

Centro de Estudos Judiciários

A aplicação do Direito da
Concorrência pelos tribunais
nacionais

A nulidade dos contratos à luz do
Direito da Concorrência

Nuno Cunha Rodrigues
Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

30 de janeiro de 2015

Objectivos do Direito da Concorrência

- Maximização da eficiência económica tendo em vista o bem-estar do consumidor através de um processo concorrencial entre as empresas:
 - Cfr. acórdão *Glaxosmithkline* do TJUE, proc. C-501/06 P e afins, de 6/10/2009, parágrafo 63;
 - Cfr. comunicação da Comissão Europeia “orientações sobre as prioridades na aplicação do artigo 82.º do TCE”, in JOCE, 24.02.2009, C 45/2, parágrafo 19;
 - “*têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar na União (v., neste sentido, acórdão de 22 de Outubro de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Colet., p. I-9011, n.º 42).*”

Direito da Concorrência

- Direito Europeu
 - TFUE(arts. 101.º; 102.º - Regs. 1/2003 e 773/2004 - e 107.º)
 - Reg. 139/2004, do Conselho, de 20/1/2004 (Reg. 802/2004, de execução) – concentrações de empresas
- Direito Nacional
 - Lei de Defesa da Concorrência (Lei 19/2012, de 9 de maio)
 - Estatutos da ADC (Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto)

Direito da Concorrência

Noções fundamentais

- Noção de mercado relevante (v. Comunicação da Comissão in JOCE C372/5, de 9/12/1997):
 - “Mercado relevante” pressupõe a análise do produto (mercado do produto) e da área geográfica (mercado geográfico, onde se verificam *condições homogêneas de concorrência*; pode ter uma dimensão local, regional, nacional, europeia ou até mundial);
- Noção de empresa: *qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento* (cfr. artigo 3.º, n.º 1 da LdC):
 - Diferentes sociedades do mesmo grupo são uma única empresa;
 - A imputação subjectiva é feita à unidade económica (empresa-mãe).

Estado e Direito da Concorrência

- Não se considera como actividade económica a actividade prosseguida por entidades públicas em que esteja em causa o princípio da solidariedade ou do interesse geral ou o exercício de poderes típicos de autoridade pública:

Ex: - Aulas inseridas no sistema nacional de educação, ainda que sujeitas ao pagamento de propinas;

- Prestação de serviços portuários anti-poluição;
- Prestação de serviços de controlo e supervisão do espaço aéreo;

Nulidade de contratos administrativos

- Os contratos administrativos podem ser considerados nulos porque o Estado violou o Direito da Concorrência (p. ex. abuso de posição dominante – monopsonio)?
- Dúvida: o Direito da Concorrência aplica-se ao Estado?
- Cfr. acórdão *Fenin*, proc. C-205/93 P, de 11.07.2006
 - Estava em causa uma denúncia apresentada pela FENIN, segundo a qual as vendas dos seus associados se destinavam, em mais de 80%, ao Serviço Nacional de Saúde espanhol, sabendo-se que este pagava com mais de 300 dias de atraso, o que representaria uma prática de abuso de posição dominante.

Nulidade de contratos administrativos

- O Tribunal ponderou que uma entidade pública que adquiere bens, considerando uma dada finalidade social, sem intuito de os revender, não realiza uma actividade económica, **não podendo consequentemente ser considerada como empresa.**

Estado e actividade económica

- Acórdão *Selex*, proc. T-155/04, de 12.12.2006:
 - Reiterou a jurisprudência *Fenin*, salientando que não é a actividade de compra que caracteriza o conceito de actividade económica e que (...) não se deve dissociar a actividade de compra do produto da utilização posterior do produto adquirido”

A nulidade à luz do Direito da Concorrência

- Cfr. artigos 101.º, n.º 1 do TFUE e 9.º da LdC:
 - Acordos entre empresas;
 - Decisões de associações de empresas;
 - Práticas concertadas;
- Cfr. artigo 102.º do TFUE e 11.º da LdC;
- Cfr. artigo 12.º da LdC;

Práticas colectivas anti-concorrenciais

- Acordos entre empresas:
 - “(...) *basta que as empresas em causa tenham expresso a sua vontade comum de se comportarem no mercado de uma forma determinada (...). Nestas condições, não é pertinente analisar (...) se as empresas em causa se consideraram obrigadas - jurídica, factual ou moralmente - a adoptar o comportamento acordado*” (cfr. ac. do TGUE de 14 de Maio de 1998, Mayr-Melnhof Kartongesellschaft (T-347/94), C.J. (1998) II-1751, para. 65)
 - Acordos verticais / acordos horizontais;
- Decisões de associações de empresas (cfr. acórdão OTOC, proc. C-1/12, de 28/12/2013);
- Práticas concertadas:
 - Consistem numa forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas (v. acórdãos de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, 40/73, Colect., p. 563, n.º 26, e de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, C-89/85, Colect., p. I-1307, n.º 63).

Restrição pelo objecto / restrição pelo efeito

- Necessidade de considerar o objectivo da própria prática anti-concorrencial, tendo em conta o contexto económico no qual se integra.
- Porém, se a análise do objectivo da prática não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objecto da proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável.

Práticas individuais anti-concorrenciais

- Abuso de posição dominante (cfr. artigo 102.º do TFUE e 11.º da LdC);
- Abuso de dependência económica (cfr. artigo 12.º da LdC)

Aplicação do Direito da Concorrência pelos tribunais nacionais

- Os tribunais nacionais, independentemente da jurisdição, podem aplicar o Direito Europeu da Concorrência e o Direito Nacional da Concorrência;
- Jurisdições (ex.: cível; administrativa, tribunais arbitrais).

Aplicação do Direito Concorrência pelos tribunais nacionais

- Os tribunais nacionais podem ser chamados a intervir, nomeadamente, nos seguintes casos:
 - i) Controlo da legalidade de decisões da AdC;
 - ii) Declaração de nulidade de práticas anti-concorrenciais;
 - iii) Pedidos de indemnização por danos resultantes de práticas anti-concorrenciais.

Afectação efectiva ou potencial do comércio entre os Estados-membros

- Cfr. orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-membros, in JOCE C101, de 27.4.2004, p. 81;
- Cfr. acórdão OTOC, proc. C-1/12, de 28/12/2013:
 - » 65 - (...) *para serem suscetíveis de afetar o comércio entre Estados-Membros, uma decisão, um acordo ou uma prática devem, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, permitir prever com um grau de probabilidade suficiente que exercem uma influência direta ou indireta, atual ou potencial, nos fluxos de trocas comerciais entre Estados-Membros, de modo a fazer recear que podem obstar à realização de um mercado único entre Estados-Membros. Além disso, é necessário que essa influência não seja insignificante (v., designadamente, acórdão de 23 de novembro de 2006, Asnef-Equifax e Administración del Estado, C-238/05, Colet., p. I-11125, n.º 34 e jurisprudência referida) (cont.)*

Afectação efectiva ou potencial do comércio entre os Estados-membros

» (cont.)

» 66 *Uma vez que se aplica ao conjunto do território do Estado-Membro em questão, um regulamento como o regulamento controvertido é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, TFUE (v., por analogia, designadamente, acórdão de 5 de dezembro de 2006, Cipolla e o., C-94/04 e C-202/04, Colet., p. I-11421, n.º 45 e jurisprudência referida).*

- **Direito nacional** – aplicável caso não se verifique a *afectação efectiva ou potencial do comércio intra-comunitário*;

Direito Europeu e Direito Nacional da Concorrência

- A aplicação do Direito Europeu da Concorrência – v.g. do artigo 101.º, n.º 2 do TFUE – não carece da intermediação do direito nacional, gozando de efeito directo e prevalecendo sobre qualquer norma de direito interno contrária, atento o *primado* do Direito Europeu.

Aplicação pelos tribunais nacionais do Direito Europeu da Concorrência

- Cfr. artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003:
 - **Cooperação com os tribunais nacionais**
 - 1. *Nos processos relativos à aplicação dos artigos 81.º (101.º) ou 82.º (102.º) do Tratado, os tribunais dos Estados-Membros podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência.*
 - 2. *Os Estados-Membros devem transmitir à Comissão cópia de todas as sentenças escritas pronunciadas por tribunais nacionais em matéria de aplicação dos artigos 81.º (101.º) ou 82.º (102.º) do Tratado. Essa cópia deve ser transmitida sem demora após a sentença escrita integral ter sido notificada às partes.*

Aplicação pelos tribunais nacionais do Direito Europeu da Concorrência

- Artigo 16.º do Regulamento n.º 1/2003:
 - Aplicação uniforme do Direito Comunitário da Concorrência
 - *1. Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustar a instância. Esta obrigação não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 234.º do Tratado. (reenvio prejudicial)*

Práticas anti-concorrenciais

- A verificação de práticas anti-concorrenciais implica igualmente a cominação com o vício de nulidade do contrato ou das cláusulas do contrato em causa:
 - Cfr. artigo 101.º, n.º 2 do TFUE;
 - Cfr. artigo 9.º, n.º 2 da LdC
- As práticas previstas no artigo 102.º do TFUE e nos artigos 11.º e 12.º da LdC determinam igualmente a nulidade dos contratos.

Práticas concertadas

- O vício de nulidade não se aplica às práticas concertadas uma vez que, devido à sua conceptualização, **não envolvem a formulação de uma regra para o futuro**, como acontece com os acordos entre empresas e as decisões de associações de empresas.

A nulidade à luz do Direito Europeu da Concorrência

- Acórdão do TJUE *Courage*, de 20 de Setembro de 2001, proc. C-453/99, parágrafos 22 a 24:
 - “Esta nulidade, que **pode ser invocada por todos**, impõe-se ao juiz desde que as condições de aplicação do artigo (101.º, n.º 1), estejam reunidas e que o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo (101.º, n.º 3) do Tratado. Uma vez que a nulidade visada no artigo (101.º, n.º 2), tem carácter absoluto, **um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros** (v. acórdão de 25 de Novembro de 1971, *Béguelin*, 22/71, Colect., p. 355, n.º 29). Além disso, tal nulidade é susceptível de afectar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa (v. acórdão de 6 de Fevereiro de 1973, *Brasserie de Haecht*, 48/72, Colect., p. 19, n.º 26).

A nulidade à luz do Direito Europeu da Concorrência

- Acórdão do TJUE *Courage*, de 20 de Setembro de 2001, proc. C-453/99, parágrafos 22 a 24 (cont.):
 - “Em terceiro lugar, deve recordar-se que o Tribunal de Justiça já declarou que os artigos (101.º, n.º 1 e 102.º) produzem efeitos directos nas relações entre particulares e criam direitos na esfera jurídica destes, que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger.
 - Resulta das considerações precedentes que qualquer particular tem o direito de, em juízo, invocar a violação do artigo (101.º, n.º 1) do Tratado, mesmo quando é parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência na aceção daquela disposição.”

Consequências da nulidade

- As consequências do vício de nulidade terão de ser apreciadas, a nível nacional, face ao direito vigente;
 - Cfr. acórdão de 18 de Dezembro de 1986, VAG France / Magne, proc. 10/86, parágrafos 14-15;
- A violação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE deve limitar-se aos elementos do acordo que constituem a infracção, desde que estes sejam separáveis do acordo no seu conjunto;
 - Cfr. acórdão de 13 de Julho de 1966, Consten / Grundig, procs. 56 e 58/64 e acórdão de 11 de setembro de 2008, CEPSA, proc. C-279/06, parágrafos 78-80;
- As restantes disposições do acordo que não violem o direito europeu não são afectadas pelo vício de nulidade;
 - Cfr. acórdão do TJUE de 30 de Junho de 1966, Société Technique Minière, proc. 56/65 e acórdão de 14 de dezembro de 1983, Société de vente de ciments, proc. 319/82.

Cláusulas contratuais afectadas

- A nulidade afecta apenas os elementos do acordo abrangidos pela interdição ou o acordo na sua integralidade, se esses elementos forem indissociáveis do acordo globalmente considerado:
 - Cfr. artigos 292.º/293.º do Código Civil (redução/conversão do contrato);
 - Cfr. acórdão do TJUE de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis / Henninger Brau, proc. C-234/89, Colectânea, p I-935, parágrafos 40 e 42;

Produção de efeitos

- Independentemente do regime substantivo nacional, o acordo ou a decisão nulos não produzem efeitos nas relações entre os contratantes e não são oponíveis a terceiros, devendo a nulidade produzir efeitos retroactivamente:
 - Cfr. artigo 289.º, n.º 1 do Código Civil;
 - Cfr. acórdão do TJUE *Béguelin*, de 25 de Novembro de 1971, proc. 22/71, *Récueil*, p. 949. Cfr. acórdão do TJUE *Brasserie de Haecht*, de 12 de Setembro de 1967, proc. 23/67, *Recueil*, p. 525.

Redução / conversão

- Cfr. artigo 294.º do Código Civil, podendo os contratos ser objecto de redução ou conversão, nos termos dos artigos 292.º e 293.º do Código Civil.

Tribunal competente

- A declaração de nulidade será proferida pelo Tribunal, mesmo oficiosamente.
- Pode suceder que a AdC considere um determinado acordo como restritivo da concorrência, ordenando o fim da sua aplicação com fundamento na sua nulidade e aplicando simultaneamente uma coima.
- O (eventual) recurso desta decisão será apreciado pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão. É este o tribunal competente para declarar, com efeitos definitivos, a nulidade.
- Nas restantes situações, o Tribunal competente para apreciar a violação de uma obrigação com fundamento na sua nulidade será o mesmo que é competente para apreciar a validade genérica do contrato.

A aplicação do Direito da Concorrência pelos tribunais nacionais

- Em Portugal, recentemente, o Direito da Concorrência tem vindo a ser invocado na análise de contratos civis, tendo em vista a detecção de eventuais práticas anti-concorrenciais, susceptíveis de determinar a nulidade de cláusulas previstas nos contratos envolvidos.

A aplicação do Direito da Concorrência pelos tribunais nacionais

■ Ex.:

- Acórdão do TRLisboa, 2.11.2000, *in* CJ, tomo V, 2000, pp. 71-78 (*acórdão Olivedesportos*);
- Acórdão do STJ, de 24.04.2002 (estava em causa a possibilidade de ser invocada a nulidade no âmbito de uma relação contratual – contrato de lojista em centro comercial. O STJ acabou por concluir pela inexistência de condições discriminatórias e pela consequente inexistência de abuso de posição dominante).

A aplicação do Direito da Concorrência pelos tribunais nacionais

- Ac. do STJ, de 24/4/2002, proc. 01B4170 (não considerou verificada a existência de condições discriminatórias);
- Ac. do STJ, de 20/6/2013, proc. 178/07 (abuso de dependência económica);
- Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 412022, de 28.09.2002.

TRLisboa – 3/4/2014

- TRLisboa – 672.11.04YRLSB;
 - Recurso da decisão de um tribunal arbitral;
 - Tribunal arbitral considerou que *“as questões de actuação anti-concorrencial foram suscitadas pela Demandada como fundamento de invalidade em que se funda o pedido das Demandantes. É neste quadro e a esse título (e só esse) que o Tribunal apreciará os actos alegadamente anti-concorrenciais”*;
 - Foram apresentados pareceres em sentido contrário.

TRLisboa – 3/4/2014

- Tribunal da Relação de Lisboa considerou:
 - Aos tribunais, no exercício do poder constitucional, cabe fazer respeitar as leis (cfr. artigo 202.º da CRP);
A LdC remete para os tribunais a competência para conhecer, em sede de recurso, das decisões da AdC;
 - A possibilidade de “reenvio prejudicial” só tem cabimento perante uma submissão do caso concreto à jurisdição dos tribunais nacionais.

TRLisboa – 3/4/2014

- Tribunal da Relação de Lisboa (cont.):
 - Tribunal considerou a existência de obrigações perfeitamente autonomizáveis do contrato
 - Tribunal concluiu que a nulidade parcial não determina a invalidade total do negócios, prevalecendo o regime da redução, em detrimento da invalidade total (cfr. artigo 292.º do Código Civil);

Prejuízos sofridos

- Sem prejuízo da (eventual) declaração de nulidade, as vítimas de danos provocados pela violação do Direito da Concorrência podem ainda recorrer aos mecanismos judiciais em ordem a ser ressarcidas pelos prejuízos sofridos.
- A eventual obrigação de pagamento de indemnizações terá de ser apurada, neste momento, à luz do direito nacional vigente (cfr. artigos 483.º e segs. e 562.º e segs. do Código Civil);

Diretiva 2014/104

- *Private enforcement*
- Cfr. preâmbulo:
 - 3) *Os artigos 101.º e 102.º do TFUE produzem efeito direto nas relações entre particulares e criam, para as pessoas em causa, direitos e obrigações que os tribunais nacionais devem tutelar. Os tribunais nacionais têm, assim, um papel igualmente essencial na aplicação das regras da concorrência (aplicação privada). Ao decidirem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito da União, nomeadamente através da concessão de indemnizações às vítimas de infrações.*

Diretiva 2014/104

- *A plena eficácia dos artigos 101.º e 102.º do TFUE e, em especial, o efeito prático das proibições neles estabelecidas pressupõem que qualquer pessoa, incluindo consumidores e empresas, ou autoridade pública possam pedir reparação junto dos tribunais nacionais pelos danos sofridos em virtude de uma violação de tais disposições. O direito à reparação garantido pelo direito da União aplica-se igualmente às infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE por empresas públicas e empresas às quais os Estados-Membros concedam direitos especiais ou exclusivos, na aceção do artigo 106.º do TFUE.*

Bibliografia

■ Nuno Cunha Rodrigues:

- A nulidade de contratos públicos à luz do Direito da Concorrência, *in* Estudos de Contratação Pública, vol. IV, 2013, pp. 181-230;
- A adjudicação de concessões na nova Lei da Concorrência, *in* Revista de Contratos Públicos, n.º 5, 2012, pp. 47-68;
- A contratação pública como instrumento de política económica, Almedina, Coimbra, 2013, (em especial pp. 319-483);

Muito obrigado

Nuno Cunha Rodrigues

nunorodrigues@fd.ul.pt