

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



**O Abuso de Posição Dominante – Em Especial dos Descontos de
Exclusividade**

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Lúcia Rafael
Mestrado de Direito e Gestão
Junho de 2022

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE DIREITO E GESTÃO



**O Abuso de Posição Dominante - Em Especial os Descontos de
Exclusividade**

REALIZADA POR: Lúcia Dinis Rafael

PROGRAMA DE MESTRADO: Direito e Gestão

SOB A ORIENTAÇÃO DE:

Professor Doutor João Confraria

Professora Doutora Patrícia Fragoso Martins

Lisboa, Junho de 2022

Agradecimentos

Aos meus pais, que sempre me apoiaram incondicionalmente.

Ao Renato que esteve sempre presente, mesmo nos dias difíceis.

*Aos meus orientadores, pela paciência e disponibilidade ao longo deste difícil
processo.*

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo a análise dos descontos de fidelidade e a sua compatibilidade com o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Serão abordadas as duas perspetivas doutrinárias fundamentais neste âmbito: por um lado, a abordagem baseada na forma que pretende que tais descontos sejam considerados abusivos *per se* e, por outro, a abordagem baseada nos efeitos, que propugna que os efeitos gerados no processo competitivo pelos descontos de fidelidade sejam avaliados no caso concreto, de modo a concluir pela sua legalidade ou ilegalidade. Partimos desta querela doutrinária para a realização de um comentário jurisprudencial ao conhecido caso Intel, que serve de mote à discussão sobre qual o entendimento das instituições europeias quanto a estes descontos. Aqui analisaremos a posição da Comissão Europeia, bem como a posição da jurisprudência da União Europeia, tentando apurar se os descontos de fidelidade integram a categoria dos abusos de exclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Descontos de Fidelidade, Posição Dominante, Abusos de Exclusão, Intel

Índice

Resumo.....	2
Lista de Abreviaturas.....	4
1. Introdução.....	5
2. Enquadramento legal – O artigo 102.º TFUE.....	8
2.1 Âmbito da proibição do abuso de posição dominante.....	8
2.2 Descontos condicionais e não condicionais	11
2.2.1 Descontos de quantidade	12
2.2.2 Descontos de fidelidade ou exclusividade.....	13
2.2.3 Descontos incluídos na terceira categoria	19
2.2.4 Descontos multiprodutos	20
2.3 Abordagem baseada na forma versus Abordagem baseada nos efeitos	20
3. Decisão da Comissão Europeia de 13 de maio de 2009 sobre o caso <i>Intel</i>	25
3.1 Mercado em causa	25
3.2 Posição Dominante.....	27
3.3 Abusos de exclusão	28
4. Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de Junho de 2014, Intel Corporation Inc c. Comissão, processo T-286/09	31
4.1 Qualificação jurídica dos descontos e pagamentos concedidos em contrapartida de um abastecimento exclusivo.....	35
4.1.1 Pertinência da duração do desconto ou benefício financeiro	38
4.1.2 Pertinência do poder de compra dos clientes a quem foi concedido o benefício	39
4.2 Pertinência do teste <i>do “concorrente igualmente eficiente”</i>	40
5. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2017, Intel Corporation Inc c. Comissão, C-413/14P.....	44
6. Conclusão	48
7. Bibliografia.....	51
8. Jurisprudência da União Europeia.....	53
9. Legislação e documentação de apoio	54

Lista de Abreviaturas

AdC – Autoridade da Concorrência

AEC – *As Efficient Competitor Test*

AMD – *Advanced Micro Devices*

CE – Comunidade Europeia

CPU – *Central Processing Units*

CRP – Constituição da República Portuguesa

HP – *Hewlett Packard-Company*

IBM – *International Business Machines Corporation*

MSH – *Media-Saturn-Holding GmbH*

OECD – *Organisation for Economic Cooperation and Development*

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

UE – União Europeia

1. Introdução

O presente trabalho tem como objeto o abuso de posição dominante no direito comunitário da concorrência, em especial os descontos de fidelidade ou descontos de exclusividade.

A escolha deste tema decorre, em primeiro lugar, do relevo que o direito da concorrência assume para o regular funcionamento do mercado comum europeu. Em seguida, da aplicação do artigo 82º do Tratado de Roma, atual artigo 102.º TFUE, que tem sido alvo de debate doutrinal desde a sua génese. A controvérsia reside na noção de abuso de posição dominante, colocando-se a questão de saber quais os requisitos para que um comportamento possa ser considerado abusivo. Sobrelevam-se duas posições contrárias que, segundo MOURA e SILVA¹, são simbolizadas pelos Professores René Joliet e Ernst-Joachim Mestmäcker. Por um lado, aqueles que, como Joliet, defendem que apenas constituem comportamentos abusivos os que prejudicam diretamente o consumidor; por outro, os que como Mestmäcker, consideram abuso de posição dominante as práticas que possam constituir um dano para o processo concorrencial e, só indiretamente, afetem o consumidor.

São estas as posições que dividem a doutrina quanto ao abuso de posição dominante e estão intrinsecamente relacionadas com a inclusão dos descontos de fidelidade ou exclusividade na previsão do artigo 102.º TFUE.

A assinatura do Tratado de Roma, que instituiu a CEE, a 26 de março de 1957, pretendia a criação de um mercado comum. Ora, este só se tornaria possível tendo uma política de concorrência como esteio. Inspirando-se no *Sherman Act*², o Tratado de Roma estabelece a primeira lei da concorrência a nível comunitário.

A política da concorrência controla o poder de mercado das empresas, controlando as concentrações, combatendo a formação de cartéis e as práticas restritivas da concorrência, bem como proibindo do abuso de posição dominante através de práticas exclusionárias de outras empresas ou de exploração dos consumidores. Pretende-se que a intensidade da concorrência

¹ SILVA, Miguel Moura - O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, 1ªed. Coimbra: Almedina, 2010, pág. 15

² *Sherman Antitrust Act* foi a primeira legislação decretada pelo Congresso dos Estados- Unidos da América a proibir práticas comerciais restritivas da Concorrência. Foi promulgada em 1890 e visava aumentar a competitividade económica.

leve ao preço próximo do custo marginal e que os mercados com importantes externalidades (ou informação imperfeita) sejam sujeitos a regulação.

Porém, afigura-se indispensável responder aos desafios que a economia coloca ao direito da concorrência. O desenvolvimento tecnológico rápido que caracteriza o século XXI alterou a estrutura de custos das empresas e tem contribuído para uma maior incerteza quanto a saber que práticas comerciais deverão ser consideradas anticoncorrenciais.

Assim sendo, o debate doutrinário evolui no sentido de saber qual o entendimento do direito da concorrência que deverá vigorar. É nesta sede que surge a discussão sobre o que deve entender-se por posição dominante e respetiva conduta abusiva na atualidade. Neste sentido, MOURA E SILVA refere-se a três correntes de pensamento³: em primeiro lugar, uma tese mais restritiva e que pretende um entendimento mais exigente do abuso de posição dominante, a pretexto de se conferir, desta forma, uma maior proteção da concorrência; em segundo lugar, uma corrente crítica da metodologia que privilegia o uso das quotas de mercado para aferir se uma empresa se encontra em posição dominante; e, por último, uma corrente cética que considera não ser possível aplicar simultaneamente uma abordagem económica e jurídica, retirando os méritos de uma e outra.

O legislador europeu não definiu o conceito de abuso de posição dominante, deixando o instituto aberto a interpretação. Há inúmeras ações que podem configurar práticas anticoncorrenciais. Encontrar critérios objetivos que permitam a aplicação do artigo 102.º TFUE com segurança jurídica reveste-se, portanto, da maior importância.

Um dos casos que mais dúvidas tem suscitado é o da concessão de descontos de fidelidade ou exclusividade por parte de uma empresa em posição dominante. Este debate está na ordem do dia, especialmente após a condenação da Intel pela Comissão Europeia ao pagamento de uma multa de seis mil milhões de euros no ano de 2009 pela violação única e continuada do artigo 82º CE, atual artigo 102.º TFUE. Tendo a Intel interposto recurso no mesmo ano, a decisão do Tribunal Geral foi aguardada com grande expectativa. O Tribunal Geral pronunciou-se em 2014 a favor da Comissão, tendo a Intel recorrido da decisão para o Tribunal de Justiça que, por sua vez, anulou a decisão do Tribunal Geral a 6 de setembro de 2017. O caso suscitou vários debates em relação aos descontos de fidelidade ou de exclusividade, a saber:

³ Miguel Moura Silva, 2010, pp. 18-19.

- i. Qual a abordagem que deve ser tida em conta para aferir se uma prática comercial constitui um abuso de posição dominante de uma empresa, se uma abordagem formalista, se uma abordagem baseada nos efeitos no caso concreto;
- ii. Qual a pertinência da duração do desconto concedido para aferir se os descontos constituem abuso de posição dominante;
- iii. Qual a pertinência do montante do desconto de exclusividade para que este seja contrário ao artigo 102.º TFUE;
- iv. Qual a relevância do poder de compra dos clientes a quem são concedidos os descontos de exclusividade;
- v. Qual o peso do teste do concorrente igualmente eficiente para apurar se os descontos de fidelidade se podem considerar abusivos.

São estas as questões às quais nos propomos responder e que, por conseguinte, justificam a escolha do tema que deu mote a esta dissertação.

2. Enquadramento legal – O artigo 102.º TFUE

O objetivo do artigo 102º TFUE é a concorrência salutar e não distorcida, como parte da promoção do mercado interno europeu. O acórdão *TeliaSonera Sverige* confirma isso mesmo, declarando o seguinte: “Com efeito, essas regras têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar da União.”⁴”

A proibição do abuso de posição dominante aplica-se na medida em que existe uma posição dominante, que esta seja utilizada de forma abusiva e que haja uma possibilidade de esta conduta afetar o mercado dos Estados-Membros da UE. A posição dominante é então condição imprescindível para que o art.º 102.º TFUE se aplique, mas deter posição dominante não é em si mesmo algo ilícito. Proíbe-se o abuso de posição dominante, porém nenhuma das disposições esclarece o que se depreende quer de uma posição dominante, quer do abuso de posição dominante. O Tratado limita-se, para este efeito, a enumerar de forma exemplificativa um conjunto de práticas abusivas. A jurisprudência do Tribunal Geral da União Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia tem desempenhado um papel fundamental na densificação do conceito e sua aplicação na comunidade europeia e a nível nacional.

2.1 Âmbito da proibição do abuso de posição dominante

Para compreender o abuso de uma posição dominante é essencial delimitar, primeiramente, a posição dominante. Na aceção do artigo 102.º TFUE, uma empresa em posição dominante afetará, com a sua conduta, uma parte substancial do mercado. Como anteriormente referido, o TFUE não define posição dominante, mas podemos enquadrá-la com base na jurisprudência da União Europeia. No Acórdão *United Brands*⁵, o TJUE declara o seguinte sobre o atual artigo 102.º TFUE:

“A posição dominante a que se refere esse artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma

⁴ Acórdão do TJUE, de 17/02/2011, Processo C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, nº 22.

⁵ Acórdão do TJUE, de 14/02/1978, Processo 27/76, *United Brands/Comissão*, nº 65.

concorrência efetiva no mercado em causa e que lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores”.

Segundo este acórdão, a existência ou não de posição dominante é determinada em função das especificidades do produto e do local onde é comercializado. Deve ainda ter-se em conta se as condições de concorrência são homogêneas para que se possa verificar o efeito do poder económico da empresa.

Dispor de posição dominante não é, em si mesmo, proibido. Uma empresa que está em posição dominante detém uma posição privilegiada, ou seja, de poder de mercado. O que o direito da concorrência quer evitar é que as empresas tenham o poder de aumentar os preços acima do custo marginal de forma lucrativa. Segundo a linha orientadora da Comissão, de uma posição dominante resulta que a pressão comercial das empresas concorrentes não é verdadeiramente eficaz sobre a empresa em posição dominante⁶.

O conceito de abuso de posição dominante tem assim uma **natureza objetiva** no TFUE, isto é, basta que ocorra o facto e não é necessária a demonstração da culpa. É este também o entendimento consagrado na jurisprudência da União Europeia. Veja-se, por exemplo, o acórdão *Hoffmann-LaRoche*⁷, em que o TJUE admite que: “*A noção de exploração abusiva é uma noção objetiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido (...)*”. Também no acórdão *BPB Industries e British Gypsum/Comissão*⁸, o Tribunal Geral recorda “*(...) que a noção de exploração abusiva é uma noção objetiva (acórdão Hoffmann-LaRoche, já referido, n.º 91) e que, portanto, o comportamento de uma empresa em posição dominante pode considerar-se abusivo, na aceção do artigo 86.º do Tratado CEE, independentemente de qualquer culpa.*”

⁶ Cf. na Comunicação da Comissão, in JO C 45, 24/02/2009, pp. 7–20, nº10.

⁷ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 85/76, *Hoffmann-LaRoche*, nº 91.

⁸ Acórdão do Tribunal Geral, de 01/04/1993, Processo T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum/Comissão*, nº 70.

Daqui se depreende que também não se exige a demonstração de intenção em prejudicar a concorrência. No acórdão *AstraZeneca*⁹, o Tribunal Geral reiterou que “*Resulta do carácter objetivo do conceito de abuso (acórdão Hoffmann-LaRoche/Comissão, já referido no n.º 239 supra, n.º 91), que a natureza enganosa das declarações prestadas às autoridades públicas deve ser analisada com base em elementos objetivos e que a demonstração do carácter deliberado do comportamento e da má-fé da empresa em posição dominante não é exigível para efeitos de identificação de um abuso de posição dominante.*”

Uma das práticas comerciais que mais tem suscitado dúvidas relativamente ao art.º 102.º TFUE é a concessão de descontos. Os descontos são uma prática comercial relativamente comum na vida empresarial. São geralmente vistos como benéficos para o cliente, uma vez que promovem a redução dos preços, um dos principais objetivos do direito da concorrência¹⁰. Mas, dependendo do tipo de desconto que é concedido, as posições não são unânimes. Por um lado, podem referir-se os descontos de quantidade, habitualmente aceites pela jurisprudência e pela doutrina. Por outro lado, os descontos de fidelidade, cuja concessão tem estado envolta em grande incerteza quanto a saber se eles podem enquadrar um abuso de posição dominante.

Na União Europeia, as políticas de descontos das empresas consideradas dominantes têm sido objeto de uma jurisprudência restritiva, no que respeita ao art.º 102º, que proíbe o abuso de posição dominante¹¹.

Importa então distinguir os diferentes tipos de descontos que podem existir no âmbito do direito de concorrência. Primeiramente, os descontos distinguem-se entre descontos condicionais e não condicionais. É quanto aos primeiros que o debate surge, onde se podem identificar os descontos de quantidade, os descontos de fidelidade e os chamados descontos incluídos na terceira categoria.

⁹ Acórdão do Tribunal Geral, de 01/06/2012, Processo T-321/05, *AstraZeneca/Comissão*, nº 356.

¹⁰ ROBERTSON, V. H., *Rebates under EU Competitions Law after the 2017 Intel Judgment: The Good, the Bad and the Ugly*. *Market and Competition Law Review*, vol. 2, nº1, (2018), p. 17.
<https://doi.org/10.7559/mclawreview.2018.331>

¹¹ MONIZ, Carlos Botelho e GOUVEIA E MELO, Pedro, Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos? – Newsletter MLGTS, nº24, abril 2016 – disponível em https://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2016/Newsletter_Europeu_e_Concorrencia_n.o_24_PT.pdf, p. 2.

2.2 Descontos condicionais e não condicionais

A Comissão Europeia distingue a categoria de descontos condicionais da categoria de descontos não condicionais na sua Comunicação sobre a aplicação do artigo 82º CE¹², explicitando que os descontos condicionais podem revestir, em certos casos, uma forma específica de abuso. A Comissão Europeia abordava já estas duas distinções no *Discussion Paper*¹³ publicado a propósito da aplicação do artigo 82º CE (atual artigo 102.º TFUE). Ambas as categorias de descontos se caracterizam por serem descidas de preço que não se aplicam a todos os clientes, mas apenas a alguns.

Por **descontos não condicionais**, entendem-se todos aqueles que não estão dependentes de um qualquer comportamento do cliente, ou seja, que são atribuídos em função de uma característica sua, mas que não dependem de qualquer ação por parte do cliente. A título de exemplo, poder-se-ão referir os descontos que são atribuídos consoante a idade dos clientes. Por seu turno, integra a categoria de **descontos condicionais** todo e qualquer desconto cuja atribuição esteja dependente de um comportamento do cliente. Assim sendo, um desconto condicional apenas será aplicado àqueles clientes que cumpram as premissas definidas pelo fornecedor. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO refere que os descontos condicionais “são atribuídos em função do comportamento de compras da entidade beneficiária, procurando recompensá-la pela concentração das mesmas junto da empresa que os concede”¹⁴.

No que respeita aos descontos condicionais, existem três categorias de descontos que são percecionadas de forma diferente pela jurisprudência europeia à luz do art.º 102º TFUE: descontos de quantidade, descontos de fidelidade ou de exclusividade e descontos incluídos na terceira categoria. Neste sentido, o chamado “acórdão *Michelin I*”¹⁵ distingue entre os que geram uma vantagem financeira justificada dos que geram uma vantagem financeira não

¹² Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C 45/02, nº 37.

¹³ Discussion paper - *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* – 2005, parágrafo 137.

¹⁴ JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 380.

¹⁵ Acórdão do TJUE, de 09/11/1983, Processo C-322/81, *Michelin/Comissão*, nºs 71 a 73.

justificada. Quanto aos primeiros, podem ser considerados os descontos que são concedidos pelo volume de compras, leia-se, os descontos de quantidade que estejam diretamente relacionados com economias de escala. Já quanto aos descontos que providenciam uma vantagem financeira não justificada, o Tribunal refere os descontos de fidelidade e descontos incluídos na terceira categoria.

Na União Europeia, as políticas de descontos das empresas dominantes que se baseiem numa vantagem financeira não justificada têm sido consistentemente consideradas incompatíveis com o **artigo 102.º TFUE**, que proíbe o abuso de posição dominante. Por essa razão, afigura-se agora importante distinguir as categorias de descontos condicionais.

2.2.1 Descontos de quantidade

Os descontos de quantidade estabelecem uma condição ao cliente de comprar determinada quantidade para obter uma redução do preço. Esta redução de preço deve-se às poupanças que se obtêm fruto de produzir maior quantidade. Ao contrário dos restantes descontos condicionais, os descontos de quantidade são admissíveis, desde que, estando ligados ao volume de compras efetuadas ao fornecedor, correspondam a poupanças obtidas por economia de escala.

A condição que os descontos de quantidade estabelecem constitui ainda assim um elemento discriminatório, mas o que os torna diferentes dos restantes descontos condicionais é, segundo MOURA e SILVA¹⁶, a “(..) *ausência, nos descontos de quantidade, de um elemento que premeie a exclusividade*”. Existe uma **presunção de legalidade**, em virtude de o desconto atribuído ser habitualmente proporcional aos ganhos que se obtiveram com a venda de maior volume de unidades, existindo, dessa forma, uma vantagem financeira justificada. Os descontos de quantidade não constituem infração ao artigo 102.º TFUE sempre que assentem numa justificação objetiva, ou seja, sempre que haja lugar a um ganho de eficiência.

¹⁶ Miguel Moura e Silva, 2010, p. 177.

2.2.2 Descontos de fidelidade ou exclusividade

Os descontos de fidelidade são reduções de preço facultadas aos clientes que se comprometam a adquirir todos os bens e/ou serviços ou a maior parte deles a uma empresa. Incluem-se nos chamados descontos condicionais, isto é, são descontos atribuídos em função do comportamento do cliente¹⁷.

Os descontos de fidelidade são então todos aqueles que incentivam o cliente a abastecer-se na totalidade ou quase-totalidade junto da empresa que os concede, em prejuízo de outros concorrentes rivais¹⁸.

Os descontos de fidelidade são uma prática comercial razoável por parte de empresas que não detenham posição dominante no mercado. Porém, não existe um consenso relativamente à admissibilidade da concessão destes descontos por parte de uma empresa em posição dominante. Existem essencialmente duas perspetivas doutrinárias que retiram consequências distintas da concessão destes descontos por parte de empresa em posição dominante no mercado: os que adotam uma abordagem formalista e os que propugnam uma abordagem baseada nos efeitos.

Para os defensores de uma **abordagem formalista**, os descontos de fidelidade concedidos por uma empresa em posição dominante são, pela sua própria natureza, abusivos, pelo que beneficiam de uma presunção de ilegalidade. Ora, esta presunção de ilegalidade apenas poderá ser ilidida no caso de existir uma justificação objetiva.

A favor desta abordagem, RICHARD WISH¹⁹ argumenta que as leis têm por sua natureza uma forma e que uma abordagem formal traz mais certeza ao Direito. A título de

¹⁷ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 380.

¹⁸ BISHOP, Simon and WALKER, Mike, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, University Edition, Sweet & Maxwell, 2010, p. 257.

¹⁹ WISH, Richard, *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 6, No. 1, 2015, Oxford University Press 2014, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/article/6/1/1/2357697>, p. 1.

exemplo, refere que a abordagem baseada na forma está presente noutros tipos de exclusão tratadas pelo Direito da Concorrência, nomeadamente ao considerar abusivo bloquear o acesso a produtos ou serviços que não sejam passíveis de serem duplicados. O mesmo não acontece na ausência desta restrição. O autor vai mais longe e afirma mesmo que estas regras formais existem precisamente para que os atores do direito e as empresas tenham a capacidade de aferir com certeza razoável as práticas que se revestem de um carácter ilegal.

Para RICHARD WISH, a posição dominante de uma empresa restringe já a concorrência no mercado, de tal forma que a concessão de descontos de fidelidade tem uma elevada probabilidade de causar um efeito de exclusão²⁰.

A abordagem formalista concentra os seus argumentos sobretudo nos possíveis **efeitos anticoncorrenciais** advindos da concessão de descontos de fidelidade por parte de uma empresa em posição dominante. Passaremos de seguida a analisar os potenciais efeitos anticoncorrenciais dos descontos de fidelidade.

Como primeiro efeito anticoncorrencial, poderá apontar-se um efeito de exclusão pela concessão de descontos de fidelidade. Estes descontos representam uma forma clássica de preços não lineares. O preço não linear ocorre quando o preço pago por um cliente não é estritamente proporcional à quantidade comprada, podendo criar um efeito de “*lock-in*”. A alteração de fornecedor implica a perda dos descontos, tendo assim um custo associado à mudança de empresa fornecedora. Estes custos de mudança²¹ podem desincentivar o cliente a mudar de fornecedor, condicionando as suas escolhas enquanto comprador.

Em segundo lugar, deve ter-se em conta que a concessão de descontos de fidelidade depende da aquisição por parte de um cliente de uma grande percentagem das suas necessidades de produto. Se o cliente falhar esse objetivo, perderá os descontos calculados retroativamente sobre os produtos que já adquiriu durante o período de referência, perdendo também o benefício

²⁰ Richard Wish, 2015, p.2.

²¹ São os chamados “*switching costs*” que podem ser definidos como um custo único que os clientes associam ao processo de mudança de um fornecedor para outro. Veja-se BURNHAM, T. A., FRELS, J. K., & MAHAJAN V. - Consumer switching costs: A typology, antecedents, and consequences - Journal of the Academy of marketing Science, 2003, https://www.researchgate.net/publication/257868211_Consumer_Switching_Costs_A_Typology_Antecedents_and_Consequences , p. 110.

nas unidades adicionais que viria a adquirir ao mesmo fornecedor. Quando o consumidor se encontra próximo da percentagem de compras necessárias para a obtenção do desconto, um pequeno aumento das compras gera a redução de preços para todas as unidades adquiridas. Como tal, o custo incremental de aquisição das unidades necessárias para atingir a percentagem exigida pelo fornecedor é inferior ao preço tabelado e ao preço já com desconto. Daqui resulta que o custo incremental de aquisição das unidades adicionais necessárias para atingir o desconto poderá ficar abaixo do custo de produção e impedir o regular funcionamento da concorrência²².

O baixo preço pode culminar no efeito de exclusão de concorrentes já existentes, na criação de barreiras à entrada no mercado e na diminuição de concorrência entre fornecedores. Pode ainda apontar-se a falta de transparência de preços no mercado, bem como a subida dos preços iniciais para os clientes que não consigam atingir a percentagem de compra determinada pela empresa em posição dominante. Acresce o facto de existir incerteza quanto aos preços praticados e tornar mais difícil a comparação entre fornecedores. Existe uma clara penalização para todos os clientes que falhem o limiar imposto pela empresa fornecedora durante o período de referência. Assim se conclui que qualquer um destes efeitos pode afinal revelar-se prejudicial aos consumidores, preocupação central do direito da concorrência.

Contudo, para que os descontos de fidelidade tenham um efeito de exclusão dos concorrentes, é necessário que a empresa esteja em posição dominante e que detenha um poder de mercado substancial sobre uma parte significativa do mercado. Nesta situação, um concorrente igualmente eficiente poderia não conseguir aceder à parte contestável do mercado.

A isto mesmo se refere FAELLA²³, ao argumentar que se o preço incremental das unidades contestáveis da procura do cliente é inferior a um custo de referência, o sistema de descontos pode impedir empresas eficientes de competirem na parte contestável do mercado. O custo de referência a que o autor aqui se refere é apurado tendo em conta os indicadores das empresas presentes na indústria ou mercado.

Os descontos de fidelidade serão então considerados abusivos se a empresa fornecedora estiver em posição dominante no mercado em causa, com a exceção de serem objetivamente

²² FAELLA, Gianluca – *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates* – Journal of Competition Law & Economics, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1079504, p. 3.

²³ Gianluca Faella, 2008, p. 4.

justificados pela empresa dominante. Têm existido algumas vezes críticas à perspetiva formalista que sublinham a dificuldade em provar a existência de uma justificação objetiva. A título de exemplo, referimos as seguintes²⁴: em primeiro lugar, porque seria difícil avaliar qual a parte contestável e a parte não contestável para cada um dos clientes; em segundo lugar, a análise de qual o peso de cada um dos clientes no mercado é complexa; em terceiro lugar, não é claro se o peso de cada um dos clientes deve ser agregado para aferir a viabilidade comercial dos concorrentes; e, por último, o cálculo da viabilidade comercial não está especificado nem no *Discussion Paper* nem na Comunicação da Comissão.

Não obstante a incompatibilidade com o art.º 102º TFUE, o acórdão *Hoffmann-LaRoche*²⁵ sublinha que circunstâncias excepcionais como aquelas que são referidas no **art.º 101º, nº3 TFUE** podem ser aplicadas de forma análoga aos descontos de exclusividade e servir de justificação aos mesmos. Estabelece-se no art.º 101º, nº3 TFUE na respetiva Orientação da Comissão²⁶ que um acordo entre empresas pode eventualmente ser admissível se as condições abaixo estiverem **cumulativamente** preenchidas:

- gerar vantagens económicas, como a melhoria da produção ou distribuição de produtos, ou a promoção do progresso técnico ou económico;
- os benefícios recaírem sobre os consumidores;
- as restrições tiverem um carácter indispensável para a obtenção de ganhos de eficiência;
- e,
- o acordo não causar a eliminação de parte substancial da concorrência.

²⁴ Neste sentido, AHLBORN, Christina; DENICOLÒ Vincenzo, GERADIN Damien and PADILLA, Jorge, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006, disponível em <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf?msclkid=e59410e5be4011ecadfc0b0b6fed8cd3> , p. 37.

²⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13/02/1979, Processo 85/76 Hoffmann-LaRoche/Comissão, nº 90.

²⁶ Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - *Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011/C 11/01, nºs 95 a 104.

Mais recentemente, o *Discussion Paper* sobre a aplicação do art.º 102.º TFUE²⁷, aponta as mesmas condições acima referidas, para que os ganhos de eficiência possam ser objetivamente justificados. Para além dos ganhos de eficiência, o *Discussion Paper* sublinha nos considerandos 80 e 81 que a empresa em posição dominante tem à sua disposição as seguintes justificações objetivas:

- Necessidade objetiva: a empresa em posição dominante deve conseguir demonstrar que a conduta em causa é objetivamente necessária, por exemplo, devido a razões de segurança ou saúde relacionadas com a natureza perigosa do produto. Releva que os fatores sejam externos às partes envolvidas, em especial à empresa dominante.
- Conduta foi tomada em resposta a uma elevada diminuição de preços dos concorrentes: neste caso aplicar-se-á um teste de proporcionalidade e a empresa em posição dominante deve conseguir demonstrar que tais descontos visavam fazer face a perdas no curto prazo e que foram concedidos em resposta às ações dos concorrentes.

Este é também o entendimento de VIKTORIA ROBERTSON²⁸, ao considerar que os descontos de fidelidade poderiam ser justificados objetivamente, desde que se verificassem as condições excecionais do atual art.º 101º, nº3 do TFUE.

Enveredemos agora pela perspetiva baseada nos efeitos. Para os defensores de uma **abordagem baseada nos efeitos**, uma doutrina formalista ignora o contributo da Economia e não tem em conta a necessidade de certeza jurídica e da praticabilidade das regras²⁹. Esta doutrina defende que podem existir efeitos benéficos para a concorrência advindos da concessão de descontos de fidelidade, mesmo quando praticados por uma empresa em posição dominante. Pretende-se que os efeitos económicos sejam avaliados no caso concreto, no sentido de saber se numa determinada situação se verificou uma verdadeira exclusão da concorrência.

²⁷ Discussion Paper - DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, nº 84.

²⁸ V. H. ROBERTSON, 2018, p. 18. <https://doi.org/10.7559/mclawreview.2018.331>

²⁹ O'DONOGHUE, Robert; PADILLA, Jorge – The Law and Economics of Article 82, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. xi.

O'DONOGHUE e PADILLA criticam a jurisprudência da União Europeia por não aplicar uma análise económica no que se refere a litígios relacionados com os descontos de fidelidade³⁰. Neste sentido, veja-se BORDALO JUNQUEIRO³¹ que defende que a proibição dos descontos de fidelidade é atualmente uma opção questionável do ponto de vista da política de concorrência, dado que estes sistemas de descontos podem ser delineados por razões pró-competitivas.

A doutrina apologista da abordagem baseada nos efeitos sublinha que podem existir efeitos economicamente benéficos advindos da concessão de descontos de fidelidade. Seguidamente, analisaremos os **efeitos pró-competitivos** da concessão de descontos de fidelidade.

Para os defensores desta orientação doutrinal, existiriam ganhos de eficiência que beneficiariam os produtores e os consumidores. Em primeiro lugar, porque os descontos de fidelidade implicam uma redução de preços favorável aos consumidores. Em segundo lugar, porque em mercados com custos fixos muito elevados, os descontos de fidelidade contribuiriam para a redução dos custos por unidade, aumentando as vendas totais³².

Todavia, é preciso clarificar que estes benefícios apenas se refletiriam no consumidor se não levasse a um aumento dos preços iniciais. Como anteriormente referido, os descontos de fidelidade apenas se aplicarão quando os clientes atingirem uma dada percentagem de compras, daqui resultando que os preços das unidades abaixo do volume de compras exigida pela empresa fornecedora terão um preço superior. GYSELEN recorda-nos, a este propósito, que práticas exclusionárias podem artificialmente eliminar concorrentes das oportunidades de negócio e, conseqüentemente, podem prejudicar o processo concorrencial e aumentar os preços³³.

³⁰ Robert O'DONOGHUE, Robert; Jorge PADILLA, Jorge, p. 375.

³¹ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 380.

³² Gianluca Faella, 2008, p. 5.

³³ GYSELEN, Luc – *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?, in What is an Abuse of a Dominant Position?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, 2003, p. 5.

2.2.3 Descontos incluídos na terceira categoria

Avançamos agora para uma terceira categoria de descontos concedidos condicionalmente, por vezes também denominados de descontos alvo. Os descontos inseridos na terceira categoria serão reduções de preço concedidas na condição de atingir determinado volume de compras num dado período. O que os distingue dos descontos de quantidade é a estipulação de um determinado período para que o cliente atinja os objetivos de compra. A título exemplificativo, pertencem a esta categoria os descontos que estão dependentes de objetivos de vendas individuais.

Estes descontos devem ser analisados levando em conta as circunstâncias do caso concreto e apurando se o desconto é suscetível de restringir ou impedir o acesso de concorrentes ao mercado em causa.

No que concerne a descontos de terceira categoria, importa atentar nas modalidades de concessão do desconto, na extensão da posição dominante e nas eventuais barreiras à entrada do mercado bem como nas eventuais restrições regulatórias.

Conclui-se, à semelhança dos descontos de fidelidade, que um desconto apenas constitui um abuso de posição dominante se o fornecedor de bens ou serviços em posição dominante retira um proveito económico não justificado, restringindo o acesso ao mercado por parte dos concorrentes e retirando ao consumidor o direito de escolha. Neste sentido, o “acórdão *Michelin I*”³⁴, que se pronuncia sobre um regime de descontos dependente da realização de objetivos de vendas individuais. De acordo com o TJUE, os descontos que a Michelin concedia não integravam nem a categoria dos descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras, nem a categoria dos descontos de fidelidade no sentido do acórdão *Hoffmann-LaRoche*, uma vez que o regime aplicado pela sociedade *Michelin* não implicava, para os revendedores, qualquer compromisso de exclusividade ou de cobertura de uma determinada quota das suas necessidades junto da empresa em posição dominante.

³⁴ Acórdão do TJUE, de 09/11/1983, processo 322/81, *Nederlandsche-Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, nºs 70 e 73.

2.2.4 Descontos multiprodutos

Poderá ainda referir-se uma última categoria de descontos condicionais – os descontos multiprodutos. Esta categoria de descontos refere-se a reduções de preço que apenas são aplicadas quando determinados produtos são vendidos em conjunto. A Comissão Europeia, na sua Orientação³⁵ sobre o Artigo 102.º do TFUE, considera este tipo de práticas no âmbito das vendas subordinadas e agrupadas e não na categoria de descontos. Por essa razão, não entraremos em maior detalhe.

2.3 Abordagem baseada na forma versus Abordagem baseada nos efeitos

Prosseguimos agora para uma análise comparativa entre a abordagem baseada na forma e a abordagem baseada nos efeitos relativamente à concessão de descontos de fidelidade.

Historicamente, as instituições da União Europeia privilegiaram uma **abordagem formal** quando questionadas sobre se uma determinada prática constituía abuso de posição dominante. Foi esta a visão adotada pela Comissão Europeia na sua Decisão sobre o caso Hoffmann-LaRoche³⁶, ao considerar que os descontos de fidelidade constituem, em si mesmos, uma conduta abusiva. Este entendimento foi posteriormente confirmado pelo Tribunal Justiça³⁷ e consagrou a jurisprudência que viria aclamada até aos dias de hoje. Assim, dava-se prevalência à segurança jurídica que esta abordagem proporcionava, pois, determinadas práticas constituiriam ilegalidades *per se*. Mais recentemente, a Comissão concluiu que apesar da forma, algumas práticas poderiam não ser limitadoras do bem-estar do consumidor, bem tutelado pelo direito da concorrência. A Comissão esclarece nas suas orientações sobre o art.º 102.º TFUE que o objetivo é o de “(...) assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam

³⁵ Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C 45/02, nºs 59 a 61.

³⁶ *Commission Decision of 9 June 1976 relating to a proceeding under Article 86 of the Treaty establishing the European Economic Community (IV/29.020 - Vitamins)*, 22 e 23.

³⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Processo 85/76 Hoffmann-LaRoche/Comissão.

*uma concorrência efetiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial e tendo, assim, um impacto adverso no bem-estar dos consumidores (...)*³⁸, colocando claramente o enfoque no princípio do bem-estar do consumidor. Esta redação parece implicar que determinadas condutas só podem ser consideradas abusos de exclusão se prejudicarem diretamente o consumidor. Neste sentido, RICARDO BORDALO JUNQUEIRO critica a abordagem formalista e defende que “(...) o direito da concorrência corre um risco sério de proibir os comportamentos errados, acabando por proteger os concorrentes – ainda que menos eficientes do que a empresa dominante e ainda que não tragam ao consumidor qualquer valor acrescentado -, e não o processo competitivo em si mesmo”³⁹.

Surge então a **abordagem baseada nos efeitos**, em que se analisa quais os efeitos produzidos pelas práticas da empresa em posição dominante no caso concreto. Se se verificar que estas restringem ou podem restringir a concorrência serão consideradas abusivas; se, pelo contrário, originarem benefícios para o consumidor, não serão enquadrados no abuso de posição dominante.

PADILLA e SLATER, defensores da abordagem baseada nos efeitos, afirmam que a doutrina formalista que vem sendo propugnada pela jurisprudência europeia tem criado confusão, incoerência e insegurança jurídica⁴⁰. Deste ponto de vista, a aplicação de uma abordagem formal que visava proteger a concorrência seria contraproducente, uma vez que podia ela mesma proibir casos em que a atuação das empresas era benéfica para a concorrência e, em última análise, para os consumidores. Os autores apoiam os seus argumentos no Comité da Concorrência da OCDE⁴¹, que frisa que os descontos de fidelidade podem contribuir para:

- Reduzir de forma generalizada os preços, visto que os concorrentes terão incentivo a apresentar também eles descontos competitivos;

³⁸ Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C 45/02, nº 19.

³⁹ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, pp. 17-18.

⁴⁰ PADILLA, J.; SLATER, D. – *Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC* – in GCLC Research Papers on Article 82 EC, College of Europe, 2005, p. 86.

⁴¹ *United Kingdom National Contribution, in OECD Policy Roundtables on loyalty and fidelity discounts and rebates in June 2002*, pp. 170 e ss.

- Recuperar os custos fixos de forma mais rápida e eficiente;
- Estimular a partilha de termos contratuais por parte dos compradores em troca de descontos, o que poderia reduzir a assimetria de informação;
- Incentivar os grossistas a refletir os descontos no consumidor final.

DAMIEN GERADIN e NICOLAS PETIT⁴² criticam a jurisprudência da União Europeia pela sua hesitação em enveredar por uma abordagem baseada nos efeitos na aplicação do art.º 102.º TFUE, quando a mesma tem sido utilizada na aplicação do art.º 101.º TFUE. Nas palavras destes autores, é necessário que a jurisprudência se possa dirimir por padrões legais construídos à luz da teoria económica moderna, sobretudo quando existe um esforço da Comissão Europeia em abandonar a abordagem formalista estrita.

Importa agora analisar os argumentos da abordagem baseada nos efeitos. É nosso entendimento que a redução de preços aclamada pela doutrina baseada nos efeitos não é perentória. Se o funcionamento concorrencial do mercado se encontra limitado por um poder de mercado substancial da empresa em posição dominante, é pouco provável que as empresas concorrentes detenham meios para fazer face aos rebates aplicados. Estando perante uma empresa cuja posição dominante lhe permite elevar os preços a um nível supracompetitivo, o regular funcionamento do mercado já se encontra fortemente restringido. Serão também estes os casos em que existe uma elevada probabilidade de a concessão de descontos afetar o mercado contestável, forçando os concorrentes a uma descida de preços abaixo do preço de custo. Do mesmo modo, os descontos deste tipo criariam barreiras à entrada de tal ordem, que poderiam limitar as escolhas do consumidor.

Parece-nos também que a concessão de descontos não nos permite extrapolar para um incentivo à redução de assimetria de informação do mercado que, a ocorrer, seria a favor da empresa fornecedora em posição dominante. Por conseguinte, o facto de um comprador adquirir os seus produtos junto de uma empresa única concorre para tornar o mercado mais opaco.

⁴² GERADIN, Damien and PETIT, Nicolas, Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment (October 26, 2010). TILEC Discussion Paper No. 2011-008, Tilburg Law School Research Paper No. 01/2011, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1698342> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1698342>, pp. 38 e 39.

Acresce ainda o facto de a concessão de descontos de fidelidade por parte de uma empresa em posição dominante reduzir a transparência de preços de mercado, uma vez que os preços serão alterados retroativamente, dependendo do preenchimento de uma condição sem um fundamento objetivo. Os descontos de fidelidade tornam assim mais difícil a comparação de preços por parte do consumidor, desencorajando a concorrência de preços⁴³.

A Comissão utilizou pela primeira vez a abordagem baseada nos efeitos no âmbito da decisão do processo Intel, aplicando o teste do “concorrente igualmente eficiente”⁴⁴. Contudo, o Tribunal aplicou a abordagem baseada na forma, tendo seguido neste campo a jurisprudência do Acórdão Hoffmann-LaRoche⁴⁵.

Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann-LaRoche/Comissão, processo 85/76, nº 89, constitui abuso de posição dominante o facto de uma empresa vincular os seus compradores através de uma obrigação ou promessa de se abastecerem exclusivamente, relativamente à totalidade ou a uma parte considerável das suas necessidades. Será considerada abuso de posição dominante, quer esta obrigação seja estipulada sem mais, quer seja a contrapartida da concessão de descontos. A situação é idêntica quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade.

Os descontos de fidelidade são então abatimentos ligados à condição de que o cliente se abasteça exclusivamente, na totalidade ou quase-totalidade, junto da empresa em posição dominante. Nesta linha jurisprudencial, estes descontos infringem o direito da união europeia por serem incompatíveis com o objetivo de uma concorrência não falseada no mercado comum. Ainda que não causem prejuízo real ao consumidor, existe uma prestação económica que dá vantagem à empresa em posição dominante. Na ausência de uma justificação objetiva para que isto aconteça, estar-se-á a privar o consumidor da possibilidade de escolha e, potencialmente, a impedir a entrada de outros produtores no mercado.

⁴³ *OECD Policy Roundtables on loyalty and fidelity discounts and rebates in June 2002, p.8.*

⁴⁴ Em inglês, o teste denomina-se “*As Efficient Competitor*”.

⁴⁵ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 85/76, Hoffmann-LaRoche.

Os descontos de fidelidade pretendem impedir que os clientes comprem aos concorrentes diretos da empresa que os concede. Contrariamente aos descontos de quantidade, que assentam numa premissa de ganhos de escala e privilegiam os melhores clientes, os descontos de fidelidade privilegiam um cliente consoante este se abasteça exclusivamente junto da empresa em posição dominante ou não. Ainda que haja um cliente A que consuma a mesma quantidade que o cliente B, o primeiro pagará um preço superior ao segundo por não realizar a totalidade das suas compras junto da empresa em posição dominante.

Os descontos de fidelidade terão então como objetivo único o de reforçar a posição dominante da empresa que os atribui. Caberá agora analisar se estes constituem um abuso de posição dominante de uma empresa.

Já em 2010, o **acórdão Tomra Systems**⁴⁶ estabelece que a concessão de descontos de fidelidade por uma empresa em posição dominante para que o cliente se abasteça exclusivamente ou quase exclusivamente numa empresa é contrário ao atual artigo 102.º TFUE. Este acórdão continua a seguir a mesma linha jurisprudencial do acórdão Hoffmann-LaRoche e reitera que um desconto de fidelidade se destina a impedir, através da concessão de vantagens económicas, o abastecimento dos clientes nos produtores concorrentes.

Os descontos concedidos em função do volume de produtos ou serviços fornecidos por uma empresa em posição dominante não afetariam, de acordo com esta linha jurisprudencial, a concorrência no mercado, uma vez que apenas se devem a ganhos de eficiência e refletem a descida dos custos de produção da empresa. Desta forma, os descontos quantitativos não violariam o direito da concorrência, posto que ficasse demonstrado que os descontos apenas são concedidos em função do volume de aquisição.

Por seu turno, os descontos que restringissem ou fossem suscetíveis de restringir a concorrência no mercado em causa, seriam considerados violadores do direito da concorrência.

Debruçar-nos-emos agora em detalhe sobre a posição atual da Comissão Europeia e jurisprudência do Tribunal Geral e do Tribunal de Justiça. Para tal, iremos socorrer-nos do caso Intel, quer pela sua contemporaneidade, quer por ilustrar um caso modelo de descontos de fidelidade.

⁴⁶ Acórdão do Tribunal Geral de 9 setembro de 2010, *Tomra Systems e o./Comissão*, T-155/06

3. Decisão da Comissão Europeia de 13 de maio de 2009 sobre o caso *Intel*

A 13 de Maio de 2009, a Comissão adotou uma decisão relativa a um processo de aplicação do artigo 82º do Tratado CE (atual art.º 102º TFUE) e do artigo 54º do Acordo EEE dirigida à *Intel Corporation*, no âmbito do processo COMP/C-3/37.990 — Intel.

A *Intel Corporation* é uma empresa americana fabricante de circuitos integrados. Dedicase à comercialização de microprocessadores, em especial os microprocessadores de arquitetura x86 e outros produtos semicondutores.

A 18 de Outubro de 2000, a *Advanced Micro Devices, Inc.* (AMD) apresentou uma denúncia à Comissão Europeia em que alegava que a Intel tinha procedido a práticas comerciais de exclusão relativamente ao mercado de microprocessadores de arquitetura x86.

A Comissão deu início a uma investigação em maio de 2004, tendo acusado formalmente a Intel a 26 de julho de 2007, devido ao seu comportamento relativo a cinco fabricantes de equipamentos informáticos – a Dell, a HP, a NEC Corp, a Acer Inc. e a IBM.

A 17 de julho de 2008, a Comissão procedeu a acusações complementares relativas ao seu comportamento quanto à MSH e à Lenovo Group Ltd.

Proceder-se-á agora a uma análise dos elementos da decisão da Comissão. Começando por examinar o mercado em causa, a Comissão segue posteriormente para uma apreciação da existência ou não de uma posição dominante da Intel, finalizando com considerações sobre os abusos de exclusão.

3.1 *Mercado em causa*

A Comissão começou naturalmente por delimitar qual o mercado em causa. O mercado revelante tem uma dimensão material e uma dimensão geográfica e temporal.

Quanto à **dimensão material**, correspondendo ao mercado do produto, apurar-se-á que produtos fazem parte deste e em que segmento se inserem. O processador de um computador é a sua unidade central de processamento (*CPU – Central Processing Unit*), tendo um papel fundamental no desempenho do mesmo. Quanto ao mercado do produto, é necessário aferir

qual o grupo de produtos a que o bem em causa pertence, se se trata de um produto sucedâneo de outros ou se, pelo contrário, o produto é suficientemente distinto para que se não inclua nesse outro grupo maior. Aqui procura saber-se quais os produtos que lhe fazem concorrência. Os produtos que satisfaçam as mesmas necessidades pertencerão, por defeito, a um mercado único, ao mercado do produto. A **Comissão Europeia** chegou à conclusão de que o mercado de produtos em causa era o dos CPU x86, o que significa que, dada a especificidade do produto, o mercado relevante era constituído apenas por estes processadores e que a Intel detinha uma posição dominante independentemente do segmento analisado, isto é, quer fosse o segmento dos computadores de escritório, o dos portáteis ou o dos servidores.

A Intel e a AMD eram praticamente as únicas duas empresas a fabricar os CPU x86 desde 2000.

A Comissão Europeia teve ainda oportunidade de se pronunciar sobre o mercado geográfico. A **dimensão geográfica** avalia as áreas geográficas em que as transações económicas ocorrem e em que existam concorrentes efetivos. Encontram-se no mesmo mercado relevante os agentes económicos que tenham as mesmas condições de concorrência – Ac. *United Brands*⁴⁷. Para tal é fundamental que as empresas que se encontrem numa mesma área geográfica consigam promover transações económicas semelhantes sem que tenham barreiras à entrada significativas.

Em suma, o mercado geográfico é constituído pelos territórios em que as transações económicas ocorrem, em que a empresa em questão tem poder para impedir uma concorrência efetiva e em que não existam barreiras económicas significativas. É ainda necessário que as condições de concorrência naqueles territórios sejam homogéneas, por outras palavras, que existam condições para o livre exercício da concorrência. Como referido acima, a Intel e a AMD eram praticamente as únicas empresas a produzir processadores x86 e, por essa razão, as únicas empresas que abasteciam o mercado mundial de processadores de arquitetura x86.

Dado ser um mercado altamente especializado, o mercado dos CPU requer um grande investimento tecnológico por parte das empresas, quer para entrar no mercado, quer para se manter no mercado e expandir o negócio. Por esta razão, não existe uma elevada concorrência às empresas existentes de mercado, sendo sua responsabilidade o abastecimento do mercado mundial de microprocessadores.

⁴⁷ Acórdão do TJUE, de 14/02/1978, Processo 27/76, *United Brands/Comissão*, nº 44.

Deverá assim considerar-se que o mercado geográfico, no caso concreto, corresponde ao mercado mundial. Este foi o entendimento seguido pela Comissão Europeia.

Apurado o mercado relevante, a Comissão procurou averiguar se a Intel detinha posição dominante.

3.2 Posição Dominante

A Comissão pretendeu adicionar elementos que demonstrassem a posição dominante da Intel no período em questão. A posição dominante é definida como uma posição de poder económico avultado de uma empresa e que lhe permite agir com uma certa liberdade, limitando a capacidade concorrencial das empresas suas concorrentes no mercado em causa. Daqui resulta que a empresa em posição dominante consegue delimitar a sua estratégia de forma mais ou menos independente das estratégias adotadas pelas empresas concorrentes.

De acordo com a AdC Portuguesa, “*uma concorrência eficaz no fornecimento de bens e na prestação de serviços reduz os preços, aumenta a qualidade e permite uma escolha mais vasta para os consumidores. Um mercado concorrencial equilibrado supõe, pois, agentes económicos sujeitos à pressão competitiva uns dos outros, comportando-se de forma autónoma, através de meios lícitos, baseados nos méritos dos produtos ou serviços em causa e/ou da estratégia de comercialização*⁴⁸”. A AdC também sublinha a autonomia do comportamento da empresa em posição dominante face aos outros concorrentes, considerando relevante que a concorrência se baseie no mérito dos produtos ou serviços providenciados pela empresa.

De acordo com a Comissão Europeia⁴⁹, a posição dominante estará dependente dos seguintes fatores: a) a posição da empresa bem como a posição dos seus concorrentes diretos no mercado em questão; b) a existência de barreiras à entrada para concorrentes novos ou

⁴⁸ “Práticas Restritivas da Concorrência” in Autoridade da Concorrência.

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx [27 de Julho de 2021].

⁴⁹ Comunicação da Comissão, JO C 45, 24.2.2009, nº12.

barreiras ao alargamento da esfera de atuação dos concorrentes atuais; e, c) poder de mercado dos compradores.

Importa ainda referir, no que concerne à posição dominante de uma empresa, que esta não depende da sua rentabilidade, i.e., baixas margens de lucros ou perdas temporárias não determinam o poder económico da empresa.

Em conclusão, a posição dominante será então aferida dentro de um mercado relevante e com base em vários fatores. A análise poderá assentar nas quotas de mercado, mas estas não podem ser consideradas isoladamente. Não basta que a empresa detenha a maioria das quotas de mercado, mas também se deve comparar com as quotas da sua maior concorrente. Adicionalmente, deve olhar-se às características do mercado em causa e às características da empresa e do produto, melhor dizendo, aquilo que os torna diferenciados. Por último, a capacidade de os compradores poderem alterar facilmente de fornecedor ou de eles mesmos começarem a produzir, internalizando os processos necessários.

Para sustentar a posição dominante da Intel, a Comissão aponta duas ordens de razão:

- de 1997 a 2007, a Intel detinha uma quota de mercado que estava na ordem dos 70%;
- o mercado dos CPU x86 tinha várias barreiras à entrada, tais como elevados custos afundados relativos a investigação e desenvolvimento tecnológico, bem como a proteção da propriedade intelectual e infraestruturas necessárias à produção de microprocessadores x86.

Concluindo que a Intel detinha posição dominante no mercado dos microprocessadores, a Comissão dedicou-se a uma análise das condutas da Intel e à verificação se estas poderiam constituir abusos de exclusão.

3.3 Abusos de exclusão

A análise ao comportamento da Intel, tal como descrito na acusação da Comissão Europeia, pode subdividir-se em três vertentes:

- Em primeiro lugar, a Intel concedeu descontos à Dell, à Lenovo, à HP e à NEC, na condição de estas lhe comprarem a totalidade ou quase totalidade dos seus CPU de arquitetura x86;
- Em segundo lugar, a Intel acordou com a MSH que esta apenas venderia computadores equipados com processadores de arquitetura x86 da Intel, tendo esta dado em troca quantias em dinheiro que serviriam de pagamento pela restrição;
- Finalmente, a Intel concedeu ainda pagamentos à HP, à Acer e à Lenovo, na condição de estas suspenderem ou cancelarem o lançamento de produtos equipados com processadores de arquitetura x86 provenientes da AMD.

A Comissão Europeia considerou que os pagamentos à MSH, à HP, à Acer e à Lenovo se revestiam de restrições não dissimuladas (*naked restrictions*) e que estas teriam um efeito equivalente ao dos descontos de fidelidade ou exclusividade⁵⁰. A Comissão estaria assim equiparar as restrições não dissimuladas aos descontos de exclusividade, integrando-os no conceito de abusos de exclusão e valorando-os da mesma forma. Seguindo a linha jurisprudencial que emerge do Acórdão Hoffmann-LaRoche, ambos os comportamentos constituiriam um comportamento abusivo, na medida em que ambos são praticados por uma empresa em posição dominante (natureza objetiva), restringem igualmente a concorrência pelo desempenho económico eficiente e dado que existiria uma responsabilidade especial da Intel de não prejudicar o processo competitivo.

A Comissão adotou a Decisão C (2009) 3726 final no âmbito do Processo COMP/C-3/37.990 – *Intel*, na qual declarou que a *Intel* cometeu uma violação única e continuada do artigo 82º CE (atual art.º 102º TFUE) e do artigo 54º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) entre outubro de 2002 e dezembro de 2007 por utilizar uma estratégia de exclusão de um concorrente do mercado dos CPU de arquitetura x86. Esta estratégia de exclusão teria como objetivo o afastamento da AMD, sua principal concorrente no mercado de microprocessadores de arquitetura x86.

⁵⁰ Resumo da Decisão da Comissão de 13 de Maio de 2009 relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE (Processo COMP/C-3/37.990 — Intel), 22.09.2009, JO C 227/07, nºs 23-25.

A Comissão Europeia apontou dois tipos de condutas de exclusão à Intel: os descontos condicionais⁵¹ e o que designou por restrições diretas.

É de ressaltar que o entendimento da Comissão é o de que os descontos de fidelidade podem levar a restrições anticoncorrenciais, mas apenas e só se ocorrerem com grande probabilidade efeitos de exclusão⁵². Na sua Orientação para aplicação do atual art.º 102.º TFUE, a Comissão expõe quais os fatores particularmente relevantes para que um sistema de descontos condicionais possa ter por efeito o encerramento anticoncorrencial nos considerandos 20, 39 e 40. Entre eles podem ser referidos, nomeadamente:

- A posição da empresa dominante: quanto mais forte for a posição dominante maior, maior a probabilidade de encerramento anticoncorrencial;
- As condições concorrenciais: quando os concorrentes não podem competir em condições de igualdade para a totalidade da procura de cada cliente;
- A menor probabilidade de transferência da procura para fornecedores alternativos, encerrando o mercado para os concorrentes existentes ou potenciais.

Atente-se que quanto maior for o desconto, maior será a probabilidade de exclusão de concorrentes atuais ou potenciais.

Creemos que a decisão da Comissão peca por alguma inconsistência de argumentos. Na sua decisão sobre o caso Intel, a Comissão⁵³ começa por enquadrar os descontos de fidelidade e restrições não dissimuladas na aceção da jurisprudência Hoffmann-LaRoche, socorrendo-se da abordagem baseada na forma que tradicionalmente tem vindo a ser adotada pela jurisprudência.

No entanto, a Comissão procede de igual forma a uma análise económica da capacidade dos descontos para impedirem um concorrente com o mesmo grau de eficiência da Intel de aceder

⁵¹ Ressalva-se que a Comissão se referia especificamente a descontos de fidelidade, enquanto um dos tipos possíveis de descontos condicionais.

⁵² Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante, 2009/C 45/02, nº37.

⁵³ Resumo da Decisão da Comissão de 13 de Maio de 2009 relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE (Processo COMP/C-3/37.990 — Intel), (2009/C 227/07), parágrafos 25, 28 e 30.

ao mercado, recorrendo, portanto, a uma abordagem baseada nos efeitos. O teste do concorrente igualmente eficiente que a Comissão utiliza pretende analisar os efeitos concretos de um sistema de descontos num concorrente igualmente eficiente. Desta forma, a Comissão pretendia verificar se um concorrente igualmente eficiente à Intel conseguiria reduzir os preços de forma a compensar os rebates concedidos pela Intel. Após a realização deste teste hipotético, a Comissão conclui que, considerando a quota contestável, um concorrente com o mesmo grau de eficiência teria de oferecer os seus produtos a um custo inferior ao custo viável da Intel, impedindo o acesso ao mercado do concorrente.

Já vimos que, adotando o teste do operador eficiente, a Comissão estaria na verdade a optar por uma abordagem baseada nos efeitos. Esta aparente hesitação entre as duas abordagens doutrinárias contribui para a falta de clareza na aplicação prática do art.º 102º TFUE que, em última análise, é ela mesma prejudicial para o processo concorrencial e para o bem-estar do consumidor.

No seguimento da Decisão acima referida, a Comissão Europeia aplicou uma coima de 6 mil milhões de euros com base no artigo 23º, nº2, al. a) do Regulamento nº1/2003 (JO 2006, C 210, p.2). Discordando da interpretação da Comissão, a Intel interpôs recurso no Tribunal Geral no dia 22 de julho de 2009.

4. Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de Junho de 2014, Intel Corporation Inc c. Comissão, processo T-286/09

Tendo a Intel interposto recurso, o Tribunal Geral foi chamado a pronunciar-se sobre a Decisão da Comissão, nomeadamente sobre a admissibilidade dos descontos de fidelidade.

Estabelecendo o mercado em causa como o mercado mundial dos CPU x86, o Tribunal reconheceu que a Intel beneficiava de uma posição dominante, pois detinha um poder de mercado relevante, existiam elevadas barreiras à entrada no mercado dos microprocessadores e os clientes da Intel não tinham um poder negocial substancial, estando a sua produção dependente do abastecimento da Intel.

Entendemos, tal como o Tribunal Geral, que a Intel detém **posição dominante**. Em primeiro lugar, a Intel possui quotas de mercado elevadas. Seguimos aqui o entendimento do Tribunal

de Justiça, que tem estabelecido por mais de uma vez que quotas superiores a 50% são quotas de mercado muito elevadas⁵⁴.

No que concerne à posição dos seus concorrentes de mercado, as quotas de mercado poderão ser utilizadas para aferir a posição de mercado, mas serão utilizadas como mero indicador, não constituindo um requisito essencial para se considerar que a empresa detém posição dominante. Ainda que as quotas de mercado não sejam fator único a considerar para apurar da existência de posição dominante, elas são um indicador importante, especialmente quando apenas existe outro concorrente no mercado, a AMD.

Existem outros fatores, nomeadamente o espectro inovador de uma empresa e a diferenciação dos seus produtos, que podem obstar a que uma empresa esteja em posição dominante, ainda que detenha quotas de mercado maiores.

No que diz respeito ao conceito do poder de mercado, RICARDO BORDALO JUNQUEIRO considera que “uma empresa detém poder de mercado substancial quando pode elevar os preços a um nível supracompetitivo, de forma lucrativa e duradoura, sem recuar perder clientes⁵⁵”. O nível supracompetitivo a que o autor alude refere-se ao custo marginal de produção, isto é, o custo associado à última unidade produzida, excluindo os custos fixos.

Importa elucidar em que consiste a “forma duradoura” a que o mesmo autor faz referência. A Orientação da Comissão sobre o art.º 102.º TFUE fornece algumas indicações sobre o que se deve entender por forma duradoura⁵⁶. A Comissão começa por esclarecer que um período significativo dependerá do mercado em concreto, mas que na generalidade dos casos se poderá considerar um período de dois anos.

Releva ainda clarificar que todas as empresas terão de cobrar pelos seus bens ou serviços um preço acima do custo marginal de produção para que possam fazer-se pagar dos custos fixos. A realidade é que este poder de mercado de aumentar preços para além do custo marginal se encontra sempre limitado pela concorrência ativa de outras empresas.

Adicionalmente, deverá considerar-se o elemento histórico – o facto de a Intel ter possuído uma quota de mercado na ordem dos 70% durante 10 anos, indica que o mercado se manteve

⁵⁴ Acórdão do TJUE, de 03/07/1991, Processo C-62/86, *AKZO Chemie/Comissão*, nº 60; acórdão do TJUE, de 09/11/1983, Processo 322/81, *Michelin/Comissão*, nº52.

⁵⁵ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 61.

⁵⁶ Cf. na Comunicação da Comissão, JO C 45, 24.2.2009, nº11, nota de rodapé 6.

mais ou menos estático, não existindo grandes condições para a substituíbilidade da empresa no mercado dos CPU de arquitetura x86.

Note-se que apenas existindo duas empresas no mercado dos CPU de arquitetura x86 e possuindo a Intel quotas de mercado na ordem dos 70%, esta poderia agir com alguma independência no mercado. Poderá assim concluir-se que a Intel podia subir preços de forma lucrativa. Por outro lado, acresce o facto de a Intel poder atuar com relativa autonomia no estabelecimento de preços durante um período considerável, que se regista de 1997 a 2007.

Em segundo lugar, deverá ter-se em consideração as **barreiras à entrada** de novos concorrentes e as barreiras à expansão da atual concorrente. As barreiras podem resultar de investimentos avultados necessários para uma empresa entrar ou se manter numa indústria, obstáculos jurídicos resultantes da regulamentação do setor, redes de distribuição de difícil acesso, entre outras. Em mercados competitivos em que não existam grandes barreiras, existe uma grande substituíbilidade. Neste contexto, em que as empresas entram e saem do mercado livremente, é difícil existir um grande poder de mercado. As empresas terão incentivos a adotar e adaptar práticas mais eficazes promovendo a competitividade. Ora, no caso em apreço, existem elevados custos afundados: são necessários elevados custos para entrar neste mercado de elevada especialização tecnológica, desde logo os custos com a investigação e o desenvolvimento tecnológico, bem como os custos com as infraestruturas necessárias à produção de processadores. Adicionalmente, atente-se que o mercado de processadores dispõe de proteção da propriedade intelectual, o que também dificulta a entrada no setor. Concluir-se-á, por isso, pela existência de barreiras à entrada no mercado dos CPU de arquitetura x86.

Na sua Orientação⁵⁷, a Comissão também faculta elementos para aferir da existência de barreiras à entrada de novos concorrentes ou barreiras à expansão de atuais concorrentes. As barreiras serão inexistentes se a entrada ou expansão é provável, suscetível de se produzir rapidamente ou suficiente:

- **Provável**, se forem suficientemente lucrativas, tendo em conta eventuais riscos e possíveis perdas;
- **Suscetível de se produzir rapidamente**, se forem suficientemente rápidas para “(...) *dissuadir ou impedir o exercício de um poder de mercado significativo*”;

⁵⁷ Cf. na Comunicação da Comissão, JO C 45, 24.2.2009, nº16.

- **Suficiente**, se tiver uma dimensão considerável que se repercute no estabelecimento de preços, ou seja, tem de ser em larga escala.

Sendo o mercado dos CPU um mercado muito especializado, que está altamente dependente da investigação tecnológica e que carece de grandes investimentos económicos, é razoável inferir que as entradas nos mercados não são prováveis ou suscetíveis de se produzir rapidamente.

Por último, uma empresa em posição dominante pode não conseguir atuar de forma independente devido ao **poder negocial dos compradores**. O poder dos compradores é também apontado como um dos fatores que contribui para que a empresa fornecedora de bens ou serviços detenha posição dominante. A dimensão dos clientes poderá ter impacto na autonomia da empresa fornecedora no que respeita ao estabelecimento de preços. A Comissão declara na Orientação sobre o art.º 102º TFUE que “*se o poder negocial for suficientemente forte poderá dissuadir ou inviabilizar uma tentativa por parte da empresa de aumentar os preços*”⁵⁸.

Veja-se que não existe grande poder negocial por parte dos clientes da Intel. Assim se depreende pelo facto de apenas existirem duas empresas fornecedoras de CPU no mercado mundial e por estas atuarem simultaneamente nos segmentos de computadores de escritório, computadores portáteis e servidores. Por outro lado, as empresas que produzem computadores estão em maior número, pelo que existirá uma maior concorrência na produção de computadores. Daqui se retirará que o poder negocial dos compradores não será suficiente para dissuadir a Intel de agir de forma independente. Existe uma grande dependência do mercado mundial da Intel para o abastecimento de processadores de arquitetura x86.

Concluimos pela posição dominante em linha com o Tribunal Geral. Importa agora avançar para qualificação jurídica das condutas da Intel.

⁵⁸ Cf. na Comunicação da Comissão, JO C 45, 24.2.2009, nº18.

4.1 Qualificação jurídica dos descontos e pagamentos concedidos em contrapartida de um abastecimento exclusivo

O Tribunal Geral considerou existir prova bastante de que a Intel concedia descontos à Dell, à HP, à NEC e à Lenovo sob a condição de estas comprarem a totalidade ou uma parte importante dos processadores de arquitetura x86 à Intel.

No que se refere à MSH, ficou também provado que a Intel lhe concedia pagamentos na condição de esta vender apenas computadores que tivessem processadores de arquitetura x86.

A Intel concedeu ainda pagamentos à HP, à Acer e à Lenovo, na condição de estas suspenderem ou cancelarem o lançamento de produtos equipados com processadores de arquitetura x86 provenientes da AMD.

Estava em causa apurar se a concessão de descontos que visam a exclusão de um concorrente e a atribuição de quantias monetárias a um comprador que visam a restrição da concorrência, poderiam ser considerados um abuso de posição dominante.

A defesa considerou ser necessário demonstrar que os descontos ou pagamentos teriam capacidade de afastar concorrentes do mercado contestável no caso concreto.

O Tribunal começa por analisar os **descontos de fidelidade**, reiterando que estes se revestem de um caráter abusivo pela sua própria natureza, na aceção da jurisprudência *Hoffmann-LaRoche*. Ora, de acordo com esta linha jurisprudencial, para serem descontos de fidelidade ou exclusividade não é necessário que estes promovam eficazmente a eliminação da concorrência, bastando tão-só que os descontos sejam suscetíveis de eliminar os concorrentes.

Em suma, não seria necessário que se verificasse a supressão da AMD enquanto concorrente da Intel, mas apenas que os comportamentos da Intel tivessem a suscetibilidade de suprimir a AMD do mercado dos processadores de arquitetura x86. Como resultado, para que uma prática comercial se considere contrária ao artigo 102º TFUE, é necessário que a mesma seja suscetível de restringir a concorrência no mercado em causa, não sendo por isso necessário aferir os efeitos concretos da prática comercial.

Posteriormente, o Tribunal dedicou a sua análise às chamadas **restrições não dissimuladas**, *i.e.*, os pagamentos concedidos aos clientes. Apesar de estabelecerem condições diferentes, o

Tribunal entendeu que ambas as restrições poderiam ser equiparadas, na medida em que ambas constituem a concessão de quantias monetárias aos compradores para compensar pela não utilização dos produtos da AMD⁵⁹.

O Tribunal entendeu assim existir um abuso de exclusão nos comportamentos descritos pela Comissão, que deveriam ser valorados de igual forma. É nosso entendimento, em linha com o Tribunal Geral, que o comportamento da Intel se integra na categoria dos **abusos de exclusão**. De acordo com RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, é usual identificarem-se duas categorias principais de abuso de posição dominante – abusos de exploração e abusos de exclusão⁶⁰. Nas palavras deste autor, enquanto os abusos de exploração se destinariam a extrair um benefício indevido dos clientes, os abusos de exclusão são suscetíveis de prejudicar o funcionamento concorrencial do mercado.

O conceito de abuso de exclusão é definido pelo acórdão *Hoffmann-LaRoche*⁶¹ como uma noção objetiva, bastando que ocorra o facto para que o conceito esteja preenchido. Ricardo Bordalo Junqueiro⁶² destaca quatro elementos na decisão do TJUE no processo Hoffmann-LaRoche:

- A natureza objetiva do conceito de abuso;
- Efeito sobre a concorrência no mercado;
- Comportamento diferente da concorrência pelo mérito;
- Responsabilidade especial da empresa em posição dominante de não atentar contra o funcionamento concorrencial do mercado.

Em primeiro lugar, destaca-se a **natureza objetiva do conceito de abuso**, *i.e.*, a jurisprudência europeia exige apenas a verificação do facto, não sendo por isso necessário demonstrar o elemento subjetivo, a culpa ou dolo. Este facto carece de um **efeito sobre o funcionamento concorrencial mercado**, melhor dizendo, deve ser suscetível de prejudicar a

⁵⁹ Acórdão do Tribunal Geral, de 12/06/2014, processo T-286/09, Intel Corporation Inc/Comissão, nº 206.

⁶⁰ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, pp. 88 e ss.

⁶¹ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 86/76, *Hoffmann-LaRoche*/Comissão, p. 217, parágrafo 91.

⁶² Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, p. 90.

concorrência. A doutrina diverge quanto a este efeito: por um lado, aqueles que propugnam que o efeito sobre a concorrência seja tão-somente potencial; por outro, aqueles que exigem a prova de um efeito concreto ou provável⁶³.

Mas o acórdão *Hoffmann-LaRoche* vai ainda mais longe ao exigir um **comportamento contrário à concorrência pelo mérito**. Entender-se-á por “concorrência pelo mérito” o desempenho económico eficiente.

Por último, a **responsabilidade especial das empresas em posição dominante** de não prejudicarem o funcionamento regular do mercado. O autor sublinha que esta responsabilidade especial da empresa em posição dominante será face ao processo competitivo e não face aos concorrentes, desde logo porque não se pretende limitar toda e qualquer concorrência, mas somente as atividades que possam colocar em causa o processo concorrencial regular.

Tendo em consideração os argumentos aduzidos pela Comissão, foi entendimento do Tribunal Geral que a Intel restringiu a liberdade de escolha dos consumidores, constituindo esta concessão de descontos um abuso de posição dominante, uma vez que a restrição não tinha qualquer justificação objetiva. Este entendimento é consentâneo com a linha jurisprudencial formalista que resulta do acórdão *Hoffmann-LaRoche*⁶⁴, e do acórdão do Tribunal de Justiça *British Airways*⁶⁵. Em ambos os casos o TJUE não exigiu a demonstração de uma capacidade de restringir a concorrência no caso concreto, visto que os descontos de exclusividade teriam capacidade anticoncorrencial, pela sua própria **natureza**.

Também no acórdão do Tribunal de Justiça *Tomra*⁶⁶ o TJUE adota o entendimento que não é necessário demonstrar os efeitos concretos dos descontos na concorrência. Daqui resulta que também não é necessário demonstrar um nexo de causalidade entre as práticas consideradas e os efeitos concretos no mercado, já que também não é exigida a concretização do elemento subjetivo.

⁶³ Ricardo Bordalo Junqueiro, 2012, pp. 94 e 95.

⁶⁴ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 85/76, *Hoffmann-LaRoche/Comissão*, nº71.

⁶⁵ Acórdão do TJUE, de 15/03/2007, Processo C 95/04 P, *British Airways/Comissão*, nº 68.

⁶⁶ Acórdão do TJUE, de 19/04/2012, Processo C-549/10 P, *Tomra Systems/Comissão*, nº73.

Acresce ainda que, de acordo com o entendimento adotado pela jurisprudência europeia nos acórdãos “*Michelin I*”⁶⁷, *TeliaSonera Sverige*⁶⁸ e acórdão *Michelin II*⁶⁹ os descontos seriam considerados abusivos conquanto o acesso não fosse impedido, mas somente dificultado. Veja-se que a jurisprudência assim o considerou nos casos acima referidos, porque a empresa que concede os descontos detém uma posição dominante e, como tal, a concorrência já está limitada⁷⁰.

Importa referir que a obrigação de não aquisição de produtos ou serviços aos concorrentes não carece de formalização, sendo bastante o acordo tácito de não aquisição⁷¹.

Por outro lado, o montante de desconto concedido também não constitui requisito para examinar se o desconto de exclusividade é contrário ao direito da concorrência. Para uma abordagem formal, a concessão de desconto por parte de uma empresa em posição dominante comporta uma prática abusiva *per se*.

Esta solução justifica-se por duas ordens de razão: por um lado, pela responsabilidade especial que incumbe à empresa em posição dominante de não prejudicar uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum; e, por outro, pelo facto de os operadores com uma forte posição no mercado terem condições de fornecimento exclusivo relativas a uma proporção significativa das aquisições de um cliente.

4.1.1 Pertinência da duração do desconto ou benefício financeiro

A defesa alegou que pelo facto de os descontos terem ocorrido num período mais ou menos reduzido de tempo, a concessão de descontos teria um impacto diminuto. O Tribunal Geral considerou que, tratando-se de uma empresa detentora de uma posição dominante, a

⁶⁷ Acórdão do TJUE, de 09/11/1983, Processo C-322/81, *Michelin/Comissão*, nº74.

⁶⁸ Acórdão do TJUE, de 17/02/2011, Processo C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, nº63.

⁶⁹ Acórdão do Tribunal Geral, de 30/09/2003, Processo T-203/01, *Michelin/Comissão*, nºs 75 e 244.

⁷⁰ Veja-se também, neste sentido, o acórdão do TJUE, de 28/02/1991, Processo C-234/89, *Delimitis v Henninger Bräu*, nºs 14 a 27.

⁷¹ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 85/76, *Hoffmann-LaRoche*, nº 71.

concorrência já estaria limitada, pelo que qualquer restrição adicional teria a capacidade de falsear o mercado, independentemente da duração⁷². O Tribunal Geral acompanha a linha jurisprudencial do TJUE no acórdão Hoffmann-LaRoche⁷³. Os concorrentes têm direito a competir pelo mérito em todo o mercado e não apenas numa parte dele⁷⁴.

4.1.2 Pertinência do poder de compra dos clientes a quem foi concedido o benefício

Estaria em causa apreciar se o poder de compra de um cliente pode ter impacto na imputação de abuso de posição dominante à empresa que concede os descontos de exclusividade. O Tribunal Geral afastou esta argumentação por considerar que o poder de mercado dos clientes de uma empresa não exclui o abuso de posição dominante⁷⁵.

É nosso entendimento que o poder negocial dos compradores deve apenas ser tido em consideração para aferir da existência de uma posição dominante, mas não exclui que uma empresa em posição dominante proceda de forma abusiva. No caso em apreço, atendendo a que a empresa que concede os descontos de exclusividade se encontra ela mesma em posição dominante e o cliente tem uma dependência de fornecimento no mercado em causa, julgamos que a pressão comercial exercida por um cliente não escusa o abuso. Neste sentido, acórdão do TJUE Hoffmann-LaRoche⁷⁶, nº 89 e acórdão do Tribunal Geral *BPB Industries e British Gypsum*⁷⁷, nº 90.

⁷² Acórdão do Tribunal Geral, de 12/06/2014, processo T-286/09, Intel Corporation Inc/Comissão, nº 111.

⁷³ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 85/76, Hoffmann-LaRoche, nºs 71 e 123.

⁷⁴ Neste sentido, Acórdão do TJUE, de 19/04/2012, Processo C-549/10 P, Tomra Systems/Comissão, nº73.

⁷⁵ Acórdão do Tribunal Geral, de 12/06/2014, processo T-286/09, Intel Corporation Inc/Comissão, nº 139.

⁷⁶ Acórdão do TJUE, de 13/02/1979, Processo 85/76, *Hoffmann-LaRoche*.

⁷⁷ Acórdão do Tribunal Geral, de 01/04/1993, Processo T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum Ltd/Comissão*.

4.2 Pertinência do teste do “concorrente igualmente eficiente”

Para demonstrar que os descontos de exclusividade e os pagamentos seriam suscetíveis de afastar um concorrente tão eficiente como a Intel, a Comissão realizou o teste AEC (*as efficient competitor*).

A Comissão Europeia aborda pela primeira vez o teste do concorrente no *Discussion Paper* sobre a aplicação do art.º 82.º (atual art.º 102.º TFUE) publicado em 2005. Para a Comissão, determinadas condutas de uma empresa relacionada com o preço podem gerar diferentes efeitos de exclusão dependendo de quão eficientes os seus concorrentes rivais são. Um concorrente muito eficiente pode ser capaz de superar a estratégia de preços de uma empresa em posição dominante enquanto outra poderá ser excluída do mercado⁷⁸.

O chamado critério do concorrente igualmente eficiente surge no âmbito da “concorrência pelo mérito”. Quando uma empresa em posição dominante consiga excluir, pela sua conduta, concorrentes menos eficientes, então está a concorrer de forma meritória, com base no desempenho económico eficiente. De acordo com este critério, um comportamento só deveria ser considerado abusivo se fosse suscetível de levar à exclusão de concorrentes igualmente eficientes.

Com a aplicação do teste do concorrente igualmente eficiente, a Comissão Europeia parece querer distanciar-se da tradicional abordagem formalista da jurisprudência europeia, ou pelo menos pretende torná-la mais exigente. Discussão diversa será a de saber se o teste do concorrente igualmente eficiente é a melhor opção para analisar se um dado desconto de fidelidade tem efeitos de exclusão, questão sobre a qual nos debruçaremos adiante.

No caso *sub judice*, a Comissão concluiu que um concorrente igualmente eficiente à Intel não teria capacidade de concorrer com a Intel no mercado em causa, uma vez que teria de vender os CPU de arquitetura x86 a um preço que compensasse o desconto de exclusividade ou os pagamentos que a Intel concedia aos seus compradores.

⁷⁸ *Discussion paper*, 2005, nº 63

A utilização do teste AEC visa então examinar se um “concorrente igualmente eficiente” à empresa em posição dominante conseguiria fazer face aos custos da concessão de um desconto de fidelidade, bem como aos custos do pagamento de quantias pelo não abastecimento junto de um concorrente. O teste AEC é comumente usado quando há lugar a práticas abusivas relacionadas com o estabelecimento de preços, quer seja pelo recurso a preços predatórios, seletivos ou compressão de margens. Coloca-se então a questão de saber se este critério pode ser aplicado aos descontos de exclusividade ou fidelidade, bem como a restrições não dissimuladas.

No que se refere aos preços praticados pela empresa dominante, estes são comparados com os custos variáveis suportados por essa empresa. A doutrina tem defendido a aplicação deste critério quando está em causa a concessão de descontos de exclusividade. Por maioria de razão, este critério também se aplicaria a outros comportamentos de exclusão, tais como as restrições não dissimuladas anteriormente referidas. Também a Comissão propugna pela aplicação deste critério, tendo-o mesmo adotado na sua comunicação sobre a aplicação do artigo 102.º TFUE a comportamentos de exclusão praticados por empresas em posição dominante⁷⁹.

Uma vez aceites os pressupostos de análise, os resultados do teste AEC podem ser negativos ou positivos e apenas conseguem responder à questão se é possível a um concorrente igualmente eficaz disputar a parte contestável do mercado.

Um resultado negativo no teste AEC significa que um concorrente igualmente eficiente, oferecendo uma compensação ao cliente pela perda do desconto, cobraria preços abaixo do preço de custo. Consequentemente, os descontos exclusivos restringiriam completamente o concorrente do mercado.

Pelo contrário, um resultado positivo significa que um concorrente igualmente eficaz consegue cobrir os custos adicionais.

O teste AEC apenas permite aferir se o acesso é restringido por completo, não sendo possível responder se o desconto de fidelidade dificultaria o acesso ao mercado.

No caso em apreço, a defesa alegou que constavam do teste AEC produzido pela Comissão vários erros e que, se tivesse havido uma aplicação correta do teste, o mesmo concluiria que os

⁷⁹ Comunicação da Comissão, JO C 45, 24.02.2009, nº 41.

descontos concedidos pela Intel não tinham capacidade de exclusão. O Tribunal Geral entendeu que o teste AEC não era necessário para demonstrar a conduta abusiva, dado que os descontos de exclusividade são, pela sua própria natureza, anticoncorrenciais. Bastava que se demonstrasse a existência de um benefício financeiro não justificado em troca de fidelização do cliente e a realização do teste AEC seria dispensável.

A jurisprudência europeia tem vindo a dispensar a realização do teste AEC, mesmo no caso de descontos pertencentes à terceira categoria, que requerem a avaliação do caso concreto⁸⁰. Por maioria de razão, não seria necessário fazê-lo no que respeita aos descontos de exclusividade.

Esta tinha sido também a conclusão do TJUE no acórdão *Post Danmark II*, ao proclamar que o teste do “concorrente igualmente eficaz” não constituía uma condição indispensável para verificar o carácter abusivo de um regime de descontos⁸¹.

Creemos que o teste AEC levanta questões de vária ordem. WOUTER WILS alerta para o facto de o teste AEC ter sido delineado para a análise de preços predatórios e não ser o mais adequado para apurar eventuais efeitos de exclusão da concessão de descontos de fidelidade⁸².

No caso dos preços predatórios existe um dano ao processo competitivo provocado pela descida acentuada de preços. Sabendo que a descida de preços pode também ter efeitos pró-competitivos, o teste AEC avalia o preço-custo em cada situação. Pelo contrário, nos descontos de fidelidade, o dano advém do efeito de exclusão da concorrência em si mesma e não da descida de preços.

Atente-se também que definir o que é um concorrente igualmente eficaz depende do acesso a uma análise de dados de mercado correta. O acesso a estes dados para posterior análise será difícil, sobretudo em mercados de elevada especialização técnica e tecnológica. Repare-se que

⁸⁰ Acórdão do TJUE, de 09/11/1983, Processo 322/81, *Nederlandsche-Banden-Industrie-Michelin/Comissão* (acórdão Michelin I), nºs 81 a 86.

⁸¹ Acórdão do TJUE, de 6/10/2015, Processo C-23/14, *Post Danmark II/Konkurrencerådet*, nº75.2.

⁸² WILS, Wouter P.J. – *The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance* – *World Competition*, Vol. 37, Issue 4, 2014, p. 27.

os dados estão na posse da empresa em posição dominante, que não terá interesse em disponibilizá-los.

É comumente aceite pelos defensores da abordagem formalista e pela abordagem dos efeitos que todos os descontos que coloquem os preços abaixo de custo têm, pela sua própria natureza, a capacidade de eliminar concorrentes igualmente eficientes que não conseguiriam descer preços abaixo de um determinado limiar. Identicamente à situação acima exposta, os dados que permitem apurar se o preço se encontra abaixo do custo serão partilhados pela empresa em posição dominante e, outrossim, pelas empresas concorrentes afetadas pela atuação da empresa em posição dominante. Será então fácil de compreender que, na maioria dos casos, não estarão reunidas as condições de necessária imparcialidade para que os dados sejam analisados objetivamente.

Acresce que, para uma correta aplicação do teste, ser necessário diferenciar a parte do mercado contestável da não contestável, o que em todo o caso será difícil apurar para entidades terceiras.

É igualmente de salientar que o teste AEC parece basear-se numa presunção que os consumidores apenas valorizam o preço, desconsiderando a qualidade ou a variedade de produtos ou serviços disponíveis⁸³.

MICHAEL ADAM e FRANK MAIER-RIGAUD levantam ainda o facto de existir uma tensão intrínseca entre o teste do concorrente igualmente eficiente e o princípio do bem-estar dos consumidores⁸⁴. Nas palavras destes autores, ainda que a conduta seja dirigida apenas contra concorrentes menos eficientes, isso não pode significar que a conduta da empresa em posição dominante é legal. Os concorrentes menos eficientes podem causar constrangimentos concorrenciais às empresas dominantes e são também eles relevantes para o benefício dos consumidores. Se as empresas menos eficientes não tivessem alguma preferência dos consumidores, teriam sido excluídas pelos próprios mecanismos de mercado.

⁸³ Wouter Wills, 2014, p. 28.

⁸⁴ ADAM, Michael and MAIER-RIGAUD, Frank P., The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct (May 2, 2011). Journal of Competition Law (ZWeR – Zeitschrift für Wettbewerbsrecht), 2009, 1, 131-146. , disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1829076> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1829076>, p. 138.

Em jeito de conclusão, o Tribunal Geral não tem em conta a argumentação da Intel relativamente à forma como o teste AEC fora realizado. No seu entendimento, o teste AEC sobrepõe como um critério entre vários outros na produção de prova. O Tribunal demonstra uma preferência clara pela jurisprudência Hoffmann-LaRoche, que propugna que se deve aplicar uma abordagem formalista. Os descontos de exclusividade são entendidos como abusivos *per se*, não sendo, por isso, necessário apurar as circunstâncias concretas em que eles são concedidos nem se os mesmos terão capacidade para restringir a concorrência de um concorrente igualmente eficiente.

O nosso entendimento está em linha com a jurisprudência do Tribunal Geral, quando este afirma existir uma presunção de ilegalidade dos descontos de fidelidade sempre que aplicados por uma empresa em posição dominante. No entanto, advogamos que deve existir uma abordagem mais exigente, no sentido em que não basta que o efeito de exclusão da concorrência seja uma mera possibilidade, devendo antes existir uma probabilidade elevada de um efeito de exclusão. Este é também o entendimento do Advogado-Geral Nils Wahl nas suas conclusões sobre o Processo C-413/14 P, remetendo para as conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Post Danmark⁸⁵.

5. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2017, Intel Corporation Inc c. Comissão, C-413/14P

A Intel recorreu para o TJUE, tendo pedido a anulação da decisão do Tribunal Geral da União Europeia.

O TJUE começa por recordar que o art.º 102º TFUE não pretende evitar que uma empresa em posição dominante conquiste a parte do mercado contestável pelo seu próprio mérito. O que se pretende é que as empresas em posição dominante não utilizem esta sua posição para prejudicar outras sem uma justificação objetiva, isto é, pretende-se proteger o regular funcionamento concorrencial do mercado.

⁸⁵ Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, C-413/14 P, Intel Corporation Inc. contra Comissão Europeia (ECLI:EU:C:2016:788), para 117.

Porém, o TJUE também confirma que a empresa em posição dominante tem uma especial responsabilidade de não prejudicar a concorrência efetiva no mercado interno⁸⁶. Quando, num dado mercado, exista uma empresa em posição dominante, a concorrência apresenta-se já mais ou menos restringida. Por essa mesma razão, cabe à empresa em posição dominante a responsabilidade de não restringir injustificadamente o funcionamento de mercado.

O Tribunal de Justiça equipara as restrições não dissimuladas aos descontos de exclusividade ou fidelidade, considerando que ambos constituem um abuso de exclusão quando praticados por uma empresa em posição dominante. A propósito dos descontos de exclusividade bem como das restrições não dissimuladas, o TJUE refere ainda que as práticas comerciais que vinculem um cliente a não se abastecer na totalidade ou em parte num concorrente se consideram abusivas, mesmo quando tenham sido a pedido do cliente. É este também o nosso entendimento, uma vez que o pedido do cliente não pode escusar a empresa em posição dominante da sua responsabilidade.

Apesar de confirmar a linha jurisprudencial de que os descontos de exclusividade constituem um abuso de posição dominante pela sua própria natureza, o TJUE anulou o acórdão do Tribunal Geral por considerar que este não teve em conta todos os elementos de prova. O Tribunal profere que, não obstante considere ser desnecessária a verificação das circunstâncias do caso concreto, a Comissão Europeia conferiu relevância aos resultados produzidos pelo teste AEC e apresentou-o como prova. Como tal, e uma vez que a Comissão fundamenta a sua decisão na apreciação do caso concreto bem como na realização do teste AEC, a recorrente deveria poder defender-se de tais argumentos. Por esta razão, o TJUE considerou que a omissão do Tribunal Geral constituiria um erro de direito e que este deveria apreciar os fundamentos da Intel com relação às críticas feitas ao teste AEC.

A decisão do TJUE no caso Intel parece inverter o sentido da posição adotada pelo Tribunal Geral, porquanto o TJUE determina que seja analisado o caso concreto. Esta decisão tem vindo a ser entendida como um reconhecimento por parte do TJUE que a presunção do art.º 102º TFUE poderá ser ilidida ao demonstrar-se que no caso concreto da concessão de descontos de

⁸⁶ Acórdão do TJUE, de 09/11/1983, Processo 322/81, *Nederlandsche-Banden-Industrie-Michelin/Comissão* (acórdão Michelin I), nº 57 e acórdão do TJUE, de 27/03/2012, Processo C-209/10, *Post Danmark/Konkurrecerådet*, nº 23.

fidelidade não ocorreu um abuso de posição dominante⁸⁷. Recorde-se que o entendimento do Tribunal Geral foi o de que existindo uma presunção de ilegalidade dos descontos de fidelidade, que não seria necessário avaliar a alegação da Intel sobre as irregularidades do teste “*As efficient competitor*”.

Na sua decisão, o Tribunal de Justiça aparenta conciliar a jurisprudência sobre regimes de descontos de fidelidade com uma abordagem baseada nos efeitos, invocada pela Comissão ao realizar o teste do concorrente igualmente eficiente. Mas a tão aguardada resposta do Tribunal de Justiça no que toca ao enquadramento jurídico dos sistemas de descontos de fidelidade concedidos por uma empresa em posição dominante parece deixar várias questões sem resposta, aumentando a incerteza jurídica a este propósito.

Desde logo, ao inverter a posição que tem sido defendida pela jurisprudência nos últimos anos, esperava-se maior clarificação, nomeadamente no que se refere à análise dos efeitos no caso concreto. A decisão do Tribunal de Justiça no caso Intel prolonga a insegurança jurídica quanto ao teste legalmente admissível para analisar os regimes de descontos ao abrigo do direito da concorrência da União Europeia⁸⁸.

A frequente hesitação das instituições europeias no que se refere à abordagem a adotar quanto aos descontos de fidelidade deve-se sobretudo à falta de clareza com que foi redigido o art.º 102.º TFUE. Esta hesitação tem largas consequências relativas à previsibilidade da norma, bem como à morosidade dos processos a ela referentes. A complexidade de análise dos descontos de fidelidade, a falta recursos e o tempo excessivo que leva para produzir os elementos de prova acabam por esvaziar a norma. Seria proveitosa a tomada de posição clara sobre os critérios a adotar sempre que uma empresa em posição dominante conceda descontos de fidelidade. Parece-nos que o legislador europeu tem aqui quatro opções de clarificação da lei vigente nesta matéria.

Em primeiro lugar, adotando uma posição próxima do precedente norte-americano, isto é, optando pela presunção de legalidade, salvo certas circunstâncias. O direito norte-americano

⁸⁷ HOPPER, Abigail – The Future of Loyalty Rebates after Intel, in Preliminary Reference, Columbia Journal of European Law, Columbia Law School, 2017, <http://blogs2.law.columbia.edu/cjel/preliminary-reference/2017/the-future-of-loyalty-rebates-after-intel/?msclkid=827e7a42ae7211eca3fe0f922c337d23> .

⁸⁸ V. H. ROBERTSON, (2018), pp 16-17.

assume uma abordagem baseada nos custos, optando pela admissibilidade dos descontos de fidelidade, com a exceção de os descontos levarem a que o preço fique abaixo do custo marginal⁸⁹.

Em segundo lugar, pode optar clara e inequivocamente pela abordagem baseada nos efeitos, estabelecendo que as circunstâncias do caso concreto devem ser tidas em conta para apurar a existência ou não de abuso de posição dominante. A ser esta a opção do legislador, é necessário o estabelecimento de critérios objetivos para uma maior segurança jurídica.

Em terceiro lugar, o legislador europeu pode decidir por uma via de proibição liminar dos descontos de fidelidade, recorrendo a uma regulamentação setorial e atendendo às vicissitudes de cada setor. Em setores com elevados custos fixos e em que a concorrência está, por isso, limitada, a regulamentação assegura que os interesses dos consumidores são tutelados. De igual modo, a regulamentação setorial permite uma maior adaptabilidade às necessidades de cada setor, promovendo o crescimento e a inovação do mesmo.

Por último, pode deixar a concessão de descontos de fidelidade na esfera do livre-arbítrio do mercado. O caso Intel é bastante ilustrativo, demonstrando que o mercado se altera muito rapidamente, não se compadecendo com a morosidade dos tribunais. A solução do litígio virá já numa fase em que o mercado encontrou os seus próprios equilíbrios, com a entrada de novos concorrentes e com a consolidação da posição da AMD.

⁸⁹ DUNCAN, Richard A. & McCormac Brian S., *Loyalty & Fidelity Discounts & Rebates in the U.S. & EU: Will Divergence Occur over Cost-Based Standards of Liability?*, 9, *SEDONA CONF. J.* 133 (2008), p. 144.

6. Conclusão

A aplicação do direito da concorrência visa defender o regular funcionamento do mercado. A jurisprudência da União Europeia tem vindo a reafirmar a abordagem baseada na forma, segundo a qual não é necessário que se demonstrem os efeitos das práticas abusivas no caso concreto, bastando que os comportamentos sejam suscetíveis de ter um efeito de exclusão ou que dificultem a concorrência no mercado em causa. A linha jurisprudencial em vigor também não fixa um limiar mínimo abaixo do qual as práticas exclusionárias não seriam consideradas como abuso de posição dominante.

Este era também o entendimento adotado pela Comissão Europeia antes de 2005. Contudo, a Comissão Europeia recorreu de forma complementar à abordagem baseada nos efeitos no *Discussion Paper*⁹⁰ sobre a aplicação do art.º 82.º (atual art.º 102.º TFUE) e aplicou o teste AEC pela primeira vez no caso Intel. Com efeito, o teste do concorrente igualmente eficiente olha aos efeitos que as práticas podem causar à concorrência e aos consumidores.

A nosso ver, os descontos de fidelidade geram custos de mudança que desincentivam o consumidor a procurar fornecedores alternativos, criando um efeito de exclusão da concorrência. Acresce o facto de este tipo de descontos concorrer para uma falta de transparência dos preços e dificultar a comparação de preços de mercado.

Por último, a dificuldade de aplicação prática da abordagem baseada nos efeitos e a falta de critérios objetivos que tornam a aplicação do direito muito morosa.

Pugnamos pela abordagem formal, no tocante à inclusão dos descontos de fidelidade nas práticas comerciais abusivas de empresas em posição dominante por razões de segurança jurídica. Os descontos de exclusividade deverão ser considerados como abuso de posição dominante *per se*, ainda que não ocorra uma restrição concorrencial no caso concreto. O facto de um concorrente não sofrer efeitos adversos apenas significa que as práticas anticoncorrenciais não foram bem-sucedidas e, como tal, não produziram o efeito que pretendiam. Um bom desempenho económico do concorrente, ocorrido posteriormente a tais práticas comerciais, pode advir de outros fatores de mercado não controlados pela empresa em posição dominante. De modo conseqüente, uma conjuntura macroeconómica favorável poderia,

⁹⁰ *Discussion Paper*, 2005, nº 63.

porventura, ter um impacto positivo nos concorrentes, pelo que seria difícil apurar por que razão as práticas anticoncorrenciais não produziram efeitos.

Em todo o caso, uma tese formalista permite ainda escusar o abuso de posição dominante quando os seguintes critérios estejam cumulativamente reunidos: se se conseguir provar que os descontos de fidelidade geram vantagens económicas⁹¹, que os benefícios se refletem sobre os consumidores, que as restrições impostas são indispensáveis para a obtenção de ganhos de eficiência e, por último, o acordo não causar a eliminação de parte significativa da concorrência.

Advogamos que os descontos de exclusividade têm, pela sua própria natureza, a capacidade de prejudicar a concorrência salutar entre empresas. Atente-se que, a empresa em posição dominante não concorre por meritocracia, antes privilegiando o incitamento ao não abastecimento na totalidade ou em parte na concorrência.

A concorrência pelo mérito assenta em fatores como a tecnologia, a propriedade intelectual, a criatividade, o *marketing*, a qualidade de um produto ou serviço ou o preço a que um produto é disponibilizado no mercado. Consideramos que o desconto que é concedido para que os clientes se não abasteçam na totalidade ou na quase totalidade no concorrente não se inclui na concorrência pelo mérito.

Releva ainda o facto de o teste do concorrente igualmente eficaz não ser passível de ser realizado em casos de maior especialização tecnológica como o da venda de microprocessadores. Em primeiro lugar, porque as os produtos e a posição de mercado alteram rapidamente. Em segundo lugar, porque as únicas fontes de informação sobre o setor são a Intel e a AMD, a obtenção de informação seria difícil e parcial. Deparamo-nos aqui com a mesma dificuldade dos reguladores em relação aos operadores. A assimetria de informação não permite, na maioria das vezes, fazer um exame correto das circunstâncias. Dar-se-ia o caso em que os dados sobre os custos, preços e eficiência seriam dados pela acusação ou pelo acusado.

Os defensores da abordagem baseada nos efeitos sustentam que esta enfatiza uma abordagem mais económica do direito, tutelando o regular funcionamento da concorrência e o bem-estar dos consumidores. Para esta corrente doutrinária, aplicar o instituto do abuso de

⁹¹ Estas vantagens económicas revestiriam uma melhoria da produtividade ou distribuição de produtos, ou a promoção do progresso técnico ou económico.

posição dominante sem mais concorre para a proteção dos concorrentes ineficientes e pode mesmo prejudicar ganhos de eficiência das empresas em posição dominante.

Embora consideremos razoável a crítica que se faz à abordagem formalista, deve ser adotada uma abordagem pragmática no que concerne aos descontos de fidelidade ou exclusividade. Em primeiro lugar, porque a abordagem baseada na forma contribui para a segurança jurídica, especialmente em situações em que o desempenho económico dos concorrentes não é afetado com gravidade. Para estes casos não seria possível estabelecer um nexo de causalidade entre as práticas exclusionárias e os efeitos. Atente-se nos casos em que as práticas abusivas não atingem o efeito pretendido, tão-só porque as condições macroeconómicas são favoráveis à concorrência ou porque os consumidores não responderam positivamente ao incitamento de não abastecimento. Estaríamos a escusar a empresa que explora de forma abusiva a sua posição dominante, somente porque esta não foi bem-sucedida.

Em segundo lugar, a assimetria de informação própria dos mercados pode levar a que as conclusões sejam ou inconclusivas ou, mais gravosamente, parciais.

Em conclusão, os descontos de exclusividade têm, pela sua própria natureza, a capacidade de exclusão não meritória de concorrentes do mercado, devendo ser integrados como práticas comerciais abusivas sempre que praticadas por empresa detentora de uma posição dominante. A circunstância de não restringir o concorrente do mercado em causa constitui apenas o gorar das expectativas da dita empresa.

7. Bibliografia

ADAM, Michael and MAIER-RIGAUD, Frank P., *The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct* (May 2, 2011). Journal of Competition Law (ZWeR - Zeitschrift für Wettbewerbsrecht), 2009, 1, 131-146, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1829076> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1829076> .

AHLBORN, Christina; DENICOLÒ Vincenzo, GERADIN Damien and PADILLA, Jorge, *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006, disponível em <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/057.pdf?msclkid=e59410e5be4011ecadfc0b0b6fed8cd3> .

BISHOP, Simon and WALKER, Mike - *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, University Edition, Sweet & Maxwell, 2010

BURNHAM, T. A., FRELS, J. K., & MAHAJAN V. - *Consumer switching costs: A typology, antecedents, and consequences* - Journal of the Academy of marketing Science, 2003, disponível em

https://www.researchgate.net/publication/257868211_Consumer_Switching_Costs_A_Typology_Antecedents_and_Consequences

DUNCAN, Richard A. & McCormac Brian S., *Loyalty & Fidelity Discounts & Rebates in the U.S. & EU: Will Divergence Occur over Cost-Based Standards of Liability?*, 9, SEDONA CONF. J. 133 (2008), pp. 132-146.

FAELLA, Gianluca – *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates* – Journal of Competition Law & Economics, 2008, disponível em

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1079504

https://www.researchgate.net/publication/31289718_Price_Discrimination_Under_Ec_Competition_Law_Another_Antitrust_Theory_in_Search_of_Limiting_Principles

GERADIN, Damien and PETIT, Nicolas, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment* (October 26, 2010). TILEC Discussion Paper No. 2011-008, Tilburg Law School Research Paper No. 01/2011, disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1698342> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1698342>.

GYSELEN, Luc – *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, in *What is an Abuse of a Dominant Position?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute, 2003, disponível em

https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf?msclid=9883141bad5b11ec8c2c5fa73ce1447c .

HOPPER, Abigail – *The Future of Loyalty Rebates after Intel*, in *Preliminary Reference*, Columbia Journal of European Law, Columbia Law School, 2017, disponível em <http://blogs2.law.columbia.edu/cjel/preliminary-reference/2017/the-future-of-loyalty-rebates-after-intel/?msclid=827e7a42ae7211eca3fe0f922c337d23> .

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo - *Abusos de Posição Dominante*, 1ªed. Coimbra: Almedina, 2012.

MONIZ, Carlos Botelho e GOUVEIA E MELO, Pedro, Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos? – Newsletter MLGTS, nº24, abril 2016 – disponível em https://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2016/Newsletter_Europeu_e_Concendencia_n.o_24_PT.pdf

O'DONOGHUE, Robert; PADILLA, Jorge – *The Law and Economics of Article 82*, Oxford: Hart Publishing, 2006.

PADILLA, J.; SLATER, D. – Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82 EC – in *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe, 2005.

PAIS, Sofia Oliveira - *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma Abordagem Jurisprudencial*. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2013.

ROBERTSON, V. H., *Rebates under EU Competition Law after the 2017 Intel Judgment: The Good, the Bad and the Ugly*. *Market and Competition Law Review*, vol. 2, nº1, (2018), 15-45. <https://doi.org/10.7559/mclawreview.2018.331>

WILS, Wouter P.J. – The Judgement of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance – *World Competition*, Vol. 37, Issue 4, 2014.

WISH, Richard, *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 1, 2015, Oxford University Press 2014, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/article/6/1/1/2357697> .

SILVA, Miguel Moura - *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, 1ªed. Coimbra: Almedina, 2010.

8. Jurisprudência da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 1978, Processo 27/76, *United Brands/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Processo 85/76 *Hoffmann-LaRoche/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de novembro de 1983, Processo 322/81, *Nederlandsche-Banden-Industrie-Michelin/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de março de 1984, *Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Comissão*, Processos 29/83 e 30/83.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 1991, Processo C-234/89, *Delimitis v Henninger Bräu*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de julho de 1991, Processo C-62/86, *AKZO Chemie/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral, de 1 de abril de 1993, Processo T-65/89, *BPB Industries e British Gypsum Ltd/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral, de 30 de setembro de 2003, Processo T-203/01, *Michelin/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de março de 2007, Processo C 95/04 P, *British Airways/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de fevereiro de 2011, Processo C-52/09, *TeliaSonera Sverige*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de março de 2012, Processo C-209/10, *Post Danmark/Konkurrencerådet*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de abril de 2012, Processo C-549/10 P, *Tomra Systems/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral, de 1 de junho de 2012, Processo T-321/05, *AstraZeneca/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de junho de 2014, processo T-286/09, *Intel Corporation Inc/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de outubro de 2015, Processo C-23/14, *Post Danmark II*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2017, Processo C-413/14P, *Intel Corporation Inc/Comissão*.

9. Legislação e documentação de apoio

Commission Decision of 9 June 1976 relating to a proceeding under Article 86 of the Treaty establishing the European Economic Community (IV/29.020 - Vitamins), 22 e 23.

Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - *Comunicação da Comissão - Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante*, 2009/C 45/02.

Comunicações Oriundas das Instituições e dos Órgãos da União Europeia - *Comunicação da Comissão - Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal*, 2011/C 11/01, n.ºs 95 a 104.

Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. contra Comissão Europeia* (ECLI:EU:C:2016:788).

Discussion Paper - *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005.

OECD Policy Roundtables on loyalty and fidelity discounts and rebates in June 2002.

Resumo da Decisão da Comissão de 13 de maio de 2009 relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 54.º do Acordo EEE (Processo COMP/C-3/37.990 — *Intel*), 22.09.2009, JO C 227/07.

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.