



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 924/04.6TYLSB

79542

323
/

CONCLUSÃO - 22-01-2015

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Adjunto Sandra Cristina Poitout)

=CLS=

Segue acórdão processado a computador.

*Texto processado em computador e integralmente revisto pelo signatário – Juiz de Direito
Santarém, 23 de fevereiro de 2015*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten signature and initials
324
SP

Acórdão

I – Relatório

1. **Havas Worldwide Portugal, Ld.ª**, com o NIPC 502 304 863, com sede no Pavilhão de Exposições – Zona Intervenção da Expo 98 – Alameda dos Oceanos, 1990-223 Lisboa, intentou a presente ação administrativa especial contra **Autoridade da Concorrência**, pedindo a anulação do despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência de 26 de Março de 2004 e condenando a Autoridade da Concorrência a abrir processo para prosseguir a instrução da denúncia apresentada pela Autora. Sustenta, em suma, que o referido despacho é anulável já por falta de audiência prévia da Autora, já por indevida notificação da Autora com recurso à telecópia. Além das invocadas razões, defende que o contrato celebrado entre a Autora e a Climaespaço – Sociedade de Produção e Distribuição de Energia Elétrica, S.A., designadamente no que concerne à cláusula 10.ª das condições gerais (obrigação de pagamento de depósitos de garantia de calor e frio no valor total de 11.604,81 €), padece de ilegalidade por violação do disposto no artigo 7.º, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, isto é a conduta da Climaespaço deve ser havida como prática restritiva da concorrência porquanto procede a abuso de dependência económica.

2. Devidamente citada, a Ré contestou, excepcionando desde logo a possibilidade de impugnação do ato administrativo e bem assim a falta de legitimidade ativa. No mais impetra pela improcedência da ação, já porque inexistem as alegadas invalidades suscitadas pela Autora relativamente ao despacho impugnado, já pela total falta de razões substantivas que justifiquem o mérito da ação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
325
[Handwritten signature]

3. Climaespaço – Sociedade de Produção e Distribuição de Energia Elétrica, S.A., na qualidade de contrainteressada, veio igualmente contestar, concluindo pela improcedência da ação, e no essencial pelas razões já adiantadas pela Contestante.

4. Foi proferido despacho saneador, no qual se concluiu pela impugnabilidade da decisão proferida pela Autoridade da Concorrência, ficando prejudicada a apreciação de qualquer ilegitimidade por parte da Autora.

5. Mantendo-se os pressupostos de validade e regularidade da instância, apreciados aquando da prolação do despacho saneador, e depois apresentadas pela Autora, Ré e Contrainteressada as respetivas alegações de direito, nas quais mantiveram as suas posições e argumentos iniciais, nada há que obste ao conhecimento do mérito da causa.

II – Fundamentação

II.1 – *Quaestio decidenda*

- i) Falta de audiência prévia e notificação do despacho à Autora;
- ii) Abuso de dependência económica.

II.2 – Enquadramento fáctico

- i) Com interesse para a decisão da causa, resultaram provados os seguintes factos:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten signature and initials
326
Handwritten initials

- A)** Euro ESCG Publicidade Ld.^a, atualmente denominada: Havas Worldwide Portugal, Ld.^a, apresentou uma denúncia na Direção Geral do Comércio e da Concorrência, atualmente denominada: Autoridade da Concorrência, no dia 22 de Fevereiro de 2002, visando a autuação de Climaespaço – Sociedade de Produção e Distribuição de Energia Elétrica, S.A. na celebração com a Autora do “contrato de fornecimento de frio e/ou calor à fração n.º 98p884”, datado de 21 de Dezembro de 2001.
- B)** Por despacho datado de 26 de Março de 2004, a Autoridade da Concorrência concluiu que “o comportamento da «Climaespaço», conforme denúncia da «Euro RSGC», não configura um comportamento restritivo da concorrência na aceção quer, do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, quer da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.”.
- C)** A Havas Worldwide Portugal, Ld.^a, como já o era a Euro ESCG Publicidade Ld.^a, é uma sociedade comercial, cujo objeto social é a atividade publicitária e a prestação de serviços de agência criativa digital.
- D)** A Climaespaço – Sociedade de Produção e Distribuição de Energia Elétrica, S.A. é uma sociedade comercial, cujo objeto é a produção e distribuição de energia térmica.
- E)** (...) Resultante de um consórcio de empresas que, na sequência de concurso público internacional, firmou, em 12 de Julho de 1995, um contrato de prestação de serviços com a Parque Expo 98, S.A. (Contrato N.º



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including a signature, the number 28, and the number 327 with a signature below it.

950145), no qual constitui obrigação da Climaespaço a conceção, a construção, o financiamento e a exploração de um Sistema de Produção e Distribuição de Frio e Calor na Zona de Intervenção da EXPO 98, sendo-lhe concedida exclusividade para o efeito.

- F)** No dia 21 de Dezembro de 2001, Euro ESCG Publicidade Ld.ª celebrou com Climaespaço – Sociedade de Produção e Distribuição de Energia Elétrica, S.A. um contrato denominado de “contrato de fornecimento de frio e/ou calor à fração n.º 98p884”, no qual se prevê designadamente que: “ART.º 1 - A Climaespaço obriga-se a fornecer ao Cliente, que se obriga a adquirir-lhe, a energia calorífica e/ou frigorífica no seu endereço (...) ART.º 10 – Os valores dos depósitos de garantia de frio e de calor (...) encontram-se indicados no anexo 1. O montante de depósito não vencerá juros e apenas será reembolsado no termo do contrato (...)”.
- G)** (...) Perfazendo o depósito de garantia o valor de 11.604,81 €.
- H)** (...) Tais depósitos de garantia são uma das obrigações estipuladas e assumidas no contrato descrito em E.
- I)** O Regulamento do Plano de Urbanização da Zona de Intervenção da EXPO 98, publicado em anexo à Portaria n.º 1130-B/99, de 31 de Dezembro, comete à EXPO 98 poderes para “celebrar contratos de prestação de serviços relativos a programas de qualificação urbana, de valorização ambiental ou de gestão de condomínios”,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 328 and a signature.

assim surgindo o concurso público internacional que esteve na origem do contrato descrito em E.

J) (...) Prevendo a possibilidade de recurso a energias endógenas.

ii) Não resultaram provados quaisquer factos que não se compaginam com a factualidade supra descrita.

iii) Fundamentação e motivação da convicção:

O Tribunal baseou a sua convicção na conjugação e análise crítica da prova produzida, e isto quer dizer essencialmente a observação da prova documental constante dos autos.

Com efeito, os factos não são controvertidos, sendo-o só a subsunção dos mesmos aos preceitos legais em causa.

Assim, importou a consideração da denúncia de folhas 2/7 do processo administrativo (facto A); o despacho de folhas 287/94 do processo administrativo (facto B); certidão constante de folhas 207/18 (facto C); contrato de folhas 101/66 (factos D e E); contrato de folhas 34/9 (factos F, G e H).

Os factos I e J decorrem do próprio regulamento citado.

E nada mais se considerou por ser conclusivo, por ser matéria de direito ou por ser irrelevante para o objeto dos autos.

II.3 – Enquadramento jurídico

Resultou provado que, depois de apresentada denúncia na Direção Geral do Comércio e da Concorrência pela Autora, a Autoridade da Concorrência, por despacho datado de 26 de Março de 2004, concluiu



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 329 and a signature.

que “o comportamento da «Climaespço», conforme denúncia da «Euro RSGC», não configura um comportamento restritivo da concorrência na aceção quer, do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, quer da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.”.

A Autora invoca a violação do dever de audiência prévia, porquanto não foi ouvida sobre o que entende ser um despacho de arquivamento.

Vejam os.

Importa considerar o disposto no artigo 25.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (entretanto revogada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, mas sendo aquela a vigente à data dos factos e assim a aplicável *in casu*, contanto são questões de validade formal as que ora cuidamos – artigo 12.º, do Código Civil), dispondo que caso o inquérito tenha sido instaurado com base na denúncia de qualquer interessado, a Autoridade não pode proceder ao seu arquivamento sem dar previamente conhecimento das suas intenções ao denunciante, concedendo-lhe um prazo razoável para se pronunciar.

Tal disposição surge enquadrada pela norma presente no artigo 24.º, do mesmo diploma legal, que prevê a possibilidade de abertura de inquérito por parte da Autoridade da Concorrência sempre que tome conhecimento de eventuais práticas proibidas, em cujo âmbito promoverá as diligências de investigação necessárias à identificação dessas práticas e dos respetivos agentes.

Ora, do impulso do processo administrativo, logo resulta que a Autoridade da Concorrência não procedeu à abertura de qualquer inquérito, não tendo realizado quaisquer diligências de investigação, limitando-se pois a recusar liminarmente a denúncia.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 330 and a signature.

É que a decisão de arquivamento pressupõe a prévia existência de inquérito, assim se concluindo quando se afira pela insuficiência de indícios da prática da infração denunciada – conferir artigo 25.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Deste modo, e se não houve inquérito, não houve qualquer despacho de arquivamento, não havendo outrossim qualquer falta de audiência prévia da denunciante.

A decisão da Autoridade da Concorrência foi notificada à Autora, por recurso à telecópia, sustentando que tal forma de notificação viola o disposto no artigo 70.º, do Código de Procedimento Administrativo.

Com efeito, não só não se vislumbra qualquer impossibilidade de o ato ser notificado desta forma, contanto a autoridade administrativa, no uso de poderes discricionários, assim o entenda – conferir Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, nos comentários ao Código do Procedimento Administrativo, Almedina, 2.ª edição, pp. 360/4 –; como sempre se haveria de considerar sanado qualquer conjeturado vício, porquanto a Autora dele se prevaleceu ao impugnar judicialmente a decisão administrativa.

Assim se impõe concluir que a decisão não enferma de quaisquer dos apontados vícios.

Vejamos, agora, a questão do alegado abuso de dependência económica.

Dispõe o artigo 12.º, da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (que, no essencial e para o que importa analisar no caso *sub judicio*, mantém as mesmas soluções que resultavam da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho):

“1 – É proibida, na medida em que seja suscetível de afetar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 331 and a signature.

qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

2 – Podem ser considerados como abuso, entre outros, os seguintes casos:

a) A adoção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior;

b) A rutura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

3 – Para efeitos do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando:

a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e

b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.”.

A figura do abuso de dependência económica não tem paralelo no direito comunitário, sendo de afastar o abuso de dependência económica *qua tale* do âmbito do artigo 102.º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (anterior artigo 82.º do Tratado da Comunidade Europeia). Trata-se de uma importação do direito francês, que por sua vez colheu inspiração no direito alemão, e que veio a receber consagração em Portugal no Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro – conferir Miguel Moura e Silva, *in* O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina, p. 438; conferir também, da autoria de Victor Calvete: “Abuso de posição dominante II: o abuso de dependência económica”, disponível em:

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=victor_calvete



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

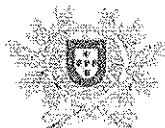
Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 332 and a signature.

A aplicação do referido instituto pressupõe que se defina previamente o que deva entender-se por dependência económica, o que é tanto mais relevante no caso vertente.

A este propósito, importa considerar a definição projetada pelo Conselho da Concorrência francês e acolhida pelo Conselho da Concorrência português, na primeira vez que foi chamado a pronunciar-se sobre o conceito de abuso de dependência económica – conferir Diário da República, N.º 200, de 29 de Agosto de 2001. No considerando 63, de tal decisão, escreve-se o seguinte, pedindo de comodato a tradução livre encetada pela Climaespaço nas alegações que apresentou: “Recorrendo ao direito comparado, verificamos que o Conseil de la Concurrence francês considera que «*une entreprise se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d’un fournisseur ou d’un client avec lequel elle réalise une part importante de ses ventes ou de ses achats, dès lors que, dans l’hypothèse où elle devrait renoncer à ces ventes ou ces achats, elle ne disposerait d’aucune solution équivalente pour poursuivre son activité*» (uma empresa encontra-se numa situação de dependência económica face a um fornecedor ou a um cliente relativamente ao qual realiza uma parte importante das suas compras ou das suas vendas, de tal modo que, na hipótese em que se veja impedida de realizar essas compras ou essas vendas, não dispõe de qualquer solução equivalente para prosseguir a sua actividade) (Conseil de la Concurrence, relatório de actividade de 1998). Trata-se de uma definição que se adequa igualmente à previsão do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, e que este Conselho acolhe favoravelmente.”.

Neste conspecto, são identificáveis quatro fundamentos principais da dependência: a dependência em função da escassez; a dependência em função do sortimento; a dependência em função de (relação entre)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signatures in the top right corner, including the number 333 and a signature.

empresas e a dependência em função da procura – conferir Lei da Concorrência-
Comentário Conimbricense, Almedina, pp. 164/8, com comentário de José Paulo Mariano Pego, e do
mesmo autor: A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência, Almedina

Desde já se antevê que uma prática restritiva da concorrência como seja o abuso de dependência económica só pode ser concebida numa relação entre empresas em diferentes estádios ou etapas do circuito de produção ou distribuição de bens, de tal modo que a empresa predominante num determinado mercado relativamente a clientes (não consumidores) ou fornecedores – empresas situados a montante e jusante no processo de produção e distribuição de bens ou serviços – possa com o seu comportamento influenciar a atividade dessas empresas no mercado em que estas atuam, levando em último caso à exclusão do fornecedor ou cliente por falta de alternativas equivalentes.

No caso vertente, a Havas Worldwide Portugal, Ld.^a, como já o era a Euro E SCG Publicidade Ld.^a, é uma sociedade comercial, cujo objeto social é a atividade publicitária e a prestação de serviços de agência criativa digital, pelo que o exercício da sua atividade, atento o mercado em que atua, em nada surge condicionado pela Climaespaço – Sociedade de Produção e Distribuição de Energia Elétrica, S.A., o mesmo é dizer que não está numa posição de dependência económica relativamente a esta, para efeito de aplicação da norma jusconcorrencial em análise.

Dito de outra forma, a Climaespaço não está nem a montante nem a jusante do processo produtivo patenteado pela Autora.

Como bem refere a Autoridade da Concorrência, “a empresa demandante ao instalar-se na zona em causa e ao subscrever o contrato com a Climaespaço teve de avaliar o impacto que a assunção desses custos teriam na rentabilidade da empresa”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Handwritten notes and signature in the top right corner, including the number 334 and a signature.

Avaliou-os e ainda assim optou por se fixar naquela área da cidade. A relação então estabelecida com a Climaespaço é meramente conjuntural e, em nada, contende com o âmbito do mercado relevante para a Autora.

O caso vertente é, aliás, paradigmático das dificuldades, sentidas pelos doutrinadores, para apresentar uma justificação racional para a proibição do abuso de dependência económica, havendo quem proponha que, a existir tal justificação, parece claro que a sede deverá situar-se no âmbito do direito aplicável à relação contratuais, e não no âmbito do regime jurídico da concorrência – conferir Miguel Moura e Silva, *in* O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Almedina, p. 444 – porquanto as razões aduzidas pela Autora na petição inicial podem quadrar bem no âmbito de uma discussão privatística (autonomia contratual) da relação jurídica, mas são, salvo melhor opinião, deslocadas no âmbito de uma ação administrativa, cujo escopo reside na proteção de interesses particulares face à atuação da administração pública.

Destarte, conclui-se que a Autora não se encontra na dependência económica da Climaespaço, razão pela qual, e aferindo-se como despiciendas, porque prejudicadas, mais extensas considerações, improcede a pretensão da Autora, mantendo-se a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência.

II.4 – Custas

Considerando a improcedência da ação, as custas serão devidas pela Autora, tudo nos termos do disposto no artigo 527.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artigos 1.º e 189.º, n.º 1, ambos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, fixando-se a taxa



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

335
EP

de justiça em 3 UC – artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento das Custas Processuais, e Tabela I-A anexa a este diploma legal.

III – Dispositivo

Em face do exposto e tudo ponderado, em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, acordam os juízes do Tribunal coletivo, em julgar a presente ação improcedente, e, em consequência, absolvem-se a Entidade Demandada e a Contrainteresada dos pedidos.

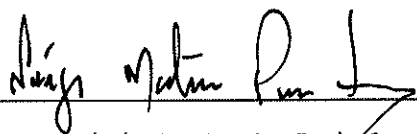
Custas pela Autora, sendo a taxa de justiça de 3 UC.

*

Registe e notifique.

Santarém, 23 de fevereiro de 2015

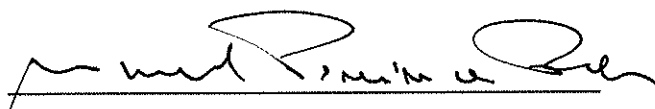
Os Juízes de Direito,



(Sérgio Martins P. de Sousa)



(Marta Campos)



(Miguel Pereira da Rosa)