

Supremo Tribunal de Justiça
Processo nº 6742/1999.L1.S2

Relator: OLIVEIRA VASCONCELOS

Sessão: 26 Setembro 2013

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

CONCORRÊNCIA DESLEAL

PRESSUPOSTOS

Sumário

1 - Ato de concorrência é aquele ato susceptível de, no desenvolvimento de uma dada atividade económica, prejudicar um outro agente económico que, por sua vez, exerce também uma atividade económica determinada, prejuízo esse que se consubstancia num desvio de clientela própria em benefício de um concorrente.

2 - O ato de concorrência assenta em duas ideias fundamentais: a criação e expansão de uma clientela própria e a idoneidade para reduzir ou mesmo suprimir a clientela alheia, real ou possível.

3 - Quando tal se verificar em termos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, dá-se um ato de concorrência desleal, que é ilícita na medida em que constitui um abuso da liberdade de concorrência.

4 - A repressão da concorrência desleal condena o meio (a deslealdade) não o fim (desvios da clientela), pelo que a ilicitude radica-se na deslealdade e não em qualquer direito específico.

5 - A ilicitude tanto pode decorrer da violação de um direito de outrem como da violação da lei que protege interesses alheios.

6 - Os direitos privativos da propriedade industrial e a repressão da concorrência desleal são institutos distintos na medida em que através daqueles se procura proteger uma utilização exclusiva de determinados bens imateriais, enquanto através da repressão da concorrência desleal se pretende estabelecer deveres recíprocos entre os vários agentes económicos.

7 - Aquilo que se censura ao agente económico são os meios de que ele se serve para atuar no mercado, não os concretos resultados que derivam dessa atuação.

8 - O dano típico da concorrência desleal traduz-se, em última instância, num desvio da procura, ou seja, num desvio de clientela.

9 - Do desvio resultará uma afetação patrimonial do lesado, traduzida numa diminuição do volume potencial de negócios.

10 - Mas se o desvio da clientela pode ser entendido como o resultado desejável para todos os concorrentes, este desvio só será valorado como dano para efeitos de atribuição do direito de indemnização se for causado por uma conduta contrária às normas e usos honestos.

Texto Integral

Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

Em 1998.12.23, no Tribunal Cível de Lisboa, **AA -..., S.A** e **BB, S.A.**, intentaram a presente ação ordinária contra

- **CC, ..., S.A;**

- **DD, ..., S.A;**

- **EE, S.A;**

- **FF, S.A;**

- **GG, S.A;**

- **HH, S.A;**

- **II, S.A;**

- **JJ-..., S.A;**

- **KK, Lda.;**

- **LL- ..., S.A.**

Pediram

a condenação solidárias das rés a absterem-se de prática de novos atos de concorrência desleal contra as autoras e a pagar:

- à autora **AA**, quantia de 1.244.704.000\$00 e no que se vier a liquidar em execução de sentença;

- à autora Regional de Mercadorias, a quantia de 1.674.946.000\$00;
- a ambas as autoras, os juros de mora contados desde a data da citação e até integral pagamento.

Alegaram

em resumo, que

- a autora AA tem objeto a distribuição de produtos alimentares e outros de consumo, em grande escala, sendo a impulsionadora e inspiradora de um dos maiores grupos comerciais que nesse ramo operam no mercado português;
- sendo uma sociedade anónima de direito português, está a mesma relacionada, atenta a sua estrutura acionista, com o grupo MM, que se dedica à distribuição e comercialização de produtos destinados ao consumo, em vários países europeus;
- a autora "Regional" dentro do grupo "MM" tem a seu cargo a compra e venda por grosso, das mercadoria e a gestão e distribuição de stocks;
- as sociedades, dentro do grupo, têm como denominador comum o facto de agirem no mercado entre si ligadas por um fator de identificação comercial, como são as insígnias do grupo ("MM" e NN"), sendo, no entanto, independentes entre si;
- mediante a celebração de um contrato, usualmente designado de insígnia, ou de "franchising", a autora AA franqueia as suas portas à sociedade de venda a retalho que com ela pretenda associar-se autorizando esta a usar uma das insígnias de que é detentora;
- por via de tal contrato, a referida autora põe à disposição da sociedade franqueada todo o seu "know-how", garantindo o fornecimento através de sociedades suas afiliadas;
- por via do contrato de "franchising", ficavam as sociedades franchisadas obrigadas a abastecerem-se preferencialmente, em caso de igualdade de preços, junto das sociedades de aprovisionamento afiliadas daquela autora, que também se identificam por uma das insígnias do grupo MM, como é o caso da autora "Regional";

- ficavam, ainda, obrigadas a evitar, por todos os modos, as tentativas da concorrência, no sentido de desmantelamento do grupo MM e a dar preferência na alienação dos seus ativos, sejam imobiliários, seja o estabelecimento comercial, ou outros, à autora;
- e ficavam ainda obrigadas a pagar-lhe, como contrapartida dos benefícios decorrentes do uso da insígnia, uma prestação pecuniária pela entrada no grupo;
- as rés, sob a inspiração do grupo CC, constituem um grupo económico, agindo em conjunto e coordenadamente para um fim comum - a distribuição de produtos alimentares e não alimentar, de consumo, agindo em concorrência com o grupo liderado pela autora AA;
- as rés agiram com o manifesto propósito de desorganizar a cadeia de distribuição montada pela autora AA, apropriando-se parcialmente dela e, para à custa disso, obterem para si, enquanto concorrentes diretos desta, ganhos ilegítimos, traduzidos na redução substancial do volume de negócios daquela autora e perda de importante parte da quota de mercado e clientela por esta conquistada;
- tudo por recurso a práticas comerciais e de concorrência desonestas, desrespeitadoras da boa-fé e no exercício manifestamente abusivo do direito de concorrência;
- da atuação das rés resultaram e resultarão elevadíssimos prejuízos para as autoras, quer de natureza patrimonial, quer não patrimonial, pois estes atingem profundamente a imagem comercial daquela autora;
- a autora "Regional" também sofreu prejuízos decorrentes da atuação das rés.

Contestando

e também em resumo, as rés alegaram que

- na presente ação autoras pedem a condenação das rés no pagamento de uma indemnização pela alegada colaboração na violação, entre outros, dos contratos de uso de insígnia celebrados entre a autora AA e as sociedades OO - Supermercados, Limitada e PP, Limitada;
- tais contratos foram rescindidos pela própria autora;

- assim, quanto à alegada violação dos contratos de uso de insígnia referidos, verifica-se um facto extintivo do efeito jurídico dos atos alegados pelas autoras;
- os contratos de uso de insígnia, franquia ou “franchising”, invocados pelas autoras são nulos;
- a celebração de tais contratos foi precedida da celebração de contratos de adesão, os quais, compostos, também eles, na íntegra por cláusulas contratuais gerais, funcionam como verdadeiros contratos-promessa em relação aos primeiros;
- a rescisão dos contratos de adesão implica a rescisão dos contratos de uso de insígnia e vice-versa;
- de acordo com o contrato de uso de insígnia, a comparação da relação qualidade/preço deve ter em conta o serviço global prestado pelas sociedades afiliadas do agrupamento AA, e por essa razão, o que à partida parecia um simples direito de preferência tende a transformar-se numa verdadeira obrigação de aprovisionamento junto das referidas sociedades afiliadas;
- o artigo 6º dos contratos de uso de insígnia estipula para as sociedades exploradoras a obrigação de aceitarem as condições das sociedades afiliadas, quando recorrerem aos respectivos serviços;
- uma vez que o pretense direito de preferência no aprovisionamento consiste numa verdadeira obrigação de aprovisionamento junto dos fornecedores do agrupamento AA e que sempre que recorrerem a estes as sociedades exploradoras estão obrigadas a aceitar as respectivas condições, conclui-se que o artigo 6º dos contratos de uso de insígnia viola o disposto no artigo 2º do DL n° 371/93, de 29 de Outubro, que proíbe todos os acordos ou práticas que impeçam, falseiem ou restrinjam a concorrência, e ainda as normas comunitárias de concorrência;
- o artigo 6º dos contratos de uso de insígnia viola o disposto nos artigos 18º alíneas e) e f), e 19º, alínea g), do Decreto-Lei n 446/85, que proíbem, respectivamente, a atribuição da faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato à parte que haja elaborado as cláusulas contratuais gerais, a exclusão da faculdade de rescindir o contrato e o estabelecimento de um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes;

- o expediente de camuflar sob a designação de direito de preferência um negócio de natureza inteiramente diferente e de consequências bastante mais gravosas para a parte mais fraca no contrato de uso de insígnia, i. e. a sociedade exploradora, é ofensivo da boa-fé, pelo que se deve entender que as cláusulas contratuais gerais vertidas no artigo 10.2 dos contratos de uso de insígnia são nulas;
- os prazos previstos nos artigos 10.2 e 10.3 dos contratos de uso de insígnia têm necessária e causalmente o efeito de afastar qualquer interessado na aquisição da empresa às sociedades exploradoras, pelo que tais cláusulas violam o disposto no artigo 19º, alíneas a) e b), do Decreto-Lei 446/85, que proíbem o estabelecimento de prazos excessivos para a aceitação de propostas ou cumprimento de obrigações;
- o estabelecimento do foro competente em Paris é claramente violador do disposto no artigo 19º, alínea g), do Decreto-Lei 446/85, o que acarreta a nulidade das correspondentes cláusulas contratuais gerais;
- o regime instituído nos contratos de adesão e de uso de insígnia para a transferência de participações sociais no capital da sociedade exploradora e para a transferência desta última, respectivamente, restringe para além do que seria admissível a possibilidade de dispor dos próprios bens, pelo que viola os direitos fundamentais de liberdade e de iniciativa privada;
- os contratos de adesão e de uso de insígnia configuram negócios usurários que aproveitaram a situação de dependência em que se encontravam os aderentes à data da respectiva celebração para deles obterem benefícios injustificados, porque impõem aos sócios majoritários das sociedades franchisadas a prestação de trabalho não remunerado, porque os contratos de adesão de uso de insígnia excluem abusivamente a responsabilidade da autora AA perante terceiros, porque os contratos de uso de insígnia estabelecem um manifesto desequilíbrio de prestações entre essa autora e as sociedades franchisadas que visa colocar estas últimas na dependência da primeira, devendo o respectivo conteúdo ser considerado como manifestamente abusivo, violando o disposto no artigo 334º do Código Civil, contrário às regras nacionais e comunitárias de defesa da concorrência e atentatório da própria liberdade constitucional de iniciativa privada;
- os diversos aspetos aqui referidos ferem de tal modo gravemente o cerne e o escopo dos contratos em apreço que determinam a sua inevitável nulidade, por não serem passíveis de redução ou conversão;

- as autoras invocam que as rés terão violado os contratos de uso de insígnia;
- porém, as rés não foram, nenhuma delas, partes em tais contratos, pelo que as obrigações emergentes de tais contratos não podem ser invocadas contra elas;
- verifica-se, assim, um facto impeditivo dos efeitos jurídicos dos factos alegados pelas autoras, pelo que também por esta via devem ser absolvidas do pedido;
- as sociedades que se dedicam à distribuição a retalho no seio do grupo de sociedades cujo capital é detido em última instância pela ré “CC” são abastecidas por centros de distribuição próprios, a cuja gestão e exploração são totalmente alheias as empresas que se dedicam à distribuição grossista no âmbito do mesmo Grupo;
- por outro lado, a ré CC, ..., S. A e a ré DD são sociedades gestoras de participações sociais que não se imiscuem na atividade operacional das empresas de distribuição, nem praticaram qualquer dos atos de comércio que constituem a causa de pedir na presente ação;
- as diversas sociedades que são rés na presente ação têm todas elas personalidade jurídica devendo a sua responsabilidade ser aferida em função dos atos por si praticados;

A 1ª, 2ª, 6ª, 7ª e 9ª rés não tiveram qualquer intervenção nos atos e operações dos quais as autoras retiram os fundamentos da presente ação;

- também a 3ª e 4ª rés se limitaram a explorar os estabelecimentos indicados no artigo 44º da petição inicial, após obterem a autorização da Direcção-Geral do Comércio e Concorrência necessária para o efeito, pelo que também elas não tiveram qualquer intervenção nos atos e operações dos quais as autoras retiram os fundamentos na presente ação.

Foi admitida a intervenção da **QQ**, que apresentou contestação impugnando o alegado pelas autoras e requerendo a sua condenação como litigante de má-fé.

Na audiência preliminar foi julgada improcedente a exceção de incompetência material do tribunal, declarando-se o tribunal competente, foram julgadas improcedentes a exceção de ininteligibilidade do pedido, a exceção de

ilegitimidade da autora “Regional” e das rés, foi julgada improcedente a exceção de litispendência e relegada para final a exceção de nulidade dos contratos de insígnia, de franquia ou de “franchising”.

Proferido despacho saneador, fixada a matéria assente e elaborada a base instrutória, foi realizada audiência de discussão e julgamento.

Em 2001.07.15, foi proferida sentença que julgou a ação improcedente.

As autoras apelaram sem êxito, tendo a Relação de Lisboa, por acórdão de 2012.03.21 confirmado a decisão recorrida.

Novamente inconformados, as autoras deduziram revista.

Por acórdão deste Supremo de 2012.11.29, foi anulado o acórdão da Relação, a fim de se proceder à reapreciação da matéria de facto, relativamente aos números 11º, 12º, 13º, 18º a 44º, 52º, 54º, 55º e 56º da base instrutória.

Em 2013.03.14, foi proferido novo acórdão pela Relação de Lisboa, em que mais uma vez se confirmou a decisão recorrida.

Mais uma vez inconformadas, as autoras deduziram a presente revista, apresentando as respectivas alegações e conclusões.

As recorridas contra alegaram, pugnando pela manutenção do acórdão recorrido.

Cumprе decidir.

As questões

Tendo em conta que

- o objecto dos recursos é delimitado pelas conclusões neles insertas, salvo as questões de conhecimento oficioso - arts. 684º, nº3 e 690º do Código de Processo Civil;

- nos recursos se apreciam questões e não razões;

- os recursos não visam criar decisões sobre matéria nova, sendo o seu âmbito delimitado pelo conteúdo do acto recorrido

a única questão posta consiste em saber se a conduta das rés pode ser considerada como englobando atos de concorrência desleal.

Os factos

São os seguintes os factos que foram dados como provados na Relação, após alterações neles introduzidas por esta:

1º - A 1ª A., que resultou de cisão e mudança de denominação comercial da AA ... Lda., subscreveu os escritos particulares denominados CONTRATOS DE USO DE INSÍGNIA AA PORTUGAL, a seguir indicados, com:

- RR - Supermercados Lda., SS e TT (A...), junto de fls. 107 a 162, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- UU - Supermercados Lda., VV e XX (A...), junto de fls. 163 a 218, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- ZZ - Supermercados Lda., AAA (P...), junto de fls. 219 a 274, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- BBB - Supermercados Lda., CCC e DDD (M...), junto de fls. 275 a 330, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- EEE - Supermercados Lda., FFF e GGG. (E...), junto de fls. 331 a 386, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- HHH - Supermercados Lda. e III (R...), junto de fls. 387 a 441, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- OO - Supermercados Lda., JJJ e KKK (S...), junto de fls. 442 a 497, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- LLL - Supermercados Lda., MMM (O...), junto de fls. 498 a 553, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- PP LDA e NNN (Á...), junto de fls. 554 a 609, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- OOO - Supermercados S.A., PPP e QQQ (A...), junto de fls. 610 a 665, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;
- RRR - Supermercados S.A., SSS e TTT (C...), junto de fls. 666 a 720, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;

- UUU - Supermercados S.A.. VVV e XXX, junto de fls. 721 a 776, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido - (A).

2º - As sociedades referidas em Io procederam nuns casos à alienação do direito de propriedade do imóvel onde se situava o seu estabelecimento comercial, noutros à cessão da sua posição contratual de locatárias financeiras e, em todos os casos, ao trespasse do seu estabelecimento comercial - (B).

3º -A 26/02/97, a RR - Supermercados Lda., procedeu à venda do imóvel onde exercia o seu comércio, à R. GG, e trespasse o seu estabelecimento comercial para a R. JJ, a 28/02/97 - (C e D).

5º - No dia seguinte, o dito estabelecimento comercial passou a ostentar a denominação comercial ZZZ - (E).

6º - Pouco tempo depois, o dito estabelecimento comercial passou a ostentar a insígnia

AAAA, e passou a ser explorado pela 3a R, enquanto o imóvel onde o mesmo se situa passou a pertencer à 7º R. - (F, G e H).

7º - O mesmo sucedeu em 3 de Março de 1997 no 12º Cartório Notarial e com igual sequência anterior, ao imóvel e ao estabelecimento pertencentes à sociedade UU - Supermercados Lda. - (I).

8º - E aos pertencentes à sociedade ZZ - Supermercados Lda. - (J).

9º -E aos pertencentes à BBB... - Supermercados Lda. - (L).

10º - E aos pertencentes à EEE - Supermercados Lda. - (M).

11º - E aos pertencentes à HHH - Supermercados Lda. - (N).

12º - Como já tinha acontecido a 13 de Maio de 1996 para as sociedades LLL Supermercados Lda., BBBB - Supermercados Lda., e PP Lda. - (O).

13º - Como veio a acontecer a 1/10/1998, com o imóvel e o estabelecimento comercial pertencentes à UUU - Supermercados S.A - (P).

14º - E na mesma data, aos mesmos bens pertencentes à RRR - Supermercados S.A - (Q).

15º - E ao trespasse do estabelecimento comercial da sociedade OOO Supermercados S.A - (R).

16° - Nestes últimos três casos o adquirente do direito ao trespasse foi a R. LL - (S).

17° - Relativamente aos estabelecimentos instalados nos imóveis referidos de I) a S), os mesmos passaram, dois a três meses depois da aquisição dos imóveis, uns a ostentar a

insígnia AAAA, outros a insígnia CCCC, pertencentes às 3ª e 4ª RR., respectivamente - (SI).

18° - As sociedades referidas em 1°, deixaram de se abastecer junto da 2a A. - (T).

19° - AA PORTUGAL - Supermercados Lda., mandatada por DDDD, S.A. subscreveu os escritos particulares denominados CONTRATOS DE ADESÃO DDDD, a seguir indicados, com:

- EEEE, o de fls. 1211 a 1250, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;

- FFFF, o de fls. 1251 a 1291, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;

- AAA, o de fls. 1292 a 1332, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;

- CCC, o de fls. 1333 a 1371, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;

- III, o de fls. 1372 a 1412, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido;

- MMM, o de fls. 1413 a 1453, cujo teor aqui se tem por inteiramente reproduzido - (U).

20° - A 1ª R. detém e gere participações sociais no capital da 2a a 9a RR- (V).

21° - O contrato de uso de insígnia celebrado em 31 de Agosto de 1994 entre a Ia A. e a OO - Supermercados, Lda., JJJ e KKK e referido no alínea T) foi rescindido pela Ia A. por carta enviada em 14 de Dezembro de 1995 - (AA).

22° - Em 13 de Maio de 1996 a OO - Supermercados, Lda., trespasseou o seu estabelecimento comercial para a R. (JJ - ..., S. A.). - (BB).

23° - O contrato de uso de insígnia celebrado em 17 de Junho de 1992 entre a Ia A. e a sociedade PP, LDA., e NNN referido em 16 foi rescindido pela autora AA através de carta com data de 4 de Janeiro de 1996 - (CC).

24° - Em 13 de Maio de 1996 a PP, LDA, trespassou o seu estabelecimento de supermercado para a R. (JJ) - (DD).

25° - À 2a A cabe, na orgânica do Grupo MM e NN, a função de sociedade afiliada encarregada do aprovisionamento, isto é, do fornecimento às sociedades franchisadas, das mercadorias para venda a retalho - (resposta ao quesito 1°).

26° - As ditas sociedades, franchisadas da Ia A. referidas em 1°, são 12 das mais de 130 que decidiram associar-se à autora AA, sob a proteção das insígnias MM e NN - (2°).

27° - O referido em 2° a 16° ocorreu sem que as sociedades referidas em 1° tivessem reconhecido à autora AA a preferência em tais alienações - (3°).

28° - As RR sabiam que as sociedades referidas em 1° se encontravam associadas à 1ª A. - (6o).

29° - Cada um dos estabelecimentos comerciais citados ostentava as insígnias "MM" e "NN" - (7°).

30° - As R.R. não informaram previamente a autora AA que tencionavam proceder à aquisição dos ativos imóveis e direito ao trespasse do estabelecimento comercial das sociedades referidas em 1° - (8°).

31° - No que concerne às transações relativas ao estabelecimento comercial e compra do imóvel pertencentes às sociedades RR - Supermercados Lda., UU - Supermercados Lda., ZZ - Supermercados Lda., BBB - Supermercados Lda., EEE Supermercados Lda. e HHH Supermercados Lda., as Assembleias Gerais necessárias à formação da deliberação que autorizasse tais alienações, realizaram-se no mesmo dia 27 de Fevereiro de 1997, uma quinta-feira, tendo as escrituras de alienação às sociedades R.R. sido celebradas no dia 3 de Março de 1997, a 2ª feira seguinte - (9°).

32° - O grupo CC em que as rés se integram, é um concorrente direto do Grupo MM - (11°).

33° - O Grupo CC sabia que o Grupo MM se organiza sob a forma de franchising e que as RR sabiam que entre a Ia A. e cada uma das sociedades referidas em 1, haviam sido celebrados contratos - (12° e 13°).

34° - Com o referido em 31°, as RR visavam a obtenção de ganhos - (15°).

35° - As sociedades referidas em 1° trespassaram os estabelecimentos e venderam os imóveis - (45°).

36° - A perda de superfície comercial significa a diminuição de volume de compras por grosso aos fornecedores - (48°).

37° - A 2ª A. vinha fornecendo as sociedades referidas em 1° - (52°).

38° - Após o referido em 31°, a 2a A. deixou de proceder ao abastecimento das referidas sociedades, tendo sido substituída pela 9a R - (53°).

39° - Os contratos juntos de fls.107 a 776 têm o mesmo clausulado - (57°).

40° - O conteúdo dos contratos de adesão era determinado pela sociedade "DDDD, S.A." - (58°).

41° - Os contratos de uso de insígnia (contrato prometido) foram celebrados após o contrato referido em 20 (U) pressupondo a prévia realização de investimentos por parte do franquiado de acordo com os princípios e requisitos exigidos pela AA para adesão à imagem comum da rede - (59°).

42° - Todos os sócios gerentes das sociedades referidas em 1° foram sujeitos a um período de formação na AA antes da celebração do contrato de uso de insígnia e antes da abertura ao público dos estabelecimentos do supermercado que exploravam - (60°).

43° - Durante o período de formação os sócios gerentes dessas sociedades, dedicaram-se por inteiro a atividades no âmbito do grupo AA - (61°).

44° - É a Ia A. e suas afiliadas quem custeia os estudos de mercado com base nos quais é possível determinar a localização e a viabilidade comercial de novos estabelecimentos, a serem explorados posteriormente por uma sociedade franchisada - (64°).

45° - É a 1ª A. e suas afiliadas quem desenvolve todos os trabalhos de prospeção

imobiliária, com vista a encontrar os terrenos onde virão a ser implantados os estabelecimentos comerciais, custeando tal prospeção, efetuando a seu cargo as negociações com vista à sua aquisição e custeando esta - (65°).

46° - É a 1ª A. e suas afiliadas quem desenvolve e suporta os custos dos projetos de arquitetura, as licenças de construção, quem celebra os contratos de empreitada, inerentes à construção dos edifícios comerciais - (66°).

47° - É a autora AA quem estuda e prepara as soluções informáticas, as campanhas de publicidade e "marketing", e todas as operações de logística (a montante), quem permite assegurar um caudal de ininterrupto e garantido fornecimento diário de "stocks" aos pontos de venda, cada um deles pertencente a uma sociedade franchisada - (67°).

48° - Só após a sua constituição - o que importa a aplicação de capital por um empresário independente - é que a sociedade "franchisada" efetua os investimentos necessários à aquisição dos ativos que a autora AA e suas afiliadas lhe foram constituindo - (68) °.

49° - Em tal ocasião já a dita sociedade tem assegurada a clientela que lhe é garantida pela utilização das insígnias de que a Ia A. é detentora - (69°).

50° - Bem assim como as vantagens de pertencer a um grupo cuja notoriedade comercial e solvabilidade financeira são reconhecidas a nível nacional e internacional - (70°).

51° - No período referido em 42°, dá a conhecer a filosofia e cultura do grupo, os métodos de trabalho em áreas como a gestão de stocks, informática, gestão de recursos humanos, publicidade, marketing e gestão financeira - (73°).

52° - Bem assim como as condições contratuais constantes dos contratos de adesão e de insígnia com base nos quais, futuramente, se entre as partes vierem os mesmos a ser celebrados, se regerão as respectivas relações - (74°).

53° - Durante o período referido em 42°, os interessados adquirem os conhecimentos a que se refere o ponto 50, sem que lhe sejam exigidas contrapartidas económicas - (75°).

54° - Em todas as localidades, onde se encontravam os estabelecimentos comerciais trespassados, o Grupo CC, não tinha aberto ao público, antes, qualquer outro estabelecimento - (76°).

55° - A ré "CC" não se imiscui na atividade e gestão da QQ, SA., nem na atividade e gestão das 2ª à 9ª rés - (77°).

56° - A QQ, SA dedica-se à distribuição por grosso, não fornece as RÉUS que se dedicam à distribuição a retalho - (78°).

57° - A QQ, SA. Exerce a sua atividade com independência das empresas retalhistas, designadamente as RR. AAAA, CCCC, LL e JJ - (79°).

58° - A Recheio, não adquiriu nenhum estabelecimento comercial das sociedades referidas em 1º - (80°).

59° - Das sociedades referidas em 1º com exceção da OO e PP, sete puseram termo aos contratos que as ligavam às AA em data anterior à da constituição de QQ, SA - (81°).

Os factos, o direito e o recurso

Na sentença proferida na 1ª instância julgou-se improcedente a ação porque se entendeu que não se tinha provado que as rés tenham agido em desrespeito das normas e usos honestos de qualquer ramo de comércio ou atividade económica, nomeadamente, não tinha ficado provado que tivesse havido qualquer conluio ou atuação concertada das rés no sentido de prejudicar as autoras, limitando-se aquelas a aproveitar a oportunidade de negócio que lhes surgiu, levada ao seu conhecimento pelos aderentes, negociando com os proprietários e possuidores dos estabelecimentos o seu trepasse.

No acórdão recorrido, apesar de se ter decidido alterar algumas das respostas aos quesitos, sufragou-se o entendimento da 1ª instância, acima sumariado.

As recorrentes entendem que as rés devem ser condenadas nos pedidos porque os “factos demonstrados e assentes consubstanciam todos os requisitos legalmente exigíveis (facto, ilicitude objetiva do mesmo, sua imputação ao agente, dano e relação causal entre aquele e este) para que o comportamento das rés possa e deva ser qualificado como prática de concorrência desonesta, geradora de responsabilidade civil extracontratual solidária entre as rés, pelos prejuízos que causaram às autoras ora recorrentes”.

Creemos que não têm razão e se decidiu bem.

Antes de mais, atentemos em algumas ideias, que nos vão ajudar a esclarecer a questão que nos é posta, para o que nos vamos apoiar nos escritos de Carlos Olavo “in” *Propriedade Industrial*, a páginas 143 e seguintes, de Jorge Patrício Paúl “in” *Concorrência Desleal - Os Pressupostos da Concorrência Desleal*, a páginas 41 e seguintes e de Paula Costa e Silva “in” *Concorrência Desleal - Meios de Reação Civil à Concorrência Desleal*, a páginas 99 e seguintes.

Ato de concorrência é aquele ato susceptível de, no desenvolvimento de uma dada atividade económica, prejudicar um outro agente económico que, por sua vez, exerce também uma atividade económica determinada, prejuízo esse que se consubstancia num desvio de clientela própria em benefício de um concorrente.

Haverá ato de concorrência não apenas entre atividades económicas que estejam numa relação de identidade, substituição ou complementaridade, mas ainda entre todas aquelas que se dirigem ao mesmo tipo de clientela.

O ato de concorrência desleal é, antes de mais, um ato de concorrência, ou seja e como acima se disse, um ato destinado à obtenção ou desenvolvimento de uma clientela alheia, efetiva ou potencial

Assenta, assim, em duas ideias fundamentais: a criação e expansão de uma clientela própria e a idoneidade para reduzir ou mesmo suprimir a clientela alheia, real ou possível.

Quando tal se verificar em termos contrários às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade, dá-se um ato de concorrência desleal, que é ilícita na medida em que constitui um abuso da liberdade de concorrência.

Na verdade, no regime de livre concorrência, esta é em princípio lícita, só sendo ilícita quando desleal.

A repressão da concorrência desleal condena o meio (a deslealdade) não o fim (desvios da clientela), pelo que a ilicitude radica-se na deslealdade e não em qualquer direito específico.

A ilicitude tanto pode decorrer da violação de um direito de outrem como da violação da lei que protege interesses alheios.

As normas repressivas da concorrência desleal visam satisfazer os interesses de todos quanto ao mercado aberto têm acesso, quer como produtores e vendedores, que como consumidores.

Deste modo, a tutela do concorrente é também objeto das normas repressivas da concorrência desleal, pelo que a respectiva violação determina a obrigação de indemnizar, de acordo com o disposto no nº1 do artigo 483º do Código Civil.

Nos termos do artigo 260º do Código de Propriedade Industrial aprovado pelo Decreto-lei 16/95, de 24.01, aplicável ao caso concreto em apreço, proibidos como concorrência desleal são apenas os atos que sejam *“contrários às normas e usos desonestos de qualquer ramo de atividade”*.

Este conceito deve reportar-se ao comerciante médio e assim será concorrência desleal aquela atuação que fira a consciência ética daquele comerciante

Aquele artigo 260º contém a exemplificação de diversos tipos de atos de concorrência desleal, exemplificação essa que, pelo seu próprio carácter, não esgota a matéria.

Daí, a doutrina ter procurado agrupar essa multiplicidade em diversas classes de atuações: atos de confusão, atos de descrédito, atos de apropriação, atos de desorganização e atos de concorrência parasitária.

Os atos de desorganização são aqueles que visam afetar o normal funcionamento de uma empresa concorrente, decorrendo a ilicitude do meio utilizado para desviar a clientela e que constitui a perturbação normal do funcionamento da empresa.

Consoante a modalidade de atos de concorrência desleal, assim será de considerar uma ou outra das finalidades constantes do proémio do citado artigo 260º: a intenção de prejudicar nos atos de agressão; a intenção de beneficiar nos atos de aproveitamento e nos atos de falsa apresentação própria ou de indução de erro.

De qualquer forma, subjacente à existência de um ato de concorrência desleal está sempre um ato objectivamente ilícito.

Os direitos privativos da propriedade industrial e a repressão da concorrência desleal são institutos distintos na medida em que através daqueles se procura proteger uma utilização exclusiva de determinados bens imateriais, enquanto através da repressão da concorrência desleal se pretende estabelecer deveres recíprocos entre os vários agentes económicos.

Assim, pode haver violação de um direito privativo sem que haja concorrência desleal nos casos em que o ato não cause prejuízo a outra pessoa através da subtração de sua clientela refetiva ou potencial.

Aquilo que se censura ao agente económico são os meios de que ele se serve para atuar no mercado, não os concretos resultados que derivam dessa atuação.

O dano típico da concorrência desleal traduz-se, em última instância, num desvio da procura, ou seja, num desvio de clientela.

Do desvio resultará uma afetação patrimonial do lesado, traduzida numa diminuição do volume potencial de negócios.

Mas se o desvio da clientela pode ser entendido como o resultado desejável para todos os concorrentes, este desvio só será valorado como dano para efeitos de atribuição do direito de indemnização se for causado por uma conduta contrária às normas e usos honestos.

Essa conduta tem que ser querida pelo agente, ou seja, este tem que ter consciência de que está a praticar um ato ilícito, o que significa que podia comportar-se de modo diverso.

Dito doutro modo, em princípio, o dano deverá resultar de uma conduta dolosa do agente.

Mas se a deslealdade for uma característica do ato, então será possível afirmar a existência de uma obrigação de indemnizar com base na negligência, fundada na violação de deveres de cuidado, quando o ato seja gerador de uma desconformidade objetiva.

Ao invés, se se entender que o ato contém um juízo de censura do agente - os meios de que ele se serve para aceder ao mercado são reprováveis - parece ser de afastar a imposição de uma obrigação de indemnizar com fundamento em negligência, na medida em que tem que se considerar a conduta do agente apenas descuidada, mas não desleal.

Voltemos ao caso concreto em apreço.

As autoras alegaram que as rés, através de um grupo económico que constituíram e atuando em concorrência direta com o grupo liderado pela autora AA, agiram com o manifesto propósito de desorganizar a cadeia de distribuição montada por essa autora, apropriando-se parcialmente dela para,

à custa disso, obterem para si, enquanto concorrentes diretos desta, ganhos ilegítimos, traduzidos na redução substancial do volume de negócios daquela autora e perda de importante parte da quota de mercado e clientela por esta conquistada, tudo por recurso a práticas comerciais e de concorrência desonestas, desrespeitadoras da boa-fé e no exercício manifestamente abusivo do direito de concorrência, do que resultaram e resultarão elevadíssimos prejuízos para as autoras, quer de natureza patrimonial, quer não patrimonial, pois estes atingem profundamente a imagem comercial daquela autora.

No entanto e conforme bem se afirmou nas instâncias, nada disto se provou.

Na verdade, não se provou que ao serem efetuadas as alienações, as cessões de posição contratual e os trespasses referidos nas als B) a S1) dos factos assentes, tivesse havido qualquer conluio entre as rés e as sociedades referidas na alínea A) dos mesmo factos, com o propósito de desorganizar a cadeia de distribuição montada pela autora AA, apropriando-se dela e à custa disso, obterem ganhos para si enquanto concorrentes diretos desta, ganhos esses traduzidos na redução substancial do volume de negócios da daquela autora e perda importante da quota de mercado e clientela por esta conquistada - cfr. respostas negativas e restritivas aos pontos 5º, 9º, 10º, 14º, 15. 16º.

Provou-se tão só que as rés visavam apenas a obtenção de ganhos - cfr. referida resposta ao ponto 15º.

Daqui decorre que naturalmente não se provou qualquer ilicitude na conduta das rés, ou seja, qualquer deslealdade que permita classificar a conduta das rés como concorrência desleal.

O que dos factos se pode concluir é que as rés - ou algumas das rés - sendo concorrentes diretas das autoras, se limitaram a celebrar negócios com sociedades anteriormente associadas à autora AA, negócios esses que visavam, como é típico das sociedades comerciais, a obtenção de lucros ou ganhos.

É evidente que a celebração desses negócios teve ou podia ter como consequência um desvio da clientela das autoras.

Mas, como acima ficou dito, esse desvio, desejável para quem concorre num mercado aberto, só poderia ser valorado como desleal se fosse causado por conduta contrária às normas e usos honestos.

E face às respostas negativas e restritivas acima referidas, é evidente que não se provou que as rés tivessem tido essa conduta.

Tanto mais que não se provou que as rés soubessem que entre a autora AA e cada uma das sociedades referidas na alínea A) dos factos assentes existissem os contratos aí referidos, provando-se apenas que "as rés sabiam que entre a autora AA e cada uma das sociedades referidas naquela alínea haviam sido celebrados contratos" - cfr. resposta restritiva aos pontos 12º e 13º da base instrutória.

Quanto à culpa, nada se pode concluir sobre a sua existência, mesmo sob a forma de negligência

Em primeiro lugar, porque não se provou a realidade do conluio invocado pelas autoras.

Depois, mesmo atendendo ao facto de as rés terem conhecimento da existência de contratos entre as sociedades referidas na alínea A) dos factos assentes e a autora AA, tal facto não podia ser considerado objectivamente uma deslealdade, pois, na verdade, não poderia, só por si, ser considerado desonesto o desvio da clientela apesar daquele conhecimento.

Desonesto seria aquele desvio feito com a intenção de desorganizar a cadeia de distribuição da autora AA, o que não se provou, como já ficou referido.

Finalmente, mesmo a julgar-se a conduta das rés como descuidada - o que na realidade, não resulta dos factos dados como provados - tal conduta assim considerada não podia ser tida como desleal, conforme acima ficou referido.

Uma nota final: a pretensão das recorrentes de dar como provados factos com base em presunções extraídas de documentos não pode merecer acolhimento, pois, como é sabido, tendo esses factos sido devidamente discutidos e apreciados pelas instâncias, não pode agora, este Supremo, dar como provados factos que aí não foram dados como provados.

Concluimos, pois, não merecer censura o acórdão recorrido.

A decisão

Nesta conformidade, acorda-se em negar a revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas pelas recorrentes.

Lisboa, 26 de Setembro de 2013

Oliveira Vasconcelos (Relator)

Serra Baptista

Álvaro Rodrigues