

ASPETOS DA POSIÇÃO DOMINANTE CORRELATOS AO ABUSO DE ATOS ANTICONCORRENCIAIS NO MERCADO EUROPEU¹

Fábio da Silva Veiga ²

Amanda Lúcia Araújo Laranjeira³

Resumo: O estudo subscrito na presente investigação consiste na abordagem inicial dos aspetos gerais do conceito de posição dominante no direito da concorrência europeu⁴, cujos pressupostos se agrupam na análise de vários critérios vertidos no artigo 102.º do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) que conforme se preceitua declara que é «incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados Mem-

1 Artigo aceito para apresentação e publicação nos anais do 4.º Congresso de Direito Econômico de Belo Horizonte, realizado pelas instituições: Universidade Federal de Minas Gerais, Instituto Brasileiro da Concorrência (IBRAC), Faculdades Milton Santos, Conselho Administrativo da Defesa Econômica e Universidade FUMEC.

2 Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade Complutense de Madrid (Espanha). Especialista em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho (Portugal). Bacharel em Direito no Brasil.

3 Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho (Portugal). Licenciada em Direito em Portugal. Advogada-Estagiária.

4 Por influência exercida pelo direito antitrust norte-americano na génese das regras da concorrência, o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como anteriormente, o Tratado da CEE (ex. art.82º) e o Tratado de Paris que instituiu a CECA (art. 66 nº7), refere-se apenas às empresas em posição dominante, proibindo a exploração abusiva dessa posição.

bros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste». No entanto, nem neste artigo, nem em qualquer outro daquele, é dada uma definição de posição dominante, o que constitui um problema de facto. Assim, abordar-se-á o conceito de abuso desta posição dominante, a qual se dissuade nas práticas abusivas que comprometem o equilíbrio estrutural do mercado dos Estados-membros, e que em última instância afetam os consumidores enquanto potenciais vítimas diretas do exercício do poder de mercado. Não obstante, pode-se salientar do ponto de vista do Tratado, que a noção de abuso, é em si mesma, contrária a qualquer ideia de contribuição para o progresso económico e que o corpo do artigo não proíbe a existência de posições dominantes mas apenas a sua exploração abusiva, como iremos verificar.

Palavras-chave: Posição dominante, atos anticoncorrenciais, mercado interno europeu.

Abstract: The study of the present investigation consists on an initial approach to the general aspects of the concept of dominant position on the European Competition Law, ⁵ whose assumptions are gathered on the analysis of several criteria referred to in Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Such article declares that “any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may

5 By influence of the American antitrust law on the origin of the competition rules, the Treaty on the Functioning of the European Union, as well as the previous EEC Treaty (i. e. art. 82) and the Treaty of Paris which established the European Coal and Steel Community (ECSC - art. 66, nr. 7), it is only referred to the companies in a dominant position, prohibiting the abusive exploitation of such position.

affect trade between Member States.” However, it is not given, nor in this article nor in any other from the above Treaty, a definition of dominant position, which in fact constitutes a problem. Thus, one will approach the concept of abuse of this dominant position, which dissuades itself on the abusive practices that compromise the Member States structural balance, and which at the end affect the consumers as potential direct victims of the exercise of market power. Nonetheless, one can point out, from the point of view of the Treaty, that the notion of abuse is itself contrary to any idea of contribution to the economic progress, and that the body of the article does not prohibit the existence of dominant positions, but only its abusive exploitation, as one will verify.

Keywords: Dominant position, anti-competitive practices, European internal market.

Sumário: 1. A Posição Dominante. 1.1. Conceito. 1.2. Abordagem ao artigo 102º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. 2. O Abuso da posição dominante. 2.1. Uma aproximação ao conceito da exploração abusiva da posição dominante. 2.2. As práticas abusivas de posição dominante. 3. O abuso como afetação do Mercado dos Estados-membros. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. A POSIÇÃO DOMINANTE

1.1. CONCEITO



artigo 102.º do Tratado não reprime o facto de uma empresa deter uma posição dominante no Mercado Interno, mas o que é unicamente proibido é o abuso da posição dominante, isto é, a «exploração abusiva por parte da empresa da

situação privilegiada em que se encontra, e desde que ela possa exercer uma influência desfavorável nas trocas intercomunitárias⁶». Como nos salienta Miguel Silva⁷ recorrendo a conceitos vagos e indeterminados, este artigo não nos fornece qualquer definição de posição dominante. Ao contrário do artigo 66 nº7 do Tratado Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CE-CA), que definia a posição dominante como aquela «que subtrai (a empresa) a uma concorrência efetiva numa parte importante do Mercado comum».

O artigo 102º do Tratado, não tem qualquer definição, sendo que um dos primeiros «ensaios de sistematização⁸», circunscreveu-se inicialmente à doutrina da Comissão que tentou elaborar pouco a pouco o seu conceito. Assim, num Memorando de 1965⁹, sobre a concentração do mercado comum, os serviços da Comissão vieram a afirmar que «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 efetiva¹⁰». Nesse sentido, aí se define a posição dominante como “um poder económico¹¹”, isto é, a “faculdade de

6 VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. Coimbra Editora, 4ª Edição, 1998, p. 303

7 SILVA, Miguel Moura. *O abuso da posição dominante no Direito Comunitário da Concorrência*, p. 8

8 IDEM, *Ibidem*. p. 8

9 Memorando sobre a concentração no mercado comum (publicado em dezembro de 1966, por Commission, Série «Concorrence» nº3 e *Revue Trimestrielle de Droit Européen*.

10 SILVA, Miguel Moura. *Ob Cit.* p. 8

11 MONCADA. Luís S. Cabral. *Direito Económico*. 5ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 2007. *Ob. Cit.* p. 516 define que o “poder económico consiste na capacidade da empresa alterar as condições ou os resultados dos mercados de bens ou de serviços de tal forma que daí para ela resultem vantagens acentuadas”.

exercer sobre o funcionamento do mercado uma influência notável e, em princípio, previsível por parte da empresa dominante¹²”. No entanto, esta definição em termos de comportamento no mercado, viria mais tarde a ser precisada numa decisão ocorrida no processo *Continental Can*, que preferindo “acentuar a liberdade de atuação face às pressões de mercado, venham elas de fornecedores, de clientes ou concorrentes”¹³ qualifica como dominantes «aquelas empresas que têm a possibilidade de assumir comportamentos independentes, que as habilitam a atuar sem ter em conta os concorrentes, os compradores ou os fornecedores¹⁴».

Nesse sentido, esta noção parece propender para apreender a noção de posição dominante em termos de comportamento do mercado, nomeadamente, ela resultará da existência de um grau de dominação do mercado que permita à empresa (ou às empresas) nessa situação assumir um comportamento globalmente independente e definir autonomamente a estratégia a prosseguir no mercado. Salienta António Santos [*et al*] que «não é necessária a existência de um monopólio¹⁵ ou quase-

12 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 5ª Edição Revista e Atualizada. Almedina, Coimbra, 2008, p. 358

13 SILVA, Miguel Moura. *Ob Cit.* p. 9

14 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 358.

15 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 5ª Edição Revista e Atualizada. *Ob. Cit* p. 3, salienta que a «empresa monopolista é aquela que pode alterar o preço da venda de um bem ou serviço, variando a quantidade produzida. Para vender mais uma unidade de determinado produto ou serviço, tem de baixar o respetivo preço para todos os consumidores, implicando uma “redução da receita marginal”, “aumento do custo marginal” e uma “maximização dos lucros em monopólio”»

16 GÓIS. Manuela, PAIS, Maria João & CABRITO, Belmiro Gil. *Introdução à Economia*. Texto Editora Lisboa, 1999, p. 107: “A situação de monopólio caracteriza-se pela existência de uma única grande unidade de

monopólio para que haja uma posição dominante; podendo esta coexistir com a manutenção de uma certa concorrência, no entanto este critério é conjugado com o da estrutura do mercado¹⁷». Afirma Richemond a este respeito que “*é a margem de discricionariedade de que dispõe a empresa que constitui o núcleo (da posição dominante) esta margem de discricionariedade encontra por sua vez a respetiva fonte e os seus limites nas condições estruturais do mercado*”¹⁸».

Tendo por base esta definição que conjuga o elemento relativo ao “*impacto na concorrência efetiva*”¹⁹ e um outro relativo à “*margem da discricionariedade à disposição da empresa em causa*”²⁰, a jurisprudência do Tribunal da Justiça, veio mais tarde, a inspirar-se naquela definição, nomeadamente em 1978 no *Acórdão United Brands* e posteriormente, no *Acórdão Hoffman – Laroche* (1979) qualificando a posição dominante como uma posição de «*poder económico detida por uma empresa que lhe dá a possibilidade de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado ao propiciar-lhe, em larga medida, a adoção de comportamentos independentes face aos concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos seus con-*

produção a oferecer no mercado, determinado bem. Assim sendo, aquela unidade de produção domina totalmente o mercado, podendo estabelecer o preço que lhe aprouver. Por seu turno, os consumidores, encontrando-se na exclusiva dependência daquele produtor, são obrigados a aceitar o preço fixado unilateralmente pelo produtor, se desejarem consumir aquele bem ou serviço. Em monopólio, portanto, o produtor controla completamente o mercado, pelo que o preço do bem não resulta de confronto de produtores e consumidores mas, pelo contrário, dos objetivos do produtor que pretende obter o máximo lucro...».

17 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 358

18 RICHEMOND. Joliet. “*Monopolisation et bus de position dominante*”, in. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1969 p. 645 citado por MIGUEL MOURA E SILVA. *Ob. Cit.* p. 8

19 IDEM, *Ibidem.* p. 8

20 IDEM, *Ibidem.* p. 8

sumidores²¹». Ressalta Afonso Vaz²² que a existência de uma posição dominante resulta por isso, da combinação de um conjunto de fatores, tais como o comportamento concreto da empresa (em matéria de fixação de preços, por exemplo) ou o grau de dificuldade encontrado pelos seus concorrentes no acesso ao mercado em causa.

Dessa forma, a parte detida pela empresa é, evidentemente, um fator particularmente importante, e o Tribunal considera que se ela é da ordem dos setenta ou oitenta por cento, surge automaticamente uma posição dominante²³. Veio realçar a jurisprudência quanto a este aspeto, na questão *Hoffman – Laroche*, que uma tal posição, “ao contrário do monopólio ou quase-monopólio, não exclui a existência de uma certa concorrência, mas põe a firma que beneficia dela em situação, se não de decidir, pelo menos de influenciar sensivelmente as condições em que tal concorrência se desenvolve» concluindo que “a detenção de quotas de mercado de grande amplitude é um índice claramente significativo da existência de uma posição dominante²⁴”.

Tendo em conta as possíveis noções jurisprudenciais sobre o conceito de posição dominante, podemos dizer que o en-

21 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 359.

22 VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*. Coimbra Editora, 4ª Edição, 1998, p. 305

23 Vide também o comentário de PORTO, Manuel & ANASTÁCIO, Gonçalves. Orientação da Comissão sobre as prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado do CE [atual artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, in *Legislação da Concorrência*. Coimbra – Editora, 2010 p. 937 salienta que: «...a experiência sugere que quanto mais elevada a quota de mercado e quanto mais longo for o período de tempo durante o qual esta é mantida, maior será a probabilidade de esse facto constituir uma sinal preliminar importante da existência de posição dominante...».

24 IDEM, *Ibidem*. p. 305

foque de todas elas, devesse à natureza do artigo 102º do Tratado, nomeadamente, ao conteúdo da sua proibição. Salieta a este propósito Miguel Silva que «apenas a exploração abusiva da posição dominante é proibida; isso supõe que a empresa em causa tem a possibilidade de não abusar, isto é, de adotar voluntariamente um comportamento com a manutenção da concorrência efetiva²⁵». Sendo assim, conclui o mesmo autor que da aplicação jurisprudencial do artigo 102º, podemos reter o que o poder conferido pela posição dominante consiste na capacidade de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva, que tende a ser subsumida à capacidade de excluir concorrentes²⁶.

1.2. ABORDAGEM AO ARTIGO 102º DO TRATADO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

CONSIDERAÇÕES SUCINTAS: ONDE A POSIÇÃO DOMINANTE SE SITUA?

Para chegarmos à compreensão de um agente em posição dominante é imprescindível conhecer, pelo menos de um plano geral, a real localização técnico-científica em que tal conceito se situa. Dessa forma, para um melhor entendimento, parte-se do ponto de partida onde tudo gira ao redor: os atos anticoncorrenciais.

O professor Caramelo Gomes define de modo direto, no sentido de considerar «a prática de um ato concorrencial qualquer tipo de comportamento por operador ou conjunto de operadores que tenha em vista a obtenção e exploração, singular ou coletiva, do poder de mercado, ou seja, o poder de manter o preço dos seus produtos acima do preço que seria praticado

25 SILVA, Miguel Moura. *Ob Cit.* p. 9

26 IDEM, *Ibidem.* p. 10

num mercado competitivo²⁷». É de notar que este conceito não estipula qualquer juízo de valor no que diz respeito aos comportamentos em causa. As circunstâncias que justificarão os comportamentos anticoncorrenciais se concentrará, *a priori*, na exploração do mercado relevante.

Sendo, portanto, a prática de atos anticoncorrenciais o cerne do debate, cujo a partir desta se irradia as demais particularidades do direito de concorrência, podemos compreender esta subdividida em dois grandes grupos: práticas anticoncorrenciais *coletivas* e *singulares*.

Por mero dever da didática, é oportuno explanar que as práticas anticoncorrenciais *coletivas* possuem classificação em que se dividem em dois grupos, a saber: horizontais e verticais. Pela primeira, os participantes estão em pé de igualdade no que condiz à cadeia de produção e distribuição, sendo concorrentes naturais – exemplos de atos deste grupo: fixação de preços, repartição de mercados, limitação da oferta, exclusão de operadores, acordos e práticas instrumentais; por seu turno, as práticas anticoncorrenciais verticais se dão no plano em que os participantes estão em níveis diferenciados da cadeia de produção e distribuição, pelo que em situação normal de concorrência não seriam concorrentes – são exemplos, os acordos de distribuição e os licenciamentos.

Agora, já se situando no particular do abuso de posição dominante, estamos no grupo em que está relacionado com as práticas *singulares* de atos anticoncorrenciais. Neste sentido, somente é possível existir a prática de um ato anticoncorrencial singular quando o agente em causa tem o poder de mercado²⁸; significa com isso, que independentemente do motivo o agente económico detém uma posição dominante, que se traduz em uma elevada quota de mercado onde esta permite estabelecer

27 GOMES, José Luís Caramelo. *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 54.

28 IDEM, *ibidem*, p. 65.

de forma mais ou menos incondicionada os seus preços e respetivas condições de venda.²⁹ Diante de tais circunstâncias, o agente económico em posição dominante tem o poder de determinar práticas de preço e práticas de exclusão³⁰.

CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DA POSIÇÃO DOMINANTE

Os abusos da posição dominante estão previstos, no artigo 102º do Tratado.

Uma análise deste artigo permite-nos enunciar algumas condições que determinam a «aplicação da interdição cominada neste preceito legal³¹»: que a posição dominante se faça sentir no “mercado interno” ou numa “parte substancial dele”; que implique, uma afetação do “comércio entre os Estados Membros”, e finalmente, haja uma exploração abusiva.

Como nota o preceito legal, o artigo 102º, não condena em si, uma posição dominante de uma empresa num determinado mercado, mas o que condena é o “abuso” dessa posição dominante.

No entanto, para determinar quando há abuso de uma posição dominante torna-se necessário delimitar, com certa precisão o conceito de Mercado.

O TERMO DE “*MERCADO INTERNO OU PARTE SUBSTANCIAL DESTA*”

29 IDEM, *ibidem*.

30 Por prática de exclusão entende-se qualquer comportamento que tenha por objetivo impedir o acesso ao mercado de possíveis concorrentes. Podem consubstanciar práticas desta natureza a disseminação de acordos de compra exclusiva, a recusa de licenciamento da propriedade industrial, a recusa de fornecimento, o registo de marca e as vendas subordinadas. Cfr. CAMELO GOMES, *ob. Cit.*, p. 69.

31 Tomando como base as lições de CABOZ SANTANA. *Ob. Cit.* p. 89 e seguintes

O MERCADO RELEVANTE

Para que, a posição dominante possa decair sob a alçada do artigo 102º do Tratado, é necessário que ela seja exercida «no mercado interno ou numa parte substancial deste».

Segundo António Santos [*et al*] a «noção de posição dominante é relativa pelo que ela só tem sentido uma vez definido, em concreto o mercado a que respeita, ou seja, aquilo que se designa normalmente como mercado relevante ou mercado em causa³²». Deste modo, entende Caboz Santana³³ que o mercado em causa onde, eventualmente, se poderá vira a exercer uma posição dominante, não pode ser definido como uma parte substancial em abstrato, mas terá de ser um mercado concreto, pelo que teremos de definir o mercado em causa., entendendo-se que a definição de “parte substancial deste” se refere à fração de mercado que a posição dominante controla para um certo produto. Em termos práticos, quando se procura uma posição dominante deverá ser definido antes de mais, o mercado específico onde opera a empresa que poderá eventualmente vir a preencher, cumulativamente, os requisitos para violar o artigo 102º do Tratado.

Neste sentido, parece evidente que para haver uma posição dominante, tal como definida no artigo 102º do Tratado, este só será aplicável se essa posição for exercida, ou na totalidade do “Mercado Interno” ou numa “parte substancial deste”.

Em termos ideais, salienta Landes e Posner ³⁴ a “existência de uma posição dominante poderia ser determinada pela

32 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 357

33 SANTANA. Carlos Alberto Caboz, *Ob. Cit.* p. 117

34 LANDES, W. M e R.A POSNER “*Market Power in Antitrust Cases.* Harvard Law Review (94) 1981, citado por Miguel Moura e Silva. *Ob Cit.* p. 10

comparação entre o preço praticado pela empresa em causa e o respetivo custo marginal. Caso o preço se situasse, de forma não momentânea – como sucede com os ajustamentos de preços, e apreciável, acima do custo marginal então seria fácil concluir que a empresa dispõe de uma posição dominante, podendo assim passar-se à análise dos restantes requisitos do artigo”.

No entanto, como refere Miguel Moura e Silva «este método de observação direta do poder de mercado dificilmente pode ser posto em prática devido à dificuldade de estabelecer em rigor cada um dos parâmetros e em definir os critérios de comparação válidos. Nesse sentido, perante essas dificuldades inerentes aos métodos diretos de apreciação do poder de mercado, a metodologia preponderante acolhida na jurisprudência do Tribunal de Justiça tem consistido em deduzir a existência de poder de mercado a partir das quotas de mercado da empresa em causa, sua comparação com as quotas dos concorrentes, análise do grau de concentração no mercado, obstáculos à entrada e ponderação de outros fatores que indiciem a ausência de pressões concorrenciais sobre a empresa supostamente dominante»³⁵. Uma outra nota que o autor salienta prende-se com a tendência para inferir prematuramente a existência de uma posição dominante a partir de quotas elevadas de mercado³⁶. Sendo assim, embora a noção de mercado em causa seja o primeiro passo na aplicação do artigo 102º, esta é a «fase que tende a suscitar maior controvérsia porque existe a tendência para presumir a existência de uma posição dominante a partir da importância da quota de mercado da empresa em causa, significando,

35 IDEM, *Ibidem*. p. 11

36 IDEM, *Ibidem*. p. 12 salienta MIGUEL MOURA E SILVA que nos Estados Unidos ficou célebre a fórmula do Juiz Learned Hand, no acórdão ALCOA de 1945 ao considerar que, quanto a uma quota de mercado de 90%, “essa percentagem é suficiente para constituir um monopólio, é duvidoso que 60 ou 64% seja suficiente e seguramente 33% não o é”.

por isso, que quanto mais amplo for o mercado mais a força disciplinadora da concorrência se fará sentir e menos importante parecerá o poder da empresa dominante»³⁷.

Tomando em conta tais considerações verificamos que a «resposta ao exercício do poder de mercado depende da existência de substitutos suficientemente próximos quer em termos materiais quer geográficos³⁸» sendo por isso necessário determinar os critérios de análise do mercado em causa. Nesse sentido, para determinar este mercado, primeiro passo para detetar posições dominantes³⁹ é, aferir essencialmente, os seus limites materiais ou definição do mercado do produto e/ou serviço relevante e os limites geográficos⁴⁰.

CRITÉRIO DA DELIMITAÇÃO MATERIAL OU DO PRODUTO/SERVIÇO EM CAUSA

Na abordagem da posição dominante, a referência a um determinado bem ou produto relevante⁴¹ é essencial para a de-

37 IDEM, *Ibidem* p. 12-13

38 IDEM, *Ibidem* p. 14

39 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 357 salientam que: “num mercado relevante de grande amplitude, as posições dominantes serão difíceis de encontrar. Pelo contrário, num mercado relevante restrito, mesmo empresas de dimensão média poderão deter uma posição dominante”.

40 SILVA, Miguel Moura. *Ob. Cit.* p. 30 cifra o *acórdão United Brands*: “As possibilidades de concorrência face ao disposto no artigo [ex.82 art. 102º] devem ser analisadas em função das características do produto em causa e por referência à zona geográfica claramente definida na qual é comercializado e onde as condições de concorrência são suficientemente homogêneas para se poder apreciar o efeito do poder económico da empresa em questão”.

41 IDEM, *Ibidem*. *Ob. Cit.* p. 14: «...um mercado de produto compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”.

finição do mercado⁴² em causa. Salienta Miguel Silva que «sendo os consumidores e utilizadores as potenciais vítimas diretas do exercício do poder de mercado, a sua capacidade de reagir a tal ocorrência pela substituição dos produtos da empresa dominante por outros aptos a satisfazer a sua procura pode constituir um elemento dissuasor. Nesse sentido, a definição do mercado do produto tem como ponto de partida a “substituibilidade da procura⁴³”. A questão que aqui se levanta é a de que não há, muitas vezes, só um meio apto para satisfazer uma necessidade económica, segundo, Caboz Santana “pode haver mais do que um meio apto – mais do que um bem económico – suscetível de saciar uma necessidade económica, e fala-se a esse propósito em bens sucedâneos, sendo que quanto maior for o grau de sucedaneidade, maior será o efeito de substituição⁴⁴”. E por conseguinte, “quanto maior for este [efeito] maior será a elasticidade da procura - preço de um bem e menor o domínio no mercado da empresa que o produz⁴⁵”.

42 GÓIS, Manuela, PAIS, Maria João & CABRITO, Belmiro Gil. *Ob. Cit.* p. 94: «O Mercado numa perspectiva económica, seria assim «a situação ideal onde se confrontariam as intenções de produção dos produtores – a “oferta de um bem” – e as solicitações de consumo dos consumidores – a “procura” de um bem, de que resultaria o “preço de mercado” para determinado bem, isto é, o preço para o qual toda a produção seria vendida e toda a procura seria satisfeita»

43 Cfr. SILVA, Miguel Moura *Ob. Cit.* p. 14 -15 cita o *Acórdão Continental Can* que salienta “...na apreciação da posição dominante, ... a delimitação do mercado em questão é de importância essencial, por as possibilidades de concorrência só poderem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, devido às quais esses produtos estão particularmente aptos constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos”.

44 SANTANA, Carlos Alberto Caboz, *Ob. Cit.* p. 133

45 IDEM, *Ibidem.* p. 133 : «...é esta a evidência que diversos autores pretendem retratar quando dizem, por exemplo: “A posição dominante se exerce para um produto ou, mais geralmente, para diversas variedades de um produto, ou para uma categoria de produtos» E ainda que, «para apreciar a eliminação da concorrência é preciso ter em conta, não somente os produtos idênticos, mas ainda os produtos de substituição, ou seja, os produtos

Uma vez exposto este problema de tomar em consideração os bens sucedâneos para a determinação do «Mercado em causa», um outro se levanta, quanto aos critérios de apreciação da “substituibilidade dos produtos em causa”. Inicialmente foi adotado o critério da “Substituibilidade razoável” no sentido de que «não bastaria qualquer tipo de substituibilidade de bens para definir um mercado, sendo necessário que tal substituibilidade fosse razoável. E para tal razoabilidade fosse vista, haveria que colocar o observador sob o ponto de vista do consumidor, ou seja, da necessidade a satisfazer⁴⁶» No entanto, reconhecendo-se um certo subjetivismo a este critério, procurou-se um outro (critério económico) que parecia mais objetivo e eficaz – que consiste na “*elasticidade cruzada da procura*⁴⁷: *perante um aumento do preço de um bem A qual a resposta ao nível a procura do bem X*”. Para estruturar esta análise da substituibilidade, a comissão adotou em 1997 o critério “monopolista hipotético⁴⁸” que «procura medir o efeito ao nível dos consumidores e dos concorrentes de um hipotético aumento

diferentes, mas que podem servir o mesmo uso” ou “Admite-se o princípio da necessidade de tomar em consideração todos os produtos de substituição para caracterizar o mercado em causa, no quadro da teoria da posição dominante ...»

46 IDEM, *Ibidem*. p. 134

47 Cfr. SANTANA, Carlos Alberto Caboz, *Ob. Cit.* p. 135 “...a *elasticidade cruzada da procura* ...evidencia a medida da dependência da procura de um bem em relação às variações de preço de outro bem diverso e que tem particular interesse para medir o grau de sucedaneidade dos bens»”

48 Cfr. MIGUEL SILVA, *Ob. Cit.* p. 15 O método passa por ir incluindo produtos/serviços alargando a área geográfica até que um aumento hipotético entre os 5 e os 10% seja rentável: identifica-se desta forma um mercado relevante onde é viável o exercício do poder de mercado. Mas se uma empresa dispõe de uma posição dominante, o seu poder de mercado pode já ter sido exercido, situando-se o preço a nível de monopólio ou próximo deste. Neste caso, a existência de substitutos em caso de um aumento do preço pode ser desconsiderada se outros fatores indicarem que ele se situa a um nível “anormal”».

pequeno mas significativo e duradouro dos preços num determinado período de tempo».

Não obstante, apesar do preço e utilização final mostrar a existência de substitutos, é necessário ter em conta os entraves decorrentes a uma substituição efetiva pelos consumidores, ou seja, “custos de busca e de transação” bem como os custos de transição⁴⁹”, existem situações (vide *nota 45*), em que é difícil de se deixar concluir pela existência de posição dominante, porque como nos salienta Miguel Silva “se o mercado consiste na produção de uma determinada empresa (ou no caso de produtos complexos, em produtos complementares que não são compatíveis com produtos similares de outras marcas) ela, será quase, inevitavelmente, dominante⁵⁰”. No entanto, entendendo que a limitação do poder de mercado também pode resultar da resposta de concorrentes, o Tribunal da Justiça no *Acórdão Continental Can* concluiu que também era necessário ter em conta a substituíbilidade do lado oferta⁵¹ nomeadamente, para

49 IDEM, *Ibidem*. p. 16 MIGUEL SILVA dá o exemplo no “caso do comprador de um automóvel que necessita de peças sobresselentes durante a via útil do veículo e, antes da aquisição, o consumidor pode escolher o construtor de automóveis em função do preço, qualidade, design, etc. Apesar de parecer clara a evidencia de concorrência entre os diversos produtores, após adquirir o veículo de um determinado produtor, o consumidor fica dependente daquele para o fornecimento de peças sobresselentes, serviços de assistência...»

50 IDEM, *Ibidem*. p. 16

51 Cfr. SANTANA, Carlos Alberto Caboz, ob. Cit. p. 137 « *A continental Can Company – e a sua filial Can International Corporation de Nova York, é o maior produtor mundial de embalagens metálicas. Produz, ainda, materiais de embalagem em papel (cartão) e em plástico, bem como as máquinas para fabricar e utilizar aquelas embalagens. A comissão considerou, neste caso, a existência de 3 mercados distintos “o mercado de embalagens ligeiras destinadas às conservas de produtos de carne; o “mercado de embalagens ligeiras destinadas à conservas de peixes” e o “mercado de tampas metálicas destinado à indústria de conservas”*. A comissão decidiu na altura que esta situação era incompatível com o artigo 86º do Tratado de Roma. A esta decisão opôs-se a *Continental* que recorreu para o TJCE ar-

“poderem ser considerados como fazendo parte de um mercado distinto, os produtos em causa devem ser individualizados, não só pelo simples facto da sua utilização para a embalagem de certos produtos, mas ainda pelas características especiais de produção que os tornam especialmente aptos para esse fim»

CRITÉRIO DA DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA OU ESPACIAL

A palavra Mercado pode ser associada a diferentes realidades, apresenta significados diversos no espaço e no tempo. Tendo em conta que o mercado é como refere Caboz Santana, o «ponto de encontro de vendedores e compradores em ordem à fixação dos preços⁵²», então, representará o espaço territorial onde serão chamados a encontrar-se a oferta e a procura do produto em causa.

O Mercado geográfico compreende, por isso, «a zona territorial onde se encontram os clientes atuais ou potenciais da empresa, ou seja, os destinatários da oferta (no caso do vendedor dominante) ou a procura (no do comprador te⁵³⁵⁴)». O problema do aspeto geográfico do mercado consiste

gumentando que a Comissão não havia nunca provado a posição dominante, sustentando que no que se refere à concorrência de produtos de substituição (embalagens em vidro e plástico)». O Tribunal veio entender que a “detenção de uma posição dominante no mercado das embalagens metálicas ligeiras destinadas às conservas de carne e peixe não pode ser decisiva enquanto não for demonstrado que os concorrentes noutros setores do mercado das embalagens metálicas ligeiras não podem, através de uma simples adaptação, concorrer nesse mercado com força suficiente para constituir um contrapeso sério”.

52 SANTANA. Carlos Alberto Caboz, *Ob. Cit.* p. 117

53 IDEM, *Ibidem.* p. 117

54 Cfr. SILVA, Miguel Moura, *Ob. Cit.* p. 19: o *Acórdão United Brands* definiu o “mercado geográfico relevante como a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e podem distinguir-se de

em determinar qual a margem de vantagem que um vendedor beneficia, relativamente aos seus concorrentes, devido ao fator de maior ou menor afastamento geográfico, em relação aos consumidores do produto que vende. Nesse sentido, para a metodologia de análise deste critério geográfico segundo Miguel Silva, assenta «aqui que a substituíbilidade do lado da procura tem um peso significativo, no sentido de se determinar se perante um aumento hipotético dos preços dos produtos em causa, os consumidores podem encontrar uma fonte alternativa de abastecimento junto de empresas situadas noutras áreas geográficas⁵⁵»

NOÇÃO DE “PARTE SUBSTANCIAL DO MERCADO”

A noção do Mercado geográfico está ainda ligada a outro dos requisitos do artigo 102º, nomeadamente, a posição dominante em causa deve existir numa parte substancial do mercado interno⁵⁶. Salienta Afonso Vaz que uma empresa que detenha uma posição dominante no conjunto do Mercado em causa é relativamente rara, sendo mais frequente que ela exista numa parte substancial, isto é, num ou vários Estados-membros ou, inclusivamente, apenas numa parte do território de um dos Estados-membros⁵⁷». Segundo, Caboz Santana⁵⁸, grande parte

áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”.

55 SILVA, Miguel Moura, *Ob. Cit.* p. 19

56 Acórdão *United Brands* citado por MIGUEL MOURA E SILVA p. 20 salienta que: “As condições de aplicação do artigo [ex86/art102] a uma empresa em posição dominante pressupõem uma delimitação clara de uma parte substancial do mercado comum no qual possa eventualmente cometer práticas abusivas que sejam suscetíveis de obstar a uma concorrência efetiva e essa deverá ser uma área em que as condições objetivas para o produto em causa sejam idênticas para todos os agentes económicos”.

57 VAZ, Manuel Afonso. *Ob. Cit.* p. 306

58 SANTANA. Carlos Alberto Caboz, *Ob. Cit.* p. 126

dos autores⁵⁹ que abordaram esta temática entendem, que deve ser rejeitado um critério meramente territorial ou geográfico, pois a noção de “parte substancial introduz um elemento quantitativo na determinação do mercado geográfico, e tal elemento é mais importante que uma determinação geográfica para esclarecer a noção de «parte substancial do Mercado». Sendo assim, o que importa não é o entendimento territorial do mercado, mas a sua importância económica em relação ao conjunto do Mercado interno. No sentido de que tal importância depende das condições demográficas e do nível de vida na região onde se exerce uma posição dominante, faz-se apontar para o abandono de um critério geográfico em favor de um critério económico, pois é através deste, que é tido em consideração a importância económica do mercado dominado em relação ao Mercado Interno.

É pois neste aspeto, de que o critério económico se baseia, fundamentalmente, numa relação quantitativa entre a dimensão económica do Mercado Interno e uma fração deste – a tal parte substancial, que interessa abordar o *Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 dezembro de 1965 sobre a indústria europeia do açúcar (“Suiker Unie”)*⁶⁰ -, o Tribunal admitiu-a para a «parte meridional da Alemanha», que compreende a Baviera, o Bade Wurtemberg e uma parte do Estado (*Land*) de Hesse. Também entendeu que, ao tentar determinar-se o território específico em questão, «deve ter-se em consideração, a estrutura, o volume da produção e do consumo do referido produto, bem como os hábitos e as possibilidades económicas dos vendedores e dos compradores». Deste modo, a extensão não é, pois, o único elemento a reter, é necessário ter em conta, a densidade da população que aí habita, bem como o seu nível de vida, sen-

59 J. MÉGRET, J.V. LOUIS, D. VIGNES e M. WAELBROECK in, *Le Droit de la CEE, Vol. IV, Concurrence*, p, 64 citado por CABOZ SANTANA, *Ob. Cit.*, p. 126

60 Cfr. VAZ, Manuel Afonso. *Ob. Cit.* p. 306

do fatores determinantes da sua importância no plano económico.

No que concerne ao produto, objecto-base da posição dominante, este tem que ser considerado como um produto suficientemente específico, individualizado pelas suas características particulares, que o diferenciem de outros produtos ao ponto de ser quase insubstituível por estes, não sentindo portanto, a sua concorrência de forma significativa⁶¹. Nesta perspectiva, quanto à questão de saber o que se entende por “parte substancial do mercado” entende Cabral Moncada que o «domínio de parte apreciável do mercado pode confinar-se às fronteiras de um único Estado-membro da União, pois a noção de parte apreciável do mercado deve ser aferida em função do produto ou serviço em causa e não em função da extensão geográfica do poderio económico da empresa, podendo a parte apreciável do produto ou serviço ser consumido e utilizado no interior de um só país ou região⁶²».

CRITÉRIO TEMPORAL

O fator tempo é também um elemento essencial para um conceito de posição dominante. Como nos indica Dubois, «uma posição dominante deve ser julgada como abusiva, ou não, num determinado momento⁶³». Nesse sentido, o fator tempo é

61 Cfr. AFONSO VAZ, p. 306 no *Acórdão United Brands*, o “Tribunal fez notar que o mercado da banana é distinto do das outras frutas secas frutas frescas porque ela “tem uma aparência, um sabor, uma consistência macia, uma ausência de pevides, um nível permanente de produção que lhe permite satisfazer as necessidades constantes de uma categoria importante da população composta essencialmente por crianças, pessoas idosas e doentes ..”. Deve-se portanto, deve portanto, “ter em conta, a par do produto fabricado pela empresa em posição dominante, os produtos idênticos fabricados pelos seus concorrentes.”.

62 Cfr. MONCADA. Luís S. Cabral. *Ob. Cit*, p. 517

63 Citado por Carlos Alberto Caboz Santana, *Ob. Cit*, p. 142

importante porque tendo em conta que as situações são evolutivas, ao aplicar o artigo 102º, importa em cada caso examinar “qual a posição detida sobre o mercado, pela empresa que comete o ato pretensamente abusivo⁶⁴» sendo que tudo isto, é circunscrito a um determinado momento.

2.O ABUSO DA POSIÇÃO DOMINANTE

2.1.UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DA EXPLORAÇÃO ABUSIVA DA POSIÇÃO DOMINANTE

Depois de termos analisado o conceito de posição dominante⁶⁵ é altura de estudarmos o problema do abuso dessa posição. O autor Mendes Pereira⁶⁶ assinala que o «abuso é um conceito objetivo, isto é, desligado de quaisquer considerações subjetivas atinentes à vontade da empresa dominante. Para que se verifique um abuso não é necessário que a empresa tenha tido a intenção de o praticar, basta que o mesmo, à luz dos critérios acima enunciados [proporcionalidade e desempenho], seja suscetível de provocar ou provoque efetivamente um dano concorrencial nos clientes, parceiros, comerciais, concorrentes ou na estrutura do mercado».

64 IDEM, *Ibidem* p. 142

65 PORTO, Manuel & ANASTÁCIO, Gonçalves. Orientação da Comissão sobre as prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado do CE [atual artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, in *Legislação da Concorrência*. Coimbra – Editora, 2010 p. 933 salienta que: «...a posição dominante não é, por si, ilegal e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base nos seus méritos. No entanto a empresa em causa tem uma especial responsabilidade de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno...»

66 PEREIRA, Miguel Mendes. *Lei da Concorrência Anotada*. Coimbra Editora, 2009, p.160.

Segundo, Afonso Vaz «o abuso [da posição dominante] não pressupõe, assim, a noção de *intencionalidade* por parte do operador económico, constituindo-se sem que seja necessário demonstrar que é o resultado da utilização consciente do poder económico característico da posição dominante⁶⁷», ou seja, a intenção pode no entanto, funcionar como fator adicional de prova e fator determinativo da medida da sanção. Nesse sentido, para cair na alçada da proibição do artigo 102º, não basta a existência ou mesmo a aquisição de uma posição dominante. Tomando as lições de António Santos [*et al*]⁶⁸ «não é esta em si mesma que o Tribunal condena (...) mas tão - somente os comportamentos nocivos à concorrência e trocas intercomunitárias que impliquem uma exploração abusiva de uma situação de privilégio resultante da detenção de posição dominante».

O artigo 102º do Tratado proíbe o abuso da posição dominante mas, não nos dá uma noção dessa exploração abusiva, sendo que o aspeto mais significativo da ótica comunitária é de que assenta numa “conceção objetiva”, que é «aquela que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante suscetíveis de influenciar a estrutura do mercado onde, na sequência precisamente da empresa em questão, o grau de concorrência está já enfraquecido, e que tenham por efeito, através do recurso a meios diferentes dos que governam, uma concorrência normal de produtos ou serviços na base das prestações dos operadores económicos, criar obstáculos quer à manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado, quer ao desenvolvimento desta concorrência⁶⁹».

67 Cfr. AFONSO VAZ. *Ob. Cit* p. 307

68 PORTO, Manuel & ANASTÁCIO, Gonçalves. Orientação da Comissão sobre as prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado do CE [atual artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, in *Legislação da Concorrência*. Coimbra – Editora, 2010 p. 933

69 SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARIQUES. Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 361-362

Tomando em linha de conta, que o artigo 102º do Tratado não fornece uma definição de abuso, este dá no seu n.º 271 uma lista não exaustiva e exemplificativa de abuso de posição dominante. Considera, Richemond que «todos os exemplos de práticas abusivas enumeradas pelo Tratado mostram que a preocupação deste não é a de assegurar a manutenção de uma situação de concorrência mas antes de zelar para que a dominação do mercado não seja utilizada efetivamente em prejuízo dos *utilizadores* ou dos *consumidores*72».

2.2. AS PRÁTICAS ABUSIVAS DE POSIÇÃO DOMINANTE

Os abusos de posição dominante podem congrega-se em duas modalidades básicas, as práticas de preço e práticas de exclusão.

AS PRÁTICAS DE PREÇO: “PREÇOS PREDATÓRIOS” E “PREÇOS DISCRIMINATÓRIOS”

O artigo 102º nº 2 a) do Tratado, salienta como uma das

70 Cfr. SILVA, Miguel Moura, *Ob. Cit.* p. 37 define o “*abuso da posição dominante consiste num comportamento de uma empresa que faz uso das oportunidades que lhe advêm da sua posição dominante, de tal forma que obtém benefícios comerciais que não teriam colhidos caso houvesse concorrência normal e suficientemente efetiva*» e/ou «*que é suscetível de constituir obstáculo à manutenção ou ao desenvolvimento do grau de concorrência existente num mercado, onde, como consequência precisamente da presença dessa empresa, a concorrência está enfraquecida*».

71 Artigo 102 nº2 do Tratado. Estas práticas abusivas podem consistir: a) Imposição de preços ou de outras condições de transação não equitativas; b) Limitação da produção, distribuição, ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores, c) Aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes; c) Contratos subordinados ou «copulados».

72 RICHEMOND. Jolie, citado por MIGUEL MOURA E SILVA, *Ob. Cit.* p. 34

“práticas abusivas” a imposição de preços não equitativos que podem ser excessivos⁷³ ou agressivos⁷⁴ – este último, designado, preços predatórios. Em ambos os casos, estamos perante preços que não tem uma relação pautada na razoabilidade com a contraprestação realizada e que, tanto por excesso como por defeito, verifica-se que são desproporcionados em relação aos custos suportados ou em comparação com os preços de produtos concorrentes.

Um argumento frequentemente usado na Europa é de que as práticas de preços por empresas com poder de mercado, se esbarraria em regra, na dificuldade de qualificar o preço abusivo ou predatório. Com efeito, assinala Caramelo Gomes que tal argumento é uma falácia, visto que “*determinar se o preço é abusivo ou predatório é tão simples como determinar o seu desvio relativamente ao preço desse mesmo produto se o mercado de referência em análise for concorrencial*”⁷⁵. Neste particular, há portanto que se operar com ferramentas extra-jurídicas, designadamente com estudos da Ciência económica, pois se assim se adequar, esta dificuldade aparente desaparece, logo que as definições são particularmente económicas e não jurídicas.

Ato contínuo, as práticas de preços no sentido abusivo, é o objeto final de qualquer conduta anticoncorrencial. Justo porque é por intermédio de sua aplicação que os agentes económicos conseguem maximizar os seus lucros, e por conseguinte, capaz de lesar o mercado seja através de afetação ou o bem-estar salutar do mesmo. Por tais razões entende-se que as práticas de preços abusivos são consideradas o inimigo público

73 Entende ainda AFONSO VAZ, *Ob. Cit.* 308: “...que um preço é considerado excessivo “se não existe uma relação razoável com valor económico da prestação fornecida”

74 *Vide* SANTOS, António Carlos. GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES. Maria Manuel Leitão. *Ob. Cit.* p. 361

75 GOMES, José Luís Caramelo. *ob. Cit.*, p. 65.

primaz da economia de mercado.

No mesmo sentido, é de ressaltar no que tange a livre concorrência como forma de impedir as práticas abusivas de imposição de preço, no limiar de que uma forte concorrência de preços é em geral benéfica para os consumidores. Nisto, quando tais práticas anticoncorrenciais forem desrespeitadas a intervenção da Comissão Europeia⁷⁶ se dará como meio de evitar o encerramento anticoncorrencial do mercado quando o comportamento em causa tenha já impedido, ou seja, suscetível de impedir a concorrência desenvolvida por concorrentes, que são considerados tão eficientes como a empresa em posição dominante⁷⁷.

OS PREÇOS “DISCRIMINATÓRIOS”

A prática de preços discriminatórios opera-se na aplicação de condições diferenciadas a transações equivalentes, como um ato anticoncorrencial. Mas, esta regra não pode ser aplicada literalmente, pois poderá ocorrer situações em que essa prática tenha como objetivo afastar concorrentes do mercado, mas como regra geral não se deve considerar dita situação, pois esta não está relacionada diretamente a uma conduta nociva à concorrência.

OS PREÇOS “PREDATÓRIOS”

A prática de preços predatórios tem dependência com um

76 A Comissão Europeia dispõe de vastos poderes para garantir que as empresas e os governos respeitam as regras da União Europeia em matéria de comércio leal.

77 Tais preços podem fazer sair do mercado empresas que são talvez eficientes quanto à empresa dominante, mas que, devido ao facto de possuírem menores recursos financeiros são incapazes de fazer face à concorrência que lhes é feita. Cfr. Ac. De 10 abril de 2008 no Processo T-271/03 *Deutsche Telekom/Comissão*.

referencial de preços, que na ciência económica pode ser encontrado no custo marginal ou no custo médio variável. Sendo que o preço predatório estaria abaixo destes referenciais, quer isto dizer que prática de um preço inferior a um determinado nível de custos pode também ser contrária ao artigo 102º do Tratado e configurar uma situação de abuso.

Um comportamento predatório é aquele em que o operador económico suporta deliberadamente perdas ou prescinde de ganhos a curto prazo, a doutrina refere tal comportamento como um “sacrifício⁷⁸”, podendo dar origem à exclusão ou tendencial exclusão de um ou mais dos concorrentes existentes ou potenciais de forma a reforçar ou manter o seu poder de mercado, daí prejudicando o consumidor. Nesse sentido, interpreta Mendes Pereira⁷⁹ que a «prática de preços predatórios traduz uma estratégia de longo prazo prosseguida por uma empresa em posição dominante, por via da qual a empresa decide em incorrer, no curto e/ou no médio prazo, em prejuízos resultantes de vendas efetuadas a preço inferior aos custos de produção de forma a expulsar do mercado concorrentes com menor capacidade financeira que não consigam acompanhar o mesmo nível de preços».

O Tribunal de Justiça Europeu entende como sendo os preços predatórios aqueles “preços inferiores à média dos custos variáveis⁸⁰ (custos que variam em função das práticas produzidas) de que uma empresa dominante se serve para tentar eliminar o concorrente, considerando tal comportamento como abusivo.

78 PORTO, Manuel & ANASTÁCIO, Gonçalves. *Ob. Cit.* p. 955.

79 MENDES PEREIRA, *Ob. Cit.* p.171

80 Na opinião de MENDES PEREIRA, *Ob. Cit.* p.172, o Tribunal de Justiça Europeu considera como preços predatórios: a) os preços inferiores a custos médios presumem-se abusivos; b) preços superiores a custos variáveis médios mas inferiores a custos fixos médios podem ser abusivos se for provada a intenção por parte da empresa dominante de eliminar os seus concorrentes.

AS PRÁTICAS DE EXCLUSÃO

Parte-se do princípio de que uma empresa em posição dominante não pode promover a exclusão de concorrentes pelo recurso a métodos que não o percurso normal da livre concorrência. Uma outra modalidade de abuso de posição dominante, consiste na prática de exclusão entendido como o comportamento que tem como objetivo impedir o acesso ao mercado de possíveis concorrentes.

Anota Mendes Pereira⁸¹, utilizando-se a grafia “abuso por exclusão”, ser correspondente a um comportamento pelo qual a empresa dominante procura manter ou aumentar o seu poder de mercado prejudicando os seus concorrentes, impedindo ou dificultando a sua entrada no mercado. Nisto, parte-se da diferenciação de um comportamento concorrencial normal ao de um comportamento abusivo, pelo que, pelo primeiro assenta-se nos próprios méritos da empresa, a qual logra prevalecer sobre os seus concorrentes através de processos mais eficientes ou criativos visando a melhoria de seu desempenho, o que não significa que pode, por natureza, debilitar ou excluir concorrentes no âmbito de um saudável processo competitivo. Enquanto a segunda se baseia num comportamento em que se pautar a prática por exclusão, circunscrita a processos que não visam necessariamente a melhoria do desempenho da empresa dominante, mas especialmente o prejuízo dos seus concorrentes, ou em síntese, visam essencialmente a manutenção ou reforço do poder de mercado da empresa sem que tal facto se traduza necessariamente numa melhoria de seu desempenho.

A Jurisprudência tem entendido alguns comportamentos como práticas de exclusão, as quais enumeramos, como é o

81 PEREIRA, Miguel Mendes. *Ob. Cit.* p. 161, enquadra os “preços predatórios” como abuso de exclusão e não como “prática de preço” como define Caramelo Gomes, *Ob. Cit.* p. 65.

caso das que assinalamos *infra*.

- a) *Recusa de Fornecimento* – poderá estar em causa a recusa de compra ou venda de produtos ou prestação de serviços, recusa de prestação de informação, recusa de licenciamento de direitos de propriedade intelectual ou industrial, ou recusa de acesso a infraestruturas essenciais.
- b) *Discriminação* – está atinada a um escopo primário (em relação a concorrentes da empresa) ou a clientes (escopo secundário), que ponderamos ser mais relevante. Esta última discriminação assenta numa exploração direta ou de exclusão, na medida que um tratamento discriminatório confere a alguns clientes preços mais elevados ou descontos menos favoráveis, posto que na realidade tem objetivo de prejudicar concorrentes e visa influenciar o comportamento dos clientes no sentido de manter ou reforçar a posição dominante da empresa em causa, desincentivando-os a adquirirem produtos ou serviços similares junto a concorrentes, mediante a imposição de preços mais baixos e descontos mais favoráveis.
- c) *Subordinação ou vendas subordinadas* -, consiste na situação em que visa a proibição dominante em obrigar os seus clientes a adquirirem os bens ou serviços relativamente aos quais ela é dominante impondo em conjunto a aquisição de outros aos quais ela não é dominante (cujos clientes não raras vezes tem a pretensão de as adquirir), subordinando a venda dos primeiros – produtos que ela tem a posição dominante – à aquisição dos segundos (portanto, estes subordinados).
- d) *Exclusividade* – refere-se com a atividade de uma empresa dominante em que esta devido a sua imposição de mercado vincula compradores através de uma

obrigação ou promessa de serem abastecidos *exclusivamente* com os seus produtos e/ou serviços, consoante à totalidade ou uma parte considerável de suas necessidades de abastecimento, a ser adquiridas com vínculo à empresa dominante.

3. O ABUSO COMO AFETAÇÃO DO MERCADO NOS ESTADOS-MEMBROS

Sem a suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-membros, não poderá haver um ato abusivo que possa cair sobre a alçada do artigo 102.º do Tratado, sendo necessário, portanto, analisar o requisito do efeito do mercado entre os Estados-membros, porque mesmo que estejam preenchidos os requisitos atrás enunciados do conceito de posição dominante, esta análise é imprescindível.

Assim, para que o artigo 102º seja aplicável é necessário que haja uma *afetação* do comércio entre os Estados-membros e que a posição dominante exista sobre o «Mercado Interno ou numa parte substancial deste». Nesse sentido, “não é a posição dominante que o artigo proíbe, mas o seu abuso e, por outro lado, não é qualquer afetação do comércio *inter* estático que é sancionado, mas somente aquela que tem uma importância significativa. O que nos leva a concluir que apenas os abusos de posição que afetem de forma significativa, o comércio entre os Estados-membros (mais do que um portanto) são sancionados por este artigo⁸²». Entende Richemond⁸³ que o «termo *afetar* o comércio entre os Estados – membros significa exercer uma influência que se traduz numa compartimentação dos mercados e no entrave a uma interpretação económica dos Estados», consistindo por isso, em linhas gerais, numa modificação

82 SANTANA. Carlos Alberto Caboz. *Ob. Cit.* p. 148

83 RICHEMOND. Joliet. P. 378 citado por Carlos Alberto Caboz Santana, *Ob. Cit.* p. 145

em que se veem efetuadas as trocas entre os Estados-membros tendo que ser apreciada em cada caso concreto.

Posto isto, conclui-se que quanto maior for o mercado, menor é a possibilidade da existência de empresas em posição dominante, e que, com tais posições possam afetar o comércio entre os Estados-membros. No entanto, segundo Miguel Silva «além dos comportamentos que afetam, direta ou indiretamente, as trocas no interior Comunidade, também a conduta abusiva das empresas em posição dominante que se repercutem de forma negativa na estrutura concorrencial do mercado comum pode ser abrangida pela proibição do artigo 82º [atual art. 102]⁸⁴»

4.CONCLUSÃO

Sublinha-se, portanto, que os, traços definidores do direito da concorrência, nomeadamente no espaço europeu, define seus pontos fulcrais na política da concorrência com a perseguição ao bom funcionamento do mercado em benefício das empresas e dos consumidores. Nota-se, neste peculiar, que ao contrário do direito norte-americano onde o direito da concorrência - aliado mais profundamente aos efeitos do liberalismo extremista – cujo os interesses da livre concorrência são postos tendencialmente com a primazia à proteção do mercado em detrimento dos consumidores, no direito da concorrência da União Europeia, o objetivo substancial da proteção do mercado se concentra primordialmente na tutela do consumidor enquanto potencialmente vítima do exercício do poder de mercado.

84 SILVA, MIGUEL MOURA, *Ob. Cit.* p. 19: “Quando o detentor de uma posição dominante no mercado comum faz um uso abusivo da referida posição, de modo, a provavelmente eliminar um concorrente nesse mercado, é irrelevante saber se esse comportamento diz respeito às suas exportações ou ao seu comércio no interior do mercado comum, a partir do momento em que se verifique essa eliminação terá repercussões na estrutura da concorrência no mercado comum (*Commercial Solvens*, considerando 33)»

Por conseguinte, percebeu-se que não se proíbe o crescimento interno da empresa nem o seu controlo da parte apreciável do mercado. Estes dois fenómenos só caem sob a alçada do artigo 102º quando possibilitam ações, jurídicas, ou de facto (condições discriminatórias, pressões económicas de vária ordem, etc.) suscetíveis de impedir uma concorrência efetiva. Pois, como exarado, o que visa sobretudo salvaguardar a concorrência do mercado interno (diga-se, europeu) e a garantia de que as empresas que estão em situação de posição dominante não excluam os seus rivais através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens, serviços e produtos que as mesmas fornecem.

Diante disso, é cristalino a compreensão de que no direito europeu da concorrência, a interpretação que se tem é de que a proteção mais relevante se concentra no processo de concorrência e não na mera proteção dos concorrentes. Sendo assim, qualquer conduta que represente uma exploração aos consumidores (v.g. aplicação de preços abusivos) ou que arrefeça os esforços com vista à realização de um mercado europeu integrado, é claramente passível de infringir o artigo 102.º do Tratado Sobre Funcionamento da União Europeia. Significa, por fim, que os agentes económicos em ação concorrencial que não ofereçam aos consumidores em termos de preços, gama de oferta, qualidade e inovação, poderão desaparecer do mercado.



BIBLIOGRAFIA

Ascensão. José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Almedina.

- Coimbra, 2002. Depósito legal: 177488/02
- Moncada. Luís S. Cabral. *Direito Económico*. 5ª Edição Revisita e Atualizada, Coimbra Editora, 2007 ISBN: 978-972-32-1471-0
- Pereira, Miguel Mendes. *Lei da Concorrência Anotada*. Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1660-8
- Porto, Manuel & Anastácio, Gonçalves. *Legislação da Concorrência. Orientação da Comissão sobre as prioridades na aplicação do artigo 82º do Tratado do CE [atual artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*. Coimbra – Editora, 2010 p. 933 – 964. ISBN: 978-972-32-1782-7-
- Santana. Carlos Alberto Caboz . *O abuso da posição dominante no direito da concorrência*. Edições cosmos, 1ª edição, 1993. ISBN 972-8081-11-1
- Santos, António Carlos. Gonçalves, Maria Eduarda & Marques. Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 5ª Edição Revisita e Atualizada. Almedina, Coimbra, 2008. Depósito legal: 217778/04
- Silva, Miguel Moura.
- *O abuso da posição dominante no Direito Comunitário da Concorrência* – Notas das aulas lecionadas na cadeira Direito da Concorrência I, 2004
 - *O abuso de Posição dominante na Nova Economia* -, Coleção Teses, Coimbra Editora, 2010. ISBN: 978-972-40- 4091-2
- Góis. Manuela, Pais. Maria João & Cabrito, Belmiro Gil. *Introdução à Economia*. Texto Editora Lisboa, 1999. ISBN 972-47-1327-0
- Gomes, José Luís Caramelo. *Lições de Direito da Concorrência*. Almedina, Coimbra, 2010. ISBN: 978-972-40-4354-8