



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O abuso de posição dominante: Por prática de preços excessivos

Sérgio da Conceição Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O abuso de posição dominante: Por prática de preços excessivos

Sérgio da Conceição Ribeiro

Sob a orientação da Doutora Sofia Oliveira Pais

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

“And thus it will be lawful to sell a thing for more than it is worth in itself, though the price paid be not more than it is worth to the owner. Yet if the one man derive a great advantage..., the latter ought not to raise the price, because the advantage accruing to the buyer, is not due to the seller, but to a circumstance affecting the buyer. Now no man should sell what is not his, though he may charge for the loss he suffers.”

S.Tomás de Aquino, Suma Teológica, Benziger Bros. edition, (1947) Translated by
Fathers of the English Dominican Province, 2ª parte da 2ª parte, ponto.77.

Agradecimentos

A *Yeshua*, por tudo.

À minha família por todo o apoio e consideração.

À minha namorada pela paciência e atenção.

Aos meus amigos pelo seu consolo e companheirismo.

À minha Orientadora por todo o acompanhamento.

Resumo

O abuso de posição dominante, através de uma prática de preços não equitativos, consubstancia uma conduta de exploração dos consumidores, no quadro da prática de preços excessivos..

Não obstante das consequências imediatas desta conduta, outros ordenamentos recusaram estabelecer uma censura. Porém, a União Europeia, em linha com os objetivos do direito *antitrust*, a sua história político-económica e variadas noções de justiça, plasmou este abuso, desde a implementação do Tratado de Roma.

Assim, esta tese pretende com base na sucessiva jurisprudência e doutrina, nacional e europeia, definir um conjunto de elementos e critérios, para uma melhor aplicação, orientação e compreensão desta prática, em consonância com os princípios da segurança jurídica e presunção de inocência.

Palavras-chave: Abuso de posição dominante; práticas não equitativas; preços excessivos; segurança jurídica; direito da concorrência;

Abstract

The abuse of a dominante position, by the means of unjust pricing, consubstantiates a conduct of exploitation of the consumers, through the use of excessive pricing.

Nevertheless the immediate consequences of this conduct, other legal orders have refused to establish a condemnation. However, since the Treaty of Rome, the European Union, in line with the goals of antitrust law, it's political and economic history, and the various notions of justice, implemented this type of abuse.

As a result, this thesis proposes to define a set of elements and criteria for a better orientation, application and comprehension of excessive pricing, in accordance with the principles of legal certainty and presumption of innocence, based on several jurisprudence and doctrine, both national and european.

Keywords: Abuse of dominance; unjust practices; excessive prices; legal certainty; *antitrust* law;

Nota Prévia

O presente trabalho corresponde às regras do Acordo Ortográfico de 1990.

Ao longo do presente trabalho as indicações bibliográficas constantes das notas de rodapé estarão organizadas segundo: último e primeiro nome do autor, data de publicação da obra e página da citação.

Da bibliografia final consta a descrição completa das obras consultadas e citadas no decurso deste trabalho, ordenadas por ordem alfabética.

Os relatórios, decisões e pareceres jurisdicionais encontram-se organizados por ordem cronológica, sendo que podem ser consultados nas respetivas bases de dados, em função da sua origem: no Tribunal de Justiça da União Europeia em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/; as Decisões da Comissão em <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>; os Relatórios da OCDE - <https://www.oecd.org>; os Acórdãos do *Competition Appeal Tribunal* - <https://www.catribunal.org.uk/>; as Decisões da *Competition Market Authority* - <https://www.gov.uk/cma-cases>; as Decisões da Autoridade da Concorrência alemã - <https://www.bundeskartellamt.de>; Decisões da Autoridade da Concorrência italiana - <https://www.agcm.it/>; a Decisão da Autoridade da Concorrência dinamarquesa - <https://www.en.kfst.dk/media/54222/excessive-pricing.pdf>; os Acórdãos dos EUA - <https://law.justia.com>.

As sucessivas traduções no decurso deste trabalho são da responsabilidade do autor.

Abreviaturas

AdC Autoridade da Concorrência

Adv.G. Advogado-Geral

AGCM Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato

Al. Alínea

ANC Autoridades Nacionais da Concorrência

CAT Competition Appeal Tribunal

CE Comunidade Europeia

CECA Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CDFUE Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEE Comunidade Económica Europeia

CMA Competition and Markets Authority

CRP Constituição da República Portuguesa

EUA Estados Unidos da América

JO Jornal Oficial da União Europeia

OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OFT Office of Fair Trade

PI Propriedade Intelectual

RFA República Federal Alemã

SSNIP Small but Significant non-Transitory increase in Price

TFUE Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TG Tribunal Geral

TJ Tribunal de Justiça

TJUE Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE Tratado da União Europeia

UE União Europeia

Índice

1	Introdução	12
2	Considerações introdutórias – art.102º do TFUE.....	13
2.1	O conceito de abuso	15
2.2	O modelo americano vs. modelo europeu – diferenças político-económicas 16	
2.2.1	Argumentos de natureza económica.....	19
2.3	Convergência de posições	21
3	Jurisprudência	25
3.1	Jurisprudência a nível europeu	25
3.2	Paradigma do RU.....	33
3.3	Outros casos relevantes na UE	36
3.4	Lições de Israel.....	40
4	Conclusão	Error! Bookmark not defined.

1 Introdução

O foco deste trabalho consiste em examinar a prática de abuso de preços excessivos, por parte de empresas em posição dominante. Para tal iremos começar por diferenciar os tipos de abuso, nomeadamente as práticas de exploração ou condutas de exclusão e as divergências económico-políticas, de acordo com a resposta legal vigente e as diversas razões que norteiam os diferentes legisladores nacionais.

O artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia visa a censura de uma conduta unilateral ou coletiva¹, por parte de uma empresa² que explore de forma abusiva uma posição dominante, no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Segundo a hermenêutica jurisprudencial, o abuso de posição dominante através da prática de preços excessivos, está plasmado na al. a) do art.102.º, do TFUE. Neste contexto, a prática de preços excessivos assume especial relevância dada a amplitude do conceito e a consequente tutela da segurança jurídica das partes.

De igual modo, a crescente litigiosidade versada em preços excessivos³ ao nível nacional e europeu⁴, bem como interpostas por associação de particulares⁵ exigem não apenas uma clarificação ou esquematização do conceito, mas um genuíno aprofundamento.

Em resumo, propomo-nos a efetuar uma análise comparativa entre diferentes ordenamentos jurídicos, por meio de uma aferição dos vários critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, no âmbito da prática abusiva de preços excessivos.

¹ Vidro Plano, proc.T-68/77 e 78/89, para.358; e, Air Tours T-342/99.

² Ac.Hofner, C-41/90, para.21-qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do modo de financiamento ou estatuto legal.

³ Evans, David S.; & Padilla, Jorge A, 2005, pp.97.

⁴ Regulamento 1/2003, Jornal Oficial nº L 001 de 04/01/2003.

⁵ BARNARD, Catherine; & Peers, Steve (2014), pp.508.

2 Considerações introdutórias – art.102º do TFUE

O direito *antitrust* manteve-se praticamente inalterado desde a celebração do Tratado de Roma em 1957, aquando da constituição embrionária do mercado interno. Esta ocorreu em resposta às potenciais ações anticoncorrenciais dos vários operadores económicos, estabelecendo nessa medida uma verdadeira política da concorrência⁶.

Na transição do século, a Comissão emite várias declarações⁷ numa tentativa de modernizar o artigo sob análise e, de forma a salvaguardar a segurança jurídica⁸ dos operadores de mercado. Simultaneamente⁹, auxiliava as ANC e Tribunais Nacionais na aplicação do direito da concorrência¹⁰.

Neste contexto, a particular aplicação dos poderes da Comissão e das Autoridades Nacionais é exercida nos termos do Regulamento n.º 1/2003 da CE, cujo foco delimita os diversos poderes das instituições referidas, nomeadamente, de inquérito, investigação e adoção de diversos tipos de decisões, destacando-se entre estas, a possibilidade de aplicação de coimas, os termos da cooperação entre Comissão e ANC, para além de provisões gerais¹¹. Determina ainda que o ónus da prova recaia sobre a própria Comissão¹², obrigando a uma produção de prova suficientemente clara e coerente com as regras da concorrência¹³, que garanta o direito de recurso das várias decisões¹⁴.

Primeiramente, para uma correta aplicação do artigo mencionado, deve-se estabelecer o mercado relevante¹⁵, devendo, para este fim, a Autoridade em questão proceder a um exame da quota de mercado e conseqüente identificação das empresas concorrentes. Neste âmbito, e sob a orientação da própria Comissão na sua Comunicação¹⁶, terá de se observar um estudo dos critérios materiais e geográficos aplicáveis¹⁷. O primeiro critério enunciado dita a verificação de bens ou serviços substituíveis entre si, na medida da sua

⁶ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2008), pp.515-516.

⁷ Documento sobre o art.102º do TFUE, em dezembro de 2005, posteriormente substituído pela Comunicação da Comissão-Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.102º.

⁸ Uma crítica constante do art.102º tem sido a ausência de certeza legal, ou seja, uma entidade em posição dominante tem de aferir a legalidade dos seus atos, com um determinado grau de certeza. Meyring, Bernd; Gerard, Damien; Merola, Massimo (2017), pp.283-284.

⁹ Moura, Miguel Silva e (2010), pp.15-18.

¹⁰ PAIS, Sofia Oliveira (2011), pp. 449-452.

¹¹ Bailey, David e, Whish, Richard (2012), pp.250-255.

¹² Artigo nº48 da CDFUE.

¹³ Ac. Rewood Pulp Cartel, C-89/85, para.127.

¹⁴ Parcu, Pier Luigi; Monti, Georgio, Botta, Marco; (2017), pp.8.

¹⁵ Ac. Continental Can, C- 6/72.

¹⁶ Comunicação da Comissão J.O. nº C 372, de 09/12/1997.

¹⁷ Machado, Jónatas M. E. (2010), pp.386-387.

elasticidade, de procura e de oferta, bem como de concorrência potencial¹⁸. O critério geográfico implica por seu turno, compreender a extensão do território relevante para determinar se dois produtos ou entidades são concorrentes, face a condições homogêneas¹⁹.

A estas premissas, segue-se a análise de desenvolvimento através do teste SSNIP - *Small but Significant non-Transitory Increase in Price* -, o qual reivindica uma apreciação objetiva dos dados. Este teste assenta na ideia de que: se face a uma variação hipotética e duradoura do preço, os clientes alterarem rapidamente a sua procura para produtos sucedâneos ou de diferentes fornecedores, ficará demonstrada a não lucratividade desse aumento, devendo incluir-se tais bens e fornecedores na definição de mercado relevante²⁰.

Segundo o entendimento do TJ deparamo-nos depois, com a necessidade de identificar a existência de uma posição dominante que se traduza numa entidade capaz de atuar de forma independente da sua concorrência, clientes e consumidores, conquanto ainda possa haver alguma competição residual²¹. Muito embora o fator independência seja sublinhado pelo Tribunal como principal indício da existência de uma posição dominante, há outros indicadores que cumpre relevar, nomeadamente, a manutenção de preços supracompetitivos, a integração vertical da empresa, o poder de compra dos consumidores²², as barreiras à entrada e as quotas de mercado²³.

Em concreto, as quotas de mercado assumem um papel essencial, dado que vem-se estipulando um valor a partir do qual se presume existir uma posição dominante²⁴. Não obstante, já foi considerado pelo Tribunal existir empresas em situação dominante, quando estas detinham um valor inferior ao estabelecido como padrão²⁵.

Por fim, a competência da Comissão sucede em função do grau provável de afetação do comércio entre os Estados-membros, suscetível de lesar os objetivos do mercado comum²⁶.

¹⁸. PAIS, Sofia Oliveira (2011), pp. 371-373.

¹⁹ Ac. Michelin I, C-322/81, para.37, e Ac. United Brands , para.11 e 47.

²⁰ Jornal Oficial da UE nº C 372 de 09/12/1997, ponto 17.

²¹ Ac. Hoffmann-La Roche, C-85/76, paras.38-39.

²² Machado, Jónatas M. E. (2010), pp.395.

²³ Ac. AstraZeneca, T-321/05, para.267.

²⁴ Ac. Akzo, C-62/86, para.60.

²⁵ Ac. United Brands, C-27/76, para.108-129; e Ac. British Airways, T-219/99, para.189-226.

²⁶ Ac. Asnef-Equifax, C-238/05, paras.33-44.

2.1 O conceito de abuso

O art.102º do TFUE tem no seu elenco de formas de abuso um carácter não taxativo e meramente enunciativo, pressupondo situações em que uma entidade com posição dominante utiliza essa mesma posição no mercado relevante e a explora de forma abusiva²⁷.

Quanto ao conceito de abuso que tem vindo a ser desenvolvido pela doutrina e jurisprudência europeia, assume especial destaque as teses de Mestmäcker e Joliet, sendo que o primeiro autor defende uma formulação de abuso lata, influenciado pelo regime alemão e pela literalidade legal, já que a noção em causa deveria compreender formas de exclusão e exploração, cujas condutas causassem um prejuízo imediato à concorrência e aos consumidores. Já Joliet, num estilo mais intervencionista, receava a condenação eventual da posição dominante em si mesma e apelava a uma noção restritiva, que condenasse apenas a conduta da empresa²⁸ e não os seus efeitos²⁹.

Por fim, o TJ adotou expressamente uma posição no acórdão Continental Can³⁰ a favor de uma noção ampla de abuso, proibindo os abusos de exclusão e de exploração³¹, clamando pela aplicação da norma não apenas às práticas que produzissem prejuízos imediatos aos consumidores, mas também aquelas que atentassem contra uma estrutura de concorrência efetiva.

Posteriormente, o Tribunal pronunciou-se no sentido em que sendo as consequências objetivamente observáveis, o conceito de abuso não dependeria da intenção subjetiva das partes³². Pelo que, mesmo que se não verificasse uma censura de abuso a uma empresa em posição dominante, a esta corresponderia sempre uma responsabilidade especial correlativa dessa qualidade³³. Ademais, na medida que o art.102º do TFUE não carece de dolo ou negligência, este não consubstancia uma norma delitual³⁴.

²⁷ BARNARD, Catherine, e Peers, Steve (2014), pp.531.

²⁸ Akman, Pinar, 2008, pp.10.

²⁹ E. J. Mestmäcker, *Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, in W. Hallstein et al eds, *Probleme des Europaischen Rechts Festsschrift fur Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1996, pp.322 e ss. *apud*. R. Joliet, *Monopolisation and abuse of dominance position (A comparative study of the american and european approaches to the control of economic power)* Collection scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 31 Martinus Nijhoff, La Haye, 1970, pp.247 e ss., *apud*. PAIS, Sofia Oliveira (2011), pp. 474-476.

³⁰ Ac. Continental Can 6/72, sumário ponto 12.

³¹ *Idem*.para.25-26.

³²Ac. Hoffmann-La Roche, C-85/76,

³³ Ac. Michelin I, para.57.

³⁴ MACHADO, Jónatas M. E. (2010), pp.395.

Por último, a Comunicação da Comissão sobre as prioridades na aplicação do art.82º, prevê justificações objetivas da posição abusiva³⁵, conquanto que deparada com fatores exógenos que limitem o seu comportamento, situações de defesa dos seus interesses comerciais e a sua conduta promova uma maior eficiência³⁶.

2.2 O modelo americano vs. modelo europeu – diferenças político-económicas

Historicamente, a *ratio legis* para a censura de práticas de preços excessivos reside nas características originais dos seis estados signatários, que partilhavam um forte pendor protecionista, associado a fortes regulações de mercado, entre os quais importa destacar a RFA – a qual, devido a uma inflação galopante, proibia as rendas monopolísticas³⁷. A regulamentação destes Estados assumia proporções tais, que o preço de muitos bens essenciais eram definidos pelos próprios, tendo, por esse motivo a CECA instituído um sistema de controle de preços, quando estes fossem excessivos³⁸.

Posteriormente, na Europa, face à constituição e manutenção crescente de monopólios por força da atuação governativa, instalou-se uma desconfiança na capacidade do mercado em se corrigir. Ao mesmo tempo, começou a aceitar-se como necessária a constituição de economias de escala que competissem no mercado comum³⁹. A estes fatores, acresceu o objetivo de se criar um mercado comum estável, aumentar a qualidade de vida e aproximar as relações entre estados⁴⁰, o que levou o legislador europeu a operar uma política de não discriminação entre consumidores, nos diferentes mercados⁴¹, impossibilitando, por esta via, que uma empresa dominante cobrasse preços díspares em diferentes Estados-membros⁴².

Assim, o modelo europeu compreende a censura das práticas de exploração e exclusão. A prática de uma conduta de exploração⁴³ traduz um abuso no recurso ao poder de

³⁵ Comunicação da Comissão – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.82º do Tratado da CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 02/45/2009, para.28-31.

³⁶ Meyring, Bernd; Gerard, Damien; Merola, Massimo (2017), pp.228-235.

³⁷ Gal, Michael S. (2004), pp.21-23.

³⁸ Parcu, Pier Luigi; Monti, Giorgio, Botta, Marco; (2017), pp.2.

³⁹ Akman, Pinar 2008, pp.10

⁴⁰ Etro, Federico; Kokkoris, Ioannis (2010), pp.2-3.

⁴¹ Atual artigo nº3, alínea nº3, do Tratado da União Europeia.

⁴² Gal, Michael S. (2004), pp.22-25.

⁴³ Há dois tipos de abusos de exploração, práticas de preços excessivos e termos contratuais injustos. Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.269.

mercado, por parte da empresa com uma posição dominante, sujeitando os consumidores a uma perda de bem-estar, que não teriam se houvesse concorrência efetiva⁴⁴. Por seu turno, abuso de exclusão consiste na conduta de uma empresa, que detenha uma posição dominante e mantenha a sua posição de mercado, através de práticas que prejudiquem diretamente os seus concorrentes e indiretamente os consumidores⁴⁵.

O paradigma do modelo europeísta foi influenciado pela corrente ordoliberal de pensamento, que justifica a regulamentação de preços excessivos a partir de uma ideia de equidade ou justiça, uma vez que os preços monopolísticos causam prejuízos aos vários consumidores, através de uma criação díspar de benefícios de mercado⁴⁶.

Outra corrente doutrinal acredita na existência de um contrato social entre os agentes de mercado, cujo objeto prevê a possibilidade de se constituírem monopólios, porém não admite um total esgotamento dos seus benefícios⁴⁷.

Uma terceira via entende que existe a prática de adoção de um contrato social⁴⁸, fundado na maximização do bem-estar social, o qual permite a verificação de preços monopolísticos, para estimular a concorrência. No entanto, para estes autores, é de reprovar tal prática a partir de um certo limite⁴⁹.

Uma outra tese defende que este tipo de abuso opera uma materialização de justiça distributiva. Porém, em razão da diferente elasticidade da procura, não será o artifício mais eficiente. Mormente, sob uma análise de pretextos morais, económicos e políticos, estabelecem-se limites necessários ao direito de propriedade, para salvaguardar o próprio funcionamento da sociedade⁵⁰.

Por último, adotando uma visão comunitária de justiça⁵¹ à proibição de preços excessivos, deparamo-nos com uma maior igualdade de oportunidades⁵².

Inversamente, o modelo americano, desde a aprovação do *Sherman Act*, incide sobre o processo de condutas de exclusão, que por sua vez, primam pelo impedimento de se estabelecer ou constituir um monopólio, promovendo a visão liberal-constitucional americana, segundo a qual se impõem necessários limites regulatórios ao governo central

⁴⁴ Akman, Pinar; 2008, pp.12.

⁴⁵ Motta, Massimo; & Streeel, Alexandre de, 2003, pp.1.

⁴⁶ Gerber, David (1998), pp.239-241.

⁴⁷ Gal, Michael S. (2004), pp.26-27.

⁴⁸ Rawls, John (1972), pp.xi-xvi.

⁴⁹ Na ausência de escolha, numa procura inelástica, o critério de justiça salvaguarda o bem-estar do consumidor. Woude, Marc van der; 2008, pp.2.

⁵⁰ Gal, Michael S. (2004), pp.29-30.

⁵¹ Sandel, Michael J. (1998), *Liberalism and the Limits of Justice*, 2ªedit. Cambridge University Press, pp.80-81.

⁵² Gal, Michael S. (2004), pp.30.

e se promove os poderes autocorretores do mercado⁵³. Neste paradigma, o contexto histórico-político consistia num rápido crescimento económico e na diminuição de preços, o que por sua vez excluiria a prática de preços excessivos⁵⁴.

Em 1897, o Supremo Tribunal Americano reconheceu as dificuldades em quantificar as margens de lucro, dado os diferentes fatores envolvidos⁵⁵. Consequentemente, outros Tribunais perfilharam este entendimento, explanando que a regulação de preços monopolísticos poderia ser uma injusta negação das recompensas devidas pelo mérito⁵⁶, isto porque, desde que nenhuma ilegalidade fosse cometida, não haveria qualquer contexto legal para uma condenação. Ademais, existiria uma potencial redução da entrada no mercado⁵⁷. Por seu turno, uma outra razão para que a resposta se mantivesse negativa era a corresponsável sanção criminal. Acresce que, adoptar outra visão corresponderia a atacar certas práticas económicas, designadamente, instituição de incentivos de eficiência através da melhoria da qualidade do bem⁵⁸ ou serviço⁵⁹ ou diminuição de custos de produção e investimento em inovação⁶⁰.

Não obstante, todos os ordenamentos jurídicos admitem alguma forma de controlo do preço. Exemplo paradigmático é a proibição da usura, que carece de uma estipulação quantitativa do juro cobrado, por força da defesa dos consumidores. Também na eventualidade de um desastre natural, há uma estipulação do preço, em caso de escassez de determinados bens, não podendo estes ser vendidos a um custo superior ao preço “normal”⁶¹.

Por fim, as duas visões embora divergentes, representam o culminar de diferentes preocupações e crenças. No plano europeu, há uma preocupação histórico-imediata com o lado da procura, dado que são os consumidores os mais prejudicados. Por sua banda, a visão americana engloba uma profunda confiança no mercado e nos benefícios da concorrência, o que favorece o lado da procura em termos mediatos, por força da atração

⁵³ Entre outros argumentos, os próprios Tribunais americanos rejeitam um controlo jurisprudencial dos preços, atribuindo tal responsabilidade a comissões de regulação. Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.288.

⁵⁴ Gal, Michael S. (2004), pp.5-13

⁵⁵ *EUA vs. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290 (1897)

⁵⁶ Giló, David, Ezrachi, Ariel, 2009, pp.227.

⁵⁷ Opinião de juiz Mckenna, *EUA vs. ALCOA*; e, *Verizon Communications, Inc vs Law Offices of Curtis V Trinko*.

⁵⁸ Etro, Federico; Kokkoris, Ioannis (2010), pp.27-28.

⁵⁹ Furse, Mark; *Excessive Prices*, 2008, pp.76-77.

⁶⁰ Gal, Michael S. (2004), pp.13-15.

⁶¹ OCDE (2011), pp.40-42.

da concorrência, através da prática de preços excessivos, beneficiando o consumidor a longo prazo⁶².

2.2.1 Argumentos de natureza económica

Importa assinalar que não há unanimidade na definição do conceito de preço equitativo. Os marxistas consideram ser o valor do trabalho praticado na produção do bem ou serviço, o preço justo. Por outro lado, a maioria dos economistas clássicos partilhavam considerações relacionadas com o preço de custo. Relativamente aos teóricos neoclássicos, estes advogavam a teoria já citada de equilíbrio, cujo preço final corresponde ao valor de mercado, através de uma concorrência livre e transparente entre a oferta e a procura⁶³.

A estipulação do preço tem inúmeras variáveis, porém, segundo a teoria de equilíbrio, se o mercado for competitivo, há uma expectativa de o preço ser o mais aproximado ao custo marginal. Inversamente, se houver poucos operadores, ou até mesmo uma situação de monopólio, o preço do bem aumenta através da redução da oferta. Neste contexto, a situação ideal de monopólio é vender até à última unidade, o que resulta num acréscimo de receita, ou seja, até à receita marginal convergir com o custo marginal⁶⁴. Por força desta condição, a proibição do art.102º, al.a) do TFUE assume especial relevo dado a alocação de recursos dos consumidores para a empresa em situação de monopólio ser tanto superior, quanto maior a inelasticidade da procura e a existência de barreiras à entrada⁶⁵. Por outras palavras, a dificuldade de determinar um preço competitivo avoluma-se particularmente em indústrias pouco competitivas, já que o investimento é excecional e o preço tem de ser superior ao custo fixo de produção, para que a empresa se mantenha no mercado⁶⁶.

Devido às várias críticas e indefinições referidas, alguns autores têm arguido uma noção de equidade contabilizada a partir do lucro, ao invés do custo, calculada em função

⁶² Etro, Federico; Kokkoris, Ioannis (2010), pp.26.

⁶³ Evans, David S.; & Padilla, Jorge A 2005, pp.100-101.

⁶⁴ OCDE (2011), pp.9-11.

⁶⁵ Gal, Michal S. 2013, pp.3.

⁶⁶ Evans, David S.; & Padilla, Jorge A, 2005, pp.101.

da diferença entre os custos globais de capital⁶⁷. No entanto, tal hipótese não é isenta de críticas, uma vez que os cálculos devem ser seletivos em relação ao produto em concreto e o preço ser formulado globalmente. De igual modo, outros fatores, designadamente, a necessidade de incluir os custos de inovação e desenvolvimento, a eventual expansão da empresa ao longo do espaço e tempo, a incorporação do próprio nível de inflação e a necessidade de se quantificar o risco⁶⁸ de investimento⁶⁹, tornam o seu cálculo ainda mais complexo⁷⁰.

Em suma, o apelo a uma não intervenção resume-se não apenas em sucessivas indefinições de equidade e excessividade, mas também, tendo em conta os argumentos da autocorreção de mercado, no perigo de uma implementação ineficiente pelas ANC que desincentive novos concorrentes e crie entraves a novos desenvolvimentos⁷¹, ou até, a uma censura do monopolista por deter esta qualidade. Ademais, pode, neste caso, verificar-se ainda, uma eventual falta de experiência da própria Autoridade que não conhece o setor⁷² aprofundadamente⁷³.

Contrariamente, os intervencionistas reconhecem os monopólios enquanto falhas de mercado que cometem excessos e, como tal, devem ser censurados, pela prática de preços excessivos⁷⁴. Similarmente, sendo um dos objetivos da concorrência a defesa dos consumidores e uma das maiores problemáticas a alocação de recursos⁷⁵, devem estes ser condenados por abuso de exploração⁷⁶. Tal censura agrava-se se o monopólio estiver estabelecido durante um longo período de tempo, já existirem barreiras à entrada e esse mercado for reduzido⁷⁷. Igualmente, o recurso a este tipo de abuso poderá levar a uma maior confiança no direito da concorrência, em termos de perceção pública.

⁶⁷ Martín-Laborda, Antonio Robles, 2018, pp.7-8.

⁶⁸ Williams, Mark 2007, pp.136-137.

⁶⁹ Lyons, Bruce, 2007, pp.71-75.

⁷⁰ Evans, David S.; & Padilla, Jorge A, 2005, pp.102-103.

⁷¹ A própria margem de lucros poderá ser elevado por força de uma particular eficiência da entidade. Akman, Pinar 2008, pp.16.

⁷² Nesta medida a regulação do preço é efetuada sob (quase) supervisão permanente, com conhecimentos económicos e jurídicos, algo que poderá não ser possível a uma ANC exercer. Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.270.

⁷³ Hou, Liyang, 2011, pp.48-49.

⁷⁴ De forma a não censurar a posição em si mesma, os sujeitos passivos deverão auferir de preços superiores a um monopólio, apenas assim constituindo preços não-equitativos. Woude, Marc van der; 2008, pp.4.

⁷⁵ Para além da alocação consumidor-monopólio e produção ineficiente. Outros mercados poderão ficar afetados pela respetiva diminuição do poder de compra dos consumidores. Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.269-270.

⁷⁶ Não obstante do direito da concorrência divergir do direito dos consumidores, há uma convergência de diversos interesses, mediata ou imediatamente. Akman, Pinar; 2008, pp.32.

⁷⁷ Hou, Liyang, 2011, pp.49-50.

Por fim, outros autores defendem que a aplicação desta forma de abuso poderá, em abstrato, incentivar a competição no mercado, em razão de, tanto uma empresa eficiente, como uma ineficiente, terem de praticar preços similares⁷⁸, sustentando o seu foco nos preços pós-entrada, ao invés dos preços pré-entrada⁷⁹.

2.3 Convergência de posições

Geralmente, as proibições legais estabelecidas preenchem quatro parâmetros: a respetiva definição, a segurança jurídica, a simplicidade de implementação e a melhoria do bem-estar social, no caso do direito antitrust. Por sinal, a noção de prática de preços excessivos adota conceitos amplos de razoabilidade e valor económico, assim como oferece, *ex ante*, alguma incerteza na determinação dos preços por parte dos agentes económicos⁸⁰. Isto acontece porque se desconhece qual o preço que será, em concreto, considerado excessivo⁸¹.

Similarmente, o critério da simplicidade depara-se com problemáticas ao nível de aplicabilidade, dado que a análise das várias receitas e custos é complexa, bem como a sua contabilização, existindo normalmente, ausência de informação adequada. Consequentemente, considerando a hipótese de falsas condenações, haverá uma potencial diminuição de investimento em inovação, principalmente naquelas indústrias mais dinâmicas. Como contraponto, a probabilidade de erro em não condenar pela prática de uma ilegalidade é menor, quanto menores forem as barreiras à concorrência, por força do escrutínio das empresas com posições dominantes⁸².

Por último, ao tentar assegurar o bem-estar dos consumidores, poderá obter-se um resultado mínimo, já que os processos que incidam sobre abusos de exploração não deverão ser múltiplos, do mesmo modo que os custos processuais diminuirão o respetivo benefício⁸³.

⁷⁸ Gilo, David, Ezrachi, Ariel, 2009, pp.231.

⁷⁹ OCDE (2011), pp.12-18.

⁸⁰ Dado a natureza *ex post* da disposição, há que contabilizar a natureza retroativa da sanção. Solomon, Talya, e Achmon, Iris, 2017, pp.666.

⁸¹ Akman, Pinar; e Garrod, Luke (2010), pp.4-5.

⁸² Evans, David S.; & Padilla, Jorge A., 2005, pp.114-116..

⁸³ Akman, Pinar; e Garrod, Luke, 2010, pp..4-5.

Sumariamente, os múltiplos críticos clamam pela possibilidade da aplicação *in lato* ser contraprodutiva nas suas consequências, por distorcer ainda mais a concorrência. Nesta medida, importa também realçar que até os defensores de uma intervenção vêm, neste ponto, uma posição de exceção⁸⁴.

A título exemplificativo, autores como Motta e Strel justificam o recurso ao abuso de exploração a partir de três condições: o nível de poder de mercado, a sua respetiva origem e a especificidade do setor de atividade⁸⁵.

O primeiro critério refere-se à existência de barreiras à entrada não transitórias, isto é, de posições que detenham o mercado quase exclusivamente, cuja competição não seja expectável de ultrapassar. No entanto, este paradigma rejeita a eventual posição dominante coletiva, por força do risco de condenações erróneas, já que poderia haver um aproveitamento para desenvolver ações de colusão tácita⁸⁶.

O segundo parâmetro postula que, se a posição de mercado não advier de direitos exclusivos ou especiais, ou até de práticas de exclusão, então não merecerá condenação, uma vez que corresponde aos objetivos de recompensa do investimento e do risco suportado. Porém, a problemática jaz na PI, dado que o investimento deve ser defendido. Todavia, se este for inexistente e resultar numa injustificada e acrescida alocação de recursos, então deverá ser censurado de forma idêntica⁸⁷.

Cumulativamente com os parâmetros anteriores, os autores mencionados reconhecem que na aplicação do art.102º al.a) do TFUE, o regulador específico do setor será o melhor capacitado para implementar uma resposta concreta, porque conhece a indústria e os efeitos a longo prazo do risco de uma intervenção, independentemente de possíveis críticas de captura pelo setor⁸⁸. Excecionalmente, se a entidade reguladora setorial não tiver jurisdição ou produzir manifestamente uma decisão errada, a ANC deverá intervir⁸⁹.

⁸⁴ Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.82º do Tratado da CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 02/45/2009, para.7.

⁸⁵ Motta, Massimo e, Strel, Alexandre de (2007), pp.22.

⁸⁶ *Idem.* pp.22-24.

⁸⁷ *Idem.* pp.24-26.

⁸⁸ A dicotomia de qual o percurso mais adequado entre concorrência e regulação traduz-se em sucessivas diferenças de objetivos, de frequência de ação, de informação do mercado, do nível de conhecimento, de parcialidade, de capacidades delegadas, de capacidades organizacionais, de número de pessoal e de revisão judicial. OCDE (2011), pp.18-29.

⁸⁹ Motta, Massimo e, Strel, Alexandre de (2007), pp.26-29.

Outros juristas, como Evans e Padilla, consideram admissível uma intervenção desde que sob certas condições: a empresa detenha uma posição de monopólio quase total no mercado, seja protegida por várias formas legais e os preços cobrados excedam os custos em larga medida, havendo a possibilidade de estes permitirem a redução do investimento com o surgimento de novos bens ou serviços, noutros mercados adjacentes⁹⁰.

Em consonância com os vários autores citados, Hendrik Roller considera ser legítimo uma ação *antitrust* quando a empresa não adquira a sua posição pelo mérito, mas através de auxílios públicos ou condutas de exclusão. Para o autor, esta existirá também, quando se verifique um erro de avaliação por parte da Autoridade responsável, que não determine uma ação procedente por práticas de exclusão, sendo necessário o recurso a uma ação baseada num abuso de exploração. Por fim, segundo o autor, devemos avaliar quando agir, nomeadamente, face a barreiras à entrada significativas, à improbabilidade de o mercado se auto corrigir, à inexistência de um remédio estrutural ou de um regulador com uma política eficaz de regulação e mesmo, a falhas de investigação⁹¹.

Por outro lado, autores como Emil Paulis argumentam que não se deveria limitar o campo de intervenção das Autoridades apenas a situações de monopólio, constituídas a partir de práticas de exclusão ou auxílios legais, mas à aferição de barreiras não transitórias a novas entradas no mercado, entre as quais, monopólios naturais⁹².

Por último, Marc Woude afirma que a proibição da prática de preços excessivos é aplicável a todas as empresas com uma posição dominante, a qual tem de ser especialmente elevada. Ademais, os bens ou serviços prestados têm de ser essenciais ou indispensáveis de procura-inelástica, e os preços excessivos, durante um período apreciável de tempo, sem que hajam causas justificativas⁹³.

Em resumo, estas são as similitudes⁹⁴ entre as diferentes teorias propostas, assim como o desenvolvimento de ações entre diferentes ordenamentos que caracterizam o paradigma atual da prática de preços excessivos. Porém, tal como iremos observar, a total

⁹⁰ Igualmente relevante é a defesa dos setores liberalizados, dado que os autores reconhecem a sua potencial falta de concorrência e, constituição de barreiras á entradas. Porém desenvolvem argumentos contra uma generalização das diversas indústrias, já que empiricamente se constataram diversos tipos de investimentos. Evans, David S.; & Padilla, Jorge A, 2005, pp.119-120.

⁹¹ Roller, Lars-Hendrik (2007), pp.9-12.

⁹² Paulis, Emil; *Article 82 and Exploitative Conduct*, in Ehlerman and Marquis, *supra* 2, 515, *Apud*. Hou, Liyang, 2011, pp.53.

⁹³ Woude, Marc van der, 2008, pp.4-5.

⁹⁴ Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.283-288.

compreensão deste abuso tem necessariamente de levar em consideração o exame do seu desenvolvimento jurisprudencial⁹⁵.

⁹⁵ Independentemente do autor, os factos empíricos ditam que a aplicação dos abusos de exploração é residual e, *ad hoc*, cujo objetivo passa por uma mitigação dos efeitos negativos de uma falha de mercado. Silva, Miguel Moura e, 2012, pp.106-107.

3 Jurisprudência

3.1 Jurisprudência a nível europeu

Um dos casos mais relevantes para o desenvolvimento da noção de preço equitativo foi *United Brands*⁹⁶, dado o desenvolvimento jurisprudencial do TJ e da respetiva abordagem da Comissão.

A Comissão⁹⁷ considerou que a empresa UBC praticava preços excessivos em função do valor do produto e, quando comparado com outros mercados, o preço poderia ser superior em 100%. Independentemente da decisão ter sido anulada, o TJ destacou as várias premissas possíveis para uma condenação. Ei-las: o facto de a empresa ter retirado vantagens da sua posição, que não teria num mercado suficientemente competitivo e por esse motivo, ter cobrado preços excessivos, acima do considerado uma relação razoável entre o valor do produto oferecido e o preço final.

Seguidamente, o excesso poderia ser aferido a partir do cálculo da margem de lucro, subtraindo ao preço de venda os custos de produção. Se da análise do preço se concluir que essa diferença era excessiva e injusta, em si mesma ou na comparação com outros produtos concorrentes, então confirmar-se-ia o abuso. Por último, o Tribunal permitiu que outras soluções pudessem ser apresentadas para melhor determinar o que é um preço injusto⁹⁸. Este acórdão foi paradigmático enquanto orientador de uma análise de preços excessivos. Neste, o Tribunal desenvolveu um exame dual, sublinhando o excesso e depois a equidade⁹⁹, porém, não descurando a amplitude dos conceitos, da análise *in casu* e a dificuldade da própria Autoridade em aplicar estes mesmos critérios¹⁰⁰.

O caso *CICCE* foi, por sua vez, relevante no desenvolvimento da teoria de preço-custo como forma demonstrativa de equidade, sendo que nesta ocasião, o TJ confirmou a decisão da Comissão em não condenar o monopólio legal das empresas televisivas, efetuado pelos produtores de conteúdos de filmes. A Comissão recusou aceitar que a análise preço-custo fosse globalmente calculada a partir da média de preço de venda com

⁹⁶ Ac. *United Brands Vs. Commission*, C- 27/76 de 1978.

⁹⁷ Decisão da Comissão- IV/26.699-Chiquita *Jornal da UE* 1976,L95, p.1 e ss.

⁹⁸ Ac. *United Brands Vs. Commission*, C- 27/76 de 1978, para.248-253.

⁹⁹ Silva, Miguel Moura e (2010), pp.402-403.

¹⁰⁰ Uma das críticas ao Ac. foi a dificuldade na determinação de custos, principalmente em indústrias dinâmicas. Todavia, uma posição aceite na identificação das margens adequadas concretiza-se no seu próprio excesso. Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.273-275.

custo de produção, mas exigiu que se realizasse uma avaliação específica, dado que cada filme tinha custos particulares¹⁰¹. Esta tese foi confirmada pelo Tribunal, como um processo possível, em certas circunstâncias, a título exemplificativo ou demonstrativo¹⁰².

Por fim, no acórdão Ahmed Saeed, o TJ quando questionado sobre os custos dos serviços prestados por companhias aéreas e respetivas tarifas, afirmou que, caso haja uma regulamentação setorial específica e esta defina critérios razoáveis de capital, então, a partir desses mesmos parâmetros torna-se admissível deduzir conclusões para se provar se houve excesso¹⁰³, as quais já eram utilizadas pelo próprio Regulador¹⁰⁴.

A sucessiva jurisprudência referida incide particularmente sobre formas de determinação do custo da empresa em posição dominante e, cujo abuso é determinado em função do mesmo produto e geografia. Esta configuração do problema apresenta várias questões, dado que não encontra uma margem razoável de retorno ou um preço justo que as Autoridades devam aceitar ou condenar¹⁰⁵.

Na década de 80, os vários operadores de discotecas francesas pediram uma decisão preliminar sobre o preço das licenças aplicadas, por parte da sociedade de direitos de autor, quando comparado com os sócios noutros Estados-membros. O TJ aceitou, no Ac. SACEM, considerar como termo comparativo outras entidades com posições dominantes em mercados geográficos diferentes, em condições semelhantes. Este Ac. aferiu que comprovada a imotivação das disparidades preço-custo, então haveria uma inversão do ónus da prova.¹⁰⁶ Aí, o TJ rejeitou o argumento de uma diminuição comparativa de lucros entre a sociedade gestora, em França e noutros Estados-membros, na medida em que as ineficiências não justificavam um preço final excessivo, mas evidenciavam a falta de competição¹⁰⁷. Face ao exposto, concluímos que os custos inerentes à falta de competição efetiva, típicos de monopólios, não são justificativos em si mesmos¹⁰⁸.

Outra decisão que merece a nossa atenção foi proferida no caso General Motors¹⁰⁹, no qual se desenvolveu o conceito de valor económico¹¹⁰. A matéria da Decisão da

¹⁰¹ Opinião do Adv.G. Lenz a 16 de janeiro de 1985, ponto 1114-1115.

¹⁰² Ac. CICCE, C- 298/83 de 1985, para.21-30.

¹⁰³ Ac. Ahmed Saeed, C-66/86, para.42-46.

¹⁰⁴ Motta, Massimo; e De Streel, Alexandre (2003), pp.5-6.

¹⁰⁵ *Idem*.pp.4.

¹⁰⁶ Ac. Ministère Public Vs. Tournier, C-395/87 de 1989, para.38.

¹⁰⁷ *Idem*. Para.42.

¹⁰⁸ Silva, Miguel Moura e (2010), pp.404-405.

¹⁰⁹ Ac. General Motors vs, Comissão, C-26/75 de 1975, para.12.

¹¹⁰ Jones, Alison e, Sufrin, Brenda (2014), pp.578.

Comissão¹¹¹ consistiu numa apreciação do monopólio legal da General Motors, pois esta última estava designada para certificar os veículos GM com destino ao mercado belga, tendo custos reduzidos para o efeito, mas cobrando um preço até 2400% superior quando comparado com outros importadores paralelos. Porém, o Tribunal anulou a decisão devido aos factos não serem demonstrativos de um abuso ao longo do tempo¹¹², já que houve uma subsequente diminuição. A análise efetuada foi restrita a um curto espaço de tempo em que a GM teve essa nova função de certificação¹¹³. Embora a posição da Comissão possa ter sido considerada excessivamente zelosa, o próprio TJ¹¹⁴ sublinhou a necessidade de proteger o comércio entre Estados-membros¹¹⁵.

Um dos casos posteriores no TJ foi o da British Leyland. Similarmente ao seu antecedente, teve como foco autorizações atribuídas para certificação de veículos, por parte do segundo maior produtor de automóveis de Inglaterra. Este subiu o preço de 25 para 150 libras para os veículos de volante à direita, todavia não suportou mais custos e estipulou um preço inferior aos outros veículos¹¹⁶. O Tribunal confirmou a decisão da Comissão na determinação de abuso, recorrendo a uma análise comparativa dos vários produtos semelhantes e seus custos oferecidos pelo próprio monopolista e a sua prática comercial discriminatória em termos históricos¹¹⁷. A conduta mereceu especial censura, dado que tinha o objetivo de explorar os consumidores e excluir a própria concorrência¹¹⁸.

Estes dois últimos acórdãos mencionados resumem-se ao facto de as mesmas entidades praticarem preços excessivos pelos mesmos produtos, possibilitando uma aferição comparativa de excesso. Dito de outro modo, teoricamente, estas entidades teriam lucro com qualquer das suas práticas. Vê-se, ainda, nestes casos, uma análise comparativa interna dos produtos de uma só entidade, mas em mercados diferentes (United Brands)¹¹⁹. Cumulativamente, sendo um dos objetivos dos Tratados a livre circulação de mercadorias, o facto de não só os consumidores finais terem sido afetados, mas também

¹¹¹ Decisão da Comissão - IV/28.851-General Motors Continental de 1974, para.7-11.

¹¹² Silva, Miguel Moura e, 2012, pp.91-92.

¹¹³ Ac. General Motors vs, Comissão, C-26/75 de 1975, para..19-24.

¹¹⁴ No entanto, o Tribunal destacou que o preço praticado em função do serviço respetivo, poderia constituir abuso. Silva, Miguel Moura e, 2012, pp93.

¹¹⁵ Silva, Miguel Moura e (2010), pp.402.

¹¹⁶ Decisão da Comissão IV/30.615 – BL, para.25-28.

¹¹⁷ Ac. British Leyland Plc. Vs. Comissão, C-226/84 de 1986, para.25-34.

¹¹⁸ Silva, Miguel Moura e (2010), pp.411-412.

¹¹⁹ Motta, Massimo e De Streel, Alexandre (2003), pp.6-7.

os próprios importadores paralelos estarem em vias de exclusão, contribuiu para as sucessivas Decisões da Comissão¹²⁰.

De igual modo, o método *supra* indicado foi utilizado no caso Bodson, que incidiu sobre os preços praticados pelas funerárias francesas. O TJ concluiu que havia uma posição dominante através de uma concessão legal e que, não obstante os preços praticados serem estipulados num caderno de encargos com o Estado francês, tal não desvinculava o próprio de aplicar o direito *antitrust*, atento o seu caráter supraconstitucional. O Tribunal estabeleceu ainda, a necessidade de se recorrer a um sistema comparativo, baseado na equidade¹²¹ e não de margem de lucro¹²².

Em Parke Davis, o TJ deparou-se com um reenvio prejudicial versado na eventualidade do titular de uma patente poder aplicar a um produto similar e não registado, um preço superior a outras empresas. O TJ afirmou que tal não constituía abuso em si mesmo, visto que não era uma prova suficiente para tal¹²³, em consonância com as conclusões do próprio Adv.G., já que ambos sublinharam a diferença *in iuri* da proteção dos direitos de PI¹²⁴.

Interessantemente, o acórdão Alsatel, muito embora não tenha confirmado um de abuso de posição dominante, apresentou uma quantificação de excesso. *Vis-à-vis* uma fixação unilateral dos termos de venda, entre os quais a indeterminação do preço das modificações e renovação automática do contrato, se esse mesmo custo representasse um valor superior a 25%¹²⁵. Acrescido da exclusiva capacidade do proprietário proceder às ditas modificações, o TJ caracterizou a relação contratual de transação como não equitativa¹²⁶.

Numa decisão antecedente, relativa à Deutsche Grammophon, o TJ considerou que a comparação de preços entre o produto reimportado de um Estado-membro e o preço do mesmo bem no Estado de origem, a ser diferente, não seria uma evidência em si mesma de abuso. No entanto, tal poderia constituir uma prova ilidível na condição de ser uma

¹²⁰ Silva, Miguel Moura e, 2012, pp.94-95.

¹²¹ Numa dificuldade em calcular o excesso, o Tribunal efetuou uma comparação entre mercados com e sem concessão. Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.277.

¹²² Ac. Bodson vs. Pompes Funèbres, C-30/87 de 1988, para.30-34.

¹²³ Ac. Parke Davis, C-24/67 de 1968, para.762-763.

¹²⁴ Conclusões do Adv.G. Karl Roemer apresentadas em 7 de fevereiro de 1968, pp.771-772.

¹²⁵ Embora o TJUE se tenha sempre pronunciado por um juízo quantitativo *in casu*, certos autores afirmam que um lucro entre 5 a 10%, na venda de cada unidade, seja extraordinariamente desejável. Reiff, Mark R.; 2019, pp.121.

¹²⁶ Ac. Alsatel, C-247/86 de 1988, para.9-10.

diferença considerável¹²⁷ e, cumulativamente, não haver demonstração de razões objetivas para essa mesma diferença¹²⁸.

Consequentemente, o TJ foi chamado a pronunciar-se na sentença Renault, no qual se discutiu o envolvimento de peças de veículos automóveis que foram patenteadas. O TJ reiterou que a recusa arbitrária de licenciar a sua PI a outros produtores poderia suscitar um abuso¹²⁹, na medida em que potenciava que se cobrasse preços não equitativos¹³⁰. Pelo contrário, o TJ rejeitou que se comparassem bens patenteados com produtos não protegidos por direitos de PI, em virtude do investimento realizado em investigação e desenvolvimento¹³¹.

Exemplo semelhante da dinâmica jurisprudencial nestas matérias foi um dos primeiros acórdãos, Sirena, no qual o TJ proferiu que apenas a via do preço do produto não era suficiente para justificar um abuso. Porém, na ausência de justificações objetivas e na medida da sua dimensão, poderia constituir um índice de abuso¹³². Similarmente, o Adv.G. inferiu que apenas a titularidade de um direito de propriedade intelectual não constitui abuso em si mesmo, contudo um uso abusivo já poderia ser confirmativo¹³³.

Em virtude dos vários inquéritos nos quais a Comissão desistiu ou, os sucessivos Relatórios emitidos¹³⁴, globalmente, a sua ação leva-nos a concluir que, muito embora possa existir uma tentação de recorrer ao art.102º al.a) do TFUE pela prática de preços excessivos, a sua respetiva aplicação é relativamente escassa¹³⁵, porquanto, em apenas um reduzido número de casos, existiu uma declaração de abuso. Acresce que, inúmeras investigações terminaram antes da emissão da decisão condenatória, através de alterações comportamentais da própria empresa ao nível do preço, por via de acordos informais ou intervenção do regulador nacional. Não obstante, verificamos uma intervenção

¹²⁷ Conclusões do Adv.G. Karl Roemer apresentadas a 28 de abril de 1971, pp.202-204.

¹²⁸ Ac. Deutsche Grammophon, C-78/70 de 1971, para.190-191.

¹²⁹ Ac. Renault, C-53/87 de 1988, para.14-18.

¹³⁰ Conclusões do Adv.G. Jean Mischo apresentadas em 21 de junho de 1988, para.57-65.

¹³¹ Jones, Alison e, Suftrin, Brenda (2014), pp.579.

¹³² Ac. SIRENA Vs EDA, C-40/70 de 1971, para.17.

¹³³ Conclusões do Adv.G. Dutheillet de Lamothe, apresentado a 21 de janeiro de 1971, para.91-92.

¹³⁴ Uma das intenções evidentes da Comissão foi declarar como foco da sua investigação os abusos de exclusão, pois afirmou que não censurava ou condenava preços elevados,. Comissão Europeia, Relatório em política da concorrência nº24, ponto.207.

¹³⁵ Num contexto de monopólio portuário, a entidade ministerial responsável aplicou um aumento de 40% às mercadorias importadas, sendo que essas taxas eram aplicadas por empresas públicas, cujas mercadorias ou outras atividades sofriam isenção. Não apenas o TJ defendeu o efeito direto do art.86º, mas também confirmou que eram passíveis de se considerarem condições não equitativas. Ac.GT-Link, C-292/95 de 1997, para.35-39.

proeminente nos mercados liberalizados, desde telecomunicações a aviação¹³⁶, já que são monopólios naturais e legais¹³⁷, assim como um ressurgimento do artigo, por via das ANC¹³⁸.

Em casos como o da Deutsche Post, a Comissão¹³⁹ procedeu ao exame das práticas dos correios devido a um monopólio interno. No entanto, face a uma dificuldade de quantificação dos custos inter-fronteiriços de correios, recorreu a uma hipótese comparativa das tarifas aplicadas pelos serviços, ao nível interno e externo, observando um abuso, já que a diferença não apresentava uma correspondência real com o valor económico do serviço, dada a ausência de custos comparados significativos¹⁴⁰.

Paradigmático das dificuldades citadas, foi o caso Scandlines. Para o efeito de concluir um abuso de exploração, a Comissão procedeu não apenas a uma metodologia preço-custo, mas a um exame do valor do serviço em si mesmo, cuja análise implica uma apreciação também do lado da procura¹⁴¹. Estes testes foram precedidos de uma aferição da justiça da queixa, ou seja, se as taxas portuárias seriam injustas, o que obrigou a Comissão a contrapor os preços de outros serviços no mesmo porto e, alternadamente, a efetuar uma comparação com outros preços praticados por concorrentes¹⁴². Assim, determinou-se uma insuficiência de prova¹⁴³ quanto à constituição de um abuso.

Esta última decisão teve particular relevância, pois confirmou o Acórdão United Brands e estabeleceu que, muito embora possa existir um indício de abuso, pela análise da margem de lucro, tal não pode *per se* constituir abuso, dado que, posteriormente, tem que se proceder a uma análise comparativa interna e externa¹⁴⁴. Todavia, a tarefa de determinar outros portos como referência assumiu-se problemática, dado as especificidades de acordos, atividades, investimentos e modelos de cobrança¹⁴⁵.

¹³⁶ Motta, Massimo; e De Streel, Alexandre (2003), pp.12-13.

¹³⁷ O TJ afirmou como situação abusiva, uma entidade praticar preços desproporcionais em relação ao valor da prestação, se esta beneficia de uma situação de monopólio administrativo. Ac. Crespelle, C-323/93 de 1994, para.18-27. E, Conclusões do Adv.G. Claus Gulmann, C-323/93, de 1994, para.35-36. Wahl, Nils, 2007, pp.61-63.

¹³⁸ Gal, Michal S. (2013), pp.17-18.

¹³⁹ Pôr em prática o abuso de preços não equitativos tem sido uma problemática constante da Comissão, na ausência de um “cost plus” objetivo e, na recusa de desempenhar mormente um papel de controle de preços. Comissão Europeia 1975, 5º Relatório em Direito da Concorrência, ponto.3.

¹⁴⁰ Decisão da Comissão em Deutsche Post, 25 de julho de 2001, para.155-167.

¹⁴¹ Decisão da Comissão em Scandlines Sverige, de 2006, para.98-103.

¹⁴² *Idem.* para.226-231.

¹⁴³ Wahl, Nils 2007, pp.63.

¹⁴⁴ Geradin, Damien (2007), para.20-21.

¹⁴⁵ Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012), pp.280-281.

Consequentemente, a Comissão limitou em larga medida o recurso à prática de preços excessivos, impondo um ónus da prova acrescido, sensível ao valor do bem do lado da procura e que opere uma aferição completa do exame dual, no Ac. United Brands.

No caso *Duales System Deutschland*, a firma em questão aplicava uma taxa a todas as embalagens com uma marca, mesmo que não recorresse ao serviço da empresa para a reembalagem ou recolha. Nesta medida, a Comissão considerou estar perante um abuso, dado que não havia valor económico justificativo do serviço, pois era claramente desproporcional¹⁴⁶.

O TJ quando confrontado com o caso *Kanal 5*, considerou que, em princípio, a remuneração devida pela utilização de músicas protegidas por PI, deveriam ser calculadas em função das receitas obtidas pelas sociedades de teledifusão e pela quantidade de música difundida. Reformulando, o valor era subjetivo à sua utilização¹⁴⁷, desde que não houvesse um termo de comparação alternativo mais preciso¹⁴⁸.

Recentemente, o Ac. *AKKA/LA*¹⁴⁹ incidiu sobre uma entidade reguladora. O TJ reiterou a necessidade de determinar o excesso recorrendo a uma metodologia comparativa, não procedendo a uma observação do preço-custo para aferir a razoabilidade do valor económico¹⁵⁰. Tal operação assume particular complexidade devido ao cálculo da margem de lucro de bens intangíveis, aliado às assimetrias legais. De igual modo, no entender da Comissão, existe a admissibilidade de recorrer a uma fórmula da paridade do poder de compra¹⁵¹ em relação à aplicação das tarifas aos consumidores, mas não à remuneração de direitos¹⁵².

Mormente, o Tribunal realçou a hipótese de que a comparação não implicava, necessariamente, um leque muito diversificado de Estados-membros, desde que houvesse uma seleção segundo critérios objetivos, adequados e passíveis de verificação, que levasse em conta as disparidades quanto ao nível de vida e a hábitos de consumo¹⁵³. Importa ainda salientar que, em regra, será complexo identificar um mercado completamente homogéneo, assim sendo, um acerto terá de ser contabilizado para

¹⁴⁶ Decisão da Comissão em DSD, OJ L166/01, para.102-111.

¹⁴⁷ Ac. *Kanal 5*, C-52/07 de 2008, para.33-41.

¹⁴⁸ Conclusões da Adv.G. VERICA TRSTENJAK, apresentadas em 11 de Setembro de 2008, para.116.

¹⁴⁹ Coninck, Raphael De, pp.4-5.

¹⁵⁰ Ac. *AKKA/LAA*, C-177/16 de 2017, para.35-37.

¹⁵¹ Conclusões do Adv.G. Nils Wahl, apresentadas em 6 de abril de 2017, para.83-95.

¹⁵² *Idem*.para.36-38.

¹⁵³ Ac. *AKKA/LAA*, C-177/16 de 2017, para.38-44.

determinar um preço de referência. Mesmo assim, se existirem diversos mercados geográficos semelhantes, não poderá a autoridade decidir arbitrariamente não os investigar¹⁵⁴.

Simultaneamente, o TJ considerou que, caso estivéssemos perante uma diferença comparativamente significativa ou considerável, a mesma careceria de censura apenas se fosse persistente ao longo do tempo. No entanto, tal fator teria de ser ponderado no contexto das várias decisões empresariais, designadamente as de investimentos em desenvolvimento, entrada em novos mercados, ou até de marketing. Por ventura, a confirmar-se o indício, a outra parte poderá ilidir objetivamente os mesmos, deste modo justificando a diferença comparativa¹⁵⁵.

Abstratamente, outras considerações foram sugeridas pelo Adv.G. no Ac.AKKA/LAA, para uma intervenção, nomeadamente, através de um conjunto de métodos convergentes nos seus resultados¹⁵⁶ e em função da capacidade negocial da própria empresa¹⁵⁷. Exemplo disto é o caso de o mercado em questão ter duradouros obstáculos à entrada, com falhas setoriais de regulação. Em virtude dessa apreciação, as Autoridades devem desenvolver uma investigação inequívoca e precisa, com um conjunto de elementos que realcem a existência entre o preço de referência e o preço real. Para o efeito, a diferença mencionada deverá ser contínua no tempo e sensivelmente apreciável, sendo que o ónus será menor em função da dimensão de ambos os critérios¹⁵⁸.

Por último, deveremos averiguar se o preço é ou não equitativo, primeiramente em si mesmo, caso a empresa cobre por serviços não solicitados¹⁵⁹ ou, em situações em que haja uma estipulação do preço excessivamente alto, cujo intuito seja a exclusão da concorrência. Alternativamente, aferimos se um preço é não equitativo quando comparado com produtos concorrentes, de forma a revalidar o preço de referência. Nesta medida, é exigido que atendamos ao lado da procura, mesmo a partir de características subjetivas e ao lado da oferta, em razão de uma eventual qualidade do produto, bem como

¹⁵⁴ Conclusões do Adv.G. Nils Wahl, apresentadas em 6 de abril de 2017, para.65-68.

¹⁵⁵ Ac. AKKA/LAA, C-177/16 de 2017, para.53-61.

¹⁵⁶ Conclusões do Adv.G. Nils Wahl, apresentadas em 6 de abril de 2017, para.43-45.

¹⁵⁷ *Idem.* para.47-51.

¹⁵⁸ *Idem.* para.100-113.

¹⁵⁹ Ac. *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, para.18-19.

da ineficiência económica, numa tentativa de disputar qualquer racionalidade económica para aquela diferença¹⁶⁰.

3.2 Paradigma do RU

A prática de preços não equitativos poderá consubstanciar-se num abuso de acordo com o direito originário europeu, art.102º, al.a) do TFUE e com o direito britânico, ato da Concorrência, secção 18, nº2, al.a). A este respeito, a condução do procedimento de investigação fica, em princípio, à responsabilidade da atual *Competition and Markets Authority*¹⁶¹.

Similarmente, as autoridades britânicas adquiriram uma metodologia particular, efetuando uma análise dos preços de referência e dos custos, para posteriormente, considerarem se há uma evidência de excessos cometidos pela empresa em posição dominante. Nesta medida, determinam um preço de referência a partir de produtos iguais em outros mercados e quantificam os custos subjacentes à atividade, assim como comparam os preços ao longo do tempo, atendendo às particularidades do caso *sub judice* e a um cumular de diferentes indicadores¹⁶².

Segundo a antecedente Office of Fair Trade, um dos indicadores de preços excessivos consiste numa margem de lucro acima da norma, dado que pressupõe a incapacidade do mercado operar uma autocorreção. Porém, o próprio Comunicado alude a situações justificativas da prática em causa, já que quantifica o lucro a partir da: margem interna de retorno, do valor líquido, da margem de retorno, do volume de vendas, da duração da atividade e do capital investido. São ainda comparadas as diferenças de lucros entre empresas semelhantes que compitam em mercados com concorrência efetiva¹⁶³.

Nesta perspetiva, a OFT concluiu que a empresa Napp tinha abusado da sua posição dominante, em virtude de ter praticado preços predatórios e excessivos¹⁶⁴. A empresa em questão era responsável pela oferta de morfina para tratamento de dores crónicas a hospitais e pacientes. Neste caso, não só os seus preços eram em média 40% superiores

¹⁶⁰ Conclusões do Adv.G. Nils Wahl, apresentadas em 6 de abril de 2017, para.120-131.

¹⁶¹ Whish, Richard; e Bailey, David; (2012), para.725.

¹⁶² Geradin, Damien (2007), para.32-34.

¹⁶³ *Idem*.para.35.

¹⁶⁴ Decisão do Director Geral da OFT vs NAPP Pharmaceutical Holding Ltd, C-A98/2/2001, para.241-245.

aos seus concorrentes, como estes se mantiveram inalterados pós a expiração da patente por 10 anos¹⁶⁵, sendo 4 a 7 vezes superiores, quando comparados com preços de exportações¹⁶⁶. Ao considerar as diferentes margens da empresa em mercados distintos e a margem que obteria num mercado competitivo através de preços de referência, a OFT chegou à conclusão de que havia um excesso praticado¹⁶⁷, devido à preponderância de indícios de abuso¹⁶⁸. Na medida em que havia uma prática predatória na venda direta aos hospitais e uma prática excessiva aos cidadãos individuais¹⁶⁹. Tal noção foi mantida pelo Competition Appeal Tribunal, muito embora tenha reduzido a coima aplicada, devido a fatores mitigadores¹⁷⁰.

Comparativamente com o caso *supra* referido, a posição do Court of Appeal no caso *Attheraces* foi mais limitativa, já que diferiu da decisão do Tribunal de 1ª instância¹⁷¹, na medida em que este último se pronunciou no sentido de condenar a *British Horseracing Board* pela prática de preços excessivos, no contexto da sua posição monopolista. Esta verificava-se através do seu controlo sobre os dados emitidos para prática de apostas e direitos de emissão no estrangeiro. O processo iniciou-se por força de uma queixa da empresa *Attheraces*. O Tribunal de recurso refutou a decisão inicial, pelo facto de se ter utilizado um preço de referência primordialmente com base no preço de custo, tendo determinado que o mesmo não era suficiente para se considerar abusivo¹⁷². O Tribunal considerou ainda, que inexistia qualquer prática de exclusão nos mercados dependentes, incluindo o da reclamante e, bem como pela ausência de uma aferição do lado da procura, na avaliação do valor económico do bem¹⁷³. Por fim, negou a existência de um abuso¹⁷⁴.

Nesta sequência, um outro caso de exploração e exclusão foi a *Albion Water Ltd*¹⁷⁵, em virtude da posição dominante que o monopólio de abastecimento de água para fins industriais tinha adquirido, mas também pelos preços praticados. Procedeu-se a uma

¹⁶⁵ O Tribunal refutou o argumento de que a lucratividade seria devida, com base na exploração da patente, por força dos investimentos e riscos, devido a ter tido a oportunidade de obter um retorno durante um período de 12 anos. SCHRIJEN, M.A.H. (2018), pp.36-37.

¹⁶⁶ Decisão da OFT vs NAPP, C-A98/2/2001, para.218-222.

¹⁶⁷ Furse, Mark, 2008, pp.73-74.

¹⁶⁸ Devemos mencionar contudo, que fatores de reconhecimento e confiança na marca poderiam explicar a manutenção da procura.. David S. e Padilla, Jorge A. (2005), pp.109-110.

¹⁶⁹ Ac. Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd vs. Director General OFT, C-1000/1/1/01, para.97-114.

¹⁷⁰ Whish, Richard; e Bailey, David (2012), para.726.

¹⁷¹ *Attheraces vs. The British horse Racing Board*, Caso nº HC05C00996 de 2005, Para.285-308.

¹⁷² Furse, Mark, 2008, pp.75-76.

¹⁷³ *Attheraces vs. The British horse Racing Board*, Caso nºA3/2006/0126 de 2007, para.203-218.

¹⁷⁴ Gal, Michal S. (2013), pp.24-25.

¹⁷⁵ Ac. *Albion Water Ltd vs. Water Services Regulation Authority*, C- 1046/2/4/04 de 2006,

aferição de abuso, cuja determinação foi positiva, através de uma análise do preço-custo com uma margem de pelo menos 46%¹⁷⁶. No decurso do processo, confirmou-se ainda que, uma empresa, mesmo que concorrente e consumidora, é passível de consubstanciar-se dentro da proteção do art.102º, al. a) do TFUE¹⁷⁷. Consequentemente, o CAT condenou a empresa dominante por uma prática abusiva injustificada face ao grau de diferença entre o valor de custo e preço económico do bem, quando comparado com serviços de água tratada e por isso, excessiva em si mesma¹⁷⁸. Considerou-se, também, a posição do mercado, dado que existiam claras barreiras à entrada, em detrimento dos custos iniciais, assim como se verificava uma ineficiência dos serviços prestados¹⁷⁹.

Por fim, a CMA adotou uma decisão contra a Pfizer and Flynn Pharma, em 2017, pela prática de preços excessivos, no contexto de um aumento progressivo de um fármaco pertinente ao tratamento de epilepsia. Embora já não fosse abrangido por uma patente¹⁸⁰, o medicamento tinha a vantagem de ser afeto a um princípio de continuidade da oferta, o que, por seu turno, implicava que a descontinuidade do consumo do mesmo poderia ter consequências para a saúde dos seus beneficiários¹⁸¹. Nesta sequência de eventos, a CMA baseou a análise de excesso num preço-custo e numa margem considerada razoável de lucro, segundo uma concorrência normal ou efetiva. Tal determinação foi posta em causa pelo CAT, em virtude de não utilizar outras referências comparativas¹⁸² e de se basear numa margem de razoabilidade descontextualizada e irrealista de mercado¹⁸³.

De igual modo, o CAT procedeu, simultaneamente, à análise do teste sobre valor económico e de equidade do preço. Para este fim, considerou a hipótese do valor ser excessivo em si mesmo, ou quando comparado com outros produtos, concluindo que, embora uma autoridade pudesse determinar o excesso apenas utilizando um critério, isso não impedia uma análise de todos os parâmetros quando possível, em consonância com o princípio da presunção de inocência, mediante uma triangulação¹⁸⁴ de indícios¹⁸⁵. Em

¹⁷⁶ Ac. Albion Water Ltd vs. Water Services Regulation Authority, C- 1046/2/4/04 de 2008, para.200.

¹⁷⁷ Ac. Albion Water Ltd vs. Water Services Regulation Authority, C- 1046/2/4/04 de 2008, para.211-219.

¹⁷⁸ Whish, Richard; e Bailey, David (2012), para.726-727.

¹⁷⁹ Ac. Albion Water Ltd vs. Water Services Regulation Authority, C- 1046/2/4/04 de 2008, para.275.

¹⁸⁰ Importa sublinhar que dos sucessivos argumentos mencionados, o facto de não haver investimento em inovação e desenvolvimento e, que a entidade reguladora tinha sido incapaz de proceder a um controlo efetivo de mercado contribuíram para a Decisão da CMA. OCDE (2018), pp.15-16.

¹⁸¹ Ac. Flynn Pharma e Pfizer vs. CMA, C-1275-1276/1/12/17 de 2018, para.346.

¹⁸² Coninck, Raphael De, pp3.

¹⁸³ Ac. Flynn Pharma e Pfizer vs. CMA, C-1275-1276/1/12/17 de 2018, para.356-365.

¹⁸⁴ Komnios, Assimakis, Killick, 2018, pp.535-536.

¹⁸⁵ Ac. Flynn Pharma e Pfizer vs. CMA, C-1275-1276/1/12/17 de 2018, para.361-368.

seguida, efetuou um estudo do valor económico e depreendeu que a Autoridade da Concorrência não tinha suficiente consideração pelo acréscimo de valor intrínseco do bem, sob a perspetiva do utilizador, uma vez que não fora capaz de estabelecer uma comparação exata entre diferentes Estados-membros, ignorando outros produtos similares. Sucessivamente, aferiu se havia uma equidade na prática do preço, sob a perspetiva do excesso calculado e pelo fator histórico dos preços. Não obstante, o CAT anulou a decisão da CMA¹⁸⁶, já que não considerou haver suficientes indícios estabelecidos para uma condenação¹⁸⁷.

3.3 Outros casos relevantes na UE

O enquadramento legal da Autoridade da Concorrência Neerlandesa consiste no artigo nº24, do Ato da Concorrência Holandesa, sendo que a sua hermenêutica está a par do atual art.102º al. a) do TFUE, proibindo o abuso de posição dominante e a respetiva prática de preços excessivos. Por ventura, a aplicação da referida tipologia tem se verificado menos restritiva que as suas contrapartes, sendo que, em consonância com esta abordagem, da sucessiva jurisprudência tem posto em evidência que vários casos se resumem a um teste de preço-custo e lucros e, como tal, que empresas com posições dominantes devem oferecer os seus produtos, tendo por base uma proporcionalidade entre custo e lucros “modestos”¹⁸⁸. Não obstante, importa ainda assinalar que a autoridade, embora tenha inquirido determinadas reclamações, optou, na sua maioria, por desistir das mesmas¹⁸⁹.

A este propósito devemos mencionar o processo KLM¹⁹⁰, cuja condução foi marcada pela utilização de um modelo responsável pela avaliação dos custos de capital, desta forma aferindo níveis de preço. Este modelo quantificava os riscos de capital e, como referência, definia um retorno geral para a indústria. Porém, quando verificados os custos da companhia com venda de bilhetes, interna e externamente, concluíram que havia uma margem de lucro inferior na conduta interna.

¹⁸⁶ A decisão foi anulada, devido à CMA se ter baseado num preço de referência pertinente a medicamentos regulados e ter ignorado o método comparativo. No entender do Tribunal tal violaria a segurança jurídica da empresa e dos restantes operadores de mercado. SCHRIJEN, M.A.H. (2018), pp.40-45.

¹⁸⁷ Ac. Flynn Pharma e Pfizer vs. CMA, C-1275-1276/1/12/17 de 2018, pp.145-146.

¹⁸⁸ Gal, Michal S. (2013), pp.22.

¹⁸⁹ Geradin, Damien (2007), pp.26-28.

¹⁹⁰ Vereniging Vrije Vogel vs. KLM and Stewart vs. Klm, C-273 e 906, de 8 novembro de 2000.

Posteriormente, o processo conduzido pela ANC no qual se desenvolveu este método, foi o de Schiphol, dado que se operou uma determinação dos custos económicos de uma empresa eficiente, tais como: tributação, operatividade, custos de capital e depreciação, adicionando uma margem razoável de retorno¹⁹¹.

Igualmente relevante no desenvolvimento do paradigma atual é o sistema legal alemão, em virtude das suas bases legais, entre as quais, o ato contra restrições de concorrência, art.19º/1/4. Este define abuso através de exigências que de outra forma não seriam obtidas se houvesse concorrência efetiva, ou se quando comparando com outros mercados a entidade pratica preços menos favoráveis¹⁹².

A aplicabilidade do teste de preços excessivos é efetuada mediante quatro condições. A primeira, é a determinação do preço de referência, comparando mercados geográficos e temporais, em detrimento da mera análise preço-custo. Na segunda, procedendo a uma adaptação dessas mesmas diferenças atende-se a fatores estruturais entre os mercados selecionados. Posteriormente, mediante as duas primeiras premissas, constata-se pela existência de um preço substancialmente superior à referência identificada, calculando uma margem, que por sua vez contabiliza todos os fatores. Por fim, aceitam justificações objetivas, baseadas em análise compreensiva dos vários interesses concorrentes¹⁹³.

No entanto, as ações sobre preços excessivos têm sido limitadas, maioritariamente, utilizadas em sectores estratégicos, tal como águas¹⁹⁴ ou telecomunicações¹⁹⁵. Não obstante, um exemplo da metodologia citada verificou-se no sector das energias, quando sucessivos distribuidores de gás para fins de consumo privado¹⁹⁶ aumentaram o preço e, na medida em que era um sector regulado, foi relativamente simples provar o aumento substancial naquele período de tempo. Como consequência, as várias distribuidoras chegaram a acordo com a Autoridade, segundo o qual teriam de reembolsar os vários

¹⁹¹ Gal, Michal S. (2013), pp.23.

¹⁹² Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB), retificado em 2017, ponto.19.

¹⁹³ Geradin, Damien (2007), pp.22-26.

¹⁹⁴ Em virtude de um monopólio natural e legal, a grande área metropolitana de Berlim estava dependente da BWB, para fins de abastecimento de água. Nesta medida as autoridades encetaram um estudo entre os diferentes centros metropolitanos e, concluíram que havia um excesso não justificativo, dado que a qualidade do serviço era semelhante, assim como as condições de abastecimento, comprovado pelo Tribunal Alemão. Decisão da Bundeskartellamt vs. BWB, em 4 junho de 2012.

¹⁹⁵ Bundeskartellamt vs. T-mobile Deutschland e Vodafone D2 GmbH, referência B7-170/07, publicado em 28/12/2009.

¹⁹⁶ OCDE (2011), pp.39-40.

clientes, através de descontos, com um compromisso de não aumentar o preço para compensar essas mesmas perdas¹⁹⁷.

Para efeito da nossa análise, devemos considerar as introduções legais à ordem vigente alemã, após o parecer da Comissão sobre o mercado energético, devido ao novo artigo art.29º do ARC¹⁹⁸, que inverteu o ónus da prova, em relação às empresas com posições dominantes. Assim, passou a recair sobre elas a obrigação de demonstrar a justificação do seu comportamento comparativo não ser abusivo, ou a comprovarem que a comparação foi erroneamente realizada. De igual forma, constitui excesso o preço que irrazoavelmente exceda o seu custo, sendo as decisões da entidade imediatamente aplicáveis¹⁹⁹.

Ao invés da atitude da Comissão na aplicação moderada do art.102º da TFUE, no sector energético, com vista a uma liberalização e atração de concorrência, as ANC têm tido uma postura mais ativa, com preocupações imediatas em relação aos consumidores. Por exemplo, face a práticas de remoção de capacidade de energia, tanto as autoridades dinamarquesas²⁰⁰ como italianas²⁰¹ formularam decisões e dado que o mercado tinha um regulador sectorial, os cálculos de custos fixos e das margens de lucro ao longo do tempo era relativamente simples²⁰².

Tal como mencionado, uma das áreas com crescentes preocupações tem sido a indústria farmacêutica²⁰³, por via dos direitos de exclusividade, custos de inovação e necessidades do setor. No entanto, importa referir que a indústria é extremamente regulada a nível europeu, desde o processo de produção até ao plano de retalho, já que há

¹⁹⁷ Bundeskartellamt vs. Gas suppliers, referência B10-16/08 a 56/08, publicado em 27/08/2009.

¹⁹⁸ Os efeitos positivos das disposições referidas confirmam a hipótese de uma ANC puder exercer uma posição para-regulamentar, com bastante sucesso, do lado da oferta. OCDE (2011), pp.39-40.

¹⁹⁹ Jenny, Frederic, 2016, pp.13-14.

²⁰⁰ Decisão da autoridade da concorrência vs. Elsam, 20 de junho de 2007. A decisão foi substantivamente confirmada, no entanto o Tribunal de recurso retirou as medidas da ANC. Importa ainda referir que o abuso foi aferido nos períodos de maior carência. Woude, Marc van der 2008, pp.24.

²⁰¹ Decisão da AGCM vs Enel Sicily, nº21960, de 22 de dezembro de 2010. O remédio aplicado consistiu no leilão de potência durante , um determinado tempo, aumentando a liquidez em certos mercados. Woude, Marc van der 2008, pp.25.

²⁰² As preocupações legítimas de falsos positivos, poderão não se aplicar neste sector, dado que os mercados energéticos mantêm as suas barreiras à entrada, apesar de uma liberalização, e à facilidades de cálculo de custos e margens, em virtude do conhecimento da área.. Parcu, Pier Luigi; Monti, Georgio, Botta, Marco (2017), pp.176-183.

²⁰³ O'Donoghue, Robert (2018), pp.2.

um reembolso dos vários medicamentos de marca e de alguns genéricos, logo o preço sofre uma regulação *ex ante* por meio de regulação direta, através da fixação do preço²⁰⁴.

Recentemente, as autoridades italianas consideraram a atividade da empresa Aspen como abusiva, devido ao aumento do preço do medicamento que a empresa adquiriu em 2009, por muito que a respetiva patente já tivesse caducado. O medicamento em questão não tinha reais substitutos para alguns segmentos da população com problemas oncológicos.

Neste sentido, a agência de regulação italiana estava responsável pelas negociações, sendo o preço posteriormente reembolsado pelo SNS italiano²⁰⁵. A Decisão da ANC²⁰⁶ baseou-se no já mencionado teste United Brands. Numa primeira fase efetuou um cálculo da desproporção entre preços e custos, a partir das receitas, tendo por base um preço-custo mais lucratividade. Como tal, foi-lhe possível concluir a margem de receita quando comparada com os preços antecedentes, praticados pelo primeiro titular do medicamento. Constatou com este exame que a Aspen tinha desfrutado de uma margem de retorno, ao longo de um extenso período de tempo, muito superior a outros genéricos²⁰⁷, assim chegando à conclusão de excesso²⁰⁸.

Seguidamente, a Autoridade determinou que não havia equidade, dado que na ausência de investimento, desenvolvimento, ou investigação²⁰⁹, não havia custos justificativos²¹⁰. De igual modo, a própria postura negocial contribuiu como uma pretensão indicativa de abuso, pois esta ameaçou retirar o medicamento do mercado, como já tinha feito em Espanha, exigiu a sua desregulação do SNS e argumentou que o aumento de preço era devido pelo reduzido stock²¹¹. Na sequência do recurso, o Tribunal Administrativo italiano confirmou a decisão da Autoridade²¹².

Por último, no processo CD Pharma, a ANC dinamarquesa proferiu uma decisão contra a empresa em causa por práticas exploratórias, devido a esta ser responsável pela

²⁰⁴ O'Donoghue, Robert (2018), pp.3-4.

²⁰⁵ Lanza, Maria Elisabetta; e Sfasciotti, Paola Roberta (2018), pp.383.

²⁰⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C- Aspen A480.

²⁰⁷ O Tribunal reconheceu que não havia um excesso quantitativo, todavia afirmou que a proporção aferida era indicativa e fundamentada jurisprudencialmente. SCHRIJEN, M.A.H, (2018), pp.38-40.

²⁰⁸ AGCM, C- Aspen A480, para.315-329.

²⁰⁹ Foi rejeitado o argumento, de que como o medicamento teria efeitos terapêuticos e e a sua procura era inelástica, justificava a aplicação de qualquer preço. AGCM, C-Aspen A480, para.345-346.

²¹⁰ AGCM, C-Aspen A480, para.329-344.

²¹¹ Decisão da AGCM vs. Aspen, c- A480, para.344-379.

²¹² OCDE (2018)12, pp.17-18.

distribuição exclusiva de um medicamento usado durante o parto e, aumentar o preço significativamente sem haver sucedaneidade deste, ou outros custos justificativos²¹³. Neste caso, calcularam-se as margens de lucro, através de diferentes estimativas, para aferir o excesso, considerou-se o preço não equitativo, dado o período temporal do abuso, bem como pelas diferenças dos preços praticados por outros concorrentes²¹⁴, e em outros países²¹⁵. O Tribunal da Concorrência considerou o recurso improcedente e, confirmou a decisão²¹⁶.

Em suma, as semelhanças fáticas aparentes traduzem a falta de investimento em segmentos de mercado do sector farmacêutico²¹⁷, a presença de barreiras de entrada, a incapacidade da entidade reguladora ou regulações em vigor darem uma resposta decisiva, face a alterações súbitas e substanciais de preço, em virtude de uma procura inelástica²¹⁸. No entanto, o facto da investigação ter investimentos elevados, o valor económico do bem, do lado da procura ser extremamente considerado e, a falta de transparência dos custos do sector tornam uma ação mais complexa, logo, uma ação *ex post*²¹⁹ poderá ser um último recurso²²⁰.

3.4 Lições de Israel

Historicamente, o direito da concorrência em Israel tinha uma maior convergência com a posição americana, muito embora tivesse transplantado o artigo 102 do TFUE, através da cláusula proibitiva nº 29 al.a), que censura a prática de preços injustos²²¹.

Numa primeira fase, o Diretor da autoridade da concorrência emitiu orientações²²², no sentido de incentivar a condenação de práticas de exploração. Esta mudança de posição teve na sua origem o aumento do custo de vida em Israel, no desejo de cumprimento dos objetivos do direito *antitrust*, e na consequente pressão pública que se exerceu²²³.

²¹³ Hull, David W e Clancy, Michael J. (2018), pp.396-397.

²¹⁴ OCDE (2018)12, pp.18-19.

²¹⁵ CD Pharma pricing of Syntocinon, C-14/08469.

²¹⁶ CD Pharma vs The DCC, C- KI-2-2018.

²¹⁷ OCDE, Sousa, Pedro Caro de; 2019, pp.4-6.

²¹⁸ OCDE (2018)12, pp.19.

²¹⁹ Clancy, Michael J.; Hull, David W, 2018, pp.401-402.

²²⁰ SCHRIJEN, M.A.H., 2018, pp.70-71.

²²¹ Spiegel, Yossi, 2018, ponto1.

²²² Autoridade da Concorrência de Israel, Opinião 1/14, “Prohibition of Excessive Pricing by a monopolist”.

²²³ Solomon, Talya, e Achmon, Iris , 2017, pp.660-661.

Contudo, as especificidades do ordenamento jurídico avolumaram a problemática de uma aplicação similar, na medida em que se considera posição dominante a partir da quota de mercado de 50%, ou segundo uma proclamação declarativa, sendo que, em ambas as situações há uma presunção de posição dominante²²⁴. Acrescido destes factos *in iuri*, a constatação de um dos tipos de abuso é prova inilidível de abuso²²⁵.

Mormente, sob a direção do professor Gilo²²⁶, houve um incremento de ações coletivas versadas em preços excessivos, desde bens como coca-cola a margarina²²⁷, em larga medida incentivadas pelo comunicado que priorizava a aplicação da proibição sobre abusos de exploração. Após a renovação do cargo, as autoridades assumiram uma atitude mais prudente, num contexto subsidiário²²⁸, sublinhando as particularidades do mercado, o poder de mercado, as alternativas da procura²²⁹ e, eliminaram a *safe harbor clause*, na medida em que se aplicava indiscriminadamente a todos os produtos e mercados²³⁰.

Os acontecimentos em Israel são significativos na medida em que nos levam a questionar a abordagem à prática de preços excessivos. e, se consequentemente, ações coletivas, no âmbito deste tipo de abuso, são uma forma coerente de aplicar direito *antitrust*, dado que os sujeitos privados poderão não ter tantos recursos ou informação, para desenvolver uma ação consistente. Acrescido do facto de empresas chegarem a acordo por razões publicitárias. Cumulativamente, existem outras preocupações tais como: de nível técnico-científico, do cálculo da indemnização e do excesso, devido a amplas noções de justiça e impreparação dos Tribunais gerais ou não especializados²³¹.

Paralelamente, no plano europeu, a entrada em vigor da Diretiva 2014/104²³², relativa a indemnizações no plano da concorrência²³³, tornará a realidade *supra* referida uma

²²⁴ De igual modo, devemos referir que a sanção por abuso de posição dominante poderá ter consequências criminais. Gal, Michal S. (2007), pp.480-481.

²²⁵ Solomon, Talya, & Achmon, Iris -, 2017, pp.661.

²²⁶ Gilo, David , 2016, pp.620-621.

²²⁷ Spiegel, Yossi, 2018, ponto 4, tabela nº1.

²²⁸ Autoridade da Concorrência de Israel, orientações 1/17, The Antitrust Considerations in enforcing the prohibition against unfairly high prices.

²²⁹ Solomon, Talya, e Achmon, Iris 2017, pp.660-661.

²³⁰ Spiegel, Yossi, 2018, ponto.4.2.

²³¹ *Idem*.ponto.6.2.

²³² Diretiva 2014/104 OJ L 349, 5.12.2014.

²³³ No caso concreto português, embora seja expectável um aumento de ações no âmbito *antitrust*, devemos mencionar que já existia uma forma de ação coletiva, a ação popular, art.52º da CRP, que promove a defesa dos interesses gerais. Não obstante, o aumento das custas judiciais e a incerteza na ausência de precedentes, continuam a ser verdadeiros entraves de uma maior. Anastácio, Gonçalo (2015) , pp. 318-325.

possibilidade, nos sucessivos Estados-membros²³⁴. Presentemente, os sujeitos particulares, tal e qual como em Israel, têm legitimidade ativa para intentar sucessivas ações nestas matérias. Posto isto, caso as suas visões sejam unívocas do lado da procura, sem a prudente análise oposta, da oferta, devido a pressões político-sociais, poderemos vir a verificar uma real alteração a uma política de não-implementação²³⁵.

²³⁴ Em casos de omissão de reguladores setoriais ou ANC, poderemos vir a assistir a uma disposição renovada, por parte dos sujeitos singulares, em recorrer a um *private enforcement* na aplicação do artigo 102º do TFUE. Parcu, Pier Luigi; Monti, Georgio, Botta, Marco (2017), pp.59.

²³⁵ Gal, Michal S. (2007), pp, 480.

4 Conclusões

No decurso da nossa análise foi possível evidenciar que uma empresa merece censura nos termos do art.102º al.a) do TFUE, quando pratique preços excessivos. Neste âmbito, um abuso de exploração compreende a lesão dos consumidores e, necessariamente, implica uma perda do seu bem-estar. Desta forma, não há uma condenação da posição em si mesma, mas esta atuação é pautada por uma responsabilidade especial, que advém, simultaneamente, da vantagem auferida na ausência de concorrência efetiva e do preço não ter relação razoável com o valor do produto oferecido.

Neste quadro, adotamos uma perspetiva mais restrita que o próprio TJUE, em função do potencial impacto económico e da massificação do uso deste abuso. Para este efeito, defendemos uma visão com base em autores como Motta e Streeck e Marc Woude. Como tal, advogamos uma aferição de poder de mercado, que terá por seu turno de ser elevado, com barreiras à entrada não transitórias. De seguida, em consonância com a opinião de Emil Paulis, a origem desse *market power* não deverá ser condição de censura, porém, admitimos que constitua um indício da necessidade de condenação, na medida em que aquele não terá sido adquirido pelo mérito. Acresce às premissas referidas, a especificidade do setor de atividade, dado que a entidade reguladora ou setorial estará melhor capacitada para uma intervenção. Por fim, em sintonia com a tese do atual Presidente do TG, sustentamos que as ações de preços excessivos versem sobre bens ou serviços essenciais ou indispensáveis, cuja procura seja inelástica. Em linha com a jurisprudência europeia, se o bem ou serviço não for essencial, mas a sua utilização seja obrigatória, por força de um monopólio legal, então merecerá igualmente condenação.

De acordo com a posição do Ac.Ahmed Saeed e a experiência atual do caso Pfizer and Flynn Pharma, caso houvesse regulação existente à altura do abuso cometido, haveria uma valoração probatória, que a contraparte teria de ilidir, desde que compreendesse termos razoáveis de cálculo e que se preenchessem outros critérios. No entanto, isoladamente, tal constatação deverá apenas admitir a abertura de um procedimento, mas não será, em abstrato, passível de obter uma pronúncia condenatória.

Em função do nosso entendimento e opinião do Adv.G. Nils Wahls defendemos que, dada a amplitude do conceito, a presunção de inocência e a segurança jurídica, há uma obrigação de esgotar as várias etapas estabelecidas no Ac.United Brands. De igual modo,

concordamos em utilizar diferentes métodos de cálculo e anuímos a uma política de triangulação, tal como foi efetuada pelo CAT, nos casos recentes. Contudo, admitimos também, em razão da dificuldade de cálculo de excesso, principalmente nos casos de bens intangíveis, seja efetuado uma metodologia de comparação. Similarmente, nos mercados liberalizados e sectores regulados, advogamos que se deva recorrer a um sistema semelhante ao alemão, de comparação e acerto, para estes casos, fundada na experiência da ANC alemã e da opinião de Marc Woude.

Neste âmbito, e em consonância com a jurisprudência do TJUE e opinião do Adv.G. do caso AKKA/LA, temos de afeir se há excesso e equidade em si mesmo ou comparada.

Num primeiro plano, calculamos a margem de lucro e atendemos a outros critérios económicos, nomeadamente, ao investimento ou a outros factores contributivos para um aumento do preço final, tal como a inflação, de forma a obter o excesso e disputar qualquer fundamento económico.

Posteriormente, e segundo uma análise comparativa, efetuamos uma dedução do preço de referência, quando examinamos outros mercados, empresas, produtos, desde que idênticos ou sucedâneos entre si. Conquanto, quantifiquemos um acerto em função das diferenças particulares dos mercados geográficos, desde hábitos de consumo a poder de compra, e essa escolha seja realizada a partir de dados objetivos e não arbitrários. De igual modo, caso o bem ou serviço esteja protegido por direitos de PI, então essa diferença terá de ser quantitativamente avaliada.

Por último, atendendo a uma noção de equidade em si mesmo, estabelece-se uma censura na cobrança por serviços não solicitados, a estipulação de preços excessivamente elevados ou a constatação de um intuito de exclusão. Cumulativamente, tendo por base a experiência da ANC italiana, favorecemos a inclusão do intuito de exploração, em função da posição negocial.

Também relevante, enquanto indicativo de abuso, é o aumento do preço do bem ou serviço, num reduzido período temporal. Todavia, a quantificação do excesso deverá ser realizada atendendo ao valor subjetivo do bem, do lado da procura, em concordância com o parecer da Comissão no caso Scandlines, embora não deva ser absolutizada e as ineficiências da empresa em posição dominante não devam ser valoradas.

Segundo este paradigma, um bem ou serviço tangível, não regulado setorialmente e, que não seja essencial, deverá preencher todos os pressupostos elencados, desde os sucessivos cálculos da sua margem de excesso, à comparação com outros produtos. Por fim, terá que se verificar uma diferença substancial não-equitativa, ao longo do tempo. Ao invés, um bem intangível ou regulado setorialmente, deverá ser analisado a partir de um parâmetro de comparação. Consequentemente, merecerá censura se a diferença for apreciável e durante um período de tempo considerável. Ainda que, caso seja possível uma aferição das várias premissas, estas deverão ser efetuadas, por um princípio de presunção de inocência.

Em suma, a introdução da Diretiva 2014/104 e o respetivo *private enforcement* da prática de preços excessivos, aliada ao renovado interesse das ANC, deverá levar a um aumento expressivo de ações. Porém, a amplitude da aplicação do artigo e a eventual tentação da sua indiscriminada utilização, poderão ser nocivos para uma concorrência futura ou mediata. Em sede dos sucessivos factos expostos, defendemos uma aplicação prudente do abuso sob análise, em virtude de falhas de mercado, numa aplicação casuística. Deste modo, sublinhamos a perspetiva atualista de Israel e ainda preconizamos um distanciamento da posição da ANC neerlandesa de *one size fits all approach*. Dito isto: *abusus non tollit usum*.

Bibliografia

Anastácio, Gonçalo (2015) – *Overview of Recent Private Antitrust Litigation Activity*, in *The Private Competition Enforcement Review*, 8ª edição, Law Business Research Ltd, pp. 313-325.

Akman, Pinar; *Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?* CCP working Paper 09-1, 2008, pp.1-37.

Akman, Pinar; e Garrod, Luke; *When are Excessive Prices Unfair?* Centre for Competition Policy, University of East Anglia, working paper 10-4, 2010, pp.1-15.

Bailey, David e, Whish, Richard (2012) – *Competition*. 7ª edição, Oxford University Press, pp.250-255.

BARNARD, Catherine; & Peers, Steve (2014) - *European Union Law*. 2ª impressão Oxford University Press, pp.504-531.

Coninck, Raphael De, *Excessive Prices: An overview of EU and national case law*, e-Competitions Antitrust Case Laws e-Bulletin, n°86604, pp.1-7.

Clancy, Michael J.; Hull, David W.; *The Application of EU Competition Law in the Pharmaceutical Sector*, journal of European Competition Law & Practice, 2018, vol.9, n°6, pp.389-402.

Etro, Federico; Kokkoris, Ioannis (2010) – *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, 1ª edição, Oxford University Press, pp.1-1-31, pp.106-113.

Evans, David S.; & Padilla, Jorge A; – *EXCESSIVE PRICES: USING ECONOMICS TO DEFINE ADMINISTRABLE LEGAL RULES*. Journal of Competition Law and Economics, Oxford University Press 2005, pp.97-122.

Furse, Mark; *Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing Under article 82 EC and the Chapter II Prohibition*, European Competition Journal, vol.4, nº1, 2008, pp.59-83.

Gal, Michal S.; *Abuse of Dominance – Exploitative Abuses*. Lianos and Geradin eds., Edward Elgar 2013, pp.1-32.

Gal, Michal S. *The “Cut and Paste” of article 82 of the EC Treaty in Israel: Condictions for a Successful Transplant*, European Journal of Law Reform 467, 2007, pp.465-484.

Gal, Michael S.; *Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and EC: Two systems of belief about monopoly?* Editado pela Federal Legal Publications, inc., 2004, pp.1-52.

Geradin, Damien; *The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe*, TILEC Discussion Paper, 2007, pp.1-44.

Geradin, Damien, Layne-Farrar, Anne; Petit, Nicolas (2012) – *EU Competition Law and Economics*, Oxford University Press, 1ªedição, pp. 175-221; 268-293.

Gerber, David J. (1998), *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press Oxford, pp.238-241.

Gilo, David, Ezrachi, Ariel; *The Darker Side of the Moon: assessment of Excessive Pricing and Proposal for Post-entry Price-cut Benchmark*, capítulo 9º, Hart publishing 2009, pp.225-248.

Gilo, David – *Excessive Pricing: Can Experience be Drawn from Tnuva (Israel)?* Journal of European competition law & Practice, 2016, Vol.7, nº9, pp.620-621

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2008) – *Direito Comunitário*. 5ªed. Almedina, pp. 515-516.

Hou, Liyang, *Excessive Prices Within EU Competition Law*, European Competition Journal, volume 7, nº1, 2011, pp.49-70.

Jenny, Frederic; *Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair price: an assessment*, Paris, setembro de 2016, pp.10-28.

Jones, Alison e; Suftrin, Brenda (2014) – *EU COMPETITION LAW*, 5ªedição, Oxford University Press, pp.575-591.

Komnios, Assimakis, Killick, James; *Excessive Pricing in the Pharmaceutical Market-How the CAT Shot Down the CMA's Pfizer/Flynn Case*, journal of European Competition Law & Practice, 2018, vol.9, nº8, pp.530-536.

Lanza, Maria Elisabetta; e Sfasciotti, Paola Roberta (2018) – *Excessive Price Abuses: the Italian Aspen Case*, Journal of European Competition Law & Practice, 2018, Vol.9, nº6, pp.382-388.

Lyons, Bruce; *The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse*, 2007 Konkurrensverket, pp.65-75.

MACHADO, Jónatas M. E. (2010) - *Direito da União*. Coimbra Editora. 1ªed. pp.386-387, pp.395.

Martín-Laborda, Antonio Robles; *Exploitative Prices In European Competition Law*, editado por ascola series, Edward Elgar, 2018, pp.1-18.

Meyring, Bernd; Gerard, Damien; Merola, Massimo (2017) – *The Notion of Restriction of Competition. Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, editado Bruylant, GCLC, pp.169-179; pp. 228-239; pp.283-289.

Motta, Massimo; & Streel, Alexandre de; *What is an abuse of dominant position? Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law* (eds.), Hart Publisher 2003, pp.1-27.

Motta, Massimo; & Streeel, Alexandre de; *The Pros and cons of High Prices, Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?* Editado pela Autoridade da Concorrência Suéca, impresso por Lenanders Grafiska, 2007, pp.14-46.

O'Donoghue, Robert; *The Political Economy of excessive Pricing in the Pharmaceutical sector in the EU: A question of Democracy?*, antitrust chronicles, julho de 2018, pp.1-9.

Parcu, Pier Luigi; Monti, Georgio; Botta, Marco (2017) – *Abuse of Dominance in EU Competition Law Emerging Trends*, Edward Elgar Publishing, pp.1-10, pp.50-59, pp.169-185.

PAIS, Sofia Oliveira (2011) - *Entre Inovação e Concorrência em Defesa de um modelo Europeu*. Lisboa, Universidade Católica Editora, pp.371-373, pp.449-452, pp.474-478.

Reiff, Mark R.; *The just price, exploitation, and prescription drugs: why free marketers should object to profiteering by pharmaceutical industry*, Review of Social Economy, vol.77, nº2, 2019, pp.108-135.

Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Revised edition, Harvard University Press, pp.xi-xvi.

Roller, Lars-Hendrik; *Exploitative Abuses*, European School of Management and Technology, 2007, pp.1-15.

Sandel, Michael J. (1998), *Liberalism and the Limits of Justice*, 2ªedit. Cambridge University Press, pp.80-81.

SCHRIJEN, M.A.H. (2018) – *Excessive Prices in the pharmaceutical sector: Is competition law the best remedy?* Tese de mestrado em Direito Europeu. Países Baixos. Utrecht University, pp.36-45; pp.68-71.

SILVA, Miguel Moura e (2010) - *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Almedina, pp.15-45; pp.401-467.

Silva, Miguel Moura e; *Os abusos de Exploração sobre os consumidores: Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?*, Revista da Concorrência e Regulação, Ano III, nº9, janeiro a março de 2012, pp.81-111.

Solomon, Talya; & Achmon, Iris; *Excessive Pricing in Israel-How to Deal with a 'Hot Potato'?* Journal of European Competition Law & Practice, 2017, vol.8, nº10, pp.660-667.

Spiegel, Yossi, *Antitrust Enforcement of the Prohibition of Excessive Prices: The Israeli Experience*, Springer International Publishing AG, part of Springer Nature 2018, ponto 1-7.

Wahl, Nils; *Exploitative high prices and European competition law – a personal reflection*, 2007 Konkurrensverket, pp.52-64.

Whish, Richard; e Bailey, David (2012) – *Competition Law*, 7ª edição, Oxford University Press, para.249-319; 714-766.

Williams, Mark; *Excessive Prices*, 2007 Konkurrensverket, pp.128-146.

Woude, Marc van der – *Unfair and excessive prices in the energy sector*, European Review of Energy Markets, Vol.2, 3ªed. maio de 2008, pp.1-29.

Lista de jurisprudência do TJUE

Acórdão Ahmed Saeed, C-66/86,

Acórdão Air Tours, T-342/99.

Acórdão AKKA/LAA, C-177/16.

Acórdão Akzo, C-62/86.

Acórdão Alsatel, C-247/86.

Acórdão Asnef-Equifax, C-238/05.

Acórdão AstraZeneca, T-321/05.

Acórdão British Leyland Plc. vs. Comissão, C-226/84.

Acórdão Bodson vs. Pompes Funèbres, C-30/87.

Acórdão CICCE, C-298/83.

Acórdão Continental Can, C-06/72.

Acórdão Crespelle, C-323/93.

Acórdão General Motors Vs, Comissão, C-26/75.

Ac. GT-Link, C-292/95.

Acórdão Hoffmann-La Roche, C-85/76.

Acórdão Hofner, C-41/90.

Acórdão Kanal 5, C-52/07.

Acórdão Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90.

Acórdãos Michelin I, C-322/81.

Acórdão *Ministere Public Vs. Tournier*, C-395/87.

Acórdão *Parke Davis*, C-24/67.

Acórdão *Rewood Pulp Cartel*, C-89/85.

Acórdão *SIRENA vs EDA*, C-40/70.

Acórdão *United Brands vs. Comission*, C- 27/76.

Acórdão *Vidro Plano*, proc.T-68/77 e 78/89.

Conclusões dos Advogados-gerais

Conclusões do Advogado-Geral Karl Roemer, 7 de fevereiro de 1968,

Conclusões do Advogado-Geral Dutheillet de Lamothe, 21 de janeiro de 1971,

Conclusões do Advogado-Geral Karl Roemer, 28 de abril de 1971,

Opinião do Advogado-Geral Lenz, 16 de janeiro de 1985,

Conclusões do Advogado-Geral Jean Mischo, 21 de junho de 1988,

Conclusões do Advogado-Geral Claus Gulmann, C-323/93, 5 de outubro de 1994,

Conclusões da Advogado-Geral VERICA TRSTENJAK, 11 de Setembro de 2008,

Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, 6 de abril de 2017,

Decisões da Comissão

Decisão da Comissão IV/30.615 – BL.

Decisão da Comissão - IV/28.851-General Motors Continental de 1974.

Decisão da Comissão- IV/26.699-Chiquita Jornal da UE 1976,L95.

Decisão da Comissão em Deutsche Post AG, COMP/C-1/36.915 de 25 de julho de 2001.

Decisão da Comissão em DSD, OJ L166/01.

Decisão da Comissão em Scandlines Sverige AB Vs. Port Helsingborg, COMP/A.36.568/D3 de 2006.

Acórdãos do CAT

Acórdão Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd vs. Director General of Fair Trading, C-1000/1/1/01,

Attheraces vs. The British horse Racing Board, Caso nº HC05C00996 de 2005,

Acórdão Albion Water Ltd vs. Water Services Regulation Authority – Unfair Prices- , C-1046/2/4/04 de 2008,

Acórdão Flynn Pharma & Pfizer vs. Competition Markets Authority, C-1275-1276/1/12/17 de 2018,

Decisões das ANC

Vereniging Vrije Vogel vs. KLM and Stewart vs. Klm, C-273 e 906, de 8 novembro de 2000.

Decisão do Director Geral da OFT vs NAPP Pharmaceutical Holding Ltd, C-A98/2/2001.

Decisão da autoridade da concorrência vs. Elsam, 20 de junho de 2007.

Bundeskartellamt vs. Gas suppliers, referência B10-16/08 a 56/08, publicado em 27/08/2009.

Bundeskartellamt vs. T-mobile Deutschland e Vodafone D2 GmbH, referência B7-170/07, publicado em 28/12/2009.

Decisão da Bundeskartellamt vs. BWB, em 4 junho de 2012.

Decisão da Autoridade da Concorrência Italiana, Aspen A480.

CD Pharma Vs the DCC, C- KI-2-2018.

CD Pharma pricing of Syntocinon, C-14/08469.

Relatórios da OCDE

OCDE, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP/ WP2 (2011) 7/ REV1, pp.1-63.

OCDE Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, DAF/COMP (2018)12, pp.3-32.

OCDE, Sousa, Pedro Caro de; *Excessive Pricing in Pharmaceutical Markets*, Competition Policy International, inc, janeiro de 2019, pp.2-7.

Jurisprudência dos EUA

Opinião de juiz Mckenna, EUA. vs ALCOA, Court of Appeals for the Second Circuit -
148 F.2d 416 (2d Cir. 1945)

Verizon Communications, Inc vs Law Offices of Curtis V Trinko, LLP 157L Ed 2d 823,
836 (2004)