



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

REC. 8200/04

REGISTRO

(Regº.nº.137)

Acordam, precedendo audiência, no Tribunal da Relação de Lisboa:

1. O Conselho da Concorrência, na sequência de instrução levada a cabo pela Direcção-Geral da Concorrência e Preços, condenou em processo de contra-ordenação

- BRISA - Auto-estradas de Portugal, S.A., com sede na Quinta da Torre da Aguilha, Edifício Brisa, 2785-594 S. Domingos de Rana;
BRISER - Serviços Viários, S.A., actualmente domiciliada na Av. Fontes Pereira de Melo, 6, 3º Dto., 1050 Lisboa;

- VIA VERDE PORTUGAL - estação de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A.
com sede na Quinta da Torre da Agulha, 2785-599 S. Domingos de Rana;

- SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A. com sede na Rua do Centro Cultural nº 2, 1700 Lisboa

nos termos e com os fundamentos que assim sintetizou:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Primeiro

Ao obrigar a queixosa e outras concessionárias a aceitar, incondicionalmente, os serviços prestados pela VVP em bloco, impedindo-as de optar, quanto aos serviços acessórios de identificação, mediante fotografia, dos condutores e automóveis que usam o corredor Via Verde mas não dispõem do dispositivo electrónico adequado (infractores) e a emissão de recibos relativos ao pagamento de portagens por outras empresas da sua livre escolha, sob pena de recusa da prestação dos serviços essenciais prestados pelas arguidas às concessionárias para pagamento automático em portagens rodoviárias, as arguidas BRISA, VVP e SIBS exerceram abusivamente a posição dominante detida por elas detida no mercado dos serviços essenciais para pagamento automático de portagens rodoviárias por forma a limitar a liberdade de a queixosa obter junto de outras empresas determinados serviços acessórios, o que constitui uma prática restritiva da concorrência que infringe o disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro, em conjugação com as alíneas f) e g) do artigo 2º do mesmo diploma.

Segundo

Aplicar, em consequência da infracção descrita, as seguintes coimas à:
 À arguida VVP uma coima no valor de 50 000 000\$00, ou seja, 249 398,50 Euro; À arguida BRISA uma coima no valor de 20 000 000\$00, ou seja, 99 759,58 Euro; À arguida SIBS uma coima no valor de 30 000 000\$00 ou seja, 149 639,37 Euro.

Terceiro

Ordenar às arguidas que cessem as práticas referidas no número Primeiro desta decisão até ao dia 28 de Fevereiro de 2002.

Quarto

Ordenar às arguidas, ao abrigo do disposto no artigo 27º, nº 2, do Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro que façam publicar, no prazo de 30 dias, a versão integral da presente decisão na III série: do Diário da República, e a parte decisória nos termos e conforme cópia que lhes serão comunicadas, num jornal de expansão nacional.

As sociedades condenadas interpuseram recursos de impugnação judicial que dirigiram ao Tribunal de Comércio de Lisboa, recebidos por despacho do respectivo juiz datado de 7.5.2002, de acordo com o despacho de admissão proferido no processo que tomou o nº. 150/2002 (fls. 323). E porque



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

foi entendido que estavam em causa no processo apenas questões de direito, foram notificadas as arguidas e o M°.P°. no sentido de se pronunciarem sobre a decisão por mero despacho que o Mm°. considerava procedimento adequado.

Passados mais de dois anos e organizados mais alguns volumes de processo, relatando vicissitudes muito diversas e legalmente "imprevistas" como diligências de concertação e apresentação de defesa pelas impugnantes ao abrigo do disposto no artº. 315º do CPP, veio a ter lugar a audiência de julgamento sendo na sequência proferida sentença datada de 15.7.2004, que registou a comprovação dos factos que seguidamente se transcrevem do texto decisório:

- 1) *LUSOPONTE - Concessionária para a Travessia do Tejo, S.A., em 4 de Maio de 2001, formulou à Direcção-Geral do Comércio e Concorrência queixa contra BRISA - Auto-Estradas de Portugal, S.A., e outras duas sociedades por esta controladas - BRISER e VIA VERDE PORTUGAL, é ainda contra SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A.--*
- 2) *A arguida BRISA - Auto-Estradas de Portugal, S.A., pessoa colectiva n.º 500 048 177, tem sede na Quinta da Torre da Aguilha, Edifício BRISA, em São Domingos de Rana, Cascais, tem o capital social de E 300.000.000,00, estando matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Cascais sob o n.º 10 583.-*
- 3) *A BRISA é uma prestadora de serviços, que possibilita à LUSOPONTE e a outras concessionárias da exploração de infraestruturas rodoviárias, a utilização do sistema via verde.—*
- 4) *A VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., pessoa colectiva n.º 504 656 767, tem sede na Quinta da Torre da Aguilha, apartado n.º 272 EC, Carcavelos, 2785-599, São Domingos de Rana, estando matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Cascais sob o n.º 12 795, com o capital social de £ 500.000,00.--*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5) A VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., é detida pela BRISA (75%) e pela SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A. (25%).—

6) A VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., foi constituída em 29 de Setembro de 2000, e tem por objecto a prestação de serviços de gestão de sistemas electrónicos de cobrança, por utilização de infra-estruturas rodoviárias e outras usadas por veículos automóveis, tais como auto-estradas, pontes, viadutos, túneis, parques de estacionamento, garagens e similares.—

7) A VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., pode exercer quaisquer actividades que sejam instrumentais, complementares, acessórias ou conexas daquelas.—

8) Para reduzir custos, a BRISA decidiu subcontratar a exploração do sistema via verde a uma sociedade para o efeito constituída: a VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A.—

9) A SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A., pessoa colectiva n.º 501 408 819, tem sede na Rua do Centro Cultural, n.º 2, 1700 Lisboa, estando matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o n.º 58 688, com o capital social de € 24.583.054,84.—

10) O controlo da SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A. é efectuado pelo conjunto das instituições de crédito - suas accionistas - sendo instrumental na uniformização da implementação e gestão dos meios automáticos MULTIBANCO.—

11) O sistema via verde foi desenvolvido pela BRISA, com a participação de uma empresa norueguesa (Q-Free), e introduzido em Portugal em 1991, tendo o respectivo processo de implantação sido concluído em 1995.—

12) O sistema via verde permite aos utentes das infra-estruturas rodoviárias com portagem o pagamento automático da tarifa de portagem, por transferência electrónica, mediante a instalação de um identificador no pára-brisa da viatura, sem necessidade de paragem nas praças das portagens.—

13) Este sistema implica a assinatura de um contrato de adesão à via verde de cada um dos utilizadores com a BRISA, a concessionária; o cliente deve adquirir



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

o identificador e validá-lo, através da sua associação a um cartão MULTIBANCO.--

14) Das condições gerais consta que a concessionária emitirá mensalmente um extracto de todas as transacções efectuadas, que será remetido ao cliente, desde que, no acto de adesão, ele declare pretender receber-lo.--

15) A transacção pelo sistema via verde é iniciada com a leitura do número de identificador do utente pelo equipamento instalado nas praças de portagem.--

16) A LUSOPONTE processa automaticamente a transacção e remete os dados à VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A.--

17) A VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., faz o processamento dos dados e a associação do número do identificador com a identificação do utente, ou aderente, e do respectivo cartão de débito.--

18) Este processo implica o conhecimento da identidade do utente, da matrícula do veículo, da morada e da referência MULTIBANCO.--

19) Em seguida, a VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., envia electronicamente as transacções para a SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A., que transfere o valor de cada transacção da conta bancária do utente e aderente associado ao identificador para a conta da concessionária.--

20) As transacções não processadas pela SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A., são devolvidas à VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., a qual volta a remeter as referidas transacções à SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A., semanalmente, durante um ano, a contar da data da transacção "inicial".--

21) A LUSOPONTE opera as suas duas praças de portagem em sistema aberto, enquanto que as restantes concessionárias - v.g., a BRISA - o fazem em sistema fechado.--

22) No sistema aberto, o valor da portagem é fixo e pago no momento em que o utente e aderente passa numa única praça de portagem.--

23) No sistema fechado existem duas praças de portagem - a de entrada e a de saída - sendo o processamento das transacções efectuado com base na distância percorrida.--



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

5

24) A BRISA - Auto-Estradas de Portugal, S.A., desde o início de implantação do sistema via verde, adquiriu equipamento, comprou e desenvolveu programas informáticos, montou uma estrutura própria - que serve mais de um milhão de clientes.—

25) O processamento do sistema via verde necessita da intervenção da SIES - Sociedade Intercâmbio de Serviços, S.A., porque só esta possui as informações necessárias para estabelecer o nexo entre o código do identificador e o número do cartão MULTIBANCO do aderente.—

26) A SIBS - Sociedade Intercâmbio de Serviços, S.A., efectua à LUSOPONTE o controlo e gestão de todas as operações electrónicas - de portagem manual e de portagem dinâmica, nos termos da cláusula 2.a do contrato celebrado entre ambas as sociedades em 1 de Janeiro de 1996.—

27) Efectua outrossim a cobrança das taxas de portagem durante o período em que o cartão caducar, desde que o aderente tenha outro cartão e seja tecnicamente possível associá-lo ao dispositivo utilizado.—

28) Efectua ainda a emissão mensal de factura-recibo, em nome e por conta da LUSOPONTE, com a descrição das taxas de portagem cobradas a cada utilizador do serviço de portagem dinâmico, sempre que solicitado pela LUSOPONTE.—

29) Para beneficiar de uma economia de custos, a LUSOPONTE contratou à sociedade CARTESIUS a prestação do serviço de emissão de facturas-recibos, que esta presta desde Setembro de 1999.—

30) Em 31 de Janeiro de 2001, a VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A. enviou uma carta à LUSOPONTE informando que, a partir de 1 de Fevereiro de 2001, iria aplicar os preços na proposta apresentada.—

31) Perante a recusa da LUSOPONTE em aceitar as condições propostas pela VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., esta transmitiu à LUSOPONTE, por carta de 8 de Março de 2001, que - na falta de acordo - cessaria a prestação do serviço via verde nas pontes exploradas pela LUSOPONTE, até ao limite de 30 de Junho de 2001 (cfr. fls. 274-275).--

32) Em 5 de Abril, a LUSOPONTE recebeu uma carta da SIBS - Sociedade Intercâmbio de Serviços, S.A., comunicando-lhe que, uma vez que não concorda

6



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com os preços e demais condições estabelecidas pela sociedade que explora o sistema dinâmico de cobrança, cessará a prestação de serviços (cfr. fls. 279).—

33) A VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., emite e manda recibos aos seus clientes, nos termos do § 2.6 do contrato de adesão.—

34) Desde 1 de Fevereiro de 2001, a LUSOPONTE não envia as fotografias dos infractores a qualquer das arguidas.—

35) A BRISA é a única empresa detentora em Portugal do dispositivo electrónico de pagamento automático (identificador), possuindo também o controlo da base de dados sobre os clientes do sistema.—

36) A SIBS é a única empresa que detém a gestão dos cartões MULTIBANCO.—

37) A LUSOPONTE só remete à VIA VERDE PORTUGAL, as transacções válidas; em relação aos identificadores que não são lidos pelos equipamentos, a LUSOPONTE processa uma fotografia do veículo infractor, enviando a matrícula à Direcção Geral de Viação para obter a identificação do proprietário do veículo e, eventualmente, persegui-lo judicialmente.—

38) Nos termos do contrato proposto à LUSOPONTE pela VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., «I. O presente contrato tem por objecto a prestação pela VIA VERDE à OPERADORA dos seguintes serviços: a) Processamento Central de Dados; b) Gestão da infraestrutura tecnológica VIA VERDE; c) Gestão dos pagamentos, facturação e cobrança extrajudicial dos valores devidos pelos Aderentes à OPERADORA; d) A vigilância do respeito pelas regras de utilização da VIA VERDE pelos Aderentes, no espaço da Concessão; e) A detecção das situações de utilização indevida da VIA VERDE por não Aderentes e, quando seja o caso, abertura e preparação dos respectivos processos de infracção; f) Análise do funcionamento da VIA VERDE e elaboração de estatísticas; g) A formação de pessoal. 2.. Salvo avaria técnica directamente imputável à VIA VERDE PORTUGAL, esta não será responsável pela falta de pagamento por Aderente de qualquer quantia devida pela utilização da VIA VERDE, nem por qualquer valor não pago por utilização indevida, irregular, ou fraudulenta da VIA VERDE, por algum utente» (cfr. fls. 40/402).—

39) A LUSOPONTE recusou a assinatura do contrato a que se reporta o nº anterior.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

40) «A prestação dos serviços objecto deste contrato [...] obedecerá ao discriminado e especificado no denominado "Pacote Básico" que constitui o [...] Anexo I [...]» (cfr. o artigo 5.º, a fls. 403).-

41) No pacote básico dos serviços a prestar pela VIA VERDE PORTUGAL - Gestão de Sistemas Electrónicos de Cobrança, S.A., estão incluídos (fls. 414 e seguintes): a emissão e envio mensal de extrato-recibo único por Aderente, discriminado por operadora; mapa de incobrados (proveitos - receita efectiva).--

42) Por contrato cuja cópia consta de fls. 224 e seguintes, celebrado em 1 de Janeiro de 1996, entre LUSOPONTE e SIBS - Sociedade Interbancária de Serviços, S.A., esta obriga-se a prestar àquela serviços de controlo e gestão de todas as operações electrónicas que serão de dois tipos: i) portagem manual, e ii) portagem dinâmica.--

43) É a cobrança das taxas de portagem do serviço de portagem dinâmica durante o período em que o cartão caducar, desde que o utente disponha de outro cartão e seja tecnicamente possível associá-lo ao dispositivo utilizado.--

44) É a emissão de factura-recibo, em nome e por conta da LUSOPONTE, com a descrição das taxas de portagem cobradas a cada utilizador do serviço de portagem dinâmico, sempre que solicitado pela LUSOPONTE.--

45) A LUSOPONTE, no âmbito de acordo celebrado nos autos que correram termos na 8.8 Vara Cível da Comarca de Lisboa - 3.a secção, recebeu da BRISA a importância pecuniária de € 750.000,00 (cfr. fls. 1741-1755).--

*

*

Entrando na apreciação jurídica das questões levantadas nas alegações de recurso, a decisão proferida no Tribunal de Comércio julgou improcedentes diversas nulidades arguidas e passou à análise das questões substantivas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Destacou a imagem do “mercado relevante” para o contexto dos autos como sendo o mercado nacional dos serviços destinados ao pagamento automático de portagens rodoviárias.

Concluiu no sentido de que as arguidas dispunham de uma posição dominante nesse mercado, desvalorizando aliás, as hipóteses de essa posição sofrer alteração – aventadas pelas arguidas nas alegações que produziram – remetendo-as à qualificação de meras hipóteses sem concretização à vista.

Ponderou em síntese que a posição dominante nada tinha de censurável do ponto de vista da lei da defesa da concorrência, porquanto só o exercício abusivo da posição dominante desencadeia a aplicação de sanções, fundada então nos artºs 2º, 1 e 3º do Dec.-Lei nº.371/93, de 29.10.

Sublinhou o facto de as duas vertentes da discórdia entre a Lusoponte e as arguidas serem constituídas pela actividade de perseguição a “infractores puros” (utentes dos canais de via verde não possuidores de identificador) e de cobrança de passagens nas portagens, por um lado e, por outro lado, da emissão e envio de extractos- recibos dos pagamentos realizados pelos utentes que são clientes da Via Verde Portugal (VVP).

Caberia, de acordo com a decisão proferida, saber se é legítima a inclusão no bloco de serviços que foi proposto à Lusoponte essas duas vertentes ou se, com base na distinção entre serviços essenciais e serviços acessórios – nestes últimos se integrando as duas vertentes da discórdia – poderia concluir-se que abusou da posição de domínio quem agiu conforme foi sancionado na decisão do Conselho da Concorrência. Isto é, quem transmitiu à contraparte o propósito de fazer cessar a prestação do serviço via verde a partir de certa data, caso esse bloco de serviços não fosse aceite no seu conjunto.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A sentença proferida, seguindo de perto a ideia de complexidade intra-obrigacional desenvolvida pelo Prof. Menezes Cordeiro conclui pela incorrecção e mesmo artificiosidade da decomposição dos serviços que esteve na base da punição impugnada.

Faz-se ainda na decisão em causa uma chamada de atenção para o facto de se entender que a imputação a um accionista de responsabilidade por actos da sociedade anónima em que participa ser uma forma de desconsideração da personalidade colectiva que carece de fundamento legal. E acrescenta-se que, se o artº. 6º do Dec.-Lei nº. 371/93 impunha que as três arguidas constituíssem uma só empresa, face à posição accionária da Brisa, deveria ter sido aplicada uma única coima, o que não aconteceu.

Acrescenta-se aqui que se entendeu esta chamada de atenção menos explícita, como recusa da responsabilidade contra-ordenacional de outrem, que não a VVP no contexto destes autos.

*

Termina a sentença pela absolvição das três arguidas.

2 . Desta sentença interpôs recurso o Mº.Pº. cujo objectivo restringiu à absolvição da VVP, sociedade que entende dever ser condenada e mantida nessa parte o decidido pelo Conselho da concorrência.

Retirou do seu articulado de motivação as seguintes conclusões:

10



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

- 1- O sistema via verde ou sistema de pagamento automático de portagens, encontra-se implementado em todas as infra-estruturas rodoviárias com portagem do país, decorrente de uma exigência do Estado.
- 2- Foi introduzido pela Brisa, hoje VVP, única detentora do dispositivo electrónico denominado identificador, e implica a assinatura de um contrato de adesão por parte do utente-aderente.
- 3- O sistema via verde- a transacção pelo sistema via verde é iniciada com a leitura do número de identificador do utente (aderente a esse sistema) pelo equipamento instalado nas portagens da concessionária.
- 4- A Lusoponte processa informaticamente a transacção e remete os dados electronicamente à Brisa, agora VVP.
- 5- A Brisa-VVP faz o processamento dos dados e a associação do número de identificador via verde com a identificação do utente-aderente e do respectivo cartão multibanco.
- 6- De seguida envia electronicamente as transacções para a Sibs, que transfere o valor de cada transacção da conta bancária do utente-aderente para a conta da concessionária.
- 7- As transacções não processadas pela Sibs por falta de fundos ou por qualquer outra razão, são devolvidas à Brisa-VVP, através de outro ficheiro electrónico, que as devolve novamente à Sibs, etc, durante um ano.
- 8- O serviço essencial, porque objectivamente indispenável, é constituído pela tecnologia, associação à conta bancária do utente-aderente e o processamento individual de cada transacção.
- 9- Os serviços acessórios são aqueles que, não sendo indispensáveis por não impedirem o processamento da transacção, têm uma procura derivada da procura dos serviços essenciais, que no caso em concreto são dois - a identificação do condutor e do veículo que utiliza o corredor via verde e não é aderente e a emissão e envio de facturas-recibos.
- 10- A exploração abusiva de posição dominante, no caso concreto, consiste na imposição incondicional da prestação de serviços em bloco, incluindo serviços acessórios, sob pena de recusa da prestação de serviços essenciais.
- 11- Quanto aos infractores "puros", ou seja aqueles que utilizam o corredor via verde sem identificadores, a que a decisão do Conselho se refere, a sentença



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

confunde com incobrados e com aqueles que não tem identificador válido- pag. 29 e 30.

12- Ora, da decisão a pagina 987, resulta expresso que «apenas podem ser considerados como serviços acessórios e não solicitados a identificação , mediante fotografia, dos condutores e automóveis que usam o corredor via verde , mas não dispõem do dispositivo electrónico adequado(infractores)».

13- Tal serviço vem imposto no contrato apresentado pela VVP no art. 2º-c onstam do contrato de prestação de serviços (art. 2º, alínea e) pag. 402 que se transcreve:«a detecção das situações de utilização indevida da via verde por não aderentes e, quando seja o caso, a abertura e preparação dos respectivos processos de infracção;»

14- E ainda estão expressamente discriminados no pacote básico (ver art. 5º do contrato, pag.403) no ponto 3 , pag. 416»Detecção e Tratamento de Irregularidades na Utilização da VIA VERDE, «código 26-sem identificador » e a seguir , na enumeração das« acções, código 21 e 26 detecção e tratamento das eventuais infracções com vista ao levantamento de autos de noticia» sendo que , no ponto 4 se refere que « o tratamento de infracções inclui-se no objecto contratual e respectivo tarifário»-pag.418.

15- Tal serviço nunca foi prestado pela Brisa e dai que a própria Lusoponte se tenha socorrido de meios próprios para tratar estas situações.

16- Ao contrário do que afirmam as arguidas e foi acolhido pela sentença, não se trata de enviar ou não enviar a fotografia. Trata-se da imposição de um serviço que é acessório, porque pode e é feito por outra entidade que não a empresa monopolista, no caso a VVP, e que não é solicitado e que contudo, faz parte do contrato e será pago, quer seja ou não prestado- ver ponto 4, pag.418.

17- A sentença errou ao confundir os infractores a que se referia a decisão do Conselho com incobrados e com portadores de identificador inválido.

18- Errou ainda ao considerar que a actividade em causa(que se presume ser a de abuso de posição dominante) não se traduzir pela cessação da prestação do serviço via verde, no caso de não assinatura do contrato, nas condições incondicionalmente impostas, remetendo para o direito privado e de autonomia negocial, subverrendo , a meu ver, a caracterização da posição dominante e as considerações feitas a tal propósito.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

19- Quanto ao serviço via verde funcionou, desde o início da sua

20- introdução pela Brisa, sem que a emissão de recibos devesse ser obrigatoriamente efectuada por entidade ligada ao sistema -o serviço era assegurado pela SIBS, facultativamente, até à Lusoponte ter contratado com a Cartesius a prestação desse serviço, de forma mais económica.

21- A Brisa nunca efectuou tal serviço. Então porque agora está tal serviço incluído no contrato e no pacote básico anexo e como tal de aceitação obrigatória, incluído neste pacote?

22- Quer dizer que, ou a lusoponte aceitava e era obrigada a rescindir o contrato com a Cartesius, que efectua o serviço com menos custos- é a sentença que o diz- ou pagava duas vezes pelo mesmo serviço.

23- Que a VVP deva enviar recibos aos seus aderentes, comprovativos de que retiraram das suas contas e depositaram na conta da Lusoponte ou de outra concessionária determinada quantia relativa à passagem da portagem, em seu nome- com certeza, no âmbito do contrato VVP-aderente via verde.

24- Que tal obrigação figure no contrato com as concessionárias, como obrigação de emissão em nome destas (ou da Lusoponte) substituindo-se, quando estas são credoras como recebedoras de quantias pagas pela passagem de infra-estruturas rodoviárias com portagem, essa é a questão que se pretende ver dilucidada e que a sentença, salvo o devido respeito, não esclarece.

25- A sentença errou ao considerar artificiosa a distinção entre serviços essenciais e serviços acessórios, considerados estes como serviços que, não sendo indispensáveis por não impedirem o processamento da transacção, têm uma procura derivada da procura dos serviços essenciais.

26- Deve ser revogada a sentença por violação dos artigos 3º nº1 e 37º nº2, conjugados com o art. 2º nº1-f) e g) do DL 371/93 29.10, art. 82º do tratado CE, mantendo-se a absolvição em relação às arguidas Brisa e Sibs, mas condenando-se a arguida VIA VERDE PORTUGAL, nos termos e com os fundamentos da decisão do Conselho da Concorrência

27- O sistema via verde ou sistema de pagamento automático de portagens, encontra-se implementado em todas as infra-estruturas rodoviárias com portagem do país, decorrente de uma exigência do Estado.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

28- Foi introduzido pela Brisa, hoje VVP, única detentora do dispositivo electrónico denominado identificador, e implica a assinatura de um contrato de adesão por parte do utente-aderente.

29- O sistema via verde a transacção pelo sistema via verde é iniciada com a leitura do número de identificador do utente (aderente a esse sistema) pelo equipamento instalado nas portagens da concessionária.

2. 1. Também a agora denominada Autoridade da Concorrência interpôs recurso de cuja motivação extraiu as conclusões que seguem transcritas:

1º-A dota sentença vertente incorre em manifesto erro na apreciação da Lei da Concorrência aplicável aos factos sub judice - o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

2º-É efectuado um errado enquadramento dos factos ao direito ao absolver a arguida SIBS dos comportamentos que lhe são imputados, quando esta empresa detém, em exclusivo, a gestão dos cartões Multibanco, assumindo um papel essencial na prestação do serviço via verde, colaboração sem a qual o sistema não seria exequível.

3º-A SIBS concorre, tal como as arguidas BRISA/VIA VERDE PORTUGAL, para a prestação do serviço essencial inerente ao sistema via verde, sendo também responsável pela imposição abusiva de um conjunto de serviços em bloco - cindíveis em serviços essenciais e acessórios - à Lusoponte, já que, sem a sua intervenção o sistema via verde não funcionaria, consubstanciando tal comportamento uma infracção prevista e punida nos termos do artigos 3º e 37.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

4º-A sentença erra ainda ao desconhecer, na sua plenitude, o conceito de abuso de posição dominante, específico do direito da concorrência nacional e comunitário, tal como tem vindo a ser reiterado pela jurisprudência comunitária, o qual consiste no "... comportamento de uma empresa numa posição dominante que seja tal que influencie a estrutura de um mercado onde, como resultado da própria presença da empresa em causa, o grau de concorrência seja enfraquecido e que,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

com o recurso a métodos diferentes daqueles que condicionam a normal concorrência nos produtos ou os serviços na base das transacções de operadores comerciais, tenha o efeito de restringir a manutenção do grau de concorrência que existe ainda no mercado ou no crescimento dessa concorrência", tal como resulta dos artigos 3.º do DL 371/93 supra-citado, 82.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia e dos acórdãos atrás citados, a saber, Hoffmann-La Roche &Co. AG v. Commission of the European Communities (ponto 35); Michelin v. Comissão (ponto 36)), Van den Bergh Foods v. Comissão (ponto 40), Télemarketing (ponto 41), United Brands v. Comissão (ponto 44), e Irish Sugar (nota de rodapé n.º 2).

5º-Conceito esse que exige o "objecto ou efeito anti-concorrencial" para que se verifique o tipo legal proibido, sendo portanto suficiente que o comportamento em si próprio possa ser classificado como abusivo, isto é, tendo um objecto anti-concorrencial, como no presente caso.

6º-Em resumo, temos, pois, um corpo jurisprudencial que inequivocamente dispõe no sentido de que o campo de acção de uma empresa em posição dominante é reduzido por uma responsabilidade de não impedir, reduzir ou falsear, a concorrência.

7º-A sentença em causa efectua ainda uma errada apreciação dos serviços em questão - serviços essenciais e acessórios - e contradiz-se na respectiva fundamentação.

8º-Considera que não é possível a destrinça dos serviços, dos serviços essenciais dos serviços acessórios, ainda que tenha ficado sobejamente demonstrado que os serviços que as arguidas impuseram que fossem adquirido como um todo já se encontravam cindidos aquando das negociações em causa, sem que tal óbviaisse a que o serviço essencial ao funcionamento do sistema via verde - a passagem dinâmica - se processasse.

9º-Com efeito, existem no mercado empresas que podem e puderam prestar os serviços que a Lusoponte não pretendia adquirir no «pacote» imposto pelas arguidas, designadamente o serviço de emissão e envio de facturas/recibos referentes às transacções decorrentes da utilização da «via verde» pelos aderentes, em nome e por conta da Lusoponte.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

10º-A imposição negocial de não prestação do serviço de pagamento dinâmico - serviço essencial do sistema via verde - senão fossem adquiridos os serviços acessórios de processamento dos infractores (sem dispositivo identificador) e ainda de emissão de recibos devidos pela Lusoponte, em nome e por conta da Lusoponte aos seus clientes, correspondeu-a uma "ameaça" negocial, sendo tida como um facto provado pela dota sentença, e, violação da alínea g) do n.º 1 do artigo 2º (ex vi artigo 3º) do DL 371/93.

11º-Apesar de tal comportamento ter sido reconhecido, não foram, contudo, daí retiradas as devidas consequências á luz do direito da concorrência e do artigo 3.º do DL 371/93, sendo qualificado como uma exploração abusiva da posição dominante das arguidas, que preenche o tipo legal da conduta proibida - abuso de posição dominante.

12º-Verificou-se, assim, o desconhecimento da natureza da proibição contida no artigo 3.º do DL 371/93 - abuso de posição dominante - que conduz a erro notório na apreciação da prova por parte da sentença em salênciam e a um manifesto erro de interpretação dos factos e do seu enquadramento jus-concorrencial que tutela os interesses em causa.

13º-A Sentença do Tribunal a quo deve, nos termos e com fundamento nos artigos 410.º, n.º 1 e 379º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal, ex vi dos artigos 41.º e 74.º, n.º 4, ambos do Regime Geral das Contra-Ordenações, ser revogada ordenada a sua substituição por outra que condene as arguidas pela prática de abuso de posição dominante tipificada na Lei da Concorrência - artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93 de 29 de Outubro em conjugação com a alínea g) do n.º 1 do artigo 2º do mesmo diploma legal.

2.2. A Autoridade da Concorrência, notificada que foi dos termos do recurso interposto pelo M.º P.º, entendeu responder através do articulado de fls. 2172 e ss, articulado que se entende ser estranho ao regime de recursos em matéria contra-ordenacional. Não tendo sido ordenado o seu desentranhamento, não será tido em conta no âmbito da apreciação deste recurso a que se procederá.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2 . 3 . Respondeu aos termos dos recursos dirigidos à decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa a VVP, em peça processual autónoma atinente à impugnação protagonizada pelo Mº.Pº. e, em articulado conjunto, as três arguidas, atinente ao recurso interposto pela Autoridade da Concorrência.

Em qualquer dessas respostas, prosseguindo na senda das originalidades processuais que levaram as arguidas a reclamar o uso do articulado de defesa previsto no artº.315º do CPP e, ao que parece, o cumprimento do disposto no artº.100º do Cód. Procedimento Administrativo em processo de contra-ordenação vêm as respondentes “ampliar o âmbito do recurso”. Crê-se ser evidente que um tal desiderato é completamente destituído de apoio legal, sendo consequentemente ineficaz a pretensão das recorridas.

Indicam-se seguidamente as conclusões que resumem os fundamentos dos articulados de resposta de VVP e das três recorridas em conjunto.

Assim:

A – resposta da VVP

1. A decisão relativa à absolvição da BRISA transitou em julgado.
2. A AC não tem o monopólio do saber e da verdade no campo do direito da concorrência.
3. A AC carece de patrocínio judiciário para recorrer.
4. A AC não pode recorrer quando o MP o tenha feito.
5. A interpretação do artigo 51.º, n.º 6, da Lei da Concorrência, segundo a qual a AC pode recorrer simultaneamente - mas em separado - com, o MP é inconstitucional, por violação dos artigos 20, n.º 4, e 32, n.º 1, da Constituição.
6. Tal interpretação põe em causa o princípio da igualdade de armas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

7. Pelo que deve o presente recurso ser rejeitado.

8. Não sendo rejeitado, deve o seu objecto ser ampliado, de forma a conhecer das demais razões que estribam aposição das ora recorridas.

9. Nomeadamente, deve declarar-se a nulidade do processo em virtude de terem sido aplicadas às Arguidas coimas sem que estas tivessem podido defender-se, na fase administrativa, perante um projecto de decisão relativamente àquela aplicação, como se estabelece no artigo 50º do Regime Jurídico do Ilícito de Mera Ordenação Social, e resultaria já do artigo 32º n.º 10 da Constituição da República Portuguesa.

10. Essa nulidade foi invocada em tempo perante a autoridade administrativa, aquando da prestação dos depoimentos das Arguidas na Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, que optou por nada fazerem ordem a permitir o direito de defesa das Arguidas.

11. O processo é ainda inválido relativamente à Arguida SIES, sendo esta uma sociedade financeira, por não ter sido solicitado ao Banco de Portugal o parecer a que se refere o artigo 88º do regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

12. A decisão de aplicação de coimas do Conselho da Concorrência é inválida por não conter todos os elementos obrigatórios, nos termos do artigo 58º do Regime Jurídico do Ilícito de Mera Ordenação social.

Em resposta ao recurso apresentado pela AC há a dizer:

13. Só quanto à VVP se poderia discutir a eventual prática de um qualquer ilícito no mercado relevante e relativo ao serviço via verde, pois, a partir de 1 de Fevereiro de 2001 (que é a data a partir da qual forma identificados os comportamentos contra-ordenacionais), só esta o presta e só ela actua nesse mercado

14. A BRISA e a SIBS só poderiam estar em causa por uma responsabilidade penal contraordenacional derivada de serem sócias daquela, o que, sendo manifestamente uma situação de levantamento da personalidade colectiva sem que tivesse ocorrido qualquer situação de abuso dessa mesma personalidade, seria inédito face à ordem jurídica portuguesa, ou mesmo a qualquer ordem jurídica, tanto quanto se sabe.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

15. O facto de a BRISA ter efectuado o pagamento acordado em transacção feita em processo cível relativa, no essencial, aos mesmos factos, nada de ilícito configura, e, em si mesmo, nada prova.

16. Apesar da AC referir, na sua motivação de recurso, que quanto à SIBS está em causa a sua actuação autónoma não ficaram alegados nem demonstrados os pressupostos de que dependeria qualquer situação de co-autoria, investigação ou cumplicidade, pelo que a imputação não filhe pode ser dirigida.

17. A VVP não presta qualquer serviço acessório de um serviço principal, seja à LUSOPONTE, seja a qualquer outra concessionária de troços de estrada com portagem a VVP presta um só e unitário serviço que é o serviço via verde.

18. Fazendo uma analogia: condenar a actuação da VVP seria como, no caso de um cliente de um restaurante se recusar a pagar o preço constante da carta, alegando que tem direito a um desconto, pois trouxe de casa o seu próprio guardanapo, e o restaurante a tal não aceder, ser condenado por impor serviços em bloco! Na verdade, o serviço principal do restaurante é fornecer alimentos, mas isso não significa que o cliente possa decidir pagar apenas o valor destes, eventualmente com alguma margem de lucro incluída, mas recusar-se a pagar o restante! Claro é que tem de pagar o guardanapo, mesmo que leve o seu, e o copo que usar, e os talheres, etc., etc. O restaurante presta um serviço único, que o cliente aceita ou rejeita.

19. Mas, mesmo admitindo-se, por dever de patrocínio, que existem serviços acessórios, como "afirmar, sem-nos apercebermos imediatamente do absurdo do que é dito, que a emissão de recibo e o "processamento de incobrados" não têm ligação, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, como objecto do contrato. Lembre-se que a falta de tal ligação integra a previsão da norma que se pretende: violada (a al. g) do n.º 1 do artigo 2º do DL 371193, de 29 de Outubro, em conjugação com o n.º 3 do mesmo diploma).

20. Ainda que se admitisse, por absurdo, que o "processamento de incobrados" e a emissão de extractos/recibos seriam serviços demarcáveis do serviço principal, via verde, eles são serviços não prestados pela VVP à Lusoponte, não tendo havido qualquer imposição no sentido de que passassem a ser prestados, ou qualquer imposição para que a LUSOPONTE os não adquirisse a terceiros.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

21. Ide facto, o "processamento dos incobrados" depende sempre do envio das fotografias dos infractores pela LUSOPONTE, já que é ela que as tira, podendo ela fazer com elas o que entender. A VVP quanto a esse aspecio nada pode fazer (nem quer), se a LUSOPONTE as envia a um terceiro para que aquela actividade seja por ele realizada, ou se ela decide perseguir os infractores pelos seus próprios meios.

22. Nem dos autos resulta qualquer prova de que a VVP tenha exigido à LUSOPONTE que esta lhe enviasse as fotografias ou tenha impedido que o "processamento de incobrados" fosse por ela efectuado, ou por quem ela determinasse.

23.- Quanto ao "serviço" relativo aos extractos/recibos, o que ocorreu foi apenas uma errada interpretação da matéria de facto pela AC. Aqueles que a VVP envia, e seguramente continuará a enviar, até porque a isso está contratualmente obrigada, - são os extractos/recibos que envia aos seus clientes, aderentes da via verde, em função do que se dispôs no Contrato de Adesão.

24. Nunca a VVP enviou qualquer recibo a clientes da LUSOPONTE :em nome e por conta desta, nem pretende enviar, a não ser que ela o solicite e as partes cheguem a acordo quanto às condições dessa relação:

25. Nem a VVP quer saber se a LUSOPONTE envia um qualquer extracto/recibo aos seus clientes, ou se contrata com terceiro esse envio. É com ela... não há qualquer imposição.

26. O que a LUSOPONTE gostaria, mas não há qualquer norma de Direito da Concorrência que sustente tal pretensão - apesar de bem se ter aproveitado, ao longo de todo este processo, dos equívocos tremendos das autoridades administrativas da concorrência -, era que pudesse impor que a VVP não enviasse aos aderentes da via verde os extractos/recibos a que se obrigou contratualmente, e dessa forma reduzir os custos inerentes ao sistema, como pretexto para exigir um preço menor pelo serviço que a VVP lhe presta,

27. Nesse mesma linha, o que se seguiria? Poderia exigir que a VVP não aumentasse os salários dos seus trabalhadores? Ou que a VVP tivesse menos administradores remunerados? Ou que a VVP , passasse para instalações mais modestas?



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

28. Não há - manifestamente não há, como sem controvérsia foi sendo reconhecido pelo Tribunal de Comércio até esta data neste caso qualquer questão relacionada com o Direito da Concorrência, ou qualquer abuso de posição dominante, mas apenas um litígio comercial em que uma das partes conseguiu instrumentalizar as autoridades administrativas da concorrência, para reforçar a sua posição comercial, em claro prejuízo pelo normal funcionamento do mecanismo de formação de preços, e de forma a conseguir condições negociais mais vantajosas, o que, de resto, veio a verificar-se.

29. Bem andou a dota sentença recorrida ao absolver todas as arguidas no pagamento das coimas aplicadas pelo Conselho da Concorrência, revogando a sua decisão de 31 de Janeiro de 2002.

B – resposta das três recorridas

1. A Ministério Público não pode recorrer quando a Autoridade da Concorrência o tenha feito.
2. A interpretação do artigo 51., n.º 6, da Lei da Concorrência, segundo a qual a AC pode recorrer simultaneamente - mas em separada - com, o MP é inconstitucional, por violação dos artigos 20, n.º 4, e 32, n.º 1, da Constituição.
3. Tal interpretação põe em causa o princípio da igualdade de armas.
4. Pelo que, caso o recurso interposto pela AC seja recebido, deve o presente recurso ser rejeitado:
5. Não sendo rejeitado, deve o seu objecto ser ampliado, de forma a conhecer das demais razões que estribam a posição das ora recorridas.
6. Nomeadamente, deve declarar-se a nulidade do processado em virtude de ter sido aplicada à Arguida coima sem que tivesse podido defender-se, na fase administrativa, perante um projecto de decisão relativamente àquela aplicação, como se estabelece no artigo 50º do Regime Jurídico do Ilícito de Mera Ordenação Social, e resultaria já do artigo 32º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.
7. Essa nulidade foi invocada em tempo perante a autoridade administrativa, aquando da prestação do depoimento da Arguida na Direcção-Geral do Comércio



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

e da Concorrência, que optou por nada fazer, em ordem a permitir o direito de defesa da Arguida.

8. A decisão de aplicação de coimas do Conselho da Concorrência é inválida por não conter todos os elementos obrigatórios, nos termos do artigo 58º do Regime Jurídico do Ilícito de Mera Ordenação social.

9. A VVP não presta qualquer serviço acessório de um serviço principal, seja à LUSOPONTE, seja a qualquer outra concessionária de troços de estrada com portagem: a VVP presta um só e unitário serviço, que é o serviço via verde.

10. Fazendo uma analogia condenar a actuação da VVP seria como, no caso de um cliente de um restaurante se recusar a pagar o preço constante da conta, alegando que tem direito a um desconto, pois trouxe de casa o seu próprio guardanapo, e o restaurante a tal não aceder, condenar o restaurante por impor serviços em bloco! Na verdade, o serviço principal do restaurante é fornecer alimentos, mas isso não significa que o cliente possa decidir pagar apenas o valor destes, eventualmente com alguma margem de lucro incluída, mas recusar-se a pagar o restante! Claro é que tem de pagar o guardanapo, mesmo que leve o seu, e o copo que usar e os talheres, etc., etc. (O restaurante presta um serviço único, que o cliente aceita ou rejeita.

11. Mas, mesmo admitindo-se, por dever de patrocínio que o "processamento de incobrados" e a emissão do extracto seriam serviços acessórios, como afirmar, sem nos apercebermos imediatamente do absurdo do que é dito, que o "processamento de incobrados" e a emissão de recibo não tem, ligação, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, com o objecto do contrato? Lembre-se que a falta de tal ligação integra a previsão da norma que se pretende violada (a al. g) do n.º 1 do artigo 2º do DL 371/93, de 29 de Outubro, em conjugação com o n.º 3 do mesmo diploma).

12. Ainda que se admitisse, por absurdo, que o "processamento de incobrados" e a emissão de extractos/recibos seriam serviços demarcáveis do serviço principal via verde, eles são serviços não prestados pela VVP à Lusoponte, não tendo havido qualquer imposição no sentido de que passassem a ser prestados, ou qualquer imposição para que a LUSOPONTE os não adquirisse a terceiros.

13. De facto, o "processamento dos incobrados" depende sempre do envio das fotografias dos infractores pela LUSOPONTE, já que ela que as tira,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

podendo ela fazer com elas o que entender. A VVP quanto -a esse aspecto nada pode fazer, (nem quer), se a LUSOPONTE as envia a um terceiro para que aquela actividade seja por ele realizada, ou se ela decide perseguir os infractores pelos seus próprios meios.

14. Nem dos autos resulta qualquer prova de que a VVP tenha exigido à LUSOPONTE que esta lhe enviasse as fotografias ou tenha impedido que o "processamento de incobrados" fosse por ela efectuado, ou por quem ela determinasse.

15. Quanto ao "serviço" relativo aos extractos/recibos, o que ocorreu foi apenas uma errada interpretação da matéria de facto pela AC. Aqueles que a VVP envia, e :seguramente continuará a enviar, ate porque a isso está contratualmente obrigada, são os extractos/recibos que envia aos seus clientes, aderentes da via verde, em função do que se distes no Contrato de Adesão.

16. Nunca a VVP enviou qualquer recibo a clientes da LUSOPONTE em nome e por conta desta, nem pretende enviar, a não ser que ela o solicite e as partes cheguem a acordo quanto às condições dessa relação.

17. Nem a VVP quer saber se a LUSOPONTE envia um qualquer extracto/recibo aos seus clientes, ou se contrata com terceiro esse envio. É com ela... não há qualquer imposição.

18. O que a LUSOPONTE gostaria, mas não há qualquer norma de Direita da Concorrência que sustente tal , pretensão - apesar de bem se ter aproveitado, ao longo de todo este processo, dos equívocos tremendos das autoridades administrativas da concorrência, - era que pudesse impor que a VVP não enviasse aos aderentes da via verde os extractos/recibos a que se obrigou contratualmente, e dessa forma reduzir os custos inerentes ao sistema, como pretexto para exigir um preço menor pelo serviço que a VVP lhe presta.

19. Nessa mesma linha, o que se seguiria? Poderia exigir que a VVP não aumentasse os salários dos seus trabalhadores? Ou que a VVP tivesse menos administradores remunerados? Ou que a VVP passasse para instalações mais modestas?

20. De toda o modo, a questão do preço cobrado pela VVP para a prestação do serviço via verde não goeite ser conhecida no presente recurso, já que nenhuma decisão do Conselho da Concorrência incidiu sobre o problema, em razão de ter



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

considerado ao Direcção Geral do Comércio e da Concorrência que essa era uma questão despicienda.

21. Não há - manifestamente não há, como sem controvérsia foi sendo reconhecido pelo Tribunal de Comércio até esta data - neste caso qualquer questão relacionada com o Direito da Concorrência, ou qualquer, abuso de posição dominante, mas apenas um litígio comercial em que uma das partes conseguiu instrumentalizar as autoridades administrativas da concorrência para reforçar a sua posição comercial, em claro prejuízo pelo normal funcionamento do mecanismo de formação de preços, e de forma a conseguir condições negociais mais vantajosas, o que, de resto, veio a agravar-se.

22. Bem andou a dota sentença recorrida ao absolver todas as arguidas no pagamento das coimas aplicadas pelo Conselho da Concorrência, revogando a sua decisão de 31 de Janeiro de 2002.

2 . 4 . Subidos os autos ao TRL, o Exmº. Procurador-Geral-Adjunto apôs visto.

3 . Corridos os vistos legais e realizada a audiência, cumpre decidir.

A decisão a tomar poderia dirigir-se ao tratamento das numerosas e complexas questões de natureza adjectiva que se foram levantando no desenvolvimento deste processo de contra-ordenação, algumas delas de natureza intrincada, como é o caso, por exemplo, da legitimidade para interposição de recurso por parte da entidade sancionadora enquanto conjugada com a legitimidade do Mº.Pº. para o mesmo efeito.

Sem prejuízo de se ter a consciência plena de que a abordagem desta e de outras questões de natureza adjectiva, de acordo com a lógica preclusiva que deve informar uma decisão judicial, deveria ser realizada, a convicção de que a decisão recorrida deve ser mantida e a pesada realidade que constitui o



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

volume de trabalho distribuído às secções crime desta Relação de Lisboa, em grande parte, trabalho urgente por contender com a liberdade das pessoas, conduzem esta decisão no sentido de se dedicar à questão substancial em presença.

*

Entendeu o Conselho da Concorrência sancionar a Brisa, a VVP e a SIBS por contra-ordenação cometida em violação das disposições conjugadas dos artºs 3º e 2º, 1 f) e g) do Dec.-Lei 371/93, de 29.10, isto é, por abuso de posição dominante traduzido na recusa de prestação de serviços e de subordinação da celebração de contrato à aceitação de obrigações complementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tinham ligação com o objecto desses contratos.

A questão da "posição dominante" no mercado relevante detida pelas arguidas foi suficientemente tratada na decisão recorrida e discutida até à exaustão em diversos locais dos autos, sendo certo que parece evidente que o mercado relevante é o do conjunto de serviços que constitui dispositivo para pagamento em movimento de portagens localizado no território nacional continental e que a actual detentora do dispositivo e a que a precedeu, são monopolistas de facto, não fazendo sentido questionar o domínio do mercado de que disfrutam.

O diferendo que está na origem destes autos surgiu no contexto de negociações ocorrentes entre a Lusoponte e as detentoras do serviço via verde tendentes à revisão dos custos a pagar pela primeira.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

De acordo com a decisão administrativa e a decisão recorrida o ponto de discórdia e o ilícito sancionado consistiu na apresentação à contraparte Lusoponte de um pacote de serviços via verde, no qual, para além do que notoriamente constitui tal serviço, se indica:

- a identificação fotográfica dos veículos/condutores que utilizam corredor de via verde sem possuírem a caixa identificadora (os chamados infractores puros);
- a emissão de recibos pertinentes ao pagamento de portagens.

Isto, conjugado com a ameaça de fazer cessar nos pontos de portagem explorados pela Lusoponte a prestação do serviço de via verde.

*

Na perspectiva da Autoridade da Concorrência, estas vertentes de prestação de serviço seriam destacáveis como prestações acessórias que a Lusoponte podia contratar com empresas terceiras, resultando em abuso de posição dominante essas inclusões em pacote negocial do serviço via verde.

3 . 1 . Virá ao caso referir que a detenção de uma posição dominante em determinado mercado é um dado de facto, absolutamente neutro do ponto de vista da ilicitude e de que nada se pode concluir. Pode ser, como parece ser o caso, uma fatalidade decorrente da dimensão do mercado, que não convidou outras entidades à concorrência.

Daí, que o abuso que se poderia detectar nesta situação de monopólio de facto, seria decorrência de a conduta da dominante impedir ou dificultar a

26



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

utilização de serviços situados na área que se dedica a prestações ~~acessórias~~ oferecidas.

É assim que a viciação da concorrência acaba, no caso vertente, por se confinar à subordinação a obrigações suplementares a que alude a alínea f) do nº.1 do artº.2º do diploma legal que então disciplinava a matéria.

3 . 1 . 1 . Vem também ao caso referir que no âmbito destes ~~autos~~ está uma negociação em curso no tocante à prestação de um determinado serviço, situação que, sem mais, não pode considerar-se como assimilável a uma recusa de prestação do serviço a que respeita.

Pode, com efeito, dizer-se com justeza que todas as negociações têm insita a possibilidade de se gorarem, com a implicação de o serviço não ser prestado ou de a venda não se concretizar, acontecimento que não é equivalente à recusa de contratar ilícita, à face do normativo em causa.

E pode ainda dizer-se que essa recusa pode assumir formas ínvias, como seria o exemplo de se exigir uma contraprestação a determinado agente económico, de tal forma gravosa, designadamente a nível de preço, que aí se podia surpreender conduta equivalente à da recusa. Não foi esse o caminho trilhado pela instrução e decisão deste processo na fase administrativa, conforme se dá conta nos considerandos decisórios, razão pela qual por aqui se terá de quedar esta decisão neste ponto.

3 . 2 . Parece então, que o espaço de ilicitude que cabe considerar, é o que recai sob a descrição exemplificativa contida na derradeira alínea do nº.1 do artº. 2º do Dec.-Lei nº. 371/93.

No entender do Conselho da Concorrência a inclusão desses dois serviços, não é aceitável no bloco negocial do serviço via verde.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não se invoca para o efeito qualquer uso comercial, atitude que será razoável, porquanto inexistirão usos firmados nesta área de serviços.

Seria pois a ausência de ligação com o objecto o contrato o que inquinaria aquela inclusão.

A técnica exemplificativa utilizada no preceito legal em apreço, não sendo a que mais quadra aos usos interpretativos correntes, não pode deixar de servir como pista decisiva para desvendar o sentido útil da lei. E a lei fala em obrigações suplementares que não tenham ligação com o objecto “desses contratos”.

A decisão recorrida, apoiando-se a dado passo num voto de vencido que foi lavrado por um dos membros do Conselho da Concorrência à deliberação punitiva emitida por esta entidade (Exmº. Sr. Victor Calvete), pondera que a “decomposição dos serviços” tem um valor essencialmente analítico, para efeitos de compreensão, sendo substancialmente artificiosa. Em vez de delimitar o que as empresas a jusante podem exigir ao monopolista, pretende delimitar o que o monopolista não pode exigir a essas empresas.

Vejamos então se as prestações que foram consideradas como acessórias podem razoavelmente considerar-se como desligadas, ou no limite, estranhas ao objecto da prestação de serviço via verde.

Trata-se como se sabe e se refere na decisão recorrida de uma transacção imaterial, processada electronicamente.

Genericamente, o cumprimento das obrigações confere o direito à quitação (artº.787º, 1º do C.Civil) e, no caso de transacção processada electronicamente, o título de quitação parece revelar-se de flagrante utilidade. Por isso que, nesta área de serviços que comprehende precisamente a prestação



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

da actividade de cobrança, não se alcance razoabilidade à conclusão de que seria ilegítima a inclusão da emissão de facturas/recibos e remessa aos utentes, por falta de conexão com o objecto do serviço.

A VVP, que se encontra obrigada face aos seus clientes ao processamento desse meio de comprovação de pagamento, conforme está demonstrado nos autos, incluiu-o no serviço cuja prestação propôs à Lusoponte. Parece que, o simples facto de essa mesma componente de actividade poder ser destacada pela Lusoponte e entregue a terceiro, não determina a qualificação de abusiva, por desconexa com a prestação principal, no tocante à sua inserção no pacote de serviços que a VVP se propôs prestar.

Dito de outra forma, não se vislumbra qualquer ilegitimidade no facto de a VVP repercutir na contraparte o valor de um serviço que já prestava aos aderentes à via verde e, que até nem criou para dificultar a posição da contraparte, empolando os custos do serviço fornecido.

3 . 3 . Foi nestes autos descrito o sistema via verde de pagamento de portagens por diversas vezes e, para além disso, o elevado número de aderentes a tal sistema torna notório aquilo em que consiste.

Sendo certo que se trata de sistema que inclui a passagem por corredores de acesso livre, tem-se como seguro que, caso não se utilizassem meios para identificação de infractores, o sistema seria inútil, por razões que se consideram óbvias.

Se é assim, e não se vê como poderia não ser, crê-se que a componente de prestação de serviço tendente à identificação de infractores e cobrança do valor da portagem não pago pela via normal, não pode ter-se como estranha



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ou sequer distante do que o Conselho da Concorrência entendeu que constituía o “serviço essencial”.

Por isso que se conclui no mesmo sentido da decisão recorrida, recusando ilicitude contra-ordenacional às condutas apuradas de qualquer das arguidas.

*

*

Termos em que se nega provimento aos recursos interpostos e se mantém a decisão absolutória recorrida.

*

Sem tributação

* *

Lisboa, 20 de Abril de 2002

Carlos Rodrigues de Freitas