

**2º Ciclo de Estudos em Direito** | Ano Letivo 2020/2021

Ciências Jurídico-Económicas

# Vendas Subordinadas, Vendas Agrupadas e Descontos Multiprodutos: Uma Análise do Direito Português e Comunitário

César Martim Silva Gavina

**M**

2021

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Económicas, sob orientação do Professor Doutor José Sá Reis





## NOTA INTRODUTÓRIA E AGRADECIMENTOS

No que ao desenvolvimento desta tese de dissertação diz respeito, a maior dificuldade encontrada prendeu-se com a necessidade imperativa de realizarmos a nossa investigação dentro de casa. Assim, acabámos por ter de explorar quase exclusivamente a informação que podíamos encontrar online, em detrimento de importantes documentos escritos e impressos, que por variadas razões não são publicados na Internet. Ainda assim, saliente-se que muitas das decisões jurisprudenciais, quer a nível nacional, quer a nível comunitário e mundial são já publicadas hoje em formato digital, no que acaba por democratizar substancialmente o acesso a este tipo de informação.

Por último, resta-nos expressar o nosso profundo gosto por este tema, ao qual esperamos ter feito justiça, ainda que o tenhamos abordado de forma superficial. Esta tese surgiu como ideia ainda na forma de projeto-tese de âmbito curricular, em estreita colaboração com o Professor Doutor José Reis, e demais colegas, que no âmbito do mestrado em Ciências Jurídico-Económicas nos procuraram dar todas as ferramentas para que concluíssemos esta etapa um pouco mais preenchidos a todos os níveis. Um cumprimento especial aos meus colegas de turma, pelo companheirismo e pela ajuda sempre pronta nas noites mal dormidas aquando da preparação das nossas Teses de Dissertação de Mestrado. Um enorme obrigado à Paula, ao César, ao Bernardo e à Inês pela paciência, e por gostarem de mim incondicionalmente. Muito obrigado a todos!

## **RESUMO**

Este nosso trabalho centra-se numa abordagem simples, sistematizada e no nosso entender muito necessária das vendas subordinadas e agrupadas, bem como dos descontos multiprodutos, enquanto estratégias de projeção de poder de mercado. Ainda que estas sejam hoje consideradas práticas correntes um pouco por todo o mundo, a verdade é que tal não garante que sejam absolutamente adotadas em favor dos superiores interesses dos mercados. É nesta janela anti concorrencial - que sempre tem alguém à espreita - que a nossa apresentação se concentra. O propósito é servir de reforço à atividade fiscalizadora, que tem desbravado terreno na deteção e filtragem dos efeitos obtidos com a prossecução destas medidas, levando em conta que sempre se estará um passo atrás dos agentes económicos infratores, mas que nem assim se deverá desistir de aperfeiçoar as ferramentas que nos permitam zelar por um mercado mais justo.

## **ABSTRACT**

*Our thesis focuses on a simple, systematized and much needed approach to tying, bundling and multi-product discounts, as market projection strategies. Although these are now considered current practices all over the world, the truth is that this does not guarantee that they are absolutely adopted in favor of the best interests of the markets. It's in this anti-competitive window - which always has someone on the lookout - that our presentation focuses. The purpose is to serve as a reinforcement of the inspection activity, which has been breaking new ground in detecting and filtering the effects obtained with the pursuit of these measures, taking into account that they will always be one step behind the offending economic agents, but that even so we should not give up on trying to improve the tools that allow us to ensure a fairer market.*

## ÍNDICE

<b>Introdução</b>	1
1. O conceito de posição dominante	2
2. O abuso de posição dominante	4
3. Enquadramento das vendas subordinadas como prática anti concorrencial	6
4. Os “descontos multiprodutos” enquanto estratégia paralela	9
5. As vendas agrupadas	11
6. Razões justificativas do recurso a estas práticas anticoncorrenciais	13
7. <i>A rule of reason</i>	23
8. Enquadramento legal comunitário	31
9. Artigo 11º da Lei 19/2012 e artigo 102º/d) do TFUE	36
10. Caso Hilti	37
11. Caso Microsoft	41
12. Caso Tetra Pak	43
<b>Conclusões</b>	47
<b>Bibliografia</b>	49
<b>Lista de jurisprudência e decisões da comissão consultadas</b>	51

## INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido no âmbito da Dissertação que integra o plano curricular do segundo ano do Mestrado em Ciências Jurídico-Económicas da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. O nosso objetivo passou naturalmente por abordar a questão das vendas subordinadas, das vendas agrupadas, e ainda dos descontos multiprodutos, enquanto práticas restritivas da concorrência. Para isso, procurámos enquadrar as práticas do geral para o particular.

A “primeira paragem” será feita nos conceitos de posição dominante, e seguidamente no abuso de posição dominante. Estas noções serão obrigatórias para entendermos o contexto que agrega as condutas suprarreferidas, mas também para permitirmos ao leitor entrar de forma gradual no domínio das noções que aqui invocaremos com frequência.

Depois, focamos então a nossa atenção nas vendas subordinadas, agrupadas, e descontos multiprodutos, sem esquecer o devido e fundamental confronto entre estas, dado que se podem considerar muitas vezes práticas paralelas, e até serem algo confundidas entre si. Esperando que as destrinças estejam devidamente absorvidas pelo leitor, será tempo de referir o enquadramento legal português, que como veremos não foge às prescrições comunitárias, constantes sobretudo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Por fim, haverá tempo para fazer referência a casos portugueses e europeus, que servirão de exemplo para que possamos demonstrar as concretizações reais deste tipo de práticas, mas também para avaliar as consequências e as decisões tomadas pelos Tribunais.

Esperamos dar ao leitor uma ideia mais concreta daquilo em que consistem estas estratégias, e sobretudo de quando podem assumir-se enquanto práticas restritivas da concorrência, bem como fazê-lo debruçar-se um pouco sobre os obstáculos e a justa punição das mesmas.

## 1. O CONCEITO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Não faz sentido que nos debrucemos sobre a constatação da existência de práticas lesivas da concorrência, com todo o manancial de consequências nefastas que essas implicam, sem primeiro falarmos do que muitas vezes está na sua gênese. Neste ponto, não nos vamos focar por enquanto no abuso de posição dominante, porque a verdade é que nem sempre a constatação de que uma empresa domina um dado mercado quer obrigatoriamente dizer que adota condutas anti concorrenciais.<sup>1</sup>

A detenção, por uma empresa, de uma posição dominante não é em si mesma ilegal, nem sequer considerada prejudicial à economia em geral ou ao mercado concreto em que exerce a sua atividade (em particular).<sup>2</sup> A influência dominante de uma empresa no seu mercado resulta normalmente, nos casos em que não merece censura, única e exclusivamente do mérito da ação da própria organização, pela forma competente como conseguiu progressivamente conquistar quotas de mercado aos seus concorrentes. Esta “ação” consubstancia-se. A título de exemplo, no facto de a empresa ser mais inovadora, ter melhores produtos ou disponibilizar o produto a um preço mais baixo, entre muitos outros fatores.<sup>3</sup>

A detenção de uma posição dominante num dado mercado não significa que essa permita que dada empresa atue sem ter qualquer tipo de contemplação relativamente à atuação dos seus concorrentes. Se isso fosse verdade, então não haveria qualquer necessidade de falarmos seguidamente do abuso da posição dominante, pois todo o domínio implicaria um abuso. Seguindo este raciocínio, diríamos que a posição dominante se caracteriza como um

---

<sup>1</sup> “Um dos problemas de considerar abusivo qualquer comportamento de uma empresa em posição dominante que afecte negativamente a concorrência é o de tal abranger igualmente o resultado da maior eficiência de uma empresa naquela posição. A finalidade da empresa em concorrência é, importa não esquecer, ganhar a preferência dos consumidores para, dessa forma, aumentar os seus lucros. Tal poderá traduzir-se no enfraquecimento da posição dos concorrentes ou mesmo na saída destes do mercado, caso não consigam ser igualmente eficientes”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, “A Tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº1, Jan-Mar 2010, pág. 273.

<sup>2</sup> “A detenção, por uma empresa, de uma posição dominante não só não é, por si só, ilegal no âmbito de uma economia de mercado, como é pacífico que a detenção dessa posição, quando resulta da concorrência pelo mérito, não merece censura.”. Cf. Ac. Tribunal Primeira Instância, 30.09.2003, Proc. T-203/01, Michelin, par. 97. No mesmo sentido, cfr. a *Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante* (2009/C 45/02), par. 6.

<sup>3</sup> “Tipicamente, a empresa ocupa uma posição dominante por dispor de uma vantagem face aos seus concorrentes, e.g., custos de produção inferiores devido a economias de escala ou de gama, vantagens de ter sido pioneira nesse mercado (first-mover advantages) ou por beneficiar de efeitos externos de rede, entre outros fatores, como, por exemplo, maior qualidade do produto da empresa dominante, particularmente em mercados com diferenciação de produtos.”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2018 (Reimp, 2020), AAFDL, Lisboa, pág. 875.



enquadramento económico que permite a uma empresa comportar-se quase sem preocupações concorrenciais, na medida em que tem a capacidade de influenciar decisivamente as condições do mercado em questão.<sup>4</sup>

Para poder afirmar que uma empresa detém uma posição dominante a Comissão Europeia faz alusão ao conceito de “mercado relevante”.<sup>5</sup> Esta noção deve dividir-se em duas áreas complementares de apreciação: mercado do produto/serviço e mercado geográfico<sup>6</sup>. Analisadas estas, deve poder-se apurar não só a quota de mercado da empresa em causa, mas também a dos seus concorrentes. Ainda assim, o mercado relevante não deve ser considerado em si mesmo como filtro definitivo da presença de uma situação de posição dominante, uma vez que esta pode decorrer de outros fatores, casuisticamente tão ou mais importantes.<sup>7</sup> Isso quer dizer que também concorrem, por exemplo, fatores como a fruição de propriedade industrial ou de direitos de licenciamento, ou a facilidade de acesso a financiamento.<sup>8</sup> Além disto, devemos acrescentar que uma posição dominante pode ser exercida não apenas no mercado onde a empresa vende os seus produtos ou serviços, mas também no mercado dos seus fornecedores e distribuidores, dependendo da atividade em questão.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> “Dominance has been defined under Community Law as a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers.”. Cfr. a Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), par. 10.

<sup>5</sup> “O principal objeto da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionais concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar”. Cf. Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

<sup>6</sup> Cfr. Lei da Concorrência Anotada (Coord. CARLOS BOTELHO MONIZ), 2016, Almedina, Coimbra, anot. ao art. 11.º, par. 8, pág.113: “A definição do conceito jurídico-económico de mercado relevante passa por uma análise tripartida dos seguintes fatores: (i) a substituíbilidade do lado da procura, (ii) a substituíbilidade do lado da oferta, e (iii) a concorrência potencial. Cada um destes elementos aporta à definição de mercado relevante (do produto ou serviço e geográfico) um cariz tendencialmente económico, tendo em vista uma função delimitadora da análise da posição da empresa em causa e dos eventuais comportamentos abusivos”.

<sup>7</sup> Cfr. Decisão da Comissão Europeia no proc. Nº IV/M068 – Tetra Pak/Alfa-Laval, de 19 de julho de 1991: “(em) certas circunstâncias raras, uma quota de mercado tão elevada pode não estar na origem de uma situação de domínio. Em especial, se o mercado contar com a presença de um número suficiente de concorrentes ativos, uma empresa com uma quota de mercado elevada pode ser em grande parte impedida de agir de forma independente das pressões normais de um mercado concorrencial”.

<sup>8</sup> A insuficiência do critério da quota de mercado é assinalada Cfr. Lei da Concorrência Anotada (Coord. CARLOS BOTELHO MONIZ), 2016, Almedina, Coimbra, anot. ao art. 11.º, par. 13, pág.115: “...as quotas de mercado constituem um importante indicador da posição relativa de cada empresa no mercado em face da posição dos restantes concorrentes, muito embora não sejam, por si só, suficientes para confirmar o domínio do mercado.”.

<sup>9</sup> “Quanto ao objeto do comportamento abusivo, deve salientar-se que a jurisprudência comunitária não exige que este coincida com o mercado dominado; de resto, tal decorre, desde logo, da letra do segundo parágrafo do artigo 102º do TFUE que qualifica como abusivas práticas que têm efeito num mercado situado a jusante ou a montante (alínea c)) ou que estabelecem um nexo entre mercados distintos (alínea d))”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, “A Tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº1, Jan-Mar 2010, pág.273.

Analisando mais concretamente os efeitos práticos que uma posição dominante pode acarretar num mercado, assinalamos o facto de uma empresa ter a capacidade de praticar os preços acima do nível concorrencial normal, durante um espectro temporal considerável, sem com isso sofrer danos competitivos relevantes, ou até mesmo poder fazer exatamente o oposto, tornando os seus preços artificialmente mais competitivos.<sup>10</sup>

## 2. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Uma posição dominante pode, quase por si só, criar condições para que se dê um abuso. Assim, um desvio à normal e justificada posição dominante de uma empresa no seu mercado primordial de atuação (ou nos mercados imediatamente relacionados com este), pode ser sinal de um aproveitamento desse mesmo contexto competitivo que extrapola as normais regras do mercado.

Podemos entender agrupar o abuso em duas principais vertentes. Uma remete para os chamados abusos de exploração, e outra para os denominados abusos de exclusão.<sup>11</sup> Por abusos de exploração entende-se o aproveitamento da posição dominante e consequente domínio do mercado, em prejuízo dos agentes económicos envolventes.<sup>12</sup> Estes, consubstanciam-se, tradicionalmente, na determinação de preços excessivos ou na discriminação na definição das condições contratuais aplicadas a clientes ou fornecedores.

---

<sup>10</sup> “O conceito de posição dominante corresponde a um modelo económico muito em voga nas décadas de 50 e 60 do século XX, designando situações próximas do monopólio mas em que existe, a par da empresa dominante, uma franja concorrencial que têm uma política de preços subordinada à primeira (price takers) e em que é a empresa dominante que, dispondo de poder de mercado, determina o preço assumindo a estratégia da franja concorrencial como um dado.”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2018 (Reimp, 2020), AAFDL, Lisboa, pág. 875.

<sup>11</sup> Cfr. *Lei da Concorrência Anotada - Comentário Conimbricense*, Coord MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, GONÇALO ANASTÁCIO, 2ª Edição, 2017, Almedina, Coimbra, anotação ao artigo 11.º, pág.245: “O artigo 11º apresenta no seu nº2 uma lista meramente exemplificativa de um conjunto de abusos que a jurisprudência e doutrina foram desenvolvendo, sendo que a tipologia de abusos pode ser abordada em vários conjuntos (...) abusos de exploração (nº2, alínea a)), abusos de exclusão (nº2, alíneas b) e e)), abusos de discriminação (nº2, alínea c)), abusos de tying (nº2, alínea d)), abusos de leverage da posição dominante num mercado para abuso noutra (em qualquer das alíneas do nº2)”.

<sup>12</sup> Cfr. *Lei da Concorrência Anotada*, MIGUEL MENDES PEREIRA, 2009, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 148: “Ao proibir a exploração de clientes ou fornecedores, um regime de defesa de concorrência visa essencialmente os efeitos decorrentes do exercício de poder de mercado, designadamente preços excessivos, redução da produção ou discriminação”.

Os abusos de exclusão, por seu lado, dizem respeito aos excessos vocacionados para o afastamento dos concorrentes.<sup>13</sup> Manifestam-se frequentemente mediante recusas de fornecimento, esmagamentos de margem ou pela prática de preços predatórios.<sup>14</sup>

Escusado será dizer que não é pelo facto de uma empresa praticar preços baixos, e assim deteriorar a posição dos concorrentes, que estas práticas são necessariamente nefastas, até porque a fronteira entre um preço predatório e um preço que derive de fatores exclusivamente concorrenciais, resultantes do facto de uma empresa ser mais competente do que outra, pode ser muito ténue. Aliás, não é de esperar que se solicite que empresas competidoras entre si adotem estratégias que beneficiem ambas, porque não é assim que o mercado funciona. O problema principal consiste no facto de estas práticas abusivas não terem como consequência aumentos de eficiência do mercado e benefícios para os consumidores. Estas práticas são proibidas, porque introduzem artificialmente no mercado desequilíbrios que beneficiam injustificadamente uma empresa ou grupo de empresas, prejudicando a concorrência e os consumidores.<sup>15</sup>

Diríamos que a fronteira entre a posição dominante e o seu abuso se prende com o normal funcionamento do mercado. Se por um lado, a posição dominante deve resultar de uma “luta” justa pela competitividade e o melhor serviço/produto prestado ao consumidor, por outro, o abuso ignora completamente esse esforço pela inovação ou pela otimização dos processos produtivos, em prejuízo daquele mesmo consumidor.

Uma última consideração: pelo facto de uma empresa deter uma posição dominante junto de um mercado, tal implica que sobre ela se imponha uma responsabilidade acrescida, porque as suas práticas (abusivas ou não) têm repercussões muito mais óbvias e significativas

---

<sup>13</sup> Cfr. *Lei da Concorrência Anotada*, MIGUEL MENDES PEREIRA, 2009, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 148: “ao proibir a exclusão de concorrentes, visa-se essencialmente proibir comportamentos que, não explorando embora diretamente os clientes da empresa dominante, acabam ainda assim por afetar a concorrência por meios que, não correspondendo à normal conduta comercial de uma empresa, excluem ou procuram excluir concorrentes do mercado”.

<sup>14</sup> “se o preço se situa abaixo do custo marginal, podemos presumir que o mesmo é predatório (a empresa não tem nenhuma razão comercial legítima para sofrer um prejuízo imediato que poderia ser evitado abstendo-se de produzir a quantidade em questão); se o preço se situa acima do custo marginal então deve presumir-se lícito”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2018 (Reimp, 2020), AAFDL, Lisboa, pág. 941.

<sup>15</sup> “Os benefícios para os consumidores advêm do livre funcionamento da concorrência e da variedade de escolha, aumento da inovação e redução dos preços que se espera venham a resultar daquele processo. Além disso, distinguindo-se a aplicação das regras da concorrência de outras formas de intervenção pública, como a regulação, pelo seu caráter não finalístico, não se pode esperar que o direito da concorrência garanta um determinado resultado, e.g., diminuição dos preços, quando este apenas pode ser produzido pelo próprio jogo da (livre) concorrência”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, “Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante.”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº9, Jan-Mar 2012, pág.82.

no mercado.<sup>16</sup> O mesmo é dizer que um comportamento lesivo das normais regras da concorrência é tão menos relevante para o mercado quanto mais longe a empresa transgressora esteja de poder assumir uma posição dominante nesse mercado, uma vez que a probabilidade de - entre outras coisas - esses comportamentos conduzirem à eliminação de concorrentes do mercado é progressivamente menor.<sup>17</sup>

### 3. ENQUADRAMENTO DAS VENDAS SUBORDINADAS COMO PRÁTICA ANTI CONCORRENCIAL

As vendas subordinadas são consideradas uma prática anti concorrencial, na medida em que introduzem artificialmente desvios ao normal funcionamento do mercado, extrapolando as regras da concorrência. Chamamos vendas subordinadas à imposição (contratual ou não) da celebração de um contrato, condicionada à aceitação de uma série de obrigações acessórias ao objeto do mesmo.<sup>18</sup> Implica que se perceba o objeto do contrato enquanto produto subordinante, e as imposições acessórias - que nada tenham que ver com este - como produtos subordinados. Muitas vezes uma venda subordinada pode traduzir-se na exigência, perante um consumidor, de somente vender o produto que este se propõe comprar mediante a aquisição de produtos associados, não diretamente relacionados com o mercado do primeiro.<sup>19</sup> Destaque-se que a venda subordinada funciona quase exclusivamente por associação de um produto subordinado

---

<sup>16</sup> “a existência de uma posição dominante significa que incumbe à empresa dominante ou às empresas dominantes, independentemente das causas de tal posição, uma responsabilidade particular de não lesar pelo seu comportamento uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum”. (Cfr. Acórdão do TJUE de 16 de Março de 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports c. Comissão*, proc. Apensos C-395/96P, §85.).

<sup>17</sup> Cfr. *Lei da Concorrência Anotada* (Coord. CARLOS BOTELHO MONIZ), 2016, Almedina, Coimbra, anot. ao art. 11.º, par. 21, pág.120: “um comportamento pode constituir uma prática normal de concorrência quando adotado por uma empresa não dominante e, simultaneamente, constituir um abuso quando praticado por uma empresa em posição de domínio. Os descontos de fidelização são o exemplo de um tipo de prática que, quando implementada por uma empresa sem posição dominante, pode não ter qualquer efeito negativo sobre a estrutura da concorrência no mercado relevante, mas, quando praticada por uma empresa em posição dominante, pode constituir uma forma de eliminar a concorrência ou de impedir a entrada de novos agentes económicos.”

<sup>18</sup> Cfr. a *Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante* (2009/C 45/02), par. 48: (O conceito de subordinação) “refere-se geralmente a situações em que os clientes que compram um produto (produto subordinante) são obrigados a comprar igualmente outro produto da empresa dominante (produto subordinado)”.

<sup>19</sup> “Typically tying involves the dominant undertaking by contract depriving its customers of the choice to obtain the tying product without the tied product (contractual tying). However, the dominant company may also as a matter of fact deprive its customers of this choice, if the dominant undertaking refuses to sell the tying good individually (tying) or any of the two products individually (pure bundling)”. Cfr. EUROPEAN COMMISSION, “DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”, Brussels, December 2005, pág. 55.

a um subordinante, e não o inverso. Dito isto, é normal que o produto subordinado até possa ser comercializado em separado, mas o mesmo não se aplica ao subordinante, em cujo mercado a empresa tem uma posição dominante. Em última instância, a empresa dominante vai procurar associar um produto mais fraco, em termos de vendas e quota de mercado, a um outro que sabe ter grande procura.

Para concretizar, pense-se no caso da subordinação técnica feita pela Microsoft, num caso que mais tarde iremos aprofundar, entre o sistema operativo Windows e o leitor de multimédia Media Player. Ora, nesta situação, a estratégia de mercado da Microsoft passou por procurar alavancar a situação de domínio no mercado dos sistemas operativos para o dos leitores de multimédia. No tying técnico, os produtos estão quase umbilicalmente relacionados entre si, pelo que muitas das vezes não restam opções viáveis ao consumidor para optar, por exemplo, por outro leitor de multimédia, já que implicaria neste caso que se investissem mais recursos na aquisição de um outro leitor, ou que se comprometesse o funcionamento normal do sistema operativo.<sup>20</sup>

Uma outra forma de venda subordinada designa-se por subordinação dinâmica. Esta variante traduz-se na subordinação da compra do produto subordinante à compra de uma quantidade variável de um produto subordinado, também aqui ligado em termos funcionais à aquisição do primeiro produto. Imagine-se a compra de um revólver subordinado à obtenção de um número mínimo de munições para aquele modelo. Ainda que seja previsível que, neste contexto, se adquiram naturalmente os dois produtos sem necessidade de haver nenhuma imposição por parte do fornecedor, a verdade é que em todo o caso estaria no âmbito da discricionariedade do cliente decidir-se pela compra de munições naquele ou noutra qualquer estabelecimento, daquela ou de qualquer outra marca.

Um dos raros casos a nível Nacional que convém sobre este ponto referirmos foi o caso Sugaldal. Esta empresa, dominante no mercado da primeira transformação industrial de tomate, impunha aos seus fornecedores que lhe vendessem somente tomate fresco para transformação, proveniente da exploração de sementes do tipo Heinz, sementes essas produzidas por uma empresa do mesmo grupo da Sugaldal. Neste exemplo em particular podemos inclusivamente referir-nos a compras subordinadas: o produto subordinante seria a

---

<sup>20</sup>“Existe subordinação técnica quando o produto subordinante é concebido de tal forma que só funciona de maneira adequada em conjunto com o produto subordinado (e não com produtos alternativos oferecidos pelos concorrentes)”. Cfr. Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), nota de rodapé nº2, par. 48.

aquisição de tomate fresco aos produtores, para se proceder a uma primeira transformação industrial do mesmo, ao passo que o produto subordinado seria a utilização de sementes da marca Heinz na produção. Esta prática foi considerada pela autoridade da concorrência como restritiva da concorrência, uma vez que as exigências da empresa dominante não seriam objetivamente justificadas por ganhos de eficiência. Para além disso, este exemplo serve-nos perfeitamente para demonstrar como este tipo de estratégia pode implicar que se prejudiquem mais mercados do que o de atuação principal da empresa infratora. A empresa subordinante detinha uma posição dominante no mercado da transformação primária do tomate, e serviu-se dela para tentar ganhar volume de negócio noutra, no qual operava uma empresa do mesmo grupo.

A deteção, e conseqüente combate, a práticas restritivas do mercado, é decisivamente limitada pelo facto de muitas vezes estas obrigações serem impostas sem a expectável presença das mesmas num contrato escrito entre as partes. O mesmo quer dizer que as vendas subordinadas são “legitimadas” pela força que uma das empresas exerce em relação à outra. No caso português suprarreferido, apesar de se ter provado a existência de cláusulas contratuais que provavam aquele tipo nefasto de comportamento, a verdade é que tal situação de desconformidade só se tornou conhecida da Autoridade da Concorrência mediante uma denúncia. Ou seja, podemos admitir uma série de outras situações semelhantes à da SUGALIDAL, sem a presença explícita destas cláusulas no contrato celebrado entre as partes, sempre que a disparidade entre os contratantes seja de tal modo acentuada que a parte vulnerável se sinta impelida a ultrapassar alguns limites, para agarrar a oportunidade de se associar a uma grande empresa que a impulse.

Para além do comportamento adotado entre a empresa transformadora de tomate e os seus fornecedores, as vendas subordinadas podem assumir outras formas. Uma empresa pode, por exemplo, impedir o cliente de adquirir determinado produto subordinante, se não se adquirir em simultâneo um determinado produto subordinado. Aliás, pode uma das partes determinar não transacionar cada um desses produtos de forma separada. Uma forma menos explícita de se vender subordinadamente passa por condicionar a prestação de garantias sobre o produto subordinante, se o cliente o adquirir sem outros produtos subordinados da mesma marca (por exemplo, os componentes de uma máquina) relacionados com o uso do produto obtido, mas não indispensáveis ao seu normal funcionamento (por exemplo, usar cápsulas de café da marca, em vez de comprar uma alternativa mais barata, associada muitas das vezes a uma “marca branca”).

#### 4. OS “DESCONTOS MULTIPRODUTOS” ENQUANTO ESTRATÉGIA PARALELA

Os descontos multiprodutos apresentam-se como uma prática não raras vezes confundida com as vendas subordinadas, e caracterizam-se pela aplicação de descontos a uma série de produtos, associados ou não ao já referido produto subordinante. No fundo, traduz-se na aplicação de um desconto final proporcional à quantidade de produtos que o cliente adquira, para lá do produto que de facto principiou e justificou a compra.

Note-se que nem sempre os produtos que fazem aplicar o desconto se relacionam com a linha comercial do produto subordinante. Dê-se como exemplo a prática comum de se fazer comprar uma impressora com desconto, quando o cliente aproveite uma campanha que lhe apresente a possibilidade de comprar também resmas de papel e tinteiros de impressão, ou o ato de comprar uma máquina de café somada às respetivas cápsulas de café, com um desconto no preço final. O comprador é estimulado a obter mais do que aquilo que o motivou inicialmente pelo facto de reconhecer que o desconto aplicado reduziu o preço de cada produto individualmente considerado, ainda que o esforço financeiro seja maior do que o inicialmente previsto. Claro está que, na esmagadora maioria dos casos, o interesse da empresa é o de incluir no pacote de desconto produtos que tenham alguma complementaridade entre si por forma a ser mais fácil convencer o cliente. Somando os últimos exemplos dados, seria bem mais difícil persuadir um cliente a adquirir uma impressora e cápsulas de café em desconto ou, em sentido inverso, uma máquina de servir cafés num pacote de desconto que incluísse tinteiros ou resmas de papel.

A Comissão inclui os descontos multiprodutos na órbita das vendas subordinadas, para efeitos do disposto no artigo 102º do TFUE, que mais tarde iremos abordar<sup>21</sup>. Mas antes disso é imperativo que se explique essa integração enquanto prática restritiva, dado que nos exemplos que acabámos justamente de partilhar não parece haver grande problema para os diferentes intervenientes no mercado.<sup>22</sup> Ora, se isso é verdade, porventura até na esmagadora maioria dos

---

<sup>21</sup> Cfr. *Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante* (2009/C 45/02), par. 59 a 61.

<sup>22</sup> Cfr. *Lei da Concorrência Anotada*, MIGUEL MENDES PEREIRA, 2009, Coimbra Editora, Coimbra, pág. 169: “Torna-se necessário, em primeiro lugar, indagar se o desconto em causa reflecte alguma poupança por parte da empresa dominante no fornecimento ao cliente que dela beneficia (será frequentemente o caso dos descontos de volume quando existam economias de escala) e se, nessa medida, contribui para a sua eficiência. Em segundo lugar, importa verificar se as regras que enformam os descontos são objetivas e não discriminatórias. Em terceiro

casos, não menos verdade é que para aquilo que interessa ao legislador e às Autoridades da Concorrência, é possível que a aplicação destes descontos se revista de alguma coercividade. Por outras palavras, é possível que uma empresa em situação de posição dominante no mercado do produto subordinante imponha como condição *sine qua non* à aplicação de descontos a aquisição do resto dos produtos que integram o chamado *bundle*. Ou seja: no caso de o comprador exercer a opção (que sempre deve caber-lhe) de apenas adquirir um dos produtos, afastando as exigências da empresa, perde o desconto que seria aplicado.

A nível nacional já houve uma situação deste género, que levou a Autoridade da Concorrência a condenar uma empresa no pagamento de quase um milhão de euros por ter aplicado um sistema de descontos multiprodutos junto de hospitais públicos, na comercialização de medicamentos mediante concurso de contratação pública.<sup>23</sup> Durante a investigação dessa denúncia, em 2008, provou-se que a empresa em questão detinha uma posição dominante nos mercados de alguns dos fármacos contidos na proposta a concurso, sobre os quais se faziam aplicar os referidos descontos. Ora, o que importa reforçar sobre o caso que colocou a Roche Farmacêutica Química, Lda. na mira da Autoridade da Concorrência foi - e na medida do que aqui nos importa estudar - não o facto de se ter aplicado um desconto sobre vários produtos comercializados, mas sim o facto de se ter desvirtuado as regras da concorrência por exploração da posição dominante que se veio a apurar ser detida pela Roche.<sup>24</sup> Por outras palavras, certamente não pode ser esta prática proibida *per se*, dado que pode simplesmente ser uma estratégia de vendas que em última instância possibilite tornar os preços mais competitivos, em benefício final do consumidor. O que foi apurado pela investigação no

---

*lugar, há que examinar a margem de escolha deixada ao cliente pelos descontos e o conseqüente grau de probabilidade de ele se abastecer (igualmente) junto de concorrentes da empresa dominante”.*

<sup>23</sup> “considerando o critério da quota de mercado, a Roche detinha posição dominante relativamente a alguns dos medicamentos incluídos nas propostas por si apresentadas nos concursos públicos hospitalares; e que, no ano de 2006 ofereceu nessas propostas descontos multi-produtos (*mixed-bundling*).(...) Neste contexto, o Conselho da AdC, em 12/04/2012, adotou uma Decisão Condenatória, impondo à Roche o pagamento de uma coima de 900.000 euros pela prática de abuso de posição dominante, após ter tido em conta todas as circunstâncias atenuantes relativas à boa colaboração da arguida com a AdC durante o processo, bem como a natureza ocasional da infração.”. Cfr. Decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência de 12.04.2012, processo PRC 2008/10, Roche Farmacêutica Química, Lda c. Autoridade da Concorrência, Lisboa.

<sup>24</sup> “a adoção de uma estrutura de descontos aplicável a um agrupamento de produtos dominantes e não dominantes nos diversos mercados em que se integravam atestava que a Roche teria feito depender a concessão de descontos para os produtos em mercados em que possuía posição dominante e que (...) os descontos praticados pela Roche, em 2006, combinavam (...) práticas consideradas abusivas quando realizadas por empresas dominantes e não justificadas por ganhos de eficiência.”. Cfr. AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, “Relatório de Atividades, Gestão e Contas”, 2012, pág. 28.



caso Roche, foi que a empresa detinha uma posição dominante nos mercados de alguns dos produtos comercializados com hospitais públicos por concurso.

Neste sentido, uma das concorrentes da farmacêutica viu-se impossibilitada de concorrer em condições justas com os produtos em que a Roche não detinha uma posição dominante, dado que esses artigos estariam a integrar pacotes de produtos com desconto onde se incluíam medicamentos de outros mercados dominados pela empresa visada. Mais uma vez, e à semelhança do que pode resultar como consequência da opção pelas vendas subordinadas ou agrupadas por parte de uma empresa numa posição dominante, também os concorrentes se sentiram excluídos nos mercados implicados pelos descontos, levando a biofarmacêutica Amgen a avançar com a denúncia à Autoridade da Concorrência.

Sobre o efeito de exclusão, podemos apontar dois ângulos principais do lado dos concorrentes. Por um lado, e tal como acontece nos casos de outras práticas lesivas da concorrência, podem os concorrentes não conseguir suportar um abaixamento do preço dos seus produtos por tempo suficiente para contra-atacarem os descontos oferecidos. Por outro, mas não em sentido inverso, podem ainda os concorrentes não conseguir oferecer um leque tão vasto de produtos. O mesmo é dizer que, neste último caso, ainda que as empresas concorrentes consigam fazer baixar o preço de alguns dos artigos do *bundle* durante um tempo razoável, podem não conseguir concorrer verdadeiramente com este, pelo facto de continuar a abranger uma panóplia de produtos maior do estes podem apresentar, não seduzindo a procura.<sup>25</sup>

## 5. AS VENDAS AGRUPADAS

São usadas variadas designações para nos referirmos a este fenómeno. As vendas agrupadas, são não raras vezes intituladas de agrupamento, agregação, venda em pacote ou em inglês, *bundling*, e remetem simplesmente para a forma como os produtos são disponibilizados

---

<sup>25</sup> “O processo teve origem numa queixa de um concorrente que comercializava um medicamento concorrente com um dos medicamentos vendidos pela Roche ao abrigo do desconto multiprodutos. Esta prática permitia à Roche ganhar concursos públicos ao oferecer condições globais mais vantajosas, que não poderiam ser igualadas por um concorrente que apenas fornecesse alguns medicamentos nos segmentos em que a Roche estava presente. Com efeito, para um concorrente que apenas dispõe de um produto ou de uma gama reduzida de produtos, o valor de desconto necessário para compensar o efeito da perda do desconto sobre o agrupamento de produtos configura, muitas vezes, um obstáculo intransponível. Neste caso, os próprios hospitais facilitavam o efeito de encerramento anticoncorrencial, devido às regras de contratação pública, pois teriam sempre de adquirir os produtos nos quais a Roche detinha uma posição dominante?”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2018 (Reimp, 2020), AAFDL, Lisboa, pág. 1005.

ao consumidor. Esta estratégia pode, em função das características que apresente, ser *pura* ou *mista*.<sup>26</sup> Falamos em venda agrupada pura, nas situações em que os produtos integrados no pacote (*bundle*) não são vendidos em separado. O mesmo é dizer que é vedado completamente o acesso à compra de A sem que o consumidor se comprometa simultaneamente a adquirir B simultaneamente. Um exemplo de *bundling* puro que nos pode ajudar a perceber as concretizações desta prática a nível jurisprudencial é o caso do processo *Napier Brown/ British Sugar*. No processo referido, ocorrido no final dos anos 80, a Comissão Europeia sancionou a produtora britânica de açúcar por ter adotado uma prática restritiva da concorrência que consistia na recusa do fornecimento das encomendas feitas pelos clientes, a não ser que estes optassem por um pacote que combinava a encomenda com o respetivo serviço de transporte, a cargo da produtora. Os consumidores eram por esta via forçados a aceitar este acordo, porque de outro modo não faria sentido realizarem uma encomenda que não poderiam levantar pelos próprios meios.<sup>27</sup>

Designa-se agregação mista a prática que consista em oferecer produtos distintos a um preço mais baixo se comprados em pacote, sem que neste caso se faça desta prática a única possível. O mesmo quer dizer que, na venda agrupada mista, o consumidor pode optar por comprar os produtos em separado, mas o produtor organiza o *bundle* de forma a que cada produto seja vendido a um preço inferior ao que teria se não estivesse agregado com outros. Existem vários exemplos práticos da implementação desta estratégia. A possibilidade de pagar um “passe” mensal de transportes, que totaliza um preço inferior ao que o utilizador teria de dispensar para comprar cada viagem, ida e volta, durante um mês, constitui um bom exemplo, sem esquecer as práticas de preços ao nível de passagens aéreas, em que é usual que a compra de um bilhete de ida, acompanhado da respetiva volta, implique uma redução automática do preço daquele “pacote” de viagens.

Como se compreende facilmente, a tónica que diferencia um tipo do outro está no facto de nesta segunda hipótese ser dada ao comprador a possibilidade de optar pelo pacote ou artigos em separado. Temos, no entanto, de realçar que, não raras vezes, a distinção entre um e outro

---

<sup>26</sup> Cfr. *Lei da Concorrência Anotada - Comentário Conimbricense*, (Coord MANUEL LOPES PORTO, JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, CAROLINA CUNHA, MIGUEL GORJÃO HENRIQUES, GONÇALO ANASTÁCIO), 2ª Edição, 2017, Almedina, Coimbra, anotação ao artigo 11.º, pág. 260: “*Na situação de agrupamento puro, os produtos são apenas vendidos em conjunto e em proporções fixas. No caso do agrupamento misto (também apelidado de descontos multi-produtos), os produtos são também apresentados em separado, mas o somatório total dos preços dos produtos vendidos em separado é superior ao preço dos produtos agrupados.*”.

<sup>27</sup> Decisão da Comissão de 18 de Julho de 1988, Processo nºIV/30.178, *Napier Brown/British Sugar*, J.O. L 284/41, DE 19.10.1998.

tipo de venda agrupada é muito difícil de traçar. Isto acontece sobretudo quando, no sentido de coagir o freguês, o vendedor opta por uma variante agressiva de *bundle* misto, em que o preço dos produtos em separado é inflacionado de tal modo que seja muito pouco provável a opção pela compra não agregada.

## 6. RAZÕES JUSTIFICATIVAS DO RECURSO A ESTAS PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS

Alguns dos entendimentos mais frequentemente invocados para se fazer optar por este grupo de estratégias são os de que estas permitem realizar significativos ganhos de eficiência económica, muito para lá de se reconhecerem ou de se sustentarem em razões anti concorrenciais, que como sabemos também poderão existir.

Se assim é, então um primeiro ponto prende-nos na questão de compreendermos de que modo estas opções poderão potenciar a redução de custos. Ora, a este propósito percebemos facilmente que práticas como as que temos estudado até aqui poderão contribuir decisivamente para a redução de custos, nomeadamente através da criação de economias de escopo. Estas caracterizam-se pela produção, pela mesma empresa, de dois ou mais produtos, que pelo facto de serem concebidos no mesmo espaço e partilharem frequentemente componentes, permitem otimizar o fabrico e baixar os custos inerentes ao mesmo. Em sentido inverso, é então possível defender-se que a não conjugação de produtos para venda ao consumidor poderá inclusivamente, no limite, criar situações de deseconomias de escopo, tal é a panóplia de opções relativas à combinação de produtos deixada nas mãos do consumidor.

Ainda que a mais-valia ao nível da produção e distribuição seja invocada, é importante sublinhar que esta pode muitas vezes ser gerada sem que se recorra ao *tying* ou ao *bundling*, e por isso de um modo geral o esmagamento dos custos não pode servir para justificar o recurso às práticas. Ainda assim, entendemos que será natural que, quando se trate de dois produtos que habitualmente já são adquiridos simultaneamente, as empresas sejam motivadas a reduzir custos e a vender os produtos de forma relacionada.<sup>28</sup> De outro modo não pode ser entendida a

---

<sup>28</sup> “Se, quando vendidos em separado, a maioria dos consumidores adquire ambos os produtos A e B, e se, portanto, aquele valor for positivamente correlacionado, qualquer redução de custos que se antevêja alcançar através da sua venda combinada criará um estímulo na empresa dominante para que passe a disponibilizar A e B em pacote.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 39.

aplicação de estratégias como as que aqui abordamos, uma vez que se manifestam sobretudo na fase da venda, e neste caso, só são relevantes porque já existe a prévia preferência do consumidor para adquirir conjuntamente os produtos.

Aliás, será também de admitir que a redução de custos se manifeste conseqüentemente também ao nível do consumidor, que vai preferir adquirir recorrendo a um único fornecedor. No caso concreto do consumidor temos de fazer uma referência obrigatória à questão dos *searching costs*, dado que a compra a um único fornecedor fará automaticamente baixar, na ótica do consumidor, todos os esforços inerentes à procura pela melhor combinação de A com B, dado que a resposta está dada pela empresa a partir do momento em que fornece ambos.<sup>29</sup> Um exemplo claro é o da venda de discos rígidos, que ao incorporarem *software* saem em benefício do consumidor, que deixa de perder tempo e dinheiro com questões de procura, de informação ou de contratualização com terceiros, tornando-se assim numa opção muito mais cómoda do que aquela que resultaria da compra do *hardware* e *software* em separado.

A questão da redução de custos implica que consideremos de seguida uma razão conexa, a que chamamos de dupla marginalização. Abordaremos esta temática em conexão com o ponto anterior, sobretudo pelas manifestações ao nível de preço final dos produtos, com proveitos para consumidor e produtor comparáveis aos que apresentámos até aqui.

A Teoria de Cournot subscreve que uma empresa que consiga monopolizar simultaneamente os mercados do produto subordinante e subordinado, simultaneamente, será capaz de apresentar preços mais competitivos relativos a esses produtos ou serviços, em comparação com aqueles que se verificariam se se comprovasse a hipótese de ambos serem monopolizados por firmas diferentes, dado que nesta segunda projeção as empresas agiriam desprovidas de preocupações concorrenciais, e por essa razão estariam predispostas a cobrar preços excessivos e ineficientes.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> “A prática de *tying* ou *bundling* justifica-se, neste caso, pela redução dos chamados *searching costs*; dos custos de transação e de informação (que são todos aqueles que excedam o custo direto suportado com a aquisição dos produtos em questão), e pela maior facilidade de utilização dos produtos.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 40.

<sup>30</sup> “Augustin Cournot demonstrou, em trabalho publicado em 1838, que uma empresa que monopolize simultaneamente dois mercados de produtos complementares cobra, pela venda dos dois, um preço inferior àquele que seria cobrado, no total, por duas empresas, cada uma com monopólio sobre cada um desses produtos complementares. Segundo o autor, ao agir de forma independente e desconcertada, cada uma dessas empresas acaba por fixar um preço excessivamente alto e, conseqüentemente, ineficiente. Isto é assim porquanto cada um destes monopolistas ignora a externalidade positiva que se verifica entre as vendas de cada produto, i.e., que uma redução do preço do produto complementar por si comercializado determinaria o aumento da procura pelo produto complementar do outro. Se estas empresas agissem, ao invés, de forma coordenada, então ambas reduziriam os seus preços, destarte aumentando o volume global de vendas e os respetivos níveis de

Dito isto, o recurso a práticas como a subordinação e o agrupamento podem de certa forma viabilizar a construção de monopólios, sobretudo quando nos referimos a produtos complementares, e por esta via neutralizar as consequências nefastas da dupla marginalização, ainda que este entendimento ofereça hoje alguma resistência, sobretudo por se fazer crer que o abaixamento dos preços finais se deve mais à complementaridade dos produtos e ao facto de serem vendidos pela mesma empresa, e não enquanto resultado direto da adoção destas estratégias. Mas então em que consiste a dupla marginalização, e por que razão é aqui apresentada como uma suboptimização de mercado?

A dupla marginalização ocorre sempre que a cada segmento da cadeia vertical inerente a um produto, desde a conceção à venda, se faz aplicar uma margem de lucro individual. O mesmo é dizer que o produtor vai calcular uma margem de lucro X relacionada com o preço marginal do produto; e posteriormente o mesmo vão fazer distribuidores em função do preço que já foi cobrado pelo produtor, seguindo-se por esta escada até atingirmos o preço final, cobrado ao consumidor, que será exagerado, em virtude da gestão ineficiente da cadeia produtora que antecedeu o momento da compra. É contra este tipo de esquema, que leva a uma redução potencial do volume de vendas, que muitas empresas optam por desenvolver o seu próprio esquema vertical de produção, de modo a poder reduzir as margens de lucro nas fases intermédias. Este tipo de proposta leva a que no final de contas possa ser apresentado um preço mais competitivo ao consumidor, com uma margem final potencialmente mais elevada do que a obtida por via da dupla marginalização, e ainda com uma não certa, mas provável, incrementação no volume de vendas.<sup>31</sup>

As práticas por nós versadas até aqui relacionam-se igualmente com a designada discriminação de preços. Argumentou-se neste sentido a partir de meados do século passado, sobretudo na escola norte-americana. No fundo, resumiríamos este ponto com recurso à perspectiva que defende que as opções de agrupamento e subordinação são muitas vezes

---

*rentabilidade.*”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 44.

<sup>31</sup> “O efeito Cournot encontra eco na problemática da dupla marginalização (...) e que ocorre em razão dos diferentes agentes da cadeia de distribuição estabelecerem, em separado, uma margem de lucro individual sobre o mesmo produto (...) Este exercício tem por resultado uma suboptimização de toda a rede de fornecimento, um produto final substancialmente mais oneroso e uma quase certa diminuição do respetivo volume de vendas. (...) as práticas de *tying* e *bundling* permitem (...) neutralizar as externalidades negativas e realizar os efeitos de Cournot, uma vez que os preços dos produtos são, neste caso, fixados concertadamente pela mesma empresa, tendo em conta a sua natureza complementar e a necessidade de maximizar o volume de vendas. (...) Para Kuhn, o efeito de redução dos preços resulta, não da estratégia de vendas combinadas, mas antes da circunstância de todos os produtos serem vendidos pela mesma empresa, o que lhe permite internalizar a sua complementaridade.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 45.

potenciadoras do lucro e harmonizadoras dos preços praticados junto dos consumidores, independentemente de estes últimos terem diferentes preços de reserva. Isto poderá ser efetivamente alcançado com base no pressuposto de se tratar de um cenário onde exista um monopolista multiproduto - o que na prática nem sempre se verifica – e onde o *bundle* integra pelo menos alguns dos produtos monopolizados. A uniformização de preços atinge-se por via de o produtor fixar um preço único pelo pacote, o que necessariamente implica que ele deixe de precisar de se dedicar a uma análise minuciosa do valor que cada comprador atribui a cada uma das parcelas do pacote, com vista a negociações de preço individualizadas.<sup>32</sup>

A questão basilar neste ponto é precisamente combater a dificuldade de implementação de estratégias de discriminação de preços. Em teoria, seria mais lucrativo se o fornecedor pudesse estar constantemente a negociar de forma individual o preço de cada artigo com cada possível comprador, para dessa forma garantir a maximização do lucro extraído de cada freguês. No entanto, essa negociação personalizada implicaria um grande desgaste de recursos para se conseguir perceber a elasticidade de cada comprador, e para se entender exatamente que valoração se faz, em cada momento, de cada produto que fará potencialmente parte do pacote proposto. As estratégias de agregação de mercadorias permitem saltar esses passos de exploração do *animus* do cliente, porque deixa de ser importante saber se para este último vale mais X, ou Y, ou Z, desde que o preço dos três bens continue a ser aliciante para acionar a compra.

Imagine-se por exemplo, que se vendem três jogos para uma consola, mas ao invés de se vender os três separadamente se opta por vendê-los em conjunto, com um preço final de 50€. O preço é competitivo de tal forma que João, José e Jacinto entendem adquirir, cada um deles, todo o pacote em questão. Para o fornecedor não é importante que, neste exemplo hipotético, o João seja motivado a comprar porque estava desejoso por adquirir o jogo X, o José o Y, e o Jacinto o Z, e que os outros dois jogos que compõem a promoção sejam por eles estimados em valores diferentes, consoante a sua ordem de preferência. Aquilo que resulta para a empresa que vende os 3 artigos, é uma venda que totaliza 150€, tal como era seu objetivo.

Um outro ponto basilar sobre esta matéria diz respeito às situações de suposto controlo de qualidade. Sobre esta potencial justificação, cumpre-nos afirmar que se constitui como uma

---

<sup>32</sup> “os custos que se associam à implementação deste tipo de discriminação traduzem uma efetiva perda de eficiência na afetação de recursos. Estes são custos relacionados com a obtenção de informação sobre a elasticidade da procura dos consumidores; com a fixação de diferentes preços ou com a prevenção das situações de revenda por parte dos consumidores a quem é cobrado um preço inferior”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 50.

das mais esgrimidas junto dos tribunais, sobretudo porque a esmagadora maioria das decisões de uma qualquer empresa cabem potencialmente na definição de defesa e/ou construção da reputação da mesma. Na ótica do produtor do produto subordinante, a invocação de razões de controlo de qualidade relaciona-se com o receio da possibilidade de o consumidor adquirir o produto subordinado junto de um terceiro que não consiga corresponder à qualidade mínima necessária ao funcionamento do produto subordinante, apresentada quando o mesmo é conjugado com o subordinado produzido pela mesma marca. Dito isto, a empresa alega que a venda dos produtos subordinado e subordinante da mesma marca permite obstaculizar possíveis diferendos com empresas terceiras que vendam um ou outro, sobretudo quando a informação do consumidor for de tal forma limitada que este não consiga perceber se o funcionamento errático do conjunto se deve ou não à menor qualidade de algum dos componentes.<sup>33</sup> Para além do que foi até agora explicado, coloca-se não raras vezes a questão do produtor tentar proteger-se de fenómenos como o *free riding*, que não é menos do que uma tentativa por parte de os fornecedores independentes procurarem incrementar o volume de vendas e a sua quota de mercado à boleia da reputação comercial da empresa subordinante. Um dos melhores exemplos de *free riders* será o dos contratos de franquia, onde possivelmente os franqueados se sentem tentados a baixar a qualidade do produto, ao mesmo tempo que isso lhes permita reduzir custos e aumentar as suas margens da concessão. Nestes casos, os franqueados aproveitam a reputação da marca para desvirtuarem de forma quase impercetível a qualidade do produto ou serviço. Num caso extremo, este tipo de esquema poderia naturalmente – se adotado por todos os franqueados – levar a uma redução efetiva da qualidade global do *franchising*, prejudicando a marca.

Também sobre esta parte é possível sugerir meios menos lesivos da concorrência, ainda que seja difícil comprovar a sua eficácia. Pense-se por exemplo que o produtor de A, subordinante, emitia um aviso ao consumidor no sentido de se desresponsabilizar por eventuais avarias do produto em questão, sempre que se provasse que o mesmo não funcionava habitualmente com o produto subordinado B, produzido pela mesma empresa. Mais difícil, mas não impossível, seria o fornecedor do produto subordinante exigir um nível mínimo de

---

<sup>33</sup> “O problema com que o vendedor tipicamente se depara nestes casos é que os utilizadores do pacote A-B não estão em condições de discernir se o mau funcionamento dos produtos resulta da inferior qualidade do produto A (produto subordinante) ou da qualidade inferior do produto B (produto subordinado), distribuído pelo fornecedor independente. A estratégia de subordinação ou agrupamento permite, pois, afastar esta “confusion externality” i.e., a dúvida sobre a origem do mau funcionamento.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 42.

qualidade ao produto alternativo utilizado pelos consumidores, mas esta opção manifesta-se pouco viável pela extrema dificuldade de balizar padrões de qualidade, e ainda de vigiar o respeito por esses requisitos ou criar esquemas que pudessem permitir comprometer o cliente a adquirir apenas fornecedores autorizados de produtos subordinados.<sup>34</sup>

Viremos a página - ainda que não mudemos de capítulo - para nos retermos agora na exposição de um leque de possíveis razões, que desta feita já não se relacionam com pretensões ou resultados de eficiência económica, mas antes de índole puramente anti concorrencial para justificar a opção por práticas como aquelas que aqui abordamos. A principal consideração a fazer neste ponto é a de que o fundamento que mais tem até hoje preocupado os tribunais e entidades reguladoras, é o do *leveraging*. Como sabemos, esta estratégia caracteriza-se por projetar a replicação do poder detido no mercado do produto subordinante no correspondente ao de um produto subordinado, por parte de uma mesma empresa.<sup>35</sup> Associado a esta espécie de contágio entre mercados subordinantes e subordinados estão não raras vezes situações de exclusão de concorrentes, como será fácil de perceber, quanto mais não seja pelo simples facto de resultar de todo este processo uma espécie de reajustamento estrutural dos mercados outrora meramente subordinados, em prejuízo claro de todos aqueles que até então detinham uma quota de mercado superior à empresa que incorreu na prática referida, prejuízo esse que sempre será passível de excluir alguns intervenientes no dado mercado. Doutrina haverá que entenda que esta projeção pela via anti concorrencial é a única real justificação para a aplicação de opções de venda como as de que nos ocupamos neste texto.<sup>36</sup>

Sobre este ponto, urge fraturar esta questão em duas estratégias, associadas de uma forma geral a todas as decisões empresariais: exponenciação do lucro a curto prazo *versus*

---

<sup>34</sup> “A dificuldade radica, todavia, na circunstância de esta alternativa poder induzir o vendedor do produto subordinante a fazer-se cobrar excessivamente (de forma monopolista até) pelo serviço prestado de monitorização da qualidade do produto do fornecedor alternativo, e bem assim pelo licenciamento, a estes fornecedores, de patentes ou segredos comerciais que sejam pertinentes ao respetivo processo de produção”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 44

<sup>35</sup> “Segundo a doutrina clássica da Escola de Leveraging, a subordinação e o agrupamento são estratégias comerciais esboçadas a fazer estender ou projetar a um mercado conexo (o do produto subordinado) o poder que é detido no mercado dominado (o do produto subordinante), de tal forma que a empresa em questão passe a monopolizar ambos os mercados e a poder, subsequentemente, também induzir ou excluir as vendas naquele segundo mercado”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 52.

<sup>36</sup> “If in a described category of cases the tie-in serves no useful function, or if any useful functions can be fulfilled in a large majority of instances by less restrictive devices, it is a reasonable assumption that the purpose of the seller in using a tie-ins is to restrain competition in the tied products”. Cfr. DONALD F. TURNER, “The Validity of Tying Arrangements Under the Antitrust Laws”, *Harvard Law Review* Vol. 72, nº1, Nov. 1958, pp. 50 a 75, p. 62.



exponenciação do lucro a longo prazo. Uma das principais questões, e por isso das que tem detido por mais tempo a preocupação das entidades reguladoras, é a possibilidade de, por via do *leveraging*, se fazer catapultar os preços no mercado subordinado, dado que a prática potenciou a criação de um segundo monopólio relativamente imune à concorrência do mercado.<sup>37</sup> Nesse sentido, e para o que aqui nos importa estudar, é indispensável referir que a incrementação do lucro por via de *leveraging*, pode não só ser atingida com fundamento na projeção de quotas entre mercados, como essa projeção de um para outro pode ter um cariz defensivo, no sentido de ajudar a proteger melhor a posição detida no mercado subordinante.

Pensemos, por exemplo, no caso de uma empresa monopolista no mercado subordinante, que enfrente concorrência num mercado oligopolista subordinado. Se a venda agrupada dos dois produtos inseridos nestes mercados permitir à empresa baixar o preço no mercado subordinado altamente competitivo, então é sempre possível projetar que o abaixamento do preço do produto subordinado possa trazer profundas alterações nesse mercado e, conseqüentemente se poderia igualmente interpretar que pelo menos algumas das empresas que integrassem o oligopólio pudessem sentir dificuldades tais para acompanhar a descida de preços, que perderiam quota de mercado, ou num cenário pessimista, seriam mesmo afastadas do mercado. Numa espécie de hipótese drástica ou exagerada, não seria espanto pensarmos que também esta transfiguração do mercado - no sentido de o encaminhar para uma estrutura monopolizada pela empresa que envereda pelo agrupamento – condicionaria potenciais concorrentes, que constatariam existir mais obstáculos para a sua entrada.

Obviamente, este tipo de cenários hipotéticos pressupõe a existência de um monopólio no mercado subordinante, tal como já foi inicialmente referido, uma vez que é esse *status quo* que garante à empresa a estabilidade económica necessária para não só vincular os clientes ao *bundling* (pela forte presença que o produto subordinante tem junto dos consumidores), mas também para possibilitar a manutenção da estratégia o tempo necessário para que ela alcance resultados minimamente proveitosos para a firma. A esta proposta, denominada Modelo de Whinston, veio Nalebuff nos finais dos anos 90 apresentar a sua versão, também focada na pretensão da criação de obstáculos à entrada nos mercados.<sup>38</sup> A principal crítica que se teceu a

---

<sup>37</sup> “*Em causa está a possibilidade de o monopolista poder extrair dos consumidores um excedente total que vá para além daquele que resultaria apenas da exploração do monopólio detido em A. A atenção regulatória dirige-se, pois, à possibilidade do aumento exponencial dos preços em B.*”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 55.

<sup>38</sup> “*Whinston é o autor do primeiro estudo sobre os possíveis efeitos de exclusão e criação de obstáculos à entrada que se podem associar a estas práticas. O seu trabalho evidencia que a alavancagem de uma posição de*

este propósito, relacionou-se com o facto de Nalebuff ter condicionado a sua análise ao estudo de empresas em posição de monopólio em ambos os mercados, situação essa com pouca aplicação real nos mercados.<sup>39</sup>

No final do século passado, Choi procurou dar o seu contributo ao Modelo de Whinston, desta feita virando a ampulheta da sua investigação para os investimentos com investigação e desenvolvimento. O autor procurou demonstrar que o recurso às práticas anti concorrenciais por agora abordadas implicava, para lá do já mencionado, um esforço adicional em investigação e desenvolvimento para os potenciais concorrentes nos mercados envolvidos, dado que na esmagadora maioria dos casos uma empresa potencialmente concorrente necessitaria de uma irrefutável inovação como fator diferenciador, que lhe viesse permitir a entrada no mercado e a conquista de quota de mercado que lhe permitisse estabelecer-se. Ao mesmo tempo, e em sentido inverso, a conquista de uma quota de mercado pela empresa monopolista - por via da estratégia de agrupamento - que lhe permitisse ser praticamente indiferente à concorrência, traduzir-se-ia numa estimulação quase nula do investimento em I&D por parte da mesma. Por estas duas razões, Choi explicou que se prejudicariam duplamente os consumidores, sobretudo pela falta de concorrência e falta de inovação, levando habitualmente a aumento de preços e estagnação do produto do ponto de vista técnico.<sup>40</sup>

Como uma espécie de reverso da mesma medalha, cumpre-nos passar agora para uma referência à intenção de proteção da posição que a empresa detém no mercado do produto dominante. Desta feita, invocamos o trabalho de Carlton e Waldman, que ao invés de considerarem resultados ao nível do mercado subordinado, se concentram nos efeitos que as práticas de subordinação e agrupamento - e conseqüente efeito de *leveraging* - têm ou podem

---

*monopólio detida no mercado subordinante A para um mercado adjacente subordinado B pode ser rentável quando B estiver sujeito a economias de escala e a sua competitividade for, portanto, diminuída.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 58.*

<sup>39</sup> “Nalebuff apresenta uma variante do modelo de Whinston, desta feita, visando enquadrar decisões concernentes a produtos em relação de complementaridade perfeita. O novo modelo argumenta que uma estratégia de venda combinada pode, mesmo neste quadro de perfeita complementaridade, ser prosseguida com fins estratégicos de incremento dos obstáculos à entrada no mercado B e de exclusão. No modelo deste autor, a venda subordinada ou agrupada torna a entrada no mercado do produto B mais problemática, não porque o monopolista esteja predisposto a concorrer agressivamente ao nível dos preços, mas porque priva os seus concorrentes de uma escala adequada”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 60.

<sup>40</sup> “O agrupamento torna as perspectivas de retorno e de resgate do investimento mais incertas, fazendo com isso reduzir o apelo pelo prosseguimento de políticas de inovação e tecnologia. Uma vez marginalizados ou excluídos os concorrentes dos mercados dos componentes, o monopolista não terá, também ele, qualquer incentivo para investir em R&D. É esta perda cumulativa de interesse pelo investimento na inovação que prejudica, na ótica dos autores, o bem estar dos consumidores.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 62.

ter no mercado subordinante.<sup>41</sup> A título de exemplo, estes autores invocam a complementaridade entre computador (subordinante) e impressora (subordinado). O modelo proposto entende a salvaguarda do mercado subordinante com base em duas ideias principais: a primeira seria a de que não raras vezes um produto complementar pode revestir-se de desenvolvimento tal que passe a ser visto enquanto concorrente do produto principal; e a segunda seria a de que mediante a monopolização do mercado subordinado se protegeria o mercado do produto primário, dado que essa relação entre mercados teria um efeito dissuasor para potenciais novos concorrentes, que pensariam duas vezes antes de entrar num mercado com forte associação a outro, monopolizado previamente por um dos seus concorrentes.

Do ponto de vista da empresa que vai optar pela adoção de práticas anticoncorrenciais, a alavancagem do poder detido em mercados subordinantes para mercados conexos subordinados justifica-se, do ponto de vista estratégico, com base na ideia de obviar os efeitos nocivos que a concorrência traria. Por outras palavras, é o mesmo que admitirmos que pela lente da empresa transgressora, a concorrência de outras competidoras é tendencialmente afastada - levando consigo a divisão de lucros no mercado subordinante, bem como o sedutor aumento de preços no mercado subordinado que se seguiria – com o recurso a estas estratégias nocivas da concorrência. A venda agrupada é, segundo este modelo, a estratégia adotada preferencialmente pela empresa monopolista, dado que, perante a iminência de surgimento de um novo concorrente no mercado primário (porque por exemplo apresenta um produto substituto ou inovador), o monopolista pode conseguir fazer baixar momentaneamente os seus preços junto do consumidor, ou simplesmente facilitar logisticamente a aquisição dos dois produtos por via do agrupamento, para dificultar a entrada do referido concorrente que terá de preocupar-se em esmagar ao máximo as suas margens para se tornar competitivo perante o público, e assim efetivar a sua entrada no mercado em questão.

A subordinação, o agrupamento ou a aplicação de descontos multiprodutos são, todos eles, exemplos de ardis que permitem ao monopolista apropriar-se da estrutura de mercado conforme lhe convém, como se de uma plasticina se tratasse, constituindo assim um benefício

---

<sup>41</sup> “O estudo de Carlton e Waldman demonstra que a lógica em fazer alavancar a posição de monopólio de um mercado para outro, pelo recurso a estas práticas, poderá radicar, não propriamente no intuito de fazer incrementar os lucros no mercado conexo subordinado, mas antes no objetivo estratégico de criar obstáculos à entrada no mercado monopolizado subordinante.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 63.

pronto para ser acionado por aquele que tem maior poder no mercado, com uma taxa de sucesso considerável.<sup>42</sup>

Apesar do que até agora foi escrito, convém ressaltar que nem sempre a aplicação destas opções de venda junto dos consumidores é automática quando se torna provável o surgimento de um novo concorrente. Dito isto, sublinhamos que se o concorrente apresentar um produto no mercado secundário, tal não fará necessariamente soar os alarmes da empresa dominante, até porque não raras vezes a segunda vai procurar avaliar os efeitos que a entrada da primeira poderá ter, e provavelmente até será economicamente mais interessante deixar que o produto concorrente possa fazer subir os preços nesse mercado, ao invés de investir rapidamente na agregação, subordinação ou descontos.

Como é natural, nenhuma tese é isenta de críticas, e por essa razão não constituirá nenhuma surpresa afirmar que esta não é a exceção que confirma a regra. Esta tese não serve completamente o propósito de sustentar a violação das regras da concorrência através da adoção das práticas aqui versadas, dado que se concentra em algumas premissas que nem sempre estão verificadas.

Em primeiro lugar, foca-se em mercados onde a entrada de novos concorrentes é dificultada por razões de ordem financeira, sobretudo por requerer elevado investimento inicial. Depois, não aborda questões relativas a apenas um mercado monopolizado, exigindo a relação com pelo menos mais um para obter validade. Por último, realçamos que deixa por abordar os efeitos dos *bundles* junto dos consumidores, dado que se por um lado o *bundle* é mais barato, também tem como contrapeso o facto de se não conseguir perceber que efeitos negativos existem pelo facto de se barrar a entrada no mercado a novos concorrentes, por via da competitividade económica desse agrupamento de produtos.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> “O modelo demonstra que a subordinação ou agrupamento do produto complementar ao produto primário monopolizado confere uma vantagem inestimável ao monopolista no processo de tornar aquele produto a referência ou o standard no respetivo mercado e, assim, a primeira escolha entre consumidores. Sem embargo, o incentivo, neste caso, para subordinar ou agrupar, continua a derivar, em essência, da circunstância de o monopolista ver ameaçada a posição que detém no mercado subordinante com o prospecto de uma nova entrada, caso contrário o certo seria que optasse por preservar um estado de concorrência efetiva no mercado complementar de forma a assegurar a adoção, pelos consumidores, do melhor standard, e dele então extrair uma maior rentabilidade por via de um aumento de preço do produto monopolizado.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 64.

<sup>43</sup> “Exige-se, em primeiro lugar, que a entrada no mercado do produto subordinado seja extremamente dispendiosa. Em segundo lugar, o modelo não tem aplicação quando o mercado tenha procura apenas pelo produto subordinante. Uma terceira fragilidade que se lhe aponta prende-se com o facto de o seu impacto no bem-estar dos consumidores ser difuso.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 64.

É tempo de lembrar que, ainda que existam explicações anti concorrenciais várias para o recurso a estas práticas, não podemos ignorar o facto de ser comumente aceite que este tipo de estratagema se pode perfeitamente basear em questões puramente concorrenciais, e trazer benefícios para o consumidor e para os mercados. Isto implica que mais uma vez se entenda a necessidade de se avaliar casuisticamente a aplicação destes modelos de negócio, para que se entenda com detalhe a sua fundamentação e os seus efeitos práticos.

Torna-se assim clara a necessidade de encontrar um critério que possa ser aplicado a todos os cenários. Aliás, algumas das críticas repetidamente vertidas sobre os modelos conceptuais suprarreferidos prendem-se precisamente com a impossibilidade de serem transpostos e aplicados a todas as situações, dado que normalmente exigem condições de validade e aplicabilidade muito específicas. É precisamente para dar resposta a estas dificuldades que a doutrina mais recente se tem debruçado e reconhecido utilidade à *rule of reason*, que vem caso a caso confrontar os benefícios com os custos económicos e sociais resultantes de cada cenário em julgamento.<sup>44</sup>

## 7. A RULE OF REASON

Até finais do século passado, as autoridades comunitárias da concorrência optaram por uma abordagem formalista e inflexível de tratar a aplicação das práticas por nós aqui versadas, sem se deterem na apreciação de fatores casuísticos, hoje considerados fundamentais na avaliação de situações possivelmente anti concorrenciais.<sup>45</sup> Por outras palavras, qualquer tipo de restrição que fosse detetada num acordo passava a ser considerada ilícita *tout court*. Aliás, na década de 80 este processo automatizado de proibição de práticas potencialmente lesivas da concorrência transformou-se em repressão geral, numa restrição *per se* do *tying* e *bundling*, e numa ainda mais grave ausência total de contextualização económica criteriosa, que fizesse

---

<sup>44</sup> “Uma vez que podem estar tanto na origem de ganhos de eficiência económica como da produção de efeitos anticoncorrenciais, julgamos que nenhum critério *per se* é conceptualmente apropriado à sua apreciação *jus-concorrencial*. A teoria económica parece dar aval à metodologia da *rule of reason*, pela qual se contrabalançam, à luz de uma determinada factualidade, os benefícios e os custos sociais e económicos que despontam destas estratégias.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 65.

<sup>45</sup> “Até meados da década de 70, as práticas de subordinação e agrupamento mereceram escassa atenção por parte das autoridades comunitárias da concorrência.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 158.

compreender os efeitos da aplicação destas práticas sobre o mercado antes de se decidir pela sua interdição. Ainda assim, e em defesa das decisões judiciais à época, era a própria lei que, entre outras disposições, preceituava a exclusão das cláusulas de *tying* como beneficiária de isenção da aplicação daquilo que hoje é o nº3 do artigo 101º do TFUE (Regulamento da CEE nº1984/83, relativo à aplicação do antigo nº3 do artigo 85º do Tratado).

Na década de 90, a Comissão intensificou a sua perseguição às práticas anti concorrenciais e vulgarizou o encerramento oficioso de processos mediante acordo. Data do final do século o primeiro processo em que a Comissão abre a porta à metodologia da *rule of reason*, reconhecendo a importância de se contemplarem os ganhos de eficiência económica resultantes da adoção destas práticas. A partir de casos paradigmáticos – que mais tarde vamos abordar – como o caso Hilti ou Tetra Pak, a Comissão modelou a proibição *per se*, que até então se impunha, para a temperar com considerações de índole económica, que hoje consideramos fundamentais.<sup>46</sup> Assim, no virar do século, as vendas combinadas eram proibidas sempre que não se verificassem duas condições: quando a empresa visada não fosse dominante, ou quando existissem razões economicamente plausíveis para a prática em investigação.<sup>47</sup>

É então apenas no final do século que a lei passa a estatuir o primado da análise dos efeitos concorrenciais sobre as proibições gerais ao *tying*, *bundling*, e estratégias de vendas conexas, como os descontos multiproduto. Primeiro em 1999, da autoria institucional da Comissão Europeia, surge o regulamento 2790/1999, substituído em 2010 pelo Regulamento da União Europeia nº330/2010. Segundo estes diplomas, a diferença para o enquadramento legal anterior sublinha-se na desconsideração (*a priori*), das práticas que aqui estudamos, enquanto práticas restritivas graves.<sup>48</sup> A lei passa desta feita a considerar finalmente a

---

<sup>46</sup> “Pese embora a prática decisória dos anos 90 ter confirmado o critério de proibição *per se*, esta abordagem foi sendo gradualmente temperada pela introdução e consideração de fatores de análise económicos, máxime ao nível da avaliação do poder de mercado, da aceitação, em abstrato, da possibilidade de alegação de circunstâncias justificativas e da própria explicação económica das práticas analisadas. O primeiro grande caso de subordinação a ser investigado pela comissão foi o caso Hilti, um verdadeiro emblema, neste período, da lógica da proibição atenuada (*modified per se approach*).”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 167.

<sup>47</sup> “O critério de apreciação assenta numa lógica *modified per se*. A venda combinada (...) é condenada pela Comissão, ao abrigo do artigo 102º do TFUE, salvo quando se conclua que a empresa visada não é dominante ou exista uma justificação objetiva para a prática investigada.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 181.

<sup>48</sup> “O Regulamento (CE) nº 2790/1999 sujeitava, entre outras, as práticas de *tying* e *bundling* a uma metodologia de análise a que os economistas comumente designam de *unstructured rule of reason*, baseada nos efeitos económicos das práticas.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 181.

possibilidade de o recurso a estas práticas gerar efeitos positivos no mercado, sobretudo do ponto de vista da eficiência económica da empresa que as implementa.

Ainda assim, o legislador europeu associou probabilisticamente a produção de efeitos nefastos ou positivos à quota de mercado detida pela empresa. Desta feita, fixou-se uma presunção legal, mediante a qual se supunha existir a produção de efeitos pró concorrenciais quando estas restrições não fossem graves e fossem implementadas entre empresas cujas quotas de mercado não fossem superiores a 30%. Segundo uma Comunicação da Comissão datada de 2010, as situações em que se verificasse que esta presunção não se encontrava cumprida, acionaria uma ponderação legal à luz dos efeitos de exclusão nos mercados envolvidos pela restrição imposta, completamente em contraponto ao que no século passado fazia jurisprudência. Entravam agora em cena critérios de análise estritamente concorrenciais que remetiam para a relação entre várias parcelas, das quais já demos conta anteriormente, como as quotas e poder de mercado das empresas concorrentes, ou os obstáculos à penetração e expansão nos mercados.

A metodologia da *Rule of Reason* sobrepôs-se à metodologia da proibição per se, e às suas evoluções ao longo do último século porque se tornou mais completa e mais justa, no sentido em que ao analisar a imposição de restrições a partir de vários prismas (os múltiplos critérios que foram chegando também pela evolução da doutrina económica, a que aqui fomos aludindo), conseguiu tornar-se maleável o suficiente para, ao invés de conduzir a posições jus-concorrenciais extremadas, de proibição ou permissão, condenar apenas aquilo que não cumprisse os requisitos postulados, pensados para permitirem contrabalançar efeitos anti concorrenciais com ganhos no bem-estar dos consumidores.

A questão que passou a colocar-se deixou naturalmente de relacionar-se com a metodologia base que devesse nortear as decisões judiciais. A maior preocupação prendia-se agora com a discricionariedade na ponderação dos critérios. Por outras palavras, as águas separaram-se entre aqueles que entendiam que essa discricionariedade era bem-vinda, e colocavam na mão dos juízes a ponderação sobre os factos e seus efeitos, e aqueles que julgavam que a quantificação do dano e dos benefícios se devia fazer de acordo com um procedimento estandardizado, que entregasse certeza e segurança jurídica às empresas e às autoridades da concorrência e simplificasse e organizasse a análise que nos tribunais se teria de fazer.

O esqueleto proposto por NUNO CALAIM LOURENÇO sobre esta matéria divide-se em três fases sequenciais de avaliação do potencial economicamente nocivo das restrições estabelecidas.

A primeira triagem a fazer – e que permitiria, numa fase inicial das investigações, dispensar os recursos das autoridades da concorrência quando os requisitos não se achassem cumpridos - passaria pela ponderação de três critérios iniciais: poder de mercado; complementaridade e assimetria das linhas de produto (em caso de agrupamento).<sup>49</sup>

Neste sentido, o primeiro passo passaria por averiguar a existência de poder de mercado por parte da empresa que impõe estas práticas, dado que sem este poder no mercado subordinante se presume que das duas uma: ou não existem incentivos económicos realistas para se avançar para uma estratégia como as que aqui tratamos, ou não haverá capacidade para se efetivar uma opção de vendas como estas, sem que eficazmente os concorrentes possam neutralizá-la. Ainda neste ponto, e ainda que se comprove existir poder de mercado, dever-se-á procurar averiguar se esse poder de mercado poderá ser considerado suficiente para encetar com sucesso uma política anti concorrencial, tendo em conta o contexto de mercado em que se insira.

O requisito seguinte, o da complementaridade, avança quando, ainda que se verifique poder de mercado da empresa visada pela investigação, seja necessário compreender a relação assumida entre os produtos visados pelo *bundle*, pela subordinação ou pelos descontos. Isto porque, probabilisticamente é muito pouco provável, e economicamente pouco viável, optar-se pela associação de produtos completamente distintos e sem complementaridade entre os seus mercados.

No caso de estarmos perante a investigação de um *bundle*, aproveitamos um terceiro filtro de avaliação, que remeterá para a comparação entre o portfólio de produtos oferecidos pela empresa dominante que agrupou determinados produtos, e o portfólio dos concorrentes. Esta apreciação é relevante se tivermos em consideração que se considera ser tanto mais forte o agrupamento quanto menor for a capacidade de os concorrentes conseguirem concorrer com este. Logo, quanto menor o leque de produtos dos concorrentes, menos apetecível seria um possível *bundle* de resposta, e menos eficaz seria a tentativa de competir com essa estratégia.

---

<sup>49</sup> “A primeira (...) fase, ou filtro, é de extrema relevância uma vez que permite evitar o esbanjamento dos recursos económicos da Comissão e dos tribunais na investigação de práticas manifestamente inócuas. A segunda fase visa apurar do potencial anticoncorrencial da conduta sub judice. (...) A terceira e última fase considera a existência e a magnitude das eficiências geradas e determina se estas permitem compensar os potenciais efeitos anticoncorreciais.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 239.



No mesmo sentido, percebe-se facilmente que se o agrupamento pudesse ser replicado por todos os concorrentes, então as ofertas anular-se-iam umas às outras, não havendo necessidade de punição das mesmas.

Ao segundo patamar de verificação de restrições de mercado, para efeitos da aplicação do artigo 102º, dá NUNO CALAIM LOURENÇO o nome de “probabilidade da produção de efeitos concorrenciais”. Isto quer dizer que a primeira lupa não se deve configurar como suficiente para, *per se* justificar a condenação ou absolvição das restrições em investigação. O segundo prisma de análise proposto pelo autor reveste-se de considerações de análise às características do mercado em si, onde estas soluções podem operar.<sup>50</sup> Por outras palavras, passa-se agora a tentar compreender o contexto em que atua a empresa que procura projetar o seu poder de mercado, o contexto do mercado subordinado e subordinante, e dos agentes envolventes.

Para além de uma verificação da existência de poder de mercado, que aliás já foi referida supra, importa agora tentar chegar ao *animus* da empresa, ou seja, reforça-se a necessidade de procurar medir a intencionalidade da empresa que procurou a implementação daquela estratégia, de modo a ser perceptível se aquela firma aceita potenciais reações adversas dos seus concorrentes e se estará efetivamente disposta a prosseguir com aquelas práticas - com eventuais reduções na margem de lucro daqueles produtos – durante o tempo suficiente para poder asfixiar e levar à exclusão dos concorrentes.

Relativamente à forma como é proposto fazer-se a prova da intencionalidade da conduta, repartem-se (segundo esta proposta) as conclusões em duas perspetivas. Desde logo, deve zelar-se pela recolha de documentos e chamamento de testemunhas que possam servir de prova do propósito lesivo, de forma expressa ou tácita: documentos de gerência ou correio eletrónico, prova testemunhal por parte de quem possa atestar a intencionalidade da empresa,

---

<sup>50</sup> “Importa, neste caso, estabelecer um critério de análise que atente nas características observáveis da indústria por forma assim a identificar o potencial anticoncorrencial. O dinamismo dos diferentes mecanismos económicos de exclusão e a volatilidade das condições de mercado tornam complexa a tarefa de delinear uma “check-list” de teorias e fatores que permitam ao intérprete, em abstrato, destringir entre as práticas que sejam nocivas e as que sejam neutras ou benéficas. Existem, contudo, um conjunto de elementos que caracterizam a indústria em que se insere a prática e os agentes que nela operam, incluindo a empresa em questão, e que, quando analisados em contexto, permitem auxiliar na determinação da probabilidade de realização de efeitos anticoncorrenciais e da consequente redução do bem-estar dos consumidores: a) A existência de poder de mercado significativo (...) b) O compromisso efetivo da empresa em prosseguir a estratégia de venda combinada (...) c) Prova direta da intenção anticoncorrencial(...) d) Ausência objetiva de razões de eficiência”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 242.

sejam eles concorrentes ou quaisquer outras pessoas, com destaque para aquelas que fizessem parte dos quadros da empresa.

Por outro lado, e na ausência de documentação cabal, importa fazer pesar o facto de a empresa investigada não conseguir alegar em sua defesa motivos concorrenciais, de eficiência e de defesa do consumidor. Relativamente a este ponto, sublinha-se a possibilidade da ausência de arguição de razões objetivas de índole económica na base e na defesa da inclusão deste tipo de restrições poder fazer suspeitar que o fundamento destas não tenha sido efetivamente o de trazer eficiência económica em benefício para o mercado ou para o consumidor, mas apenas nocivo para a concorrência pela exploração do poder de mercado da empresa. É paradigmático, a este propósito, aquilo que foi arguido pela Microsoft num caso que vamos superficialmente abordar daqui a pouco. Note-se que a Microsoft não esgrimiou razões de eficiência ou benefício do consumidor para justificar o *tying* técnico de que era acusada, tendo reforçado perante o tribunal razões de índole económica *a posteriori* (ex post) relacionadas com os muitos custos em que a empresa incorreria caso fizesse a reversão da integração alvo da investigação pelas autoridades da concorrência. Ora, segundo a proposta que aqui trazemos, só devem relevar fundamentações *ex ante*, e não argumentações de custos *ex post* relacionadas com a inversão dos comportamentos investigados.

Num terceiro nível deste modelo de verificação invoca-se a questão da plausibilidade de afastamento dos concorrentes dos mercados relevantes, que já foi referida múltiplas vezes. Neste ponto, deverá averiguar-se esse potencial lesivo, de forma a determinar-se se a prática deve ser ou não punida. Refira-se uma vez mais que mediante a adoção de estratégias de *leveraging* se pode projetar a longo prazo a exclusão de concorrentes, e por essa via se garantir uma proteção mais efetiva da posição nos mercados envolvidos.<sup>51</sup> Do lado do regulador da concorrência, a análise referente à eliminação de concorrentes pode revelar-se extraordinariamente traiçoeira, dado que esta marginalização pode na prática relacionar-se de forma decisiva com vários fatores. Por um lado pode estar relacionada com a relação estabelecida entre os produtos do *bundle*, que cambiará possivelmente de situação em situação, desde logo pelas indispensáveis relações de complementaridade ou pela valorização subjetiva que cada potencial comprador poderá fazer de cada produto individualmente considerado.<sup>52</sup> Por

---

<sup>51</sup> “e) Probabilidade da saída dos concorrentes dos mercados relevantes: (...) A estratégia só será profícua quando tenha o potencial de causar a efetiva exclusão dos concorrentes.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 243.

<sup>52</sup> “os clientes com predileção pelos produtos dos concorrentes no mercado subordinado podem, por exemplo, preferir mudar para o produto de um concorrente no mercado subordinante do que ter de prescindir dos produtos

outro, os concorrentes possivelmente prejudicados pela estratégia podem ter diferentes respostas financeiras ao mesmo, nomeadamente no que dirá respeito à capacidade para se endividarem e suportarem por um prazo maior ou menor a diminuição de faturação.

De acrescentar ainda que não podemos ignorar a possibilidade de os concorrentes poderem ter mecanismos de contra-ataque. Por outras palavras, podemos naturalmente admitir que os concorrentes tenham também eles condições para criar o seu próprio pacote de produtos, quer por produção própria, quer por via da articulação com fornecedores com os quais consigam estabelecer condições vantajosas que permitam obter um pacote a preços competitivos.

Uma questão intimamente conectada com esta é a da consideração da existência - ou falta dela – de obstáculos à entrada no mercado estudado. Isto porque se percebe que seja menos provável, e menos eficaz, a adoção de estratégias como as que aqui abordamos num mercado aberto e de fácil integração de novos concorrentes. O mesmo é supor que perante o afastamento de concorrentes e a consequente subida nos preços gerais aplicados pela empresa monopolizadora (portanto, perante um cenário de sucesso seguido à implementação da venda agregada ou subordinada) para aumentar os seus lucros e se “banquetear” com o domínio de mercado recentemente reforçado, com naturalidade se poderia colocar em risco este momento de profunda prosperidade pela simples entrada de um concorrente que traga para o mercado preços mais competitivos para os produtos do conjunto.<sup>53</sup> Por outras palavras, neste cenário a subordinação é potencialmente estéril. Acrescente-se ainda que a impossibilidade de entrada de novos concorrentes é verosímil sempre que se trate de mercados onde se estabeleçam economias de escala, ou onde a subordinação de produtos seja prática corrente, por parte dos diferentes intervenientes no mercado.<sup>54</sup>

Ainda que todos os pressupostos apontem até este momento para a manifesta lesão dos interesses do mercado, e consequente determinação enquanto prática restritiva da concorrência, importa ainda refletir sobre a existência de obstáculos à entrada ou expansão no mercado. Isto

---

*de sua especial preferência no mercado subordinado*”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 244.

<sup>53</sup> “o aumento de preços atrairia de imediato uma nova entrada no mercado, expectante de poder vingar a sua posição pela oferta mais barata dos produtos em questão. Esta entrada obrigaria a uma retração dos preços e acabaria por traduzir a erosão dos lucros supracompetitivos auferidos pela empresa dominante.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 244.

<sup>54</sup> “A literatura económica dá conta que as estratégias de leveraging defensivo são particularmente comuns no contexto de indústrias caracterizadas pela existência de efeitos de rede e de inovação onde o ciclo de vida dos produtos é relativamente curto. Os casos Microsoft (...) são bem ilustrativos desta situação.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 245.

significa que, se for possível desde logo concluir que não existem entraves à entrada num mercado onde se prosseguem estas condutas, então elas dificilmente conduzem aos resultados de exclusão de concorrentes e reforço da posição no mercado, dado que a todo o momento poderão aparecer novos concorrentes com capacidade para contrariar a subordinação ou agregação dos produtos em causa.

Numa vertente oposta - a do consumidor - importará ao regulador averiguar em que medida este tem poder negocial suficiente para influenciar decisivamente os efeitos do *bundle* e do *leveraging* no mercado. Ou seja, em que medida o comprador tem opções que inviabilizem o sucesso destas práticas, quer seja porque pode optar por outros fornecedores, ou porque tem a influência de ameaçar com a entrada de um novo concorrente. De realçar que esta análise à outra face da moeda é independente da verificação dos pressupostos anteriores. Isto quer dizer que ainda que se consiga apurar que a empresa já é dominante e afastou concorrentes efetivos e potenciais, ou que existam no caso concreto obstáculos importantes à entrada no mercado, continua a dever-se analisar que tipo de resposta podem dar os clientes, e de que forma se afetam mutuamente estes dois polos.<sup>55</sup>

Importa agora reforçar que um dos últimos momentos de verificação deverá consumar-se com a prova do encerramento efetivo do mercado. Posteriormente a isto, apuramos ainda os ganhos de eficiência que resultaram da opção estratégia investigada. Ou seja, numa espécie de *ultima ratio*, importa ponderar se os ganhos de eficiência para o mercado podem de alguma forma compensar os efeitos anti concorrenciais que possam ter sido provados até ali. Sobre este último reduto, o ónus deverá recair agora sobre a ré, que deve provar que os benefícios extraídos não se circunscreveram à atividade da empresa, mas antes foram de algum modo projetados para o bem dos consumidores de forma objetiva e proporcional, e que sobre a causa e o efeito se entenda haver uma ligação intrínseca e indispensável.<sup>56</sup> Por tudo o que foi até agora explicado, reforça-se o facto de a investigação destes pressupostos dever ser cuidada, e do ónus

---

<sup>55</sup> “Este “buyer power” pode comprometer a rentabilidade da estratégia de leveraging. Mesmo quando os concorrentes tenham já abandonado o mercado e os obstáculos à entrada sejam suficientemente dissuasores para precluir nova entrada, a empresa poderá não conseguir elevar os seus preços quando defronte uma procura concentrada e com poder negocial.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 245.

<sup>56</sup> “existe uma justificação objetiva quando não puder ser razoavelmente exigido à empresa em questão que, considerando todas as circunstâncias relevantes, adoptasse um comportamento diferente; nesta linha de pensamento, o comportamento deixa de ser abusivo porque a empresa não dispõe de uma verdadeira margem substancial de apreciação: o seu comportamento é determinado exogenamente por circunstâncias ponderosas e é proporcional à satisfação de um interesse atendível”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *Direito da Concorrência*, 2018 (Reimp, 2020), AAFDL, Lisboa, pág. 1143.

probatório recair sobre os queixosos e as autoridades da concorrência, invertendo-se o ónus quanto à questão da prova dos eventuais ganhos de eficiência.<sup>57</sup>

## 8. ENQUADRAMENTO LEGAL COMUNITÁRIO

Foqemos-nos agora no enquadramento legal que é dado pelo direito comunitário, para que possamos concretizar em termos legais aquilo que temos discutido até este momento. Como até já foi averbado no capítulo referente aos descontos multiprodutos, o legislador decidiu integrar essa prática no âmbito das previsões legais que regulam tanto as vendas subordinadas como as vendas agrupadas.

Para efeitos desta dissertação não nos retemos na matéria legal do artigo 101º do TFUE, dado que se circunscreve a contextos de cooperação vertical ou horizontal entre mais do que uma empresa. Ao passo que o artigo 102.º, por outro lado, se propõe a filtrar contextos de imposição unilateral deste tipo de práticas, e que por isso na esmagadora maioria das vezes deverão mesmo sustentar-se em situações de abuso de posição dominante. Ainda assim, sublinhe-se que para ambos os casos existe um consenso relativamente à classificação enquanto prática restritiva da concorrência o acordo que esteja sujeito à aceitação de prestações complementares sem ligação com o objeto do contrato, por parte de quem se encontra na posição mais frágil da relação contratual - neste caso quem se sujeita a essas imposições contratuais.

Em relação à doutrina económica americana, saliente-se que o legislador americano se basta com uma situação de monopolização alheia a fatores de superioridade técnica, estratégica ou industrial. O mesmo é dizer que no *Sherman Act*, por exemplo – Lei americana datada de 1890 destinava a regular a concorrência, com enfoque principal na questão dos monopólios - não se determina a detenção de uma posição dominante como requisito *sine qua non* para a catalogação enquanto prática lesiva da concorrência. E ainda que sobre o conceito de posição dominante não se deixe plasmada expressamente uma definição legal, a verdade é que a jurisprudência vai fazendo o seu trabalho, frisando sobretudo ponderações relativas à

---

<sup>57</sup> “*Interessa considerar apenas os benefícios ex ante, que obedeçam a um critério de objetividade e de proporcionalidade, e que só possam ser alcançados por intermédio da prática sub judice. Releva aqui, portanto, também o critério da indispensabilidade.*”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 246.

capacidade para concorrer com a empresa dominante, o impacto que esta tem sobre as outras, e ainda sobre a independência da empresa dominadora sobre as concorrentes<sup>58</sup>.

Para além da ponderação acerca da verificação ou não de uma situação de domínio no mercado da parte da empresa investigada (ponderação essa feita com base em critérios que já fizemos questão de referir anteriormente, como a quota de mercado; substituíbilidade dos produtos; obstáculos à entrada nos respetivos mercados; etc.), o artigo 102º do TFUE exige, como é perfeitamente normal, que a conduta em questão seja abusiva. O mesmo é dizer que, naturalmente, a posição não é (e não deve ser, também no nosso entender) proibida em si mesma. Também aqui, e relativamente à concretização legal do conceito de abuso, somos obrigados a reconhecer que o legislador comunitário não foi até onde poderia ter ido, no sentido de não deixar dúvidas sobre a definição jurídica, dificultando em alguns casos a aplicação do preceito legal pelos tribunais. Isto deve-se ao facto de se ter recorrido a um elenco meramente exemplificativo de casos em que se pode concluir existir a prática de estratégias abusivas para o direito da concorrência.<sup>59</sup> Se por um lado, um catálogo aberto de situações poderia mais facilmente abrir espaço para a integração de lacunas ou omissões legais, por outro, a mesma abertura coloca tudo o que não foi expressamente plasmado, numa espécie de zona cinzenta, discricionária do juiz julgador.

Ainda assim, importa, em defesa do legislador, reforçar que não se deixa margem para considerar o elemento volitivo como razão de exclusão da ilicitude. O que quer dizer que não é considerada a defesa feita pela empresa potencialmente infratora, que se baseie no facto da mesma não ter tido como objetivo a lesão do mercado, e o atropelo das regras do mesmo, às “cavalitas” da sua posição dominante.

---

<sup>58</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, p. 77, c. 65.

<sup>59</sup> “o artigo 102º não oferece qualquer definição do conceito de posição dominante. Um dos primeiros ensaios de sistematização pode ser encontrado no Memorando de 1965 sobre a concentração no mercado comum, aí se afirmando que “Existe uma posição dominante num determinado mercado quando uma ou mais empresas podem atuar de forma essencial sobre as decisões de outros agentes económicos de modo a que não possa surgir e manter-se no mercado uma concorrência praticável e suficientemente efetiva”. (...) No acórdão *United Brands*, o TJ avança com uma definição que conjuga dois elementos: o impacto na concorrência efetiva e a margem de discricionariedade à disposição da empresa em causa: “A posição dominante (...) diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores”. (...) A Comissão (...) define como dominante a empresa “que seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo”. Em termos ideais, a existência de uma posição dominante poderia ser determinada pela comparação entre o preço praticado pela empresa em causa e o respetivo custo marginal: caso o preço se situe prolongada e apreciavelmente acima do custo marginal, a empresa poderia considerar-se em situação de domínio.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 154.

Como referimos no início, as práticas de subordinação e agrupamento podem ser abusivas de duas formas distintas: por exploração e por exclusão. Sobre estes dois conceitos, remetemos para o que foi explicado sumariamente no começo do nosso estudo, nas primeiras páginas da nossa tese. De uma forma breve, explicamos de novo que os abusos podem então servir tanto para a obtenção de proveitos comerciais extraordinários, por via da exploração da posição dominante detida (abuso de exploração através de, por exemplo, a prática de preços predatórios ou excessivos) como para a manipulação da estrutura e do contexto de mercado onde a empresa opere (abuso por exclusão, nomeadamente pela dificultação das condições de concorrência, asfixiando atuais concorrentes, excluindo-os, e condicionando potenciais competidores).<sup>60</sup> Dado que pela implementação destas estratégias - vendas subordinadas, agrupadas, e descontos multiprodutos - o cliente pode ser levado a comprar algo que não quer, traduzindo-se essa compra adicional num produto extraordinário, e anormal, por via de se apurar não ser uma receita regular e atingível pela normal *praxis* da empresa, quando não recorre a estas opções estratégicas potencialmente lesivas, estas estratégias são exemplos de abusos de exploração por esta via, e de exclusão se pela mesma via conduzirem ao afastamento de concorrentes dos mercados envolvidos.

Mais uma questão lacunar foi levantada pela doutrina relativamente a este artigo 102.º, nomeadamente sobre a falta de previsão de critérios justificativos da aplicação das práticas e, nesse sentido, constituidores de fator de exceção da aplicação do artigo. Neste sentido, o Tribunal de Justiça tem vindo a exigir a clarificação das situações atípicas que permitam a defesa por parte da empresa potencialmente violadora. Um dos juízos mínimos a fazer - no entender do Tribunal de Justiça, e que já tem vindo a ser reforçado em acórdãos - prende-se com a necessidade de se considerar o princípio da proporcionalidade em contextos de defesa dos interesses da empresa dominante, tendo em conta que a apreciação feita pelo Tribunal é a de que, em situação de agressão, deve reservar-se à empresa dominante o direito a zelar pela proteção dos seus interesses, sempre dentro de juízos de proporcionalidade.<sup>61</sup> O entendimento do Tribunal implica ainda que se contemple o contexto económico do mercado e das empresas concorrentes potencialmente em causa, para efeitos de ponderação da proporcionalidade da reação da empresa dominante.

---

<sup>60</sup> “Esta classificação não é estanque, sendo várias as práticas abusivas que assumem uma dupla natureza: v.g. discriminação de preços, certas recusas de venda, (...) As práticas de *tying* e *bundling* constituem outros dois exemplos (...)”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 157.

<sup>61</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Proc. 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, p. 189.

Para fazer face a um crescente desfasamento entre as posições da Comissão e a Jurisprudência dos Tribunais, e para que se pudesse fazer um aperfeiçoamento e até um esclarecimento acerca do conteúdo e da aplicação do preceituado no artigo 102.º, a Comissão avançou com uma Comunicação, seis anos depois da descentralização levada a cabo pelo Regulamento 1/2003.<sup>62</sup> Ou seja, perante a existência de um Regulamento que prescrevia a aplicação do artigo 102.º pelas autoridades da concorrência de âmbito nacional, a Comissão sentiu a necessidade de procurar homogeneizar a fiscalização feita pelos Estados-Membros, tornando a matéria do artigo 102.º mais clara e a sua utilização mais objetiva e previsível, indo de encontro às pretensões gerais dos agentes do mercado, que lutavam contra a falta de precisão e a heterogeneidade das decisões.

Dito isto, passamos agora a reforçar as orientações da Comissão que, ainda que não vinculativas, têm balizado as apreciações levadas a cabo pelos tribunais comunitários, e vão no seguimento dos critérios que foram enunciados anteriormente nesta pesquisa.

Primeiramente é reforçada a importância da contemplação do critério da separabilidade dos produtos à luz de dois prismas principais: a procura dos consumidores e a conduta dos fornecedores. Sobre este critério, a Comissão tem o entendimento de que se deve considerar que dois produtos sejam distintos quando *“um número substancial de clientes comprar ou tivesse comprado o produto subordinante sem comprar igualmente o produto subordinado ao mesmo fornecedor”*.<sup>63</sup> Ainda que de facto esta possa ser uma forma de ajudar o aplicador comunitário, a verdade é que por esta recomendação se fica somente a meio caminho da definição do critério legal, dado que não se concretiza o que deve ser considerado um *“número substancial de clientes”*, ficando os tribunais uma vez mais reféns de um conceito indeterminado.

O segundo ponto de foco na Orientação da Comissão são os efeitos de exclusão das práticas analisadas. Sublinhe-se que a reflexão sobre os efeitos de exclusão é mais uma prova do abandono dos critérios de exclusão *per se*, que antecederam a reforma legislativa sobre estas

---

<sup>62</sup> *“O presente documento apresenta as prioridades que irão orientar a acção da Comissão na aplicação do artigo 82.º aos comportamentos de exclusão por parte de empresas em posição dominante. O objectivo é, juntamente com as decisões de execução específicas da Comissão, tornar mais claro e previsível o quadro geral utilizado pela Comissão na análise e decisão quanto à abertura de processos relativamente a diferentes formas de comportamentos de exclusão e ajudar as empresas a avaliarem melhor se um determinado comportamento pode dar azo a uma intervenção por parte da Comissão ao abrigo do artigo 82.º.”*. Cfr. Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), par. 2.

<sup>63</sup> Cfr. Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), par. 51.



condutas que veio permitir consagrar o primado da *rule of reason*. Neste parágrafo, a Comissão frisa o interesse de se discutirem, entre outros critérios, o poder de mercado da empresa, bem como os obstáculos à entrada nos mercados envolvidos.<sup>64</sup> Ainda que a Comissão não o deixe expresso, mas somente subentendido, fez questão de aproveitar o caso Microsoft para apontar alguns critérios específicos, com destaque para elementos de coerção do lado da empresa dominante e para projeções de *leveraging* a longo prazo, sobretudo por via da subordinação técnica, deixando clara a sua preocupação quanto aos efeitos destas opções estratégicas nos mercados. Tal como já foi referido anteriormente, e relativamente às vendas agrupadas, a Comissão reforça que os efeitos de exclusão são mais prováveis nos casos em que a empresa dominante consegue apresentar uma panóplia de produtos mais completa do que os seus concorrentes, dado que por essa via mais complexo se torna para os concorrentes apresentarem um *bundle* que possa servir de reação à estratégia de mercado implementada pela empresa dominante.<sup>65</sup>

No que aos descontos multi-produto diz respeito, a Comissão explica que sempre que os descontos aplicados façam descer os preços dos produtos que integram o pacote em relação ao preço desses produtos somados com o preço original, então os consumidores não terão estímulos razoáveis para comprar os produtos sem a devida integração no pacote, e passa a ser possível projetar a exclusão de concorrentes no mercado. Para a avaliação destes cenários pelas autoridades da concorrência, a Comissão salienta que se faça uma ponderação à luz do custo marginal médio a longo prazo. Por outras palavras, quando o preço pago a mais pelos produtos do pacote, individualmente considerados, for superior ao custo marginal médio de longo prazo, então nesses casos a Comissão entende que não se deve interferir, dado que esse é um indicador de que os concorrentes da empresa dominante poderão, regra geral, concorrer com o *bundle* oferecido.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> “sugeria-se que a verificação de efeitos de exclusão seria improvável quando apenas um terço dos clientes no mercado subordinado adquirissem ambos os produtos (...) As orientações atuais não fazem qualquer referência a um “threshold” quantitativo, dando a entender que a Comissão poderá considerar os efeitos de exclusão mesmo quando a proporção seja inferior a um terço. A dúvida (...) é, pois, a de saber o que se entender por “suficiente parto f the market”, não olvidando que a exclusão dos concorrentes depende também da própria estrutura de custos e dos restantes fatores”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 251.

<sup>65</sup> “quanto maior for a assimetria entre o portfólio desta empresa e os dos seus concorrentes diretos, maior será a probabilidade da produção dos efeitos de Cournot e a dificuldade em replicar o bundle oferecido.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 252.

<sup>66</sup> “A Comissão não intervém, neste caso, uma vez que um concorrente com o mesmo grau de eficiência (“as efficient”) terá, em princípio, capacidade para concorrer de forma rentável com o pacote da empresa dominante.”. Cfr. NUNO CALAIM LOURENÇO, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, 2013, Almedina, Coimbra, pág. 253.

Em jeito de resumo, diríamos que este documento serviu como bússola para a orientação dos tribunais e autoridades comunitárias na avaliação de práticas lesivas ou restritivas da concorrência. Permitiu ainda que se confirmasse o virar da página definitivo quanto à passagem de uma abordagem *per se* para um tratamento casuístico, mais versátil e mais justo na defesa dos interesses do mercado.

## **9. ARTIGO 11º DA LEI 19/2012 E ARTIGO 102º/d) DO TFUE**

Como por decorre de uma leitura breve do artigo 11º da Lei da Concorrência, o tratamento das vendas subordinadas enquadra-se na alínea d) do referido regime. Além disso, cumpre imediatamente sublinhar o uso da expressão “pode ser considerado abusivo”, uma vez que tal utilização remete para o que escrevemos anteriormente sobre a necessidade de se enquadrar as práticas possivelmente abusivas - segundo os critérios da quota de mercado, e definição do mesmo com base no produto/serviço e localização geográfica – como forma de avaliar a relevância das práticas, junto da Autoridade da Concorrência.

Por alguns eventos que aqui já tivemos oportunidade de referir (com destaque para o exemplo português da Sugaldal e seus fornecedores de tomate), as vendas subordinadas distinguem-se das outras formas de abuso de posição dominante do artigo 11º da Lei 19/2012, precisamente pela imposição das mencionadas “prestações complementares” desprovidas de conexão direta com o objeto dos contratos. Como resulta claro ao cotejarmos o art. 11.º da LDC com o art. 102.º do TFUE, a letra da lei portuguesa é uma impressão perfeita das orientações a nível comunitário.<sup>67</sup>

Para além deste artigo, também o artigo 101.º deste diploma nos serve para que possamos constituir a base substantiva da política da Comissão relativa ao combate das estratégias potencialmente prejudiciais ao bom funcionamento do mercado entre estados-membros. A questão da aplicabilidade conjunta dos dois artigos ainda não tem uma resposta consensual junto da doutrina, que tendencialmente prefere o emprego alternativo dos dois preceitos. Em todo o caso, o Tribunal de Justiça declarou-se no sentido de admitir o uso

---

<sup>67</sup> “a matriz comunitária dos artigos 81.º e 82.º do Tratado de Roma (actuais 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (...)) constitui a clara inspiração do modelo nacional”. Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, “A Tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº1, Jan-Mar 2010, pág. 270.

conjunto dos artigos em causa, justificado pela falta de hierarquia explícita entre ambos, bem como pela razão de se circunscreverem a situações diversas.

Se até agora não nos foi possível, a nível nacional, descortinar algum processo que tenha acabado com a condenação efetiva de uma empresa pela prática em questão (a SUGALIDAL viu o seu processo ser arquivado mediante um compromisso assumido entre as partes no sentido da empresa visada pôr termo às práticas em causa), a verdade é que já a nível europeu é possível destacar alguns exemplos-chave no que ao tratamento destes comportamentos diz respeito.

## **10. CASO HILTI**

O caso Hilti foi um dos primeiros casos de subordinação com repercussão a chegar aos Tribunais. Com base no Acórdão de 12 de Dezembro de 1991, relativo ao Processo T-30/89, caso Hilti/Comissão, a Hilti detinha à data uma posição dominante no mercado das pistolas de pregos; dos pregos, e dos cartuchos específicos para utilização em pistolas de pregos (consta-se que seria em meados dos anos noventa, o maior produtor nos três mercados). Servindo-se desse enquadramento privilegiado, terá a empresa atuado em violação do disposto no artigo 102º do TFUE (na altura, ainda 82.º do Tratado da CEE), e conseqüentemente foi multada em seis milhões de Unidades de Conta Europeia, bem como impelida a pôr termo às infrações de que foi declarada culpada.

A Hilti foi acusada, por duas empresas produtoras de pregos compatíveis com os seus aparelhos, de práticas anti concorrenciais que visavam, segundo estas, afastá-las do mercado de pregos para pistolas de pregos. A queixa feita à Comissão baseou-se em alegadas recusas de fornecimento de cartuchos a revendedores e distribuidores independentes, sempre que a encomenda não implicava o correspondente pacote de pregos fabricados pela Hilti. Uma das empresas denunciante, acrescentou inclusivamente que havia tentado obter fitas de cartuchos, direta e indiretamente, mas que a empresa infratora se negava a fornecê-los, quer por si, quer por revendedores independentes. Em resultado dessas complicações, teria a denunciante Eurofix, solicitado uma licença de patente, que obteve, acabando a Hilti por considerar que tal licença não conferia prerrogativas relativamente a direitos de autor.

A Bauco, co-denunciante neste processo, declarou não conseguir escoar os pregos por si fabricados, como resultado da impossibilidade de adquirir fitas de cartuchos Hilti sem o referido suplemento de pregos dessa marca. Para além da argumentação já referida, a Bauco

acrescentou ainda que a Hilti prejudicou discriminadamente os clientes que tinham em comum pelo facto de comprarem pregos da primeira, reduzindo-lhes os descontos que por norma atribuía.<sup>68</sup>

A Comissão pronunciou-se então no sentido de dar como provada a subordinação da venda de fitas à venda de pregos, bem como os restantes comportamentos anti concorrenciais conexos a esta subordinação arguidos pelos denunciantes, com o final propósito de restringir efetivamente a concorrência naqueles mercados. Adicionalmente, a Comissão pronunciou-se ainda sobre as consequências económicas dos comportamentos reprovados. Nesse sentido, concluiu que estas políticas permitiram à Hilti limitar a penetração de fabricantes independentes de pregos no mercado, bem como permitiu a imposição de preços muito diferentes nos mercados dos diferentes Estados-membros, e o aumento das margens de lucro para os seus diferentes produtos. Do ponto de vista do consumidor, o entender do Tribunal foi no sentido de este ter sido abusivamente condicionado, por via da limitação grosseira da sua discricionariedade na escolha dos pregos que lhe fossem mais convenientes.<sup>69</sup>

Outra das apreciações feitas no âmbito deste processo, e que correm no sentido de outras que aqui tecemos, prende-se com o facto de se tratar de mercados de produtos distintos. Ora, como dissemos anteriormente, as vendas subordinadas podem ocorrer tanto num só mercado como em mercados distintos, embora quase sempre conexos. Neste exemplo, embora interdependentes, as pistolas, fitas de cartuchos e pregos respondem a condições de oferta e procura diferentes, pelo simples facto de existirem produtores especializados no fabrico de pregos e fitas, e não simultaneamente em pistolas, e vice-versa. Aliás, acrescente-se que resultou demonstrado que a própria Hilti dependia de empresas externas para o abastecimento dos seus canais de distribuição, no que às fitas de cartuchos diz respeito. Para além disso, demonstrou-se igualmente que a compra de pistolas de pregos era perfeitamente dissociada da compra simultânea das fitas e respetivos pregos. Aliás, o critério da separabilidade entre os

---

<sup>68</sup> “Hilti was the largest European producer of nail guns, nails, and cartridge strips. Eurofix and Bauco complained that Hilti was excluding them from the market in nails compatible with Hilti’s products by refusing to sell Hilti-cartridges without Hilti-nails to distributors and by cutting off the supply of Hilti-cartridges to rival nail makers. The Commission found that nailguns, cartridges, and nails each constituted a separate relevant product market and Hilti had power on the markets for Hilti-compatible cartridges strips and nail guns.”. Cfr. LIANOS, KORAH, SICILIANI, *Competition Law – Analysis, Cases & Materials*, 2019, Oxford University Press, New York, pág. 1170.

<sup>69</sup> “The Commission found that Hilti had abused of its dominant position through its attempts to prevent or limit the entry of independent producers of Hilti-compatible consumables into these markets, which “went beyond the means legitimately available to a dominant company”. The decision was upheld by the General Court and the CJEU.”. Cfr. LIANOS, KORAH, SICILIANI, *Competition Law – Analysis, Cases & Materials*, 2019, Oxford University Press, New York, pág. 1171.

mercados envolvidos viria a ser extraordinariamente importante para, já em sede de recurso, se rejeitar a tese da Hilti, que apontava para a existência de um único mercado comum aos três produtos.<sup>70</sup>

Quanto ao critério do mercado geográfico, e uma vez que nesse não existiam impedimentos à circulação, julgou a Comissão que estaria em causa o território do conjunto da CEE, pelo que os produtos poderiam ser transportados sem encargos excessivos com o transporte.

Para além da supramencionada posição dominante da Hilti, na decisão explica-se ainda que, para além do critério da quota de mercado, a Hilti possuía em seu favor prerrogativas que permitiam a manutenção e o reforço da sua posição de mercado. De entre estas, sublinhou-se a existência de variadas inovações técnicas protegidas por patente, bem como um poderoso *know-how* em matéria de distribuição. Com base nesta série de critérios complementares, concluiu-se pela capacidade de a empresa atuar com independência, sem consideração pelos seus concorrentes e clientes, excluindo-os como fator-chave da sua estratégia comercial.

Por último, destacamos desta decisão aquilo que foi arguido pela Hilti para justificar os comportamentos denunciados. A empresa esclareceu que se tinha movido por preocupações relacionadas com a segurança e a fiabilidade das suas pistolas de pregos, precavendo-se da associação nefasta à utilização de produtos conexos, de qualidade insatisfatória. Diga-se que este tipo de justificação técnica, sustentada em considerações últimas de defesa da reputação da empresa pelo controlo apertado da qualidade dos seus produtos e serviços - que até começou por ser reconhecida num caso que envolvia o conserto de veículos de uma marca com recurso exclusivo a peças originais dessa mesma marca por parte dos reparadores oficiais autorizados - tem vindo a ser cada vez mais filtrada pelas autoridades da concorrência e tribunais.<sup>71</sup> Os tribunais têm respondido a estas alegações com o apuramento da possibilidade de se ter avançado para soluções menos restritivas da concorrência.

Ora, neste caso em particular, parece que seria menos lesivo sublinhar a necessidade de se utilizarem os equipamentos Hilti com os respetivos complementos produzidos pela marca ou um equivalente em termos de qualidade mínima, para se assegurar o normal funcionamento dos produtos, ou até para efeitos de contratualização de uma garantia de manutenção prestada pela marca. Para além disto, a Comissão chegou mesmo a apurar que nos mercados em questão

---

<sup>70</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 12.12.1991, proc. N° T-30/89, *Hilti c. Comissão*, Colect. 1991, p. II 1439, P.68.

<sup>71</sup> *Pick Manufacturing v. General Motors Corp.*, 80 F.2d 641 (7<sup>th</sup> Cir. 1935).

já existiam *standards* mínimos bem definidos e mais do que suficientes para assegurar que aquele tipo de artigos, provenientes de qualquer concorrente, chegasse sempre ao mercado com a qualidade necessária ao seu correto funcionamento. Neste sentido, não foi de nenhuma forma demonstrado inequivocamente pela Ré que as mercadorias concorrentes não cumprissem com os requisitos aqui mencionados, ou que ainda assim não permitissem o correto funcionamento dos artigos da marca.

Uma das raras exceções jurisprudenciais sobre a justificação da salvaguarda da reputação comercial dá-se no caso das franquias. Como já foi aflorado, as franquias constituem de facto um dos cenários onde faz mais sentido que a manutenção da reputação e dos *standards* de qualidade da marca se façam à custa de algumas regras concorrências, sobretudo até para que se impeça o fenómeno do *free riding* e se machuque a imagem da marca de forma progressiva. Uma das decisões a este respeito prendeu-se com uma situação que opôs uma famosa cadeia de restaurantes com abrangência mundial a uma empresa dedicada a processos de embalamento integral, que se viu impossibilitada de estabelecer relações comerciais com franchises da primeira, dado que estes estavam obrigados a respeitar duras regras de uniformização entre franquias, e nesse sentido tinham de estabelecer os seus contratos com empresas previamente acordadas casa mãe.<sup>72</sup>

Neste sentido, o Tribunal considerou haver lugar à proteção da reputação da empresa, tendo em conta a reconhecida dimensão (nacional à época, hoje mundial) da mesma, ainda que reconheça que isso deve neste caso acontecer, às custas da competitividade entre fornecedores, com os devidos efeitos negativos para o mercado. À semelhança do caso Hilti, também nesta situação a linha entre a lesão da concorrência e a salvaguarda de superiores interesses pela qualidade ou uniformização de um produto ou serviço são bastante ténues, pelo que é quase sempre possível projetar-se uma medida menos restritiva da concorrência. Realce-se que não se deve colocar a hipótese de ser menos limitativo por exemplo a comunicação quanto ao conteúdo de patentes ou outras características devidamente sujeitas a segredo comercial. Assim, nem seria exigível à Hilti que detalhasse pormenorizadamente a forma como pensa e produz os seus produtos, como ao mesmo não se poderia condenar a empresa franqueadora do ramo alimentar, dado que por essa via se iria desvirtuar novamente o mercado, ignorando mais que provavelmente a singularidade dos artigos vendidos por essas marcas ou a inovação técnica que meritariamente essas empresas tivessem conquistado.

---

<sup>72</sup> *Kentucky Fried Chicken v. Diversified Packaging*, 549 F.2d (5<sup>th</sup> Cir. 1977), p. 379 a 381.

## 11. CASO MICROSOFT

O caso Microsoft encontra a sua contextualização legal junto do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, por via de um acórdão datado de 17 de Setembro de 2007. O processo T-201/04 remete então para mais uma situação de vendas subordinadas, enquanto manifestação de um abuso de posição dominante. Dentro de outras práticas provadas durante este processo, a que mais nos interessa explorar consubstanciou-se na sujeição do fornecimento do seu sistema operativo para *personal computers*, à aquisição simultânea do seu leitor multimédia.<sup>73</sup>

Considerou-se que a empresa visada detinha uma posição dominante em 3 mercados em apreço na decisão, sendo que relativamente ao mercado dos sistemas operativos para PC clientes, a Comissão estimou que a Microsoft detinha uma quota de mercado superior a 90%, sustentada ainda por uma “estabilidade e continuidade ininterruptas”, justificada por dificuldades acrescidas no acesso a este mercado em particular por potenciais concorrentes, pelas próprias características do mesmo. Somado a isso, os consumidores privilegiavam o sistema Microsoft por ter uma panóplia mais vasta de aplicações à sua disposição, e consequentemente as empresas ligadas ao desenvolvimento de software favoreciam a invenção de produtos compatíveis com os da Microsoft, e neste caso também naturalmente compatíveis com o Windows Media Player).<sup>74</sup>

A comissão voltou a referir-se à violação do artigo 82º da CE (como havíamos dito, hoje é o 102º do TFUE), mais concretamente às vendas ligadas abusivas. Para lá da questão da posição dominante, volta-se neste exemplo (à semelhança do caso HILTI) a reforçar a possibilidade dos produtos se enquadrarem em mercados distintos, sublinhando que as práticas adotadas restringiam a concorrência no mercado dos leitores multimédia, onde existiam outras empresas dedicadas ao desenvolvimento de leitores deste tipo. A Comissão entendeu que a Microsoft limitava a concorrência também por via de impossibilitar que se adquirisse o

---

<sup>73</sup> “The Commission concluded that Microsoft had followed a “leveraging strategy” to extend its dominance into these related markets. With regard to the refusal to supply violation, Microsoft had exploited “a range of privileged connections” between the PC operating system and its work group server operating system and deprived competitors in the work group server operating systems market of “interoperability information” that was “indispensable” for viable competition”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, pág. 324.

<sup>74</sup> “...the Commission stressed the impact that Microsoft’s behavior had on innovation. Thus, Microsoft’s tying of the media player to the operating system “sends signals” to entrepreneurs and investors as to the “precariousness” of investing in potentially complementary software products which Microsoft could “conceivably take interest in” and tie to Windows in the future.”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, pág. 324.

Windows sem o leitor de multimédia desenvolvido pela marca.<sup>75</sup> Aliás, sobre a questão da separabilidade dos produtos, fez-se prova – em contrário do arguido pela empresa visada – de que a própria empresa tecnológica tratava os produtos distintamente, quer através da personalização de campanhas publicitárias, como pela própria separação dos artigos na fase da venda ao público, tendo em conta que a empresa trabalhava o Media Player para diferentes sistemas operativos de marcas concorrentes.

No texto da lei refere-se “aceitação (...) de prestações complementares”. Ora, foi precisamente esta uma das chaves de argumentação da Microsoft, que defendeu não contrariar esta disposição dado que a subordinação de produtos se fazia sem que se fizesse cobrar nada pelo leitor de multimédia. Ainda assim a Comissão respondeu, explicando que a letra da lei não coloca a tónica na questão do preço do produto a ser subordinado, pelo que a violação do preceito legal se mantinha mesmo na questão de o produto ser subordinado gratuitamente, sem prejuízo para o consumidor ao nível do preço final.

A Microsoft contestou, em vão, explicando que para além de não ter tido qualquer intenção de praticar vendas subordinadas anti concorrenciais, as vendas em análise haviam gerado aumentos de eficiência, que compensavam os efeitos nefastos, alvos do estudo da Comissão. Do lado do consumidor, a empresa justificou que pela via da subordinação se obteria um sistema de leitor de multimédia integrado com um sistema operativo a um baixo custo e plenamente funcional. Do lado da empresa, explicou-se que a reversão da subordinação dos produtos conduziria a uma instabilidade funcional do sistema operativo, proporcionalmente muito mais lesiva do que a opção comercial investigada.<sup>76</sup> Dir-se-á sobre este ponto, que mais uma vez, as autoridades julgaram a opção pelo *tying* técnico como uma manobra mais nociva da concorrência, e desproporcional em relação aos aumentos de eficiência reportados pela empresa em sua defesa.<sup>77</sup> Nesse sentido, perspetivou-se como solução menos limitativa a subordinação dos produtos como uma hipótese integrada num leque mais variado de opções

---

<sup>75</sup> “On the tying claim, the CFI pointed out (taking an approach similar to the U.S. courts) that the problem was not the integration of the media player into the operating system, but Microsoft’s refusal to offer a dis-integrated version of Windows.”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, pág. 325.

<sup>76</sup> “In making its decision the Commission rejected Microsoft’s argument that removing Media Player code would “undermine the integrity of the operating system” and cause a “breakdown” in its functionality.”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, pág. 333.

<sup>77</sup> “The court also found that the integration offered no “technical efficiencies” and that the operating system would not be “degraded” if the media player were removed.”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, pág. 325.



apresentadas aos clientes, de forma a que houvesse margem para que cada cliente optasse pela opção que lhe conviesse.

Da decisão consta uma ordem dirigida à Microsoft no sentido de fazer disponibilizar, num prazo máximo de noventa dias, uma versão operacional do seu sistema operativo para PC, que não incluisse o Windows Media Player.<sup>78</sup> O objetivo não foi o de privar a empresa de distribuir ou associar o Media Player aos sistemas operativos do Windows, mas antes de permitir que as empresas concorrentes possam desenvolver e distribuir software daquela espécie, que funcione corretamente com o Windows.<sup>79</sup> Sublinhe-se que a Microsoft já havia sido alvo de um processo no final do século XX por *tying* técnico, que permitiu à empresa dominar o mercado de motores de busca através do por si desenvolvido Internet Explorer. À semelhança do que aconteceu com este caso de subordinação do Windows Media Player, também a investigação e suas punições terão sido tardias, e assim insuficientes para corrigir definitivamente os desequilíbrios de mercado introduzidos ilegalmente, em favor da empresa examinada.<sup>80</sup>

## 12. CASO TETRA PAK

O caso Tetra Pak remonta a uma decisão da Comissão, de 24 de Julho de 1991, relativa a um processo instaurado por prováveis práticas anti concorrenciais. O grupo TETRA PAK é

---

<sup>78</sup> “The Commission entered three types of remedial orders. First, it fined Microsoft € 497 million. Second, it enjoined Microsoft from repeating the two infringements or from engaging in “any act or conduct having the same or equivalent object or effect.” Third, it entered two conduct remedies that were directly related to the infringements and whose purpose was to restore competition. Microsoft was ordered (“within 90 days”) to offer “a fully-functioning” version of Windows without the Windows Media Player, although it was still permitted to offer a bundled version of Windows.”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº1, pág. 332

<sup>79</sup> “A dominant company can refuse to share its IP right that is indispensable for its competitors to compete “effectively” on a neighbouring market only if it can prove that it would have a “significant negative impact” on its incentives to innovate and that that impact outweighs the exceptional circumstances. (...) The Court found that Microsoft did not provide such evidence and that compulsory licencing would not adversely affect Microsoft’s incentives to innovate.”. Cfr. ASSIMAKIS P. KOMNINOS; KATARZYNA A. CZAPRACKA, “IP Rights In The EU Microsoft Saga”, *Competition Law and The Enforcement Of Article 102*, Oxford University Press, New York, 2010, pág. 93.

<sup>80</sup> “As a result, a new generation of “Windows 98 computers” was produced, placing Microsoft’s browser and its browser icon on the desktops of millions of computer users. It would take another three years before any relief would be granted for bundling IE into Windows. By then the relief did not matter. IE dominated the marketplace. (...) By May of 2008 – ten years after the monopolization cases were filed against Microsoft – Firefox had almost 18 percent of the browser market. But IE had nearly 75 percent of the market and Microsoft retained more than 90 percent of the desktop operating system market, the market that in 2000 the district court judge found that Microsoft had illegally monopolized”. Cfr. HARRY FIRST, “Netscape is Dead – Remedy lessons from the Microsoft Litigation”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº1, pág. 320.

especializado no acondicionamento em embalagens de cartão de produtos alimentares líquidos e semilíquidos. A empresa ocupava à data uma posição dominante no mercado, de aproximadamente noventa por cento.

De entre várias práticas analisadas, sublinhamos neste processo – pela pertinência da mesma em função do tema desta nossa apresentação – a obrigação, levada a cabo pela TETRA PAK perante os clientes, de condicionar a venda de máquinas para embalagem à compra e utilização exclusiva de materiais de embalagem da TETRA PAK, junto da mesma. Um sistema deste tipo, limita os mercados, e subordina a conclusão de contratos à aceitação de condições que mais uma vez não têm uma relação direta com o objeto do contrato celebrado, agravando-se tais efeitos pelo facto de a empresa deter uma posição monopolista nos mercados sépticos e assépticos.<sup>81</sup> Estas imposições, e ao contrário do que normalmente acontece, encontravam-se expressas no clausulado dos contratos estabelecidos entre a marca e os seus clientes.

A visada explicou que não considerava ser fornecedora de material de embalagem, mas antes de sistemas integrados de distribuição para alimentos líquidos e semilíquidos destinados ao consumo humano, que naturalmente compreendiam o saber-fazer; equipamento; recipientes; serviço e formação. Uma vez mais, a prática foi justificada por razões de prestígio da marca, e proteção da sua reputação, posição essa sustentada por ter em consideração o facto de a tecnologia das máquinas que utiliza exigir – no entender da empresa - a utilização dos cartões concebidos por ela, e um conseqüente conhecimento técnico profundo das exigências da coordenação entre máquina e produto. Acrescentou ainda que a profunda ligação entre a maquinaria e o produto contribuiria decisivamente para se oferecer ao consumidor uma garantia, em caso de defeito dos artigos.

Refira-se que, à semelhança do que havia sido arguido pela Hilti, também a Tetra Pak batalhou para convencer a Comissão Europeia quanto à existência de um único mercado que englobava diferentes fases do processo do acondicionamento de alimentos líquidos e semilíquidos. Uma vez mais, esta tentativa não colheu o entendimento da Comissão, que refutou a teoria apresentada defendendo a concorrência entre produtos e entre os diferentes fornecedores de embalagens, apontando ainda a impossibilidade de substituição técnica entre embalagens assépticas e não assépticas. Para além disso, essa perspectiva não seria acolhida com

---

<sup>81</sup> A empresa infratora não tem de ser necessariamente dominante nos dois mercados quando estes apresentarem uma íntima correlação entre eles: *“mesmo que a prática abusiva seja realizada em um mercado distinto do dominado, produzindo efeitos apenas nesse último mercado, a estreita conexão dos mercados permitirá a caracterização de um abuso de posição dominante.”*. Cfr LUCAS SARRETA FERRARI, “Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante”, *Revista de Concorrência e Regulação*, nº14 e 15, Abr-Set. 2015, pág. 271.

base no facto da própria empresa visada comercializar cartões para serem transformados por outras máquinas que não as por si construídas.<sup>82</sup>

Também numa espécie de retrato fiel do que se apontou para o Caso Hilti, foi sugerido que se houvessem tomado medidas menos restritivas da concorrência, nomeadamente tendo em conta que se aclarou existir um enquadramento jurídico especificamente pensado para concretizar legalmente a proteção da qualidade destes processos de embalagem, ou por outras palavras, para resguardar a reputação das empresas pelo desrespeito de normas técnicas estipuladas para o correto funcionamento dos produtos. E, ainda que esse contexto legal não se verificasse, mais uma vez se poderia defender a divulgação por iniciativa própria da Tetra Pak, de um conjunto de especificações técnicas mínimas que assegurassem o devido funcionamento das máquinas e das embalagens.

Com o decorrer da investigação deste processo, a Comissão acabou por concluir que a empresa visava – por via da vinculação dos clientes a toda a abrangência comercial da Tetra Pak, permitindo a maximização do lucro no setor asséptico, menos otimizado naquela época - alavancar a posição detida nos mercados em que era dominante para o mercado do embalagem de produtos assépticos, onde não tinha até então conseguido ultrapassar eficazmente a concorrência de outras empresas. Para reforçar o seu entendimento, explicou a Comissão que por via do condicionamento da celebração de contratos à aceitação de condições contratuais desligadas do objeto central dos mesmos, se estaria a violar o 102º do TFUE, com efeitos nefastos e artificiais na concorrência dos mercados conexos a essas cláusulas. Este entendimento foi reforçado pelos tribunais<sup>83</sup>. Aliás, o Tribunal de Primeira Instância reforçou mesmo o julgamento feito no caso Hilti, no que à suposta defesa da reputação comercial diz respeito, nomeadamente por entender que não deve caber a nenhuma empresa fiscalizar a segurança de produtos concorrentes com os seus, e nesse sentido, não há espaço para que a jurisprudência aceite que, em casos como o Tetra Pak, uma empresa se invista no esforço de

---

<sup>82</sup> “It is clear from Tetra Pak II that, once it is shown that the products or services tied together are distinct, a dominant undertaking cannot rely on the words about nature and commercial usage in Article 102(d). “Comercial usage” may merely have been established by the dominant undertaking itself, and the Court stressed the non-exhaustive character of the particular examples listed in the Article. Hilti and Tetra Pak II were both driven by concerns about the structure of the market, not about the extraction of monopoly profits or the direct protection of consumers. In Tetra Pak II, the monopoly profit could have been extracted from the tying product (the machines), had Tetra Pak wished.”. Cfr. JONES & SUFRIN, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 7ª Edição, 2019, Oxford University Press, New York, pág. 469.

<sup>83</sup> Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 6.10.1994, Proc. T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Comissão*, Colect. 1994, p. II 755.

eliminar produtos que no seu entender não assegurem condições normais de funcionamento e fiabilidade.

Ainda que acrescente que poderia haver lugar a algumas formas mais defensivas de proteger a sua reputação e dos seus produtos da utilização conjunta de artigos de outras marcas que entendessem não ser suficientemente bons, o Tribunal julgou ser absolutamente desproporcional a forma como a Tetra Pak ousou proteger-se, através das já referidas condições contratuais.

Apesar disto, cabe-nos sublinhar que este caso permitiu, à época, fazer-se mais uma aproximação importante à teoria da *rule of reason*, na medida em que, ainda que se houvessem rejeitado as justificações da empresa, se abriu uma porta para que as mesmas pudessem eventualmente ser ponderadas para efeitos de exclusão da ilicitude. O Tribunal de Justiça reitera o que havia sido julgado até aquele recurso, sublinhando que, ainda que se tivesse provado existir ligação natural entre produtos, e assim entre os objetos das cláusulas contratuais, tal não serviria por si só para que se pudesse concluir pela licitude das práticas à luz do postulado no 102º, dado que este artigo tem um elenco meramente exemplificativo.

Em sentido inverso, e apenas como apontamento, sublinhe-se que em meados do século passado se havia tido entendimento diametralmente oposto a este, num cenário que envolvia o compromisso contratual assumido entre uma empresa de serviços de instalação de antenas de televisão e os seus clientes, mediante o qual os segundos se vinculavam a adquirir exclusivamente à primeira equipamentos acessórios à instalação.<sup>84</sup> A diferença entre uma decisão e a outra, baseou-se no diferente contexto dos mercados envolvidos, pelo facto de neste segundo exemplo se ter percebido que o condicionalismo contratual se justificava em face do desenvolvimento ainda muito embrionário daquele tipo de serviços. Ou seja, chegou-se à conclusão que, naquele concreto momento, aquela era a forma menos lesiva da empresa zelar pelo correto funcionamento dos equipamentos, algo que não foi possível defender no caso Tetra Pak, dado que existia equipamento conciliável com os produtos comercializados pela Tetra Pak, e inclusivamente com a mesma qualidade.

---

<sup>84</sup> *United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960).

## CONCLUSÕES

No nosso entender, as vendas subordinadas estão devidamente concretizadas de um ponto de vista legal, e não nos parece que dos textos da lei possam restar dúvidas fraturantes quanto ao enquadramento legal desta matéria. Talvez as maiores dificuldades que enfrentam hoje as Autoridades da Concorrência e os Tribunais tenham que ver com a digitalização do comércio a nível mundial, dado que essa informatização pode tornar mais difícil de calcular critérios como a quota de mercado e de traçar a definição geográfica do mercado em avaliação.

Para além disto, o avanço do comércio digital implica que as empresas consigam aumentar a sua competitividade por outros fatores que antes não seriam fundamentais para avaliar a posição dominante de uma empresa. Isto quer dizer que uma empresa com uma quota de mercado aparentemente “inofensiva”, pode rapidamente destacar-se perante a concorrência, porque foi capaz de investir em redes logísticas e em marketing digital que tiveram como reflexo um catapultar da sua quota de mercado, em prejuízo dos seus concorrentes.

A nível jurisprudencial, parece-nos que em Portugal ainda persiste alguma dificuldade para se detetarem estas infrações. O único caso que conhecemos até hoje prende-se com as transgressões concorrenciais atribuídas à Sugaldal, e esse processo terminou com um acordo entre a Autoridade da Concorrência e a empresa visada. Na nossa opinião, ainda que um entendimento possa pôr fim às práticas, não nos parece que isso constitua por si só uma compensação justa, pelos danos que os concorrentes sofreram.

Uma sanção pecuniária poderia até ter um efeito positivo em duas vertentes essenciais. Por um lado, teria repercussões ao nível de novos possíveis infratores, que temeriam que a mesma sanção lhes pudesse ser aplicada; por outro – não menos importante que o primeiro – se o valor da coima pudesse de alguma forma reverter para os concorrentes lesados sob a forma de indemnização (ou no mínimo servir como medida de determinação de uma), não só desse facto poderiam resultar mais denúncias destas práticas, como se estaria a tentar ajudar os concorrentes a recuperarem da situação anti concorrencial em que foram ilegalmente colocados. Com esta segunda perspetiva, argumentamos que também os consumidores seriam beneficiados, uma vez que, em última instância, o mercado ficaria mais saudável, mais equilibrado, e mais competitivo, com tudo o que sabemos que tais factos trazem aos consumidores, no médio e longo prazo.

A nível comunitário, a Comissão evidencia fazer um trabalho consistente, tendo inclusivamente ajudado a combater as vendas subordinadas junto de mercados extremamente

dominados por empresas de dimensão mundial, tendo nestes casos avançado para sanções pecuniárias exemplares, com os efeitos potenciais que referimos acima. De realçar que o caminho tem sido feito no sentido de se abandonar definitivamente a proibição *per se*, e se passar a avaliar casuisticamente cada possível infração. Ainda que uma ponderação mais flexível possa levar a soluções diferentes para casos aparentemente semelhantes - no que seria sempre uma espécie de traição jurídica quanto ao seu propósito essencial – é certo que mais perigoso seria optar-se por uma proibição ou permissão automáticas, que ainda que fossem mais simples de julgar, e fáceis de entender, certamente conduziriam a um estado de anarquia, numa espécie de ditadura do engenho ou das quotas de mercado.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Dora Resende, *Os Poderes de Investigação e Sanção da Comissão Europeia no Âmbito do Direito da Concorrência*, dissertação de Doutoramento, Vigo, 2015

(Consultado a 2020-05-13). Disponível na Internet: URL:

[http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/561/Os\\_poderes\\_de\\_p\\_df?sequence=1&isAllowed=y](http://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/561/Os_poderes_de_p_df?sequence=1&isAllowed=y)

COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03)*

(Consultado a 2020-06-01). Disponível na Internet: URL:

[http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao\\_definicao\\_mercado\\_relevante\\_1997.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Comunicacao_definicao_mercado_relevante_1997.pdf)

COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão: Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02)*, Jornal Oficial da União Europeia, 2009.

FERRARI, Lucas Saretta, *Google e o Direito Europeu da Concorrência: Abuso de Posição Dominante?*, Revista de Concorrência e Regulação, nº14/15, Abr-Set2013.

FIRST, Harry, *Netscape is Dead: Remedy Lessons from the Microsoft Litigation*, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, Jan-Mar 2010.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda; DUNNE, Niamh, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials, Seventh Edition*, 7ª Edição, Oxford University Press, New York, 2019.

KOMNINOS, Assimakis P.; CZAPRACKA, Katarzyna A., *IP Rights In The EU Microsoft Saga*, in *Competition Law and The Enforcement Of Article 102*, Oxford University Press, New York, 2010.

LIANOS, Ioannis; KORAH, Valentine; SICILIANI, Paolo, *Competition Law, Analysis, Cases & Materials*, Oxford University Press, New York, 2019.

LOURENÇO, Nuno Calaim, *As Vendas Subordinadas e Agrupadas como Estratégias de Projeção de Poder de Mercado*, Almedina, Coimbra, 2013.

MONIZ, Carlos Botelho (Coord.), *Lei da Concorrência Anotada*, Almedina, Coimbra, 2016.

PEREIRA, Miguel Mendes, *Lei da Concorrência Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

PORTO, Manuel Lopes; VILAÇA, José Luís Da Cruz; CUNHA, Carolina; HENRIQUES, Miguel Gorjão; ANASTÁCIO, Gonçalo (coord.), *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2017.

SILVA, Miguel Moura e, *A Tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na lei da concorrência*, Revista de Concorrência e Regulação, nº1, Jan-Mar 2010.

SILVA, Miguel Moura e, *Direito da Concorrência*, 2018 (Reimp. 2020), AAFDL, Lisboa, 2018.

SILVA, Miguel Moura e, *Os Abusos de Exploração Sobre os Consumidores: Uma Revolução Silenciosa no Novo Regime Nacional de Proibição do Abuso de Posição Dominante?*, Revista de Concorrência e Regulação, nº9, Jan-Mar 2012.

TURNER, Donald F. - *The Validity of Tying Arrangements Under the Antitrust Laws*, Harvard Law Review, Vol. 72, nº1, Harvard, 1958.



## LISTA DE JURISPRUDÊNCIA E DECISÕES DA COMISSÃO CONSULTADAS

(Nota: as decisões e Acórdãos estão indicadas por cronológica)

Decisão da Comissão de 22.12.1987, Proc. nº IV/30.787, *Eurofix-Bauco c. Hilti*, J.O. L 65 de 11.3.1988.

Decisão da Comissão de 18.7.1988, Proc. nº IV/30.178, *Napier Brown – British Sugar*, J.O. L 284/41, de 19.10.1988.

Decisão da Comissão de 24.7.1991, Proc. nº IV/31.043, *Tetra Pak II*, J.O. L 72, de 18.3.1992.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 12 de Dezembro de 1991 – Processo T-30/89.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2.3.1994, Processo C-53/92 P, *Hilti c. Comissão*, Colect. 1991, p. I 667.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 6.10.1994, Proc. nº T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Comissão*, Colect. 1994, p. II 755.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 14.11.1996, Proc. nº C-333/ 94p, *Tetra Pak v. Comissão*, Colect. 1996, p. I 5954.

Decisão da Comissão de 24.3.2004, Proc. nº COMP / C-3 /37.792, *Microsoft*, C (2004) 900 final, J.O. L32, de 6.2.2007.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Grande Secção) de 17 de Setembro de 2007 – Processo T-201/04. (Consultado a 2020-05-17).

Decisão da Comissão, de 16.12.2009, Proc. nº COMP / C – 3 / 39.530, *Microsoft*, J.O. nº C-036 de 13.02.2010.

