



#### O Tribunal de Justiça da União Europeia clarificou os critérios de qualificação de uma posição dominante como abusiva, em matéria de práticas de exclusão, com base nos efeitos anticoncorrenciais do comportamento de um operador histórico num contexto de liberalização sectorial (Acórdão no processo C-377/20)

O Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) foi chamado a pronunciar-se sobre questões relativas à interpretação e aplicação do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), em matéria de práticas de exclusão em sede de abuso de posição dominante, no âmbito de um recurso interposto junto do *Consiglio di Stato* contra uma decisão judicial proferida em primeira instância – que seguiu outra, de sentido semelhante, da autoridade da concorrência italiana, - que reduziu o valor da coima que foi aplicada, no contexto da liberalização progressiva do mercado de venda de energia elétrica em Itália.

Em causa estava a condenação por abuso de posição dominante de duas filiais da ENEL - sociedade que deteve, até meados de 2007, o monopólio da produção e distribuição de energia elétrica em Itália, e que a partir de então encarregou a Enel Energia e a *Servizio Elettrico Nazionale* (“SEN”), respetivamente, do fornecimento de eletricidade no mercado livre e da

gestão do serviço prestado a clientes que, numa primeira fase, continuou a estar abrangido por um regime regulamentado.

Em particular, as empresas italianas foram acusadas da prática, entre janeiro de 2012 e maio de 2017, de uma estratégia de exclusão que visava transferir a clientela da SEN (enquanto gestor histórico do mercado protegido) para a Enel Energia (esta última a operar no mercado livre), para fazer face a uma partida massiva dos clientes da SEN para outros fornecedores aquando da esperada abertura daquele mercado à concorrência. Pela referida infração foram as empresas condenadas no pagamento de uma coima superior a 93 milhões de euros, posteriormente reduzida para cerca de 27,5 milhões de euros.

Com efeito, no acórdão em apreço, o TJUE oferece clarificações quanto às condições em que o comportamento de uma empresa pode ser, com fundamento nos respetivos efeitos

anticoncorrenciais, considerado constitutivo de um abuso de posição dominante, nos casos em que aquele assenta na exploração de recursos ou meios próprios à detenção de tal posição no contexto da liberalização de um mercado.

No acórdão em apreço, o TJUE oferece clarificações quanto às condições em que o comportamento de uma empresa pode ser, com fundamento nos respetivos efeitos anticoncorrenciais, considerado constitutivo de um abuso de posição dominante, nos casos em que aquele assenta na exploração de recursos ou meios próprios à detenção de tal posição no contexto da liberalização de um mercado.

O TJUE começa, desde logo, por esclarecer que, muito embora a intervenção do Direito da Concorrência - que visa reprimir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste - se sustente no bem-estar dos consumidores, o ónus da prova que incumbe às autoridades da concorrência fica preenchido quando estas demonstrem que determinada prática de uma empresa em posição dominante que implique a utilização de recursos ou meios diferentes dos que regem uma competição pelo mérito é suscetível de pôr em causa uma estrutura de concorrência efetiva, não sendo, portanto, necessário comprovar, além disso, a capacidade da prática para causar um prejuízo direto aos consumidores.

Tal não invalida que, em última análise, o comportamento em causa apenas seja considerado abusivo se a capacidade para restringir a concorrência fique, de facto, demonstrada. Ainda assim, mais uma vez, bastará que fique provada a *suscetibilidade* da conduta para produzir efeitos de

exclusão censuráveis, e não a verificação efetiva dos mesmos. Neste sentido, a contraprova apresentada por uma empresa em posição dominante no sentido da inexistência de efeitos de exclusão concretos não será suficiente para afastar a aplicação do artigo 102.º do TFUE (sem prejuízo de poder traduzir um indício da incapacidade do comportamento para produzir os efeitos de exclusão alegados, desde que acompanhado por outros elementos de prova que corroborem essa tese).

Dito isto, não obstante possa ser tida em conta para efeitos de determinação de um abuso de posição dominante, a intenção da empresa em causa de excluir os seus concorrentes através de recursos ou meios diferentes dos que regulam uma concorrência normal também não tem que ser provada, bastando a demonstração da capacidade da prática para alcançar esse fim.

A intenção da empresa em causa de excluir os seus concorrentes através de recursos ou meios diferentes dos que regulam uma concorrência normal também não tem que ser provada, bastando a demonstração da capacidade da prática para alcançar esse fim.

Neste contexto, o TJUE elucida, em concreto, que a exploração de recursos ou meios próprios à detenção de uma posição dominante nunca poderá ser abrangida por uma concorrência baseada no mérito, na medida em que não possa ser adotada por um hipotético concorrente igualmente eficaz no mercado em questão.

Assim, quando uma empresa perde o monopólio legal que detinha anteriormente num mercado, deve abster-se, durante toda a fase de

liberalização, de recorrer a meios de que dispunha ao abrigo desse monopólio – e que, por conseguinte, não estão à disposição dos seus concorrentes – a fim de conservar, por razão diferente do seu próprio mérito, uma posição dominante no mercado em causa recentemente liberalizado.

Cumprido, todavia, ressaltar que tal prática pode escapar à proibição consagrada no artigo 102.º do TFUE se a empresa em posição dominante demonstrar que aquela era objetivamente justificada por motivos externos a si e proporcionada, contrabalançada, ou mesmo superada por ganhos, em termos de eficácia, que beneficiavam também os consumidores.

Finalmente, no que se refere à imputação da responsabilidade do comportamento de uma filial à sua sociedade-mãe, o TJUE veio estabelecer que, quando uma posição dominante é explorada de maneira abusiva por uma ou várias filiais pertencentes a uma unidade económica, a mera existência desta última é suficiente para se considerar que a sociedade-mãe também é responsável pelo abuso. Nesse sentido, se pelo menos a quase totalidade do capital social das filiais for detida, direta ou indiretamente, pela sociedade-mãe, presume-se a existência da unidade económica e a autoridade da concorrência não terá, à partida, que apresentar provas adicionais do envolvimento da sociedade-mãe.

### Autoridade da Concorrência (“AdC”)

- **17/05/2022: Proc. Ccent/2022/13 – DST / EPS** – A AdC adotou uma decisão de não oposição relativa à operação de concentração derivada da aquisição, pela DST, SGPS, S.A., sociedade-mãe do Grupo DST, que opera nos setores de engenharia e construção, energias renováveis, telecomunicações, *ventures* e imobiliário, do controlo exclusivo da Efacec Power Solutions, SGPS, S.A., sociedade-mãe do Grupo Efacec, que se encontra ativo no setor da energia.
- **17/05/2022: Proc. Ccent/2022/14 – Crest II / Auto Delta** – A AdC adotou uma decisão de não oposição relativa à operação de concentração derivada da aquisição, pela Crest Capital Partners – Sociedade de Capital de Risco, S.A., através do fundo de investimento de capital de risco CREST II - FCR, do controlo exclusivo da Auto Delta – Comércio de Peças e Automóveis, Lda., que se dedica ao comércio por grosso de peças e acessórios para veículos automóveis ligeiros.
- **17/05/2022: Proc. Ccent/2022/15 – Newpal / COPAM** – A AdC adotou uma decisão de não oposição relativa à operação de concentração derivada da aquisição, pela Newpal – Investimentos, S.A., que se dedica à produção de ferramentas de metal duro e materiais ultraduros, à organização de feiras, congressos e outros eventos similares, à exploração de parques de estacionamento e à prestação de serviços de consultoria de gestão, do controlo exclusivo da COPAM – Companhia Portuguesa de Amidos, S.A, que se encontra ativa no setor das indústrias extrativas e transformadoras, em especial, à fabricação de amidos, féculas e produtos afins.
- **24/05/2022: Proc. Ccent/2022/16 – Dualbanho II / Torneiras Roriz\*W2007** – A AdC adotou uma decisão de não oposição relativa à operação de concentração derivada da aquisição, pela DUALBANHO II, S.A., do controlo exclusivo da Torneiras Roriz S.A. e da W2007 Lda., que se encontram ativas na produção e comercialização de mobiliário de banho, designadamente, torneiras.
- **30/05/2022: PRC/2021/2** – A AdC condenou a Bureau Van Dijk Electronic Publishing Unipessoal, Lda., do Grupo Moody’s, e a Informa D&B – Serviços de Gestão de Empresas, Sociedade Unipessoal, Lda. por alegado cartel relacionado com a comercialização da base de dados de informação comercial SABI. Por ter sido a primeira empresa a apresentar um pedido de clemência, denunciando a infração e apresentando provas da sua participação na mesma, a Bureau Van Dijk beneficiou da dispensa total de pagamento de coima; por outro lado, à Informa D&B foi aplicada uma redução da coima - para os 353.000,00 euros - por ter admitido a prática anticoncorrencial, colaborado com a AdC e abdicado da litigância judicial.

### Comissão Europeia (“CE”)

- **02/05/2022: AT.40452 Apple – Mobile Payments** – A CE emitiu uma Nota de Ilícitude dirigida à Apple, acusando-a do abuso da sua posição dominante no mercado das carteiras móveis por alegadamente impedir os restantes operadores de aceder, nos seus dispositivos iOS, a uma tecnologia *standard* necessária para a criação de outras aplicações de pagamentos *contactless*, através de dispositivos móveis, em lojas, em benefício da sua própria solução, o Apple Pay.

## Contactos



**Leyre Prieto**  
**Sócia**  
l.prieto@telles.pt



**Joaquim Caimoto Duarte**  
***Of counsel***  
j.duarte@telles.pt



**Joana Whyte**  
**Associada**  
j.whyte@telles.pt



**Sofia Correia Dias**  
**Associada**  
s.dias@telles.pt



**Mafalda Santos Carvalho**  
**Advogada-Estagiária**  
m.santoscarvalho@telles.pt