

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



# **A problemática do acesso à infra- estrutura essencial no contexto do direito da concorrência**

## **Os remédios**

Por Catarina Martins

Escola de Direito do Porto

Junho 2015

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



**A problemática do acesso à infra-  
estrutura essencial no contexto do direito  
da concorrência**

**Os remédios**

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção  
do grau de mestre em Direito das Empresas e dos Negócios

Por Catarina Martins

Sob orientação da Professora Doutora Sofia Pais

Escola de Direito do Porto

Junho 2015

*Agradecimentos*

*Aos meus pais, irmã e avó por todo o amor.*

*À Nicole e Maria João por estarem sempre presentes.*

*À minha orientadora Sofia Pais por todo o apoio.*

## **Abreviaturas**

**CBLR- Columbia Business Law Review**

**CE- Comissão Europeia**

**Cf. – Conferir**

**Cit. – Citado**

**CMLR- Common Market Law Review Law**

**CPI- Competition Policy Internacional**

**DPI- Direitos de Propriedade Intelectual**

**ECLP- European Competition Law and Practice**

**ECLR- European Competition Law Review**

**FWC- Forthcoming in World Competition**

**JO – Jornal Oficial da União Europeia**

**N.º - Número (s)**

**P. (pp.) – Página (s)**

**Para. – Parágrafo (s)**

**Proc. - Processo**

**Reg. – Regulamento**

**SEP- Standard Essential Patent**

**SLR- Stanford Law Review**

**TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia**

**TG – Tribunal Geral**

**TJ – Tribunal de Justiça**

**TJCE- Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia**

**TL- Tratado de Lisboa**

**TPI- Tribunal de Primeira Instância**

**Vol. –Volume**

**Vs. - Versus**

**WC- World Competition Law and Economics Review**

# Índice

Índice.....	5
Introdução.....	6
1. A proibição de abuso da posição dominante do artigo 102º TFUE.....	4
1.1. Considerações introdutórias .....	4
1.2. O conceito da posição dominante .....	5
1.3. O conceito de abuso.....	6
1.4. A recusa de contratar .....	8
1.5. A recusa de contratar no panorama nacional.....	9
2. A teoria do acesso à infra-estrutura essencial .....	10
2.1. A aplicação da teoria da infra-estrutura essencial.....	11
2.2. A obrigação de licenciar DPI.....	13
3. A problemática do licenciamento dos DPI na Jurisprudência da União Europeia .....	16
3.1. Do caso Magill ao caso Microsoft.....	16
3.1.1. Caso Magill .....	16
3.1.2. Caso Bronner .....	19
3.1.3. Caso <i>IMS</i> .....	20
3.1.4. Caso Microsoft .....	21
4. Aplicação da teoria da infra-estrutura essencial às patentes essenciais? .....	24
5. O licenciamento compulsório de DPI.....	27
5.1. O princípio da proporcionalidade no âmbito dos remédios na União Europeia .....	27
5.2. A licença compulsória como remédio viável.....	30
5.3. A licença compulsória no caso <i>Microsoft</i> .....	31
5.4. O apuramento do montante compensatório.....	33
Conclusão .....	38
Bibliografia .....	40

## Introdução

O direito da concorrência constitui nos dias de hoje um papel essencial na regulação e manutenção da economia de mercado. Se inicialmente o principal objectivo das legislações concorrenciais europeias pretendia a criação de um mercado interno europeu, actualmente o principal objectivo será a proteção dos consumidores e a manutenção da eficiência económica. As principais práticas anti concorrenciais que o direito da concorrência visa eliminar são: o controlo de concentrações, os acordos proibidos e por fim os abusos de posição dominante. Será sobre o abuso de posição dominante que nos debruçaremos ao longo do trabalho, mais propriamente no abuso de posição dominante por recusa de venda.

O abuso de posição dominante vem definido e regulado no artigo 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).<sup>1</sup> No âmbito da temática do abuso de posição dominante, a jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) tem assumido um papel de relevante, na medida que tem sido através das suas decisões que a delimitação do conceito de abuso e posição dominante têm sido auferidos.

No âmbito da recusa de venda, surge na jurisprudência europeia a teoria da infra-estrutura essencial. A sua génese e fundamentação remontam à jurisprudência norte americana apoiada nas leis *antitrust*. De forma geral, a teoria da infra-estrutura essencial diz-nos que uma empresa dominante, num determinado mercado, não pode impedir ou ceder em condições menos favoráveis o acesso a determinado bem ou serviço essencial a empresas concorrentes que pretendam entrar ou concorrer no mercado e que dependem dessa infra-estrutura para tal. A aplicação da teoria implica uma restrição do direito de propriedade e da autonomia privada da empresa em posição dominante. Esta restrição de direitos considerados pilares basilares de um estado de direito, leva a que a aplicação da teoria seja feita em condições estritamente necessárias e excepcionais, com o objectivo de assegurar a manutenção do mercado concorrencial e o bem-estar social dos consumidores.

---

<sup>1</sup> Com entrada em vigor do Tratado de Lisboa (TL), os artigos 81º, 82º do Tratado da Comunidade Europeia, passaram a denominar-se por artigos 101º e 102º do TFUE. Por razões de coerência e facilidade de compreensão, será sempre utilizada a denominação actual, mesmo quando se invoca jurisprudência e decisões anteriores à entrada em vigor do TL. Com entrada em vigor do Tratado de Lisboa o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) passou a denominar-se por Tribunal de Justiça (TJ), assim como o Tribunal de Primeira Instância (TPI) passou a denominar-se por Tribunal Geral (TG).

A aplicação da teoria da infra-estrutura essencial assume contornos especialmente complexos quando aplicada aos DPI. Esta complexidade resulta na dificuldade de conciliação do ramo da concorrência e dos DPI. Apesar de ambos contribuírem para um objectivo de eficiência económica, com a introdução e melhoramento de produtos, a verdade é que “a utilização de métodos diferentes, e a prossecução de interesses múltiplos (...) mantém uma certa relação de tensão entre as duas legislações que pode afectar as escolhas dos operadores económicos e comprometer os objectivos das políticas concorrenciais”<sup>2</sup>

Existindo uma restrição de um DPI de uma empresa, por abuso de posição dominante, surge a questão de saber em que medida deverá ser essa empresa compensada. O bem ou serviço que o DPI tutela resulta, geralmente, de elevados investimentos monetários associados a um risco empresarial alto que a empresa em posição dominante suportou. Como tal, o cálculo do montante compensatório torna-se essencial, na medida que desempenha um elemento fundamental para a promoção da inovação tecnológica e como meio de retorno dos investimentos suportados.

Em síntese, ao longo do presente trabalho debruçar-nos-emos sobre o âmbito de aplicação do artigo 102º do TFUE, mais propriamente a aplicação da teoria da infra-estrutura essencial, revendo as decisões jurisprudenciais e de que forma contribuíram para a enunciação e aplicação da teoria aos DPI. Por fim, analisaremos qual a importância das medidas impostas pelas instituições europeias de forma a extinguir o abuso. Neste domínio assume especial relevância a determinação do montante compensatório como contrapartida à obrigação de licenciar. Esta questão estará longe de ser pacífica na doutrina e na jurisprudência. Assim analisaremos os métodos apontados pela doutrina para solucionar o conflito de interesses presentes neste tipo de caso, com especial análise aos remédios impostos no caso *Microsoft*.

---

<sup>2</sup> PAIS, Sofia- *Entre inovação e concorrência: Em defesa de um modelo Europeu*. Universidade Católica Edições, 2011, p. 21.

# 1. A proibição de abuso da posição dominante do artigo 102º TFUE

## 1.1. Considerações introdutórias

A problemática da teoria da infra-estrutura essencial enquadra-se na proibição de abuso da posição dominante do artigo 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). O preenchimento do artigo 102º TFUE, depende da verificação de três requisitos cumulativos:

- I. A afectação do comércio entre os Estados-Membros,
- II. A existência de uma posição dominante;
- III. O abuso dessa posição dominante;

Poderá pensar-se que o principal objectivo do artigo 102º será a protecção das empresas concorrentes face à empresa em posição dominante. Contudo, o principal objectivo será a protecção dos consumidores e num segundo plano a protecção das empresas concorrentes. E tal finalidade primordial é de fácil compreensão. Pense-se na hipótese académica de uma empresa<sup>3</sup> em posição dominante, capaz de influenciar a estrutura do mercado e, como tal, praticar preços não competitivos. Num plano a curto ou médio prazo, os consumidores beneficiariam dos preços abaixo do custo, pois o preço praticado pela empresa dominante seria menor em comparação ao preço das empresas concorrentes. Mas no plano a longo prazo as empresas concorrentes, seriam excluídas, o que possibilitaria que a empresa em posição dominante obtivesse uma posição monopolista no mercado e praticasse preços mais altos.

Um segundo ponto a ter em conta diz respeito à prática em si que o artigo 102º do TFUE proíbe<sup>4</sup>. A aplicação da norma em questão exige que a empresa seja dominante no mercado relevante. Contudo, a constatação da posição dominante por

---

<sup>3</sup>O conceito de empresa deve ser interpretado de forma ampla, para uma melhor análise desta questão cf. Acórdão do TJ de 23/04/91, *Hofner*, Proc. C-41/90 e KORAH, *Valentine- An Introductory Guide to EC Competition Law and practice*. Paperback, 2007, p. 36.

<sup>4</sup>Relativamente a uma aplicação cumulativa dos artigos 101 e 102º do TFUE, cf. Acórdão do TG de 10/07/90, *Tetra Pak /Comissão*, Proc. T-51/89.

parte de uma empresa, não pode por si só ser considerada “proibida” pelo TFUE. A *ratio* do artigo 102º TFUE não é impedir uma situação de monopólio, nem uma aquisição tendente a tal situação, mas sim impedir e reprimir uma exploração abusiva de tal posição ou uma forma ilegítima de aquisição.

Por fim, o artigo 102º do TFUE, consagra uma proibição absoluta, ao contrário do que acontece no âmbito do artigo 101 nº3 do TFUE, não existindo a possibilidade de a empresa beneficiar de qualquer isenção, sendo a norma invocável por qualquer interessado perante os tribunais nacionais.

## 1.2. O conceito da posição dominante

O conceito de posição dominante não está expressamente definido no Tratado, pelo que a sua construção tem sido feita ao longo do tempo pela doutrina, Comissão Europeia (CE) e Tribunal de Justiça (TJ).

No caso *United Brands* o TJ estabeleceu que a posição dominante de uma empresa “diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores.”<sup>5</sup>

Como Chalmers refere, “o domínio de uma empresa afere-se pelo poder de prejudicar o Proc. dos preços competitivos, quer por prejudicar os consumidores ou concorrentes. A partir desta perspectiva, poderá dizer-se que existem diferentes graus de domínio. Algumas empresas podem enfrentar a concorrência de outras, mas são fortes o suficiente para se manterem competitivas no mercado, contudo, independentemente do grau de domínio, o TJ mede o domínio em primeiro lugar considerando a participação das empresas no mercado e em segundo lugar a posição das empresas face aos seus concorrentes e consumidores.”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Cf. Acórdão do TJ de 14/02/78, *United Brands/Comissão*, Proc. 27/76, para. 65.

<sup>6</sup>Cf. CHALMERS, Damian; HADJIEMMANUIL,Christos; MONTI,Giorgio; TOMKINS,Adam – *European Union Law*. Cambridge University Press, 2009, p. 1041.

A posição dominante de uma determinada empresa apura-se com referência ao mercado relevante. É através do delimitação prévia do mercado relevante que será possível apurar a posição dominante de uma empresa.<sup>7</sup>

### 1.3. O conceito de abuso

Outro elemento essencial, ainda que num plano material, para o preenchimento dos requisitos do artigo 102º do TFUE é a existência de uma prática abusiva.

Paralelamente do que acontece para o conceito de posição dominante, não existe uma definição clara e inequívoca do conceito de abuso de posição dominante. A letra do artigo 102º TFUE apenas fornece um conceito geral de abuso, recorrendo a uma enunciação meramente exemplificativa dos vários tipos de comportamento que podem ser reconduzidos ao conceito de abuso.

Poderemos definir uma conduta abusiva como sendo aquela em que uma empresa utiliza o seu poder de mercado para obter vantagens, que não poderia obter num quadro de concorrência efectiva ou quando utiliza a sua posição para restringir ou eliminar substancialmente a concorrência no mercado. O TJ na decisão ao caso *Continental Can*, adoptou uma concepção ampla e objectiva de abuso.<sup>8</sup> A afectação do comércio deve ser uma afectação sensível, ou seja, uma significativa restrição da concorrência no mercado relevante, sendo que a prova desta afectação sensível passa pela probabilidade de o comportamento abusivo afectar de forma sensível a concorrência.<sup>9</sup> Assim, o comportamento para ser abusivo necessita de constituir “práticas susceptíveis de prejudicarem directamente os consumidores, mas igualmente às que os prejudiquem através do seu impacto sobre uma estrutura efectiva da concorrência”<sup>10</sup> Não será relevante determinar qual foi o elemento volitivo da conduta, ou seja, não será relevante saber se a conduta da empresa em posição dominante se baseou num clara intenção de abusar da sua posição, ou simplesmente por negligência

---

<sup>7</sup> Cf. Acórdão do TJ de 13/02/79, *Hoffmann-La Roch/Comissão*, Proc. 85/76. Para uma análise mais pormenorizada relativa à definição de delimitação de mercados relevantes, cf. FERRO, Miguel Sousa- *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência*. Almedina, 2015.

<sup>8</sup> Cf. Acórdão do TJ de 21/02/73, *Continental Can/Comissão*, Proc. 6/72, para.22-27.

<sup>9</sup> Cf. Acórdão do TJ de 9/11/83, *Michelin/Comissão*, Proc. C-322/811983.

<sup>10</sup> Cf. Acórdão *Continental Can/Comissão*, para.26.

praticou actos abusivos. Neste entendimento, a CE não é obrigada a provar o objectivo e os efeitos anti concorrenciais.<sup>11</sup>

A jurisprudência defende a existência de dois tipos de abuso: abuso por exclusão e por exploração.<sup>12</sup>

No caso *United Brands*, o TJ definiu o abuso de exploração como a prática em que “ empresa em posição dominante utilizou as possibilidades que resultam dessa posição para obter vantagens comerciais que não teria podido obter face a uma concorrência normal e suficientemente eficaz”<sup>13</sup>. A definição de abuso por exclusão foi expressamente consagrada no caso *Hoffmann-La Roche*, assim, “a exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.”<sup>14</sup>

O artigo 102º do TFUE fornece-nos uma enumeração exemplificativa de vários tipos de comportamentos que podem ser considerados abusivos. De entre as práticas abusivas destacam-se os preços predatórios<sup>15</sup>, recusa de venda, vendas ligadas<sup>16</sup> e a compressão de margens<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Parece ser este o entendimento do TJ no caso *Hoffman-La Roche*. A questão não é pacífica na doutrina. Este facto deve-se à actuação o TJ nos casos *AKZO* e *Tetra Pack II*. Nos casos referidos, o TJ considerou que teria de se fazer prova que existia por parte das empresas um plano para eliminar a concorrência. Contudo a vertente maioritária apoia a irrelevância do carácter intencional. Neste sentido, MONTEIRO, Luís Pinto- *A recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual no Direito da Concorrência*. Almedina, 2010, p. 217; Sofia Pais, ob. cit., p. 485; Paul-Jonh-Loewenthal, “*The defense of objective justification in the application of article 82 EC*”, WC, 2005, 28,4, p. 471-474.

Como salienta Miguel Gorjão-Henriques, apesar de ser irrelevante a motivação que originou o abuso, a verdade é que no âmbito das sanções previstas pelo Reg. (CE) nº 1/2003, a CE goza de discricionariedade para apreciar a gravidade do comportamento empresarial, definindo se actuaram com dolo ou negligência. Na determinação concreta da sanção a aplicar deve atender às circunstâncias atenuantes ou agravantes existentes. Cf. HENRIQUES- Miguel Gorjão- *Direito da União*. Almedina, 2010, p.708.

<sup>12</sup> Cf. Acórdão do TG e 8/10/96, *Compagne Maritime Belge/Comissão*, Processo T-24/93. Tal distinção visa de algum modo equilibrar os interesses subjacentes à propriedade intelectual e à defesa da concorrência. Para um maior detalhe da questão, Sofia Pais, ob. cit., p. 521.

<sup>13</sup> Cf. Acórdão *United Brands /CE*, para. 249.

<sup>14</sup> Cf. Acórdão *Hoffman- La Roche*, para. 91.

<sup>15</sup> Cf. Acórdão do TJ de 3/07/91, *AKZO*, Proc. C-62/86.

<sup>16</sup> Cf. Acórdão do TJ de 2/03/94, *Hilti/Comissão*, C-53/92.

<sup>17</sup> Cf. Acórdão do TJ de 29/04/04, *British Sugar/Comissão*, Proc. C-359/01-P.

Diferentemente ao que acontece expressamente no âmbito do artigo 101º do TFUE, o artigo 102º não prevê a hipótese de os comportamentos das empresas dominantes serem justificados à luz do direito da concorrência. Contudo, O TJ já admitiu a hipótese de certos comportamentos abusivos poderem ser justificados, através de uma ponderação concorrencial. “Assim a empresa poderá demonstrar que o seu comportamento é objectivamente necessário ou produz ganhos de eficiência substanciais que compensam qualquer efeito anti concorrencial a nível dos consumidores”<sup>18</sup> Os ganhos de eficiência por sua vez têm de preencher os requisitos, cumulativamente, da proporcionalidade, causalidade e mais-valia.

#### 1.4. A recusa de contratar

“Regra geral, o direito da concorrência não obriga as empresas a contratar nem lhes impõe os parceiros comerciais. Por outro lado, nas economias de mercado, a propriedade privada e a liberdade contratual são princípios estruturantes do ordenamento jurídico e económico e só em circunstâncias verdadeiramente excepcionais se sobrepõem outros interesses. Por outro lado, é no interesse dos consumidores que as empresas reservam para uso próprio as vantagens competitivas que desenvolveram. A intervenção política da concorrência nesta área exige por isso as maiores cautelas”<sup>19</sup>

A alínea b) do artigo 102º do TFUE estabelece que “ é incompatível com o mercado interno e proibido (...) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores “, nestes casos estamos perante uma recusa de venda. A recusa de venda constitui um subconjunto do abuso de posição dominante<sup>20</sup>.

Na jurisprudência europeia a primeira vez que o TJ se pronunciou sobre a recusa de venda de empresa em posição dominante foi no caso *Commercial Solvents*.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Miguel Gorjão-Henriques, ob. cit., p.704.

<sup>19</sup> JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo – *Abusos de Posição Dominante*. Almedina, 2012, p. 127. O autor faz referência na distinção entre recusas em contratar com concorrentes das recusas em contratar com não concorrentes. “No primeiro caso trata-se de empresas dominantes que controla um meio de produção necessário para desenvolver uma actividade num determinado mercado relacionado, recusa fornece-lo a empresas que o solicitam e, ao mesmo tempo, concorre com elas no mesmo mercado”. Já no segundo caso “trata-se de vendas ligadas, discriminação abusiva ou os acordos de compra exclusiva destinados a clientes da empresa dominante”.

<sup>20</sup> SILVA- Miguel Moura e – *O abuso de posição dominante na nova economia*. Almedina, 2010, p.203.

<sup>21</sup> Cf. Acórdão do TJ de 6/03/74, *Commercial Solvents/Comissão*, Processos apensos 6 e 7/73.

Os casos de recusa de contratar surgem maioritariamente quando uma empresa integrada verticalmente recusa, directa ou indirectamente, conceder uma licença de um determinado direito ou o acesso a determinado bem. Esta recusa pode levar à exclusão da concorrência.

Na decisão ao caso *Commercial Solvents*, o TJ afirmou que existiria recusa de venda, e como tal abuso de posição dominante quando uma “empresa em posição dominante no mercado de matérias-primas e, que por esse facto, estar em condições de controlar o abastecimento de fabricantes de produtos derivados, não pode (...) adoptar um comportamento susceptível de eliminar a concorrência”.<sup>22</sup>

Ainda que estivessem completamente delimitada à recusa em fornecer matérias-primas, a verdade é que “através desta decisão foram enunciados princípios que posteriormente foram reiterados na jurisprudência da União Europeia”<sup>23</sup> no domínio da teoria da infra-estrutura essencial.

### 1.5. A recusa de contratar no panorama nacional

Por fim, uma breve nota relativa à legislação nacional. A Lei 19/2012 consagra no seu artigo 11º a proibição de abuso de posição dominante. “*É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste*”, prevendo expressamente no nº2al.e) que a recusa de acesso à infra-estrutura essencial, assim estabelece, “*recusar o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.*”

Com o revogar da Lei nº 18/2003 pela Lei nº 19/2012 tentou alcançar-se um maior alinhamento com o regime europeu. Contudo, como salienta Robalo Junqueiro, apesar da tentativa de alinhamento com a norma do 102º do TFUE, a verdade é que tal

---

<sup>22</sup>Cf. Acórdão *Commercial Solvents*, para.25.

<sup>23</sup> Luís Pinto Monteiro, ob. cit., p. 102.

preceito não contempla, em nenhuma das suas 4 alíneas, a recusa de fornecimento, o que coloca a questão de saber qual o significado a que deverá atribuir-se à legislação nacional. No entendimento do autor, “à semelhança do que acontece com o artigo 102º do TFUE, o regime nacional do abuso de posição dominante não necessitava de contemplar expressamente a proibição de recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial” contudo, a intenção do legislador terá sido “a de não dar lugar a eventuais dúvidas que a sua eliminação do rol de comportamentos na Lei nº 18/2003 pudesse originar”<sup>24</sup>

## 2. A teoria do acesso à infra-estrutura essencial

No âmbito da recusa de contratar proibida pelo artigo 102º do TFUE surge a teoria do acesso à infra-estrutura essencial<sup>25</sup>.

A sua génese remonta ao direito norte-americano no caso *United States vs Terminal Road*<sup>26</sup>. O Tribunal Norte Americano estabeleceu dois requisitos: que esteja em causa a dependência em relação a um bem, sendo que existe a impossibilidade de superar tal dependência através de bens próprios.<sup>27</sup>

No direito da união europeia a primeira referência expressa à teoria da infra-estrutura essencial remonta ao caso *SeaLink*<sup>28</sup>, numa decisão da CE. Apesar da sua fragilidade, a verdade, é que a decisão da CE definiu as linhas gerais a ter em conta na

---

<sup>24</sup>Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., p. 138.

<sup>25</sup>Como refere Sofia Pais, ob. cit., p. 540, a própria noção de infra-estrutura levanta desde logo problemas quanto à sua delimitação. Podendo abranger, numa dimensão mais ampla, instalações físicas, consideradas onerosas e de difícil multiplicação, quer instalações “únicas”. Será nesta última hipótese que se situam os direitos de propriedade intelectual.

<sup>26</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 23/10/1992, *Terminal Railroad v. United States*, 244 U.S. 383.

<sup>27</sup>Para uma análise mais cuidada da teoria da infra-estrutura essencial no direito norte-americano, Robert Pitovsky; Donna Patterson e Jonathan Hooks, *The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*. *Antitrust Law Journal*, 2002-2003, 70, p. 443-62. A relutância da aplicação da teoria das infra-estruturas essenciais pelos tribunais superiores norte-americanos leva ao questionamento do seu progressivo desaparecimento. Questionando mesmo a própria existência da teoria da infra-estrutura essencial, afirmando “the essential facility doctrine is not dead, it never existed. But the essential facility idea might survive with due limitations”. Rodenhause Muller, *Rise and Fall of the Essential Facility Doctrine*, *European Competition Law Review*, 2008, p. 310-29.

<sup>28</sup> A denúncia à CE surgiu por parte da empresa Sea Containers. Estaria em casa a utilização de um ferry que ligava a Grã-Bretanha à Irlanda. A proprietária desse ferry, a empresa Sealink, estaria a reduzir a capacidade portuária, de forma a assegurar a sua posição dominante no mercado, e aplicando condições menos favoráveis a empresas concorrentes, objetando por vezes o acesso às instalações sem causa justificativa. Cf. Decisão da CE de 21 de Dezembro de 1993, *Sea Containers contra Sealink*- Medidas Provisória, J.O. L 15, de 18 de Janeiro de 1994, para. 57.

aplicação da teoria da infra-estrutura essencial. Como refere Richard Whish, foi no caso *SeaLink* que se estabeleceu a verdadeira teoria europeia a infra-estrutura essencial<sup>29</sup>.

Do essencial da decisão da CE no caso *Sealink*, muito próxima daquilo que foi a decisão do tribunal norte-americano no caso MCI<sup>30</sup>, podemos retirar que estaremos perante uma infra-estrutura essencial quando:

- I. Em causa está uma infra-estrutura de dimensão significativa muito difícil de duplicar;
- II. Sem essa infra-estrutura as empresas concorrentes não poderão prestar a sua actividade no mercado secundário;
- III. O comportamento abusivo consiste numa recusa injustificada ou numa concessão de acesso em condições menos favoráveis do que as aplicadas aos seus próprios serviços, deste comportamento recusa uma desvantagem concorrencial;<sup>31</sup>

## 2.1. A aplicação da teoria da infra-estrutura essencial

Estando em causa a aplicação da teoria da infra-estrutura essencial, surge a questão de saber se a aplicação da teoria exige iguais requisitos estando em causa a aplicação a direitos tangíveis ou intangíveis.

A questão estará longe de ser pacífica na doutrina. Apesar da essencialidade que os caracteriza, bens corpóreos ou imateriais, a sua génese, manutenção e período temporal de funcionamento não é igual. Relativamente a bens materiais estão, normalmente, associados infra-estruturas de grande envergadura, de difícil duplicação e muitas das vezes sob domínio público ou em parcerias público-privadas. Ou seja, o

---

<sup>29</sup> WISH, Richard; Bailey, David - *Competition Law*. Oxford, 2012, p. 670.

<sup>30</sup> Miguel Moura e Silva, *O abuso de posição...*, ob.cit., p. 357, questiona se face aos requisitos fornecidos pelo tribunal estaremos perante uma nova noção de abuso, com requisitos específicos por comparação com o abuso em geral. Contudo, nega tal facto. Assim “ a noção de “infra-estrutura essencial traduz a existência de um monopólio, de um poder de controlo de acesso ao mercado. (...) O conceito de infra-estrutura essencial recolhe em si dois elementos; um subjectivo e outro objectivo. O primeiro é a posição de especial poder de que se encontra investida a empresa dominante; o segundo, a possibilidade de eliminação da concorrência pela recusa de acesso. Ou seja, o seu sentido tem uma dimensão expressiva, mas não substitui os conceitos subjacentes ao abuso de posição dominante.”

<sup>31</sup> Cf. Acórdão do TJ de 21 de Dezembro de 1993, *Sealink*, Proc. IV/34.689, JO L 15/8 de 18.1.94.

investimento total ou maioritário realizado para a criação e manutenção é de origem pública, sendo que o investimento privado existente resulta de concessões.

O mesmo já não acontece no domínio de direitos de propriedade intelectual. Resultam na maioria das vezes de um forte investimento privado em investigação e aperfeiçoamento. O investimento visa a criação de um produto capaz de ser inovador no mercado, e não o sendo, um produto mais perfeito face aos já existentes, assumindo o risco associado à prática empresarial. As próprias características inerentes ao direito de propriedade intelectual justificariam em alguma medida uma solução diferente, correndo o risco de se tal não acontecer a protecção conferida se tornar precária.<sup>32</sup>

Para alguns autores a aplicação da teoria deverá ser o mesmo, independentemente de se estar na presença de bens materiais ou imateriais. Não só porque uma aplicação diferenciada acarreta sempre um grau de incerteza jurídica que se pretende evitar e mesmo pela *praxis* das decisões dos tribunais da União Europeia, que aplicam a teoria indiferenciadamente. Na mesma linha de pensamento defendem que o facto da inovação e investimento também poderá ficar comprometido no licenciamento de bens materiais. O próprio investimento ou retorno financeiro de determinado bem não origina, por si só, inovação. Por último, defendem que diferenças entre direitos de propriedade e propriedade intelectual serão irrelevantes, visto que ambos os casos, ambos conferem o direito de excluir terceiros. Parece-nos que esta posição será de rejeitar, pelos motivos que veremos de seguida.<sup>33</sup>

Ainda que apontando algumas críticas aos métodos invocados para defender uma aplicabilidade indiferenciada da teoria da infra-estrutura essencial, Sofia Pais defende que a teoria da infra-estrutura essencial deverá ser aplicada indiferenciadamente em ambos os casos, com um aspecto diferenciador relativo aos requisitos exigidos. Garantindo as especificidades que caracteriza estes direitos e sem que de alguma forma os torne imunes face aos direitos da concorrência. Como tal sugere uma aplicação de critérios distintos consoante esteja em causa o licenciamento de direitos de propriedade

---

<sup>32</sup> Neste sentido, Luís Pinto Monteiro, ob. cit. p.89ss. François Lévêque, “*Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*”, Forthcoming in *World Competition*, 2005, p. 12, defende que um licenciamento compulsório de um direito de propriedade intelectual poderá resultar numa diminuição da segurança jurídica normalmente associada à protecção dos investimentos em inovação e desenvolvimento.

<sup>33</sup> Neste sentido, Cyril Ritter, “*Refusal to deal and essential facilities: does intellectual property require special deference compared to tangible property?*”, *WC*, 2005, 28, 3, p.298.

intelectual.<sup>34</sup> Para a autora os aspectos que deverão ser tidos em conta passam por não ignorar as características que diferenciar um direito de propriedade intelectual e um direito de propriedade em si mesmo. Outra questão a ter em conta será a rejeição do argumento que um tratamento mais benéfico aos direitos de propriedade levará a distorções dos comportamentos concorrenciais. Tal argumento parece de rejeitar, pois “se a intenção das empresas for restringir a concorrência, e o direito de propriedade intelectual o pretexto, sempre poderá tal conduta fraudulenta ser punida pelas autoridades”. Também será de rejeitar o argumento que estará em causa um direito de reduzido valor criado pela legislação nacional. Como facilmente se perceberá não será da competência do TJ definir e regulamentar o conteúdo dos direitos de propriedade intelectual. Por fim, uma solução monista, a posição que defende uma igual aplicação da teoria da infra-estrutura essencial, acarretaria a longo prazo efeitos nefastos a nível de desenvolvimento e inovação empresarial.

Em nossa opinião, este entendimento concilia “o melhor de dois mundos”. Dar o mesmo tratamento a direitos que por si só não são iguais leva a soluções injustas. Assim, esta posição não só tutela o direito da concorrência, como por outro lado, não negligencia a tutela conferida aos direitos de propriedade intelectual.

## 2.2. A obrigação de licenciar DPI

Os DPI são direitos exclusivos. Como direitos exclusivos eles conferem ao seu titular um incentivo para o desenvolvimento de invenções que contribuiram para o progresso e bem-estar social. Da exclusividade resulta ainda a capacidade de o titular do direito ver protegida a sua posição jurídica contra terceiros, que de alguma forma tentem utilizar os seus direitos. A exclusividade conferida aos DPI durante um certo período tem tempo tem como objectivo o retorno monetário daquilo que o sujeito investiu na sua criação e ainda um possível lucro. Está inerente uma ideia de “compensação” ao detentor do direito exclusivo pelos custos de investigação que suportou e pelos riscos

---

<sup>34</sup> Sofia Pais, ob. cit. p. 593. Esta posição vai no mesmo sentido das conclusões do AG Jacobs, ao caso *Bronner*. No caso de licenciamento de DPI é necessário ter em conta que a empresa dominante estará a ser obrigada a licenciar os frutos dos seus trabalhos e pesquisa, que poderá comprometer o desenvolvimento de novos produtos. Para que tenha em conta esses factores, deverá nestes casos ser aplicado um teste mais rigoroso, que passará, por exemplo, pela imposição da empresa que requerente provar que aquela licença é necessária mas que será com base nela que desenvolverá novos produtos. Cf. Conclusões do AG Jacobs ao caso *Bronner*, Proc. C-7/97, para. 62-69.

que incorreu. “O pressuposto deste raciocínio é o de que a disciplina do mercado por si só, levaria a um nível de invenção inferior ao óptimo devido a um problema de aversão natural ao risco que alguns agentes económicos e aos problemas de apropriação dos benefícios da inovação por terceiros.”<sup>35</sup>

No licenciamento compulsório a disponibilidade de acordar os termos da licença não se encontra na disponibilidade das partes.

Neste domínio surgem várias problemáticas. O primeiro aspecto diz respeito à colisão de interesses entre o direito da concorrência e o direito da propriedade intelectual. Na medida em que a principal garantia que os DPI visam é conferir um equilíbrio entre a tutela conferida ao incentivo à inovação e a utilização das mesmas, sendo que a concessão de direitos exclusivos poderá constituir um factor de restrição da concorrência.<sup>36</sup>

O segundo aspecto diz respeito ao facto da empresa em posição dominante ser obrigada ao licenciar bens ou serviços protegidos por um direito de propriedade intelectual. Esta restrição poderá constituir um factor de desincentivo à inovação<sup>37</sup>. Como refere o AG Jacobs<sup>38</sup>, nas suas conclusões gerais ao caso *Bronner*, no caso de licenciamento de DPI é necessário ter em conta três pressupostos: a autonomia privada como princípio geral de direito; a ingerência das regras da concorrência na liberdade de contratar de uma empresa deve ponderar diversos factores, nomeadamente o incentivo empresarial e o estímulo concorrencial; e por fim o objectivo que o 102º do TFUE visa atingir será impedir as distorções de concorrência que prejudiquem os consumidores.<sup>39</sup>

Do ponto de vista dos autores que objectam a aplicação da teoria da infraestrutura essencial aos DPI estará em causa o desincentivo à inovação que

---

<sup>35</sup> SILVA, Miguel Moura e- *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência: Estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*. Almedina, 2003, p.56.

<sup>36</sup> Para Lipsky e Sidak, “*Essential Facilities*”, SLR, 1999, vol. 51, Nº 5, p.1187, a aplicação da teoria da infra-estrutura essencial aos DPI leva ao perigo da subsistência da protecção conferida por estes direitos.

<sup>37</sup> Estudos empíricos demonstram que não será a tutela conferida aos DPI que faz as empresas investir. Para Miguel Moura e Silva, *Ibidem*, p. 63, estes resultados são facilmente rebatidos, devido às demasiadas incerteza. Como tal, defende que a nível teórico a protecção conferida é importante para incentivar a inovação, apesar de no plano prático a valorização da protecção varia consoante a industria em causa. Em entendimento contrário, Simon Genevaz, *Against immunity for unilateral refusals to deal in intellectual property: Why antitrust law should not distinguish between IP and property rights*, BTLJ, 2004, vol. 19, p. 743 ss, para o autor os estudos comprovam que as licenças obrigatórias pouca relevância têm a nível de incentivos económicos à inovação.

<sup>38</sup> Conclusões do Advogado Geral Jacobs ao Proc. C-7/97 de 28 de Maio de 1998.

<sup>39</sup> Em igual sentido, Miguel Moura e Silva, *O abuso de posição...*, ob. cit., p. 364.

comprometerá o mercado concorrencial e um conseqüente parasitismo económico.<sup>40</sup> Para que o incentivo empresarial fique de certa forma assegurado devera aplicar-se nestes casos um teste mais rigoroso, que passará, por exemplo, pela imposição da empresa requerente provar que aquela licença é necessária para o desenvolvimento de novos produtos, não se limitando ao surgimento de um produto idêntico ou melhor ao já existente.

Os investimentos monetários realizados para a criação de determinada patente são geralmente elevados, não só porque necessitam de mão-de-obra bastante especializada capaz de criar um produto de boa qualidade. Produto, que será diferenciador relativamente aqueles que à altura da sua criação já existem no mercado. Com o lançamento do seu produto exclusivo no mercado, a empresa pretende retirar o maior lucro possível e adquirir uma vantagem concorrencial. O problema que o licenciamento compulsório de um direito de propriedade intelectual poderá culminar pelo posterior desincentivo empresarial em matéria de investigação e desenvolvimento.

<sup>41</sup>Se uma empresa possui dados objectivos e concretos de que o seu produto de sucesso terá de se partilhado com empresas concorrentes, poderá adoptar uma postura de comodismo, esperando que outras empresas invistam primeiramente para posteriormente beneficiar dos resultados, não adoptando o risco associada à prática empresarial.<sup>42</sup>

O terceiro aspecto tem que ver com o apuramento do montante compensatório. Não se poderá negar o papel relevante que a compensação possui um neste tipo de casos. Será a compensação que irá assegurar o investimento futuro nas infra-estruturas essenciais. Como tal, cabe às instituições competentes no domínio do direito da

---

<sup>40</sup> Para Luís Pinto Monteiro, ob. cit., p. 89, o não licenciamento levaria a uma migração dos concorrentes que beneficiaram de uma hipotética licença para outros campos empresariais, podendo tal hipótese se revelar de maior sucesso e contribuir para o bem-estar social, evitando atitudes parasitárias concorrenciais.

<sup>41</sup> Para Sofia Pais, ob. cit., p. 590 ss, este argumento não é exclusivo dos direitos de propriedade intelectual. Visto que a propriedade tangível pode exigir igualmente investimentos sensíveis, bem como exercer uma função de recompensa. Um segundo aspecto prende-se com o facto de os investimentos financeiros não implicarem automaticamente um acréscimo de inovação.

<sup>42</sup> Esta prática denomina-se por parasitismo económico. O parasitismo económico resulta da prática em que uma empresa concorrente procura retirar do aproveitamento inerente ao parasitismo económico vantagens ao nível da economia de esforços realizada mediante o lançamento no mercado do mesmo produto ou serviço a um preço mais baixo e da diminuição dos riscos próprios da inovação, procurando alcançar à conta do parasitado a vantagem concorrencial que lhe caberia de acordo com as regras de uma mercado funcional. Trata-se de uma dependência, que se transmite através de uma ausência de um esforço criativo, limitando-se o concorrente a incorporar o trabalho de outrem ou a aproveitar o poder evocativo que um determinado elemento diferenciador tem junto do público. Cf. AMORIM, Ana Clara Azevedo de- *Parasitismo económico e Direito*. Almedina, 2009, p. 173.

concorrência encontrar um justo equilíbrio, capaz de evitar resultados adversos de excessiva protecção dos concorrentes. Uma tutela excessiva desencadeia um prejuízo no espaço inovatório, comprometendo a dinâmica concorrencial. Infelizmente, este Proc. de apuramento do montante compensatório mostra-se pouco claro e satisfatório.<sup>43</sup>

Em suma, uma concorrência efectiva tem a sua dimensão que transcende apenas os preços praticados, surge numa oferta de melhores produtos. Portanto, não se poderá negligenciar os factores da inovação e do desenvolvimento. São eles um dos pilares da economia moderna e de um sistema capitalista, focados no exercício da actividade económica, de um dinamismo empresarial e de um bem-estar social.

### **3. A problemática do licenciamento dos DPI na Jurisprudência da União Europeia**

#### **3.1. Do caso Magill ao caso Microsoft**

##### **3.1.1. Caso Magill**

Foi no caso *Magill*<sup>44</sup> que surgiu pela primeira vez na jurisprudência a aplicação da teoria da infra-estrutura aos direitos de propriedade intelectual. O acórdão *Magill* inicia, de forma pouco consensual, a aplicação da teoria a bens imateriais.

Como refere Sofia Pais, no caso *Magill* “ a questão já não é o de saber se a recusa em contratar em continuar a fornecer deve ser encarada como um abuso, mas sim se uma empresa pelo facto de deter um certo poder económico no mercado é obrigada a

---

<sup>43</sup> Luís Pinto Monteiro, ob. cit., p.199, questiona em que medida estarão os órgãos e tribunais aptos a aplicar estas licenças. “ A formação dos preços com base na oferta e da procura, uma “fixação musculada” associados à compensação de licenças compulsórias é espória e contraproducente. Os critérios utilizados são poucos claros e potenciam significativas perdas para as empresas que recusaram contratar. Em igual sentido, Derek Ridyard, “*Compulsory Access Under EC Competition Law—A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price*”, E.C.L.R., 2004, 11, p.5, ao afirmar que as instituições europeias devem adoptar um comportamento mais activo na regulação de um critério capaz de calcular o montante compensatório, criticando a postura até agora adoptada, afirmando que “a requirement to grant access without specifying the terms of access leaves the problem only part-resolved.”.

<sup>44</sup> Cf. Acórdão do TJ de 6/04/95, *RTE/Comissão*, Proc. apensos C-241/91 e C-242/91. Neste Proc. discutia-se a legitimidade de as empresas RTE, ITP e BBC, titulares de direitos de autor sobre guias televisivos semanais, recusarem o licenciamento à empresa *Magill*, que pretendia a criação de uma revista de guias televisivos semanais.

entrar em negociações com outras empresas, com o objectivo da assegurar a concorrência nesse mercado.”<sup>45</sup>

Nas suas considerações, o AG Claus Gulmann<sup>46</sup> realçou a importância conferida ao núcleo duro dos direitos de propriedade industrial. Os titulares de tais direitos possuem a faculdade de recusar o licenciamento do seu direito, pela exclusividade que os caracteriza. Gulmann não deixa de salientar que poderá existir situações em que exista uma colisão de direitos, no domínio do direito da concorrência, e como tal, existir situações excepcionais que permitam que os titulares desses direitos sejam compelidos licenciar o seu direito. Conclui, que no caso em causa não se justifica a constatação de circunstâncias excepcionais.

O TJ, a par da CE tiveram entendimento diferente. No entendimento da Comissão, as empresas em causa abusaram da sua posição dominante ao recusarem o acesso às listas televisivas. Por sua vez, o TJ entendeu que a empresa dominante a não permitir o acesso às listas de programação estaria a impedir o aparecimento no mercado derivado de um novo produto, correspondente às guias de programação. Posteriormente, aproveitando a linha de pensamento do AG, esclareceu o que se devia entender por circunstâncias excepcionais. Estariam em causa situações em que existiria um novo produto, indispensável para a actividade empresarial da empresa que requer a licença. Como tal, uma recusa injustificada constituiria um entrave ao lançamento de um novo produto para qual existiria potenciais consumidores e levaria a uma exclusão da concorrência no mercado derivado.<sup>47</sup>

O que se deve entender por recusa injustificada de licenciamento? A recusa de licenciar determinado bem ou serviço não poderá constituir por si só uma violação do artigo 102º do TFUE. Estará na disponibilidade do titular do direito recusar negociar com terceiros, no âmbito do princípio da liberdade contratual.<sup>48</sup> “A condição negativa da falta de recusa objectivamente justificável na teoria da infra-estrutura essencial previne situações em que o resultado da sua aplicação criaria maiores desvantagens para

---

<sup>45</sup> Sofia Pais, ob. cit., p. 554 ss.

<sup>46</sup> Cf. Conclusões do AG Claus Gulmann aos processos apensos C-241/91 e 242/91, para. 11.

<sup>47</sup> Cf. Acórdão *RTE*, para. 2, 54 e 56.

<sup>48</sup> Richard Wish e David Bailey, ob. cit., p. 677, referem que o proprietário de uma infra-estrutura essencial não cometerá abuso de posição dominante se justificar essa recusa. Uma justificação objectiva passará, por exemplo, pela incapacidade técnica do agente que requer a recusa ou o facto de a infra-estrutura não comportar a utilização por mais de que um agente sem que perda as suas qualidades essenciais.

os consumidores, do que as criadas pela recusa do acesso, quer na diminuição da qualidade do serviço prestado, de um hipotético aumento de preço, devido a custos acrescidos que a empresa dominante teria de suportar pela obrigação de garantir o acesso”<sup>49</sup> Na jurisprudência europeia as empresas envolvidas em abuso de posição, na vertente recusa a contratar, têm justificado a sua recusa baseadas no facto de os DPI estarem protegidos e como tal não serem obrigadas a licenciar. As instituições europeias têm rejeitado tal argumento.<sup>50</sup>

Em suma, não poderá a recusa justificada pela titularidade de um direito de propriedade intelectual. Tendo em conta as circunstâncias do caso *Magill*, em que mercado primário era constituído pelas listas de programação e o mercado derivado pelas guias de programação, questiona-se se estaremos perante verdadeiros direitos de propriedade intelectual, sendo mesmo considerados “direitos menores”. A verdade é que as listas de programação não são resultado de uma actividade criativa. Este facto levou o TJ ter dado primazia à “comodidade” dos consumidores face ao direito de propriedade intelectual.

A decisão do caso *Magill* está longe de ser considerada satisfatória e pacífica na doutrina<sup>51</sup>. Várias questões ficaram com resposta em aberto. Não ficou esclarecido se os requisitos enunciados poderiam ser aplicados a todo e qualquer tipo de casos de recusa de licenciar e se os requisitos enunciados pelo TJ teriam natureza cumulativa ou alternativa. Contudo, constitui um passo importante na jurisprudência da união uma vez que desenvolveu o tema da recusa a contratar no domínio de direito de propriedade intelectual. O TJ enuncia um novo requisito em caso de limitação direitos de propriedade, nomeadamente, a introdução do conceito de “circunstancias excepcionais”, que se traduz na circunstância de existir um novo produto para qual exista uma procura potencial.

---

<sup>49</sup>MARQUES- Maria Manuel Leitão; SOARES- António Goucha- *Concorrência: estudos*. Almedina,2006, p. 62. Em igual sentido François Lévêque, ob. cit.,, p. 12, esta solução justifica-se sempre que as vantagens que decorrem para a promoção da concorrência não contrabalançam com os prejuízos resultantes para os consumidores. Esta solução não poderá ser tao linear quando se trata de direitos de propriedade intelectual.

<sup>50</sup> Cf. Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, n.º 238-239. Para a CE no caso *Microsoft*, a defesa dos DPI será de menor importância quando colocada em confronto com o impacto negativo que a recusa cria no nível de inovação de toda a indústria. Cf. Decisão da CE de 24 de Março de 2004, *Microsoft*, Proc. C-3/37.792, para. 783.

<sup>51</sup> Para uma análise mais pormenorizada, Sofia Pais ob. cit.,p.556 ss.

### 3.1.2.Caso Bronner

Posteriormente no caso *Bronner*<sup>52</sup>, algumas dúvidas ficaram esclarecidas. Apesar de não se tratar de um caso de licença de direitos de propriedade intelectual, foi a primeira vez que o TJ se pronunciou de forma clara sobre a existência da teoria da infra-estrutura essencial, “veio pôr fim a qualquer veleidade de instituir por via pretoriana um amplo dever de conceder acesso a infra-estruturas essenciais”.<sup>53</sup>

Merecem destaque as conclusões do AG Jacobs. Nas suas conclusões pondera ser “conveniente prestar especial atenção quando os bens ou serviços ou infra-estruturas às quais é pedido o acesso resultam de um investimento substancial. Pode ser esse o caso, em especial, no que refere à recusa de conceder uma licença sobre os direitos de propriedade intelectual. Conceder direitos exclusivos por um período limitado implica, por si só, comparar o interesse que apresenta a livre concorrência e o que há em estimular a investigação e o desenvolvimento bem como a criatividade.”<sup>54</sup> Todavia, se se impuser esta obrigação à empresa, é conveniente compensá-la amplamente, permitindo-lhe ao mesmo tempo afectar uma parte apropriada dos seus custos de investimento a esse fornecimento e rentabilizar de forma adequada o seu investimento pelo risco em que incorreu.”<sup>55</sup> Com estas afirmações parece ter defendido uma distinção da aplicação da teoria da infra-estrutura essencial consoante esteja ou não em causa o licenciamento de DPI.<sup>56</sup>

Em suma, a decisão do TJ baseou-se em elencar os três requisitos cumulativos: a existência de um recusa não objectivamente justificável da empresa dominante apta a eliminar a concorrência no mercado relevante, visto não existir um bem ou serviço real ou potencialmente substituível.

Outra questão que se levantou foi saber qual seria o critério de averiguação da impossibilidade de substituição: objectivo ou subjectivo? Passará por averiguar se aquele bem ou serviço é de difícil ou impossível multiplicação e que pelas suas

---

<sup>52</sup> Cf. Acórdão do TJ de 26/11/1998, *Oscar Bronner/Mediaprint*, Proc. C-7/97. O litígio opõe as empresas Mediaprint, grupo editorial austríaco que edita e distribui dois jornais de grande circulação, e a Oscar Bronner, que edita, fabrica e distribui um jornal diário de pequena circulação. A Oscar Bronner alega que a recusa da Mediaprint em integrar o seu jornal na sua rede de distribuição domiciliária constitui um abuso de posição dominante pela violação do artigo 102º do TFUE.

<sup>53</sup> Miguel Moura e Silva - *Direito da concorrência: uma introdução jurisprudencial*, ob. cit.,p.758.

<sup>54</sup> Cf. Conclusões o Advogado geral Jacobs ao Proc. C-7/97 para.62.

<sup>55</sup> Cf. Conclusões o Advogado geral Jacobs ao Proc. C-7/97 para.64.

<sup>56</sup> Damian Chalmers, ob. cit. p. 1062.

características é imprescindível para a realização da actividade comercial dos concorrentes, ou, deverá ter-se em conta as necessidades da empresa que requer a licença, aplicando assim um critério subjectivo? Em nosso entender a aplicação de um critério subjectivo levaria a um grau de incerteza jurídica indesejável que potenciaría um parasitismo face à empresa dominante. Parece que foi esse o entendimento do TJ que apoiando-se nas conclusões do AG Jacobs, afirmou a aplicação do critério objectivo.<sup>57</sup>

### 3.1.3.Caso *IMS*

No caso *IMS*<sup>58</sup> o TJ foi de novo chamado a resolver um caso de recusa de licenciamento de DPI. Tal como tinha acontecido anteriormente, o TJ recorda que em determinadas circunstâncias, os DPI podem ver o seu núcleo restringido. Houve a preocupação em salientar o preenchimento do requisito da indispensabilidade de surgimento de um novo produto, o que gerou no seio da doutrina alguma incerteza relativa ao facto de se poder tratar os DPI como infra-estruturas essenciais.<sup>59</sup>

Foi no domínio do caso *IMS* que o TJ parece ter posto fim às dúvidas existentes relativas ao carácter alternativo ou cumulativo ou alternativos dos requisitos da teoria da infra-estrutura essencial, afirmando o carácter cumulativo dos requisitos.<sup>60</sup> De facto, será de rejeitar a tese de apoio ao carácter alternativo dos requisitos. Seria demasiado “perigoso” afirmar que uma empresa incorria em abuso de posição dominante pelo facto de recusar negociar ou porque o seu direito constitui a única forma de acesso ao mercado pelos concorrentes.

---

<sup>57</sup> Apoiando a aplicação de um critério objectivo, Sofia Pais, ob.cit., p. 561; J. Temple Lang, *The principle of essential facilities in European Community competition law- the position since Bronner*, Journal of Network Industries, 2000, p. 375. Para o autor a aplicação de um critério subjectivo seria impor a obrigação da empresa dominante subsidiar a atividade da concorrente.

<sup>58</sup> Cf. Acórdão do TJ de 29/04/04, *IMS/Comissão*, Proc. C-418/01. O litígio opõe as empresas IMS, líder a nível mundial no fornecimento de informações à indústria farmacêuticas e de cuidados de saúde, e a empresa NDC, prestadora de serviços de base de dados com especialidade no sector farmacêutico. Em causa estará a recusa por parte da IMS em ceder à NDC uma licença para utilizar uma estrutura de 1860 módulos.

<sup>59</sup> Para Luís Pinto Monteiro, ob. cit, p. 127, a intenção do TJ não foi questionar se a teoria da infra-estrutura essencial poderia ser aplicada aos DPI. Para o autor foi intenção do TJ, ao reiterar o preenchimento do requisito do novo produto, um teste mais exigente para o licenciamento de DPI.

<sup>60</sup> Acórdão *IMS*, ob. cit., para.38.

### 3.1.4. Caso Microsoft

.Num espaço temporal mais recente surge na jurisprudência europeia o caso *Microsoft*<sup>61</sup>. Pela sua complexidade, factual e de direito, foi um caso amplamente discutido na doutrina.

Os factos remontam a Dezembro de 1998 aquando a Sun Microsystems requisitou à Microsoft um pedido de cedência de determinadas informações relativas aos seus sistemas operativos de forma a poder obter a interoperabilidade dos seus programas com o sistema operativo da Windows PC. No seguimento do pedido feito pela empresa Sun, a Microsoft recusa o fornecimento de tais informações argumentando que estas estariam protegidas por direitos de autor e como tal estaria na disponibilidade da Microsoft a cedência ou não dessas informações. Com base na recusa de a Microsoft fornecer as informações necessárias para garantir a interoperabilidade com o sistema *Windows*, a Sun intenta uma queixa junto da CE, argumentando que as informações detidas pela Microsoft são essenciais e imprescindíveis para que possa lançar um novo produto no mercado derivado. Decorridos seis anos, a CE condena a Microsoft por abuso de posição dominante por força do artigo 102º do TFUE, impondo a obrigação de licenciamento de informações relativas ao seu programa de sistemas operativos para PC e ao pagamento de uma coima no valor de aproximadamente 480 milhões de euros.

Na sua decisão, a CE começou por retomar a jurisprudência *Magill*. No seu entender, a prática da Microsoft de recusar de licenciar as informações relativas ao seu sistema operativo, essenciais para a criação por parte dos concorrentes de produtos alternativos, constituía um abuso de posição dominante, visto que poderiam ser aptas a eliminar a concorrência no mercado relevante. Face às “circunstâncias excepcionais do caso – o factor de produção era essencial, existia o risco de eliminação da concorrência, bem como o da limitação do desenvolvimento tecnológico e em detrimento dos consumidores- a CE decidiu que a recusa (...) não podia ser objectivamente justificável”<sup>62</sup>, simplesmente pelo facto de tais informações estarem protegidas pelo seu direito de propriedade intelectual. Apesar de reiterar a jurisprudência do acórdão *Magill*, a CE omitiu durante toda a sua argumentação o factor da indispensabilidade de um “novo” produto que já havia sido reiterado pela jurisprudência do TJ. A CE considerou

---

<sup>61</sup> Cf. Acórdão do TG de 17/09/07, *Microsoft/Comissão*, Proc. COMP/C-3/37.792.

<sup>62</sup> Sofia Pais, ob. cit., p. 585.

que os efeitos positivos decorrentes do não licenciamento do direito de propriedade intelectual não superavam os efeitos negativos de não o fazer.<sup>63</sup> A essencialidade do critério do “novo produto” foi discutida no caso Microsoft de forma mais ampla. O TG afirmou que as circunstâncias excepcionais estariam preenchidas não só pelo entrave ao lançamento de um novo produto como também pela existência de entraves na distribuição, limitação ou desenvolvimento técnico. A interpretação do conceito de novo produto foi ampliada “incluindo as meras utilizações ou desenvolvimento de produtos já existentes” pelo que resulta um alargamento do âmbito da infracção.<sup>64</sup>

Por seu lado, a defesa da Microsoft baseou-se essencialmente na tutela conferida ao seu direito de propriedade intelectual e, por outro lado na afectação do Proc. inovatório.<sup>65</sup> No entender da Microsoft o facto de ter de ceder informações relativas à interoperabilidade do seu sistema operativo acarretava uma alegada eliminação dos incentivos para inovar. Este argumento foi rejeitado pela CE, afirmando que os incentivos para inovação devem ser “aferidos na inovação como todo e nas várias dimensões do seu aproveitamento”<sup>66</sup>

A Microsoft aponta que as informações relativas aos seus sistemas operativos estão protegidos por direitos de autor e como tal estará na disponibilidade da sua esfera jurídica a decisão de as licenciar ou não. Alega, que sempre disponibilizou informações para que empresas que atuam no mercado derivado pudessem criar os seus produtos compatíveis com o seu sistema operativo. Existindo mesmo no mercado empresas que criaram produtos com base na informação que era prestada. Apesar de a CE atestar da

---

<sup>63</sup>Para alguma doutrina estamos perante o surgimento de um “novo teste” face ao já existente anteriormente e reiterado pelo TJ. Neste sentido, Derek Ridyard, *Compulsory access under EC competition law – A new doctrine of Convenient facilities and the case for Price regulation*, ECLR, 2004, vol. 25, 11, p. 670 e Damien Geradin- *Limiting the scope of article 82 EC: What can the EU learn from US Supreme Court judgment in Trinko , in the Wake of Microsoft , IMS and Deutsche Telekom ?*. CMLR, 2004. vol. 41, p. 1519. Para Luís Pinto Monteiro, ob. cit., p.149, o facto de não existir por parte da CE uma concreta demonstração quantos aos efeitos positivos e negativos leva a que o teste seja ambíguo. Sofia Pais ob. cit., p. 586 e ss, salienta que o novo teste da CE será mais objectivo e em termos económicos mais consistente, visto que o teste do “novo produto” acarreta uma complexa comparação entre os produtos já existentes e os emergentes, envolvendo uma certa margem de discricionariedade, podendo ser um teste de difícil aplicação no caso de determinadas indústrias.

<sup>64</sup> Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., p. 151.

<sup>65</sup> Numa ponderação entre a lei da concorrência e a dualidade inovação e desenvolvimento, Carsten Reimann- “*Essential Function vs Essential Facility: Defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft*”, The competition law review, 2004, vol. 1, páginas 49-64.

<sup>66</sup> Miguel Moura e Silva, *O abuso de posição ...* Ob. cit., p. 538. O entendimento do autor vai no segmento do defendido pela CE, afirmando que “ os incentivos à inovação têm de ser visto de forma global e não tomando a árvore pela floresta: o potencial de inovação nos sistemas operativos para servidores será seguramente maior com vários concorrentes do que sem eles. ”

veracidade deste facto considerou que as informações prestadas eram insuficientes, na medida que seria muito difícil para os concorrentes permanecerem activamente no mercado. Posteriormente, o TG confirmou a decisão da CE e condenou a Microsoft por abuso de posição dominante.<sup>67</sup>

Do balanço final do caso Microsoft é perceptível a complexidade dos factos. E vários aspectos se destacam. O primeiro diz respeito à enunciação de um novo teste por parte da CE, que posteriormente foi afastado pelo TG. Em nosso entender, o novo teste baseado na ponderação de efeitos positivos e negativos que a licença produz revela-se de facto mais objectivo em termos económicos<sup>68</sup>. Contudo, a CE pecou por não demonstrar no caso Microsoft qualquer tipo de critérios que comprovasse que o teste seria mais “benéfico” do que o teste do novo produto. Facilmente se constata a severidade da decisão do desfecho do caso Microsoft. A severa vem de certa forma sancionar a Microsoft pelo seu comportamento como empresa super dominante no mercado relevante, e como tal detentora de responsabilidade acrescida no domínio do cumprimento das regras da concorrência.<sup>69</sup>

Em suma, dos casos jurisprudências analisados, constatamos que os requisitos enunciados pelo TJ na aplicação da teoria d infra-estrutura essencial são bastante exigentes, tendo mesmo de existir um preenchimento cumulativo de todos os requisitos.

Assim estaremos perante uma obrigação de licenciar sempre que:

- I. Está em causa ou produto ou serviço indispensável para o exercício de determinada actividade num mercado relacionado;
- II. Existe uma recusa não objectivamente justificável;
- III. Essa recusa é susceptível de excluir toda e qualquer concorrência efectiva no mercado derivado;
- IV. E por fim, constitui um entrave ao lançamento de um novo produto para qual existe uma procura potencial por parte dos consumidores;

Podemos constatar que o requisito mais importante diz respeito à indispensabilidade do produto para a concorrência num mercado relacionado. “Na

---

<sup>67</sup> Cf. Acórdão *Microsoft*, para.647 e ss.

<sup>68</sup> Neste sentido, Sofia Pais, ob. cit. p.

<sup>69</sup> A CE considerou mesmo existir um padrão geral de actuação da Microsoft no mercado relevante. Cf. Decisão da CE de 24 de Março de 2004, Proc. COMP/C-3/37.792, para.573-577.

verdade, é devido a essa indispensabilidade que uma recusa poderá resultar na eliminação da concorrência efectiva no mercado relacionado e dar origem a um prejuízo para o consumidor”<sup>70</sup> Se existir outros meios alternativos ainda que mais dispendiosos capazes de produzir o mesmo resultado, então a recusa torna-se justificada. Na recusa de fornecimento de direitos de propriedade intelectual, o TJ introduz um novo requisito: as circunstâncias excepcionais, pelo que são essas circunstâncias excepcionais que justificam a restrição do direito pertencente ao titular. Estará em causa o lançamento de um novo produto para qual existe uma potencial procura por parte dos consumidores. Por fim, uma breve referência às decisões da CE e do TG no caso Microsoft. Parece ter sido intenção da CE e posteriormente do TJ interpretar o conceito do “ novo produto” de forma ampla, alargando o âmbito de aplicação da infracção. Considerando que as circunstâncias excepcionais estariam preenchidas com a existência de limitações à produção, distribuição ou desenvolvimento técnico.

#### **4. Aplicação da teoria da infra-estrutura essencial às patentes essenciais?**

No âmbito do licenciamento de DPI surge o regime das SEP, as *standard essential patents*. Como a sua própria terminologia indica, são patentes essenciais. Ou seja, para que determinada empresa possa criar determinado produto ou serviço necessita obrigatoriamente de recorrer à patente essencial.<sup>71</sup> A atribuição da categoria de SEP a determinado produto implica o compromisso de negociar em condições FRAND (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms*).

Será possível submeter as SEP's à teoria da infra-estrutura essencial em casos de recusa de licenciamento? A resposta parece ser negativa. A *praxis* jurisprudencial e da CE tende a criar um regime autónomo quando chamadas a resolver litígios que envolvam SEP. Os casos que opõe a Huawei vs. ZTE<sup>72</sup> e Apple vs. Motorola<sup>73</sup> são exemplo disso, como se demonstra de seguida.

---

<sup>70</sup> Ricardo Robalo Junqueiro, ob. cit., p. 150

<sup>71</sup>“Standards frequently make reference to technologies that are protected by patents. A patent that protects technology essential to a standard is called a standard-essential patent.” Cf. Competition policy brief standard essential patents: O occasional discussion papers by the competition directorate-general of European, 2014, p.2.

<sup>72</sup>Cf. Conclusões do AG no Proc. C-170/13, *Huawei/ZTE*.

A Huawei é titular de uma patente europeia considerada essencial pela legislação *Long Term Evolution*. Considerar uma patente essencial será o mesmo que dizer que uma empresa que pretenda comercializar um telemóvel de 4º geração terá necessariamente de recorrer à patente detida pela Huawei. Pela essencialidade da patente, a Huawei assumiu o compromisso de licenciar a favor de terceiros em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias, as denominadas FRAND (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms*). No Proc. de negociações as empresas não chegaram a acordo tendo a Huawei interposto uma ação de inibição. Nas conclusões do advogado geral, este salienta que não será o facto de uma determinada empresa ser detentora de um SEP que a constitui como empresa dominante. A tarefa de averiguar a posição dominante da empresa pertence ao juiz. Por fim, AG esclarece que antes de intentar qualquer medida de inibição a empresa detentora do SEP deverá “transmitir ao alegado infractor da patente uma proposta escrita de licença em condições FRAND, a qual deverá conter todas as condições habitualmente constantes de uma licença no ramo de actividade em causa, como nomeadamente o montante exato da taxa de licença e a forma como é calculado”, caso não o faça incorre em abuso de posição dominante pelo artigo 102º do TFUE.

Outro caso recente no panorama europeu em matéria de licenciamento em condições FRAND opõe as Empresas Motorola e Apple. A Motorola é detentora de uma patente essencial. Em Abril de 2003, a Motorola declarou a patente, junto da entidade competente, ETSI, como essencial no domínio de telemóveis de 2º geração (GPRS SEP). Comprometendo-se perante o ETSI a conceder licenças em conformidade com as condições FRAND. Posteriormente em Abril de 2007, a Apple cria o seu primeiro telemóvel de 2º Geração, utilizando a patente do qual a Motorola é proprietária.

Em Abril de 2011, a Motorola procurou obter que fossem impostas providências cautelares contra a Apple na Alemanha tendo por fundamento o uso indevido da patente “GPRS SEP”. Na pendência da acção inibitória, a Apple apresentou à Motorola seis ofertas sucessivas de concessão de licenças, que apresentou igualmente aos tribunais alemães. Com base na sexta oferta de concessão de licenças da Apple, os tribunais alemães decidiram suspender temporariamente a aplicação da providência cautelar e a

---

<sup>73</sup> Cf. *Press Release* da Decisão da CE de 29 de Abril de 2014, Motorola/Apple, Proc. AT.39985.

Motorola e a Apple assinaram um acordo. Na sua decisão, a CE dispõe que “as circunstâncias excepcionais são o Proc. de normalização do GPRS e o compromisso da Motorola no sentido de conceder uma licença de SEP do GPRS em condições FRAND, sendo que “ a falta de justificação objectiva relaciona-se com o facto de a Apple não estar disposta a celebrar um acordo de licença em conformidade com as condições FRAND.” Assim, a Motorola violou o artigo 102º do TFUE visto que “a segunda oferta de concessão de licenças da Apple, que permitia a fixação de taxas judiciais, constitui uma clara indicação de que a Apple estava disposta a celebrar um acordo de licença em conformidade com as condições FRAND com a Motorola, e a pagar uma remuneração FRAND pelas licenças do SEP<sup>74</sup>. Por conseguinte, na perspectiva dessa oferta de concessão de licenças, não havia necessidade de a Motorola recorrer a providências cautelares para ser adequadamente remunerada pela utilização das suas SEP.”<sup>75</sup>

Face ao exposto, percebemos que as instituições europeias autonomizam um regime próprio em casos que envolvam licenciamento de SEP. Se existir posição dominante do proprietário da SEP, condição possível mas não necessária, o detentor da patente responde por violação do artigo 102º do TFUE, quando recorre a objecções existindo do outro lado um potencial licenciado disposto a negociar. Outro aspecto tem que ver com o facto do detentor da patente estar obrigado a negociar em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias, sendo que só poderá recorrer a processos cautelares, contra quem indevidamente utilizar a patente, depois de negociar em condições FRAND.

No domínio dos remédios, tal como acontece no domínio do abuso de posição dominante por recusa de venda, a CE dispõe de poderes para aplicar coimas e sanções pecuniárias compulsórias, segundo os artigos 23º e 24 do Regulamento (CE) nº 1/2003.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup>Paul Nihoul, *Injunctions on Standard Essential Patents: in Search of a ‘Clear Bright Line’*, Journal of European Competition Law & Practice, 2010, Vol. 1, nº. 3, pp.189 -190, relativamente à “vontade” em negociar e o que se considera por condições equitativas, razoáveis e não-discriminatórias.

<sup>75</sup> Cf. Resumo da Decisão da CE de 29 de Abril de 2014, *Motorola/Apple*, Proc. AT.39985.

<sup>76</sup> Para um maior desenvolvimento da aplicação dos remédios no domínio do licenciamento das SEP, cf. Antitrust Procedure : Case AT.39985, p. 96.

## 5. O licenciamento compulsório de DPI

Existindo abuso da posição dominante, a CE tem o poder de aplicar coimas e sanções pecuniárias compulsórias. Tal faculdade vem estabelecida no Regulamento (CE) 1/2003, nomeadamente nos artigos 23º e 24º. A imposição de uma licença compulsória tem sido o remédio aplicado pela CE no domínio de recusa de venda de DPI.<sup>77</sup>

### 5.1. O princípio da proporcionalidade no âmbito dos remédios na União Europeia

O objectivo do licenciamento compulsório, como medida correctiva ao abuso de posição dominante, será reestabelecer as regras da concorrência, eliminando o abuso que esteve na origem da violação da norma europeia. As medidas impostas pela CE estão obrigatoriamente submetidas ao princípio da proporcionalidade.

Este princípio está expressamente consagrado no TUE como princípio -vector da ação das instituições. “Genericamente, podemos dizer que compete a este princípio servir de critério sobre a adequação a determinada ação da União ou dos Estados Membros para a realização de determinados objectivos à partia legítimos, combinados com a certificação da inexistência de outros meios menos prejudiciais para a realização dos mesmo objectivos”<sup>78</sup>

O princípio da proporcionalidade constitui um dos princípios que enformam um Estado de direito e, conseqüentemente, a União de direito, actuando a nível do controlo da actuação dos órgão. “A nível do controlo do exercício de poderes da Comissão, o princípio foi igualmente utilizado para arbitrar conflitos entre os diferentes objectivos que a União deve prosseguir, na medida que uma acção adoptada com vista à

---

<sup>77</sup>Thomas Vinje, *The final word in Magill*, RDI, 1995 p. 250, refere que a par da Comissão, também os tribunais nacionais dos EM, assim com as Autoridades da Concorrência podem impor licenças compulsórias.

<sup>78</sup> Miguel Gorjão-Henriques, ob. cit., p.388

prosseção de um determinado objectivo pode lesar outro objectivo legítimo do Direito da União.”<sup>79</sup>

A aplicação dos remédios no âmbito europeu respeita o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade vem estabelecido no artigo 7º do Reg. (CE) nº 1/2003. Como tal, quando a CE impõe uma medida sancionatória, esta deverá ser proporcional à infracção cometida e necessária para efectivamente colocar termo à infracção. Sendo que qualquer aplicação de medida estrutural só poderá ser imposta quando não existir qualquer outra solução de conduta eficaz, ou, sendo igualmente eficaz é mais onerosa.<sup>80</sup> Aplicação do princípio comporta três requisitos cumulativos: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.<sup>81</sup>

No caso *Alrosa*<sup>82</sup> foi discutido o princípio da proporcionalidade das medidas impostas pela CE. Como refere o TG, “a fiscalização da proporcionalidade constitui uma fiscalização objectiva, devendo o carácter adequado e o carácter necessário da decisão da CE ser apreciados por referência à finalidade prosseguida por esta, e que consiste, no quadro do artigo 7.º do Regulamento n.º 1/2003, em pôr fim à infracção declarada e, no quadro do artigo 9.º do mesmo regulamento, em dar resposta às preocupações por ela expressas na sua apreciação preliminar.” O TG vai mais longe e afirma que “embora, contrariamente às decisões adoptadas em aplicação do referido artigo 7.º, a CE não esteja obrigada, no âmbito do referido artigo 9.º, n.º 1, a demonstrar formalmente a existência de uma infracção, deve, contudo, demonstrar a realidade das preocupações a respeito da concorrência que justificam que pondere a adopção de uma decisão ao abrigo dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE e que permitem impor à empresa em causa o respeito de certos compromissos, o que pressupõe uma análise do mercado e uma identificação da infracção que, ainda que menos definitivas do que seriam no quadro do artigo 7.º, n.º 1, devem ser suficientes para permitir a fiscalização do carácter adequado do compromisso.

As medidas impostas devem ser proporcionais à infracção cometida, não podendo ser mais gravosas do que será necessário para determinar o termo da infracção

---

<sup>79</sup> MARTINS, Ana Maria Guerra -*Manual de Direito da União Europeia*. Almedina, 2014, p. 286.

<sup>80</sup> Cf. Reg. (CE) nº 1/2003, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101º e 102º do TFUE.

<sup>81</sup> Cf. DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses, para. 82.

<sup>82</sup> Cf. Acórdão do TG de 11/07/07, *Alrosa/Comissão*, Proc. T-170/06.

e reestabelecer a concorrência no mercado relevante. De acordo com o subprincípio da necessidade, de entre as hipóteses disponíveis para colocar termo à infracção, a adoptada deverá a ser aquela que se revela menos gravosa para o destinatário da medida sancionatória, ou seja, a medida deverá ser a menos rígida e os inconvenientes causados não devem ser desproporcionais relativamente aos objectivos prosseguidos pela norma europeia.<sup>83</sup>

A fiscalização do princípio da proporcionalidade por parte do TJ dispõe de critérios diferentes consoante esteja em causa a actuação de estados membros ou de instituições europeias. Na primeira hipótese o TJ tende a ser mais exigente, averiguando se existe “alternativas menos restritivas”. Por sua vez, estando em causa normas europeias o TJ afere da violação do princípio da proporcionalidade quando estejam em causa condutas “manifestamente inapropriadas”. Assim, o princípio da proporcionalidade não deve ser abordado com a mesma intensidade e o mesmo sentido que é atribuído no direito interno. Visto que, o princípio da proporcionalidade constitui um subprincípio densificador do princípio do Estado de Direito democrático. Qualquer que seja a actuação normativa pública deverá ser adequada, necessária e em justa medida.<sup>84</sup>

Ao prosseguir-se um objectivo de reestabelecer a competitividade concorrencial, correr-se-á o risco de adoptar uma medida demasiado rígida que poderá criar uma vantagem competitiva dos concorrentes face à empresa em posição dominante. Estará longe de ser esse o objectivo da medida correctiva. O artigo 102º não proíbe a posição dominante de uma empresa, desde que a sua prática não se qualifique como abuso e a sua vantagem competitiva resulte de mérito próprio.

---

<sup>83</sup> “Em especial, o respeito do princípio da proporcionalidade exige da instituição, quando existam medidas menos gravosas do que as que tenciona tornar obrigatórias e que sejam do seu conhecimento, que examine a sua aptidão para responder às preocupações que justificam a sua actuação, antes de optar, caso essas medidas se revelem inadequadas, pela fórmula mais gravosa. Neste sentido, a Comissão, embora não deva substituir-se às partes para modificar os compromissos que estas propõem nos termos do artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003 a fim de que esses compromissos respondam às preocupações formuladas no quadro da sua apreciação preliminar, tem possibilidade de tornar esses compromissos obrigatórios apenas parcialmente ou em determinada medida. Todavia, a CE não pode sugerir às partes que lhe submetam compromissos que excedam uma decisão que ela teria podido adoptar ao abrigo do artigo 7.º, N.º 1, do Reg. (CE) n.º 1/2003.” Cf. Acórdão *Alrosa*, para.99.

<sup>84</sup> A adequação traduz-se na exigência dos meios terem de ser apropriados e idóneos a atingir determinado objectivo; A necessidade será o requisito que determina que as medidas se mostrem exigíveis e por fim a proporcionalidade em sentido estrito que determina que os meios legais restritivos e os efeitos produzidos devem situar-se numa relação de justa medida. Cf. Miguel Gorjão-Henriques, ob. cit., p. 389.

Destacam-se dois princípios gerais a ser observados: “a limitação só pode ser imposta se a entidade que a aplica puder determiná-la adequadamente; e o de que não deve ser imposta nenhuma limitação ao direito da propriedade que a entidade aplicadora não possa supervisionar”.<sup>85</sup>

Em suma, tendo por base estes dois princípios orientadores, a imposição de qualquer remédio não poderá ser feita de forma automática. Deverá ser acompanhado de uma avaliação capaz de avaliar: o impacto que o remédio terá na estrutura concorrencial; a extensão da infracção e a magnitude e o alcance dos danos resultantes para os consumidores.

## 5.2. A licença compulsória como remédio viável

### Considerações introdutórias

Como referido anteriormente, um remédio viável é aquele que consegue eliminar o abuso e reestabelecer a concorrência e indemnizar os lesados.<sup>86</sup> Analisando as decisões da jurisprudência e da CE, constatamos que no domínio do abuso da recusa de licenciamento de DPI o remédio adoptado é a imposição do licenciamento compulsório.

Assim, existem vários interesses que merecem ser tutelados. Por um lado, assegurar que a empresa em posição dominante recebe uma compensação “razoável” capaz de assegurar o incentivo ao desenvolvimento e investimento realizado<sup>87</sup>. E, relativamente às empresas licenciadas, a necessidade de uma compensação baseada em condições razoáveis e praticáveis. Esta conciliação de interesses, na prática, não se afigura de fácil resolução. Chamadas a resolver este conflito de interesses, as instituições mostram-se pouco rigorosas, nomeadamente na enunciação de critérios ou

---

<sup>85</sup> António Goucha Soares e Maria Marques, ob.cit., p. 64. No mesmo sentido, Areeda, *Essential Facilities : An epithet in need of limiting principles*, *Antitrust Law Journal*, 1989-1990, vol. 58, p. 853.

<sup>86</sup> Ioannis Lianos e Nicholas Economides, “*Critical appraisal of remedies in the E.U. Microsoft cases*”, *Columbia Business Law Review*, 2010, vol. 2, p.350.

<sup>87</sup> A necessidade de uma justa compensação visa a necessidade de evitar os denominados “*free riders*”. O comportamento neste tipo de casos consistirá na usufruição do investimento feito por outrem, sem correr qualquer risco ou assegurar qualquer investimento. Neste sentido, Maria Manuel Leitão Marques, António Goucha Soares, ob. cit., p.64 e Valentine Korah, “*Acess to essential facilities under the commerce act in the light of experience in Australia, the European Union and The United States*”, *VUWLR*, 2000, 31, p. 232;

instrumentos objectivos, abstendo-se em alguns casos de decidir o montante compensatório<sup>88</sup>.

Ideia fundamental a reter, é que “uma licença que não seja justificada pelas circunstâncias excepcionais do caso em apreço poderá por em causa o equilíbrio de interesses atingindo (...) deve ser vista como último recurso, uma espécie de solução final para falhas de mercado, sob pena de ficar comprometido, quer o equilíbrio delicado dos incentivos à inovação, quer o próprio investimento e inovação tecnológica.”<sup>89</sup>

### 5.3. A licença compulsória no caso *Microsoft*

A 24 de Março de 2004, a CE proferiu a sua decisão no âmbito do litígio com a Microsoft considerando existir a violação do artigo 102º do TFUE e, como tal, aplicou uma coima no valor aproximado de 480 milhões de euros, advertiu a Microsoft para que cessasse as práticas abusivas e no prazo de 120 após a notificação da decisão, disponibilizar a informação de interoperabilidade de forma actualizada e em tempo oportuno em condições razoáveis e não discriminatórias.

Várias considerações devem ser feitas. Primeiro, o termo preço razoável e não discriminatório são conceitos indeterminados que necessitam de esclarecimento adicional. Um acordo baseado em conceitos indeterminados, sem linhas orientadoras de definição, potencia o aumento de risco de conflito de interesses entre as partes.<sup>90</sup> O que se deve então entender por razoável? A doutrina tem-se mostrado bastante céptica e crítica relativamente a estes conceitos. Ridyard afirma mesmo que “*the "reasonableness" criterion that appears in many Commission statements is almost completely devoid of meaning. Experience shows that the terms on which compulsory access should be granted is a subject on which reasonable people can, and invariably*

---

<sup>88</sup> Na decisão relativa ao caso IMS, a CE considerou que a determinação do montante a pagar título de compensação deveria ser acordada pelas partes. Não havendo acordo a questão deveria ser remetida para peritos e posteriormente submetida ao tribunal. Cf. Decisão da CE no caso IMS, Proc. C-418/01, p. 215.

<sup>89</sup> Sofia Pais, ob. cit. p. 594.

<sup>90</sup> Neste sentido, François Lévéque, ob. cit., p.20, “from an economic perspective, the Commission’s requirement is puzzling. Economists are familiar with optimal prices, not reasonable prices. This notion does not belong to their toolbox”. Apesar de defender que o teste aplicado no caso Microsoft é, em termos económicos, mais correcto, salienta que a sua eficácia fica comprometida pela falta de orientações relativas aos conceitos enunciados.

do, disagree.” Relativamente ao preenchimento do critério não discriminatório, o autor aponta duas vertentes possíveis de delimitar o seu conteúdo. Assim, o critério não discriminatório deverá traduzir uma igualdade de licenciamento entre os concorrentes que operam no mercado a jusante. Numa vertente indireta, onde já existe licenciamento, poderá servir de "referência" para o nível competitivo.<sup>91</sup>

O segundo aspecto diz respeito ao facto de a CE advertir a Microsoft relativamente ao valor final do montante da compensação que não deveria ser baseado no valor estratégico, ou poder de mercado, que a Microsoft detinha no mercado relevante. Mais uma vez ficou por explicar por parte da CE o que estava em causa, ou melhor, quais os valores que estavam em causa quando se referiu a valor estratégico de mercado. Em nosso entender, deverá seguir-se o entendimento de Ridyard que refere que a inserção do critério do valor estratégico de mercado em termos razoáveis e não discriminatórios sugere que a Microsoft não deve traduzir, nos termos da licença, a posição de monopólio no mercado dos sistemas operativos para PC's, devendo para tal a CE especificar quanto os valores da Microsoft estão acima do nível competitivo.

Um terceiro aspecto a ter em conta diz respeito ao teste implementado pela CE no caso Microsoft<sup>92</sup>. Baseado na ponderação dos efeitos negativos e positivos que a licença produziria no mercado, a CE deveria ter demonstrado concretamente quais os benefícios que resultariam da licença compulsória e os critérios de ponderação que foram utilizados<sup>93</sup>

Para além das considerações feitas anteriormente, existe um último aspecto a salientar relativo à temporalidade de aplicação e ao acompanhamento da execução do remédio. Como refere Dolmans, o sucesso de um remédio reside na rapidez e nos termos em que é aplicado e na vigilância da sua execução. Estes foram dois factores que falharam no caso Microsoft. Aquando o licenciamento das informações relativas à

---

<sup>91</sup> Ridyard, “*Compulsory Access Under EC Competition Law—A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price Regulation*”, E.C.L.R., 2004 p. 671. De realçar que não é pelo facto de uma empresa em posição dominante conceder determinada licença a um concorrente no mercado relevante, que estará obrigado a conceder a mais concorrentes. Nesses casos estar-se-ia a violar o direito de liberdade contratual assim como, a aumentar o desincentivo relativa a acordos de licença. Cf. Sofia Pais, ob. cit., p. 536.

<sup>92</sup> Cf. pronto 4.1.4.

<sup>93</sup> Neste sentido, Giuseppe Mazzioti, *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty?*, WC,2005,28,2 p.24 ss.

interoperabilidade, a Microsoft exigiu royalties significativos, o que levou ao prolongar das negociações, comprometendo o efeito útil do remédio.<sup>94</sup>

Podemos afirmar que no caso Microsoft, a aplicação dos remédios impostos pela CE falharam. Não se conseguiu alcançar o objectivo inerente reestabelecer as regras da concorrência no mercado relevante. Após a aplicação das medidas, os concorrentes continuaram a sentir os efeitos de exclusão, na medida que o surgimento de novos produtos acontece num curto espaço temporal, criando novos conflitos relativos ao licenciamento de direitos exclusivos. Volvidos vários anos, percebe-se que a imposição dos remédios apenas levou a que a Microsoft perde-se cota de mercado.

Face ao exposto, podemos constatar que a morosidade de actuação num mercado caracterizado pela constante dinamização tecnológica, a falta de definição de critérios e de supervisionamento são factores que explicam o insucesso dos remédios no caso Microsoft.

#### 5.4. O apuramento do montante compensatório

A falta de critérios rigorosos por parte das instituições europeias na definição de critérios concisos para apurar o montante compensatório, leva a doutrina a debater-se sobre qual o montante capaz de satisfazer os interesses de ambas as partes e assegurar os objectivos inerentes ao direito da concorrência e dos DPI.

Para certa vertente doutrinária<sup>95</sup>, um preço razoável deverá ser um preço moderado, tendo em consideração uma ponderação racional com base numa avaliação objectiva. Avaliação, que passará pelo estudo do efeito que o direito de propriedade intelectual tem no panorama inovatório. Devendo-se excluir o método que pretenda uma maximização dos lucros devido ao efeito adverso potenciador de extensão do mercado monopolista.<sup>96</sup> Parece ter sido esta a posição adoptada pela CE no caso Microsoft. A CE, através de um critério útil de delimitação definiu que os *royalties* não devem ser

---

<sup>94</sup> Maurits Dolmans, Robert O'Donoghue e Paul Jonh Loewenthal, *Are article and Intellectual Property Interoperable?*, Competition Policy International, 2007, vol. 3, nº. 1, p. 138.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> No caso Microsoft, a CE argumentou que o facto de estar a restringir o direito de propriedade intelectual da Microsoft não significaria que estaria a desincentivar o Proc. inovatório dos concorrentes da Microsoft. Cf. Decisão da CE de 24 de Março de 2004, *Microsoft*, Proc. COMP/C-3/37.792.

baseados no valor estratégico do poder de mercado que a Microsoft detinha, mas sim, no valor inovatório. Apurar o montante compensatório tendo em conta o valor inovatório passará por determinar no mercado competitivo, se a tecnologia licenciada é uma tecnologia alternativa e viável à já disponível, ou seja, qual foi o impacto positivo que aquele bem ou serviço provocou no mercado.

Contudo, salientam que a aplicação desta teoria, baseada no valor da inovação, não é de fácil aplicação prática. Devendo este método ser usado como “modelo” de referência para valores apurados por outros métodos.

Outra solução apontada, passaria por ter como referência o enunciado do artigo 102º TFUE e apurar o montante através da comparação do tratamento dado nos casos de preços excessivos.<sup>97</sup> Por fim, referem que no apuramento do montante compensatório será necessário ter em conta duas ideias essenciais: a primeira diz respeito ao facto de numa hipotética hipótese de existir um direito de propriedade intelectual similar, sujeito a uma determinada taxa. Este facto não legitima o proprietário de um direito similar a cobrar uma igual taxa de royalties<sup>98</sup>; em segundo lugar, o montante fixado deve ter um preço baixo o suficiente para que um concorrente eficiente possa competir eficazmente.<sup>99</sup>

Damien Geradin mostra-se bastante crítico relativamente ao comportamento das instituições, nomeadamente na postura “pouca activa” quando chamadas a resolver o problema do licenciamento compulsório. Chamando à colação o caso *Trinko*, relembra a decisão TJ ao afirmar que as decisões do acesso à infra-estrutura essencial não são da competência do tribunal. O autor começa por afirmar a importância das condições de acesso, lembrando que o tribunal terá de estar preparado para tomar decisões de forma

---

<sup>97</sup> No caso *United Brands*, o TJ afirmou que estamos perante um preço excessivo quando não existe uma correspondência razoável entre o preço e o valor económico da prestação fornecida. Existindo várias formas para averiguar saber se um preço possui um carácter excessivo ou não, o TJ afirma que poderá averiguar-se “determinado objectivamente, designadamente, caso fosse possível calculá-lo por comparação entre o preço de venda do produto em questão e o seu custo de produção, o que permitiria inferir o montante da margem de lucro (...) Trata-se, pois, de apreciar se existe uma desproporção excessiva entre o custo efectivamente suportado e o preço efectivamente praticado e, na afirmativa, de analisar se se terá imposto um preço não equitativo, seja em si mesmo, seja em comparação com os produtos concorrentes.” Cf. Acórdão do TJ de 17/12/75, *United Brands /Comissão*, Proc. 27/76, para. 250-252.

<sup>98</sup> Este argumento teve em conta o caso *Rambus*. Cf. Decisão da Comissão, de 9/12/2009, Proc. COMP/38.636.

<sup>99</sup> Dolmans, ob. cit. p. 142, não descarta a hipótese de ser necessário que a empresa dominante baixe os seus custos até um limiar sustentável até que as condições concorrências sejam restauradas.

a regular preços, termos e condições de acesso. E, se for caso disso, supervisionar a prestação do serviço e possível expansão.<sup>100</sup>

Relembrando a decisão da CE no caso IMS, começa por referir que acha duvidoso que um grupo de peritos conseguisse analisar e apurar num curto espaço de tempo uma decisão sobre o preço, isto porque, este tipo questões são de extrema complexidade. Em segundo lugar, a escolha do método de apuramento de royalties provoca o aumento de escolhas políticas que afectam a estrutura concorrencial. A escolha de um método quantitativo que visa compensar o titular da infra-estrutura pelos lucros perdidos, pode dificultar a entrada no mercado de outros concorrentes. Em terceiro lugar, teme que não seja possível averiguar um preço “*of the requested input once and for all*”, visto que diversas áreas estão sujeitas à influência de diversos factores, nomeadamente factores de investimento, manutenção da infra-estrutura, etc. Por fim, mostra algum ceticismo relativamente à independência dos peritos designados para adotar este tipo de decisões.<sup>101</sup>

Já no entendimento de François Lévêque, a prepósito do caso Microsoft, o preço razoável seria apurado através de um negociação hipotética entre as partes, se tivesse ocorrido licenciamento em vez da infracção. O preço razoável seria apurado num intervalo entre dois valores: o valor mínimo que o licenciante aceitaria para licenciar os seus direitos e o valor máximo que o licenciado estaria disposto a pagar. Como refere Lévêque o apuramento destes montantes num plano hipotético torna esta teoria bastante falível, visto que seria de muito difícil precisão apurar qual seria a vontade das partes aquando a recusa. Isto porque esta hipótese requer dados históricos e comparáveis que serão difíceis de enquadrar após o desencadeamento do litígio.<sup>102</sup>

Para Ridyard, o apuramento do montante compensatório pode ser apurado através do método “*efficient component pricing*”<sup>103</sup>. Segundo este método, deverá

---

<sup>100</sup> Neste entendimento, Abbott B. Lipsky, e J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 1998-1999, vol. 51, 1187, p. 1222ss.

<sup>101</sup> Damien Geradin, *Limiting the scope of article of the EC treaty : What can the EU learn from the U.S Supreme Court Judgment in Trinko in the wake Microsoft , IMS, and Deutsche Telekom ?*, Common Market Law Review ,2005, p. 23.

<sup>102</sup> François Lévêque - *Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case*. Forthcoming in World Competition, 2005, p.21. No domínio da hipotética negociação no caso de apuramento de royalties referentes a SEP's, J. Gregory Sidak – “*The proper royalty base for patent damages*”, Journal of Competition Law & Economics, 2014, 10, p. 989–1037.

<sup>103</sup> Sidak e Lipsky, ob. cit., p. 1231, referem que o método o *efficient component pricing* é amplamente defendido no direito norte-americano como o mais indicado na determinação do montante compensatório

apurar-se o custo que é cobrado aos concorrentes por cada unidade da infra-estrutura essencial, desta forma todos os custos seriam suportados pela compensação. No nosso entendimento este método não se mostra o mais capaz de solucionar o problema do licenciamento na área dos direitos e propriedade intelectual. Em primeiro lugar, será difícil, no âmbito de direito de propriedade intelectual, individualizar a unidade do bem ou serviço e, em segundo lugar a compensação não tem em conta o impacto inovatória daquela infra-estrutura no mercado. Um segundo método apontado por Ridyard é o método da “não-discriminação”. Este método permite apurar o montante compensatório através da “imposição de uma compensação equivalente ao preço que outro agente pague pelo acesso à infra-estrutura. Este método possui duas limitações importantes. Por um lado, só pode ser aplicado quando o detentor da infra-estrutura permite o acesso a outro agente económico; por outro, quando o agente a quem o detentor da infra-estrutura concede o acesso faz parte do mesmo grupo societário, o preço pago visa maximizar o lucro total do grupo e não o lucro de cada elemento, pelo que a compensação assim determinada, não inclui lucro.”<sup>104</sup> Deixando em aberto qual o melhor método a adoptar o autor defende que uma compensação justa deverá ser aquela em que se apura o valor que o bem produziria sujeito a uma concorrência efectiva e não num mercado monopolizado.

Face à enunciação das diversas teorias parece-nos que muito dificilmente se poderá determinar um único critério capaz de responder a todas as exigências que urgem no licenciamento compulsório de DPI. Cada caso é um caso, com relevância de diversos factores. Como tal, a escolha de um critério deverá sempre ter em conta as circunstâncias concretas envolvidas.

Em nosso entender, a determinação de uma solução não deixará de passar pela postura mais activa das instituições europeias. Em primeiro lugar, deverão ser explicados os requisitos de preço razoável e não discriminatório. A enunciação de critérios sem posterior concretização resulta numa solução pouco capaz de alcançar um resultado satisfatório. Em segundo lugar, a compensação deverá ter em conta o impacto inovatório do bem ou serviço essencial, pois nesta medida conseguir-se-á acautelar, em certa medida, todo o investimento realizado pela empresa dominante. Por fim, a

---

em casos de licenciamento compulsório. A par deste método, surgiu na doutrina o método “*opportunity cost*”, contudo rejeitado pelo Supremo Tribunal Americano.

<sup>104</sup> Derek Ridyard, *Essential Facilities and the Obligation to supply competitors under UK and EC competition law*, ECLR, 8, pp. 450 ss.

determinação de qualquer montante compensatório deverá proceder a uma análise objectiva das condições do mercado relevante, de maneira a que se estabeleçam valores satisfatórios para a empresa dominante e praticáveis para os concorrentes que requerem a licença.

## Conclusão

Face à enunciação das diversas teorias, parece-nos que muito dificilmente se poderá determinar um único critério capaz de responder a todas as exigências que urgem no licenciamento compulsório de DPI. Em todo o caso, o critério do “impacto inovatório” parece-nos um elemento a considerar. Com isto não se quererá dizer que o direito da concorrência deverá sempre ceder perante o regime dos DPI. A verdade, é que um tratamento específico permite um ponto de equilíbrio entre os interesses do direito da concorrência, nomeadamente a protecção dos consumidores, e os interesses inerentes aos titulares de direitos exclusivos.

Apesar de algumas dúvidas levantadas pela doutrina face aos critérios enunciados pelo TJ nas suas decisões no âmbito da recusa de licenciamento de DPI, a verdade é que parece ter sido intenção do TJ em criar requisitos mais exigentes neste domínio. Exigindo, para além dos requisitos enunciados, a existência de circunstâncias excepcionais, que se traduzem no aparecimento de um novo produto para qual existe uma procura potencial de consumidores. Contudo, o TG no caso Microsoft parece ter alargado o âmbito de interpretação do requisito das circunstâncias excepcionais. Para o TG não só estaria em causa um entrave ao lançamento de um novo produto, como também limitações à produção, distribuição ou desenvolvimento técnico.

Independentemente do alcance dos requisitos enunciados pela jurisprudência, a verdade é que só se poderá admitir o licenciamento de direitos exclusivos em situações puramente excepcionais, com aplicação de requisitos mais exigentes. Ignorar tal facto será abrir caminho a situações de verdadeira dependência económica de empresas concorrentes, que pretendem obter a todo custo vantagens concorrenciais sem nada fazerem para tal. Uma maior exigência na aplicação da teoria da infra-estrutura essencial exige-se como salvaguarda da promoção e desenvolvimento tecnológico.

No domínio dos remédios por abuso de posição dominante urge uma atitude mais activa por parte das instituições europeias. A falta de definição de critérios concisos leva a que se assista a uma insegurança jurídica que compromete o efeito útil que os remédios visam atingir.

A verdade é que as soluções neste domínio são de difícil concretização, seja pela escassez e dificuldade de recolha de informações ou pela determinação do método quantificador a adoptar.

## Bibliografia

### Obras e artigos

- AMORIM, Ana Clara Azevedo de- *Parasitismo económico e Direito*. Almedina, 2009.
- AREEDA, Philip- *Essential Facilities: An epithet in need of limiting principles*, *Antitrust Law Journal*.1989-1990.vol. 58, p. 853.
- CHALMERS, Damien; HADJEMMANUIL, Christos; MONTI, Giorgio; TOMKINS, Adam- *European Union Law*. Cambridge University, 2009.
- DOLMANS, Maurit; O'DONOGHUE, Robert; LOEWENTHAL, Paul John -*Are article and Intellectual Property Interoperable? Competition Policy International*, 2007, vol. 3, nº. 1, pp. 130-142.
- FERRO, Miguel Sousa- *A definição de mercados relevantes no direito europeu e português da concorrência*. Almedina.2015.
- GENEVAZ, Simon- *Against immunity for unilateral refusals to deal in intellectual property: Why antitrust law should not distinguish between IP and property right*, *BTLJ*, 2004, vol. 19, 2, p.743.
- GERADIN, Damien- *Limiting the scope of article 82 EC: What can the EU learn from US Supreme Court judgment in Trinko, in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?*, *CMLR*, 2004. vol. 41, pp.1-30.
- HENRIQUES, Miguel Gorjão- *Direito da União*. Almedina, 7º Edição,2010.
- JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo- *Abuso de posição*. Almedina,2012.
- KORAH, Valentine - *Access to essential facilities under the commerce act in the light of experience in Australia, the European Union and The United States*, *VUWLR*, 2000, 31, pp.231- 254;
- LANG, J. Temple- *The principle of essential facilities in European Community competition law- the position since Bronner*, *Journal of Network Industries*, 2000, p. 375.
- LÉVÊQUE, François- *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, *Forthcoming in World Competition*, 2005, pp. 2-25.

- LIANOS, Ioannis; ECONOMIDES, Nicholas -*Critical appraisal of remedies in the E.U. Microsoft cases*. Columbia Business Law Review, 2010, vol. 2, p.350.
- LIPSKY, Abbott; SIDAK, Gregory- *Essential Facilities*. SLR, 1999, vol. 51, nº5, p. 1188-1207.
- LOEWENTHAL, Paul- John – *The defense of objective justification in the application of article 82 EC*, WC, 2005, 28, 4, pp. 471-474.
- MARQUES, Maria Manuel Leitão; SOARES, António Goucha- *Concorrência: Estudos*. Almedina.2006.
- MARTINS, Ana Maria Guerra -*Manual de Direito da União Europeia*. Almedina, 2014.
- MAZZIOTI, Giuseppe- *Did Apple's refusal to license proprietary information enabling interoperability with its iPod music player constitute an abuse under Article 82 of the EC Treaty*, WC, 2005, 28, 2, p.253-270.
- MONTEIRO, Luís Pinto- *A recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual no Direito da Concorrência*. Almedina, 2010.
- MULLER, Rodenhause- *Rise and Fall of Essential Facilities Doctrine*. European Competition Law Review, 2008, pp. 310-329.
- NIHOUL, Paul- *Injunctions on Standard Essential Patents: in Search of a 'Clear Bright Line*, Journal of European Competition Law & Practice, 2010, Vol. 1, nº. 3, pp. 189 -190.
- PAIS, Sofia- *Entre Inovação e concorrência: Em defesa de um modelo europeu*". Universidade Católica Edições, 2011.
- PITOSKY, Robert; PATTERSON, Donna; HOOKS, Jonathan – *The Essential Facilities Doctrine under United States Antitrust Law*. 2002-2003, 70, pp. 443-462.
- REIMANN, Carsten- *Essential Function vs Essential Facility: Defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft*. The competition law review,2004, vol. 1, pp. 49-64
- RIDYARD- Derek - *Compulsory Access Under EC Competition Law—A New Doctrine of "Convenient Facilities" and the Case for Price*, E.C.L.R., 2004, 11.

- RIDYARD- Derek- *Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition Law*, ECPR,1996, 8 , pp. 438-452
- RITTER, Cyril- *Refusal to deal and essential facilities: does intellectual property require special deference compared to tangible property?*”, WC,2005,28,3,p.250-298.
- SIDAK, J. Gregory – “*The proper royalty base for patent damages*”, *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 10, p. 989–1037.
- SILVA, Miguel Moura e - *Direito da Concorrência: Uma Introdução Jurisprudencial*. Almedina, 2008.
- SILVA, Miguel Moura e- *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo Comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia*. Almedina 2003.
- SILVA, Miguel Moura e- *O abuso de posição dominante na nova economia*. Almedina, 2010.
- VINJE, Thomas- *The final word in Magill*. RDI, 1995,p. 250.
- WHISH, Richard e BAILEY, David-*Competition Law*. Oxford University Press, 7º Edição, 2012.

### Legislações e outros documentos relacionados

- Comunicação da Comissão relativa à Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros da UE relativa à aplicação dos artigos 81.º e 82.º, JO n.º C 101 de 27 de abril de 2004.
- Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO n.º L 1, de 04 de janeiro de 2003.
- Lei n.º 19/2012 de 8 de maio (Diário da República, 1.ª série -N.º 89 -8 de maio de 2012)
- Tratado de Funcionamento da União Europeia

### Jurisprudência

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1971, *AKZO*, Proc. C-62/86.

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de março de 1974, *Commercial Solvents/Comissão*, Processos apensos 6 e 7/73.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 1983, *Michelin/Comissão*, Proc. C-322/81.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffman-La Roch/Comissão*, Proc. 85/76.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands /Comissão*, Proc. 27/76.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de fevereiro de 1973, *Continental Can /Comissão*, Proc. 6/72.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de março de 1994, *Hilti/Comissão*, Proc. C-53/92.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1994, *Tetra Pak II*, Proc. T-83/91.
- Acórdão do Tribunal Geral de 10 de julho de 1990, *Tetra Pak /Comissão*, Proc. T-51/89.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de março de 1995, *RTE/Comissão*, Processos apensos C-241/91 e C-242/91.
- Acórdão do Tribunal Geral de 8 de Outubro de 1996, *Compagne Maritime Belge/Comissão*, Proc. T-24/93.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 1993, *Sealink*, Proc. IV/34.689.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 1991, *Hofner*, Proc. C-41/90;
- Acórdão do Supremo Tribunal Americano de 23 de Outubro de 1992, *Terminal Railroad v. United States*, Proc. 244 U.S. 383.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 2007, *Alrosa/ Comissão*, Proc. T-170/06.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de novembro de 1998, *Bronner/Mediaprint*, Proc. C-7/97.
- Acórdão do Tribunal Geral de 17 de setembro de 2007, *Microsoft/Comissão*, Proc. COMP/C-3/37.792.

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de março de 2004, *British Sugar/Comissão*, Proc. C-359/01-P.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de março de 2004, *IMS/Comissão*, Proc. C-418/01.