

Abuso de posição dominante

Miguel Moura e Silva*

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEEFF)

Diretor da Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas da Autoridade da Concorrência

*As opiniões expressas nesta apresentação são puramente pessoais



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O abuso de posição dominante

1. Elementos da infração
2. Antecedentes, Fundamentos e evolução legislativa
3. Posição dominante
4. Exploração abusiva
 - i. Abusos de exploração
 - ii. Abusos de exclusão
5. Afetação do comércio entre Estados-Membros
6. Justificação objetiva e ganhos de eficiência

1. Elementos da infração

Artigo 102.º TFUE

- Posição dominante detida por uma (posição dominante individual) ou mais empresas (posição dominante coletiva) no mercado interno ou numa parte substancial deste;
- Exploração abusiva;
- “Na medida em que seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros”;

Art. 11.º da Lei n.º 19/2012

- Posição dominante detida por uma (posição dominante individual) ou mais empresas (posição dominante coletiva) no mercado nacional ou numa parte substancial deste;
- Exploração abusiva;

Elementos da infração

- Como decorre da leitura destas normas, não é dada autonomia:
 - À definição do mercado relevante (porque é apenas uma forma de determinar a existência de uma posição dominante);
 - À afetação da concorrência (porque integra a análise da natureza abusiva da conduta);
- Não existe uma exceção legal comparável ao n.º 3 do artigo 101.º TFUE ou ao art. 10.º da Lei n.º 19/2012.

2. Antecedentes, fundamentos e evolução legislativa

Estados Unidos

- Art. 2.º do *Sherman Act* de 1890 (proíbe os delitos de monopolização e de tentativa de monopolização):
 - “The offense of monopoly under §2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the wilful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of superior product, business acumen, or historical accident”. *U.S. v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), a pp. 570-571.
- Uso do poder de monopólio para excluir a concorrência:
 - “... the use of monopoly power, however lawfully acquired, to foreclose competition, to gain a competitive advantage, or to destroy a competitor, is unlawful”. *U.S. v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948), a p. 107.

Estados Unidos

- Mas nos Estados Unidos a prática de preços de monopólio não é ilegal:
 - “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices - at least for a short period - is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.”
Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).
- Como veremos, esta é uma diferença fundamental entre o direito *antitrust* dos Estados Unidos e o direito da concorrência de matriz europeia.

Antecedentes

- Abuso de posição dominante: origem do conceito: Art. 66.º/7 Tratado CECA;
- Lei alemã: atual § 19 *GWB* (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*);
- União Europeia: Art. 102.º TFUE (originalmente o art. 86.º do Tratado CEE);
- Lei portuguesa: Art. 14.º do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3.12; Art. 3.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29.10; Art. 6.º Lei n.º 18/2003, de 11.6; Art. 11.º da Lei n.º 19/20012, de 8.5;

Opções fundamentais dos autores dos Tratados

- Rejeição de um princípio de proibição dos monopólios;
- Abandono da visão dirigista do Tratado de Paris que instituiu a CECA (e.g. controlo de preços e quotas de produção);
- Ligação umbilical ao processo de integração económica;
- Salvaguarda do processo concorrencial não apenas pela proibição de comportamentos lesivos dos consumidores mas também pela proteção dos agentes económicos contra métodos de concorrência não baseados no mérito dos produtos/prestações de empresas dominantes;
- Insusceptibilidade de justificação de condutas abusivas com base no balanço económico do artigo 101.º/3 do TFUE.

Fundamentos

- UE: o artigo 3.º, n.º 3, TUE precisa que a União Europeia estabelece um mercado interno, o qual, de acordo com o Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo ao Tratado de Lisboa, implica um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada;
- Os artigos 101.º e 102.º têm por fim a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado comum (Acórdão *Continental Can*, 1973, n.º 25).
- “Com efeito, essas regras têm precisamente por **finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar na União**”
 - Acórdão TJUE, Proc. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, 2010, n.ºs 20-22 (sublinhado nosso).

Fundamentos

- Tendência recente do Tribunal Geral: exigir um dano para os consumidores como requisito para a aplicação das proibições dos artigos 101.º e 102.º:
 - E.g., acórdão *GlaxoSmithKline*: O TG (Proc. T-168/01) considerou que uma restrição que limitava as importações paralelas só poderia ser considerada uma restrição por objeto caso se demonstrasse existir um dano para os consumidores;
- TJUE rejeitou esta interpretação (Procs. C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, 2009): n.º 63: “não resulta [do art. 101.º, n.º 1] que só os acordos que privam os consumidores de certas vantagens podem ter um objetivo anticoncorrencial”.
- Acresce que “a declaração da existência de objetivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços”.

Fundamentos

- Artigo 102.º TFUE: “não se refere apenas às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efetiva” (Acórdão *Continental Can*, 1973, n.º 26);
- A afetação da estrutura concorrencial pela empresa dominante também pode configurar um abuso: o bem jurídico protegido é a própria estrutura da concorrência efetiva (v. Acórdão TJUE, Proc. C-553/12 P, *Comissão Europeia c. DIE*, 2014, n.º 68);
- Assim, não é necessário demonstrar um dano direto para os consumidores;

Fundamentos

- **Posição dominante:** “diz respeito a uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores (acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colet., p. 217, n.º 38, e de 14 de Outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, C-280/08 P, Colet., p. I-0000, n.º 170).”: Acórdão TJUE, Proc. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, 2010, n.º 23.

Fundamentos

- O artigo 102.º TFUE “não proíbe que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, a posição dominante num mercado”, e “por maioria de razão, a constatação da existência de tal posição não implica, em si, qualquer censura à empresa em causa”;
- No entanto, “não deixa de ser verdade que, segundo jurisprudência assente, incumbe à empresa que ocupa uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interior”: Acórdão TJUE, Proc. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, 2010, n.º 24.

Legislação nacional - 1983

- Art. 14.º/1 do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3.12:
 - Proibição baseada no atual art. 102.º TFUE mas com inclusão de um requisito quanto aos abusos: “que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”;
 - Tipificação exemplificativa: remissão para a tipificação do art. 13.º/1 - acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas;
 - Definição de posição dominante - art. 14.º/2 (baseada na Lei alemã);
 - Presunção de posição dominante individual e coletiva - art. 14.º/3 (baseada na Lei alemã);
 - A inserção sistemática da norma relativa ao balanço económico e a formulação do artigo 14.º/1 (“são também considerados práticas restritivas da concorrência os abusos ...”) levava alguns a admitir a sua aplicação ao abuso (art. 15.º/1);
 - Coimas: entre 50.000\$00 a 50.000.000\$00 (i.e., entre € 250,00 e € 25.000,00).

Legislação nacional - 1993

- Art. 3.º/1 do Decreto-Lei n.º 371/93, de 28.10:
 - Abandona a expressão “abusos” e usa a terminologia “exploração abusiva” baseada no atual art. 102.º TFUE, mantendo o requisito “tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”;
 - Tipificação exemplificativa: o art. 3.º/4 mantém a remissão para a tipificação do art. 2.º/1 - acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas;
 - Definição de posição dominante - art. 3.º/2 (baseada na Lei alemã);
 - Presunção de posição dominante individual e coletiva - art. 3.º/3 (baseada na Lei alemã).
 - Apesar de ser abandonada a equiparação a práticas restritivas da concorrência, a inserção sistemática da norma relativa ao balanço económico (art. 5.º/1) levava alguns membros do Conselho da Concorrência a considerar que os abusos podiam ser justificados.
 - Coimas: entre 100.000\$00 a 200.000.000\$00 (i.e., entre € 500,00 e € 1.000.000,00).

Legislação nacional - 2003

- Art. 6.º/1 da Lei n.º 18/2003, de 11.6:
 - A cláusula geral mantém-se com a mesma redação;
 - Tipificação exemplificativa: o art. 6.º/3, al. a) mantém a remissão para a tipificação do art. 4.º/1 - acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas;
 - Inserido um novo exemplo: recusa de acesso a uma rede ou infra-estrutura essencial (art. 6.º/3, al. b));
 - Mantém a definição de posição dominante - art. 6.º/2 (baseada na Lei alemã);
 - Suprime a presunção de posição dominante individual e coletiva;
 - Afasta-se definitivamente a questão da eventual justificação com base no balanço económico;
 - Coimas: até 10% do volume de negócios.

Legislação nacional - 2012

- Art. 11.º/1 da Lei n.º 19/2012, de 8.5:
 - Harmoniza a cláusula geral com a redação do art. 102.º TFUE: desaparece o qualificativo “tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência” e dá abertura à qualificação como abusiva de condutas lesivas dos consumidores, independentemente de terem ou não um impacto na estrutura concorrencial;
 - Tipificação exemplificativa: harmonizada com a redação do art. 102.º TFUE, incluindo ainda a recusa de acesso a uma rede ou infra-estrutura essencial (art. 11.º/2, al. e));
 - Suprime a definição de posição dominante;
 - Coimas: até 10% do volume de negócios.
- Para maiores desenvolvimentos: Miguel Moura e Silva, “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012: novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, vol. 35, n.º 137, 2014, p. 9. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2468752)

3. Posição dominante

Posição dominante e poder de mercado

- Acórdão *United Brands* (1978) § 65: “A posição dominante a que se refere este artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva 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”.
- Acórdão *Michelin I* (1983) § 57: à empresa em posição dominante incumbe “uma responsabilidade especial de não atentar pelo seu comportamento contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum” (v. § 9 das Orientações de 2009 sobre abusos de exclusão).

Posição dominante e poder de mercado

- Equiparação entre posição dominante e um grau significativo de poder de mercado: será considerada dominante “uma empresa que seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo” (§ 11 das Orientações de 2009 sobre abusos de exclusão).
- Definição focada no preço pode ser redutora: v. definição seguida pela jurisprudência dos Estados Unidos: poder de monopólio é o “poder de controlar os preços ou de excluir a concorrência”, *U.S. v. E.I. Du Pont de Nemours*, 351 U.S. 377 (1956).

Posição dominante e poder de mercado

- Como é que podemos apurar a existência de poder de mercado?
 - **Métodos diretos:** comparação entre o preço e o custo marginal (índice Lerner); mas é de difícil aplicação (por falta de informação ou excessiva complexidade e incerteza na determinação dos custos relevantes);
 - **Métodos indiretos:** presunções jurídico-económicas fundadas na quota de mercado; avaliação da quota de mercado da empresa em causa; da comparação com as quotas dos concorrentes; análise do grau de concentração do mercado; identificação dos obstáculos à entrada e expansão; ponderação de outros fatores.
- Para definirmos uma quota precisamos de delimitar o mercado em causa...

Posição dominante e poder de mercado

- A finalidade da definição do mercado relevante é apenas obter elementos que nos permitam avaliar **qual o grau de pressão concorrencial a que a empresa em causa está sujeita** e, por isso, determinar se ela tem ou não poder de mercado.
- Não é um fim em si mesma - para alguns até pode ser dispensada, desde que existam outros meios disponíveis para apurar a existência de poder de mercado.

Mercado relevante e poder de mercado

- Comissão Europeia: Comunicação de 1997 sobre a definição de mercado relevante;
- Mercado de produto/serviço;
 - Substituibilidade do lado da procura;
 - Substituibilidade do lado da oferta;
- Mercado geográfico;
 - Substituibilidade do lado da procura;
 - Substituibilidade do lado da oferta;
- Mercados temporais (e.g., sectores sujeitos a factores de sazonalidade).

Mercado relevante e poder de mercado

- Substituibilidade do lado da **procura**: Geralmente constitui a pressão mais rápida e eficaz que impede o exercício de poder de mercado;
 - Caracterização geral: características dos produtos, preços e utilização pretendida;
 - Avaliação económica: elasticidade cruzada da procura entre produtos candidatos a integrar um mesmo mercado;
 - **Small but significant and non-transitory increase in price** “SSNIP test” - critério do monopolista hipotético: qual é a reação dos consumidores face a um aumento hipotético de preços que seja pequeno mas significativo e duradouro - o objetivo é encontrar um mercado que valha a pena monopolizar...
- Qualificações: custos de mudança (*switching costs*) e a “falácia do celofane”.

Mercado relevante e poder de mercado

- Substituibilidade do lado da oferta:
 - “SSNIP test” - qual a resposta dos concorrentes? Podem aumentar a oferta ou existem obstáculos à expansão?
 - Perspetiva de curto prazo (sem uma adaptação significativa dos ativos afetos à produção): para que a pressão seja análoga à da substituibilidade do lado da procura é necessário que o impacto seja também imediato e eficaz.
- Concorrência potencial: só é tida em conta após a definição do mercado relevante – pressão menos imediata sobre as empresas que atuam no mercado.

Mercado geográfico

- O “mercado no qual as condições de concorrência sejam suficientemente homogéneas, quer dizer, uma zona em que as condições objectivas de concorrência dos serviços em causa e, designadamente, a procura dos consumidores sejam semelhantes para todos os operadores económicos (Acórdão do TJUE, *Ambulanz Glöckner*, Proc. C-475/99, 2001, n.º 34).

Quotas de mercado e posição dominante

- Critério da parte de mercado: quanto mais elevada a quota da empresa em causa, mais plausível será a possibilidade de esta se comportar de modo apreciável sem ter em conta as pressões concorrenciais:
 - Abaixo de 40% - pouco provável (§ 14 Orientações de 2009);
 - Entre 40 e 50% - só com elementos adicionais;
 - acima de 50% - forte probabilidade de existir uma posição dominante (Segundo a jurisprudência, uma quota de mercado de 50% constitui, só por si, e salvo circunstâncias excepcionais, uma posição dominante (acórdão do Tribunal de Justiça, AKZO/Comissão, C-62/86, n.º 60));
 - Uma quota de 70% a 80% constitui, por si só, um indício claro da existência de uma posição dominante (acórdão Hilti/Comissão, n.º 92)
- Monopólios e exclusivos legais: não fazem presumir uma posição dominante;

Outros fatores complementares

- Direitos de propriedade intelectual;
- Obstáculos à expansão ou entrada: §§ 16 e 17 das Orientações de 2009: “uma empresa pode ser dissuadida de aumentar os preços se uma expansão ou entrada de um novo operador for provável, suscetível de se produzir rapidamente e for suficiente”;
- Poder negocial dos compradores (*countervailing power*) - § 18 das Orientações de 2009.

Posição dominante

- Memorando da Comissão de 1965: “Existe uma posição dominante num determinado mercado quando uma ou mais empresas podem atuar de forma essencial sobre as decisões de outros agentes económicos de modo a que não possa surgir e manter-se no mercado uma concorrência praticável e suficientemente efetiva”.
- Acórdão *United Brands* (1978), n.º 65: “A posição dominante a que se refere este artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva 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”.

Posição dominante coletiva

- Art. 102.º TFUE e art. 11.º da Lei n.º 19/2012: “uma ou mais empresas”;
- Mas se a posição dominante consiste na capacidade de atuar de forma independente das pressões concorrenciais pode um mesmo mercado acolher duas empresas que disponham simultaneamente dessa aptidão?
- Sim:
 - Poder unilateral de duas ou mais empresas: e.g., mercados com diferenciação de produtos; Implicação: uma empresa pode ter poder de mercado com quotas de mercado inferiores (até bastante inferiores) a 50%.
 - Efeitos coordenados: poder de mercado coletivo – supõe algum mecanismo colusório;

Posição dominante coletiva

- Posição atual do Tribunal Geral: aplicação da moderna análise da colusão tácita, v. acórdão Piau (2005):
 - 1) Cada membro do oligopólio deve poder conhecer o comportamento dos outros, a fim de comprovar se eles seguem ou não uma conduta uniforme;
 - 2) A colusão é estável no tempo devido a um fator dissuasor de eventuais desvios;
 - 3) O equilíbrio colusório não pode ser posto em causa pela reação de consumidores e concorrentes;

Âmbito geográfico da posição dominante

- Art. 102.º TFUE: “no mercado interno ou numa parte substancial deste”: e.g., um Estado-membro de dimensão média (Irlanda), parte de um Estado-membro de maior dimensão (Alemanha);
- Art. 11.º da Lei n.º 19/2012: “no mercado nacional ou numa parte substancial deste”: e.g., uma região autónoma;

Âmbito geográfico da posição dominante

- O conceito de “parte substancial” reflete necessariamente o âmbito de proteção pretendido pelo legislador. Podemos dizer que um mercado regional, com características que o distingam de outros mercados vizinhos, não representa uma “parte substancial” do mercado nacional?
- No caso de empresas que beneficiam de direitos exclusivos, o Tribunal de Justiça parece entender que a concessão delimita material e geograficamente uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum (e.g., Acórdão TJUE, *Dusseldorp*, Proc. C-203/96, 1998, n.º 60).

Âmbito geográfico da posição dominante

- Por exemplo, uma posição dominante num Länder alemão, Renânia-Palatinado, “tendo em conta a superfície do território deste Land, que é de cerca de 20.000 km², e o número muito elevado dos seus habitantes, que é de cerca de quatro milhões, superior à população de alguns Estados-Membros.”
- Acórdão do TJUE, *Ambulanz Glöckner*, Proc. C-475/99, 2001, n.º 38).

4. Exploração abusiva

Tipologia exemplificativa (art. 102.º TFUE)

- Trata-se de uma enumeração a título exemplificativo, que não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo Tratado (*Acórdão Continental Can*, 1973, n.º 26).
 - a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
 - b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
 - c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
 - d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Tipologia exemplificativa (art. 11.º RJC)

- Tipologia exemplificativa do art. 11.º da Lei n.º 19/2012: Incorpora os mesmos exemplos do art. 102.º do TFUE;
- Qualifica também como abuso (art. 11.º/2):
 - “e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas 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”.

Noção geral de abuso

- Posição da Comissão Europeia no Memorando de 1965:
“Existe exploração abusiva de uma posição dominante quando o titular dessa posição utiliza as possibilidades que dela decorrem para auferir vantagens que não obteria numa situação de concorrência praticável e suficientemente eficaz”.
- A empresa em posição dominante deve **concorrer pelo mérito** dos seus produtos e serviços e **não** empregar, direta ou indiretamente, o seu poder de mercado para **explorar os seus parceiros e os consumidores** ou para **excluir a concorrência**.

Noção geral de abuso

- Acórdão *Hoffmann-La Roche*, Proc. 85/76 (1979), n.º 91:

“A noção de exploração abusiva é uma noção objetiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado ni 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 [concorrência] 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”. (Sublinhado nosso, substituindo competição no original por concorrência).
- Proteção da concorrência remanescente – *Restwettbewerb* – de que depende a manutenção da concorrência efetiva no mercado.

Noção geral de abuso

- O abuso pode ocorrer no mercado dominado ou noutro mercado conexo: decorre dos exemplos do art. 102.º TFUE, que qualificam como abusivas prática que têm efeito num mercado situado a jusante ou a montante [al. c)] ou que estabelecem umnexo entre mercados distintos [al. d)].

Noção geral de abuso

- Abusos de exploração (*Ausbeutungsmissbrauch*): comportamentos da empresa dominante pelos quais obtém vantagens decorrentes da exploração dos seus parceiros comerciais (clientes, fornecedores) ou dos consumidores (a vantagem pode traduzir-se na capacidade de lhes impor um encargo ou obstáculo injustificado).
 - [NB: nos Estados Unidos estes comportamentos não são proibidos pelo art. 2.º do *Sherman Act*: a ter em conta em análises de direito comparado]
- Abusos de exclusão (*Behinderungsmissbrauch*): comportamentos da empresa dominante que sejam suscetíveis de excluir a concorrência por meios que não os da concorrência pelo mérito (*Nichtleistungswettbewerb*).

Noção geral de abuso

- A proibição do abuso decorre da especial responsabilidade em que a empresa dominante é investida, devido ao seu poder de mercado significativo.
- Dois truísmos:
 - A detenção da posição dominante não é proibida, o que é proibido é o abuso;
 - A detenção da posição dominante impõe à empresa que ocupa essa posição especiais deveres de conduta – o abuso é a violação desses deveres.
- Por isso, é natural que à empresa em posição dominante sejam vedadas práticas comerciais que são lícitas quando empregues por empresas não dominantes.

Noção geral de abuso

- A posição dominante não é em si mesma ilícita, mas determina a sujeição da empresa em causa a especiais deveres de conduta:
 - “Uma empresa em posição dominante está sujeita à especial responsabilidade de não afetar pelo seu comportamento uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum”.
Acórdão do Tribunal de Justiça de 9.11.1983, Proc. 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, Recueil 1983, p. 3461, considerando 57 (tradução nossa).

Noção geral de abuso

- Quanto maior o domínio do mercado, mais exigente será essa responsabilidade especial:
 - “O âmbito de aplicação material da responsabilidade particular que impende sobre uma empresa em posição dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfraquecimento da concorrência”. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 14.11.1996, Proc. C-333/94 P, *Tetra Pak International c. Comissão*, Colet. 1996, p. I 5954, considerando 24.

i) Abusos de exploração

Abusos de exploração

- A empresa em posição dominante tem o dever de se comportar como se estivesse sujeita a uma concorrência efetiva: isso implica que constitui um abuso de posição dominante a obtenção de vantagens que não poderiam ser auferidas caso se verificasse uma concorrência substancial [e.g. Acórdão United Brands (1978), § 249].
- Metodologia desenvolvida no âmbito da GWB e do art. 102.º TFUE: comparação entre as condições reais do mercado e as que hipoteticamente prevaleceriam caso se verificasse um grau substancial de concorrência (*als-ob Wettbewerb*).

Abusos de exploração

- Exemplos:

- a) Preços excessivos e imposição de outras condições não equitativas
- b) Discriminação de preços
- c) Proibição de exportação
- d) Subordinação
- e) Recusa de venda a um cliente habitual

Preços excessivos

- Exemplo de abuso: al. a) do art. 102.º TFUE e al. a) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Acórdão *United Brands* (1978): a United Brands praticava, em alguns Estados-membros, preços substancialmente superiores aos praticados noutros Estados-membros.
- TJ: esse abuso consistiria “na prática de um preço excessivo, sem correspondência razoável com o valor económico da prestação oferecida”.

Preços excessivos

- Acórdão *United Brands* (1978): Questões de facto:
 - “[E]xiste uma desproporção excessiva entre o custo efetivamente suportado e o preço efetivamente praticado”?
 - Em caso afirmativo, ter-se-á “imposto um preço não equitativo, seja em si mesmo, seja em comparação com os produtos concorrentes”?
- Conclusões quanto ao caso:
 - A Comissão não analisou os custos, limitando-se a invocar as diferenças de preços entre Estados-membros;
 - Os preços reais das bananas não aumentaram num período de vinte anos;
 - Uma diferença de preços face aos concorrentes de 7% “não pode automaticamente ser considerada como exagerada e, portanto, não equitativa”.

Preços excessivos

- Acórdão *Tournier* (1989): O proprietário de uma discoteca considerava que a taxa de 8,25%, cobrada pela sociedade francesa de gestão coletiva de direitos de autor (SACEM) pela representação de obras musicais, constituía um preço excessivo.
- TJ: n.º 38 “quando uma empresa em posição dominante impõe, pelos serviços que presta, tabelas **sensivelmente mais elevadas que as praticadas nos outros Estados-membros** e quando a **comparação dos níveis das tabelas foi efetuada numa base homogénea**, essa diferença deve ser considerada indício de um abuso de posição dominante. Cabe, neste caso, à empresa em questão justificar a diferença, baseando-se nas **divergências objetivas** entre a situação do Estado-membro em causa e a prevalecente em todos os outros Estados-membros” (negrito aditado).
- Na análise da justificação deve ter-se em conta, se necessário, o carácter menos eficiente da empresa em causa, que pode elevar artificialmente os seus custos de produção (n.º 42).

Preços excessivos

- Caráter excecional do controlo de preços excessivos:
- Comissão Europeia, Relatório Anual, 1994, n.º 207: na sua prática administrativa, a Comissão não controla ou condena normalmente o elevado nível dos preços por si só; ao invés, analisa o comportamento da empresa dominante tendente a preservar esse domínio, dirigido contra concorrentes ou novas empresas que poderiam levar a uma concorrência efetiva e ao nível de preços a ela associado.
- Conselho da Concorrência, [Relatório de atividades](#), 1996: “... só excecionalmente a aplicação da legislação de defesa da concorrência deve limitar as contrapartidas que as empresas considerem dever obter pelo exercício das respetivas atividades económicas”.

Discriminação de preços

- Exemplo de abuso: al. c) do art. 102.º TFUE e al. c) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Em Portugal, a discriminação de preços é proibida [atualmente pelo art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27.12 (PIRC)], independentemente da posição detida pelo agente económico em causa.
- Acórdão *United Brands* (1978):
 - A United Brands praticava, para entrega nos mesmos portos, preços diferentes aos seus distribuidores-amadurecedores, consoante os Estados-membros onde estes operavam (e.g., o preço exigido aos clientes da Bélgica era 80% superior ao praticado junto dos clientes irlandeses e, para os dinamarqueses, 128% superior).

Discriminação de preços

- Acórdão *United Brands* (1978):
 - 227. Embora a responsabilidade pela criação de um mercado único de bananas não incumba à recorrente, esta apenas pode tentar obter “o que o mercado lhe possa dar” no respeito das normas de regulação e coordenação do mercado instituídas pelo Tratado.
 - 229. Devido à sua própria natureza, o jogo da oferta e da procura apenas deve ser aplicado a cada fase onde encontre realmente a sua expressão.
 - 230. Os mecanismos do mercado são afectados negativamente quando o preço é calculado sem ter em conta uma das fases da comercialização, funcionando a lei da oferta e da procura apenas nas relações entre o vendedor e o consumidor final e não entre o vendedor (UBC) e o comprador (os amadurecedores-distribuidores).

Discriminação de preços

- *Acórdão United Brands (1978):*
 - 232. Estes preços discriminatórios, que variam de acordo com as circunstâncias prevalecentes nos Estados-membros, constituem outros tantos obstáculos à livre circulação de mercadorias e o seu efeito é acentuado pela cláusula que proíbe a revenda de bananas verdes e pela limitação do fornecimento das quantidades encomendadas.
 - 233. Desse modo, criou-se uma separação rígida dos mercados nacionais no que respeita aos níveis dos preços que são artificialmente diferentes, o que colocou certos distribuidores-armazenadores em desvantagem, sendo assim falseada a concorrência em relação ao que poderia ser a sua evolução normal.
 - 234. Por conseguinte, a política de preços diferentes que permitiu à UBC aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais para prestações equivalentes, colocando-os por esse facto em desvantagem na concorrência, constitui um abuso de posição dominante.

Discriminação de preços

- Acórdão TJUE *Portugal c. Comissão*, Proc. C-163/99 (2001):
- O regime de taxas aeroportuárias em vigor em Portugal previa um sistema de descontos para a taxa de aterragem;
- Pela origem do voo: desconto de 50% para os voos nacionais
- Pelo número de aterragens mensais da empresa em causa;
- E.g. Lisboa:
 - Desconto de 7,2% a partir de 51 aterragens mensais;
 - Desconto de 14,6% a partir de 101 aterragens mensais;
 - Desconto de 22,5% a partir de 151 aterragens mensais;
 - Desconto de 32,7% acima de 200 aterragens mensais;
- A TAP e a Portugália beneficiavam de uma redução média de 30% e 22%, por comparação com as companhias de outros Estados-membros que obtinham reduções de entre 8% e 1%.

Discriminação de preços

- Acórdão TJUE *Portugal c. Comissão*, Proc. C-163/99 (2001):
- TJ: uma empresa dominante pode conceder descontos de quantidade aos seus clientes, mas” os métodos de cálculo dessas reduções não se devem traduzir na aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, em violação do artigo [102.º], segundo parágrafo, alínea c), do Tratado” (n.º 50).
- TJ: “quando os limiares dos diferentes escalões de redução, conjugados com as taxas praticadas, conduzem a que as reduções, ou reduções suplementares, só beneficiem determinados parceiros comerciais, concedendo-lhes uma vantagem económica não justificada pelo volume de atividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar relativamente aos seus concorrentes, um sistema de redução de quantidades acarreta a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes.” (n.º 52)

Discriminação de preços

- Acórdão *Clearstream* (TG 2009):
- A Euroclear Bank prestava certos serviços associados à compensação e liquidação (“clearing” e “settlement”, respectivamente) de valores mobiliários emitidos na Alemanha. Estes serviços são complementares à realização de uma transacção de compra e venda de valores mobiliários, garantindo a segurança jurídica através da verificação permanente da propriedade dos valores em questão (e.g. art. 41.º CVM). Na Alemanha existia uma única entidade que actuava como depositário central do emitente, a CBF).
- A Euroclear Bank solicitou o acesso à plataforma informática da CBF, tendo esta protelado as negociações ao longo de um período de dois anos e praticado condições de preço que discriminavam a Euroclear Bank face a outras centrais internacionais depositárias de títulos e a centrais nacionais de depósito de títulos.

Discriminação de preços

- Acórdão *Clearstream* (TG 2009):
- Uma sociedade do grupo que controlava a Clearstream era a única outra CDT, a par da Euroclear Bank, a operar na UE.
- Os preços cobrados a CDTs eram de 5 euros por transação, enquanto que à Euroclear Bank era cobrado um preço anual de 125.000 euros, e seis euros por transação (20% mais). Sendo o conteúdo dos serviços semelhantes e não tendo a CBF apresentado uma justificação objectiva para essa diferenciação, a prática foi considerada abusiva pela Comissão Europeia.

Discriminação de preços

- *Acórdão Clearstream* (TG 2009):
 - 192 Tal como o Tribunal de Justiça recordou, a proibição específica da discriminação prevista no artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE faz parte do regime que garante, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE, que a concorrência não seja falseada no mercado interno. O comportamento comercial da empresa em posição dominante não deve falsear a concorrência no mercado situado a montante ou a jusante, isto é a concorrência entre fornecedores ou entre clientes desta empresa. Os co-contratantes da referida empresa não devem ser favorecidos ou desfavorecidos em matéria da concorrência entre eles. Por conseguinte, para que os requisitos de aplicação do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE sejam preenchidos, há que verificar que o comportamento da empresa em posição dominante num dado mercado não somente é discriminatório, mas também tende a falsear esta relação de concorrência, isto é a entravar a posição concorrencial de uma parte dos parceiros comerciais desta empresa em relação às outras (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007, *British Airways/ Comissão*, C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.ºs 143 e 144).

Discriminação de preços

- *Acórdão Clearstream* (TG 2009):
 - 193 A este respeito, nada obsta a que a discriminação de parceiros comerciais que se encontrem numa relação de concorrência possa ser considerada abusiva a partir do momento em que o comportamento da empresa em posição dominante, analisadas todas as circunstâncias do caso concreto, conduz a uma distorção da concorrência entre estes parceiros comerciais. Numa tal situação, não seria exigível que se apresentasse também a prova de uma deterioração efetiva quantificável da posição concorrencial dos parceiros comerciais considerados individualmente (acórdão de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão*, n.º 192 *supra*, n.º 145).
 - 194 No caso em apreço, a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma contínua durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro.

Discriminação de preços

- O argumento da discriminação entre clientes/ fornecedores é igualmente aplicado em casos relativos a descontos, mesmo quando estes visam a fidelização dos clientes e, conseqüentemente, são aptos a excluir a concorrência (dupla natureza):
- E.g., Acórdão *British Airways* (2007), n.º 58.

Discriminação de preços

- Em Portugal:
 - Decisão da AdC no caso Sport TV (Lei n.º 18/2003 e art. 102.º TFUE): aplicação de um sistema de remuneração discriminatório entre 1.1.2005 e 1.1.2011 relativamente às empresas operadoras de serviços de televisão por subscrição (coima de 3,73 milhões de Euros);
 - Sentença TCRS, 14.10.2014, confirma condenação com base na lei portuguesa mas não pelo art. 102.º TFUE (não ficou provada afetação do comércio entre Estados-membros) e reduz coima para 2,7 milhões de Euros;
 - Recurso pendente no Tribunal da Relação de Lisboa;

Proibição de exportação

- Acórdão *United Brands* (1978): A United Brands proibia aos seus distribuidores-amadurecedores a venda de bananas verdes. Depois de amadurecidas, a natureza perecível das bananas impede a sua reexportação.
- Porquê impor esta cláusula? Assim os clientes dinamarqueses não podiam comprar bananas aos clientes irlandeses e a UB conseguia preservar os diferenciais de preços.

Proibição de exportação

- *Acórdão United Brands (1978):*

- 157. Impor ao distribuidor a obrigação de não revender bananas que não tenha sido ele próprio a amadurecer e limitar as atividades desse distribuidor apenas aos contratos com retalhistas constitui uma restrição da concorrência.
- 159. No presente caso, embora essas condições de seleção tenham sido fixadas de modo objetivo e não discriminatório, a proibição da revenda imposta aos amadurecedores de bananas Chiquita autorizados e a proibição da revenda de bananas sem marca – ainda que, na prática, a natureza perecível da banana restrinja as possibilidades de revenda à duração de um período específico de tempo – constituem, sem dúvida, um abuso de posição dominante, dado que limitam a oferta, em prejuízo dos consumidores, e afetam o comércio entre os Estados-membros, nomeadamente, separando os mercados nacionais.
- 160. Portanto, a organização do mercado efetuada pela UBC confinou os amadurecedores ao papel de fornecedores do mercado local e impediu-lhes que desenvolvessem as suas capacidades comerciais em relação à UBC, que, além disso, acentuou ainda o seu poder económico sobre eles, fornecendo-lhes menos mercadoria do que a encomendada.

Subordinação

- Exemplo de abuso: al. d) do art. 102.º TFUE e al. d) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Na medida em que a subordinação da venda do produto *X* à compra do produto *Y* constitui a obtenção de uma vantagem junto do cliente que a empresa não poderia ter obtido se não tivesse uma posição dominante no mercado do produto *X*, essa prática pode constituir um abuso de exploração.

Recusa de venda

- Prática enquadrada na: al. b) do art. 102.º TFUE e al. b) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Ac. United Brands (1978): A Comissão considerou que a United Brands abusou da sua posição dominante ao recusar fornecer um dos seus distribuidores dinamarqueses após este ter começado a distribuir bananas de um produtor concorrente.
- Tribunal – n.º 182:
 - “uma empresa que goza de uma posição dominante na comercialização de um produto - que beneficia do prestígio de uma marca conhecida e apreciada pelos consumidores - não pode cessar os seus fornecimentos a um cliente antigo e respeitador dos usos comerciais caso as encomendas desse cliente não tenham qualquer carácter anormal”.

ii) Abusos de exclusão

Abusos de exclusão

- Orientações da Comissão de 2009 relativas a abusos de exclusão: intervenção da Comissão visa salvaguardar a concorrência no mercado interno e garantir “que as empresas que detêm uma posição dominante não excluam os seus rivais através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens ou serviços que fornecem” (§6) - mas tal objetivo não se confunde com uma proteção dos concorrentes para manter a situação de rivalidade (v. tb. § 19).

Abusos de exclusão

- Encerramento anticoncorrencial do mercado: “situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores” (§ 19 das Orientações de 2009).

Orientações da Comissão de 2009

- Risco de uma leitura errada: as Orientações da Comissão não pretendem (nem poderiam) estabelecer os critérios de ilicitude de possíveis abusos de posição dominante;
- Limitam-se a formular as prioridades a seguir pela Comissão no futuro (Acórdão TG, *Intel*, 2014, n.º 156).
- Erro frequente: e.g., a Comunicação *de minimis* é por vezes lida como um elenco taxativo de práticas restritivas por objeto: o TJUE clarificou no acórdão *Expedia*, de 2012, que não há um *numerus clausus* de restrições por objeto;
- As comunicações da Comissão são atos de *soft law* que apenas produzem efeitos de auto-vinculação, não podendo alterar o alcance das normas do Tratado ou a competência das autoridades e tribunais nacionais ou dos tribunais da União (Acórdão *Expedia*, 2012, n.º 28);

Abusos de exclusão

- Uma empresa em posição dominante “tem o direito de concorrer com base nos seus méritos” (Orientações 2009, § 1);
- O artigo 102.º TFUE “proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência baseada no mérito” Acórdão TJUE, Proc. C-457/10 P, *AstraZeneca c. Comissão*, 2012, n.º 75.
- Como distinguir concorrência pelo mérito de abuso de posição dominante?

Abusos de exclusão

- Orientações da Comissão de 2009 - Classificação dos abusos de exclusão:
 - Abusos em matéria de preços;
 - Abusos relativos a outros parâmetros de concorrência.
- A ter em atenção:
 - Estas práticas são substituíveis entre si, pelo que uma metodologia fundada na avaliação dos efeitos deve evitar soluções formalistas (e.g., cláusulas de exclusividade e descontos condicionados à exclusividade ou quase exclusividade);

Abusos de exclusão

- O simples facto de um comportamento excluir concorrentes não é decisivo: mesmo em concorrência perfeita os concorrentes que têm custos superiores ao preço de equilíbrio são obrigados a sair do mercado...
- A distinção entre conduta abusiva e um comportamento lícito é mais fácil quanto aos abusos de exploração: identificação de qual seria o comportamento de uma empresa sujeita à pressão da concorrência;
- A jurisprudência tem procurado tipificar condutas de exclusão que não são consideradas concorrência pelo mérito.

Abusos de exclusão

- Exemplos:

- a) Preços predatórios (Akzo, Compagnie Maritime Belge, Tetra Pak II, France Télécom);
- b) Descontos de fidelização (Hoffmann-La Roche, Michelin I e II, British Airways, Tomra, Intel) e cláusulas de exclusividade/compra exclusiva (Hoffmann-La Roche, Unilever, Intel);
- c) *Tying e bundling* (Hilti, Tetra Pak II, Microsoft);
- d) Recusa de venda, recusa de concessão de uma licença relativa a direitos de propriedade intelectual e recusa de acesso a uma infraestrutura essencial (Commercial Solvents, Télémarketing, RTE, Brönnner, IMS, Microsoft, Clearstream);
- e) Esmagamento de margens (Deutsche Telekom; Telefónica España);
- f) Litigância e abuso de processos administrativos e de normalização (AstraZeneca, Motorola).

Abusos de exclusão

- Dois grandes paradigmas económicos:
 - Critério do concorrente igualmente eficiente (CIE) ou *as efficient competitor* / critério do sacrifício de lucros ou *profit sacrifice*.
 - Aumento dos custos de concorrentes ou *Raising Rivals Costs* (RRC);
- NB: os paradigmas económicos não esgotam o critério legal consagrado no artigo 102.º do TFUE: comportamentos que impedem ou entravam a manutenção de uma estrutura de concorrência efetiva.

Concorrente igualmente eficiente

- Critério do concorrente igualmente eficiente (CIE) ou *as efficient competitor* (§ 23): a conduta é abusiva quando suscetível de excluir (em sentido amplo) um concorrente tão eficiente quanto a empresa dominante em causa.
- Não é isento de problemas:
 - não é o comportamento considerado em si mesmo que é abusivo - ele só o será em função de um determinado resultado provável (a exclusão do concorrente igualmente eficiente);
 - Conceito conservador que admite errar a favor de falsos negativos: risco mais elevado de absolver práticas abusivas.

Concorrente igualmente eficiente

- Então porque adotar esse critério?
 - Porque ele nos permite estabelecer como parâmetro qualificativo do comportamento um fator que é (ou deve ser) do conhecimento prévio da empresa dominante - a sua própria eficiência... Caso o alvo da conduta em apreço fosse a própria empresa dominante, poderia ela sobreviver?
 - Porque, desde que o critério seja limitado a comportamentos em relação aos quais seja mais difícil distinguir entre condutas abusivas e concorrência agressiva, evita um efeito dissuasor de comportamentos desejáveis – preços mais baixos para os consumidores;

Parâmetros de custo

- Custo total médio (CTM);
- Custo marginal (cm);
- **Custo evitável médio (CEM)**: média dos custos que teriam sido evitados se a empresa não tivesse produzido a quantidade adicional que é objeto da conduta alegadamente abusiva;
- $p < \text{CEM}$ indicia sacrifício de lucros;
- Custo variável médio (CVM): geralmente igual ao CEM na medida em que só os custos variáveis são evitáveis a curto prazo;
- **Custo incremental médio a longo prazo (CIMLP)**: média de todos os custos (fixos e variáveis) que a empresa suporta para produzir um determinado produto - será inferior ao Custo Total Médio no caso de empresas que produzem mais de um produto (CIMLP não inclui custos comuns)
 - (nb: a versão portuguesa da Comunicação de 2009 traduz, de forma errada, o conceito de long-run average incremental cost (LRAIC) por custo marginal médio a longo prazo);

Aumento dos custos dos concorrentes

- Modelo analítico do aumento dos custos dos concorrentes: RRC ou *Raising Rivals Costs*;
 - Thomas G. Krattenmaker; Steven C. Salop, “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price”, Yale L. J., vol. 96, n.º 2, 1986, p. 209.

Aumento dos custos dos concorrentes

- Comportamento estratégico por parte da empresa dominante que não necessita de incorrer em perdas (renunciar a lucros de monopólio): maior probabilidade de sucesso e maior prejuízo potencial para os consumidores;
- *Naked RRC*: conduta insuscetível de gerar ganhos de eficiência por natureza: e.g., abuso de processos administrativos (AstraZeneca); pagamento a clientes para que não vendam produtos concorrentes (e.g., Microsoft nos EUA, Intel na UE); destruição física de expositores de concorrentes (Conwood Co. v. United States Tobacco, 2000); apropriação de suportes publicitários, compra de máquinas de concorrentes com o objetivo de as retirar do mercado (Tetra Pak II);
- Outras formas de RRC: podem gerar ganhos de eficiência – a jurisprudência permite que uma prática possa ser justificada.

Aumento dos custos dos concorrentes

- O modelo analítico do aumento dos custos dos concorrentes: RRC ou *Raising Rivals Costs* não pode ser transposto sem mais para o sistema europeu:
 - Tutela da estrutura da concorrência efetiva e proteção da concorrência remanescente: dimensão garantística face à finalidade de salvaguarda de um mercado interno onde a concorrência não seja falseada;
 - Não se exige prova de um dano direto para os consumidores: proteção mediata pela salvaguarda de uma estrutura concorrencial efetiva – os benefícios são assegurados pela salvaguarda do processo concorrencial.
- Mas o modelo pode ser útil para demonstrar que a jurisprudência atual tem fundamentos económicos sólidos.

Como identificar o critério aplicável?

- Nos casos em que a conduta não constitui concorrência pelo mérito (e.g., descontos de exclusividade), a sua ilicitude não depende de prova de que o comportamento é apto a excluir um concorrente igualmente eficiente: v. Acórdão Tribunal Geral, Intel, T-286/09, 2014, n.ºs 144 e 145 e 150 e ss..
- O critério CIE só permite concluir que o acesso ao mercado foi impossibilitado e nada nos diz sobre se o acesso se tornou mais difícil. Com um resultado positivo, o CIE pode cobrir os seus custos, mas isso não significa que não exista um efeito de encerramento:
 - “O mecanismo dos descontos de exclusividade (...) ainda pode tornar o acesso ao mercado mais difícil para os concorrentes da empresa dominante, mesmo que tal acesso não seja economicamente impossível” (Acórdão *Intel*, n.º 150). (tradução nossa a partir do inglês).

Como identificar o critério aplicável?

- Como se explica então a aceitação do CIE pelo TJUE nos casos de preços predatórios e esmagamento de margens?
- Acórdão *Intel*, n.º 152 (tradução nossa a partir do inglês):
 - “(...) No entanto, deve ter-se em conta que aqueles casos dizem respeito a práticas de esmagamento de margens (*TeliaSonera* e *Deutsche Telekom*) ou práticas de preços baixos (*Post Danmark*). A obrigação decorrente desses acórdãos de levar a cabo análises de preços e custos pode ser atribuída ao facto de ser impossível avaliar se um preço é abusivo sem o comparar com outros preços e custos. Um preço não pode ser ilícito por si só. Contudo, no caso de um desconto de exclusividade, é a condição de fornecimento exclusivo ou quase-exclusivo a que a sua concessão é subordinada que o torna abusivo e não o montante do desconto”.

Preços predatórios

Preços predatórios

- Exemplo de abuso: al. a) do art. 102.º TFUE e al. a) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Acórdão *Akzo* (1991):
 - A Akzo produzia peróxidos orgânicos no Reino Unido; os produtos em causa são usados pela indústria dos plásticos e pela indústria moageira. A ECS, um fornecedor de aditivos para a indústria moageira, começou a vender peróxidos para a indústria dos plásticos. A Akzo elaborou um plano para disciplinar e, se necessário, eliminar a ECS, no qual se incluía a oferta aos principais clientes da ECS de descontos substanciais. Na sequência das práticas em causa, a ECS viu a sua quota no mercado dos aditivos para farinhas cair de 35 para 30%, com a Akzo a subir de 50 para 55%.

Preços predatórios

- Acórdão *Akzo* (1991):
 - TJ: n.º 70: o art. 102.º do TFUE proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência pelo mérito. Assim, nem toda a concorrência pelos preços pode ser considerada lícita.
 - Quais os critérios a seguir para apurar se o preço é abusivo?

Preços predatórios

- Se o preço é inferior ao custo variável médio: presume-se abusivo:
 - § 71: “Uma empresa dominante não tem, efetivamente, nenhum outro interesse em praticar tais preços, que não seja o de eliminar os seus concorrentes para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio, uma vez que cada venda implica para ela uma perda, ou seja, a totalidade dos custos fixos (quer dizer, dos que permanecem constantes, qualquer que seja a quantidade produzida), e uma parte, pelo menos, dos custos variáveis atribuíveis à unidade produzida”.

Preços predatórios

- Se o preço é inferior ao custo médio total mas superior ao custo variável médio: só serão abusivos se inseridos numa estratégia tendente a eliminar a concorrência:
 - § 72: “devem considerar-se abusivos, quando são fixados no quadro de um plano que tem como finalidade eliminar um concorrente. Estes preços podem, de facto, afastar empresas do mercado que podem ser tão eficazes como a empresa dominante mas que, pela sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é movida”.

Preços predatórios

- Não é necessário demonstrar que a empresa dominante tem uma razoável expectativa de recuperar as perdas após a eliminação da concorrência.
- Acórdão *Tetra Pak II* (1996):
 - N.º 44: “nas circunstâncias do presente caso, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a Tetra Pak tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas. Com efeito, uma prática de preços predatórios deve poder ser penalizada quando exista o risco de eliminação dos concorrentes. Ora, esse risco foi verificado no caso presente pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 151 e 191 do acórdão impugnado. O objetivo pretendido, que é o de preservar uma concorrência não falseada, não permite aguardar que uma estratégia dessa natureza leve à eliminação efetiva dos concorrentes”.

Preços predatórios

- Orientações da Comissão de 2009:
 - § 64 “Se fixar um preço inferior ao CEM (custo evitável médio) para a totalidade ou parte da sua produção, a empresa dominante não está a cobrir os custos que poderiam ser evitados sem esta produção: está assim a registar uma perda que poderia ter evitado”. Se $p < \text{CEM}$ tal é indício de sacrifício.
 - § 65: Se o preço não é inferior ao CEM, a Comissão investiga a eventual obtenção de receitas líquidas inferiores às que a empresa poderia obter com um comportamento razoável (o que poderia a empresa ter feito para evitar essas perdas?).

Exclusividade e descontos de fidelização

Exclusividade e descontos de fidelização

- Uma forma de exclusão de concorrentes é a vinculação dos canais de distribuição ou de fornecedores à empresa dominante;
- Modelo analítico do aumento dos custos dos concorrentes: RRC ou Raising Rivals Costs;
 - Thomas G. Krattenmaker; Steven C. Salop, “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price”, Yale L. J., vol. 96, n.º 2, 1986, p. 209.

Exclusividade e descontos de fidelização

- Acórdão *Hoffmann-La Roche* (1979): compromissos de compra exclusiva e descontos de fidelidade:
- N.º 89: “Constitui [um abuso de posição dominante] o facto de uma empresa, que se encontra em posição dominante num mercado, vincular - embora a seu pedido - compradores através de uma obrigação ou promessa de se abastecerem exclusivamente, relativamente à totalidade ou a uma parte considerável das suas necessidades, junto da referida empresa, quer a obrigação em questão esteja estipulada, sem mais, quer seja a contrapartida da concessão de descontos”.

Exclusividade e descontos de fidelização

- Acórdão *Hoffmann-La Roche* (1979): Fundamento da posição do TJ:
- N.º 90: esses compromissos “são incompatíveis com o objetivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não se baseiam - salvo circunstâncias excepcionais [...] - numa prestação económica que justifique este encargo ou esta vantagem, mas destinam-se a retirar ou a restringir a possibilidade de escolha do comprador relativamente às fontes de abastecimento e impedir a entrada dos outros produtores no mercado”.

Exclusividade e descontos de fidelização

- Distinção entre descontos de quantidade e descontos de fidelidade (§ 90):
 - “O **desconto de fidelidade**, ao contrário dos descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras efetuadas junto do produtor interessado, **tem por objetivo impedir o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes através da concessão de uma vantagem financeira**.
 - Além disso, os descontos de fidelidade têm como efeito a **aplicação de condições desiguais a parceiros económicos no caso de prestações equivalentes**, na medida em que dois compradores de uma mesma quantidade de um produto pagam um preço diferente consoante se abastecem exclusivamente junto da empresa em posição dominante ou diversifiquem as suas fontes de abastecimento.
 - Por fim, estas práticas **visam reforçar a posição dominante** de uma empresa detentora dessa posição, em especial, num mercado em expansão, mediante uma concorrência que não está baseada em prestações e, consequentemente, falseada”. (Negrito aditado)

Descontos de fidelização

- Orientações da Comissão de 2009: Descontos condicionais: podem produzir efeitos de encerramento semelhantes aos acordos de compra exclusiva;
- Perspetiva distinta dos preços predatórios: podem produzir efeito de encerramento sem que haja um sacrifício de lucros (§ 37).

Descontos de fidelização

- Orientações da Comissão de 2009:
 - Descontos retroativos: tornam a possibilidade de aquisição de produtos concorrentes menos atrativa, se com essa decisão os clientes tiverem de renunciar, no todo ou em parte, aos descontos praticados pela empresa dominante.
 - A Comissão analisa em que medida os descontos condicionais, retroativos ou progressivos, podem impedir a expansão ou até a entrada de concorrentes igualmente eficientes: e.g., qual o preço que o concorrente teria de oferecer para compensar o cliente pela perda do desconto no caso de transferir parte da sua procura (a fração relevante) - § 41: “O preço real com o qual a empresa concorrente tem de se alinhar não é o preço médio da empresa dominante, mas o preço normal (tabela) menos o desconto perdido pelo cliente por ter procedido à transferência, calculado sobre a fração relevante das vendas e o período pertinente”.

Exclusividade e descontos de fidelização

- Intel (T-286/09): O Tribunal Geral distingue três categorias de descontos (n.ºs 75-78):
 - 1) Descontos de quantidade (dependentes apenas do volume de compras): não são considerados suscetíveis de produzir um efeito de exclusão contrário ao artigo 102.º TFUE - refletem a repercussão de ganhos de eficiência e economias de escala junto do comprador (Michelin II, n.º. 58).

Exclusividade e descontos de fidelização

- Intel (T-286/09): O Tribunal Geral distingue três categorias de descontos (n.ºs 75-78):
 - 2) Descontos de exclusividade (TG) ou descontos de fidelização na acepção do acórdão Hoffmann-La Roche (Comissão): subordinados à compra de todas ou da maior parte das necessidades do adquirente junto da empresa dominante:
 - “incompatíveis com o objectivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não se baseiam numa prestação económica que justifique este encargo ou esta vantagem, mas destinam-se a retirar ou restringir a possibilidade de escolha do comprador relativamente às fontes de abastecimento e impedir a entrada dos outros produtores no mercado. O desconto de fidelidade, ao contrário dos descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras efectuadas junto do produtor interessado, tem por objectivo impedir o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes através da concessão de uma vantagem financeira.” (Roche, n.º 90, v. tb. Tomra, n.º 210);

Exclusividade e descontos de fidelização

- Intel (T-286/09): O Tribunal Geral distingue três categorias de descontos (n.ºs 75-78):
 - 3) Descontos em que o incentivo financeiro não está diretamente condicionado à exclusividade ou quase exclusividade mas que têm um efeito indutor de fidelização;
 - e.g., descontos subordinados a objetivos de vendas individuais: “71. A este respeito, importa apreciar todas as circunstâncias, nomeadamente os critérios e as modalidades da concessão de descontos, e apurar se esses descontos se destinam, através de uma vantagem que não assenta em nenhuma prestação económica que a justifique, a suprimir ou restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso ao mercado dos concorrentes ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada.” (C-549/10 P, Tomra, n.º 71, cit. Michelin I, n.º 73).

Exclusividade e descontos de fidelização

- Descontos da categoria 2:
 - Não é necessário fazer prova de um efeito potencial de exclusão, uma vez que são abusivos (restritivos da concorrência por natureza) a menos que seja apresentada uma justificação objetiva para os mesmos (80-81);
 - A avaliação das circunstâncias do caso só é exigida na terceira categoria;
 - Efeito de exclusão (“foreclosure effect”): existe não apenas quando o acesso de concorrentes ao mercado é impedido mas também quando este é dificultado (citando C-52/09, *TeliaSonera Sverige*).

Exclusividade e descontos de fidelização

- Descontos da categoria 2 (cont.):
 - E os benefícios da exclusividade reconhecidos no acórdão Delimitis (artigo 101.º TFUE)? No caso de uma empresa em posição dominante, a concorrência já é afetada pela existência dessa posição, pelo que não estamos perante circunstâncias normais de mercado...
 - Responsabilidade especial da empresa em posição dominante - nessas circunstâncias, um requisito de exclusividade “constitui um obstáculo inaceitável ao acesso ao mercado” (90);
 - Impacto inerente à “forte posição dominante” da empresa em causa (Intel - quotas acima de 70%): parceiro obrigatório (91);
 - Daqui decorre que parte das necessidades dos clientes será obtida junto da empresa dominante e que um concorrente apenas pode disputar uma parte reduzida dessas necessidades.

Exclusividade e descontos de fidelização

- Descontos da categoria 2 (cont.):
 - Quota disputável (parte “contestável”, nas Orientações de 2009): representa a parte das necessidades do comprador que pode ser abastecida, em termos realistas, por um concorrente da empresa dominante durante um determinado período;
 - A exclusividade dificulta o acesso dos concorrentes a essa parte disputável uma vez que, se violar o compromisso de exclusividade, o cliente se arrisca a perder o desconto sobre todas as compras junto da empresa dominante (e não apenas sobre as unidades que obteve junto do concorrente) (92).
 - Para fornecer a quota disputável, o concorrente teria de oferecer condições que compensassem o comprador pela perda do desconto de exclusividade. Os descontos de exclusividade projetam o poder conferido pela parte não disputável de modo a reservar igualmente a parte disputável (93).

Exclusividade e descontos de fidelização

- Descontos da categoria 2 (cont.):
 - Justificação: a empresa em posição dominante pode sempre demonstrar que o desconto é objetivamente necessário ou que o efeito de exclusão é compensado por ganhos de eficiência que também beneficiem os consumidores.

Tying e Bundling

(vendas subordinadas e agrupamento de vendas)

Tying ou subordinação

- Exemplo de abuso: al. d) do art. 102.º TFUE e al. d) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Acórdão *Tetra Pak II* (1994): a Tetra Pak impunha aos compradores das suas máquinas de enchimento de alimentos líquidos a compra dos cartões para embalagem em exclusivo à Tetra Pak.
 - Natureza abusiva da subordinação: § 135 as “cláusulas contratuais em causa [...] [inseriam-se] numa estratégia global destinada a tornar o cliente, após a realização da operação de venda ou de aluguer das máquinas, totalmente dependente da Tetra Pak durante todo o tempo de vida dessas máquinas, excluindo assim, nomeadamente, qualquer possibilidade de concorrência ao nível tanto dos cartões como dos produtos adjacentes. [...]
 - Justificação objetiva: no § 136 e ss. o TJ afasta a alegada justificação desta prática com base nos usos comerciais: “Um uso, mesmo aceitável em situação normal num mercado concorrencial, não pode ser admitido no caso de um mercado em que a concorrência já está reduzida”.

Tying ou subordinação

- Orientações da Comissão (2009) § 48:
- *Tying* ou subordinação: “os clientes que compram um produto (produto subordinante) são obrigados a comprar igualmente outro produto da empresa dominante (produto subordinado)”;
 - Subordinação técnica: o produto subordinante só funciona adequadamente com o produto subordinado;
 - Subordinação contratual: o comprador do produto subordinante fica obrigado a comprar o produto subordinado;

Bundling ou agrupamento

- Orientações da Comissão (2009) § 48:
- *Bundling* ou agrupamento:
 - Agrupamento puro: os produtos são vendidos em conjunto e em proporções fixas;
 - Agrupamento misto (descontos multi-produtos): os produtos também são vendidos separadamente mas o preço total dos produtos vendidos separadamente é superior ao preço do pacote de produtos.

Tying e Bundling

- Orientações da Comissão (2009) § 48: intervenção:
 - 1) Produtos distintos: § 51 - “se, na ausência de subordinação ou agrupamento, um número substancial de clientes comprasse o produto subordinante sem comprar igualmente o produto subordinado ao mesmo fornecedor”;
 - 2) Provável efeito anticoncorrencial.

Bundling ou agrupamento

- Orientações §§ 59-61;
- Abuso de exclusão: se o desconto multi-produtos for tal que impede um concorrente igualmente eficiente de concorrer com o agrupamento de produtos em causa;
- Cálculo da cobertura do custo marginal de cada produto pela receita marginal - complexidade leva a Comissão a optar por outro método: preço adicional - se superior ao CIMLP não há intervenção (§ 60).

Caso Microsoft

- Ac. Microsoft (2007): uma das duas práticas consideradas pela Comissão como abusivas correspondia à subordinação da venda do sistema operativo Windows à aquisição do programa de leitura e reprodução de música e vídeo Windows Media Player (WMP).
- Esta vertente da decisão resultou de uma queixa de um concorrente no mercado dos leitores multimédia.

Caso Microsoft

- Decisão da Comissão:
 - i) Os produtos subordinado e subordinante são produtos distintos;
 - ii) A Microsoft detém uma posição dominante no mercado do produto subordinante;
 - iii) A Microsoft não oferece aos consumidores a escolha de obter o produto subordinante sem o produto subordinado;
 - iv) A prática exclui a concorrência no mercado do produto subordinado.

Caso Microsoft

- Ac. Microsoft (2007):
 - Natureza distinta dos produtos: critério da procura: se não existe uma procura independente para um dos produtos não pode haver abuso por tying.
 - A Microsoft impunha aos fabricantes de computadores a inclusão do WMP e a de produtos concorrentes.
 - Procura independente: há clientes que querem o sistema operativo sem qualquer leitor multimédia. Mas será esse exemplo relevante? Nesse caso, os utilizadores também não querem os produtos dos concorrentes da Microsoft...

Recusa de venda

Recusa de venda

- Exemplo de abuso: al. b) do art. 102.º TFUE e al. b) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.
- Acórdão *Commercial Solvents* (1974): Entre 1966 e 1970, a Commercial Solvents, único fornecedor mundial de aminobutanol, vendeu este produto à Zoja, que o usava como matéria-prima para o fabrico de medicamentos.
- A partir do final de 1970, a Commercial Solvents deixa de vender aminobutanol à Zoja e passa a fabricar medicamentos com base naquele produto.

Recusa de venda

- Acórdão *Commercial Solvents* (1974): A Comissão considerou que a recusa de fornecimento era um abuso de posição dominante e impôs a Commercial Solvents a continuação dos fornecimentos.
- Tribunal: confirma carácter abusivo – n.º 25:
 - Uma empresa em “posição dominante no mercado das matérias-primas que, com o fim de as reservar para a sua própria produção de derivados, recusa o seu fornecimento a um cliente que também é produtor desses derivados, com o risco de eliminar qualquer concorrência da parte desse cliente, explora a sua posição dominante de forma abusiva”.

Recusa de venda

- Ac. CBEM (1985): A empresa que explorava a cadeia RTL recusou à CBEM a transmissão de anúncios de televendas que não utilizassem o centro de chamadas da IPB, que era o agente exclusivo para a publicidade naquela cadeia.
- Tribunal - cons. 27:
 - “constitui um abuso [...] o facto de uma empresa que detém uma posição dominante num determinado mercado reservar para si ou para uma empresa pertencente ao mesmo grupo, e sem necessidade objetiva, uma actividade auxiliar que poderia ser exercida por uma terceira empresa no quadro das respectivas actividades num mercado vizinho mas distinto, com o risco de eliminar qualquer concorrência da parte desta empresa”.

Recusa de venda

- Ac. Volvo c. Veng (1988): A Veng foi demandada pela Volvo por importar e comercializar no Reino Unido peças de substituição para carros Volvo, invocando a violação dos seus direitos sobre os desenhos e modelos dessas peças. A Veng propôs à Volvo tornar-se licenciada desta, mas a Volvo recusou.

Recusa de venda

- Ac. Volvo c. Veng (1988):
- Exercício de um direito de propriedade intelectual: proibição de fabricar, vender ou importar produtos que infringem o direito exclusivo;
- A recusa de conceder uma licença só será abusiva “se der origem (...) a certos comportamentos abusivos, tais como”:
 - a recusa arbitrária de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes;
 - a fixação dos preços de peças sobresselentes a um nível não equitativo;
 - a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes quando ainda existam muitos veículos desse modelo em circulação.

Recusa de venda

- Acórdão *Magill* (1995): recusa individual das cadeias de televisão no Reino Unido/Irlanda em conceder uma licença para a reprodução das respetivas listas de programação. A *Magill* tinha violado o *copyright* e publicou um guia semanal com a programação das 3 cadeias...

Recusa de venda

- Acórdão *Magill* (1995):
 - i) Não existia um substituto para o guia semanal completo (n.º 52): n.º 54 - recusa em fornecer a matéria-prima indispensável a um produto novo, que as cadeias de televisão não ofereciam e que tinha uma procura potencial;
 - ii) A recusa não era justificada (n.º 55);
 - iii) Com a sua conduta, as cadeias de televisão “reservaram para si um mercado derivado (...) excluindo toda a concorrência neste mercado”.

Teoria das *essential facilities*

- Direito *antitrust* dos Estados Unidos:
 - “A monopolist’s refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist’s control of an essential facility (sometimes called a ‘bottleneck’) can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on nondiscriminatory terms”. MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F2d 1081 (7th Cir. 1983).

Teoria das *essential facilities*

- “Uma empresa que tem uma posição dominante no fornecimento de uma infraestrutura essencial e por ela própria utilizada (isto é, instalações ou uma infraestrutura, sem cujo acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes) e que recusa ou apenas concede o acesso a essa infraestrutura a outras empresas sem justificação ou em condições menos favoráveis do que as reservadas aos seus próprios serviços, infringe o artigo [102.º], caso sejam preenchidas as restantes condições do referido artigo. Uma empresa numa posição dominante não pode discriminar em benefício das suas próprias atividades num mercado conexo. O proprietário de uma infraestrutura essencial que utiliza o seu poder num mercado no intuito de proteger ou de reforçar a sua posição noutro mercado conexo, nomeadamente ao recusar o acesso ao concorrente ou ao conceder o acesso em condições menos favoráveis do que as dos seus próprios serviços, impondo assim uma desvantagem competitiva ao mesmo, infringe o artigo [102.º]”.
- Decisão da Comissão de 21.12.93, *Sea Containers c. Stena Sealink* – *Medidas Provisórias*, J.O. L 15, de 18.1.94, parágrafo 66 (acesso ao porto britânico de Holyhead).

Acórdão Oscar Brönnner (1998)

- O editor de um jornal austríaco de pequena circulação, procurou contratar junto do grupo Mediaprint a distribuição domiciliária do seu jornal através da rede desta.
- TJUE: 1.º - existe uma posição dominante (n.º 32) - i.e., os sistemas de distribuição domiciliária constituem um mercado distinto?
- Cabe ao tribunal nacional avaliar se os dados de facto fundamentam essa conclusão.

Acórdão Oscar Brönnner (1998)

- TJUE: 2.º - a recusa é abusiva? (n.º 37)
- Para isso é necessário demonstrar que o acesso ao sistema de distribuição da Mediaprint é indispensável à manutenção da concorrência no mercado dos jornais diários - o simples facto de outros meios serem menos vantajosos não basta...

Acórdão IMS (2004)

- A IMS desenvolveu um sistema para organizar a informação relativa à venda de medicamentos em farmácias (1860 módulos); a IMS colige e vende a informação tratada nesse formato às empresas farmacêuticas.
- Para que uma empresa possa concorrer no mercado da informação sobre venda de medicamentos precisa de apresentar os seus dados na estrutura standard da indústria farmacêutica - o sistema de 1860 módulos.
- A IMS recusa conceder licenças a concorrentes relativamente à utilização da sua estrutura de 1860 módulos, protegida pelo direito de autor na Alemanha.

Acórdão IMS (2004)

- Condições para que a recusa de licença seja considerada abusiva:
 - i) A requerente da licença deve ter a intenção de oferecer “produtos ou serviços novos que o titular do direito de propriedade intelectual não oferece e para os quais existe uma procura potencial por parte dos consumidores;
 - ii) A recusa não é justificada por considerações objectivas;
 - iii) A recusa é susceptível de reservar ao titular do direito de propriedade intelectual o mercado a jusante do fornecimento de dados sobre vendas de medicamentos, excluindo toda a concorrência nesse mercado.

Acórdão Microsoft (2007)

- A Comissão considerou que a Microsoft recusou abusivamente a licença de informação sobre interfaces dos seus sistemas operativos Windows para clientes e servidores, impedindo os seus concorrentes no mercado de sistemas operativos para servidores de assegurar a interoperabilidade dos seus produtos com os da Microsoft.
- O Tribunal Geral confirmou a decisão.

Litigância e abuso de processos administrativos e de normalização

ITT/Promedia (1998)

- A empresa telefónica belga Belgacom concessão à ITT o direito de publicar as listas das páginas amarelas, por dez anos;
- Quando o contrato expirou, a ITT quis continuar a publicar as páginas amarelas, tendo processado a Belgacom;
- A Belgacom respondeu com vários pedidos reconvençionais, que a ITT considerou corresponderem a um abuso de posição dominante, tendo apresentado uma denúncia à Comissão Europeia;

ITT/Promedia (1998)

- A Comissão rejeitou a queixa, entendendo que só poderia existir um abuso de posição dominante se:
 - A ação não pudesse ser razoavelmente considerada como tendo por objetivo fazer valer os direitos da empresa interessada e só pudesse servir para perseguir a outra parte; e
 - A ação tivesse sido concebida no âmbito de um plano que tivesse por objetivo eliminar a concorrência.
- O Tribunal Geral verificou a boa aplicação dos critérios ao caso, sem se pronunciar sobre o respetivo mérito à luz do artigo 102.º TFUE.

AstraZeneca

- A Comissão aplicou à AstraZeneca uma coima de 60 milhões de Euros por abuso de posição dominante devido a práticas que impediram ou atrasaram a entrada no mercado de fabricantes de genéricos do seu medicamento para as úlceras (Losec):
 - Declarações enganosas tendentes a induzir autoridades públicas em erro e assim obter um direito exclusivo (Certificado Complementar de Proteção de medicamentos) a que, na realidade, a empresa não tem direito ou a que tem direito por um período de tempo mais limitado;
 - Abuso de regras e procedimentos administrativos aplicados pelas autoridades nacionais que emitem Autorizações de Introdução no Mercado (AIM): os fabricantes de genéricos podem beneficiar da AIM do produto inovador – para evitar esse mecanismo que facilita a entrada de genéricos no mercado, a AstraZeneca retirou o registo do medicamento original (a legislação europeia foi alterada posteriormente para evitar este expediente);

Motorola

- Em abril de 2014, a Comissão considerou que a Motorola abusou da sua posição dominante ao procurar obter junto de um tribunal alemão uma injunção contra a Apple por alegada infração a uma patente essencial a um *standard* (*standard essential patents* ou SEP) para *smartphones*;
- Obrigação de conceder acesso em condições FRAND (*Fair, reasonable and non-discriminatory terms*): garante o acesso de todos os interessados e resolve o problema de um estrangulamento pelo controlo do mercado que poderia ser exercido pelo titular da SEP.
- Permite a disponibilização de produtos interoperáveis, em benefício dos consumidores, e garante a remuneração justa do titular da patente essencial.

Motorola

- Quando o titular de uma SEP se compromete voluntariamente perante um organismo de normalização a conceder licenças FRAND e uma empresa se dispõe a obter uma licença naquelas condições, o recurso aos tribunais configura um abuso de posição dominante.
- Além disso, a Motorola ameaçou a Apple com a injunção para que esta renunciasse ao seu direito de contestar a validade da patente essencial; a Comissão considera existir um interesse público na possibilidade de contestar a validade de patentes para que os produtores que aderem a um *standard* e, em última análise, os consumidores não tenham de pagar por uma patente inválida;
- A Comissão não aplicou coimas devido à inexistência de jurisprudência europeia sobre este tipo de abuso.

5. Afetação do comércio entre Estados-membros

Afetação do comércio entre Estados-membros

- Acórdão *Javico* (1998), n.º 16:
 - “Ora, para serem susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, uma decisão, um acordo ou uma prática devem, com base num conjunto de elementos de facto e de direito, permitir que se encare com um grau suficiente de probabilidade a sua influência direta ou indireta, atual ou potencial, sobre as correntes comerciais entre Estados-Membros, de modo a que se possa temer que entravem a realização de um mercado único entre Estados-Membros. É, além disso, necessário que esta influência não seja insignificante”.

Afetação do comércio entre Estados-membros

- Acórdão *Ambulanz Glöckner* (2001), n.º 49:
 - “Em matéria de serviços, esta influência pode consistir, como o Tribunal já decidiu, no facto de as atividades em causa serem organizadas de tal maneira que o mercado comum é compartimentado e a liberdade das prestações de serviços, que constitui um dos objetivos do Tratado, entravada (v. acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson, 30/87, Colect., p. 2479, n.º 24). Da mesma forma, o comércio entre Estados-Membros pode ser afectado por uma medida que impede uma empresa de se estabelecer noutro Estado-Membro para aí fornecer serviços no mercado em questão (v., neste sentido, acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Pronuptia, 161/84, Colect., p. 353, n.º 26).“

Comunicação da Comissão de 2004

- V. Comunicação da Comissão de 2004: Critério jurisdicional aplicável apenas às infrações ao art. 102.º do TFUE;
- Noção ampla de comércio - atividade económica (§ 19);
- Regra NASC (requisitos cumulativos):
 - Quota agregada não superior a 5%;
 - Volume de negócios agregado não superior a 40 milhões de euros;

Comunicação da Comissão de 2004

- Aspectos específicos da aplicação no contexto do art. 102.º do TFUE:
 - É o abuso que deve afetar o comércio, devendo os elementos da conduta ser avaliados globalmente, em particular no âmbito da estratégia da empresa dominante; existindo várias práticas dirigidas a um mesmo objetivo, basta que uma delas seja suscetível de afetar o comércio (§ 17).
 - Critério estrutural: inclui práticas que afetam a estrutura concorrencial na União Europeia ao eliminar ou ameaçar eliminar um concorrente que opere nesse espaço (§ 20).

6. Justificação objetiva e ganhos de eficiência

Justificação objetiva

- Factores externos à empresa dominante - e.g., razões de segurança ligadas à natureza do produto em causa (§ 29 Orientações de 2009).
- Acórdão *Compagnie maritime belge* (2000) n.º 107:
 - “... se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa colocada nessa posição do direito de salvaguardar os seus próprios interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados, e se essa empresa tem a faculdade, dentro dos limites do razoável de praticar os atos que considerar apropriados para proteger os seus interesses, não podem no entanto admitir-se tais comportamentos quando tenham por objetivo reforçar essa posição dominante e abusar dela (...)”. (Sublinhado aditado).

Justificação objetiva

- Artigo 102.º TFUE: não existe um balanço económico: no entanto, a jurisprudência europeia admite a justificação objetiva do comportamento – exige-se a demonstração pela empresa que, nas circunstâncias factuais concretas, não lhe era exigível outro comportamento.
- “189. Em consequência, se é certo que a existência de uma posição dominante não priva uma empresa nessa posição do direito de preservar os seus próprios interesses comerciais quando estes são ameaçados [...], a proteção da posição concorrencial de uma empresa em posição dominante com as características da recorrente na altura da ocorrência dos factos em causa deve, para ser legítima, no mínimo, assentar em critérios de eficácia económica e apresentar um interesse para os consumidores. Ora, no presente caso, é forçoso constatar que a recorrente não demonstrou que essas condições estavam reunidas”. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 7.10.1999, Proc. T-228/97, *Irish Sugar c. Comissão*, Colet. 1999, p. II 2969 (Sublinhado nosso).

Justificação objetiva

- Artigo 102.º: Elementos do tipo distinguem-se da eventual justificação objetiva:

688. Importa referir, a título preliminar, que, embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE impenda sobre a Comissão, **é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e elementos de prova a esse respeito.** Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida.

Acórdão do Tribunal Geral, Proc. T-201/04, *Microsoft c. Comissão*, (2007).

Ganhos de eficiência

- Introdução do conceito nas orientações de 2009: paralelismo com o artigo 101.º/3 e com o RCC;
- Requisitos (§ 30 Orientações de 2009):
 - Ganhos de eficiência resultam do comportamento em causa;
 - O comportamento é indispensável à produção dos ganhos de eficiência;
 - Os ganhos de eficiência prováveis compensam eventuais efeitos negativos sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores;
 - O comportamento não elimina a concorrência efectiva.

Ganhos de eficiência

- Acórdão do Tribunal de Justiça *British Airways* (2007):
 - 86. A apreciação da justificação económica de um regime de descontos ou de prémios criado por uma empresa em posição dominante efectua-se com base em todas as circunstâncias do caso concreto (v., neste sentido, acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.º 73). É necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência susceptíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório deste regime não apresenta qualquer relação com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter tais vantagens, tal regime deve ser considerado abusivo.

Ganhos de eficiência

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Post Danmark* (2012), cons. 42: A empresa dominante pode demonstrar que os prováveis efeitos negativos na concorrência e nos interesses dos consumidores podem ser neutralizados pelos ganhos de eficiência que podem resultar do comportamento em causa;
- Condições:
 - Os ganhos de eficiência devem resultar do comportamento em causa;
 - O comportamento em causa deve ser indispensável à realização dos ganhos de eficiência;
 - O comportamento não elimina a concorrência efetiva, “ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial”.

Indicações bibliográficas

- Miguel MOURA E SILVA,
 - *Direito da Concorrência - Uma Introdução Jurisprudencial*, Coimbra: Almedina, 2008.
 - *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Coimbra: Almedina, 2010.
 - “Predatory Pricing Under Article 82 and the Recoupment Test: Do Not Go Gentle into that Good Night”, *European Competition Law Review*, vol. 30, n.º 2, 2009. p. 61.
 - “A tipificação da recusa de acesso a infra-estruturas essenciais como abuso de posição dominante na Lei da Concorrência”, *Concorrência e Regulação*, ano I, n.º 1, 2010, p. 269.
 - “Os abusos de exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante”, *Concorrência e Regulação*, vol. 2, n.º 9, 2012, p. 81.
 - “Os Fundamentos do Direito da Concorrência na Jurisprudência do Tribunal de Comércio – Breves Notas”, *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Alberto Xavier*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2013, p. 563.
 - “As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012: novos desenvolvimentos”, *Revista do Ministério Público*, vol. 35, n.º 137, 2014, p. 9.

Obrigado

- Miguel Moura e Silva – mmsilva@fd.ul.pt
- Alguns dos meus artigos estão disponíveis em versão eletrónica em:
 - Social Science Research Network: <http://ssrn.com/author=358707>
 - Academia.edu:
 - <https://comparatistas.academia.edu/MiguelMouraESilva>
- CV académico:
 - <http://www.degois.pt/visualizador/curriculum.jsp?key=8986726526707724>