



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Posição Dominante no âmbito do Direito da Concorrência

Considerações de Eficiência Económica

Mariana Filipa Borges de Carvalho

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Posição Dominante no âmbito do Direito da Concorrência

Considerações de Eficiência Económica

Mariana Filipa Borges de Carvalho

Orientador: Professor Doutor Nuno Castro Marques

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2020

Dedicatória

Aos meus pais, à minha irmã, ao Pedro, à Francisca e ao Bernardo
por sempre acreditarem e me incentivarem, sem eles, este trabalho
não seria possível.

Ao Afonso e aos seus pais pelo apoio incondicional e por me
acolherem tão bem.

Às minhas amigas pela motivação e força que
sempre me deram.

Agradecimentos

Queria agradecer à Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, pelo ensino de excelência que proporciona aos seus alunos, bem como, pelo compromisso dos seus docentes que trabalham todos os dias para nos conceder as ferramentas necessárias para que estejamos preparados para os desafios do mercado de trabalho.

Por último, contudo não menos importante, um agradecimento ao Professor Doutor Nuno Castro Marques, pela disponibilidade demonstrada, pela dedicação e por todo o acompanhamento dado ao longo desta dissertação, que foi, sem dúvida, imprescindível à sua realização.

Resumo

A presente dissertação visa o estudo do conceito de posição dominante, no âmbito do direito da concorrência. Durante largos anos, as empresas dominantes viram a sua liberdade de atuação limitada visto que, muitos dos seus comportamentos caíam no campo de aplicação do art. 102º do TFUE, doravante designado de art. 102º. Com a evolução da interpretação deste artigo iniciada em 2005 – aquando do surgimento do *Discussion Paper* -, um novo paradigma se instaurou na avaliação de condutas, à primeira vista abusivas.

Deste modo, possíveis justificações, recorrendo muitas das vezes ao conceito de eficiência económica, passaram a incorporar a análise do art. 102º. Ao longo deste trabalho, dividido em quatro capítulos, serão analisados diversos conceitos fazendo uma articulação, sempre que possível, com a noção de eficiência económica.

Em primeiro lugar, será feita uma apreciação de algumas noções introdutórias fundamentais à compreensão dos restantes temas nucleares deste trabalho. Assim, considerações acerca de modelos económicos, a análise dos fundamentos do direito da concorrência e o estudo dos fundamentos para a proibição do abuso, farão parte deste primeiro capítulo. De seguida, no segundo capítulo, será exposta a conceção de posição dominante e os conceitos que lhe são subjacentes.

O terceiro capítulo será dedicado à análise do conceito de abuso de posição dominante, assim como ao estudo dos vários tipos de abuso que podem ser verificados nos mercados. Por último, o quarto capítulo, destinar-se-á a uma pormenorizada abordagem à evolução do art. 102º contemplando, como não poderia deixar de ser, considerações de eficiência económica.

Palavras-chave: Abuso, Eficiência Económica, Justificação Objetiva, Poder de Mercado, Posição Dominante.

Abstract

This dissertation aims to study the concept of dominant position under competition law. For many years, dominant companies have seen their freedom of action limited since many of their behaviors fell within the scope of Article 102° of the TFEU, hereinafter referred to as Article 102°. With the evolution of the interpretation of art. 102° started in 2005 - when the Discussion Paper first appeared -, a new paradigm was established in the evaluation of abusive behaviors at first sight.

Thus, possible justifications, often using the concept of economic efficiency, began to incorporate the analysis of the Article 102°. Throughout this work, divided into four chapters, various concepts will be analysed, making an articulation, whenever possible, to the notion of economic efficiency.

First, there will be an appreciation of some introductory notions, which is fundamental to the understanding of the remaining core subjects of this work. Thus, considerations about economic models, the analysis of the fundamentals of competition law and the study of the grounds for the prohibition of abuse will be part of this first chapter. Then, in the second chapter, the concept of dominant position and its underlying concepts will be exposed.

The third chapter will be devoted to the analysis of the concept of abuse of dominant position, as well as to the study of the various types of abuse that can be found in the markets. Finally, the fourth chapter will be intended to a detailed approach to the evolution of the art. 102, contemplating, as it could not be otherwise, considerations of economic efficiency.

Keywords: Abuse, Dominant Position, Economic Efficiency, Market Power, Objective Justification.

Índice

Introdução	10
1. Contextualização Sumária:	11
1.1 Breves considerações acerca de modelos económicos	11
1.2 Fundamentos da defesa do Direito da Concorrência	12
1.3 Fundamentos para a proibição do abuso de posição dominante	16
2. Conceito de Posição Dominante	18
2.1 Posição dominante coletiva.....	21
2.2 Indícios de uma Posição Dominante	24
2.3 Mercado Relevante	28
3. Conceito de Abuso de Posição Dominante	33
3.1 Formas de abuso de Posição Dominante	35
4. Reforma do Artigo 102º: Abordagem baseada nos efeitos considerando fundamentos económicos	38
4.1 Considerações de eficiência económica	41
Conclusão	46
Bibliografia	48

Lista de Abreviaturas

Ac- Acórdão

Art- Artigo

AdC- Autoridade da Concorrência

Comissão- Comissão Europeia

RJC- Regime Jurídico da Concorrência

TFUE- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE- Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE- Tribunal de Justiça da União Europeia

Tribunal- Tribunal de Justiça da União Europeia

Introdução

A defesa da concorrência qualifica-se hoje em dia como um dos pilares fundamentais para alcançar a liberdade dos agentes económicos bem como para promover eficiências económicas e o bem estar-social¹. Considera-se desta forma pertinente e atual a abordagem do tema “Posição dominante no âmbito do Direito da Concorrência”.

A possibilidade das empresas dominantes poderem justificar os seus comportamentos aparentemente abusivos, não foi considerada no momento da elaboração dos Tratados Europeus. Deste modo, a noção de domínio foi sempre acompanhada do ónus de estas empresas terem uma responsabilidade especial ao atuar nos mercados.

Compreender que determinadas condutas avaliadas à luz do art. 102º podem resultar em mais benefícios do que prejuízos à concorrência, deu início à evolução da leitura deste artigo. Assim, com o decorrer do tempo, passaram a ter lugar na política da concorrência possíveis justificações para comportamentos aparentemente anticoncorrenciais².

A hipótese de isentar a aplicação do art. 102º a condutas alegadamente abusivas, tornou-se uma das principais questões debatidas entre a doutrina e a jurisprudência aquando da utilização desta norma. Por conseguinte, e porque justificações no âmbito deste artigo ainda não se consideram inequívocas, julga-se conveniente uma orientação deste tema em torno de uma interpretação renovada ao art. 102º, em particular acerca de questões de eficiência económica.

Deste modo, ao longo desta dissertação serão discutidos vários conceitos que se mostram determinantes à análise da noção de posição dominante. Por último, será realizada uma abordagem mais económica ao art. 102º, compreendendo questões de eficiência económica e analisando a sua contribuição para uma leitura renovada desta norma.

¹ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 83 e 84.

² Anna-Lena Baur, 2012, pág. 422.

1. Contextualização Sumária:

1.1 Breves considerações acerca de modelos económicos

Antes de passar ao tema proposto, considera-se importante senão imprescindível, a apreciação das doutrinas económicas que têm acompanhado o direito da concorrência, sendo estas essenciais para o enquadramento de alguns conceitos ao longo deste trabalho.

Todas as estruturas concorrenciais tais como a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita e o monopólio podem ser objeto do direito da concorrência. Deste modo, será de seguida exposta uma breve reflexão sobre as características predominantes dos mercados concorrenciais relevantes para este estudo.

No modelo de concorrência perfeita que “(...) ainda hoje serve de inspiração à generalidade das teorias económicas, que visam aprofundar o conceito de concorrência”³, o produto é homogéneo, há transparência bem como livre entrada e saída do mercado e as empresas são *price-taker*, isto é, não tem poder para decidir preços, controlando apenas a quantidade vendida. Se os mercados tivessem todas estas características, não haveria lugar para empresas dominantes uma vez que, as empresas não teriam um dos requisitos fundamentais a esta condição, o poder de mercado⁴.

Todavia, e porque o modelo de concorrência perfeita considera-se “pouco realista”⁵ surgiu o modelo de concorrência imperfeita, que atribui às empresas um certo poder de mercado, dado que estas, vendem um produto diferenciado, ainda que possam ser substitutos próximos e são *price-makers*, podendo estabelecer o preço do seu produto. Dentro deste modelo, existem ainda mercados compostos por um pequeno número de grandes empresas, designados de oligopólios, onde todas as decisões tomadas pelas empresas afetam os seus concorrentes, assumindo estas, um comportamento estratégico⁶. Por último, tem-se o monopólio onde apenas existe uma empresa *price-maker* no mercado, não havendo lugar ao processo concorrencial devido à inexistência de produtos substitutos⁷.

³ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 83.

⁴ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 137 e 138.

⁵ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 87.

⁶ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 181 a 189.

⁷ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 160.

1.2 Fundamentos da defesa do Direito da Concorrência

A eficiência económica e a defesa dos consumidores⁸ têm sido os critérios mais reconhecidos pelo direito da concorrência, tendo em conta fatores como o preço, a qualidade e a quantidade produzida dos bens^{9 10 11 12}.

Contudo, “(...) a liberdade económica das empresas, a garantia da igualdade de oportunidades, a concorrência leal e pelo mérito, a proteção do processo concorrencial no mercado interno e a defesa das pequenas e médias empresas (...)”¹³ são também requisitos a considerar aquando da atuação das instituições europeias¹⁴.

Como constatado por Adam Smith¹⁵, a concorrência é o mecanismo através do qual o consumidor consegue os bens de que necessita a preços mais baixos, contribuindo de igual forma para criação de eficiências produtivas, para o desenvolvimento dos produtos e para o aparecimento de novos mercados concorrenciais. Desta forma, os agentes económicos ao concorrerem entre si, pretendem adquirir vantagens que lhes permitam ser o mais eficientes possível¹⁶.

Uma das questões que o direito da concorrência pretende evitar é que o bem-estar dos consumidores^{17 18} seja transferido para os produtores. Isto é, quanto maior é o poder

⁸ Sofia O. Pais, 2011b, pág. 80 a 82.

⁹ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 621.

¹⁰ Nuno C. Marques, 2019, pág. 75 a 83. O autor entende que não deve ser dada prioridade à defesa dos consumidores em detrimento da manutenção do nível de concorrência. Nuno C. Marques acredita que limitar o direito da concorrência à defesa dos consumidores seria replicar o âmbito de aplicação do direito dos consumidores.

¹¹ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 68. A autora refere a necessidade de compatibilizar as leis da defesa da concorrência com a política industrial, responsável pela investigação e desenvolvimento das empresas.

¹² Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 5.

¹³ Sofia O. Pais, 2018, pág. 142.

¹⁴ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 63.

¹⁵ Alberto Pera, 2008, pág. 131. O autor considera que os mercados concorrenciais levam as empresas a desenvolver e a inovar: “A concorrência é então vista como um processo de descoberta” (tradução nossa).

¹⁶ Nuno C. Marques, 2019, pág. 56. A escola de Chicago defendia apenas a apreciação de objetivos de eficiência como mote para o direito da concorrência. Na opinião do autor, esta visão é de certa forma redutora, dado que, condutas ineficientes podem, em determinadas circunstâncias, promover um mercado concorrencial.

¹⁷ Sofia O. Pais, 2011b, pág. 78. Segundo a doutrina de Chicago os consumidores apenas seriam prejudicados se “ (...) as empresas no mercado reduzissem produção ou aumentassem os preços”. Já na doutrina Pós-Chicago, acreditava-se que o bem-estar dos consumidores apenas podia ser negligenciado a curto-prazo, se a longo-prazo estes viessem a beneficiar de ganhos e vantagens.

¹⁸ Sofia O. Pais, 2011b, pág. 619 a 623. Na obra “Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Ferreira de Almeida”, a autora sugere ser conveniente perceber em que incide a noção de consumidor. Assim, adotando a perspetiva da Comissão, Sofia O. Pais, refere que: “ (...) os consumidores são clientes das partes no acordo (...)” podendo estes ser “empresas” ou “particulares”, ao passo que, no âmbito do

de mercado detido pela empresa, maior é a probabilidade desta se aproveitar do excedente do consumidor^{19 20}. Neste contexto, o pretendido é que se previnam grandes acumulações de poder económico que possam trazer prejuízos aos consumidores e à manutenção de uma concorrência efetiva.

Nuno C. Marques defende que para a concretização do direito da concorrência é necessário estabelecer objetivos não só económicos²¹ como políticos, sob pena de, “(...) o resultado (...) [ser] apenas e somente uma discussão sobre modelos, empiricismo, não aplicabilidade à realidade (...) e um alheamento dos profundos objetivos que a concorrência visa proteger”²².

direito do consumidor este é entendido como “(...) o adquirente de bens ou serviços para a utilização particular”. Desta forma, pode-se encontrar uma dupla interpretação do mesmo conceito, à luz das diferentes matérias. A autora menciona que a noção ampla de consumidor ao ser usada no direito da concorrência pode conduzir à dificuldade na hierarquização de interesses, dado que, nem sempre a mesma prática confere benefícios ao nível do consumidor intermédio e do consumidor final.

¹⁹ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 91. “O excedente do consumidor, por unidade consumida, é a diferença entre o preço de mercado e o preço máximo que o consumidor [estaria disposto a pagar] para obter essa unidade” (tradução nossa).

²⁰ Nuno C. Marques, 2019, pág. 94.

²¹ Nuno C. Marques, 2019, pág. 102 e ss, Sofia O. Pais, 2011, pág. 100 a 105 e 116 a 128 e Alberto Pera, 2008, pág. 135 a 137. Dentro dos fundamentos económicos Nuno C. Marques refere o modelo estrutura-comportamento- *performance*, pensamento económico da Escola de Havard, desenvolvido após 1930. Assim como o nome indica, a análise da concorrência centrava-se na estrutura do mercado (Para Bain as componentes a ter em conta na estrutura do mercado seriam o nível de concentração de empresas, as barreiras à entrada e o grau de diferenciação do produto. Já Mason considerava as características económicas do produto como os custos, a política de produção da empresa e o número de vendedores e compradores) que condicionava os comportamentos das empresas, que se refletiam na sua *performance* (desempenho da empresa), isto é, o fator desencadeador seria a estrutura do mercado justificando assim os comportamentos adotados por parte das empresas. Segundo este modelo, o direito da concorrência não deveria atuar no plano das condutas das empresas (como condenar uma empresa em caso de abuso da posição dominante) mas sim regular a estrutura do mercado, não conferindo às empresas qualquer responsabilidade de agirem em prol da manutenção concorrência. Neste contexto, é necessário ter em conta também a noção de concorrência praticável (*workable competition*, Clark) que não é mais do que a tentativa de ir ao encontro do modelo de concorrência perfeita, tentando que a realidade se assemelhe o mais possível a este. Por seu turno, e em contraposição à visão anterior, surge a corrente de Chicago, ainda importante nos dias de hoje. Devido ao seu carácter revolucionário no direito da concorrência, Nuno C. Marques salienta o facto das correntes seguintes serem denominadas de Pós-Chicago. Esta defende a necessidade de deixar os mercados atuarem livremente, não sendo necessária uma forte intervenção a nível da estrutura do mercado (nesta visão começaram a ser tidos em conta objetivos de eficiência económica). Assim, a prioridade deste pensamento é assegurar a eficiência produtiva e alocativa nos mercados. Os autores da escola de Chicago não pretendiam que o direito da concorrência tivesse especial atenção aos consumidores, uma vez que, contribuía para esse efeito, a promoção eficiência económica. Estes autores, ao contrário do pensamento da escola de Havard, também não consideravam o nível de concentração nem a generalidade das barreiras à entrada (Stigler) como elementos a evitar e supervisionar.

²² Nuno C. Marques, 2019, pág. 86.

Dentro dos objetivos políticos²³ o autor *supra* mencionado indica como principais: o controlo de poder económico²⁴, a salvaguarda da liberdade dos indivíduos e das empresas, a redistribuição, a defesa dos consumidores e a manutenção do mercado interno pelos Estados-Membros. Esta última caracteriza-se pela livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais e é assegurada pela fiscalização dos comportamentos que tendam a ir contra as leis do Tratado^{25 26 27}.

Ainda sobre os fundamentos da política da concorrência, o autor sugere igualmente que “(...) só existe concorrência em escolhas alternativas (...)”²⁸. Por essa mesma razão, num mercado monopolista, não há lugar a um processo concorrencial, uma vez que, os consumidores não têm produtos substitutos ao seu dispor, ficando a inovação e o investimento, isto é, a evolução desse mercado, comprometida²⁹.

A análise económica tem também vindo a ganhar relevância no estudo das práticas anticoncorrenciais, conferindo a estas um carácter mais objetivo. O recurso ao bem-estar do consumidor bem como a critérios de eficiência económica, tem aumentado no momento da apreciação dos efeitos que estes comportamentos geram para os mercados. Contudo, é necessário manter presente que esta análise é precisa mas não exclusiva, tal como afirma Alberto Pera: “Contudo, isto não implica uma mudança no papel da concorrência de ser o principal objetivo da lei para passar a ser um mero instrumento [de forma a atingir fins económicos desejáveis]”³⁰ (tradução nossa).

Michael Harker, no seu artigo sobre bem-estar total *versus* bem-estar dos consumidores, considera existirem dúvidas quanto ao critério que deve prevalecer no momento da aplicação das leis da concorrência. No entanto, o autor entende não ser do interesse deste ramo do direito, a preocupação quanto ao conceito a aplicar, distinguindo-

²³ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 71. A necessidade de objetivos políticos é também reconhecida pelas leis *antitrust*.

²⁴ Nuno C. Marques, 2019, pág. 63 a 65. O autor menciona a necessidade de uma certa preocupação por parte das instituições europeias para com possíveis concentrações de poder económico privado, dado que, estas concentrações podem conferir poder a determinados grupos privados para tomar decisões de índole económica e política.

²⁵ Miguel Gorjão-Henriques, 2019, pág. 513 e ss.

²⁶ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 64. A concretização de um mercado interno dá origem a uma “ (...) maior eficiência produtiva, redistribuição mais eficaz dos recursos e um menor poder de monopólio”. Assim, um mercado único confere um maior leque de alternativas aos consumidores, contribuindo para o aumento de produtos substitutos e desta forma, para a diluição do poder de mercado das empresas.

²⁷ Sofia O. Pais, 2018, pág. 125 e 126. O direito da concorrência continua a ser entendido “(...) como um instrumento decisivo no processo contínuo de realização do mercado interno (...)”.

²⁸ Nuno C. Marques, 2019, pág. 66.

²⁹ Nuno C. Marques, 2019, pág. 67 a 71.

³⁰ Alberto Pera, 2008, pág. 142.

-os da seguinte forma: “O bem-estar total justifica-se principalmente com base na maximização do todo enquanto o bem-estar do consumidor é defendido principalmente com base na justiça distributiva preocupando-se explicitamente com a transferência de riqueza de produtores para consumidores” (tradução nossa)³¹.

Assim, tem sido debatido se o direito da concorrência deve ou não atender a questões de justiça distributiva, verificando-se alguma relutância por parte do direito norte-americano em considerar tais matérias³². Não obstante, Sofia O. Pais acredita na necessidade de se passarem a considerar estas questões sem que com isso, sejam desconsiderados os atuais e principais fins da concorrência. A autora refere que entre o bem-estar total e o bem-estar dos consumidores se deve dar preferência a este último, fundamentando a sua convicção à luz das concepções de Sen e Rawls³³.

Desta forma, esta ponderação acerca de questões de justiça distributiva tem vindo a ganhar expressão no direito da concorrência, assentando no facto de que o poder de mercado pode contribuir para crescentes desigualdades. Contudo, Sofia O. Pais ressalta a dificuldade na seleção de “critérios operacionais” aquando da consideração destas questões³⁴.

³¹ Michael Harker, 2011, pág. 434.

³² Michael Harker, 2011, pág. 435 e 436. Por norma, os economistas consideram a maximização do bem-estar total. Esta preferência é justificada pela necessidade de diferenciar mecanismos de política da concorrência e de política pública, nomeadamente, no que diz respeito a medidas de distribuição. Partilhando do mesmo entendimento, Michael Harker menciona dois argumentos para que não sejam consideradas razões distributivas: “Em primeiro lugar, existe uma incerteza sobre as consequências distributivas da conduta e intervenção das duas empresas. Em segundo, de acordo com a eficiência distributiva do trabalho entre a concorrência e outros instrumentos políticos, a aplicação do bem-estar total pode resultar num aumento da riqueza total para a sociedade sendo que esta riqueza pode ser redistribuída através de outros instrumentos políticos” (tradução nossa).

³³ Sofia O. Pais, 2018, pág. 132 a 137. Rawls defendia que se devia atender ao grupo de indivíduos mais carenciados, sendo neste contexto, os consumidores finais. Por sua vez, Sen acreditava na “liberdade de escolha do indivíduo” como um critério fundamental.

³⁴ Sofia O. Pais, 2018, pág. 135.

1.3 Fundamentos para a proibição do abuso de posição dominante

Como já exposto, a defesa da concorrência visa a prossecução de variados fins que vão desde preocupações com preservação de um mercado concorrencial, à preocupações com os consumidores e com os concorrentes. Contudo, e porque esta análise tem como objeto o art. 102º, torna-se imprescindível ao sucesso deste estudo, a verificação através duma breve reflexão, dos fundamentos para a aplicação da proibição do abuso de posição dominante.

A Comissão afirma que a utilização desta norma leva “(...) ao bom funcionamento do mercado em benefício das empresas e dos consumidores”³⁵. Assim, a Comissão pretende impedir que as empresas em posição dominante tenham comportamentos que não se coadunem com a concorrência pelo mérito, afirmando que a sua prioridade é proteção da concorrência no mercado³⁶.

Tjarda van der Vijver refere que empresas em posição dominante podem, direta ou indiretamente, prejudicar as restantes empresas e os consumidores através de abusos de exploração e de exclusão, respetivamente. Desta forma, o autor argumenta tal como sustentado pela Comissão, que o art. 102º deve proteger o processo concorrencial e os consumidores, sendo para isso necessária a redução do poder de mercado detido por estas empresas³⁷.

Por sua vez, Thomas Eilmansberger menciona que um dos principais objetivos desta disposição é a preservação das oportunidades dos concorrentes dando-lhes a possibilidade de se destacarem pelo mérito das suas escolhas, dado que, a concorrência no mercado onde atuam já se encontra enfraquecida pela presença de empresas com grande poder de mercado. O autor considera que a proibição do abuso por parte de empresas em posição dominante tem também como fundamento a preservação do bem-estar do consumidor, podendo este objetivo ser entendido como um requisito direto ou indireto, isto é, comportamentos que prejudiquem a manutenção da concorrência irão

³⁵ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 1.

³⁶ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 6.

³⁷ Tjarda van der Vijver, 2012, pág. 56 e 57.

atentar a esta primeira finalidade, enquanto condutas que visem a concorrência pelo mérito, irão conduzir a benefícios aos consumidores³⁸.

Em suma, é perceptível a existência de um certo consenso acerca dos intentos do art. 102º. Desta forma, pode-se considerar que a manutenção de uma concorrência não falseada no mercado e a preservação do bem-estar do consumidor são os dois grandes alicerces desta norma, devendo as empresas em posição dominante ser fiscalizadas pelas autoridades da concorrência, de modo a que, os seus comportamentos não comprometam estes objetivos.

³⁸ Thomas Eilmansberger, 2006, pág. 18 e 19.

2. Conceito de Posição Dominante

O conceito de posição dominante^{39 40} não se encontra definido no TFUE nem na lei da concorrência nacional⁴¹. Desta forma, o TJCE definiu este conceito no acórdão *United Brands*, como:

Uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores^{42 43}.

Já a Comissão entende que uma empresa que:

(...) seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo, [este varia consoante o tipo de produto e de mercado que está em causa, sendo considerado pela Comissão, como razoável, uma janela temporal de dois anos] não está sujeita a uma pressão concorrencial efetiva e suficiente e, com tal, pode ser considerada como estando em posição dominante⁴⁴.

Passando para a legislação nacional correspondente, o n.º 1 do art. 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, refere que: “É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”. Deste modo, o facto de uma empresa ou conjunto de empresas deterem uma posição dominante não viola por si só a lei, contudo, o seu abuso adquire carácter ilícito⁴⁵.

A existência de uma posição dominante, tal como refere Miguel M. e Silva:

³⁹ Miguel Gorjão-Henriques, 2019, pág. 670 pto 98. O autor afirma que: A posição dominante pode advir de: “(...) progresso tecnológico(...), da dependência dos clientes na fase pós venda (...), de um monopólio de facto reforçado por um conjunto de acordos (...), de um monopólio legal (...), de uma atribuição de direitos exclusivo para garantia de um serviço de interesse económico geral (...) ou, ainda que não necessariamente, da titularidade de um direito de propriedade intelectual (...)”.

⁴⁰ Miguel M. e Silva, 2018, pág. 894. O autor refere que um monopólio legal, isto é, um mercado onde o mais eficiente é a atuação de apenas uma empresa, não conduz indubitavelmente a uma posição dominante. Assim, é necessário provar a existência dessa situação de domínio, à luz dos indícios doravante discutidos.

⁴¹ Art. 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁴² Proc. 27/76, ac. *United Brands Company* c. Comissão, 1978, pto 65.

⁴³ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 457. A autora apoiando-se numa perspectiva económica, defende que o facto da empresa se comportar independentemente dos seus clientes, consumidores ou concorrentes, não é um critério a considerar na noção de posição dominante, uma vez que, a empresa não poderá, estando num mercado concorrencial, comportar-se de maneira indiferente dos restantes agentes económicos.

⁴⁴ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82.º a comportamentos de exclusão, pto 11.

⁴⁵ Proc. 6/72, ac. *Europemballage Corporation e Continental Can Company* c. Comissão, 1973, pto 26: “É à luz destas considerações que deve ser interpretada a condição imposta pelo artigo 86.º [atual art. 102.º] segundo a qual, para ser proibida, a exploração de uma posição dominante deve ter sido exercida de forma abusiva.”

(...) não depende da demonstração da exclusão de toda e qualquer concorrência: apenas que a pressão concorrencial existente é insuficiente para garantir uma concorrência efetiva, permitindo à empresa que se comporte de forma relativamente independente face à reação dos concorrentes, clientes, fornecedores e dos consumidores^{46 47}.

Por conseguinte, ainda que possa existir concorrência num mercado em que se encontre paralelamente uma situação de domínio, a empresa em posição dominante terá uma responsabilidade acrescida no momento da sua atuação, uma vez que, as suas condutas afetarão os seus concorrentes de forma mais acentuada, ao contrário do que aconteceria se todos os agentes económicos estivessem em iguais condições.

No que respeita ao art. 102º, este visa objetivos idênticos aos do art. 101º do mesmo Tratado, tais como, a defesa dos consumidores e a eficiência económica. Contudo, ao passo que no art. 101º é referido este se aplica a condutas que “(...)tenham por objetivo ou efeito(...)”⁴⁸ prejudicar a concorrência, Peter Oliver menciona o facto da redação do art. 102º nada dizer relativamente à importância dos objetivos ou efeitos do comportamento de uma empresa dominante⁴⁹.

Para a aplicação do art. 102º é necessário analisar diversos requisitos cumulativos. Em primeiro lugar, tem de se tratar de uma empresa para que o artigo *supra* indicado se possa aplicar. Assim, vem definido no acórdão *Hofner* que:

(...) no âmbito do direito da concorrência o conceito da empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento⁵⁰.

De seguida, é necessário que esteja em causa uma posição dominante no mercado relevante previamente definido e que haja um abuso dessa posição. Por último, a aplicação do art. 102º coloca a necessidade de existir uma afetação do comércio entre os Estados-Membros⁵¹.

Por fim, feita uma análise à definição de posição dominante e ao âmbito de aplicação do art. 102º, conclui-se ser essencial, uma leitura renovada a este artigo,

⁴⁶ Miguel M. e Silva, 2018, pág. 882.

⁴⁷ Ac. *United Brands Company*, pto 113: “Contudo, para ocupar uma posição dominante, não é necessário que uma empresa tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência.”

⁴⁸ Art. 101º TFUE.

⁴⁹ Peter Oliver, 2005, pág. 315.

⁵⁰ Proc. C-41/90, ac. *Klaus Höfner et Fritz Eiser c. Macrotron GmbH*, 1991, pto 21.

⁵¹ Comunicação da Comissão — Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, pto 17.

caracterizada por um menor formalismo e por uma maior vertente económica, tal como garante Eleanor M. Fox. A autora afirma que a Comissão pretende fazer convergir o art. 102º com princípios económicos e que para esse efeito este artigo não deve cair no espectro de proteção de concorrentes que sejam ineficientes⁵². Alberto Pera considera igualmente que este é o caminho a seguir, afirmando que práticas que excluam concorrentes menos eficientes, não devem cair no campo de aplicação do art. 102º, uma vez que, estão de acordo com o critério da “concorrência pelo mérito”⁵³.

Em suma, acredita-se que questões de eficiência irão ganhar relevância através de uma interpretação mais económica do art. 102º, tal como será a seu tempo analisado.

⁵² Eleanor M. Fox, 2006, pág. 727 e 739.

⁵³ Alberto Pera, 2008, pág. 155. É considerado um concorrente igualmente eficiente aquele que tem uma estrutura de custos semelhante à empresa dominante em causa.

2.1 Posição dominante coletiva

O art. 102º prevê a proibição de: “(...) uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”, podendo desta forma, a posição dominante assumir um caráter singular ou coletivo. Visto que a noção de posição dominante individual já foi previamente determinada, passa-se doravante à definição do caráter coletivo deste conceito.

Anteriormente a 1992⁵⁴, acreditava-se que seria mais apropriado a aplicação do art. 101º do TFUE a situações de domínio coletivo⁵⁵. Desta forma, considera-se conveniente, traçar uma linha que separe o âmbito de aplicação deste dois artigos, pretendendo-se com isto garantir que o art. 102º não seja uma alternativa à não aplicação do art. 101º.

O art. 101º do TFUE incide sobre acordos entre empresas “que tenham por objetivo ou efeito (...) restringir (...) a concorrência”^{56 57} e que afetem de modo substancial o comércio entre os Estados-Membros⁵⁸. As empresas pertencentes a estes acordos, devem ter capacidade de concorrerem entre si sendo jurídico e economicamente independentes, enquanto na figura da posição dominante coletiva, as várias empresas assumem um comportamento interdependente^{59 60}.

Miguel M. e Silva faz referência ao acórdão *Compagnie Maritime Belge*, onde é mencionado que a posição dominante pode ser constituída por:

⁵⁴ Particular importância do processo Vidro Plano para a introdução deste conceito.

⁵⁵ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 470.

⁵⁶ Art. 101º TFUE.

⁵⁷ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 208. Caso seja verificado que um acordo tem como objetivo a restrição da concorrência, não é necessário analisar os efeitos desta prática, para que seja aplicada a proibição. Pelo contrário, na ausência de verificação de objetivos anticoncorrenciais, terão de ser analisados os seus efeitos.

⁵⁸ Comunicação de minimis.

⁵⁹ José P. Pego, 2007, pág. 303. O acórdão Vidro Plano defendia que quando se tratava de acordos entre sociedade-mãe e filha, teria de ser aplicado o art. 102º, uma vez que, estas não eram independentes economicamente.

⁶⁰ Thomas Eilmansberger, 2006, pág. 28. O autor refere que a todas as práticas de empresas coletivamente dominantes decididas até 2006 se podia aplicar igualmente o art. 101º, ora porque é necessária uma cooperação entre os comportamentos das empresas, como acontece nos preços predatórios, ora porque as práticas que não requeriam tal cooperação, como as recusas de venda, faziam sentido também individualmente.

(...) duas ou mais entidades económicas, juridicamente independentes uma da outra, na condição de, do ponto de vista económico, se apresentarem ou atuarem em conjunto num mercado específico, como uma entidade coletiva^{61 62 63}.

Como critérios para a posição dominante coletiva, Miguel Gorjão-Henriques apoiando-se nas considerações do Tribunal, menciona que cada empresa deve ter conhecimento da conduta adotada pelos concorrentes, sendo necessárias condições para que esta harmonização de comportamentos se possa manter no tempo. Por último, é referido que os membros do oligopólio devem ser independentes dos seus concorrentes atuais ou potenciais e dos seus consumidores⁶⁴. Tal como acontece na noção de posição dominante individual, a aplicação do art. 102º depende do facto das empresas abusarem dessa condição. No entanto, se a conduta abusiva for praticada por apenas uma das empresas pertencentes ao oligopólio, só essa será responsabilizada à luz do art. 102º⁶⁵.

Considera-se igualmente relevante a questão analisada por Sofia O. Pais acerca da possibilidade de se poder aplicar o conceito de posição dominante coletiva quando as empresas se encontram em mercados geográficos distintos. A autora considera que o mais indicado nestes casos, será a aplicação da lei nacional ou mesmo a apreciação *à priori* pelo regulamento das concentrações, sendo que unilateralmente estas “(...) não afetavam uma parte substancial do mercado comum (...)”⁶⁶.

De seguida, considerando-se essencial para completar a interpretação jurídica do conceito, será feita uma abordagem económica da noção de posição dominante coletiva - igualmente considerada pela jurisprudência aquando da apreciação destas condutas - atendendo à análise gráfica realizada por Ronny Gjendemsjø, Erling Hjelmeng e Lars Sørgard, à possibilidade de conluio entre as empresas, de forma a verificar os ganhos e as perdas decorrentes de cada alternativa.

⁶¹ Proc. C-395/96 P e C-396/96 ac. *Compagnie Maritime Belge e Dafra-Lines A/S c. Comissão*, 2000, pto 36.

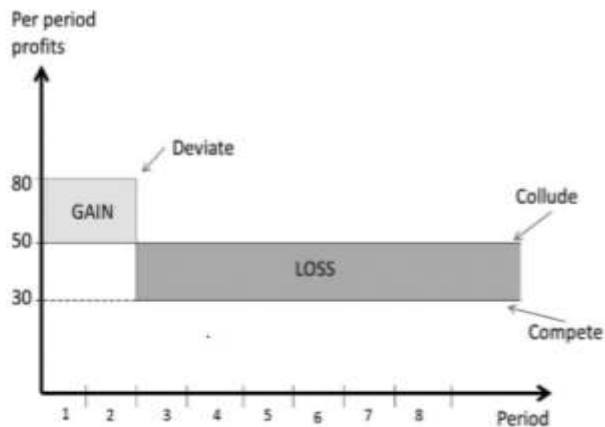
⁶² Miguel M. e Silva, 2018, pág. 905.

⁶³ José P. Pego, 2007, pág. 304. O autor refere que no âmbito da posição dominante coletiva existem duas teses distintas, a visão “estreita” e a visão “ampla” do conceito. Na perspectiva “estreita”, expressa no acórdão Vidro Plano, não é reconhecida a existência da noção de posição dominante coletiva, uma vez que, segundo esta, na eventualidade de se encontrarem várias empresas com autonomia jurídica mas não económica, estas seriam detentoras de posições dominantes individuais. Já na noção “ampla”, encontra-se consagrada a definição de posição dominante coletiva, preponderando atualmente esta visão.

⁶⁴ Miguel Gorjão-Henriques, 2019, pág. 671, pto 101.

⁶⁵ Miguel M. e Silva, 2018, pág. 906.

⁶⁶ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 472 a 474.



Por conseguinte, o gráfico que se segue reflete os efeitos de uma situação de posição dominante coletiva, analisando os ganhos que uma empresa pode obter com as três diferentes estratégias possíveis. Em primeiro lugar, é considerada a possibilidade de existir concorrência entre as empresas, em que o ganho para cada uma seria de 30. Em segundo lugar, se as empresas optarem por cooperar, os ganhos aumentariam para 50. Por último, é apresentada a hipótese de uma empresa se desviar de uma situação de cooperação, conseguindo lucros ainda mais elevados.

No entanto, os lucros provenientes deste desvio iriam persistir apenas no curto-prazo, uma vez que, tendo o mercado um elevado grau de transparência, as restantes empresas rapidamente reagiriam, isto é, no futuro todas as empresas ganhariam menos, dado que voltariam a um mercado concorrencial^{67 68}.

⁶⁷ Ronny Gjendemsjø, Erling Hjelmeng e Lars Sørgard, 2013, pág. 356 a 359.

⁶⁸ Fonte do gráfico: Ronny Gjendemsjø, Erling Hjelmeng e Lars Sørgard, 2013, pág. 358.

2.2 Indícios de uma Posição Dominante

Após referidos os principais elementos do conceito de posição dominante é fundamental verificar a combinação de fatores de que depende esta qualificação.

Sofia O. Pais identifica a necessidade de atender à noção de poder de mercado aquando da análise a uma empresa possivelmente dominante. Para este efeito, o poder de mercado é descrito como: “(...) a capacidade de a empresa, por um período de tempo razoável, e de forma rentável, reduzir a produção ou aumentar os preços acima do custo marginal (...)”⁶⁹. Este conceito, deve incluir no seu domínio para além do poder da empresa aumentar os preços, o poder de exclusão dos concorrentes^{70 71}.

No entanto, para além da avaliação feita ao poder de mercado, fatores como a qualidade, o serviço e a inovação do produto terão de ser igualmente considerados. Uma empresa diz-se com poder de mercado quando tem possibilidade de diminuir estes fatores e ainda assim, não reduzir os preços dos produtos⁷².

Todas as empresas detêm um determinado poder de mercado, sendo necessário para a verificação de uma posição dominante, que este seja considerado *significativo*.

Desta forma, a Comissão encarrega-se da apreciação do poder económico de cada interveniente no mercado, através da análise das quotas de mercado das empresas, das barreiras à entrada de novos concorrentes e do poder negocial dos compradores. Os dois primeiros elementos consideram-se diretamente proporcionais à possibilidade da empresa se encontrar numa posição dominante enquanto o poder negocial dos compradores, isto é, a possibilidade dos compradores alterarem a sua escolha para produtos substitutos, dissuade essa convicção.

⁶⁹ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 458. Esta designa-se como a noção económica de poder de mercado.

⁷⁰ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 458 e 459.

⁷¹ José L. Gomes, 2010, pág. 194. O poder de mercado pode ser também determinado através do *Índice de Lerner*, por meio da fórmula $PM = \frac{P - Cmg}{P}$, onde PM é o poder de mercado (compreendido entre 0 e 1), P é o preço praticado pela empresa e Cmg é o custo marginal. Poderá ser também pertinente neste estudo, a análise da concentração de mercado através do índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI), sendo que quanto mais competitivo for o mercado, menor valor assumirá este índice. $HHI = A^2 + B^2 + C^2 + D^2$, hipótese de cálculo para um mercado com quatro empresas, onde A, B, C e D são as respetivas quotas de mercado.

⁷² Sofia O. Pais, 2011a, pág. 459.

A quota de mercado das empresas⁷³ é o fator que a Comissão primeiramente considera, uma vez que, estas são um indicador sólido da possibilidade da existência de uma posição dominante^{74 75}. Apesar da Comissão entender que quotas inferiores a 40% são insuficientes para reconhecer uma situação de domínio, no caso *British Airways* foi considerada uma empresa como dominante com uma quota de mercado de apenas 39,7%^{76 77}. Na tabela que se segue, estão representadas as quotas de mercado das empresas em causa, no caso *British Airways*:

78

**Quotas de mercado empresas -
1998**

British airways	39,7%
American Airlines	3,8%
virgin	5,5%
Qantas	3,3%
KLM	5,3%
British Midland	-

Desta forma, é possível verificar que apesar da *British Airways* não ter, segundo a Comissão, uma quota de mercado suficientemente expressiva, as restantes quotas de mercado são residuais. Assim, no momento da análise deste elemento, para além da necessidade de considerar o valor da quota de mercado da empresa em causa, é crucial atender ao valor das quotas de mercado das respetivas concorrentes, uma vez que, se estas forem insignificativas contribuem para a tese da existência de uma posição dominante.

⁷³ Lisbe Finell, 2009, pág. 287 a 289. O autor refere que a existência de um valor de referência para a quota de mercado é determinante para que as empresas respeitem o art. 102º, atribuindo desta forma, uma maior segurança jurídica à norma.

⁷⁴ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 14.

⁷⁵ Proc. T-330/01, ac. *Akzo Nobel NV* c. Comissão, 2006. Neste caso foi definida uma quota de mercado de 50% como um indicador consistente de uma posição dominante.

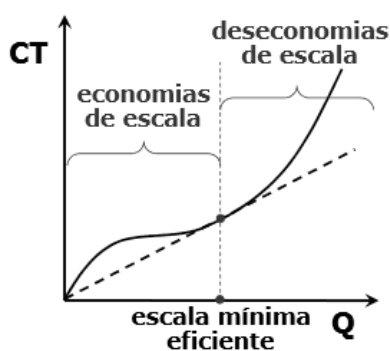
⁷⁶ Proc. 85/76, ac. *Hoffmann-La Roche & Co. AG* c. Comissão, 1979, pto 41: “Além disso, embora o significado das quotas de mercado possa ser diferente consoante os mercados, tem fundamento entender-se que quotas de mercado extremamente importantes constituem por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante”.

⁷⁷ Lucas S. Ferrari, 2013, pág. 254. No caso da *Google* foi verificado que no ano de 2009 esta detinha quotas de mercado entre 90% e 100%. No entanto, tratando-se de mercados de “Nova Economia” caracterizados por um grande dinamismo e com grandes pressões concorrenciais, estas quotas de mercado, ainda que extremamente elevadas, não foram consideradas como um indício suficiente para uma posição dominante da *Google*.

⁷⁸ Proc. T-219/99, ac. *British Airways* c. Comissão, 2003, pto 211.

Quotas acima dos 50% têm sido entre a jurisprudência um grande prenúncio da existência de uma posição dominante, ainda para mais, se a empresa em causa conseguir manter esse valor durante um período de tempo considerável.

Quanto às barreiras à entrada ou à expansão dos concorrentes como “(...) direitos aduaneiros ou contingentes pautais, (...) vantagens específicas da empresa em posição dominante, tais como economias de escala e de gama, acesso privilegiado a meios de produção ou recursos naturais essenciais, tecnologias importantes (...)”⁷⁹, estas refletem-se como uma proteção às empresas⁸⁰. Por outras palavras, quanto maior é o poder de mercado detido, maior a facilidade em impor barreiras à entrada e conseqüentemente menos concorrencial se torna o mercado. Isto acontece porque os investimentos da empresa, os avanços tecnológicos ou mesmo a possibilidade de organização vertical⁸¹, vão sendo cada vez mais difíceis de acompanhar por parte de outros concorrentes (ter em conta também fatores como contratos de exclusividade, capacidade de financiamento interno ou externo das empresas, marcas já muito desenvolvidas no mercado, publicidade)⁸².



De igual modo funciona a escala mínima de eficiência⁸³, que quando atingida por uma empresa, dificulta a entrada de novos concorrentes ou a expansão dos já existentes⁸⁴. Fazendo uma breve análise gráfica, desde 0 até ao valor de Q onde é atingida a escala mínima de eficiência, o custo por unidade de produção diminui à medida que aumenta a quantidade produzida, isto é, o custo total (CT) aumenta cada vez menos, atingindo o seu mínimo. A este fenómeno chama-se economia de escala. Após atingida a escala mínima de eficiência, o

⁷⁹ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 17.

⁸⁰ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 467. A questão das barreiras à entrada pode ser entendida à luz de dois diferentes autores. Bain - Escola de Havard -, defendia que estas seriam “(...) vantagens dos vendedores no mercado sobre potenciais empresas que nele desejassem entrar (...)” e distinguiam-se entre barreiras legais (monopólios públicos) e naturais (como as economias de escala e a diferenciação do produto) ao passo que, Stigler - Escola de Chicago - descrevia este conceito como “(...) custos de produção que as empresas teriam de suportar para entrarem no mercado (...)”.

⁸¹ Miguel M. e Silva, 2018, pág 892.

⁸² AdC, 2013, pto 2.6.25.

⁸³ Miguel M. e Silva, 2018, pág. 891.

⁸⁴ Fonte do gráfico: Cfr https://www.fep.up.pt/docentes/joao/material/micro2/micro2_custos.pdf.

custo por unidade de produção começa a aumentar, existindo uma redução dos retornos dos *outputs* utilizados, passando a empresa a sofrer de deseconomias de escala⁸⁵.

Por último, como já mencionado, o poder negocial dos compradores considera-se como um fator dissuasor à possibilidade da existência de uma posição dominante, uma vez que resulta da possibilidade dos compradores mudarem as suas preferências para empresas concorrentes ou mesmo de se integrarem verticalmente.

⁸⁵ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 128 e 129.

2.3 Mercado Relevante

O conceito de mercado relevante tem vindo a ganhar expressão ao longo dos tempos. Este permite enquadrar a empresa em termos de espaço e de produto e considera-se essencial ao estudo da noção de posição dominante.

Ao analisar comportamentos que visam limitar a concorrência é necessário definir *à priori* o mercado relevante em causa. Como referido por Miguel S. e Ferro “(...) a fragilidade da definição de mercados (...) implica, em última linha, a fragilidade de todo o ramo do direito da concorrência (...)”⁸⁶. O autor afirma que a definição do mercado relevante por parte do direito da concorrência visa:

*(...) permitir, quando necessário, a análise da importância e impacto de práticas no mercado, com vista à determinação da sua admissibilidade ou proibição, da extensão da responsabilidade pessoal e quantificação da coima, ou da atribuição de direitos e obrigações às empresas em causa, a terceiros e às próprias autoridades*⁸⁷.

Contudo, o facto desta definição não constar na legislação, leva a que seja alvo de muitas e variadas formulações que nem sempre permitem uma identificação do mercado relevante tão clara e objetiva quanto a que seria desejável.

Anteriormente a 1981, algumas das análises a abusos de posição dominante não continham a definição de mercado relevante. Esta ausência deve-se ao facto de se tratar de⁸⁸:

*(...) (i) de casos de monopólios legais em que a delimitação do mercado não foi questionada pelas partes; ou (ii) de casos em que se concluiu pela inaplicabilidade do artigo 102º do TFUE, não tendo a Comissão entendido existir um ónus tão significativo de fundamentação para a adoção de uma Decisão favorável à empresa visada*⁸⁹.

Considerando atualmente como fundamental para a análise de uma empresa em posição dominante a delimitação do mercado relevante, será de seguida apreciado este

⁸⁶ Miguel S. e Ferro, 2015, pág. 255.

⁸⁷ Miguel S. e Ferro, 2015, pág. 256.

⁸⁸ Miguel S. e Ferro, 2015, pág. 55.

⁸⁹ Miguel S. e Ferro, 2015, pág. 55.

conceito, atendendo tanto à vertente do produto, como às vertentes geográfica e temporal⁹⁰.

Em primeiro lugar, Miguel S. Ferro menciona que “(...) o mercado relevante a ser definido para a identificação de uma posição dominante pode ser diferente daquele em que se verificam os efeitos da prática”⁹¹.

Posteriormente, o autor *supra* citado refere os fatores que o Tribunal considerou numa das suas decisões como válidos para incluir dois ou mais produtos num mesmo mercado. Terem uma “(...) estrutura comparável da oferta e da procura, “(...) as mesmas características de produção (...)” , responderem a “(...) necessidades económicas idênticas (...)” , partilharem o “(...) mesmo regime de preços (...)”⁹² e concorrerem eficazmente uns com os outros⁹³, são os elementos indicados por Miguel S. Ferro. O autor refere ainda que um produto que tem várias finalidades não pertence apenas a um mercado relevante mas a um espectro de mercados, de acordo com o fim específico para o qual for utilizado, tendo de corresponder a “necessidades económicas diferentes”⁹⁴.

Por sua vez, a Comissão refere que o objetivo de definir um mercado se prende com “(...) identificar os concorrentes efetivos das empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva”⁹⁵. A apreciação respeitante ao mercado relevante feita pela Comissão constitui-se pela análise à substituição do lado da procura bem como da oferta e pela análise à concorrência potencial.

A substituição do lado da procura visa reunir os produtos que pela ótica do consumidor são substituíveis, sendo usado frequentemente para este efeito o teste *SSNIP*⁹⁶. A substituição do lado da oferta, acontece quando os “(...) os fornecedores

⁹⁰ AdC, 2013, pto 1.4.2. Segundo a AdC, é necessário considerar o Teste do Monopolista Hipotético (TMH) na determinação do mercado relevante. Segundo este teste: “(...) o mercado relevante é o mais restrito conjunto de produtos e áreas geográficas associadas para o qual o comportamento de um hipotético monopolista, único fornecedor presente e futuro naquele mercado, não é restringido de forma significativa pela pressão concorrencial oriunda de fornecedores de outros produtos ou de outras áreas geográficas”.

⁹¹ Miguel S. e Ferro, 2015, pág. 67.

⁹² José P. Pego, 2001, pág. 29. O autor afirma que dois produtos com diferentes preços, podem pertencer ao mesmo mercado se ambos satisfizerem as mesmas necessidades dos consumidores e se estes considerarem não existir vantagens adicionais no produto mais caro.

⁹³ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 67.

⁹⁴ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 56 e 57.

⁹⁵ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, pto 2.

⁹⁶ AdC, 2013, pto 1.4.4 e ss. Através do teste *SSNIP* - *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*, pretende-se verificar as consequências de uma alteração na variável preço. Quando um fornecedor

possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos (...)” ainda que “(...) para um determinado cliente final ou grupo de consumidores as diferentes qualidades não forem substituíveis (...)”⁹⁷.

Por último, a concorrência potencial apenas é tomada em consideração quando a Comissão o entende como relevante, referindo-se este conceito à possibilidade dos diferentes produtos/serviços concorrerem eficazmente num mesmo mercado.

Quanto às várias dimensões que o mercado relevante assume, a Comissão estabelece que a substituição dos produtos do lado da procura é utilizada como um indício fundamental para determinar se dois produtos pertencem ou não ao mesmo mercado. Contudo, a falta de uma definição concreta de mercado do produto, leva Miguel S. Ferro a sugerir a noção que se segue:

(...) o “ mercado do produto relevante ” corresponde ao conjunto mais estreito dos produtos e/ou serviços que exercem suficiente pressão concorrencial imediata sobre o produto focal da análise, devido à substituíbilidade do lado da procura ou do lado da oferta, de modo a que não haja incentivo económico para um pequeno aumento não transitório de preços do produto focal, na ordem dos 10%, acima de níveis concorrenciais^{98 99}.

Esta definição não se distânciava muito da apresentada pela Jurisprudência, sendo contudo, mais completa. A Jurisprudência tem em conta na sua análise, produtos razoavelmente substituíveis da perspectiva da procura/oferta e o contexto económico. Não obstante, segundo Miguel S. Ferro, falta objetividade na aferição do critério da substituição, sugerindo o autor a incorporação do teste *SSNIP* na análise¹⁰⁰.

No acórdão *United Brands* foi discutido quais produtos que deveriam integrar o mercado relevante, tendo surgido dois diferentes pontos de vista. Por um lado, as

pretende aumentar o preço de um produto, é essencial verificar se este aumento é vantajoso, analisando para este efeito, as opções substitutas de que os consumidores dispõem. Desta forma, considera-se A e B como produtos substitutos, quando um aumento duradouro no preço do produto A, na ordem dos 5%/10%, leva os consumidores a optarem pelo produto B.

⁹⁷ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, pto 20 e 21.

⁹⁸ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 433.

⁹⁹ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 74. É necessário considerar a elasticidade cruzada da procura entre dois bens, isto é, a variação da quantidade procurada do bem X tendo em conta a variação do preço do bem Y: $\eta = \frac{\text{variação percentual da quantidade procurada do bem X}}{\text{variação percentual do preço do bem Y}}$. Quando se trata de produtos substitutos, este conceito assume sempre um valor positivo, dado que as variáveis se alteram no mesmo sentido.

¹⁰⁰ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 431 e 432.

recorrentes afirmaram que as bananas da marca “Chiquita” pertenciam a um mercado em conjunto com as restantes frutas frescas, uma vez que, satisfazem as mesmas necessidades dos consumidores¹⁰¹. Paralelamente, a Comissão refere que a banana devia ser individualizada num único mercado uma vez que “(...) não tem uma significativa elasticidade cruzada a longo prazo (...)”¹⁰² tendo “(...) características específicas (...)”¹⁰³ que levam os consumidores a não considerar a banana um fruto permutável com os restantes¹⁰⁴.

No que respeita à dimensão geográfica do mercado¹⁰⁵, a Comissão indica que:

(...) o critério adoptado é o da substituição decorrente da variação dos preços relativos e a questão consiste em saber, uma vez mais, se os clientes das partes transfeririam as suas encomendas para as empresas situadas noutra local a curto prazo e a custos negligenciáveis. [com a finalidade de] (...) estabelecer se as empresas em áreas diferentes constituem efetivamente uma fonte alternativa de abastecimento para os consumidores¹⁰⁶.

De igual modo, a Comissão acredita ser necessário verificar a existência de barreiras de diferentes naturezas, nomeadamente, questões regulamentares e condições de preços e de custos de transporte à comercialização^{107 108}, dado que, podem incentivar ou retrair as trocas entre diferentes zonas.

Miguel S. Ferro propõe igualmente uma definição que serve para esclarecer a análise ao mercado geográfico, afirmando que:

(...) corresponde ao conjunto mais estreito das áreas que exercem suficiente pressão concorrencial imediata sobre a área focal da análise, devido à substituíbilidade do lado da procura ou do lado da oferta, de modo a que não haja incentivo económico para um pequeno aumento não transitório de preços na área focal, na ordem dos 10%, acima de níveis de concorrências¹⁰⁹.

Ao contrário da definição sustentada pela Jurisprudência que opta pela utilização da expressão “(...) atendendo à presença de condições concorrenciais suficientemente

¹⁰¹ Ac. *United Brands* pto 12, 13 e 18.

¹⁰² Ac. *United Brands*, pto 28.

¹⁰³ Ac. *United Brands*, pto 30.

¹⁰⁴ Ac. *United Brands*, pto 31, 34 e 35.

¹⁰⁵ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante, pto 37 a 43 e 44 a 52.

¹⁰⁶ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante, pto 29.

¹⁰⁷ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 491. “(...) uma área só concorre eficazmente com outra se a oferta e/ou a procura se puder deslocar de uma para outra em reação a um pequeno aumento de preços ou a uma pequena redução de *output*”.

¹⁰⁸ Ac. *United Brands*, pto 55.

¹⁰⁹ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 488.

homogéneas”¹¹⁰ (empregue também no acórdão *United Brands*¹¹¹), na noção proposta pelo autor *supra* mencionado, é dada preferência ao teste *SSNIP* de modo a verificar quais as empresas pertencentes ao mesmo mercado geográfico, alcançando através deste critério uma maior assertividade.

Por último, e apesar da dimensão temporal não constar na análise efetuada pela Comissão, segundo Miguel S. Ferro, acredita-se ser necessário enquadrar o mercado geográfico e do produto num determinado espaço temporal. A consideração de um período de tempo específico na determinação do mercado relevante torna-se indispensável, na medida em que, uma empresa ao deter uma posição dominante num mercado, detém-na durante um determinado período de tempo, sendo necessário determina-lo adequadamente¹¹². Pode mesmo surgir a exigência de definir de formas diferentes num mesmo caso o mercado relevante, dado que, as condições podem vir a alterar-se em virtude do tempo decorrido¹¹³.

¹¹⁰ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 487.

¹¹¹ Ac. *United Brands*, pto 39.

¹¹² No ac. *United Brands* foi verificado que as bananas apenas tinham produtos concorrentes no verão devido a características como, a textura, a ausência de caroço e a suavidade, limitando-se desta forma, o mercado relevante a um período temporal.

¹¹³ Miguel S. Ferro, 2015, pág. 517 a 525.

3. Conceito de Abuso de Posição Dominante

Definida a noção de posição dominante e tendo em conta que o que se pretende é, não só uma análise a este conceito como também uma apreciação ao art. 102º, é incontornável uma reflexão sobre a conceção de abuso. Miguel M. e Silva menciona que: “O abuso representa a infração dos deveres especiais de conduta a que está sujeita a empresa dominante”¹¹⁴ sendo o art. 102º e o art. 11º do RJC as normas a aplicar a esses casos.

O conceito de abuso, tal como os restantes previamente expostos, não se encontra consagrado no Tratado. Miguel M. e Silva refere que existem duas formas de o compreender, pela via “dedutiva” ou “indutiva”. Quanto à primeira, esta “(...) procura encontrar um conceito de exploração abusiva socorrendo-se de valores que devem informar a conduta competitiva (...)”¹¹⁵, isto é, comportamentos que não respeitem uma conduta baseada no mérito, enquanto no segundo método, é reconduzido o conceito de abuso à enumeração exemplificativa presente no art. 102º.

A construção doutrinal e jurisprudencial da noção de abuso, de apoio à aplicação do art. 102º, teve como pilares duas diferentes conceções, nomeadamente, a tese de Joliet e Mestmäcker, identificando-se hoje em dia, com os argumentos deste último autor^{116 117}.

Segundo Joliet, o abuso de posição dominante deveria assumir uma visão mais restritiva, isto é, o autor não considerava necessário ponderar os efeitos prejudiciais que determinado comportamento teria sobre a concorrência. Joliet sustentava a tese de que apenas deveriam ser condenadas as empresas cuja conduta fosse prejudicial aos consumidores. Por outro lado, Mestmäcker referia que deveriam ser consideradas como abusivas todas as práticas das empresas que poderiam vir a lesar os consumidores, os concorrentes ou mesmo a manutenção da própria concorrência no mercado, adotando desta forma, uma perspetiva de abuso mais ampla¹¹⁸.

¹¹⁴ Miguel M. e Silva, 2008, pág. 2.

¹¹⁵ Miguel M. e Silva, 2018, pág. 915.

¹¹⁶ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 474 e 475. A Tese de Joliet foi influenciada pelo sistema francês e a tese de Mestmäcker foi influenciada pelo regime alemão.

¹¹⁷ Proc. 6/72, Ac. *Europemballage Corporation e Continental Can Company* c. Comissão, 1973, pto 26. Neste acórdão foi aplicada a noção ampla de abuso.

¹¹⁸ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 474 e 475.

Assente neste conceito amplo de abuso, Sofia O. Pais refere que foi constituído um “modelo dicotómico” no direito da União. Este modelo visa dividir os comportamentos das empresas dominantes em duas categorias: comportamentos com base no mérito¹¹⁹ e comportamentos que vão contra um mercado concorrencial, estando apenas estes últimos sujeitos à aplicação do art. 102^o¹²⁰.

Por todos os motivos já referidos, uma empresa dominante é objeto de um maior controlo e fiscalização por parte das autoridades nacionais e europeias da concorrência. De acordo com a figura da “responsabilidade especial” incumbida a esta categoria de empresas, pode-se concluir que determinada prática que não seria condenável em empresas não dominantes, pode assumir um carácter ilícito em empresas nestas condições¹²¹.

Quanto ao conceito de abuso propriamente dito, este assume um carácter objetivo uma vez que, a Comissão não considera ser necessário demonstrar as razões pelas quais uma empresa explorou abusivamente tal posição¹²². No que respeita ao nexo de causalidade entre os conceitos de abuso e posição dominante, o acórdão *Continental Can* foi determinante neste domínio, dado que foi referida nesta decisão a não necessidade da existência deste nexo de causalidade, podendo assim, o comportamento abusivo ser realizado num diferente mercado ao do exercício da posição dominante¹²³. Não obstante, Sofia O. Pais parece não concordar com esta decisão. A autora refere que esta interpretação pode levar uma conduta a ser classificada como abusiva, mesmo que não tenha sido conseguida através do poder de mercado que a empresa detém¹²⁴.

¹¹⁹ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 478 e 479. Desta forma, é indispensável esclarecer o espectro de práticas que recaí sobre cada tipo de comportamento. As instituições europeias têm designado por práticas assentes no mérito as economias de escala e os descontos de quantidade. Por sua vez, Sofia O. Pais considera esta enumeração incompleta, visto que, não são considerados muitos dos comportamentos economicamente eficientes.

¹²⁰ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 477 e 478.

¹²¹ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 478. O facto de determinados comportamentos adquirirem um carácter ilícito, quando realizados por empresas dominantes, proporciona a estas empresas uma desvantagem na atuação nos mercados, refletindo-se numa “(...) visão do direito da concorrência como verdadeiro limite ao poder económico público e privado”.

¹²² Miguel Gorjão-Henriques, 2019, pág. 677, pto 122 e João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, 2004, pág. 629.

¹²³ Ac. *Continental Can*, pto 27.

¹²⁴ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 480 a 482. A autora fala numa certa mudança de paradigma e menciona que a Jurisprudência tem vindo a considerar um determinado nexo de causalidade, como requisito para a aplicação do art. 102^o, tal como aconteceu acórdãos *Tetra Pak II* e *Irish sugar*.

3.1 Formas de abuso de Posição Dominante

Após definido o conceito de posição dominante e de abuso, é primordial passar à determinação dos vários tipos de abusos¹²⁵ que podem ser objeto da aplicação do art. 102º.

Os abusos de exploração mencionados por Joliet, correspondem à utilização do poder de mercado de forma abusiva perante os restantes agentes económicos, nomeadamente, consumidores, clientes ou fornecedores, sendo os preços excessivos um exemplo desta categoria de abuso. Assim, o autor defende que, só nestes casos se justificaria o recurso ao art. 102º¹²⁶.

Miguel M. e Silva levanta a questão da diminuta aplicação do art. 102º, por parte da Comissão, a abusos de exploração. É certo que a Comissão considera que o tipo de abuso mais suscetível de causar prejuízo à prossecução dos fins da concorrência é o abuso de exclusão. Assim, por norma, não é aplicado o art. 102º a uma conduta que não traga prejuízo à concorrência efetiva, pese embora, cause dano aos consumidores. A justificação a essa questão poderá ter a ver com a hesitação da Comissão em aplicar o artigo devido à possível “(...) sobreposição com o domínio da tutela do consumidor (...)” bem como em “(...) abrir uma via de controlo do comportamento das empresas em posição dominante (...)”. De igual forma, o autor acima mencionado refere que, ainda que aplicado em prol dos consumidores, o art. 102º “(...) continua a ser uma regra de defesa da concorrência e não de proteção do consumidor”¹²⁷.

Miguel M. e Silva menciona igualmente que o direito da concorrência mais do que aplicar permanentemente a legislação, pretende preservar uma concorrência efetiva nos mercados através da atuação autónoma das empresas, de acordo com as regras económicas. No entanto, torna-se indispensável a aplicação do art. 102º à abusos de

¹²⁵ José P. Pego, 2007, pág. 364. Os abusos podem dividir-se em três diferentes categorias: abusos de exploração, abusos anticompetitivos e abusos de estrutura (prejuízo sobre a estrutura de mercado). O autor refere também a possibilidade de serem considerados abusos de retaliação.

¹²⁶ Miguel M. e Silva, 2012, pág. 82 e 98. Relativamente aos preços excessivos o autor refere que, segundo a Comissão, é necessária uma comparação entre o alegado preço excessivo imposto pela empresa e o preço de mercado praticado para o mesmo produto.

¹²⁷ Miguel M. e Silva, 2012, pág. 104 a 107.

exploração por parte de empresas dominantes, sempre que os consumidores não possam recorrer a concorrentes da empresa, de forma a diluir este comportamento¹²⁸.

A tese ampla de abuso proposta por Joaquim Mestmäcker, que é adotada pelo Tribunal, menciona que os abusos se podem apresentar não só na forma de abusos de exploração mas também como abusos de exclusão. Os abusos de exclusão, tal como o nome indica, tendem a excluir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado, levando a eliminação dos concorrentes¹²⁹.

Estes abusos de exclusão são os que suscitam mais dúvidas à doutrina e à jurisprudência, uma vez que, a tónica recai na análise dos seus efeitos¹³⁰. Uma empresa, não pode, nem deve, ser penalizada por excluir ou diminuir a concorrência, através da obtenção de resultados mais eficientes do que os restantes intervenientes no mercado. Se, um dos objetivos do Tratado consiste em preservar o bem-estar dos consumidores, o facto de uma empresa se tornar mais eficiente, está em conformidade com esse propósito¹³¹.

A Comissão de modo a facilitar a aplicação do art. 102º, enuncia e explica os tipos de abuso de exclusão sobre os quais esta norma incide. Assim, podem ser considerados abusivos os acordos exclusivos¹³² ¹³³, as vendas subordinadas e agrupadas¹³⁴, os comportamentos predatórios¹³⁵ e a recusa de fornecimento e compressão de margens¹³⁶.

¹²⁸ Miguel M. e Silva, 2012, pág. 105.

¹²⁹ É necessário ter em conta que a finalidade das empresas que atuam num mercado concorrencial é restringir ou mesmo eliminar a concorrência, tendo como objetivo a maximização os seus lucros. Assim, quando referida a intenção de restringir a concorrência, há que referir que esta só recai no domínio do abuso quando é conseguida através de condutas que não se coadunem com a concorrência pelo mérito.

¹³⁰ Sofia O. Pais, 2018, pág. 494. A autora afirma que de forma a facilitar a interpretação e aplicação do art. 102º, este deveria conter uma enumeração taxativa, ao invés da atual, enumeração exemplificativa. A enumeração existente leva a que haja uma maior dificuldade por parte das instituições europeias ao aplicar a norma e se confira uma maior insegurança jurídica às empresas.

¹³¹ Miguel M. e Silva, 2018, pág. 919 e 920.

¹³² Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 32 e ss. São entendidos como acordos de compra exclusiva, situações em que o cliente se compromete a comprar a uma só empresa. Estes denominam-se por práticas abusivas quando tiverem como fim excluir atuais ou potenciais concorrentes, tal como, os descontos condicionais.

¹³³ Sofia O. Pais, 2011a, pág 496. A concessão de descontos pode ser analisada através de diferentes óticas, uma vez que, estes podem ser benéficos aos consumidores. A autora refere que no direito norte-americano o desconto é entendido, por norma, como vantajoso.

¹³⁴ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão pto 47 e ss. As vendas subordinadas podem consistir em dois produtos cuja compra em conjunto é obrigatória. Esta atuação pode resultar numa aplicação do art. 102º, quando os produtos que formam a venda subordinada são distintos, não se justificando esta dependência.

¹³⁵ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 63 e ss. Estes acontecem quando uma empresa incorre em perdas propositadamente ou abdica de ganhos a curto-prazo. Este tipo de abuso, de um modo geral, tem como objetivo a exclusão de concorrentes.

¹³⁶ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 75 e ss. Para que seja abusiva tem de se verificar que “(...) a recusa incide num produto ou serviço objetivamente

Sofia O. Pais relativamente às condutas de exclusão, considera pertinente a análise à teoria do sacrifício do lucro¹³⁷, à teoria do concorrente igualmente eficiente e à teoria do bem-estar do consumidor¹³⁸. Quanto à primeira, a autora refere que terão um efeito de exclusão as condutas de preços predatórios que tenham como finalidade proveitos no longo-prazo, prejudicando os consumidores¹³⁹. A questão que a autora coloca é a possibilidade dos preços predatórios serem alvo de uma isenção de proibição, através de fundamentos económicos, deixando no mercado apenas as empresas com maior grau de eficiência. No que respeita à segunda teoria, é referido que o art. 102º se aplica não só à exclusão de empresas igualmente eficientes bem como à exclusão das menos eficientes, quando a presença destas traz benefícios aos consumidores. Por último, a teoria do bem-estar dos consumidores centra-se em saber se é possível analisar todos os comportamentos através dos prejuízos/benefícios causados aos consumidores, a par da deteriorização causada à própria concorrência. À luz deste argumento iria ser atenuada a diferenciação de práticas de exclusão e exploração, incidindo a apreciação de ambas num critério comum¹⁴⁰.

Contudo, e como não poderia deixar de ser, a Comissão em consonância com uma abordagem mais económica ao art. 102º, tem vindo realizar uma avaliação dos possíveis ganhos de eficiência procedentes destas práticas aparentemente abusivas, à luz dos quais se pode considerar o afastamento da aplicação desta norma, impondo contudo a necessidade de um desempenho “objetivamente justificado”:

Uma empresa em posição dominante pode fazê-lo, quer demonstrando que o seu comportamento é objetivamente necessário, quer demonstrando que o seu comportamento produz ganhos de eficiência substanciais, que compensem qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores¹⁴¹.

necessário para uma concorrência efetiva num mercado a jusante”, “(...) a eliminação da concorrência efectiva no mercado a jusante (...)” e tem de levar a um “(...) prejuízo para o consumidor”.

¹³⁷ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 509. Este não deve ser um critério decisivo dado que, há situações onde a ocorrência de perdas se pode justificar, por no longo-prazo, dar lugar a vantagens para os consumidores ou mesmo para a manutenção da concorrência, como é o caso dos investimentos em inovação.

¹³⁸ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 497.

¹³⁹ O facto das restantes empresas não conseguirem replicar este fenómeno devido a um nível de eficiência inferior, leva a que, sejam forçadas a abandonar o mercado, contribuindo para o reforço do poder de mercado da empresa dominante.

¹⁴⁰ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 514.

¹⁴¹ Comunicação da Comissão sobre a aplicação do art. 82º a comportamentos de exclusão, pto 28.

4. Reforma do Artigo 102º: Abordagem baseada nos efeitos considerando fundamentos económicos

As incertezas e receios quanto à aplicação do atual art. 102º, levaram a que a Comissão só aplicasse pela primeira vez esta norma em 1971¹⁴².

Ao longo do tempo, foi possível verificar a diferença na evolução feita pelas instituições europeias do art. 101º e 102º, podendo-se assim afirmar que houve uma certa negligência no tratamento desta última norma¹⁴³. A consciência deste desleixo, tem levado à necessidade da modernização do artigo 102º, para que o conceito de abuso não seja entendido como:

(...) monopolista sem escrúpulos que submete os concorrentes à sua vontade através de campanhas predatórias, reduzindo os preços para níveis que não permite suportar os custos, levando à saída dos concorrentes para, eliminados estes, poder aumentar os preços aos consumidores¹⁴⁴.

Um novo paradigma na utilização do art. 102º, avaliando as práticas abusivas à luz de possíveis objetivos pró-concorrenciais, tem sido cada vez mais discutido. Contudo, o conceito enraizado de “abuso” já conduz naturalmente a um caráter depreciativo desses mesmos comportamentos. À luz da letra do art. 102º: “A noção de isentar um abuso colide com a própria *ratio* daquela norma (...)”¹⁴⁵.

Apesar da lei não prever tal entendimento: “(...) a consideração de justificações objetivas e de ganhos de eficiência no seio do artigo 102º é a única solução que está de acordo com o processo de modernização (...)”¹⁴⁶.

Desta forma, algumas das decisões levadas a cabo pelas instituições europeias introduziram as noções de justificação objetiva e ganhos de eficiência, tendo estes de compensar os prejuízos causados à concorrência. Contudo, era necessário especificar em

¹⁴² Miguel M. e Silva, 2008, pág. 44.

¹⁴³ Albertina Albors-Llorens, 2007, pág. 1752 e 1753.

¹⁴⁴ Miguel M. e Silva, 2008, pág. 7.

¹⁴⁵ Miguel M. e Silva, 2008, pág. 2.

¹⁴⁶ Sofia O. Pais, 2011a, pág. 492.

que termos é que práticas potencialmente abusivas se tornavam lícitas e desta forma, “escapavam” à aplicação da proibição^{147 148}.

Surge então em 2005 o primeiro documento elaborado pela Comissão de apoio à aplicação do art. 102º, o *Discussion Paper*¹⁴⁹. Este documento teve como finalidade esclarecer as noções de justificação objetiva e ganhos de eficiência na avaliação de comportamentos possivelmente abusivos, defendendo uma abordagem das práticas baseada nos efeitos¹⁵⁰ que estas pudessem provocar na estrutura concorrencial, tentando assim abandonar uma perspetiva formal da norma^{151 152}. No entanto, Albertina Albors-

¹⁴⁷ Albertina Albors-Llorens, 2007, pág. 1727 e 1728.

¹⁴⁸ Peter Oliver, 2005, pág. 335 e 336. O autor refere que no que diz respeito a descontos de venda, o Tribunal considerou as economias de escala como uma possível justificação económica. Peter Oliver menciona também que considerações de interesse público (como saúde ou segurança), ainda que tenham sido rejeitadas no caso *Hilti* (Proc C-53/92, acórdão *Hilti c. Comissão*, 1994), possam vir a servir de argumento a condutas avaliadas pelo art. 102º, dado que, objetivos de política pública são ponderados no Tratado. Ter em conta a Comunicação da Comissão sobre abusos de exclusão, pto 29, relativo a esta matéria.

¹⁴⁹ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*. Em 2009 substituído pela versão final: Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.

¹⁵⁰ Thomas Eilmansberger, 2006, pág. 20 a 23. A respeito dos efeitos a considerar, o autor refere que deviam ser apenas tidos em conta efeitos estruturais, isto é, efeitos que modificassem a estrutura do mercado e apenas quando a empresa tinha a intenção de provocar tal resultado. O autor argumenta que o reforço de uma posição dominante por parte de uma empresa, ou seja, o aumento das suas quotas de mercado, não constituía um efeito estrutural, logo, não devia ser considerado na apreciação do art. 102º, uma vez que, podia ser conseguido também por empresas que não usufruissem de uma posição dominante no mercado. Contudo, apesar de necessário, o efeito estrutural não deve ser suficiente para conferir a uma prática, um carácter abusivo. Em suma, o autor acima mencionado considera que não faz sentido que práticas consideradas “normais” se tornem ilícitas após a empresa atingir uma posição de domínio. É possível desta forma concluir, que Thomas Eilmansberger não concorda com a “responsabilidade especial” atribuída a uma empresa em condições de domínio.

¹⁵¹ Albertina Albors-Llorens, 2007, pág. 1728 e 1729.

¹⁵² Albertina Albors-Llorens, 2007, pág. 1736 a 1747. Contudo, Albertina Albors-Llorens apresenta algumas das decisões das insituições europeias, ainda antes da publicação do *Discussion Paper*, onde já tinham sido consideradas razões económicas para a isenção da proibição. Ainda em 1971, no acórdão *Sirena c. Eda*, (Proc. 40/70, ac. *Sirena c. Eda*, 1971) foi mencionado pelo Tribunal a possibilidade de usar o conceito de justificação objetiva na prática de preços altos por parte de uma empresa, sem cair no âmbito de aplicação do art. 102º. No acórdão *United Brands* (já mencionado anteriormente), o Tribunal afirma que a recusa de venda pode vir a ser considerada como justificada. No decorrer desta decisão, o Tribunal refere que o comportamento de uma empresa dominante não pode ser justificado se a verdadeira intenção da empresa for reforçar o seu poder de mercado e futuramente abusar da sua situação de domínio. Mesmo após a empresa justificar os seus atos e esta justificação for considerada como válida, estes têm de ser proporcionais à ameaça de que a empresa se pretende defender. Se a sua conduta for excessiva, mediante os atos dos seus concorrentes ou de qualquer outra ameaça externa, esta será considerada como abusiva à luz do art. 102º. Contudo, a autora critica o facto desta noção de proporcionalidade ser mal explicada no caso em apreço bem como o facto de não terem sido ponderados pelo Tribunal os efeitos económicos da conduta. Ainda em 1987, no caso *BP c. Comissão* (Proc. 77/77, ac. *Bp c. Comissão*, 1987) o Tribunal considerou como possível razão para justificar comportamentos eventualmente abusivos, fatores externos à empresa. É possível desta forma verificar, respetivamente, duas justificações objetivas alternativas: em primeiro, a proteção dos interesses comerciais da empresa (todavia a autora refere que é difícil a separação de práticas com vista a proteger interesses da empresa e práticas cuja a intenção é aumentar poder de

-Llorens considera que esta tentativa de modernizar o art. 102º não teve o resultado previsto, ficando a questão da justificação das práticas possivelmente abusivas aquém do esperado, dado que, a autora refere que o *Discussion Paper* aumentou a exigência destas justificações. Assim, segundo a autora, para o sucesso de justificações objetivas para comportamentos avaliados ao abrigo do art. 102º, é necessária uma apreciação menos exigente e baseada em princípios económicos¹⁵³.

Todavia, o *Discussion Paper* foi fundamental não só pelo início de uma reestruturação à abordagem do art. 102º, conferindo-lhe uma componente económica, mas também pela clarificação dos critérios para a aplicação desse mesmo artigo. Assim, como refere Lisbe Finell, para que se torne mais fácil para as empresas respeitar esta disposição e consequentemente para que haja menos comportamentos que interfiram com o desempenho da política da concorrência, os requisitos para aplicar a norma devem ser claros e as instituições europeias devem ser consistentes na sua execução, de modo a conferir aos agentes económicos, uma maior segurança jurídica no momento da escolha das suas estratégias¹⁵⁴.

mercado); e em segundo, fatores externos à empresa (no caso em análise, escassez de um produto). Estes dois argumentos à disposição das empresas, estão conduto sujeitos a duas condições cumulativas: em primeiro lugar, a verificação da verdadeira intenção da empresa (sendo que a autora refere que esta condição é bastante difícil de provar ficando esta forma de justificação, de certa maneira, condenada ao fracasso, mesmo antes de aplicada) e em segundo lugar, a verificação da proporcionalidade dos atos.

Em 1999, com o processo *Irish Sugar* (Proc. T-228/97, ac. *Irish Sugar* c. Comissão, 1999) o Tribunal introduziu considerações de eficiência económica. Ainda assim, a autora *supra* mencionada considera que o Tribunal foi pouco esclarecedor na apresentação dos critérios uma vez que, não especificou se os interesses comerciais da empresa e os referidos requisitos de eficiência, eram independentes ou cumulativos.

¹⁵³ Albertina Albors-Llorens, 2007, pág. 1759 a 1761.

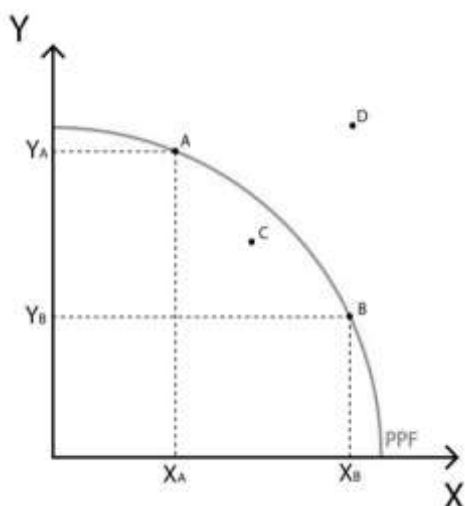
¹⁵⁴ Lisbe Finell, 2009, pág. 284 a 287.

4.1 Considerações de eficiência económica

Continuando no âmbito de uma abordagem do art. 102º baseada nos efeitos das condutas, parece ser consensual entre a doutrina a necessidade de considerações mais económicas na leitura deste artigo. Discute-se a possibilidade de evocar razões de eficiência económica para justificar os comportamentos aparentemente abusivos, permanecendo no entanto, uma certa incerteza na aplicação deste critério. Há mesmo quem defenda que este requisito tem muitas limitações aquando da justificação de comportamentos abrangidos por este artigo.

Contudo, ainda antes da discussão sobre o sucesso ou não da aplicação deste critério ao art. 102º, é indispensável explicitar a que tipos de eficiências se refere a Comissão e a doutrina.

Laura Parret refere que o que se pretende incentivar são as eficiências alocativas e produtivas. Isto é, alocação eficiente dos recursos e a capacidade das empresas para tirar partido de todas as economias de escala e da tecnologia, de forma a conseguir reduzir custos desnecessários. A autora refere que o facto da Comissão associar sempre o conceito de eficiência ao bem-estar dos consumidores não permite perceber com clareza qual o papel que este conceito ocupa na aplicação do art. 102º¹⁵⁵.



Não obstante, considera-se essencial uma abordagem mais económica a estes conceitos. A eficiência produtiva divide-se entre a afetação de recursos em cada empresa e afetação de recursos entre as empresas de um setor. Esta representa-se pela curva denominada de fronteira de possibilidades de produção (PPF- *Production Possibility Frontier*). A produção é eficiente quando não é possível redistribuir recursos de forma a produzir mais de um bem sem diminuir a produção de outro bem (o ponto A e B do gráfico representam a produção eficiente dos bens X e Y, ao passo que, a empresa diz-se ineficiente se estiver a produzir no ponto C).

¹⁵⁵ Laura Parret, 2010, pág. 349 e 350.

A eficiência alocativa refere-se à escolha entre os diferentes pontos da fronteira de possibilidade de produção, uma vez que, todos eles são eficientes a nível produtivo. Desta forma, este tipo de eficiência é conseguida quando não é possível, através da escolha de um diferente cabaz de bens, aumentar o bem-estar de um consumidor sem diminuir o bem-estar de, pelo menos, um outro consumidor^{156 157}.

Apesar do recurso ao critério da eficiência ainda suscitar algumas questões, considerações de eficiência económica têm sido mencionadas desde o Tratado de Roma em 1957, onde se pretendia promover a criação de um mercado interno capaz de proporcionar eficiências produtivas. Também a concorrência intramarcas (existência de um produtor paralelo que revende em diferente território do que o fabricante) foi considerada como promotora de eficiências económicas nomeadamente eficiências alocativas¹⁵⁸.

Com a reforma do art. 102º apoiada pelo *Discussion Paper*, substituído mais tarde pela Comunicação da Comissão sobre abusos de exclusão, a Comissão considera que ganhos de eficiência podem ser usados na argumentação de uma empresa dominante, com vista a defender a sua conduta¹⁵⁹. Sendo certo que ganhos de eficiência possam ser invocados por uma empresa dominante, ainda assim, é necessário que estes estejam bem especificados para que as empresas consigam obter alguma segurança jurídica na norma¹⁶⁰.

Como já mencionado, o art. 102º não sustenta a possibilidade de um balanço económico, ao contrário do que acontece no nº 3 do art. 101º do TFUE. Albertina Albors-Llorens acredita que a solução passa pela possível justificação no momento da constatação do abuso, sendo que quem deve determinar estes benefícios pró-concorrenciais é a respetiva autoridade responsável pelo caso¹⁶¹.

Ao contrário do passo único proposto por Albertina Albors-Llorens, Sofia O. Pais segue as considerações feitas pela Comissão na Comunicação de 2009, verificando possíveis ganhos de eficiência em quatro condições cumulativas, em analogia à letra do

¹⁵⁶ Fonte do gráfico: <https://policonomics.com/production-possibility-frontier/>.

¹⁵⁷ Richard G. Lipsey e K. Alec Chrystal, 2007, pág. 276.

¹⁵⁸ Sofia O. Pais, 2011c, pág. 613 a 615.

¹⁵⁹ Comunicação da Comissão sobre abusos de exclusão, pto 28.

¹⁶⁰ Jean-François Bellis e Tim Kasten, 2010, pág. 915.

¹⁶¹ Albertina Albors-Llorens, 2007, pág. 1747.

101º. Assim, para que os argumentos referidos pelas empresas sejam válidos, Sofia O. Pais afirma que:

(...) a empresa dominante tem de provar que o seu comportamento será susceptível de produzir ganhos de eficiência e que é aliás indispensável para os obter, e que esses ganhos além de compensarem os efeitos negativos sobre a concorrência e bem-estar dos consumidores não eliminam a concorrência^{162 163 164}.

Contudo, Sofia O. Pais faz referência à dificuldade inerente na aplicação desta justificação, mencionando que chega mesmo a existir uma certa discórdia entre a doutrina acerca da clareza dos conceitos económicos aplicados.

Anca Daniela Chirita menciona o Advogado-Geral Colomer, ao referir que este afirmou que ideias formalistas e rígidas na aplicação do art. 102º ignoram o facto de que condutas avaliadas à luz desta norma, possam ser usadas para obter ganhos de eficiência¹⁶⁵. Segundo a autora, descontos praticados por empresas dominantes podem proporcionar benefícios aos consumidores, da mesma forma que, a recusa de fornecimento pode ser necessária para que uma empresa consiga o retorno de um investimento, que trará proveitos aos consumidores através da descoberta ou desenvolvimento de um produto¹⁶⁶.

Há mesmo quem defenda que a utilização do conceito de eficiência económica continua a ter um “papel insignificante” na apreciação de casos de abuso de posição dominante. Desta forma, Jean-François Bellis e Tim Kasten questionam-se acerca do porquê de existir uma dificuldade tão acentuada na justificação de condutas respeitantes ao art. 102º do TFUE (tradução nossa)¹⁶⁷.

Uma das razões apontadas pelos autores é o facto de justificações só serem necessárias quando já há uma convicção de que o comportamento é abusivo. Assim, após existirem argumentos que demonstrem que a conduta possa ser anticoncorrencial, razões

¹⁶² Sofia O. Pais, 2011c, pág. 623.

¹⁶³ Anca Daniela Chirita, 2009, pág. 690. A autora também partilha deste entendimento e acrescenta o facto de não estar expressamente mencionado que estas eficiências tenham de ser transferidas para os consumidores.

¹⁶⁴ Anca Daniela Chirita, 2009, pág. 694. A autora indica que no momento da avaliação de uma conduta, a empresa dominante deve justificar o quanto antes o seu comportamento para que a Comissão possa fazer um balanço entre os efeitos anticoncorreciais e os ganhos de eficiência que a empresa considere que irão advir dessa prática.

¹⁶⁵ Anca Daniela Chirita, 2009, pág. 693.

¹⁶⁶ Anca Daniela Chirita, 2009, pág. 691 e 692.

¹⁶⁷ Jean-François Bellis e Tim Kasten, 2010, pág. 917.

que remetem para a eficiência são vistas como um “pedido de isenção”, figura essa, que não se coaduna com a leitura do art. 102º.

Mesmo que as empresas consigam provar que a sua conduta leva à produção de eficiências, estas deverão provar que existe proporcionalidade entre as ações que adotaram e as eficiências que foram geradas, conferindo este requisito um grande poder discricionário às instituições europeias.

No que respeita às condições cumulativas *supra* mencionadas por Sofia O. Pais, Jean-François Bellis e Tim Kasten destacam a particularidade de em nenhum lugar ser considerado que as eficiências resultantes da conduta tenham de ser transferidas para os consumidores. Assim, segundo estes autores, é válido interpretar que é permitido que apenas os produtores da empresa beneficiem das eficiências produzidas.

Jean-François Bellis e Tim Kasten não acreditam que considerações de eficiência terão sucesso na avaliação de casos à luz do art. 102º, uma vez que, entendem existir grandes falhas no balanço entre as eficiências geradas por uma conduta e os seus aspetos negativos para a concorrência. Deste modo, estes sugerem que a Comissão deveria fazer uma análise às possíveis razões para esta falha de considerações de eficiência, de forma a apresentar soluções a esta questão¹⁶⁸.

Anna-Lena Baur apresenta também o seu contributo acerca desta matéria ao analisar individualmente os requisitos propostos pela Comissão *supra* mencionados, referindo também esta autora, dificuldades na consideração de razões de eficiência.

Em primeiro lugar, a autora começa por questionar se será prudente que estes requisitos se inspirem no nº 3 do art. 101º do TFUE, isto porque, para além dos artigos 101º e 102º visarem diferentes contextos, é necessário verificar até que ponto, requisitos elaborados para serem cumpridos por empresas não dominantes, terão sucesso quando aplicados a empresas dominantes.

Quanto à existência de eficiências, Anna-Lena Baur argumenta que a sua não ponderação pode mesmo vir a prejudicar os consumidores, isto porque, se não for possível excluir concorrentes do mercado em prol da criação de eficiências, a política da

¹⁶⁸ Jean-François Bellis e Tim Kasten, 2010, pág. 917 a 927.

concorrência acaba por beneficiar empresas ineficientes, em prejuízo dos consumidores¹⁶⁹.

De seguida irão ser apresentadas de forma sumária, algumas das considerações feitas pela autora relativamente aos requisitos necessários para justificar condutas aparentemente abusivas.

A respeito da questão já levantada pelos autores Jean-François Bellis e Tim Kasten, acerca de quem deverá usufruir das eficiências geradas, dado que não há por parte da Comissão informação clara nesse sentido, Anna-Lena Baur ao contrário dos autores *supra* mencionados, considera que só serão tidas em conta eficiências de que os consumidores tirem proveito. A autora refere que a política da concorrência tem como prática apreciar as melhorias à luz do conceito de bem-estar do consumidor, não vendo o porquê dessa interpretação não ser também a utilizada na nova abordagem ao art. 102º.

Quanto ao requisito da conduta ser “(...) susceptível de produzir ganhos de eficiência e que é aliás indispensável para os obter (...)” Anna-Lena Baur refere que uma empresa dominante poderá não ter informação suficiente para analisar os ganhos de eficiência de uma conduta no momento da sua implementação, de modo a verificar se esta será necessária e indispensável.

Outra das exigências objeto de reflexão, foi o facto dos prejuízos causados à concorrência terem de ser compensados pelos benefícios criados. Assim, Anna-Lena Baur menciona vários aspetos que podem contribuir para o fracasso da contemplação de questões de eficiência. A autora refere como obstáculo a dificuldade na mensuração dos ganhos e dos prejuízos, referindo que não existe uma “etiqueta” (tradução nossa) de forma a proceder matematicamente a tal comparação e o facto das empresas não saberem *a priori* quais serão os efeitos positivos e negativos que as suas escolhas terão na estrutura concorrencial. Por fim, mas igualmente relevante, a autora menciona que as empresas que reforcem o seu poder de mercado ficam de imediato ilegíveis ao uso da defesa através de considerações de eficiência, sendo esta outra das grandes barreiras ao uso deste critério¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Anna-Lena Baur, 2012, pág. 422 a 423.

¹⁷⁰ Anna-Lena Baur, 2012, pág. 431 a 442.

Conclusão

Ao longo do estudo no âmbito desta dissertação, pode-se concluir, tal como referido por Horacio Vedia Jerez que: “Atualmente, é amplamente aceite que o direito da concorrência constitui um instrumento fundamental para a concorrência, para o crescimento económico e para o bem-estar dos consumidores” (tradução nossa)¹⁷¹.

Com esta investigação pode-se constatar que a análise dos conceitos subjacentes ao art. 102º tem vindo a desenvolver-se com o decorrer do tempo. Dentro do conceito de posição dominante, noções como o mercado relevante ou mesmo os próprios indícios para deter esta posição de domínio têm sido alvo de progresso.

Hoje em dia, mais do que nunca, acredita-se ser fundamental para a aplicação do art. 102º a delimitação do mercado relevante, de modo a verificar o nível de pressão concorrencial sofrido pelas empresas e, com isto, apurar se ocupam uma posição de domínio. Os indícios para uma posição dominante têm também sofrido alterações em virtude do desenvolvimento dos mercados concorrenciais. Atualmente, pode-se constatar que há uma menor importância atribuída às quotas de mercado quando se trata de mercados de novas tecnologias. Assim como nestes, nos mercados em que existe uma constante evolução, as quotas de mercado correspondem a um indicador cada vez menos conclusivo.

O conceito de abuso, a par das restantes noções integrantes do art. 102º, foi também alvo de progresso, na medida em que, os comportamentos destas empresas começaram a ser entendidos de uma outra forma. Há muito que o art. 102º carecia de uma evolução no sentido da consideração de conceitos mais precisos - ponderações económicas -, que se afiguravam uma prioridade nesta norma.

Após o seu desenvolvimento acredita-se que este artigo deixou de lado a visão rígida das empresas dominantes, passando-se a ter em conta os benefícios que estas poderiam trazer à concorrência, nomeadamente a nível de ganhos de eficiência económica. Ora, considerou-se, desta forma, determinante o estudo sobre o papel que esses ganhos de eficiência ocupariam no art. 102º.

¹⁷¹ Horacio Vedia Jerez, 2015, pág. 1.

Em tom conclusivo, entende-se que ainda são colocadas bastantes dúvidas e constrangimentos ao recorrer ao critério de ganhos de eficiência. Assim, apesar de, por um lado, ser vantajoso para as empresas dominantes que esta figura já tenha lugar no direito da concorrência, por outro, quantas empresas conseguirão cumprir os seus requisitos, ultrapassando os obstáculos que lhes são impostos? Parte da doutrina afirma que poderá mesmo ser um risco para as empresas orientarem as suas decisões acreditando ter à sua disposição este instrumento para a sua defesa que, na realidade, ainda se encontra repleto de obstáculos e dificuldades aquando da sua implementação.

Bibliografia

ALBORS- LLORENS, A. (2007). “The role of objective justification and efficiencies in the application of article 82 EC”, *Common Market Law Review*, Vol. 44.

Autoridade da Concorrência. (2013). “Linhas de Orientação para a Análise Económica de Operações de Concentração” disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Paginas/Sistema-Nacional-da-Concorrenca1.aspx, consult. em 20/Fev/2020.

BAUR, A-L. (2012). “Analysing the Commission's Guidance on Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU - An Efficiency Defence for Abusive Behaviour of Dominant Undertakings?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 19.

BELLIS, J.-F., KASTEN, T. (2010). “Will efficiencies play an increasingly important role in the assessment of conduct under article 102 TFUE”, *The antitrust Bulletin*, Vol. 55, No. 4.

CAMPOS, J. M., e CAMPOS, J. L. (2004). *Manual de Direito Comunitário*, 4º ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

CHIRITA, A. D. (2009). “The EC Commission’s guidance paper on the application of article 82 EC: an efficient means of compliance for Germany?”, *European Competition Journal*, Vol. 5, No. 3.

EILMANSBERGER, T. (2006). “Dominance- The lost child? How effects-based rules could and should change dominance analysis”, *European Competition Journal*, Vol. 2.

FERRARI, L. S. (2013). “Google e o direito europeu da concorrência: abuso de posição dominante?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, No. 14/15.

FERRO, M. S. (2015). *A Definição de Mercados Relevantes no Direito Europeu e Português da Concorrência – Teoria e Prática*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas. Coimbra, Almedina.

FINELL, L. (2009). “The article 82 Reform: Increasing the incentives to comply?”, *World Competition*, Vol. 32, No. 3.

- FOX, E. M. (2006). “Monopolization, Abuse of dominance, and the Indeterminacy of economics: The U.S/E.U. Divide”, *Utah Law Review*, No. 3.
- GJENDEMSJØ, R., HJELMENG, E., SØRGARD, L. (2013). “Abuse of Collective Dominance: The Need for a New Approach”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 36.
- GOMES, J. L. (2010). *Lições de direito da concorrência*. Almedina.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. (2019). *Direito da União - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9º ed., Coimbra, Almedina.
- HARKER, M. (2011). “Antitrust Law and Administrability - Consumer versus Total Welfare”, *World Competition*, Vol. 34, No. 3.
- JEREZ, H. V. (2015). *Competition Law Enforcement and Compliance across the World - A Comparative Review*. Wolters Kluwer Law & Business.
- LIPSEY, R. G., CHRYSTAL, K., A. (2007). *Economics*. Oxford University Press.
- MARQUES, N. C. (2019). *Contributo para a autonomia do Direito Nacional da Concorrência - Em especial no que respeita a criminalização dos cartéis*, Dissertação de doutoramento em Direito. Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora.
- OLIVER, P. (2005). “The concept of “abuse” of a dominant Position under article 82 EC: Recent developments in relation to pricing”, *European Competition Journal*, Vol. 1, No. 2.
- PAIS, S. O. (2011a). *Entre inovação e concorrência – Em defesa de um modelo Europeu*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Comunitárias. Lisboa, Universidade Católica Editora.
- PAIS, S. O. (2011b). “O critério do Bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, Vol. 1.
- PAIS, S. O. (2011c). “Proibição de importações paralelas e justificação objectiva no Direito da Concorrência da União Europeia”, *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Coimbra Editora.

PAIS, S. O. (2018). “Considerações de lealdade e equidade no Direito da Concorrência da União - Breves reflexões”, *Revista de Concorrência e Regulação*, No. 35.

PARRET, L. (2010). “Shouldn’t we know what we are protecting? Yes we should! A plea for a solid and comprehensive debate about the objectives of EU competition law and policy”, *European Competition Journal*, Vol. 6, No. 2.

PEGO, J. P. (2001). *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*. Coimbra, Almedina.

PEGO, J. P. (2007). *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência - A posição dominante colectiva*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais. Coimbra, Almedina.

PERA, A. (2008). “Changing views of competition, economic analysis and EC Antitrust Law”, *European Competition Journal*, Vol. 4, No. 1.

SILVA, M. M. (2008). *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Económicas.

SILVA, M. M. (2012). “Os abusos de exploração sobre os consumidores - Uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Vol. 2, No. 9.

SILVA, M. M. (2018). *Direito da Concorrência*, AAFDL.

VIJVER, T. (2012). “Objective Justification and Article 102 TFEU”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 35.

Lista de Jurisprudência

1971 – Proc. 40/70, acórdão *Sirena c. Eda*, 1971.

1973 – Proc. 6/72, acórdão *Europemballage Corporation e Continental Can Company c. Comissão*, 1973.

1978 – Proc. 27/76, acórdão *United Brands Company c. Comissão*, 1978.

1979 – Proc. 85/76, acórdão *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comissão*, 1979.

1987 – Proc. 77/77, acórdão *Bp c. Comissão*, 1987.

1991 – Proc. C-41/90, acórdão *Klaus Höfner et Fritz Eiser c. Macrotron GmbH*, 1991.

1994 – Proc. C-53/92, acórdão *Hilti c. Comissão*, 1994.

1999 – Proc. T-228/97, acórdão *Irish Sugar c. Comissão*, 1999.

2000 – Proc. C-395/96 P e C-396/96 acórdão *Compagnie Maritime Belge e Dafra-Lines A/S c. Comissão*, 2000.

2003 – Proc. T-219/99, acórdão *British Airways c. Comissão*, 2003.

2006 – Proc. T-330/01, acórdão *Akzo Nobel NV c. Comissão*, 2006.

Comunicações da Comissão

1997 – Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C372/03).

2004 – Comunicação da Comissão - Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (2004/C 101/07).

2009 – Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C45/02).

2014 – Comunicação da Comissão - Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101º , nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis) (2014/C 291/01).