



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

Abuso de posição dominante

O abuso de posição dominante

1. Antecedentes
2. Elementos da infração
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



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

1. Antecedentes

1. Antecedentes

- Origem: Art. 66.º/7 Tratado CECA;
- Estados Unidos: existe uma disposição correspondente – o Art. 2.º do *Sherman Act* de 1890 (proíbe os delitos de monopolização e de tentativa de monopolização);
- 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;

1. Antecedentes

- Fundamentos:
 - Teoria da concorrência hipotética (*als-ob Wettbewerb*): a empresa dominante deve comportar-se como se estivesse sujeita às pressões concorrenciais normais: daí a proibição de preços excessivos e outros abusos que prejudicam diretamente os clientes;
 - Acórdão *Continental Can* (1973): interpretação teleológica e inserção sistemática do artigo 102.º - A afetação da estrutura concorrencial pela empresa dominante também pode configurar um abuso.



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

2. Elementos da infração

2. Elementos da infração

- Art. 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”;

2. Elementos da infração

- 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;

2. 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.



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

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).

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...

Mercado relevante 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

- 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.

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;
 - Acima de 85% - quota é prova bastante;
- 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 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?

- 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;
- 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?



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

4. Exploração abusiva

Noção geral de abuso

- Tipologia exemplificativa do art. 102.º TFUE:
 - 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.

Noção geral de abuso

- 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 (1979):

“O conceito de abuso é um conceito objetivo que se reporta ao comportamento de uma empresa em posição dominante que é de tal natureza que influencia a estrutura do mercado quando, em resultado da própria presença da empresa em questão, o grau de concorrência é enfraquecido e que, pelo recurso a meios diferentes daqueles em que assenta a concorrência normal em produtos ou serviços na base das transações entre operadores comerciais, tem por efeito impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência”.

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 um nexo 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.
- 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.



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

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

Preços excessivos

- 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: § 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 (§ 42).

Discriminação de preços

- Em Portugal, a discriminação de preços é proibida pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 370/93, 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).

- 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).

- 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

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

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.

- 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

- 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.
- V. al. d) do art. 102.º TFUE e al. d) do n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012.



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

ii. 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).

- 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).

Abusos de exclusão

- Classificação dos abusos estruturais:
 - Abusos em matéria de preços
 - Abusos relativos a outros parâmetros de concorrência.
- A ter em atenção:
 - Estas práticas são intersubstituíveis, pelo que uma metodologia fundada na avaliação dos efeitos deve evitar soluções formalistas;
 - Pressuposto: mais fácil categorização dos abusos em matéria de preços - critério do concorrente igualmente eficiente.

- Abusos de exclusão: critério do concorrente igualmente eficiente 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).
- 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?

Abusos de exclusão

- Exemplos:
 - a) Preços predatórios
 - b) Descontos de fidelização
 - c) *Tying e bundling*
 - d) Recusa de venda, recusa de concessão de uma licença relativa a direitos de propriedade intelectual e recusa de acesso a uma infraestrutura essencial
 - e) Esmagamento de margens
 - f) Litigância e abuso de processos administrativos e de normalização

Parâmetros de custo

- Custo total médio;
- Custo marginal;
- **Custo evitável médio**: média dos custos que poderiam ter sido evitados se a empresa não tivesse produzido a quantidade alegadamente objeto do comportamento abusivo; $p > CEM$ indicia sacrifício de lucros;
- Custo variável médio: geralmente igual ao CEM;
- **Custo marginal médio a longo prazo**: média de todos os custos (fixos e variáveis) em que a empresa incorre para produzir um determinado produto.
- Ver §§ 23 a 27 das Linhas de orientação de 2009.

Preços predatórios

- 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

- TJ: § 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):
 - § 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?).

Descontos de fidelização

- Acórdão *Hoffmann-La Roche* (1979): compromissos de compra exclusiva e descontos de fidelidade:
- § 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”.

Descontos de fidelização

- Acórdão *Hoffmann-La Roche* (1979): Fundamento da posição do TJ:
- § 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”.

- 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 abasteçam 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

- Jurisprudência mais recente: Michelin II (2003); British Airways (2007): confirma a metodologia seguida pela Comissão
- British Airways (2007): dois passos:
 - 1) Os descontos podem ter um efeito eliminatório? (§ 68)
 - 2) Existe uma justificação económica objectiva? (§ 69)

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).

- 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”.

- *Ac. 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”.

- 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;

- 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.

- 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

- 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 CMMLP não há intervenção (§ 60).

Recusa de venda

- 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.

- 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 - § 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

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

- Acórdão *Magill* (1995) Circunstâncias excepcionais:
 - i) Não existia um substituto para o guia semanal completo (§ 52): § 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 (§ 55);
 - iii) Com a sua conduta, as cadeias de televisão “reservaram para si um mercado derivado (...) excluindo toda a concorrência neste mercado”.

Recusa de venda

- 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.
- Tribunal: 1.º - existe uma posição dominante (§ 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.

Recusa de venda

- Acórdão *Oscar Brönnner* (1998):
- Tribunal: 2.º - a recusa é abusiva? (§ 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.

Recusa de venda

- 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 confirmou a decisão.



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

5. Afetação do comércio entre Estados-membros

- Acórdão Société Technique Minière (1966):
 - “Para preencher este requisito, o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência direta ou indireta, atual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros”.

- 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;

- 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).



**AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**

6. Justificação objetiva e ganhos de eficiência

- Fatores 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) § 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).

- 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).

- 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).

- 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 efetiva.

- 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 efetua-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 suscetíveis 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.

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Post Danmark* (2012) § 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;
 - 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”.

Bibliografia

- Apresentação preparada com base em:
- Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, Coimbra, 2009;
- Miguel Moura e Silva, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, Coimbra, 2010.

Obrigado

Miguel Moura e Silva
Diretor do Departamento de Práticas Restritivas
(mmsilva@concorrenca.pt)