⁵⁶. No âmbito da propriedade intelectual, os titulares dos direitos que desta advêm licenciam muitas vezes direitos aos seus concorrentes, podendo já a recusa deste licenciamento traduzir-se num abuso de posição dominante. Iremos, ver, de seguida, como é que tais situações foram encaradas pela jurisprudência do TJ.

Em 1998 o TJ foi, em sede de reenvio prejudicial, confrontado com a seguinte questão: constitui um abuso de posição dominante a recusa de um produtor de automóveis, titular de modelos industriais de painéis de carroçaria, em conceder uma licença a terceiros, legitimando a produção por estes de peças sobresselentes que incorporavam o modelo protegido?⁵⁷ O TJ considerou que a recusa em conceder uma licença não é, por si só, um abuso de posição dominante, mas poderá sê-lo verificadas determinadas circunstâncias. Vejamos.

⁵³ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem* pg. 128.

⁵⁴ V., Anderman, Steven D., *ibidem*, pg. 199.

⁵⁵ V., Moura e Silva, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência – Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, pg. 296, Almedina, 2003.

⁵⁶ V., Jones, Allison ; Sufrin, Brenda, *ibidem*, pg. 498.

⁵⁷ V., Acórdão do TJ de 05.10.1988, Proc. 238/87, AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd., Collect. 1988, pg. 6211.

A *Volvo* demandou a *Veng* perante o *High Court of Justice* do Reino Unido por violação dos direitos de que era titular sobre desenhos e modelos relativos a peças sobresselentes para automóveis da mesma marca, pelo facto de a *Veng* ter importado os painéis de carroçaria que são fabricados sem a autorização da *Volvo* e, posteriormente, tê-los comercializado no Reino-Unido sem o consentimento da *Volvo*⁵⁸. A *Veng* mostrou-se disponível para obter uma licença por parte da *Volvo* para comercializar tais painéis, mas esta recusou conceder essa licença, não obstante o pagamento de *royalties* como contrapartida justa e razoável⁵⁹.

Já nas suas conclusões, o AG Jean Mischo tentou elaborar meios de resolução do conflito entre o direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual, em especial, nos casos de recusa em licenciar estes direitos por empresas em posição dominante. Afirmou o AG que o titular de um modelo industrial registado ficaria *«privado da parte essencial do seu direito se fosse obrigado a conceder uma licença a qualquer pessoa que lha requeresse, acompanhando o pedido da oferta de pagamento de royalties razoáveis»*⁶⁰.

O TJ, seguindo a orientação proposta pelo AG, começou por reconhecer, de acordo com a sua jurisprudência, que a fixação das condições e das modalidades da proteção dos desenhos e modelos é regulada pelo legislador nacional, sendo da competência deste a determinação dos produtos que podem beneficiar de tal proteção, mesmo que tal implique uma dupla proteção, ou seja, dos modelos e desenhos e dos painéis de carroçaria, enquanto tais⁶¹.

Salientou depois o TJ que a faculdade de impedir terceiros de fabricar, vender ou importar, sem o consentimento dos titulares de modelos industriais protegidos, constitui a essência dos seus direitos exclusivos, afirmando, conseqüentemente, que o facto de se impor a um titular de um modelo industrial protegido *«a obrigação de conceder a terceiros, mesmo com royalties razoáveis a título de compensação, uma licença para o fornecimento de produtos integrantes do modelo industrial teria por consequência privar aquele titular de parte essencial do seu direito exclusivo, e que, por isso, a recusa de concessão semelhante licença não pode constituir, sem mais, um abuso de*

⁵⁸ V., Processo 238/87, P. 3.

⁵⁹ V., Processo 238/87, P. 4.

⁶⁰ V., Conclusões do AG Mischo apresentadas no acórdão AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd., P. 27.

⁶¹ V., Processo 238/87, P. 7.

*posição dominante*⁶²». Destarte, esta atuação por parte das empresas titulares de direitos exclusivos não se consubstancia como um método abusivo de eliminar a concorrência.

Não obstante, esta tomada de posição pelo TJ não o de fornecer três exemplos de comportamentos, resultantes do exercício de direitos exclusivos, que se podem configurar como abusos de posição dominante. São estes «*a recusa arbitrária em fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação de preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular, desde que esses comportamentos possam afetar o comércio entre Estados-membros*⁶³».

Ora, o facto da recusa em conceder uma licença não consistir, por si só, um abuso de posição dominante, não impede que esse facto, juntamente com um elemento adicional de conduta possa ser considerado suscetível de prejudicar os consumidores, seja considerado um abuso de posição dominante. Assim, a recusa em fornecer uma licença combinada com um outro fator prejudicial para os consumidores, constitui um abuso nos termos do art. 102º TFUE⁶⁴. A recusa em conceder licenças no âmbito de peças sobresselentes pode ser considerada um abuso de posição dominante, não obstante estarmos perante relações “novas”, contrariamente a relações contratuais, negociais, já existentes entre as partes⁶⁵.

Da análise deste acórdão concluímos que não existe nenhuma obrigação em licenciar direitos de propriedade intelectual a que as empresas com posição dominantes estejam sujeitas, bem como compreendemos que a recusa em licenciar só será considerada um abuso de posição dominante em casos excecionais⁶⁶.

2.2. O caso *Magill*

⁶² V., Processo 238/87, P. 8.

⁶³ V., Processo 238/87, P. 9.

⁶⁴ V., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pgs. 320-321.

⁶⁵ V., Jones, Allison ; Sufrin, Brenda, *ibidem*, pg. 499.

⁶⁶ O TJ não esclareceu, contudo, se os meios resolutivos dos casos abusivos de recusa de licenças se traduziam em multa e/ou em ordem para cessação do abuso, ou ainda em licenças compulsórias. Cfr., Green, Nicholas / Hartley, Trevor C. / Usher, John A., *ibidem*, pg. 275.

Em 1995, a Comissão⁶⁷ condenou três operadores de televisão que publicavam semanalmente as suas grelhas de programação na Irlanda e na Irlanda do Norte, a *Radio Telefis Eireann* (RTE), a *Independente Television Publications Ltd.* (ITP) e a *British Broadcasting Corporation* (BBC) por abuso de posição de dominante. As circunstâncias excepcionais enunciadas no caso *Volvo* concretizaram-se neste caso.

Contrariamente à situação no resto da Europa, no Reino Unido e na República da Irlanda as grelhas de programação semanais eram publicadas por cada operador em guias de televisão próprios, uma vez que estas grelhas eram consideradas obras literárias, protegidas por direitos de autor. Cada operador gozava de um monopólio legal sobre as suas grelhas de programação⁶⁸. Jornais e revistas publicavam as suas grelhas, na condição de serem detentores de uma licença, sujeitando-se às condições impostas pelos operadores⁶⁹.

Em Maio de 1986, a editora *Magill* lançou um guia com as grelhas de programação dos três operadores, colmatando assim a inexistência de um guia geral de programação semanal.

Com base na violação de direitos de autor, os operadores de televisão em causa interpuseram uma ação em tribunal que conduziu à proibição da *Magill* de publicar as grelhas de programação daqueles operadores. Reagindo a esta condenação, a *Magill* apresentou uma queixa à Comissão, alegando a exploração abusiva da posição dominante dos referidos operadores de televisão ao recusarem a concessão de licenças sobre as suas grelhas.

A Comissão considerou que os operadores tinham, de facto, abusado da sua posição dominante, uma vez que o comportamento adotado impedia a entrada de novos produtos no mercado e ordenou a concessão de licenças de modo não discriminatório e contra remuneração.

Os operadores alegaram que o facto de terem recusado a concessão de licenças traduzia uma prerrogativa dos seus direitos de autor e, conseqüentemente, não tinha

⁶⁷ V., Decisão da Comissão 89/205/CEE, de 21 de Dezembro de 1988, relativa a um processo no âmbito da aplicação do art. 86º do Tratado CEE – IV/31.851 – *Magill TV Guide/ ITP, BBC e RTE*, Jornal Oficial n.º L 078 de 21 de Março de 1989.

⁶⁸ V., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pg. 325.

⁶⁹ V., Monteiro, Luís Pinto, *A Recusa em Licenciar Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência*, Almedina, 2010 pg. 108.

existido nenhum abuso de posição dominante. Não obstante, a Comissão alegou que o facto de estarmos perante direitos de autor não significa que estes sejam imunes. Na realidade, alegou aquela Instituição que o exercício de prerrogativas típicas dos direitos de autor pode traduzir-se num abuso de posição dominante⁷⁰. Na sua decisão, a Comissão foi influenciada pelos efeitos que a recusa em conceder as licenças tinha para os consumidores⁷¹. Entendeu que, pela política restritiva adotada no âmbito das licenças, os operadores de televisão impediam a produção e a venda «*de um novo produto para o qual existe uma procura potencial⁷² substancial*», tendo sido o mercado derivado dos guias semanais reservado pelos operadores. Assim, a Comissão considerou que os operadores utilizaram os seus direitos de autor «*como um instrumento de abuso de forma tal que sai do âmbito do objecto específico do direito imaterial em causa⁷³*». O facto de não ser necessário que, para que estejamos perante um caso de recusa de fornecimento, exista já um produto comercializado, bastando a identificação de uma procura por parte de potenciais compradores para um mercado potencial, consta da Orientação da Comissão sobre as suas prioridades na aplicação do art. 102º TFUE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante⁷⁴. Esta posição foi confirmada pelo TG⁷⁵⁻⁷⁶, tribunal perante o qual os operadores recorreram da decisão da Comissão.

Nas conclusões que apresentou no âmbito do processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, o AG Claus Gulmann esclarece que a legislação relativa aos direitos de autor dá aos seus titulares o direito de restringir a concorrência. Afirma que os EM contraíram obrigações internacionais para que os titulares de direitos de autor pudessem usufruir de todas as

⁷⁰ V., Decisão da Comissão 89/205/CEE, de 21/12/1988, JO nº L 078 de 21/03/1989, pgs. 0043-0051, P. 23.

⁷¹ V., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pg. 328.

⁷² Na realidade, a empresa Magill viu-se privada da sua “matéria-prima”. Contudo, a analogia com o acórdão *Commercial Solvents* deve ser evitada, uma vez que, no caso que ora analisamos, não existia uma relação habitual, duradoura terminada. Destarte, o prejuízo que deve ser provado é aquela que os consumidores incorrem e não os concorrentes. Cfr., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pg. 331.

⁷³ V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P.200.

⁷⁴ V., Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82º do Tratado CE a comportamentos da exclusão abusivas por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), nº 79.

⁷⁵ V., Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10.07.1991, Proc. T-69/89, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*.

⁷⁶ V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P.25.

prerrogativas que destes advêm, nomeadamente, o direito ao uso exclusivo da obra protegida⁷⁷⁻⁷⁸. Já o TG tinha esclarecido que, não obstante o facto de exercício do direito exclusivo de reprodução das obras protegidas não apresentar uma conduta abusiva, «já o mesmo não ocorre quando resulte das circunstâncias próprias de cada caso concreto que as condições e modalidades do exercício desse direito exclusivo de reprodução da obra protegida prosseguem, na realidade, uma finalidade manifestamente contrária aos objetivos do artigo 86⁷⁹⁻⁸⁰».

Por outro lado, o AG precisa que o «direito exclusivo de reprodução da obra protegida constitui parte do objeto específico do direito de autor⁸¹». Conclui, apoiado na jurisprudência do acórdão *Volvo*, que o direito de recusar licenças está abrangido pelo objeto específico dos direitos de autor⁸².

Todavia, o AG, nas suas Conclusões, admitiu a existência de **circunstâncias especiais** ligadas à concessão de licenças. Na verdade, reconheceu que, mediante a verificação de certas circunstâncias especiais, o titular de um direito de autor que, através da recusa em conceder uma licença, abusa da sua posição dominante, poderá ser sujeito a licenças compulsórias. Nestes termos, o «titular do direito de autor deixa de poder manter o direito exclusivo de reprodução da obra protegida, devendo contentar-se em cobrar royalties⁸³». No caso concreto, o AG Gulmann considerou que estas circunstâncias especiais, que sustentariam a existência de um abuso de posição dominante, não se verificavam. Na sua opinião, o interesse dos consumidores não pode justificar, neste caso, uma lesão do objeto específico dos direitos do autor. Entendeu que o comportamento dos operadores não pode ser censurado uma vez que impede o aparecimento no mercado de um produto fabricado com o auxílio das obras protegidas

⁷⁷ V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P.11.

⁷⁸ «[R]esulta do artigo 36º do Tratado que apenas são admitidas em direito comunitário as restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou de serviços inerentes à protecção da própria substância do direito de propriedade intelectual». Cfr., Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 10.07.1991, Proc. T-69/89, *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P. 26.

⁷⁹ Atual art. 102ºTFUE.

⁸⁰ V., Processo T-69/89P. 28.

⁸¹ V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P.34.

⁸² V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P.38

⁸³ V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publication Ltd. (ITP)*, P.40.

pelos direitos de autor e que está em concorrência com os produtos fabricados por esses operadores. O AG entendeu que os guias semanais respondem, essencialmente, à mesma necessidade dos consumidores, logo «[n]estas circunstâncias, o interesse dos consumidores deve ceder perante o interesse do titular do direito do autor⁸⁴». Por fim, considerou que, independentemente do mercado em que as empresas concorrentes quisessem explorar os produtos protegidos, os titulares de direitos de propriedade intelectual deviam sempre poder restringir a concorrência⁸⁵.

Já a posição do TJ foi diferente, uma vez que, contrariamente ao que foi proposto pelo AG, aquele órgão jurisdicional confirmou a decisão do TG e, conseqüentemente, a decisão da Comissão. Começou o TJ por referir que não é pelo simples facto de uma empresa ser detentora de direitos de propriedade intelectual que esta possui uma posição dominante no mercado⁸⁶. Não obstante, neste caso, o TJ entendeu que os operadores televisivos detinham um monopólio de facto sobre a informação que era necessária para o fabrico das grelhas de programação e, como tal, estávamos perante empresas em posição dominante⁸⁷.

O TJ concordou com o TG ao entender que é censurável o facto de os operadores invocarem os direitos de autor conferidos pela legislação nacional para impedir a empresa *Magill* de publicar a informação de cada um desses operadores. Deste modo, confirmou-se que a entrada no mercado de um produto novo estava a ser dificultada⁸⁸. Apesar de este órgão jurisdicional ter referido que a recusa não é, por si só, um abuso, enunciou, de seguida, as **circunstâncias excepcionais**, nos termos das quais a recusa em conceder uma licença se traduz num comportamento abusivo. São três as circunstâncias que podem dar lugar a uma obrigação de conceder licenças para a exploração de um direito de propriedade intelectual, e que neste caso se verificaram:

- (i) A recusa em fornecer os guias consubstanciava-se na recusa de uma matéria-prima essencial para o fabrico de um produto, a saber, os guias de

⁸⁴ V., Conclusões do AG Claus Gulmann apresentadas no âmbito do Processo que deu lugar ao acórdão *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP)*, P.95-100.

⁸⁵ V., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 110.

⁸⁶ V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91e C-242/91*, P. 46.

⁸⁷ V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91e C-242/91*, P. 47.

⁸⁸ V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefís Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91e C-242/91*, P. 49-51.

programação semanais⁸⁹, constituindo esta recusa um entrave à entrada no mercado de um novo produto, relativamente ao qual existia uma procura potencial por parte dos consumidores⁹⁰;

- (ii) Tal recusa não era justificada⁹¹; e
- (iii) Ao recusarem o acesso às suas listas, os operadores reservaram para si um mercado derivado, o dos guias semanais de programação, excluindo a concorrência neste mercado⁹².

Face à decisão do TJ, compreendemos a extrema importância deste acórdão no âmbito das recusas em contratar por parte de empresas em posição dominante que são titulares de direitos de propriedade intelectual – tendo o critério das circunstâncias excepcionais dado origem a um paradigma que atribui uma especial importância às específicas características dos direitos de propriedade intelectual, nomeadamente como incentivos à inovação⁹³. Na realidade, quer o TJ, quer a Comissão, entenderam que era merecedora de uma maior tutela a introdução de novos produtos no mercado, em detrimento dos direitos das empresas titulares de direitos de propriedade intelectual⁹⁴. O facto da entrada de um novo produto no mercado ser impedida não dava aos consumidores qualquer opção de escolha, senão optar pela compra de cada um dos guias de programação, separadamente⁹⁵.

Por estas mesmas razões, este acórdão foi alvo de várias críticas por parte daqueles que defendem que assim se permitiu uma intromissão excessiva no âmbito dos poderes que advêm dos direitos de propriedade intelectual⁹⁶.

O interesse dos consumidores prevaleceu perante o TJ, não podendo um direito de propriedade intelectual impedir a entrada de um novo produto no mercado. Como afirma LUÍS PINTO MONTEIRO, o «titular de um direito de propriedade intelectual

⁸⁹ V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91 e C-242/91*, P. 53.

⁹⁰ V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91 e C-242/91*, P. 54.

⁹¹ V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91 e C-242/91* P. 55.

⁹² V., Acórdão de 06.04.1995 *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd. (ITP) c. Comissão, Processos apensos C-241/91 e C-242/91*, P. 56.

⁹³ V., Anderman Steven, *Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the 'Exceptional Circumstances' Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?*, *The Competition Law Review*, Volume 1 Issue 2, Dezembro 2004, pg. 8

⁹⁴ V., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 111.

⁹⁵ V., Anderman, Steven D., *ibidem*, pg. 209.

⁹⁶ V., Junqueiro, Ricardo Bordalo, *ibidem*, pg. 142.

*em posição dominante no mercado, pode ser forçado a partilhar a respetiva exploração do direito, de modo a possibilitar a criação de novos produtos*⁹⁷».

Compreende-se, também, que as **circunstâncias excecionais** são requisitos mais exigentes do que os anteriormente analisados nos casos de recusas subsequentes. Somos da opinião de MIGUEL MOURA E SILVA, ao defender que a diferença entre as duas situações é objetiva. Deste modo, a cessação de uma relação comercial de longa data, impõe um dever de proporcionalidade. Este dever já não é tão claro nos casos de recusas iniciais. Ou seja, nestes casos, para que o dever em fornecer seja imputado, é necessária a «*presença de circunstâncias qualificativas de uma conduta omissiva da empresa dominante*»⁹⁸.

Não obstante, este acórdão suscita algumas dúvidas, uma vez que, após a leitura do mesmo, não resulta claro, nomeadamente, se estes requisitos são de aplicação cumulativa e se são aplicáveis a todos os casos de recusa de licenciamento de direitos de propriedade intelectual por empresas em posição dominante⁹⁹⁻¹⁰⁰. Veremos, mais à frente, que as condições enunciadas no acórdão *Magill* foram explicitadas.

Iremos, de seguida, analisar a teoria das *essential facilities*, tema recorrentemente abordado quando falamos de uma recusa em contratar. Começaremos por referir, sucintamente, a sua génese no direito *antitrust* dos Estados Unidos.

⁹⁷ V., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 111.

⁹⁸ V., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pg. 334.

⁹⁹V., Jones, Allison ; Sufrin, Brenda, *ibidem*, pg. 502.

¹⁰⁰ Posteriormente, o caso *Ladbroke* que também versou sobre a recusa em licenciar direitos de propriedade intelectual por empresas em posição dominante teve um desfecho diferente do acórdão *Magill*. Neste caso, o TG indeferiu um recurso proposto pela empresa Ladbroke contra uma decisão da Comissão em que esta rejeitou a queixa apresentada por aquela empresa contra a PMU (*Pari mutuel urbain* francês), que correspondia a um grupo de interesse económico que era constituído pelas principais empresas de corridas de cavalos francesas, responsáveis, em exclusivo, pelas apostas feitas fora dos hipódromos por empresas autorizadas para esse mesmo efeito. A queixa da Ladbroke prendia-se com o facto de esta ter solicitado à PMU uma licença para a exploração comercial dos direitos de autor de imagem e áudio das corridas de cavalos francesas para as suas agências de apostas hípcas na Bélgica e aquela ter recusado tal licenciamento. Ao analisar a questão, o TG distinguiu esta situação da que ocorreu no âmbito do acórdão *Magill*, uma vez que a PMU não exercia a sua atividade no mercado de apostas belga, sendo que, deste modo, a questão do mercado a jusante não se colocava. A Ladbroke era, na realidade, a maior fornecedora no mercado a jusante. Aquele órgão jurisdicional concluiu que a recusa em questão não se consubstanciava num comportamento ilícito, uma vez que a licença de exploração de áudio e imagem pretendida pela Ladbroke não era essencial para que esta exercesse a sua atividade de aceitação de apostas. Assim, não obstante o carácter útil das referidas transmissões televisivas, estas não eram indispensáveis para o exercício da atividade da Ladbroke, pelo que esta recusa não era contrária ao art. [102° TFUE]. O comportamento só seria ilícito se impedisse a entrada de um novo produto mercado para o qual existisse uma procura potencial ou se o serviço ou produto recusado fosse essencial para o exercício da atividade de uma empresa. Cfr., Acórdão de 12.06.1997, *Tiercé Ladbroke S.A. c. Comissão*, Processo nº T-504/93.

3. A teoria das *essential facilities*

3.1. A origem da *essential facilities doctrine*

O direito de acesso tem-se vindo a tornar num fator fulcral para a competitividade das empresas, estando o direito de propriedade, no domínio das indústrias de redes, a ser substituído pelo direito de acesso¹⁰¹. Quando falamos em indústrias de rede, referimo-nos aos setores económicos cujos respetivos produtos ou serviços chegam ao consumidor final através de uma infraestrutura em rede. Tratam-se, por exemplo, das telecomunicações, serviços postais, transporte, energia e serviços de água¹⁰².

Ora, a liberalização destas atividades, que têm características de monopólios naturais ou legais, exige que o acesso a estas redes por novos operadores seja realizado em condições não discriminatórias¹⁰³. Não obstante o facto de muitos destes serviços públicos terem sido privatizados, os problemas concorrenciais que se colocavam pela existência de um monopólio público não se resolveram, apenas se alteraram, uma vez que passámos a estar perante monopólios privados¹⁰⁴.

Estas infraestruturas são essenciais e o acesso às mesmas em condições concorrenciais e não discriminatórias é indispensável para a promoção da concorrência nos mercados que destas dependem ou derivam.

Considera-se uma infraestrutura essencial uma «*situação de monopólio económico de facto ou de exclusividade legalmente protegida que permite o controlo de fatores não facilmente reprodutíveis, essenciais para o fabrico de um produto ou fornecimento de um serviço*»¹⁰⁵.

A doutrina das infraestruturas essenciais defende que uma empresa monopolista pode ser forçada a fornecer um determinado serviço ou produto, que são considerados como infraestruturas essenciais, quando um concorrente necessita dos mesmos para o

¹⁰¹ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 45.

¹⁰² V., Observatory of European and Small and Medium Enterprises, 2003, *SMES and the liberalization of Network Industries: telecommunications and electricity markets*, in http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/smes_observatory_2003.en.pdf.

¹⁰³ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 46.

¹⁰⁴ V., Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, pg. 539.

¹⁰⁵ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 46.

exercício da sua atividade¹⁰⁶. Segundo esta doutrina, impende sobre os proprietários deste tipo de infraestruturas o dever de conceder aos seus concorrentes o acesso às mesmas¹⁰⁷.

Na realidade, se é um facto que a *essential facilities doctrine* se tornou num instrumento a que as autoridades da concorrência recorrem com vista a promover uma sã concorrência, protegendo, em última instância, o consumidor, não nos podemos esquecer que do outro lado se encontra o titular da infraestrutura essencial que pretende obter desta uma boa compensação¹⁰⁸. Compreendemos, assim, que o recurso a esta doutrina deve ser feito com alguma contenção, tendo em consideração as limitações ao direito de propriedade a que está sujeito o titular da infraestrutura¹⁰⁹.

Para o direito americano, a liberdade de contratar ou de não contratar é considerada como um aspeto fundamental da liberdade do comércio. Se é certo que esta doutrina teve origem jurisprudencial, também é verdade que nunca foi expressamente aceite pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América¹¹⁰. É, na realidade, uma teoria muito controversa, que muitos subscrevem, mas em relação à qual outros preferem adotar uma posição mais cética. Os defensores argumentam que esta teoria foi determinante em muitas decisões, não obstante não ter sido expressamente referida, enquanto que os cétricos entendem que estas decisões, mesmo as que fazem menção implícita à referida teoria, podem ser explicadas sem o recurso à mesma¹¹¹.

3.1.1. O caso *MCI vs. AT&T*¹¹²

A expressão *essential facility* foi utilizada pela primeira vez no caso *MCI Communications vs. AT&T*, de 1983¹¹³.

O Tribunal Federal do sétimo círculo obrigou a *AT&T* a permitir o acesso à sua rede telefónica, assegurando a concorrência no mercado das chamadas de longa distância. O referido órgão jurisdicional considerou que, ao recusar o acesso à interligação da *MCI*, que, por sua vez, era essencial para que esta pudesse concorrer no

¹⁰⁶ V., Doherty, Barry, *Just what are essential facilities*, Common Market Law Review, Dordrecht, v. 38, n.º 2, Abril 2001, pg. 397.

¹⁰⁷ V., Evrard, Sebastien J., *ibidem*, pg. 1.

¹⁰⁸ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 537.

¹⁰⁹ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 55.

¹¹⁰ V., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pg. 337.

¹¹¹ V., Doherty, Barry, *ibidem*, pg. 397.

¹¹² Cfr., *MCI Communications Corp. vs. AT&T*, 780 F. 2D 1081, 1132-33 (1983).

¹¹³ V., Nagy, Csongor István., *ibidem*, pg. 670.

mercado das chamadas de longa distância, a *AT&T* tinha violado a Secção 2 do *Sherman Act*¹¹⁴. Esta decisão baseou-se não só no facto de ser impossível à *MCI* duplicar a rede, mas também na circunstância de ser economicamente viável para a *AT&T* a partilha da referida rede¹¹⁵.

Este acórdão fixou também quatro requisitos para a aplicação da doutrina das *essential facilities*. Destarte, estaremos perante uma violação da Secção 2 do *Sherman Act*¹¹⁶, por recusa de acesso a uma infraestrutura essencial, quando: 1) a infraestrutura essencial é controlada por uma empresa monopolista, ou por um grupo de empresas dominantes no mercado; 2) os concorrentes deparam-se com uma impossibilidade razoável¹¹⁷ de duplicar tal infraestrutura essencial; 3) o acesso é recusado a um concorrente¹¹⁸ e 4) o acesso à infraestrutura essencial é exequível¹¹⁹.

Este teste passou a ser utilizado pelos tribunais ao longos dos anos, sendo que estes introduziram um quinto elemento, a saber o facto da recusa de acesso não ter uma justificação válida¹²⁰. Além da aplicação destes cinco requisitos, os tribunais norte-americanos também têm em consideração certas circunstâncias adicionais, nomeadamente, a existência de relações comerciais anteriores e a intenção da empresa detentora da infraestrutura essencial¹²¹.

Apesar destes requisitos serem aplicados pelos tribunais de primeira instância norte-americanos, estes raramente responsabilizavam a empresa titular de uma *essential facility* e, quando o faziam, raramente se baseavam na *essential facilities doctrine*¹²².

Na realidade, não existe nenhuma obrigação das empresas titulares de um determinado monopólio em conceder aos seus concorrentes o acesso às suas infraestruturas essenciais. Todavia, essas empresas podem ser obrigadas a conceder esse

¹¹⁴ V., Silva, Miguel Moura e, *ibidem*, pg. 358.

¹¹⁵ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 50.

¹¹⁶ Esta disposição proíbe a monopolização e a tentativa de monopolização das trocas ou do comércio.

¹¹⁷ Referimo-nos, aqui, de uma impossibilidade em termos económicos – Cfr., Nagy, Csongor István, *ibidem*, pg. 673. Na realidade, o acórdão *Fishmann – Fishmann v Estate of Arthur M. Wirtz*, 807 F.2d 520, 7th Cir1986, P.540 – esclareceu que não era necessário que a duplicação da infraestrutura fosse física ou financeiramente impossível para que a teoria das infraestruturas essenciais fosse invocada. Assim, o facto de a reprodução ser difícil não é suficiente, mas não é exigido que seja absolutamente impossível. Mais do que um simples inconveniente, a recusa à infraestrutura essencial teria de excluir ou, pelo menos, prejudicar substancialmente os concorrentes. Cfr., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 543.

¹¹⁸ Esta condição parece incluir a recusa em contratar em condições razoáveis. Cfr., Conclusões do AG F. G. Jacobs relativas ao Processo C-7/97 apresentadas em 28 de Maio de 1998, Pg. 47.

¹¹⁹ V., OCDE, The Essential Facilities Concept, pg. 88 in <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>.

¹²⁰ V., Waller, Spencer Weber, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, Wisconsin Law Review, 2008, pg. 363 in <http://ssrn.com/abstract=1083838>.

¹²¹ V., Nagy, Csongor István, *ibidem*, pg. 674.

¹²² V., Waller, Spencer Weber, *ibidem*, pg. 363.

acesso quando tal seja indispensável à garantia da efetiva e sã concorrência no mercado¹²³.

3.2. O enfraquecimento da *essential facilities doctrine*

Após o caso *Aspen Skiing*¹²⁴, a vitalidade da *essential facilities doctrine* diminuiu. A aplicação desta doutrina começou a ser mais limitada e contida, não obstante o facto dos tribunais de primeira instância terem continuado a aplicá-la, uma vez que esta se traduz numa compreensão fundamental da utilização abusiva de um poder de monopólio¹²⁵.

Neste caso, considerado o caso “*Magill*¹²⁶ norte-americano”, foi apresentada uma queixa contra a *Aspen Skiing*, uma empresa de turismo que explorava três das quatro maiores estâncias de esqui em Aspen, por uma empresa concorrente, *Highland*, que explorava a quarta estância de esqui no mesmo Estado do Colorado. A queixa baseava-se na tentativa de monopolização do mercado, em violação da Secção 2 do *Sherman Act*. Estas duas companhias forneciam um bilhete conjunto para seis dias que permitia o acesso a todas as quatro estâncias, por um preço inferior ao preço singular de cada uma delas, sendo as receitas repartidas em função dos utilizadores de cada estância.

O Tribunal de segunda instância do décimo círculo entendeu que a *Aspen Skiing* não podia ter denunciado unilateralmente o referido acordo, dado que não existia uma razão válida para a cessação das relações comerciais. Concluiu aquele tribunal que a intenção da *Aspen Skiing* não era a de obter uma vantagem concorrencial, mas sim a de impor uma desvantagem à sua concorrente, diminuindo, a longo prazo, o nível de concorrência que esta representava¹²⁷. A primeira e a segunda instâncias decidiram o caso com base na doutrina das *essential facilities*. O Supremo Tribunal, por sua vez, apesar de ter aceitado o recurso, evitou decidir o caso com base naquela teoria¹²⁸.

A grande questão era a de saber se existia, ou não, uma justificação objetiva para a atuação da *Aspen Skiing*. O Supremo Tribunal considerou que, apesar de não existir no

¹²³ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 543.

¹²⁴ Cfr., *Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands Skiing* 472 US 585, 1985.

¹²⁵ Frischmann, Brett / Waller, Spencer Weber, *Revitalizing Essential Facilities*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, no. 1, 2008, pg. 7.

¹²⁶ V., ponto 2.3 *supra*.

¹²⁷ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 51.

¹²⁸ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pg. 354.

direito *antitrust* um dever geral de cooperação por parte de uma empresa monopolista com os seus concorrentes, a verdade é que não existe um direito ilimitado na escolha dos parceiros comerciais¹²⁹. Na realidade, nas circunstâncias do caso concreto, esta recusa poder-se-ia traduzir numa tentativa de monopolização do mercado¹³⁰. Destarte, compreendemos que a empresa monopolista, não obstante a não existência de um dever legal geral de contratar com os seus concorrentes, não deixa de estar sujeita às regras da concorrência.

A posição dominante não foi adquirida através do mérito da empresa e, como tal, sendo esta titular de uma infraestrutura essencial, são aplicáveis certas exceções à sua liberdade de contratar¹³¹.

Em 2003, o Supremo Tribunal voltou a deparar-se no caso *Trinko*¹³² com uma situação relacionada com a doutrina das infraestruturas essenciais. No caso em apreço, em que se discutia o monopólio que a empresa *Verizon* detinha no mercado das telecomunicações em Nova Iorque, verificou-se uma grande mudança na posição dos tribunais norte-americanos. Esta mudança surgiu das alterações legislativas no sector das telecomunicações ao nível federal. Com efeito, através do *Telecommunications Act* de 1996, foi imposta aos monopólios locais a partilha das suas redes com operadores que pretendessem entrar neste mercado, consagrando obrigações positivas que não constavam das leis *antitrust*. Tais imposições tinham como objetivo a promoção de um mercado concorrencial nas telecomunicações.

A questão suscitada pelo escritório de advogados *Trinko* era a de saber se o comportamento (discriminatório) da *Verizon*, ao nem sempre conceder o acesso ao *Operation Support System (OSS)*, não deveria ser visto como uma violação quer das leis *antitrust*, quer do *Telecommunications Act*. O Supremo Tribunal entendeu que, estando perante um mercado regulado, os benefícios que as leis *antitrust* podem trazer para uma sã concorrência tendem a ser menores¹³³. Este órgão não aplicou, pois, a *essential facilities doctrine* pelo facto de se tratar de um setor de mercado que era regulado, existindo uma entidade reguladora com as devidas competências para determinar os

¹²⁹ V., *Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands Skiing* 472 US 585, 1985, pg. 601.

¹³⁰ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pgs. 543-544.

¹³¹ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 544.

¹³² Cfr., *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Court V. Trinko, LLP*, 540 USA 398, 2004.

¹³³ V., Massadeh, Ali A., *The Essential Facilities Doctrine Under Sucritiny: EU and US Perspective*, UEA Law Working Paper n° 2011-AM-1 in <http://ssrn.com/abstract=1738326>.

termos de acesso às referidas infraestruturas¹³⁴. Num tal cenário aquela teoria não era aplicável. A circunstância de se estar perante um setor regulado com vista a impedir comportamentos anti-concorrenciais, tornava menos essencial e menos necessário a aplicação das leis *antitrust*. Já Lipsky e Sidak sustentaram que os tribunais não devem assumir a posição de reguladores de monopólios naturais¹³⁵.

Para além desta razão, o Supremo Tribunal também afastou a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais, ao considerar que os seus requisitos não estavam reunidos e que só em casos excecionais, como o caso *Aspen Skiing*, é que a recusa em contratar por parte de uma empresa pode ser considerada anti-concorrencial. Este Tribunal constatou que a *Verizon* não entrou voluntariamente em negociações com os novos operadores do mercado, não existindo, deste modo, a quebra de uma relação comercial já existente, nem nenhum corte nos fornecimentos que poderia afetar os seus concorrentes a longo prazo¹³⁶.

Este Tribunal seguiu a posição de Philip Areeda, professor de Harvard, que defendia que o sentido desta doutrina se reduzia a um mero epíteto, propondo que fossem estabelecidos limites para o alcance da mesma, para que a investigação, o investimento e a inovação não saíssem prejudicados¹³⁷.

Propunha Areeda que, em primeiro lugar, se reconhecesse que não existe um dever geral de partilhar ativos, pelo que uma tal obrigação deve ser excecional. Em segundo lugar, uma infraestrutura só é **essencial** quando o concorrente não tem capacidade para a duplicar e esta seja fundamental para a sua competitividade. O terceiro requisito para a aplicação desta teoria traduzia-se no facto da obrigação de conceder o acesso só existir quando melhore substancialmente a concorrência no mercado secundário. Em quarto lugar, mesmo que todos os requisitos referidos *supra* estejam preenchidos, a recusa de acesso é ilegítima quando não existir uma justificação comercial válida para tal recusa. Como quinto requisito aquele Professor sustentou que era necessário que existisse um fundamento objetivo que censurasse a recusa. Finalmente, em sexto lugar, nenhum tribunal devia impor uma obrigação de acesso que

¹³⁴ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 126.

¹³⁵ V., Lipky, Abbot B. Jr. / Sidak, J. Gregory, *Essential Facilities*, Stanford Law Review, Vol. 51, nº 5, Maio 1999, pg. 1189 in <http://ssrn.com/abstract=205668>.

¹³⁶ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 545

¹³⁷ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pg. 401.

não fosse suscetível de ser explicada nem adequadamente supervisionada¹³⁸. No entendimento de Areeda, a obrigação de conceder acesso aos ativos de determinada empresa deve, em todos os casos, ser excepcional.

Contrariamente às soluções europeias, o acórdão *Trinko* deixa perceber o definhamento da teoria das infraestruturas essenciais nos Estados Unidos, restringindo o seu âmbito de aplicação.

À semelhança de Miguel Moura e Silva, pensamos que não existe um futuro otimista para esta doutrina, pelo facto de, essencialmente, a sua aplicação se basear na existência de um dever em contratar em termos abstratos¹³⁹.

3.3. A aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais na União Europeia

3.3.1. As decisões da Comissão

A primeira referência explícita da Comissão à teoria das *essential facilities* surge no âmbito da decisão *Sea Containers*¹⁴⁰. Este caso prendia-se com a exploração de serviços de *ferry* para passageiros e veículos entre a Grã-Bretanha e a Irlanda por um novo operador, a *Sea Containers*, e com a vontade de ter acesso ao porto britânico de Holyhead que era explorado pela empresa *Stena Sealink Ports (Stena)*. Esta empresa detinha uma posição dominante, sendo simultaneamente proprietária e operadora do porto.

O alegado abuso dessa posição deveu-se ao facto de *Stena* ter demorado, pelos mais variados motivos, a autorizar a *Sea Containers* a operar no referido porto. A *Stena*, de forma a proteger o seu operador de *ferry*, a *Stena Sealink Line* dos concorrentes, concedia-lhes condições menos favoráveis, recusando-lhes o acesso ao porto sem qualquer justificação objetiva.

A Comissão considerou que o comportamento da empresa *Stena* consubstanciava um abuso de posição dominante e, pela primeira vez, definiu o conceito de **infraestrutura essencial** como a «*instalação ou infraestrutura sem cujo*

¹³⁸ V., Waller, Spencer Weber, pgs. 366-367.

¹³⁹ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pgs. 410-411.

¹⁴⁰ V., Decisão da Comissão Europeia de 21.12.1993 (94/19/CE), IV/34.689, *Sea Containers c. Stena SealinkI*, JO L 15/8 de 18.1.1994.

*acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes*¹⁴¹». Clarificou, ainda, a Comissão que este princípio se aplica sempre nos casos em que os concorrentes que requerem o acesso à infraestrutura essencial sejam recentes operadores no mercado relevante¹⁴².

Tendo a Comissão também considerado que se uma empresa que detém uma infraestrutura essencial utiliza o seu poder de mercado para proteger ou reforçar a sua posição num mercado conexo, concedendo o acesso à referida infraestrutura em termos discriminatórios ou condições menos favoráveis do que as dos seus serviços, viola o atual art. 102º do TFUE, compreendemos que tal entendimento da Comissão é desfavorável para esta empresa. Por um lado, não pode discriminar os seus concorrentes e, por outro, é criada uma presunção de abuso de posição dominante pela simples recusa de acesso. Assim, cabe à empresa em posição dominante apresentar prova em contrário¹⁴³.

Este entendimento da *essential facilities doctrine* manteve-se no caso do *Porto de Roedby*¹⁴⁴. Neste caso, a Comissão considerou que o comportamento do governo dinamarquês em recusar à empresa STENA a construção de um novo terminal, bem como o acesso ao terminal existente no porto de *Roedby*, era abusivo. O acesso às infraestruturas do referido porto era essencial para o fornecimento de transportes marítimos.

Na realidade, algumas decisões da Comissão já apontam para uma tendência desta para assegurar o acesso a infraestruturas nos termos do art. 102º TFUE: portos¹⁴⁵,

¹⁴¹ Cfr., Decisão da Comissão Europeia de 21.12.1993 (94/19/CE), IV/34.689, *Sea Containers c. Stena Sealink*, JO L 15/8 de 18.1.1994, P. 66.

¹⁴² Cfr., Decisão da Comissão Europeia de 21.12.1993 (94/19/CE), IV/34.689, *Sea Containers c. Stena Sealink*, JO L 15/8 de 18.1.1994, P. 67.

¹⁴³ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 551

¹⁴⁴ Cfr., Decisão da Comissão de 21.12.93, *Porto Roedby*, 94/11/CE, JO L 55/52 de 26.02.94.

¹⁴⁵ V. 3.3.1.

aeroportos¹⁴⁶, caminhos ferroviários¹⁴⁷, sistemas informatizados de reserva de bilhetes de avião¹⁴⁸, direitos de propriedade intelectual¹⁴⁹, entre outros¹⁵⁰.

3.3.2. Os casos no Tribunal de Justiça

Como foi referimos *supra*, o acórdão *Magill* trouxe algumas incertezas relativamente ao dever que uma empresa em posição dominante tem em fornecer um concorrente. O acórdão *Oscar Bronner*¹⁵¹ (doravante *Bronner*) permitiu ao TJ limitar os casos em que a doutrina do caso *Magill* seria aplicável, clarificando a respetiva jurisprudência¹⁵². Pela primeira vez, a existência da doutrina das infraestruturas essenciais esteve mais perto de ser referida pelo TJ¹⁵³. Vejamos as circunstâncias que deram origem a este caso.

A *Mediaprint*, um grupo editorial austríaco, editava dois grandes jornais, dispondo de uma filial que era responsável pela distribuição dos mesmos através de um sistema de distribuição domiciliária a nível nacional. Através deste sistema, os assinantes dos referidos jornais podiam contar com a chegada deles de manhã cedo às suas casas.

Bronner, por outro lado, editava e distribuía um jornal de menor dimensão. Incapaz de criar o seu próprio sistema de distribuição, esta editora requereu à *Mediaprint* que o seu jornal fosse incluído no sistema de distribuição daquele grupo,

¹⁴⁶ Na Decisão 98/190/CE da Comissão, esta entendeu que o aeroporto de Frankfurt abusou da sua posição dominante por ter, sem justificação objetiva, recusado o acesso de potenciais concorrentes ao mercado de assistência em pista nesse aeroporto.

¹⁴⁷ No âmbito da Decisão de 27.08.2003 (COMP/33 685 GVG/FS), a Comissão entendeu que a FS, empresa ferroviária nacional italiana, abusou da sua posição dominante ao ter impedido à empresa alemã GVG, o transporte ferroviário da Alemanha para Milão. A FS recusou o acesso à infraestrutura italiana, recusou prestar serviços de tracção e recusou negociar a implementação de um agrupamento internacional.

¹⁴⁸ V., Comunicado de Imprensa IP/99/542 de 20.07.1999 – a Comissão aplicou uma multa de 10.000€ à Lufthansa nos termos do Regulamento 2299/89 de 24.07.1989 do Conselho, relativo a um código de conduta para os Sistemas Informatizados de Reserva (SIR), por ter considerado que aquela transportadora violara o art. 8º/1 ao ter criado um sistema de incentivos na emissão dos seus bilhetes electrónicos na Alemanha; A Lufthansa demorou bastante tempo, prejudicando as transportadoras concorrentes, até partilhar a sua capacidade de emissão de bilhetes para que esta fosse compatível com outros SIR's – tendo, por este motivo, violado o código de conduta.

¹⁴⁹ V. 3.3.3.

¹⁵⁰ Para um maior desenvolvimento, V., Whish, Richard / Bailey David, *ibidem*, pgs. 703-706.

¹⁵¹ Cfr., Acórdão do TJ (Sexta Secção) de 26.11.1998, Proc. C-7/97, *Oscar Brönnner c.*

Mediaprint, Colect. 1998, p-I-7791.

¹⁵² Ahlborn, Christian / Evans, David S., *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, No. 3, 2009 in <http://ssrn.com/abstract=1115867>.

¹⁵³ V., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 115.

propondo pagar uma razoável contraprestação. Tendo a *Mediaprint* recusado tal pedido, *Bronner* intentou uma ação contra este grupo nos tribunais austríacos com base na disposição da lei da concorrência relativa ao abuso de posição dominante. O tribunal chamado a pronunciar-se sobre este caso, decidiu efetuar um reenvio prejudicial para o TJ.

A *Bronner* apoiou a sua defesa na *essential facilities doctrine*, invocando-a expressamente, pois considerava que o sistema de distribuição dos jornais da *Mediaprint* era uma infraestrutura essencial e, como tal, esta empresa estava obrigada a conceder o acesso à mesma em condições de mercado. Tratava-se, na opinião da *Bronner*, de uma condição prévia para que haja uma concorrência efectiva no mercado dos jornais diários.

Nas suas conclusões, o AG F.G. Jacobs¹⁵⁴ tece importantes observações relacionadas com a doutrina das infraestruturas essenciais¹⁵⁵. Aparenta aceitar a existência desta doutrina, apesar de ter dúvidas no que toca à própria base da mesma¹⁵⁶.

A argumentação do AG assentou em três pressupostos: em primeiro lugar, no facto do direito a escolher parceiros contratuais, bem como o direito da livre disposição da propriedade serem princípios consagrados universalmente; segundo, qualquer ingerência na liberdade de contratar de uma empresa em posição dominante deve ser feita após uma cuidadosa ponderação, uma vez que a longo prazo a concessão de acesso a concorrentes pode diminuir o investimento em infraestruturas, sendo também no interesse dos consumidores que uma empresa reserve para si a utilização de infraestruturas que desenvolveu; e em terceiro lugar, uma vez que o objetivo do atual art. 102º TFUE é impedir distorções de concorrência, protegendo, em especial, o interesse dos consumidores, é necessário apurar se existe, ou não, concorrência a jusante¹⁵⁷.

No seu entendimento, não existia nenhuma razão para uma intervenção desta natureza, obrigando a entrada do jornal da *Bronner* no sistema de distribuição da *Mediaprint*. Tal intervenção só seria justificada se a empresa dominante tivesse à sua mercê o mercado conexo, ou seja, quando por constrangimentos físicos, legais ou

¹⁵⁴ V., Conclusões apresentadas em 28.05 1998 relativas ao Processo C-7/97, *Brönnner* (Colect. 1998, p-I-7791).

¹⁵⁵ Bem como com a sua compatibilidade com os princípios do direito da concorrência da União. Cfr., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 115.

¹⁵⁶ V., Doherty, Barry, *ibidem*, pg. 417.

¹⁵⁷ Cfr., Conclusões do AG F. G. Jacobs relativas ao Processo C-7/97 apresentadas em 28.05.1998, P. 56-58.

geográficos, fosse impossível ou muito custoso reproduzir as infraestruturas em análise, não bastando que o controlo que a empresa em posição dominante detém relativamente à infraestrutura lhe confira um significativo poder de mercado, uma vantagem concorrencial¹⁵⁸. Todavia, o AG não excluiu o facto de o próprio custo ligado à reprodução da infraestrutura ser, por si só, uma barreira inultrapassável para o acesso ao respetivo mercado. Não obstante, considerou que este critério deve apresentar um carácter objetivo, ou seja, o custo deve ser um obstáculo inultrapassável de acesso ao mercado para qualquer empresa e não só para aquela que requiere a concessão de acesso à infraestrutura. O custo deve ser capaz de dissuadir qualquer empresa minimamente prudente de entrar no respetivo mercado¹⁵⁹.

No âmbito do caso concreto, o AG concluiu que não existia nenhum dever geral de conceder o acesso ao sistema de distribuição da *Mediaprint*. A *Bronner* já funcionava sem o referido acesso e tinha à sua disposição outras soluções. Por fim, concluiu que não seria rentável instituir um sistema de distribuição domiciliária nacional para um jornal de fraca difusão. Seria necessário, sim, estabelecer que o nível de investimento necessário para obter um sistema nacional de distribuição teria um efeito dissuasor numa empresa que editasse outro grande jornal¹⁶⁰.

O TJ, partindo de uma posição mais cética, reinterpretou o acórdão *Magill* num contexto diferente do direito de propriedade intelectual¹⁶¹, não tendo sido referida de forma expressa a *essential facilities doctrine*, para além do resumo dos argumentos de cada uma das partes. Considerou esta jurisdição que para que as pretensões da *Bronner* fossem atendíveis e para que se estivesse, de facto, perante um abuso de posição dominante, teria de ser demonstrado que, em primeiro lugar, a recusa de acesso era suscetível de eliminar toda a concorrência de quem requer o serviço no mercado secundário; em segundo lugar, esta recusa não podia ser justificada objetivamente; e, por fim, o serviço teria de ser, por si só, essencial e indispensável para o exercício da atividade da *Bronner*, não existindo nenhum substituto real ou potencial para o sistema de distribuição domiciliária¹⁶². No entendimento do TJ, nenhum destes requisitos estava

¹⁵⁸ Cfr., Conclusões do AG F. G. Jacobs relativas ao Processo C-7/97 apresentadas em 28.05.1998, P. 65.

¹⁵⁹ Cfr., Conclusões do AG F. G. Jacobs relativas ao Processo C-7/97 apresentadas em 28.05.1998, P. 66.

¹⁶⁰ Cfr., Conclusões do AG F. G. Jacobs relativas ao Processo C-7/97 apresentadas em 28.05.1998, P., 67 e 68.

¹⁶¹ V., Nagy, Csongor István., *ibidem*, pg.678.

¹⁶² Cfr., Processo. C-7/97, P. 41.

reunido, não sendo o sistema de distribuição da *Mediaprint* uma infraestrutura essencial. Este entendimento do TJ reduziu o alcance da doutrina das infraestruturas essenciais¹⁶³.

O TJ começou por esclarecer que o primeiro critério não se verificava uma vez que existiam meios de distribuição alternativos à disposição de jornais diários, nomeadamente, a via postal e venda em quiosques e em lojas, ainda que menos vantajosos, mas que eram utilizados pelos editores desses jornais. Por outro lado, o TJ deu um grande contributo quanto a uma potencial alternativa de meios de distribuição. No entendimento do TJ não existiam obstáculos regulamentares, técnicos ou até económicos que tornassem impossível ou extremamente difícil para qualquer editor de um jornal de criar o seu próprio sistema de distribuição de jornais à escala nacional, seja sozinho ou em colaboração com outros editores¹⁶⁴.

O contributo do TJ foi mais relevante no que toca ao teste da indispensabilidade, uma vez que aquele tribunal considerou que este deve ser objetivo, tendo de ser tidos em consideração todos os concorrentes em geral e não um concorrente específico. Para o TJ, o fator a ter em consideração num caso de recusa em fornecer é a indispensabilidade¹⁶⁵. Para que o acesso fosse indispensável seria necessário provar que a criação de um segundo sistema de distribuição nacional não era economicamente rentável, não bastando invocar a falta de rentabilidade económica devido à fraca tiragem dos jornais diários a distribuir¹⁶⁶. Resulta daqui uma visão objetiva do TJ, limitando a aplicação desta doutrina, pois indispensável é diferente de desejável e, também, de vantajoso¹⁶⁷ - características que não são tidas em consideração pelo TJ, ficando, deste modo, claro que a indispensabilidade da infraestrutura não pode ser aferida tendo em consideração as necessidades da empresa que requer o acesso à mesma¹⁶⁸. Nestes termos, uma vez que a criação de um segundo sistema de distribuição de jornais a nível nacional era economicamente sustentável, o entendimento do TJ parece aplicar-se a mercados onde duas ou mais empresas não sobrevivem sem ter acesso a uma infraestrutura essencial, nomeadamente nos casos de monopólios naturais¹⁶⁹.

Nas suas Orientações, a Comissão ao analisar o requisito da indispensabilidade como uma necessidade objetiva para que os concorrentes possam concorrer de uma

¹⁶³ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 560.

¹⁶⁴ Cfr., Processo C-7/97, P. 43 e 44.

¹⁶⁵ V., Whish, Richard / Bailey David, *Competition Law*, 7ª Edição, 2012, pg. 702.

¹⁶⁶ Cfr., Proc. C-7/97, P. 46.

¹⁶⁷ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pg. 378.

¹⁶⁸ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 561.

¹⁶⁹ V., Nagy, Csongor István., *ibidem*, pgs. 679-680.

maneira efetiva no mercado, esclarece, afirmando que a Comissão, nestes casos, regra geral, procede «a uma avaliação para verificar se os concorrentes poderiam reproduzir com eficácia o meio de produção produzido pela empresa dominante num futuro previsível». Para a Comissão, o conceito de reprodução adquire também uma grande importância, sendo este rigorosamente analisado, correspondendo à «criação de uma fonte alternativa de fornecimento eficiente, que permita aos concorrentes exercerem uma pressão competitiva sobre a empresa dominante no mercado a jusante¹⁷⁰».

3.3.3. A aplicação da doutrina aos direitos de propriedade intelectual

Por causa do acórdão *Bronner*, cumpre analisar se a doutrina das infraestruturas essenciais é, também, aplicável no âmbito do licenciamento dos direitos de propriedade intelectual.

Se já vimos que os tribunais norte-americanos são relutantes na aplicação desta doutrina, esta relutância é ainda mais nítida no âmbito dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que a exclusividade é uma das características deste tipo de direitos¹⁷¹.

Não obstante, a situação é diferente deste lado do Atlântico as coisas passam-se de maneira diferente, sendo esta doutrina aplicada mesmo no mercado dos direitos de propriedade intelectual, tendo o acórdão *Magill* estabelecido uma sólida base para a sua aplicação¹⁷².

a. O caso *IMS Health*

A posição do TJ no caso *Bronner* foi retomada no acórdão *IMS Health*¹⁷³, tendo a doutrina das infraestruturas essenciais sido aplicada no caso em análise¹⁷⁴. Este caso versa sobre a interpretação que deve ser dada ao actual art. 102º TFUE quando uma

¹⁷⁰ V., Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82º do Tratado CE a comportamentos da exclusão abusivas por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), nº 83.

¹⁷¹ V., Yu, Quiang, *Software interoperability information disclosure and competition law*, European Competition Law Review, 2014, pg. 4.

¹⁷² V. Yu, Quiang, *ibidem*, pg. 4.

¹⁷³ V., Acórdão de 29.04.2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*, Processo n.º C-418/01, Col. 2004, P. I – 5039.

¹⁷⁴ V. Yu, Quiang, *ibidem*, pg. 4.

empresa recusa o acesso dos seus concorrentes a uma base de dados protegida por direitos de autor.

As empresas envolvidas atuavam na indústria farmacêutica, dedicando-se à recolha e tratamento de dados sobre vendas de medicamentos efectivas pelas farmácias na Alemanha. A *IMS* fornecia os seus estudos com base numa estrutura que incluía 1860 módulos ou numa estrutura derivada com 2847 módulos, cada um deles correspondente a uma área geográfica determinada. Na base deste litígio estava a recusa da *IMS* em conceder uma licença à *NDC* para a utilização da base de dados “1860 módulos”. A empresa *PII* que foi adquirida pela *NDC* começou a trabalhar com base nesta estrutura uma vez que, de acordo com um estudo efetuado junto dos potenciais clientes, ficou comprovado que dificilmente aquela empresa alcançaria sucesso se utilizasse uma estrutura distinta da *IMS*, ou seja, distinta daquela relativamente à qual as empresas farmacêuticas se tinham harmonizado.

A *IMS*, visando impedir esta utilização, alegou a violação dos seus direitos de autor, na ação que intentou junto do Landgericht Frankfurt am Main, requerendo que a *PII* fosse proibida de utilizar a sua estrutura modular. Face ao pedido da *IMS*, o tribunal alemão ordenou que a *IMS* concedesse à *NDC* uma licença a título oneroso, autorizando esta a utilizar a base de dados em questão. Tendo a *IMS* recusado tal imposição, a *NDC* denunciou este comportamento à Comissão, alegando abuso da posição dominante da *IMS*.

O TJ, chamado a pronunciar-se no âmbito de um reenvio prejudicial, relativamente à recusa em licenciar, reiterou que existe abuso de posição dominante sempre que: 1) o pedido da licença tenha como objetivo a criação de novos produtos e não a duplicação de produtos já existentes no mercado; 2) a recusa não for objetivamente justificável e 3) da recusa resultar a eliminação da concorrência no mercado a jusante¹⁷⁵. Esta jurisprudência vem esclarecer que os critérios estatuídos no acórdão *Magill* são de verificação cumulativa¹⁷⁶, tendo consolidado o teste presente nesse acórdão. Este teste tinha como intuito contrabalançar a preservação da concorrência efetiva em especial nos mercados onde a inovação é um fator concorrencial essencial entre as empresas e o necessário incentivo ao investimento e

¹⁷⁵ V., Processo C-418/01, P. 52.

¹⁷⁶ V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 130.

desenvolvimento técnico¹⁷⁷. Esta interpretação do teste das circunstâncias excepcionais como que permite uma reconciliação entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual baseada no interesse mútuo na inovação, reforçando que o licenciamento obrigatório nos termos daquele teste é aplicável aos casos relativos à entrada de novos produtos no mercado que tenham uma procura potencial e já não para meras imitações dos produtos já existentes¹⁷⁸.

A *IMS* criticou o facto de não existirem, no caso concreto, dois mercados distintos, o que impediria o preenchimento de uma das condições. Não obstante, e tendo em consideração o facto de estarmos perante um caso que deve ser analisado segundo a teoria das *essential facilities*, não é necessário que existam dois mercados distintos¹⁷⁹, uma vez que não estamos perante uma recusa de venda, mas perante uma recusa de acesso. Clarificou o TJ «*que basta que um mercado potencial, ou mesmo hipotético, possa ser identificado. Assim sucede quando os produtos ou serviços sejam indispensáveis para exercer uma determinada actividade e que exista, para estes, uma procura efectiva pelas empresas que decidem exercer a actividade para a qual aqueles são indispensáveis*¹⁸⁰».

Porém, no âmbito dos dois outros requisitos o TJ não foi totalmente esclarecedor. Quanto ao conceito de **produto novo**, persistiram as dúvidas quanto ao grau necessário de novidade, tendo o Tribunal somente referido que a empresa que requer a licença não se poderá limitar à reprodução de produtos e serviços já oferecidos no mercado derivado pelo titular do direito de propriedade intelectual. A empresa concorrente deve sim, oferecer produtos ou serviços novos para os quais existe uma procura potencial dos consumidores¹⁸¹.

Também a interpretação que deve ser dada à **recusa objetiva** suscitou alguma controvérsia. Não podendo, contudo, ignorar o facto de estarmos perante um conceito indeterminado, acompanhamos a opinião da Professora Sofia Oliveira Pais¹⁸², segundo a qual existe uma necessidade de orientações mais concretas por parte das instituições

¹⁷⁷ V., Andreangeli, Arianna, *Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: the impact of the antitrust remedies provided by the Modernisation Regulation on investigated parties freedom to contract and to enjoy property*, The Competition Law Review, Volume 6 Issue 2 pg. 228, Julho 2010.

¹⁷⁸ V., Anderman Steven, *Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the 'Exceptional Circumstances' Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?*, pg. 13.

¹⁷⁹ Sobre este ponto V. Nagy, Csongor István, *ibidem*.

¹⁸⁰ V., Processo nº C-418/01, P. 44.

¹⁸¹ V., Processo nº C-418/01, P. 49.

¹⁸² V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pgs. 573 e 574.

européias, não sendo a Comunicação da Comissão 98/C 265/02 sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações suficientemente esclarecedora. O facto da concretização deste requisito causar uma incerteza jurídica, prejudica a aplicação e força da teoria das infraestruturas essenciais.

Apesar desta falta de esclarecimentos, compreendemos que, diferentemente do caso *Bronner*, o critério da essencialidade da infraestrutura em causa foi preenchido. Refere o TJ que a grande adesão à estrutura modular por parte dos laboratórios farmacêuticos devia ser tida em consideração, pois esta pode criar uma «*dependência técnica dos utilizadores em relação a essa estrutura*»¹⁸³. Face ao exposto, a existência deste *standard* técnico dificultaria a criação de uma nova estrutura modular por parte das empresas concorrentes¹⁸⁴, não sendo esta a solução económica mais rentável. Compreendemos, assim, que esta dependência dos utilizadores face à estrutura modular da *IMS* tenha contribuído para o facto de uma vantagem concorrencial se ter transformado numa infraestrutura essencial¹⁸⁵, cujo acesso não pôde, neste caso, ser recusado.

b. O caso *Microsoft*

Os critérios enunciados no caso *Magill* foram confirmados no acórdão *Microsoft*¹⁸⁶, na origem do qual está uma decisão condenatória da Comissão de 2004, introduzindo, contudo, uma inovação ao teste das circunstâncias excepcionais, como veremos. Este acórdão foi muito importante para a evolução da jurisprudência comunitária, mais especificamente, sobre as limitações que são impostas pela concorrência ao exercício dos direitos de propriedade intelectual, e vice-versa.

Sucintamente, a empresa Sun Microsystems Inc (Sun) agiu contra a empresa *Microsoft* por esta ter recusado disponibilizar a tecnologia necessária para obter a interoperabilidade do seu sistema operativo *Windows* para os fabricantes dos servidores de grupos de trabalho, sendo esta tecnologia, segundo a Sun, indispensável para concorrer no mercado destes servidores¹⁸⁷.

¹⁸³ V., Processo nº C-418/01, P. 29.

¹⁸⁴ V., Moura e Silva, Miguel, *ibidem*, pg. 380.

¹⁸⁵ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 569.

¹⁸⁶ V., Acórdão de 17.09.2007, *Microsoft Corp c. Comissão*, Processo nº T-201/04, Col.-207, P. II – 3601.

¹⁸⁷ V., Processo nº T-201/04, P. 6-7.

A Comissão, ao analisar o caso, entendeu que o comportamento da *Microsoft* se traduziu numa estratégia que tinha como objectivo a eliminação dos concorrentes no mercado, tendo a rutura em relação a níveis de fornecimento anteriores um efeito negativo para a inovação e desenvolvimento técnico, em prejuízo dos consumidores, sem que a *Microsoft* tenha apresentado uma justificação objetiva pra tal comportamento¹⁸⁸. No entendimento da Comissão, esta estratégia tinha como correlativo o aumento da quota de mercado da *Microsoft*¹⁸⁹ e aplicou uma coima à *Microsoft* no valor de 497.196.304 €¹⁹⁰.

A *Microsoft*, por sua vez, considerou que a sua recusa estava justificada objetivamente, uma vez que estavam em causa direitos de propriedade intelectual¹⁹¹. Para aquela empresa, o facto de a sua atuação não ser considerada objetivamente justificada, como retirava toda a essencialidade àqueles direitos, uma vez que a inovação, a investigação e o investimento estão extremamente relacionados com a proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual¹⁹². Ora, como vimos, a Comissão não concordou com esta justificação, adiantando que os efeitos positivos que advêm dos incentivos em inovar não compensam as consequências negativas desta recusa, ou seja, a exclusão dos concorrentes do mercado relevante, ou seja, o mercado dos sistemas operativos dos servidores de grupo.

Com este entendimento, a Comissão introduziu um novo teste aparentemente distinto do teste que era utilizado pela jurisprudência comunitária¹⁹³. Segundo este teste, a decisão da Comissão baseou-se numa ponderação entre, por um lado, os efeitos positivos da imposição de uma licença obrigatória e, por outro, os efeitos negativos desta obrigação em licenciar direitos de propriedade intelectual. Aquela Instituição inclui uma nova pergunta: a recusa em conceder uma licença reduz os incentivos à inovação em toda a indústria? Ou seja, o impacto negativo de um licenciamento compulsório é compensado pelo impacto positivo ao nível da inovação entre os concorrentes¹⁹⁴? No entendimento da Comissão, os incentivos em inovar da *Microsoft* seriam menores se esta não licenciasse os seus direitos de propriedade intelectual, pois a

¹⁸⁸ V., Processo nº T-201/04, P. 41-42.

¹⁸⁹ V., Lévêque, François, *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*, Março 2005, pg. 6 in <http://ssrn.com/abstract=927900>.

¹⁹⁰ V., Processo nº T-201/04, P. 46.

¹⁹¹ V., Decisão da Comissão de 24.03. 2004 (Processo COMP /C-3/37.792 Microsoft), P. 709.

¹⁹² V., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 148.

¹⁹³ V., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 150.

¹⁹⁴ V., Lévêque, François, *ibidem*, pg. 7.

ausência de competição seria responsável por esse efeito¹⁹⁵. A Comissão entendeu que as **circunstâncias excepcionais** previstas nos acórdãos *Magill* e *IMS* não devem ser taxativas¹⁹⁶, devendo ser tidas em consideração as circunstâncias do caso concreto.

O teste do balanço acima referido foi criticado na doutrina, nomeadamente por François Lèvêque que discordou da alteração do ónus da prova, cabendo, agora, às partes demonstrar que o facto de recusarem licenciar os seus direitos de propriedade intelectual não reduz, correlativamente, os incentivos à inovação, alargando a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais¹⁹⁷.

No caso *Microsoft*, a Comissão, considerou que o comportamento daquela empresa era abusivo, pois preenchia as seguintes características: 1) a informação que foi recusada aos concorrentes dizia respeito à interoperabilidade no setor de *software*, tema a que o legislador comunitário dá especial relevância¹⁹⁸; 2) a *Microsoft* utilizara o fortíssimo poder que detém no mercado dos sistemas operativos para clientes de PC para eliminar a concorrência no mercado vizinho dos sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho e 3) este comportamento implicava uma rutura com os níveis de fornecimento estabelecidos anteriormente¹⁹⁹.

Verificamos que na decisão da Comissão não existiu nenhuma referência expressa à criação de um produto novo, exigência que surgiu no caso *Magill*.

Não obstante, quando o TG analisou este caso em sede de recurso de anulação, entendeu que a decisão da Comissão não estabelecia um teste novo, confirmando a sua decisão. Reiterou o TG que «*só em circunstâncias excepcionais é que o exercício do direito exclusivo pelo titular do direito de propriedade intelectual pode dar origem a*

¹⁹⁵ V., Lèvêque, François, *ibidem*, pg. 11.

¹⁹⁶ V., Processo nº T-201/04, P. 316.

¹⁹⁷ V., Lèvêque, François, *ibidem*, pg. 24.

¹⁹⁸ Nos termos da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23.04.2009, relativa à proteção jurídica dos programas de computador, os programas de computador estão protegidos pelos direitos de autor enquanto obras literárias. Não obstante, nos termos do considerando 11, as ideias e princípios subjacentes a qualquer programa, incluindo os subjacentes às suas interfaces não são protegidos por esses direitos ao abrigo da referida Diretiva. Esta legalizou a descompilação quando seja indispensável para obter informações necessárias à interoperabilidade de um programa de computador criado independentemente, com outros programas, uma vez que estejam preenchidas as condições do art. 6.º. Ora, esta Diretiva visa promover a interoperabilidade e esta é encarada como sendo um estímulo à inovação e concorrência. Estabelece também as bases para o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual no âmbito da interoperabilidade, uma vez que este comportamento fomenta a inovação, fim visado, também, pelo direito da concorrência – Cfr. Yu, Quiang, *ibidem*, pg. 6; Não obstante a legalidade da descompilação prevista no art. 6º, a Comissão entendeu que esta solução, no caso *Microsoft*, seria inviável do ponto de vista económico para os seus concorrentes, não sendo certo a taxa de sucesso que a descompilação poderia vir a ter – Cfr., Monteiro, Luís Pinto, *ibidem*, pg. 143 e Jones, Allison/ Suftrin, Brenda, *ibidem*, pg. 510.

¹⁹⁹ V., Processo nº T-201/04, P. 317.

esse abuso e, por conseguinte, é permitido no interesse público da manutenção de uma concorrência efetiva no mercado, afastar o direito exclusivo do titular do direito de propriedade intelectual, obrigando-o a conceder licenças a terceiros que procuram entrar ou manter-se nesse mercado²⁰⁰». O TG elencou as seguintes circunstâncias excepcionais: a recusa dizer respeito a um produto ou serviço indispensável para o exercício de determinada atividade num mercado derivado; depois, o facto de estarmos perante uma recusa suscetível de excluir toda e qualquer concorrência efectiva desse mesmo mercado e, finalmente, o facto da recusa se traduzir num entrave ao lançamento de um produto novo relativamente ao qual exista uma procura potencial por parte dos consumidores²⁰¹.

Não obstante as críticas da *Microsoft*, que contestou o facto de um produto poder ser qualificado como novo desde que este tenha «*elementos substanciais resultantes dos próprios esforços do titular da licença*²⁰²», o TG entendeu que o requisito do **novo produto** estava preenchido²⁰³. O TG considerou que os concorrentes da *Microsoft* não teriam capacidade para clonar ou reproduzir os produtos da *Microsoft* pelo facto de terem acesso à informação relativa à interoperabilidade. Aquele órgão jurisdicional esclareceu, ainda, que os concorrentes da *Microsoft* não teriam nenhum interesse em imitar os sistemas operativos *Windows* para servidores de grupos de trabalho, uma vez que se estes «*quiserem beneficiar de uma vantagem concorrencial sobre a Microsoft e permanecer de modo rentável no mercado, não lhes restará outra opção senão diferenciar os seus produtos dos desta última no que diz respeito a determinados parâmetros e determinadas características*²⁰⁴». Destarte, seria suficiente que a recusa impossibilitasse a criação de produtos com determinados desenvolvimentos técnicos, prejudicando, em última instância os consumidores²⁰⁵.

Com este entendimento, compreendemos que os requisitos definidos na jurisprudência *Magill* continuam válidos, mantendo-se as condições que devem ser consideradas fundamentais para a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais no âmbito dos direitos de propriedade intelectual²⁰⁶, assim como o facto de que a mera protecção dos direitos de propriedade intelectual não pode ser qualificada como uma

²⁰⁰ V., Processo nº T-201/04, P. 691.

²⁰¹ V., Processo nº T-201/04, P. 332.

²⁰² V., Processo nº T-201/04, P. 631.

²⁰³ V., Processo nº T-201/04, P. 665.

²⁰⁴ V., Processo nº T-201/04, P. 658-659.

²⁰⁵ V., Jones, Allison ; Sufrin, Brenda, *ibidem*, pg. 519.

²⁰⁶ V., Pais, Sofia Oliveira, *ibidem*, pg. 588.

justificação objectiva no âmbito da recusa em licenciar²⁰⁷. Não devemos, todavia, deixar de ter em consideração a abertura e o novo conteúdo que foi dado ao requisito do **novo produto** pelo TG, tornando a aplicação das **circunstâncias excepcionais** mais lata²⁰⁸.

Denotamos, também, a perspetiva da justiça da União Europeia, que considera que a inovação de “*follow on*” dos concorrentes da *Microsoft*, através do acesso à interoperabilidade dos seus sistemas operativos de grupo com o sistema operativo *Windows* PC clientes compensa os incentivos da própria *Microsoft* em inovar²⁰⁹.

Enquanto o TJ estende a aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais, do outro lado do Atlântico, por sua vez, os tribunais norte americanos restringem a aplicação da mesma. Na realidade, esta decisão do caso *Microsoft* surgiu na mesma altura que a decisão *Trinko* relativamente à qual o *Supreme Court* questionou, até, a própria existência da doutrina. Compreendemos, assim, que ambas as jurisdições encaram de uma maneira bastante distinta a mesma teoria²¹⁰.

CONCLUSÃO

Tendo chegado a este ponto do nosso estudo, compreendemos que a recusa em contratar no direito da concorrência, em todas as suas vertentes, deverá ser sempre analisada pelas autoridades competentes com o devido zelo, evitando a tomada de decisões que *a priori* pareçam benéficas para a concorrência e, em especial, para o mercado em análise, mas que venham, a longo prazo, demonstrar ser exatamente o oposto, desincentivando o investimento.

Como vimos, a liberdade contratual das empresas deve ser sempre preservada, podendo estas determinar quem serão os seus parceiros comerciais e em que condições irão dispor dos seus bens. A própria Comissão afirma, nas suas Orientações que a imposição às empresas em fornecer bens ou serviços aos seus concorrentes, «*mesmo*

²⁰⁷ V., Vogelaar, Floris OW, *The Compulsory Licence of Intellectual Property Rights under the EC Competition Rules: an analysis of the exception to the general rule of ownership immunity from competition rules*, *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 1 pg.132, Dezembro 2009

²⁰⁸ V., Gifford, Daniel J., *The European Union, the United States, and Microsoft: A Comparative Review of Antitrust Doctrine*, CLEA 2009, pg. 10 in <http://ssrn.com/abstract=1434089>.

²⁰⁹ V., Gifford, Daniel J. *ibidem*, pg. 26.

²¹⁰ V., Gifford, Daniel J. *ibidem*, pg. 29.

*contra uma remuneração justa, poderá dissuadir a empresa de investir e de inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores*²¹¹».

É de bom grado que vemos que a jurisprudência europeia impõe o dever de contratar segundo requisitos apertados, sendo a indispensabilidade e a insubstituibilidade pontos fulcrais para a aplicação da exceção ao princípio da liberdade contratual²¹².

Vimos, também, que, nestes casos, é dada uma especial importância aos direitos de propriedade intelectual, só devendo o seu titular ser obrigado a licenciá-los em circunstâncias excepcionais. Importante neste âmbito foi o acórdão *Microsoft* ao ter alargado o âmbito da infração com a sua interpretação lata de **produto novo**, tendo o TG entendido que abusa, também, da sua posição dominante a empresa que, com a sua recusa em licenciar os seus direitos de propriedade intelectual, limita o desenvolvimento técnico do produto em questão.

Apesar da existência de doutrina que defende outro caminho²¹³, somos da opinião que a natureza específica dos direitos de propriedade intelectual lhe confere um especial estatuto, justificando um tratamento diferenciado quando da aplicação do art. 102º TFUE no âmbito da imposição do dever de contratar ou de licenciar. Estes direitos existem, precisamente, para conferir aos seus titulares um uso exclusivo da sua criação tendo estes a faculdade de recusar o seu licenciamento a terceiros em situações normais.

Tendo a teoria das infraestruturas essenciais sido fruto da jurisprudência norte-americana e tendo em consideração o que a mesma acarreta, entendemos que a sua aplicação no contexto europeu deverá cumprir requisitos objetivos de modo a que a sua aplicação não caia na banalidade, desincentivando quer as empresas dominantes que investem nesse recurso, mas prejudicando também a competitividade das restantes empresas que se acabarão por tornar em “*free-riders*”, limitando-se a aproveitar os resultados das empresas que quiseram, de facto, melhorar o seu desempenho no mercado. Deve, por isso, ficar claro para quem analisa o caso se estamos, ou não,

²¹¹V., Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art. 82º do Tratado CE a comportamentos da exclusão abusivas por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), nº 75.

²¹²V., Freire, Paula Vaz, *ibidem*, pg. 137.

²¹³V., Ritter, Cyril, *Refusal to Deal and “Essential Facilities”*: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?, *World Competition* 28 (3), Kluwer Law International, 2005.

perante uma infraestrutura essencial e se a recusa de acesso à mesma elimina, na realidade, toda a concorrência nesse mercado²¹⁴.

Em tempos em que tecnologia é cada vez mais avançada e cada pequeno detalhe pode fazer a diferença, distinguindo uma empresa da outra e, conseqüentemente, a sua posição no mercado, cumpre ter presente que a aplicação desta doutrina aos direitos de propriedade intelectual deve ser, ainda mais, rigorosa e criteriosa. Na verdade, somos da opinião que podendo parecer que os consumidores são beneficiados pela obrigação em licenciar direitos de propriedade intelectual, a longo prazo o resultado pode ser extremamente nefasto, afastando as grandes empresas do investimento na inovação.

²¹⁴ V., Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *ibidem*, pg. 68.

Bibliografia

Andreangeli, Arianna, *Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: the impact of the antitrust remedies provided by the Modernisation Regulation on investigated parties freedom to contract and to enjoy property*, The Competition Law Review, Volume 6 Issue 2, Julho 2010

Ahlborn, Christian / Evans, David S., *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, Antitrust Law Journal, Vol. 75, No. 3, 2009 in <http://ssrn.com/abstract=1115867>.

Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights – The Regulation of Innovation*, Oxford University Press, 1998

Anderman Steven, *Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?*, The Competition Law Review, Volume 1 Issue 2, Dezembro 2004

Anderman, Steven, *Innovation, IPRS and EU competition law* in «*Handbook on European competition law*», Lianos, Ionnis/ Gerardin, Damien, Edward Elgar Publishing 2013

Bordalo Junqueiro, Ricardo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, 2012

Doherty, Barry, *Just what are essential facilities*, Common Market Law Review, Dordrecht, v. 38, n.º 2, Abril 2001

Evrard, Sebastien J., *Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond*, Columbia Journal of European Law, 491, Vol. 10, 2004

Freire, Paula Vaz, *A obrigação de facultar o acesso a recursos produtivos essenciais no direito da concorrência*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. 49, n.º1-2, 2008

Frischmann, Brett / Waller, Spencer Weber, *Revitalizing Essential Facilities*, Antitrust Law Journal, Vol. 75, no. 1, 2008

Grassi, Irene / Derra, Kanzlei, *Refusal to Supply and Abuse of Dominant Position in European Antitrust Law: an Analysis of the Case Law of the Court of Justice* in <http://www.derra.eu/dateien/public/publikationen/publikation160.pdf>.

Gifford, Daniel J., *The European Union, the United States, and Microsoft: A Comparative Review of Antitrust Doctrine*, CLEA 2009 in <http://ssrn.com/abstract=1434089>

Gorjão Henriques, Miguel, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, 2010

Green, Nicholas / Hartley, Trevor C. / Usher, John A., *The legal foundations of the Single European Market*, Oxford, Oxford University Press, 1991

Hirsh, Merrill / Richeimer, Gabriela A., *The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word “Epithet” from Becoming One* in <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.389200>

Jones, Allison / Sufrin, Brenda, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 4ª Edição, 2010

Korah, Valentine, *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford – Portland Oregon, 7ª Edição, 2000

Leitão Marques, Maria Manuel / Goucha Soares, António, *Concorrência – Estudos*, Almedina, 2006

Lévêque, François, Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case, Março 2005, in <http://ssrn.com/abstract=927900>.

Lipky, Abbot B. Jr. / Sidak, J. Gregory, *Essential Facilities*, Stanford Law Review, Vol. 51, n.º 5, Maio 1999, in <http://ssrn.com/abstract=205668>.

Massadeh, Ali A., *The Essential Facilities Doctrine Under Scrutiny: EU and US Perspective*, UEA Law Working Paper n.º 2011-AM-1 in <http://ssrn.com/abstract=1738326>.

Monteiro, Luís Pinto, *A Recusa em Licenciar Direitos de Propriedade Intelectual no Direito da Concorrência*, Almedina, 2010

Moura e Silva, Miguel, *O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, 2010

Moura e Silva, Miguel, *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência – Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*, Almedina, 2003

Nagy, Csongor István, *Refusal to deal and doctrine of essential facilities in US and EC competition law: a comparative perspective and proposal for a workable analytical framework*, *European Law Review*, London, v. 32, n.º 5, Outubro, 2007

Observatory of European and Small and Medium Enterprises, 2003, *SMES and the liberalization of Network Industries: telecommunications and electricity markets*, in http://europa.eu.int/comm/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/smes_observatory_2003.en.pdf

OCDE, *The Essential Facilities Concept*, in <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf>

Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011

Ritter, Cyril, *Refusal to Deal and “Essential Facilities”*: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?, *World Competition* 28 (3), Kluwer Law International, 2005

Vab Rooijen, Ashwin, *The role of investments in refusals to deal* in *World Competition: Law and Economics Review*, v.31, n.º 1, 2008

Vogelaar, Floris OW, *The Compulsory Licence of Intellectual Property Rights under the EC Competition Rules: an analysis of the exception to the general rule of ownership immunity from competition rules*, *The Competition Law Review*, Volume 6 Issue 1, Dezembro 2009

Yu, Quiang, *Software interoperability information disclosure and competition law*, *European Competition Law Review*, 2014

Waller, Spencer Weber, *Areeda, Epithets, and Essential Facilities*, Wisconsin Law Review, 2008, in <http://ssrn.com/abstract=1083838>

Whish, Richard / Bailey David, *Competition Law*, 7ª Edição, 2012

Índice

| | |
|--|----|
| Abreviaturas | 6 |
| Introdução..... | 7 |
| 1 – O abuso de posição dominante e a génese do dever de contratar no direito da União – A importância do investimento nas recusas em contratar | 8 |
| 1.1 – A recusa de venda a concorrentes | 11 |
| 1.2 – A recusa de venda em resposta aos ataques aos interesses da empresa detentora de uma posição dominante – Acórdão <i>United Brands</i> | 14 |
| 1.3 – Distinta aplicação do critério da proporcionalidade – Acórdão <i>BP</i> | 15 |
| 2– A recusa em conceder licenças de direitos de propriedade intelectual..... | 17 |
| 2.1 – O caso <i>Volvo</i> | 18 |
| 2.2 – O caso <i>Magill</i> | 20 |
| 3– A teoria das <i>essential facilities</i> | 27 |
| 3.1 – A origem da <i>essential facilities doctrine</i> | 27 |
| 3.1.1. – O caso <i>MCI vs. AT&T</i> | 28 |
| 3.2 – O enfraquecimento da <i>essential facilities doctrine</i> | 30 |
| 3.3 – A aplicação da doutrina das infraestruturas essenciais na União Europeia | 33 |
| 3.3.1. – As decisões da Comissão | 33 |
| 3.3.2. – Os casos no Tribunal de Justiça..... | 35 |
| 3.3.3. –A aplicação da doutrina aos direitos de propriedade intelectual | 39 |
| a) O caso <i>IMS Health</i> | 39 |
| b) O caso <i>Microsoft</i> | 42 |
| 4– Conclusão..... | 46 |
| Bibliografia | 49 |