

junho

2015



CATÓLICA PORTO

# **A Problemática dos preços predatórios e a *probatio diabolica* da possibilidade de recuperação de perdas.**

TELMA ALEXANDRA DOS REIS MARTINS

MESTRADO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA

À UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – CENTRO REGIONAL DO PORTO – ESCOLA DE DIREITO SOB  
A ORIENTAÇÃO DA DOUTORA SOFIA OLIVEIRA PAIS

**Universidade Católica Portuguesa**

**Centro Regional do Porto**

**Escola de Direito**

**Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios**

**A problemática dos preços predatórios e a *probatio diabolica*  
da possibilidade de recuperação de perdas**

Telma Alexandra dos Reis Martins

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA NA ESCOLA DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA – PÓLO DA FOZ, PARA  
OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO, ELABORADA SOB A  
ORIENTAÇÃO DA DOUTORA SOFIA OLIVEIRA PAIS.**

**Porto**

**junho 2015**

*À minha Mãe, companheira de todas as horas.*

*Ao meu Pai, que sempre acreditou em mim.*

*Ao meu irmão Hélder, por me mostrar que devemos lutar sempre pelos nossos sonhos.*

*Ao João, que esteve sempre ao meu lado.*

*À minha madrinha, que me desafia a ir sempre mais além.*

*Á minha Bina, o meu porto seguro, que Deus a guarde.*

*À minha orientadora Doutora Sofia Oliveira Pais, pela simpatia e disponibilidade.*

*“No reino dos fins, tudo tem um preço e uma Dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup>Emmanuel Kant, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (Título original em alemão: “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten”, 1785.

## **Abreviaturas**

AdC – Autoridade da Concorrência

ASAE – Autoridade Segurança Alimentar e Económica

Cf– Confira

CE – Comissão Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

Cit. – Citado

DEC – Direito Europeu da Concorrência

DUE – Direito da União Europeia

EUA – Estados Unidos da América

N.º - Número(s)

P. (pp.) – Página(s)

Para. – Parágrafo(s)

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TG – Tribunal Geral

TJ – Tribunal de Justiça

TL – Tratado de Lisboa

TN – Tribunal Nacional

TPI – Tribunal da Primeira Instância

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

# Índice

<b>I. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1. A TUTELA DOS CONSUMIDORES E O ART. 102º DO TFUE.</b> .....	<b>9</b>
<b>2. O CONCEITO DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE</b> .....	<b>12</b>
<b>3. PRÁTICAS PREDATÓRIAS</b> .....	<b>13</b>
<b>4. PRÁTICAS PREDATÓRIAS E OUTRAS FIGURAS</b> .....	<b>16</b>
A. <i>A venda com prejuízo</i> .....	16
B. <i>Os Preços Discriminatórios</i> .....	19
C. <i>Os Descontos e as cláusulas de Exclusividade</i> .....	21
<b>4. A IRRACIONALIDADE DA PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS</b> .....	<b>23</b>
<b>5. A DOUTRINA AREEDA-TURNER: UM TESTE DE CRITÉRIOS FALÍVEIS</b> .....	<b>27</b>
<b>II. ANÁLISE À JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA</b> .....	<b>29</b>
<b>1. O ACÓRDÃO TETRA-PAK</b> .....	<b>31</b>
<b>2. O ACÓRDÃO FRANCE TELECOM</b> .....	<b>33</b>
<b>3. A <i>PROBATIO DIABOLICA</i> DO TESTE DE RECUPERAÇÃO DE PERDAS.</b> .....	<b>34</b>
<b>4. A TEORIA DA RECUPERAÇÃO DAS PERDAS NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NORTE AMERICANO</b> .....	<b>36</b>
<b>III. DECISÕES DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA NACIONAL</b> .....	<b>39</b>
<b>IV. CONCLUSÃO</b> .....	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.</b>

## I. Introdução

Numa era em que a Europa se recupera de uma das maiores crises económicas de sempre e onde as empresas tentam sobreviver no mercado, criando opções cada vez mais competitivas, torna-se importante o estudo de temas relacionados com o Direito Europeu da Concorrência (DEC).

O anseio por parte das empresas pelo aumento da quota de mercado e pela maximização dos lucros, levam-nas a tomarem opções que se destinam a resultados céleres mas que, põe em causa toda a estrutura concorrencial. Um estudo sobre o abuso da posição dominante, plasmado no art. 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), torna-se, por isso, premente na medida em que só assim se poderão cumprir os dois objetivos do direito europeu da concorrência: garantir a eficiência económica e a proteção dos consumidores.

Uma das práticas proibidas neste artigo, relaciona-se com a proibição da prática de preços predatórios por parte das empresas. Este comportamento, que tem como objetivo excluir a concorrência através da venda abaixo do preço de custo, tem sido alvo de críticas quer na Europa quer na América. O debate está na racionalidade da escolha e nos custos exacerbados que a empresa terá de suportar. Todavia, apesar de serem poucos os casos em que as empresas são condenadas pela prática deste comportamento abusivo, o facto é que é necessário mostrar, nomeadamente aos consumidores, que estes comportamentos não afetam somente o mercado concorrencial.

É necessário, ainda, fazer a distinção desta prática proibida com outros fenómenos recentes de preços baixos, que têm aparecido no mercado, como é o caso da venda com prejuízo, dos preços discriminatórios e dos descontos. Apesar do teste *Areeda-Turner* ter sido um grande contributo para a análise de casos predatórios, o facto é que a Comissão nas suas decisões tem mostrado o seu amplo poder de apreciação.<sup>2</sup>

Outra questão que tem sido debatida é a prova da possibilidade de recuperação de perdas. O TPI (Tribunal de Primeira Instância) foi claro na fundamentação do acórdão *France Telecom*, afirmando a desnecessidade de tal prova. Todavia, a dúvida persiste na Doutrina europeia que é fortemente influenciada pela jurisprudência norte-americana.

---

<sup>2</sup> Decisão do Tribunal de Primeira Instância, processo T.340-04 de 8.03.2007.

Assim, propomo-nos analisar o conceito de preços predatórios, à luz da evolução jurisprudencial do TJ (Tribunal de Justiça) na matéria, com uma breve referência ao ordenamento jurídico norte-americano. Num segundo momento, analisaremos a questão que mais controvérsias tem gerado na jurisprudência dos dois lados do oceano: a possibilidade de prova da recuperação de perdas. Nesta matéria, partilhamos da posição das autoridades europeias da não admissibilidade desta prova na investigação destes casos.

Por fim, e como o ordenamento jurídico português não está imune a este tipo de abusos, vão ser ainda analisados dois casos recentes de duas empresas portuguesas que foram alvo de investigações por parte da Autoridade da Concorrência (AdC).

## 1. A Tutela dos Consumidores e o art. 102º do TFUE.

No mercado competitivo europeu, a preocupação das instituições europeias, na proteção dos interesses dos consumidores, é mais que evidente<sup>3</sup>. As Autoridades da Concorrência tentam, por isso, encontrar um equilíbrio de interesses das empresas fazendo com que, neste processo competitivo, os interesses dos consumidores<sup>4</sup> sejam salvaguardados. Sabemos que hoje, se nota uma maior necessidade da fiscalização por parte das autoridades da concorrência nas situações que podem provocar desequilíbrios no processo competitivo, como é o caso dos preços predatórios.

O TL (Tratado de Lisboa) não nos dá uma definição de posição dominante. Desde a sua proibição expressa no antigo artigo 82º CE, este foi inicialmente pouco aplicado em comparação com o art. 81º CE.

Analisando a Jurisprudência europeia podemos definir “posição dominante” como um “poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efetiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos seus consumidores.”<sup>5</sup> De acordo com o Memorando da Comissão europeia de 1965 “existe exploração abusiva de uma posição dominante quando o titular dessa posição utiliza as possibilidades que dela decorrem para auferir vantagens que não obteria numa situação de concorrência praticável e suficientemente eficaz”.

O atual art. 102º TFUE elenca, de uma forma não exaustiva, algumas práticas abusivas.<sup>6</sup> Dos vários tipos de abuso elencados, podemos identificar, os preços predatórios, as cláusulas de subordinação, a recusa de fornecimento e a compressão de

---

<sup>3</sup> “Com efeito, estas 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.” Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo C-52/09 *Telia Sonera Sverige*, 2010, no para. nºs 20-22.

<sup>4</sup> Segundo as orientações da Comissão, sobre o art. 101º do TFUE, o conceito de *consumidores* engloba “todos os utilizadores dos produtos cobertos pelo acordo, incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais” no entanto, a legislação de proteção dos consumidores identifica como *consumidores*, “a pessoa singular que atua fora do comércio ou da sua profissão, ou seja, será o adquirente de bens ou serviços para utilização particular”, neste sentido *vide* Pais, Sofia Oliveira, “O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume I, Almedina, 2011, p.620.

<sup>5</sup> Acórdão *United Brands* do Tribunal de justiça, processo 27/76 de 14/02/1978.

<sup>6</sup> Gomes, José Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, 1ªed., Almedina, 2010, p.169.

margens.<sup>7</sup> É, ainda, necessário estarem reunidas três condições para aplicarmos o art. 102º do TFUE: “a afetação do comércio entre os Estados-membros, a existência de uma posição dominante e o abuso dessa posição dominante.”<sup>8</sup>

Quanto ao conceito de *Abuso*, Miguel Moura e Silva<sup>9</sup> decidiu desenvolver um possível interpretação do conceito. Nesta linha teríamos duas vias, a via dedutiva e, a via indutiva. A via dedutiva “procura encontrar um conceito de exploração abusiva socorrendo-se de valores que devem informar a conduta competitiva.” Esta via tem um lado ético na medida em que, procura encontrar um equilíbrio de interesses no mercado concorrencial.

Sabemos que a Moral e o Direito são duas realidades interligadas contudo, devem ser valoradas de forma diferente. Mesmo quando o Direito acompanha a Moral, no nosso caso quando proíbe práticas abusivas por afetarem o funcionamento do mercado concorrencial, “o que está em causa é mais o dano social que a defesa dos valores éticos por si mesmo.”<sup>10</sup> O dano social será, no caso, o de falsear a concorrência que levará a um prejuízo a longo prazo dos consumidores.<sup>11</sup> Segundo um autor francês<sup>12</sup>, o objetivo da proibição está na proteção dos consumidores e, não reside no facto do legislador querer “assegurar a manutenção de uma situação de concorrência. Por outro lado, a via indutiva, segundo o mesmo autor, “procura o conceito de abuso a partir dos exemplos fornecidos nas alíneas do art.102º”.

---

<sup>7</sup> Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica, 2011, pp.494 e ss.

<sup>8</sup> Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito Comunitário*. Almedina, 5ª edição, 2008,p. 572.

<sup>9</sup> Moura e Silva, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial*, 1ªed., Almedina, 2008, p. 663. Ainda neste sentido, o mesmo autor admite que na qualificação da conduta deve-se ter em conta outras variáveis como o contexto em que a empresa está inserida, cf. Silva, Miguel Moura e, “Recusa de acesso a infra-estruturas essenciais”, in *Revista de Regulação e Concorrência*, Ano I, Número I, Janeiro-Março 2010, p. 277.

<sup>10</sup> Machado, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 17ª reimpressão, Almedina, 2008, p.61.

<sup>11</sup> Apesar da proteção dos consumidores, ser um dos objetivos do DEC, o facto é que a Doutrina tem criticado a escassa referência aos conceitos de *consumer detriment/benefit* na legislação europeia, cf. WHELAN Peter and Philip Marsden “Consumer detriment and its application in EC and UK Competition Law”, in *European law review*, 2006, pp 571-572.

<sup>12</sup> JOILET, R., “Monopolisation et abus de position dominante”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*,, 1969, p. 682.

Esta procura de legitimar a proibição de práticas abusivas com os códigos éticos que devem pautar todas as relações independentemente da índole, parece não ser acolhida pelas instituições da UE (União Europeia). Não há, contudo, referências expressas a conceitos de índole moral ou éticos pelas instituições europeias, como ficou patente num acórdão do TJ, o Acórdão *Hoffmann-La Roche* que definiu o conceito de abuso<sup>13</sup>.

Ainda sobre o conceito de abuso, confrontam-se duas teorias: a doutrina de *Joilet* e a doutrina de *Mestmäcker*. A doutrina de *Joilet* salienta que o abuso abrange as condutas empresariais que, de alguma forma, prejudicam os consumidores enquanto que, a doutrina de *Mestmäcker*, não só proíbe as condutas da empresa que causem prejuízo imediato aos consumidores, como todas aquelas práticas que põe em causa toda a estrutura concorrencial.<sup>14</sup>

A doutrina europeia apresenta algumas diferenças, em relação à *Sherman Act, Section 2*, no que concerne ao conceito de abuso. Enquanto que no regime europeu proíbe-se o reforço da posição dominante, a legislação norte-americana, vai mais longe, proibindo, também, a mera tentativa de obtenção de poder dominante.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Tribunal de Justiça de 13.2.1979, Proc. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Comissão das Comunidades Europeias*, colect. 1979-I, p.217 O conceito de abuso é um conceito objetivo que se reporta ao comportamento de uma empresa em posição dominante que é de tal natureza que influencia a estrutura do mercado quando, em resultado da própria presença da empresa em questão, o grau de concorrência é enfraquecido e que, pelo recurso a meios diferentes daqueles em que assenta a concorrência normal em produtos ou serviços na base de transações entre operadores comerciais, tem por efeito impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.”

<sup>14</sup> Pais, Sofia Oliveira, *Entre inovação e ...*, ob. cit., pp.474-476.

<sup>15</sup> A legislação norte-americana também exige a existência de um nexo de causalidade entre a conduta e o poder de mercado. O Direito Comunitário Europeu exige, ainda, a proibição simultânea de práticas de exploração e de exclusão abusivas ao passo que, a *Sherman Act* proíbe, apenas, as práticas de exploração abusivas.

## 2. O conceito de Abuso de Posição Dominante

A definição do conceito de posição dominante foi utilizada em dois processos, no Acórdão *Continental Can*<sup>16</sup> em 1973 e no Acórdão *United Brands*.<sup>17</sup> Neste último acórdão, o TJ definiu posição dominante como “o poder de adotar comportamentos independentemente dos seus concorrentes e consumidores.”<sup>18</sup>

Deste modo, podemos simplificar a definição de posição dominante, como um poder de uma empresa face à concorrência, poder este, que a faz manter uma certa independência, face a “todas as ações e reações dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores.”<sup>19</sup>

Uma questão que tem dividido a Doutrina prende-se pela necessidade de prova da intenção do abuso, por parte das instituições europeias. A posição maioritária apoia a desnecessidade da prova da intenção subjetiva.<sup>20</sup> As instituições europeias nomeadamente, no Acórdão *Hoffmann La-Roche*, afirmam a objetividade do conceito de abuso.<sup>21</sup>

A objetividade do conceito de abuso apresenta, desde logo, dificuldades na obtenção de prova da intenção anti-concorrencial. Ora, este seria um desafio pesado para as instituições europeias nomeadamente, para a Comissão Europeia, acolher este requisito, dada a dificuldade na obtenção dessa prova.

Apesar de na jurisprudência europeia se aceitar a objetividade do conceito de abuso, o TJ chegou mesmo a referir no acórdão *Akzo*<sup>22</sup>, a necessidade de prova para a eliminação de concorrentes, exigindo-se, assim, a prova da intenção desse abuso. Na mesma linha, no Acórdão *Tetra Pak*<sup>23</sup>, também se presumiu esta intenção de eliminação

---

<sup>16</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, processo 6/72, de 21/02/1973.

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, processo 27/76, de 14/02/1978.

<sup>18</sup> No referido acórdão *Continental Can*, o TJ entendeu o abuso “não visa apenas as práticas suscetíveis de causar prejuízo imediato aos consumidores, mas igualmente as que os prejudicam ao atentar contra uma estrutura de concorrência efetiva como é aquela de que se trata no art. 3º f) do Tratado.”

<sup>19</sup> Cf. Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos da Posição Dominante*, 1ªed., Almedina, 2012, p.61.

<sup>20</sup> Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e...*, ob. cit. p.483.

<sup>21</sup> *Cit.*, nº91

<sup>22</sup> Acórdão *Akzo* do Tribunal de Justiça, processo C-62/86, de 3/07/1991, *Cit.*, nº 91.

<sup>23</sup> *Cit.*, nº 105.

da concorrência. Sofia Pais<sup>24</sup> considera que a intenção de abuso só deve valorada “como mais um dos elementos a utilizar pelas instituições europeias ao verificarem a existência de efeitos anticoncorrenciais.”

De forma a clarificar o assunto, uma decisão recente, no acórdão *Tomra*<sup>25</sup>, o TJ afirmou, de forma clara, que a Comissão Europeia não era obrigada a demonstrar a intenção de abuso e que este conceito tinha carácter objetivo.

### 3. Práticas predatórias

Importa, agora, saber o que são, para o Direito da Concorrência, práticas predatórias. A Doutrina Europeia costuma apelidar o conceito não como uma estratégia mas, antes, como um comportamento empresarial.<sup>26</sup> Contudo, é necessário fazer uma breve distinção entre o conceito económico e o conceito legal. Em sentido económico, a prática predatória é uma técnica de descida de preços com o objetivo de eliminar a concorrência obtendo, assim, o monopólio no mercado. O conceito legal encontra a sua génese no teste *Areeda-Turner*. Os críticos sustentam, que o conceito legal deve abranger um maior número de possibilidades de comportamentos, distanciando-se, assim, do conceito económico.<sup>27</sup>

A prática de preços predatórios “concretiza-se, num primeiro momento, no corte dos preços de um determinado bem por parte de um operador de grande dimensão para, após a monopolização do mercado, subir esses mesmos preços, capturando lucros superiores às perdas ocorridas naquele primeiro momento.”<sup>28</sup> A DG COMP, definiu o conceito como, “uma prática pela qual uma empresa dominante baixa o seu preço e por essa via incorre deliberadamente em perdas ou na renúncia a lucros a curto prazo de modo a permitir-lhe eliminar ou disciplinar um ou mais rivais potenciais assim

---

<sup>24</sup> Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e...*, ob. cit. p. 486.

<sup>25</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-549/10 P, de 19/04/2012, n.º21 a 23.

<sup>26</sup> Cf. NEWTON, Chris, “Do Predators need to be dominant?”, in *European Competition Law Review*, 1999, pp.127-128.

<sup>27</sup> Cf. HAY, George A. , Predatory pricing,, in *Antitrust law Journal*,, Selections from the Fall 1989 National Institute-- The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary Practices, Developments, pp.913-914.

<sup>28</sup> *Cit.* Moreira, João Ilhão, Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico in *Revista de Concorrência e regulação*, Ano II, Número 6, Abril-Junho 2011, p. 169.

prejudicando a manutenção ou o grau de concorrência que ainda existe no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.”<sup>29</sup>

A Comissão, nas orientações sobre as prioridades na aplicação do art. 102º do TFUE, oferece-nos um conjunto de elementos a ter em conta na análise de um comportamento predatório.

Para a Comissão intervir, a empresa terá de ter uma posição dominante no mercado. Torna-se necessário uma análise à dimensão do mercado em que o produto/serviço está a ser vendido. Se a empresa tiver uma vasta oferta de produtos, a análise terá de partir apenas no produto, ou produtos, que estão a ser vendido abaixo do preço de custo. Contudo, admitem-se, exceções: “são aplicáveis à prática de preços predatórios em mercados adjacentes, se e quando a prática tiver por efeito a proteção ou o reforço da posição dominante no mercado dominado.”<sup>30</sup> A exceção pode ocorrer nos casos de “subsidição cruzada”.<sup>31</sup>

Em segundo lugar, é necessário analisar as condições para a entrada no mercado. Este ponto torna-se fulcral na investigação na medida em que, só num mercado em que existe uma séria dificuldade na entrada de outras empresas concorrentes, é que se torna racional a implementação desta política de preços. Analisando o objeto social das empresas que figuram nos acórdãos do TJ sobre a temática, verifica-se, desde logo, que se tratam de mercados difíceis para a entrada de um novo concorrente. No Acórdão *Akzo*, a empresa em causa operava na área do sector dos aditivos para farinha, no Acórdão *Tetra Pak*, na produção de embalagens de cartão e, por fim, no acórdão *France Telecom* na área das telecomunicações. O que estas três grandes empresas têm em comum é a dificuldade de qualquer outra entrar no mercado dada a especificidade dos produtos ou serviços que comercializam.

---

<sup>29</sup> *Cit.* DG Competition, p.93.

<sup>30</sup> Cf. Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos da Posição...*, ob. *cit.* p. 261.

<sup>31</sup> Para o Autor Ricardo Bordalo Junqueiro, esta questão verifica-se quando “uma empresa em mais do que um mercado aloca a totalidade ou parte dos custos ou das perdas incorridos com a sua atividade num mercado de produto ou geográfico à sua atividade num outro mercado de produto ou geográfico.” Esta situação acontece muito em empresas que vendem mais do que um produto. *Ibi Idem.*

Em terceiro lugar, a empresa, terá de estar a incorrer em perdas, sacrifício.<sup>32</sup> É necessário verificar-se que a escolha por esta estratégia, com perdas no presente, visa ser lucrativa no futuro, cobrindo todos os prejuízos contabilizados durante o período, graças ao afastamento do mercado das empresas concorrentes. Na jurisprudência do TJ, verifica-se que a Comissão, nas suas investigações, pode solicitar junto das administrações das empresas, documentos internos “que demonstrem de forma inequívoca a existência de uma estratégia predatória.”<sup>33</sup> Estes documentos podem abranger atas de reuniões, memorandos, gráficos e tabelas com dados contabilísticos e financeiros mas, também, trocas de mensagens de correio eletrónico.<sup>34</sup>

Um elemento importante para a análise, é a inexistência de uma justificação objetiva para a prática destes preços. A Doutrina tem elaborado algumas razões que podem levar uma empresa pela prática de preços abaixo do custo<sup>35</sup>. Uma delas pode ser um lançamento de um novo produto no mercado. A empresa quando aposta na produção/comercialização de um novo produto terá, desde logo, que fazer muitos investimentos, nesse caso, pode acontecer, que as empresas decidam, praticar preços que não cubram a totalidade dos custos de produção<sup>36</sup> ou, optem por oferecer amostras ou produtos grátis aos seus clientes.<sup>37</sup> A Doutrina, tem entendido que, atendendo ao caso em concreto, estes comportamentos não se traduzem, necessariamente, na prática de preços predatórios. O certo é que o TJ tem adotado uma posição protecionista com os

---

<sup>32</sup> Tendo em conta as orientações sobre o art. 102º do TFUE, “ a Comissão basear-se-á no CEM para avaliar se a empresa dominante regista ou registou perdas evitáveis. Se fixar um preço inferior ao CEM para a totalidade ou parte da produção, a empresa dominante não está a cobrir os custos...”

<sup>33</sup> Cf. Orientações da Comissão sobre o art 102º do TFUE, para., 6.6.

<sup>34</sup> A Comissão nas investigações à empresa *France Telecom*, teve acesso a um e-mail interno que fazia referência à incompatibilidade de aumentar a quota de mercado com a prática de preços elevados. Decisão da Comissão para. 100.

<sup>35</sup> Um dos meios de defesa utilizados pelas empresas suspeitas pela prática de preços predatórios é alegarem que estão a seguir as regras de mercado e da livre concorrência. Alegam o direito de “acompanharem o preço praticado por um concorrente que ameaça a sua posição” – Cf. Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abuso da Posição...*, ob. cit.,p. 227.

<sup>36</sup> Cf. Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abuso da Posição...*, ob. cit.,p. 230.

<sup>37</sup> Cf. NIELS, Gunnar e JENKINS, Helen, “Predation or innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets “, in *European Competition Law Review*, 2000, pp.288-289.

consumidores, não admitindo a possibilidade da prática predatória como forma de originar alguns ganhos de eficiência para uma empresa.<sup>38</sup>

#### 4. Práticas Predatórias e outras figuras

##### A. A venda com prejuízo<sup>39</sup>

A venda com prejuízo é uma prática restritiva do comércio que proíbe a venda de produtos ou serviços abaixo do preço de custo. Como o escopo comercial normal de qualquer empresa é o lucro<sup>40</sup>, a venda abaixo do preço de custo é uma situação anormal que tem de ser tutelada. Além de prejudicar os fornecedores da empresa infratora, prejudica, ainda, o mercado concorrencial.

Ao contrário do que acontece nos preços predatórios, a empresa que vende com prejuízo não tem de estar em posição dominante no mercado. Para a Doutrina, a descida dos preços pode ser considerada como uma vantagem para os consumidores visto que, ao contrário do regime predatório, “não está em causa a conquista de um monopólio que permita subir os preços para níveis supracompetitivos.”<sup>41</sup> No Direito italiano só as práticas predatórias serão nocivas para a estrutura concorrencial. Nesta sede, a venda com prejuízo funciona como “um instrumento de promoção de vendas com uma influência normalmente positiva sobre o processo concorrencial.”<sup>42</sup> Assim, este regime não pretende falsear a concorrência<sup>43</sup> nem prejudicar os consumidores, como acontece nos casos de preços predatórios.

---

<sup>38</sup> “As economias de escala e os efeitos de aprendizagem obtidos não isentam, pois, a empresa da sua responsabilidade nos termos do art. 102º TFUE – cf., acórdão do TG, *France Telecom*, para. 217.

<sup>39</sup> Um outro fenómeno de prática de preços baixos é o *Dumping* que ocorre em contexto internacional, quando uma empresa exporta os seus produtos para um país com um preço inferior aos praticados pelo mercado de destino.” cf. [http://www.dinheirovivo.pt/empresas/interior.aspx?content\\_id=3895689](http://www.dinheirovivo.pt/empresas/interior.aspx?content_id=3895689), consultado a 20 de Junho de 2015.

<sup>40</sup> Segundo Engrácia Antunes, a causa mediata para o exercício de uma atividade empresarial consiste “na obtenção de um ganho ou incremento do fundo patrimonial comum, a ser posteriormente repartido entre os sócios e transferido para os respetivos patrimónios pessoais, cf. Engrácia Antunes, José, *Direito das Sociedades*, Edição Universidade Católica, Porto, 2011, p. 71.

<sup>41</sup> Cunha, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda em prejuízo.” *Análise do art. 3º do DL 370/93 de 29 de Outubro, Avaliação Crítica da sua aplicação concreta e proposta de reformulação da norma*, Coimbra, 2005, p.21.

<sup>42</sup> *Idem* p.70. No Direito Britânico e norte-americano não há qualquer referência a esta figura. *Idem* p.71.

<sup>43</sup> As PME’s não serão prejudicadas, com o regime da venda com prejuízo. Segundo a Doutrina italiana, estas empresas “baseiam a sua atração na capacidade de oferta de serviços de proximidade e, podem também ter interesse em recorrer, elas próprias, à venda com prejuízo na luta com os seus concorrentes

A venda com prejuízo já está regulada no nosso ordenamento jurídico desde 1993, com o DL nº370/93 de 29 de Outubro. Recentemente, este diploma foi atualizado pelo DL nº166/2013 de 27/12.<sup>44</sup> No preâmbulo do diploma são indicadas as razões que levaram o legislador a reformular este diploma. Uma das razões prendem-se, desde logo, com a evolução do sector empresarial e da mudança da mentalidade cada vez mais competitiva, por parte das empresas.

Esta alteração na realidade empresarial do nosso país e, de forma a existir um maior cumprimento na aplicação da lei, o novo diploma torna-se importante “no sentido de clarificar a sua aplicação e de tornar suficientemente dissuasor o seu incumprimento.”<sup>45</sup> Além disso, o diploma vem explicar a noção de venda com prejuízo e o conceito de práticas comerciais abusivas. Até agora, o conceito de práticas comerciais abusivas era, segundo o legislador, “vago e indefinido”.<sup>46</sup>

A maior novidade prende-se com a transferência de competência para a instrução dos processos de contraordenação. O diploma revogado estabelecia que a competência para a instrução cabia à AdC. Agora e, “com vista a proteger diretamente os agentes económicos e garantir a transparência nas relações comerciais, sempre que não esteja em causa uma afetação sensível da concorrência”, a lei decidiu atribuir à ASAE a fiscalização destas práticas.

No final do preâmbulo é feita uma referência a uma norma inovadora que, tem como objetivo, “consagrar a institucionalização da autorregulação nesta área.”<sup>47</sup> Trata-se de um relatório que vai ser elaborado em colaboração com a Direção-Geral das Atividades Económicas na qual “deve constar a avaliação do mecanismo previsto para a verificação

---

diretos.” Cf, Cunha, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda em prejuízo.” *Análise do art. 3º do DL 370/93 de 29 de Outubro, Avaliação Crítica da sua aplicação concreta e proposta de reformulação da norma*, Coimbra, 2005, p.70.

<sup>44</sup> Cf. COSTA, Cláudia Coutinho, “Portugal:legislation – unfair trade practices”, in *European Competition Law Review*,2014, n-20.

<sup>45</sup>Cf. o Preâmbulo do DL nº 166/2013 de 27 de Dezembro. Apesar deste diploma ter sido esperado com grande expectativa por parte de alguma doutrina portuguesa, nomeadamente com a transferência de competências para a ASAE, o facto é que há autores, que vêem este novo regime como um “obstáculo a valores constitucionais fundamentais”. Cf. Entrevista a Gorjão Henriques à revista *Advocatus*, sobre o lançamento do seu comentário à lei das práticas restritivas do comércio a, disponível em <http://www.advocatus.pt/sociedades-de-advogados/10971-gorjão-henriques-comenta-práticas-restritivas-do-comércio-em-livro.html>, consultada a 8 de Maio de 2014.

<sup>46</sup> *Idem*.

<sup>47</sup> *Idem*.

da venda com prejuízo, nos casos em que o desconto consista na atribuição de um direito de compensação em aquisição posterior de bens equivalentes ou de outra natureza.”<sup>48</sup> Veio a público, na imprensa nacional, que o governo já conseguiu detetar 34 casos de venda com prejuízo desde Fevereiro de 2014, momento em que deu entrada a nova lei de práticas individuais restritivas do comércio.<sup>49</sup>

A fixação de um preço por parte de uma empresa depende de vários fatores. Aquando da fixação do preço, a empresa terá de ter em conta certas variáveis, desde logo, o custo de produção do produto; o pagamento de impostos; o pagamento de transporte e, por maioria de razão, uma margem de lucro – o escopo que orienta a atividade empresarial. A fixação do preço de um produto, está determinada pelo mercado que força as empresas a manterem os preços baixos, mesmo perto do preço de custo.<sup>50</sup>

Somos da opinião que um dos fatores mais importantes no mercado reside no preço, sendo este um “fator de concorrência fundamental entre as empresas, uma variável estratégica crucial na saudável competição entre elas.”<sup>51</sup> Assim, a empresa é livre de fixar o preço dos seus produtos por ser uma “regra básica de funcionamento dos mercados (no plano económico), quer enquanto refração do princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica (no plano jurídico).”<sup>52</sup> Contudo, esta liberdade tutelada constitucionalmente terá de sofrer limitações com o objetivo de compatibilizar todos os valores jurídicos em causa. O valor que também terá de ser tutelado é o da defesa dos consumidores e do normal funcionamento da estrutura concorrencial. Ambos terão de ser ponderados na análise dos casos.

Este fenómeno, de vender com prejuízo, tem sido discutido em Portugal e tem merecido interesse junto da imprensa nacional. A empresa Portucel, empresa dedicada à

---

<sup>48</sup> Cf. Preâmbulo do DL n° 166/2013 de 27 de Dezembro.

<sup>49</sup> Cf. Notícia divulgada na imprensa, disponível em [http://www.dn.pt/inicio/economia/interior.aspx?content\\_id=4281089&seccao=Dinheiro%20Vivo](http://www.dn.pt/inicio/economia/interior.aspx?content_id=4281089&seccao=Dinheiro%20Vivo), consultada a 23 de Abril de 2015.

<sup>50</sup> Cf. SHARPE, Thomas, “Predation”, in *European competition law review*, 1987, pp.53-55.

<sup>51</sup> Cunha, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda em prejuízo:” *Análise do art. 3º do DL 370/93 de 29 de Outubro, Avaliação Crítica da sua aplicação concreta e proposta de reformulação da norma*, Coimbra, 2005, p.8, disponível online em: [www.rousseau.com.pt/documentos/estudovendacomprejuizo.pdf](http://www.rousseau.com.pt/documentos/estudovendacomprejuizo.pdf), consultada a 23 de Abril de 2015.

<sup>52</sup> *Idem*.

comercialização do papel, está a ser investigada por suspeitas de comercializar os seus produtos a preços abaixo do custo.<sup>53</sup>

Também a promoção dos 50% em todos os produtos, em compras superiores a 100 euros, realizada pela cadeia alimentar Pingo Doce, no ano de 2012, é um bom exemplo da venda abaixo do preço de custo. A ASAE concluiu que foram comercializados, pelo menos, 3 produtos abaixo do preço de custo: o óleo, o arroz e o whisky.<sup>54</sup> Num comunicado de 2013, a AdC esclarece que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, manteve a condenação da cadeia alimentar concluindo, contudo, apenas existir uma infração e, decidiu reduzir a coima para 12 000 euros. A coima aplicada ao Pingo Doce pela AdC rondava os 30 000 euros.<sup>55</sup>

Na mesma comunicação é relatado outro caso em que as técnicas promocionais de preços baixos, levadas a cabo pelas cadeias alimentares, exigiram a intervenção da AdC. A cadeia alimentar Modelo/Continente, na campanha promocional “Hiper Desconto 50%+25% em cartão no preço do leite, foi também condenada pela AdC e, tendo sido posteriormente, confirmada a decisão de condenação pelo Tribunal da Concorrência.<sup>56</sup>

## **B. Os Preços Discriminatórios**

Para alguns autores, a adoção de práticas discriminatórias são consideradas “as mais lesivas do ponto de vista da eficiência, seja de afetação seja de bem-estar.”<sup>57</sup> Uma empresa incorre em prática de preços discriminatórios quando são “estabelecidas condições de preço diferentes para transações equivalentes, encerra(ndo) em si, à

---

<sup>53</sup> Cf. Notícia divulgada na imprensa, disponível em [http://economico.sapo.pt/noticias/portucel-investigados-eua-por-suspeitas-de-dumping\\_212033.html](http://economico.sapo.pt/noticias/portucel-investigados-eua-por-suspeitas-de-dumping_212033.html), consultada a 23 de Abril de 2015.

<sup>54</sup> Cf. Notícia divulgada na imprensa nacional, disponível em [http://economico.sapo.pt/noticias/asae-conclui-que-pingo-doce-fez-dumping\\_143794.html](http://economico.sapo.pt/noticias/asae-conclui-que-pingo-doce-fez-dumping_143794.html), consultada a 23 de Abril de 2015.

<sup>55</sup> Cf. Comunicado 10/2013 sobre o processo de vendas abaixo do preço de custo.

<sup>56</sup> Mais recentemente, os franquizados da cadeia alimentar DIA dizem-se ser obrigados a comercializar produtos abaixo do preço de custo. Muitos deles já declararam insolvência por registarem muitos prejuízos. Cf. notícia divulgada na plataforma online do Jornal de Negócios, disponível em [http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/comercio/detalhe/grupo\\_dia\\_diz\\_se\\_muito\\_tranquilo\\_perante\\_qu\\_eixas\\_de\\_dumping.html](http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/comercio/detalhe/grupo_dia_diz_se_muito_tranquilo_perante_qu_eixas_de_dumping.html), consultada a 23 de Abril de 2015.

<sup>57</sup> Gomes, José Caramelo, *Lições de Direito...*, ob. cit., p.68.

primeira vista, o exercício de poder de mercado.”<sup>58</sup> Na Jurisprudência europeia, a adoção desta prática só constitui um abuso quando a empresa estiver em posição dominante.<sup>59</sup>

Em 2013, o canal temático de transmissão de jogos, SPORT TV S.A.<sup>60</sup>, foi denunciado por oferecer condições discriminatórias relativamente a prestações equivalentes. Na altura, a empresa que operava no mercado de TV por cabo, CABO VISÃO S.A., denunciou que a SPORT TV S.A.,<sup>61</sup> aplicou pelo menos, entre os inícios de janeiro e o mês de Abril de 2011, condições discriminatórias relativamente a prestações equivalentes, explorando a posição dominante que detinha no mercado nacional.<sup>62</sup> A SPORT TV era acusada de condicionar o acesso aos conteúdos desportivos, exigindo, por exemplo, documentos confidenciais para ceder o direito de distribuição dos canais, bem como, uma prévia autorização para a realização de campanhas promocionais de acesso aos canais SPORT TV, etc...

Em comparação, à empresa ZON TV CABO oferecia condições de preços mais vantajosas, o que a possibilitava a angariação de novos clientes/subscritores atraídos pelas numerosas campanhas promocionais, que só eram possíveis mediante condições bem mais atrativas do que aquelas que eram apresentados à empresa denunciante.

Quanto à aplicação de condições discriminatórias, a denunciante afirmou que o que estaria em causa era a fórmula de cálculo da sua remuneração associada ao serviço de cedência do direito de distribuição de canais. Segundo o que a denunciante apresentava, a fórmula utilizada tinha como único objetivo beneficiar a operadora concorrente, ZON TV CABO. A CABO VISÃO já tinha feito outra denúncia à AdC em 2005, com os mesmos

---

<sup>58</sup> Moura e Silva, Miguel, *Direito da Concorrência*,... ob. cit., p. 684.

<sup>59</sup> No Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, no Proc. 27/76, colect. 1978, p.77, Acórdão *United Brands C. Comissão*, no para. 234, é dado o esclarecimento sobre o conceito “(...) a política de preços diferentes que permitiu à UBC aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais para prestações equivalentes, colocando-os por esse facto em desvantagem na concorrência, constitui um abuso de posição dominante.”

<sup>60</sup> Decisão da AdC, de 14.06.2013, Proc. 2010/02 – Decisão de Condenação da SPORT TV Portugal, S.A.

<sup>61</sup> Segundo o Relatório do ICP-ANACOM, Sobre a situação das Comunicações em 2010, o grupo ZON/TV CABO continuava a ser o operador de serviço de televisão por subscrição, com uma quota de mercado de 58%.

<sup>62</sup> Neste sentido, também a Autoridade da Concorrência italiana esteve a investigar, em 2009, a empresa *Lega Calcio*, por abuso de posição dominante no mercado de comercialização dos direitos de transmissão de futebol. Vide publicação “*aware*” newsletter 24, Outubro 2009, área de prática de concorrência regulação e união europeia do escritório Abreu Advogados, disponível online em [http://www.abreuadvogados.com/xms/files/02\\_O\\_Que\\_Fazemos/Publicacoes/Awares/Aware\\_APCRUE\\_3\\_T\\_09\\_PT.pdf](http://www.abreuadvogados.com/xms/files/02_O_Que_Fazemos/Publicacoes/Awares/Aware_APCRUE_3_T_09_PT.pdf), consultada a 1 de Maio de 2015.

argumentos, pelo que esta nova denúncia foi apreciada de uma forma mais criteriosa. No relatório da decisão da AdC são apresentados alguns dados sobre a evolução do negócio das empresas de distribuição de canais temáticos por cabo. Algumas operadoras ouvidas no caso, admitem a existência de um conflito de interesses no caso e denunciam o facto da SPORT TV ter como acionista o maior operador no mercado de distribuição de canais por cabo, a ZON TV CABO.

A AdC depois de realizadas as investigações, ouvindo as outras operadoras no mercado e, a empresa denunciada e, de lhes pedir colaboração no acesso a documentos confidenciais, decidiu condená-la numa coima no valor que ronda os três milhões de euros acrescidos de 2500 euros de custas. Ordenou, ainda, que a decisão da AdC fosse publicada, no prazo de 20 dias, na II série do Diário da República e em jornal de expansão nacional.

### **C. Os Descontos e as cláusulas de Exclusividade**

As cláusulas de exclusividade têm o objetivo de limitar a liberdade contratual do contraente. A cláusula pode conter, de forma expressa, a quantidade de produtos que a empresa se obriga a comprar ou, a exclusividade de compra de um determinado produto a uma determinada empresa. Atenta a estes casos, a Comissão “centrará a sua atenção nos casos em que seja provável que os consumidores em geral não recolham benefícios.”<sup>63</sup>

Estas cláusulas podem provocar distorções na concorrência na medida em que, o concorrente estará limitado à oferta das restantes empresas a operar no mercado, levando, a um encerramento anticoncorrencial. As empresas concorrentes podem não conseguir concorrer “para o conjunto da procura de um cliente porque a empresa dominante é um parceiro comercial inevitável.”<sup>64</sup>

Recentemente, a questão foi discutida no Acórdão *Intel*.<sup>65</sup> A empresa que detinha a maior quota no mercado mundial de microprocessadores para computadores, foi acusada de abuso de posição dominante com o objetivo de eliminar o seu principal concorrente, a empresa AMD. A CE considerou que os comportamentos, levados a cabo pela empresa, eram suscetíveis de excluir a concorrência.

---

<sup>63</sup> *Cit.* Orientações da Comissão, nº 34.

<sup>64</sup> *Cit.* Orientações da Comissão nº36.

<sup>65</sup> Acórdão do TG (7ªSeção alargada) de 13.06.2014, no Proc. T-286/09.

Na Jurisprudência encontramos, ainda, outros casos. Os contratos de exclusividade assinados entre a empresa *Hoffmann-la Roche* com 22 importantes compradores de vitaminas, levaram à intervenção da Comissão europeia que, após à análise a vários contratos, concluiu que estes “falseavam a concorrência entre produtores ao retirarem aos seus clientes da empresa em posição dominante qualquer possibilidade de escolha relativamente às fontes de abastecimento e, por outro lado, porque tinham como efeito a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência.”<sup>66</sup>

Em sua defesa, a recorrente alega que em alguns contratos celebrados, era estabelecida uma cláusula, designada por “cláusula inglesa”. Esta cláusula foi um meio de defesa da empresa *La Roche*, na medida em que, se algum cliente tivesse conhecimento de propostas de preços mais vantajosas de alguma empresa concorrente, podia comunicar à *La Roche* e, se esta não conseguisse acompanhar esta proposta vantajosa, o cliente tinha, a liberdade de contratar com este novo fornecedor, não perdendo as outras condições vantajosas estabelecidas, nos restantes contratos, mantendo-se, assim, as restantes obrigações comerciais.<sup>67</sup>

Os argumentos da *La Roche*, acerca da cláusula inglesa, não convenceram a Comissão. O facto de os clientes da *La Roche* comunicarem à empresa propostas mais atrativas por parte da concorrência, “é susceptível de agravar a natureza abusiva da exploração em posição dominante” visto que, estas “cláusulas inglesas, inseridas nos contratos controvertidos, não podiam ser excluídas da qualificação de exploração abusiva de posição dominante.”<sup>68</sup>

Sem nos querermos alongar mais sobre a questão, sendo que o objetivo é uma exposição, ainda que sintética, sobre as diferentes formas que podem assumir as práticas abusivas, a Jurisprudência do TJ tratou da questão, referente aos descontos de fidelidade e

---

<sup>66</sup> *Cit.* parag. 80 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.2.1979, no Proc. 85/76, Colect.1979-I, p.217, Acórdão *Hoffmann-La Roche C. Comissão*.

<sup>67</sup> *Idem*, para. 102, secção 5.

<sup>68</sup> Moura e Silva, Miguel, O abuso da Posição Dominante na nova Economia. *Tese de Doutoramento em Direito*, Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, p.697.

às cláusulas de exclusividade, nos acórdãos *British Airways* (2007)<sup>69</sup> e *Suiker Unie/Comissão*.<sup>70</sup>

Um outro caso decidido nos Tribunais comunitários foi, como referimos, o caso *Intel*.<sup>71</sup> A empresa que detinha a maior quota no mercado mundial de microprocessadores para computadores, foi acusada de abuso de posição dominante com o objetivo de eliminar o seu principal concorrente, a empresa AMD. A CE considerou que os comportamentos, levados a cabo pela empresa, eram suscetíveis de excluir a concorrência.

A CE concluiu que no caso a Intel violava o DEC por três vias: na concessão de descontos<sup>72</sup> a produtores, no pagamento a produtores para estes se atrasarem no lançamento de produtos criados pela AMD e, por fim, na venda de CPU's abaixo do preço de produção. Com estes comportamentos, a empresa foi condenada numa soma nunca antes aplicada pelos Tribunais europeus.<sup>73</sup>

#### **4. A Irrracionalidade da Prática de Preços Predatórios**

A Doutrina tem criticado a adoção de práticas predatórias por parte de agentes económicos como forma de eliminação de concorrentes. O famoso caso “Standard oil” nos EUA é apontado como um dos maiores exemplos de como esta prática pode levar à ruína várias empresas.

A eficácia desta prática foi posta em causa pelo economista americano John S. Mcgee. Na sua obra, faz várias críticas à racionalidade da escolha desta prática como um caminho legítimo de eliminação da concorrência.<sup>74</sup> Também, o congressista Tom Campbell alertou para a irracionalidade desta prática na medida em que o predador

---

<sup>69</sup> Acórdão do TJ (3ª Seção) de 15/3/2007, Processo C-95/04.

<sup>70</sup> Acórdão do TJ de 16/12/1975, Processo C-40/73.

<sup>71</sup> Acórdão do TG (7ª Seção alargada) de 13/06/2014, Processo T-286/09.

<sup>72</sup> “(...) Com efeito, o mecanismo dos descontos de exclusividade (..), são suscetíveis de tornarem mais difícil o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante, mesmo que esse acesso não seja economicamente impossível.” – neste sentido *vide* acórdão *Intel*, para. 150

<sup>73</sup> Cf. KALLAUGHER, John, e WEITBRECHT, Andreas, “Developments under the Treaty on the Functioning of Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, articles 101 and 102, in 2008/2009 in European”, in *European Competition Law Review*, 2010, pp. 310-311.

<sup>74</sup> Neste sentido *vide*, MCGEE, John S., “Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case”, *Journal of Law and Economics*, Vol 1, nº 1, 1958, p.137.

perderá muito dinheiro no processo e nunca conseguirá, no futuro, recuperar dos prejuízos sofridos.<sup>75</sup>

Aparentemente, esta estratégia parecia apenas beneficiar o consumidor que, entre esta “Guerra de preços”, poupava ao comprar produtos abaixo do preço de custo. Porém, é sabido que esta prática proibida na UE tem um reverso da medalha por ser nocivo para o processo competitivo<sup>76</sup>: terminada a estratégia predatória, a empresa dominante subirá os preços dos seus produtos de modo, a cobrir as perdas da empresa durante o comportamento de baixa de preços. Os preços irão subir e, agora, sem concorrentes igualmente eficientes, eliminados durante o processo, os consumidores terão de comprar os novos produtos desta vez mais caros.

O sucesso da escolha da estratégia pela prática de preços predatórios por parte de uma empresa, está, naturalmente, dependente de vários fatores. Antes de tudo, importa referir, que não é qualquer empresa que poderá adoptar esta prática. A empresa terá de ter uma almofada económica, ou seja, terá de ter elevados recursos financeiros para suportar as perdas durante o período em questão. Compreende-se, desde logo, que a escolha por esta prática terá de ter em atenção uma avaliação financeira criteriosa, por parte dos órgãos de administração, que possibilite a sua permanência no mercado suportando as sucessivas perdas por cada unidade vendida.<sup>77</sup> Alguma Doutrina é da opinião de que esta estratégia não passa de uma escolha insegura e incerta visto que se perdem milhões que, muito dificilmente poderão ser recuperados.<sup>78</sup>

Como já afirmamos anteriormente, num primeiro momento, a baixa de preços beneficiará os consumidores. Assim, é notório que a empresa que aposte nesta estratégia terá de ter presente que vai ter de produzir mais, devido à procura exponencial do produto por parte dos consumidores atraídos pelo preço baixo e, que, por cada unidade produzida e vendida, serão contabilizados ainda mais prejuízos.

---

<sup>75</sup> Cf. A. HAY, George, Predatory pricing,, in *Antitrust law Journal*, cap I. Introduction

<sup>76</sup> Cf. Whish, Richard, *Competition Law*, Butterworths, Second Edition, London, Edinburg, 1989, p. 535.

<sup>77</sup> A empresa que optar por esta prática terá de ter em conta que prejuízo também irá ocorrer em todas as unidades desviadas dos concorrentes motivadas pela baixa drástica de preços, cf., João ilhão moreira, *Preços Predatórios,...ob.cit.*, p.140 e p.171.

<sup>78</sup> Neste sentido *vide*, CALVANI, Terry, “Non-Price Predation: a new Antitrust Horizon”, in *Antitrust Law Journal*, thirty-third annual meeting, Luncheon Address, 1985, pp 409-410.

Atraídos pelos preços baixos, os consumidores irão comprar desenfreadamente grandes quantidades de produtos, criando verdadeiros *stocks*, de modo a consumi-los no futuro.<sup>79</sup>

Nesta verdadeira “guerra de preços”, a empresa predadora vencerá se dispuser de mais recursos económicos que as outras empresas concorrentes.<sup>80</sup> Quanto mais tempo durarem estas práticas, mais recursos financeiros irão ser precisos, por isso, uma empresa em posição dominante, com uma maior quota de mercado estará mais apta a enfrentar este período de grandes prejuízos financeiros.

Um outro fator importante para o sucesso desta estratégia é a existência de barreiras à entrada no mercado de novas empresas.<sup>81</sup> O objetivo da empresa ficará enfraquecido a partir do momento em que ingressarem no mercado novos concorrentes. Sem a existência de relevantes barreiras à entrada, a *ratio* das políticas predatórias perderá o seu sentido prático. A este respeito, a Escola de Chicago afirma que estamos perante um “falso problema, uma vez que as empresas só poderiam aplicar tais preços abaixo do custo de forma temporária, pois não conseguiriam maximizar os lucros suportando as perdas por tempo indefinido; logro, quando subissem de novo os preços atrairiam novas empresas.”<sup>82</sup> O objetivo principal da tática predatória é eliminar, não só os concorrentes atuais como, também, todos os potenciais concorrentes que estejam a pensar ingressar no mercado, assegurando uma posição de domínio.<sup>83</sup>

Por outro lado, temos autores que traçam um conjunto de alternativas viáveis que a concorrência pode seguir de modo a reagir ao comportamento da empresa predadora. McGee, afirma que uma alternativa viável será o do encerramento temporário da empresa.<sup>84</sup> Numa resposta às teorias da McGee, *Basil Yamey*<sup>85</sup> vem afirmar que o

---

<sup>79</sup> EASTBROOK, Frank, “Predatory strategies and counterstrategies”, in *the University of Chicago Law Review*, 48, nº2 p. 269.

<sup>80</sup> BORK, Robert, “The antitrust paradox: a policy at war with itself”, New York, p. 147.

<sup>81</sup> Neste sentido, *vide* as orientações sobre o art. 102º do TFUE, sobre o comportamento predatório e o encerramento anticoncorrencial.

<sup>82</sup> Pais, Sofia Oliveira, *Entre inovação e ...*, ob. cit., p.142.

<sup>83</sup> NEWTON, Chris, “Do predators need to be dominant?”, in *European Competition Law Review*, 1999, pp. 127-130.

<sup>84</sup> Cf. MCGEE, John, “Predatory pricing revisited”, in *Journal of Law and Economics*, 23, nº2, 1980, pp.289.

<sup>85</sup> B.S.YAMEY, “Predatory Price Cutting:” notes and comments, *J.I. And economics*, vol 15, 1972, p. 131

caminho mais eficaz para a eliminação da concorrência, será a aquisição da empresa por parte da empresa predadora.<sup>86</sup> Contudo, sabemos que nem sempre esta solução é possível dado os desentendimentos sobre o valor da compra. Por isso, é que este caminho é descurado a maioria das vezes.

Entendemos, ainda, que a empresa concorrente pode defender-se de várias formas, todavia, a forma de reação deve ser sempre analisada tendo em conta a sua estrutura económica. Uma das formas seria deixar o predador “provar do seu próprio veneno”, adotando uma posição neutra ou “adormecida” que, poderá passar pelo encerramento temporário da empresa. A empresa predadora, ao longo do processo, multiplicará perdas e as suas estruturas financeiras ficarão cada vez mais fragilizadas. Findo o processo e a concorrência eliminada, a empresa predadora subirá novamente os preços de modo a cobrir os prejuízos durante o período estratégico. A estratégia da empresa concorrente singrará quando a empresa predadora estiver na fase da subida de preços! Nesta altura, a empresa até agora “adormecida” vai proceder a uma nova política de preços baixando-os de uma forma gradual fazendo concorrência agora com os elevados preços da empresa predadora que, agora, se encontra incapaz, financeiramente, de competir com estes novos preços. Esta teoria só logrará quanto mais tempo tiver durado o período predatório.

A escolha por esta estratégia pode contribuir para um desgaste económico da empresa predadora, dependendo da duração da prática e do grau de resistência das outras empresas ao período acentuado da baixa de preços. Assim, alguns autores, afirmam que, após a uma análise criteriosa ao mercado concorrencial, a empresa que deseje eliminar a concorrência poderá optar por outro mecanismo, criando uma tabela de preços discriminatórios.<sup>87</sup> A prática de preços discriminatórios<sup>88</sup>, apesar de por vezes ser considerada uma prática anti concorrencial por ter o objetivo de eliminar concorrentes há autores que consideram que a prática em questão não é “particularmente nociva da concorrência ou até mesmo sinónimo de uma concorrência imperfeita.”<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Neste sentido *vide* nota de rodapé nº 79, pp. 127-129.

<sup>87</sup> POSNER, Richard, *Antitrust law*, 2ªed, chicado: the university of chicago press, 2001, p. 210.

<sup>88</sup> “(...) a aplicação de condições diferenciadas a transações equivalentes” – noção de preços discriminatórios dada pelo Dr. J.L. Cruz Vilaça in “*Política de Concorrência: o caminho da modernização, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: 50 anos Tratado de Roma. Lisboa: Ancora, 2007.*”

<sup>89</sup> Gomes, José Caramelo, *Lições de Direito...*, ob., *cit.* Almedina, 2010, p.68.

Nos tempos de crise que todo o globo<sup>90</sup>, hoje, atravessa, são cada vez menos as empresas que vêem como solução ao aumento de vendas uma estratégia predatória. As que se arriscam sabem que os indicadores económicos estão desfavoráveis a um investimento num futuro incerto de recuperação de perdas. A par da proibição deste comportamento nocivo para a concorrência, as empresas terão de enfrentar o ciclo vicioso da crise que o globo hoje atravessa em que estão presentes três variáveis que estão longe de serem sinónimos de tempos prósperos: menos consumo, menos trabalho, menos despesa...”<sup>91</sup>

## 5. A Doutrina *Areeda-Turner*: um teste de critérios falíveis

Resulta do acórdão *Akzo* que os preços praticados inferiores à média dos custos variáveis médios, presumem-se predatórios. Por outro lado, os preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, devem ser considerados abusivos quando fixados num âmbito de uma estratégia de eliminação da concorrência.<sup>92</sup>

Nas orientações da Comissão sobre o art. 102º do TFUE, é definido o critério do CEM (Custos Evitáveis Médios): se os preços praticados forem inferiores ao CEM para a totalidade ou parte da produção, a empresa não estará a cobrir os custos e estará a registar perdas. Ao lado destes cálculos, a Comissão terá de investigar se as perdas ocorridas poderiam ser evitadas. Contudo, se a entidade europeia concluir que existem outros dados mais relevantes, dados fiáveis suficientes, utilizará a chamada análise ao concorrente com o mesmo grau de eficiência.<sup>93</sup>

Dois autores americanos foram os pioneiros na formulação de um critério, o teste *Areeda Turner*,<sup>94</sup> que permitiu distinguir quando uma empresa dominante está a adotar

---

<sup>90</sup> A crise económica mundial que os Estados atravessam levam a alterações legislativas que tentam limitar, de alguma forma, a tentação das empresas na opção por práticas abusivas para a maximização dos seus lucros. A preocupação dos Estados, no acompanhamento de casos abusivos, é tão evidente não só na Europa e nos EUA mas, também, no Brasil. No ano de 2002, o secretário do Acompanhamento Económico fez publicar um guia para a análise económica da prática de preços predatórios: Portaria nº70 de 12 de Dezembro de 2002, publicada no Diário Oficial da União nº241, de 13/12/2002, Seção 1.. Esta preocupação, na deteção de casos que podem falsear o mercado competitivo, teve a sua origem na lei da concorrência que remonta os anos 60.

<sup>91</sup> Menezes Cordeiro, António, *Manual de Direito Bancário*, 4ª ed, Almedina, 2012, p. 134.

<sup>92</sup> Cf. *France Telecom* nº 130.

<sup>93</sup> Cf. Orientações da Comissão, nº 67.

<sup>94</sup> A Doutrina norte americana afirma quase a inexistência de casos de preços predatórios nos trinta anos anteriores ao teste *Areeda-Turner* de 1975. A controvérsia doutrinal sobre o assunto, que estava agora na

um plano não restritivo da concorrência ou se, por ventura, estamos perante uma situação danosa para o mercado concorrencial. Este teste teve como objetivo reconhecer situações de práticas restritivas, oferecendo mais segurança no tráfego jurídico, encorajando as empresas a continuarem a arriscar e a planear processos competitivos nas suas trocas comerciais.<sup>95</sup>

Apesar deste teste ter sido muito útil, a sua aplicabilidade prática gerou algumas dificuldades surgindo, mais tarde, uma nova versão criada por Robert Bork.<sup>96</sup> Os autores deste teste têm por base o conceito de preço marginal, que se referem ao custo de produção de mais uma unidade extra, em conjugação com a utilização do conceito de custos variáveis médios.<sup>97</sup>

No teste *Areeda-Turner*, em princípio, uma empresa não pode praticar preços abaixo do preço de custo com vista a recuperar das perdas no futuro. Por outras palavras, a empresa dominante não poderá descer os preços dos seus produtos ou serviços com vista a, mais tarde, reforçar a sua quota de mercado excluindo empresas igualmente eficientes. De acordo com a doutrina destes dois professores de Harvard, um preço inferior ao custo marginal, ou seja, o custo de produzir mais uma unidade, é aparentemente predatório, na medida em que, a empresa não terá nenhuma justificação para sofrer um prejuízo imediato se não tivesse seguido a opção de produzir essa mesma unidade. Nesta doutrina, os autores propuseram o conceito de custo variável médio (CVM) dada a dificuldade de determinação do custo marginal.<sup>98</sup>

Na análise da categoria de custos marginais bem como, da categoria de custos variáveis médios, esta teoria não tem em linha de conta o efeito lesivo a longo prazo, apenas incorporando o curto prazo. Os critérios gerais e pouco precisos sugeridos por *Areeda e Turner* têm hoje de ser conciliados com as diferentes formas que podem

---

ordem do dia, é uma das razões apontada pelos estudiosos na matéria, cf. LIEBELER, Wesley J, "Symposium: Developments In Section Two Of The Sherman Act , Whither Predatory Pricing? From Areeda And Turner To *Matsushita*", in *Notre Dame Law Review*, 1986, pp.1054-1055.

<sup>95</sup> KATE, Adriaan e GUNNAR, Niels, "Predatory pricing standards: is there a growing international consensus?" *In Antitrust Bulletin*, p. 787

<sup>96</sup> Cf. BORK, Robert, "The antitrust Paradox: A policy at war with itself", in *New York: The Free Press*, 1978, p.145.

<sup>97</sup> O preço será considerado predatório se for inferior a esse valor. Os CVM tratam dos resultados que uma empresa tem por cada unidade produzida.

<sup>98</sup> Junqueiro, Ricardo Bordalo, *Abusos da posição...*, ob. cit. p. 222.

assumir os comportamentos predatórios das empresas do séc. XXI. Uma parte da Doutrina norte-americana chegou mesmo a fazer duras críticas a este critério, acusando os autores de estarem muito preocupados com um modelo de economia estática.<sup>99</sup> Uma outra crítica apontada ao teste prende-se pela visão pouco preocupada com os efeitos a longo prazo das políticas predatórias levadas a cabo por uma empresa em posição dominante.<sup>100</sup>

Outros autores, Joskow and Klevorick, defendem, ainda, que os efeitos a longo prazo do fenómeno da predação devem ter em conta algumas variáveis, tais como: o produto em questão; a facilidade com que novos concorrentes podem entrar no mercado; a necessidade de capital de uma empresa para entrar, bem como, o tempo que é necessário para adquirir notoriedade, etc...<sup>101</sup>

## II. Análise à Jurisprudência Europeia

A Jurisprudência europeia em matéria de preços predatórios é parca e espaçada no tempo. Do atual art. 102º.<sup>102</sup> do TFUE, nada consta acerca do conceito de práticas predatórias contudo, da alínea a) do mesmo artigo podemos retirar essa proibição.<sup>103</sup> Apesar da Escola de Chicago afirmar que, do ponto de vista económico, a prática de preços predatórios é irracional<sup>104</sup> e, MCGEE<sup>105</sup> apelidar a questão de um “fenómeno não muito importante”, o certo é que o Tribunal de Justiça já teve de intervir em três casos de preços predatórios na união europeia.

---

<sup>99</sup> Neste sentido *vide* SHARPE, Thomas, “Predation”, in *European Competition Law Review*, 8(1), 1987, p. 63

<sup>100</sup> CAUSBY, Nelsonya, “Predatory pricing: the evolution of judicial standards in the united states and the european economic community”, in *Hastings International And Comparative Law Review Winter*, 1992, pp.303-306.

<sup>101</sup> Cf. SHARPE, Thomas, “Predation”, in *European Competition Law Review*, 8(1), 1987, p.64.

<sup>102</sup> A proibição do art. Art. 102º a) do Tratado de Lisboa relativamente às práticas predatórias: “impôr, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas.”

<sup>103</sup> Moura e Silva, Miguel, O abuso da Posição Dominante na nova Economia. *Tese de Doutoramento em Direito*, Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008, p.238

<sup>104</sup>HUANG, Peter H., “Still preying on strategic reputation models of predation, Are predatory commitments credible? who should the courts believe?” in *university of chicago press* 1999, green bag summer 2000 reviews, pp.444-445.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

O primeiro caso surgiu nos anos 80 no Acórdão *Akzo*<sup>106</sup> A empresa *Akzo* laborava no Reino Unido e dedicava-se à produção de peróxidos orgânicos no Reino Unido. Este produto químico tinha várias finalidades sendo maioritariamente usado na indústria dos plásticos e na indústria de farinhas. O cerne da questão está no fabrico de uma substância designada como peróxido de benzol, cuja produção era apenas autorizada ao Reino Unido e à Irlanda.<sup>107</sup> No mercado operava a empresa ECS que fabricava esta mesma substância, decidiu expandir o seu negócio para o mercado dos plásticos, visto que também já comercializava o produto para o mercado de farinhas. A empresa ECS começou, então, a comercializar o seu produto a empresas-clientes da *Akzo*, à empresa BASF em LUDWIGSHAFEN, a um preço muito inferior ao praticado pela *Akzo*.

Face a este comportamento, a *Akzo* não tardou em reagir, lançando ameaças à sua concorrente. Como ambas as empresas trabalhavam simultaneamente em dois mercados, e, em forma de chantagem, a *Akzo* comunicou à *ECS* que esta deveria deixar de produzir para o mercado dos plásticos e caso não o fizesse a *Akzo* adotava um conjunto de medidas que podiam ir pela descida abrupta de preços no mercado da farinha<sup>108</sup>, suportando mesmo algumas perdas que podiam ocorrer e, utilizariam os restantes lucros da empresa para se financiarem durante o período em questão. Em forma de resposta a este comportamento, a ECS conseguiu junto dos tribunais uma decisão que impedia a *Akzo* de reduzir os seus preços e, “até 1982, esteve em vigor a transação que pôs termo ao litígio entre os dois concorrentes.”<sup>109</sup>

A ECS decidiu, em Junho, queixar-se à Comissão Europeia, sobre os comportamentos abusivos da sua concorrente *Akzo*. A Comissão, depois de investigar, chegou à conclusão que a *Akzo* tinha violado o preceito do art. 102º do Tratado de Lisboa<sup>110</sup>, e decidiu aplicar uma coima elevada à empresa: 10 Milhões de ECU. Além

---

<sup>106</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-62/86 de 3 de Julho de 1991.

<sup>107</sup> *Cit.*, Moreira, João Ilhão, “Preços predatórios: Encontros...”, *ob. cit.* p.191.

<sup>108</sup> Durante o período em que decorreram estas práticas, a *Akzo* subiu a sua quota de mercado de 50% para 55% enquanto, que a ECS desceu de 35% para 30%. Esta questão também foi levantada por alguma Doutrina. Sabemos que 50% da quota de mercado pode não ser suficiente, em certos casos, para sabermos se a empresa é ou não dominante, cf. RAPP, Richard T., “Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of *Akzo*”, in *European Competition Law Review*, 1986, pp.233-236.

<sup>109</sup> Moura e Silva, Miguel, O abuso da Posição Dominante na nova Economia. *Tese de Doutoramento em Direito*, Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008., p.240.

<sup>110</sup> À época o art. 86º do Tratado da CEE.

disso, ordenou a *Akzo* a abster-se da prática de preços discriminatórios entre os seus clientes e os da empresa concorrente.

Este caso foi objeto de críticas por alguma Doutrina que chegou mesmo a afirmar que a empresa *Akzo* não teve nenhum comportamento abusivo, não estando preenchidos os requisitos de uma verdadeira estratégia predatória, mas estávamos, antes, perante um “desenvolvimento natural do mercado concorrencial da estrutura duopolista formada pelas empresas.”<sup>111</sup>

Um outro problema interessante diz respeito aos descontos que a empresa *Akzo* fazia aos vários clientes da empresa ECS. A *Akzo* compensava estes descontos continuando a vender os seus produtos ao preço de tabela aos restantes clientes. O ponto 118 da fundamentação do tribunal relata isso mesmo: “(...) a intenção da *Akzo* não era a de praticar uma política geral de preços vantajosos, mas a de adotar uma estratégia suscetível de prejudicar a ECS.”

Apesar do Teste *Areeda-Turner* continuar a ser um critério orientador na questão de sabermos se estamos perante uma conduta abusiva, o certo é que esta decisão afastou-se desse teste. Alguns autores afirmam que esta decisão não representou um “significativo alargamento do escopo do teste *Areeda-Turner*” e mostra uma grande dificuldade na “complexa tarefa de determinação da intenção do concorrente dominante.”<sup>112</sup> Apesar da Comissão, durante as investigações, ter encontrado um memorando detalhado com o plano de entrada no mercado de plásticos, o certo é que as empresas facilmente poderão contornar o problema evitando este tipo de comunicações.<sup>113</sup>

## **1. O Acórdão *Tetra-Pak***

Pouco tempo depois do Acórdão *Akzo* surgiu o acórdão *Tetra Pak*<sup>114</sup>. Este novo conflito, apresentado à Comissão, tinha contornos que geravam, à partida, alguma

---

<sup>111</sup> Cf. PHILIPS, Louis e, MORAS, Miguel, “The *Akzo* decision: A case of predatory pricing”, in *The Journal of Industrial Economics*, 41, nº3, 1993, pp. 319-321.

<sup>112</sup> *Cit.* MOREIRA, João Ilhão, Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico in *Revista de Concorrência e regulação*, Abril-Junho 2011, nº6, p. 194.

<sup>113</sup> *Idem.*

<sup>114</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, Processo nº C-333/94-P, de 14 de Novembro de 1996.

dificuldade. O primeiro prendia-se, desde logo, por definir se no mercado em que a empresa atuava, tinha uma posição dominante.

A empresa *Tetra Pak* tinha como objeto social a produção de embalagens de cartão para o armazenamento de alimentos líquidos. A empresa produzia embalagens de acondicionamento asséptico e embalagens de acondicionamento não asséptico. A empresa inclusive, era detentora de patentes na produção de embalagens assépticas. No mercado de embalagens assépticas, a *Tetra Pak* tinha uma quota de mercado que rondava os 95% enquanto, no mercado de embalagens não assépticas, detinha apenas 55% de quota de mercado. Além do mercado relevante de embalagens assépticas e embalagens não assépticas, a Comissão analisou e concluiu que a empresa atuava em quatro mercados relevantes: o mercado das embalagens de cartão assépticas; mercado das máquinas de enchimento asséptico, mercado das máquinas de enchimento não asséptico e o mercado de embalagens de cartão não assépticas.

A *Tetra Pak* foi acusada de abuso da posição dominante. A empresa utilizava o poder, que tinha em alguns mercados, para conseguir o monopólio no mercado asséptico. A empresa subordinava as vendas “à aquisição de máquinas de enchimento, o que conseguiu com recurso a um total de 24 cápsulas nos diferentes contratos-tipo que criavam uma dependência do cliente em relação àquele fornecedor.”<sup>115</sup> A Comissão concluiu que a empresa fazia uso de práticas discriminatórias “entre utilizadores situados em Estados-membros diferentes e predatórias face aos concorrentes da *Tetra Pak*.”<sup>116</sup>

Entre outras questões levantadas<sup>117</sup>, a *Tetra Pak* afirmou que a Comissão deveria fazer prova da intenção da empresa em eliminar a concorrência utilizando, para o efeito, preços predatórios e, para a sua condenação efetiva deveria também provar que a empresa seria ressarcida das perdas num futuro próximo. O TJ, foi chamado a clarificar a questão, em sede de recurso e salienta que “(...) nas circunstâncias do presente caso, não seria oportuno exigir, também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a *Tetra Pak* tinha a possibilidade real de recuperar das suas perdas. (...)Ora, esse risco foi

---

<sup>115</sup> Moura e Silva, Miguel, O abuso da Posição Dominante na nova Economia. *Tese de Doutoramento em Direito*, Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008., p.246.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> O TPI afirmou que não resulta da letra da lei do Acórdão *AKZO*, a condenação de preços inferiores aos custos variáveis médios.

verificado, no presente caso, pelo TPI(...)»<sup>118</sup> Neste Acórdão é notório um afastamento do Tribunal de um requisito de recuperação de perdas/prejuízos.

## **2. O Acórdão *France Telecom***

O caso remonta ao ano de 2001 , quando a Comissão decidiu investigar a empresa de telecomunicações, *Wanadoo Interactive S.A (WIN)*, sociedade-filha da France Telecom, por abuso da posição dominante no mercado de serviço de Internet em França. A empresa foi acusada de violar o art. 102º do TFUE, ao praticar preços abaixo dos custos variáveis médios, no serviço de Internet *extense e Wanadoo ADSL*. A Comissão, na decisão de 16 de Julho de 2003, decidiu aplicar uma coima de 10,35 milhões de euros.<sup>119</sup>

A Comissão, na análise do caso, teve em conta o mercado competitivo que era o das telecomunicações. Em 2003, o mercado estava em franco desenvolvimento e afloravam, no mercado, operadoras que tentavam vencer no mercado retalhista de banda larga em França. Assim e, apesar da importância dada aos dados contabilísticos da empresa neste caso, a Comissão teve de ir mais longe e deu uma grande importância ao novo mercado que, estava agora a expandir-se.

Para a prova de que a empresa estaria a praticar preços predatórios, a Comissão disse ter tido acesso a “provas diretas” de um plano de eliminação da concorrência. Além da análise aos documentos ditos “oficiais”, como os dados contabilístico-financeiros ou atas de reuniões com os objetivos da empresa, a Comissão deu relevo a um email interno, que data de julho de 2000, em que se afirma a dificuldade da apropriação do mercado com a prática de preços elevados.<sup>120</sup> A empresa em sede de recurso contestou toda a operação desenvolvida pela Comissão. Quanto aos documentos afirmou que, por si só, não demonstravam com evidência a intenção de eliminação da concorrência através da prática abusiva.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Acórdão *France Telecom* do Tribunal de Primeira Instância, processo T-340/03, de 30/01/2007.

<sup>119</sup> Cf. Decisão da Comissão para. 4.

<sup>120</sup> Cf. Decisão da Comissão para. 100.

<sup>121</sup> A *Wanadoo* alegou erros nos cálculos dos custos variáveis bem como, uma omissão destes cálculos na nota de ilicitude. Alegou ainda que a Comissão violou requisitos processuais essenciais que puseram em causa os seus direitos de defesa.

Já no recurso para o TPI, a empresa salientou que a Comissão analisou o caso sem conseguir demonstrar a possibilidade de recuperação de prejuízos. O Tribunal sublinhou a inexistência, até à data, de qualquer demonstração da possibilidade de recuperação de prejuízos na análise de casos, em que se discuta a existência de preços predatórios.

O TPI decidiu confirmar a decisão da Comissão afirmando que, nestes casos complexos, a Comissão detinha um maior poder de apreciação.<sup>122</sup>

### **3. A *probatio diabolica* do teste de recuperação de perdas.**

A questão da recuperação de perdas tem levantado grandes discussões nomeadamente, no que concerne ao pensamento económico do fenómeno da predação. Um comportamento só é considerado predatório mediante uma criteriosa análise, por parte das autoridades, que vão ter em conta certas variáveis. Por isso, há autores que afirmam que este estudo deve ser feito com muito cuidado de forma a distinguir o que são perdas, que resultam de um comportamento proibido, como é o caso do comportamento predatório, daqueles casos em que uma empresa sofre prejuízos, resultado de uma má escolha ou, então, de pagamento de despesas que não estavam planeadas.<sup>123</sup>

A preocupação por condutas abusivas por parte das empresas, levaram a várias discussões. Nos EUA, num encontro de Direito da Concorrência, foi criado um grupo de trabalho e, no ano 2006, na conferência anual ICN, uma das questões mais debatidas foi o da necessidade, ou não, de prova do requisito da recuperação dos prejuízos, na análise de um comportamento predatório.<sup>124</sup>

Na Europa, a mesma questão foi debatida no âmbito de uma conferência, em Setembro de 2005, pela Comissária Kroes. No mesmo ano, foi elaborado um plano, designado por “Discussion Paper” onde, em mais de 70 páginas são feitas alusões a definições importantes no âmbito do DEC: definição de mercado relevante, de posição dominante, etc.<sup>125</sup> Em 2009, foi publicado um guia com vários princípios a ter em conta

---

<sup>122</sup> Acórdão do TPI, para. 129.

<sup>123</sup> Cf., Thomas, “Predation”, in *European Competition Law Review*, 1987, pp. 59-61.

<sup>124</sup> Cf. GLOCKNER, Jochen e BRUTTEL, Lisa V. “Predatory pricing and recoupment under EC Competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study”, in *European Competition law review*, 2010, pp. 425-426

<sup>125</sup> *Ibidem*.

na aplicação do art. 102º do TFUE. A Comissão afirma que a análise das perdas de uma empresa, durante o fenómeno predatório, não se trata de uma mera operação matemática entre os ganhos e as perdas e, que por isso, a prova do “recoupment test” não é necessária.<sup>126</sup>

A Jurisprudência norte-americana, desde o caso *Brooke*<sup>127</sup>, tem adotado como requisito o “*recoupment test*”. Deste modo, a empresa que denuncia o comportamento deve fazer uma dupla prova. Por um lado, a empresa terá de provar que o concorrente está a comercializar os seus produtos abaixo do preço por outro, que existe uma grande probabilidade de estar vir a recuperar das perdas a curto prazo.<sup>128</sup>

A última prova parece-nos excessiva e desnecessária. Como é que uma empresa poderá provar que a empresa concorrente irá recuperar dos prejuízos, num futuro próximo? Esta prova diabólica só iria desencorajar as empresas na denúncia destes casos, tornando, assim, ainda mais morosas as investigações.

O Advogado-Geral D. Ruiz Jarabo Colomer afirmou que as empresas que decidam reduzir os seus preços abaixo dos custos têm, sempre, a perspectiva de vir a recuperar das perdas mais tarde.<sup>129</sup> Eliminando a concorrência, a empresa beneficiará com o aumento dos preços dos produtos recuperando, deste modo, das perdas registadas durante a estratégia predatória.

A necessidade de distinção de situações predatórias de estratégias competitivas válidas, levaram o Advogado-Geral *Ján Mazák* a afirmar o interesse da aceitação do teste de recuperação de perdas na europa: “(...) a menos que exista uma possibilidade de recuperação dos prejuízos, é provável que a empresa dominante esteja numa situação de concorrência normal.”<sup>130</sup>

No acórdão *Compagnie Maritime Belge*<sup>131</sup>, o advogado geral afirmou expressamente que o teste de recuperação de perdas devia ser considerado. Contudo, e

---

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> *Brooke Group Ltd and Williamson Tobacco Corp* (1993) 61 U.S.L.W. 4699

<sup>128</sup> SCHWARTZ-LEPPER, David A, “United States: predatory pricing-proof of probable recoupment necessary”, *in European Competition Law Review*, 1993, pp.162-163.

<sup>129</sup> Cf. Conclusões do advogado-geral no caso *Tetra Pak II*.

<sup>130</sup> *Idem*

<sup>131</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16/03/2000, processos nº C-395/96 P e C-396/96 P.

apesar da prova da recuperação de perdas não ter sido adotada na jurisprudência europeia<sup>132</sup> nomeadamente, no acórdão *France Telecom*, o facto é que alguma doutrina considera que a prova deste pressuposto seria importante na análise de casos de abuso na medida em que afastaria a principal justificação das empresas que adotam este tipo de comportamentos, justificações económicas.<sup>133</sup>

Aderimos aos argumentos do tribunal, no afastamento da prova de recuperação de perdas, na análise de casos predatórios. Atendendo à dificuldade desta prova, casos que cumprissem o método contabilístico do acórdão *Akzo*<sup>134</sup>, mas que a Comissão não conseguisse fazer prova da recuperação dos prejuízos, escapavam à condenação quando, nestes casos, permanece a existência de um elevado risco de eliminação da concorrência.

#### **4. A teoria da recuperação das perdas no âmbito do direito da concorrência norte americano**

No Direito da Concorrência norte-americano a preocupação em detetar estes tipo de casos que, colocam em risco o mercado concorrencial, está plasmada legalmente na *Sherman Act*<sup>135</sup>, section 2.<sup>136</sup> Apesar de neste artigo não estar expressamente mencionado

---

<sup>132</sup> Uma parte da Doutrina critica o facto desta prova ter sido afastada. Consideram que a possibilidade da prova de uma recuperação deveria ser um pressuposto necessário na investigação do abuso. Afirmam, por isso, que o Tribunal, no acórdão *France Telecom*, perdeu uma grande oportunidade de decisão e que este pressuposto deveria ser necessário, como se verificou na decisão norte-americana, *Weyerhaeuser*. Neste sentido *vide* GAL, S.Michal, “Below-cost price alignment: meeting or beating competition? The France Telecom case”, in *European Competition Law Review*, 2007, pp.382-385.

<sup>133</sup> Cf. GLOCKNER, Jochen and Lisa V. Bruttel, “Predatory pricing and recoupment under EC competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study” in *European Competition Law Review*, 2010, pp.426-427

<sup>134</sup> Cf. Resulta da Jurisprudência *Akzo*, relativamente aos preços predatórios, que os preços inferiores à média dos custos variáveis permitem presumir a estratégia da empresa de eliminação da concorrência. Todavia, os preços inferiores à média dos custos totais mas superiores à média dos custos variáveis são considerados abusivos quando, na investigação, se conclua que fazem parte de um plano que tem como objetivo a eliminação de uma empresa concorrente.

<sup>135</sup> A preocupação norte americana na deteção de casos que põe em causa o normal funcionamento dos mercados é antiga. A legislação norte-americana também se preocupa com outras figuras de práticas abusivas como é o caso da discriminação de preços, proibidos na Clayton Act e na Robinson-Patman Act de 1936, Cf., COLLINS, John F. e, LAWRENCE, Frommer, “Product Distribution and Marketing: Legal issues in a global economy: Price Discrimination and related Issues”, in *The American Law Institute Continuing Legal Education*, ALI-CLE Course Materials, June 18 - 20, 2014, part I- Introduction.

<sup>136</sup> *cit.* Sherman Act, section 2. Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof; shall be punished (...). [Em português, “Aquele que monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas a monopolização do comércio ou de qualquer

o conceito, “predatory pricing”, o certo é que a jurisprudência norte-americana, tem vindo a aceitar que o artigo o inclui.<sup>137</sup>

A influência da Escola de Chicago, teve uma enorme importância na definição da política concorrencial americana. É notória, na análise à jurisprudência americana, a preocupação com os comportamentos predatórios por parte das empresas sejam elas de maior e menor dimensão.

Um caso importante foi o *Utah Pie Co v Continental Baking*. No caso em concreto tínhamos uma empresa local de produtos congelados que se confrontava com a concorrência de mais três empresas que operavam a nível nacional. As últimas praticavam preços mais baixos na cidade de *Salt Lake city*, onde a empresa local tinha o seu monopólio. No caso em concreto, a empresa local nunca chegou a perder clientes contudo, as empresas que decidiram baixar os preços abaixo dos seus custos totais médios, naquela zona, tinham em vista eliminar o concorrente de menor dimensão e, por isso esta “intenção” de distorcer as regras do mercado poderiam levar a que a empresa de maior dimensão fosse responsabilizada por esta prática.<sup>138</sup>

Como já foi referido anteriormente, o teste dos professores *Areeda e Turner* foi um passo importante na determinação das práticas predatórias. Em 1986, foi possível aos tribunais americanos experimentarem o teste no acórdão *Matsushita Elec. Indus. Co vs Zenith Radio Corp*. O caso tratava de uma empresa de manufatura de televisões contra os seus sete concorrentes japoneses que, através de baixa de preços dos seus produtos, tinham como objetivo a conspiração para a entrada no mercado norte-americano. A decisão do Tribunal foi que mesmo que os concorrentes japoneses eliminassem “o seu concorrente norte-americano, futuras subidas de preços iriam sempre atrair novos concorrentes, impedindo as empresas nipónicas de obter lucros com a sua estratégia anti concorrencial.”<sup>139</sup> Este acórdão influenciou a doutrina norte americana na medida em que

---

parte do comércio entre os diversos Estados, ou com nações estrangeiras, será considerado culpado de um delito e deverá ser punido (...). (tradução nossa)].

<sup>137</sup> Neste sentido *vide* SHARPE, 1987, pp. 59-60.

<sup>138</sup> *Utah Pie Company v Continental Baking Co* 386 US 685 (1967)

<sup>139</sup> *Matsushita Elec. Indus. Co. V. Zenith Radio Corp* 475 US 574 (1986), 589.

o demandante terá de identificar de forma clara a estratégia de preços predatórios sob pena do seu pedido não ser aceite.<sup>140</sup>

Importa, ainda, fazer referência ao acórdão *Brooke* que versou sobre o mercado norte-americano de cigarros.<sup>141</sup> Face à diminuição da procura dos seus cigarros, a marca *Ligget*, decide criar uma marca branca dos seus cigarros. Com esta nova política da marca, a *Ligget* conseguiu o seu objetivo que era aumentar a sua quota de mercado. O mercado decidiu reagir e, no mesmo sentido, a sua concorrente *Brown e William* decidiu também criar a sua marca branca de cigarros. A *Liggett* decidiu reagir contra esta decisão alegando que a sua concorrente tinha um objetivo claro: subir, a longo prazo o preço dos cigarros de marca branca depois de eliminar os restantes concorrentes que comercializavam os cigarros de marca genérica, como era o caso da queixosa *Liggett*. Entre outras conclusões do Tribunal, reconheceu-se nesta decisão que este órgão jurisdicional adoptou, na sua fundamentação, um critério de recuperação de prejuízos. No entanto, o Supremo Tribunal decidiu, na linha do acórdão *Matsushita*, estabelecer que cabe ao demandante provar que a empresa que baixou de forma drástica os preços conseguiu mais tarde, obter lucros findo o comportamento predatório.

Desde logo, apontam-se várias críticas a esta decisão do Tribunal.<sup>142</sup> Como é que a empresa vítima do comportamento abusivo poderá provar que, após a sua eliminação, a estratégia predatória manteve-se e compensou as perdas da estratégia predatória? Somos

---

<sup>140</sup> Cf. LESLIE, Christopher, “Rationality analysis in Antitrust” in *University of Pennsylvania law Review*, 158, nº2, 2010, pp. 261-353,

<sup>141</sup> Além da Indústria tabaqueira, a Doutrina norte-americana aponta as companhias aéreas como um dos maiores exemplos de empresas que mais adotam preços abusivos. Um caso muito conhecido foi a guerra de preços entre a American Airlines e a Braniff. Foi numa interceção telefónica entre os presidentes executivos destas duas empresas, que ficou provada a intenção para a prática futura de um comportamento predatório, neste sentido *vide* o artigo de A.CRANE, “The Paradox of predatory pricing”, in *Cornell Law Review*, 91 Cornell L.Rev 1, 2005, pp. 21-28. Ainda sobre o assunto da prática de preços predatórios pelas companhias aéreas, alguma doutrina entende que, atendendo ao mercado e à manutenção dos mesmos operadores económicos ao longo dos anos, a descida abrupta de preços seguida, de mais tarde, do aumento progressivo dos preços, findo o processo predatório, não passa de uma irracionalidade e de uma má imagem que a empresa transmite para os consumidores, neste sentido *vide* RYAN, ALAN e SOAMES, Trevor “Predatory pricing in air transport”, in *European Competition Law Review*, 15(3) 151-164, 1994, pp.154-156.

<sup>142</sup> Uma parte da Doutrina americana defendia que, tendo em conta o que se encontrava plasmado na *Sherman Act*, a lei apenas requeria a existência de uma alta probabilidade de dano para a concorrência, pelo que os queixosos invocavam, no caso, a *Robinson-Patman* afirmando apenas a necessidade de uma prova razoável de recuperação das perdas no futuro – neste sentido *vide* SCHWARTZ-LEEPER, David A, “United States: Predatory pricing-proof os probable recoupment necessary”, in *European Competition Law Review*, 14(5), R162-164, 1993, pp.162-163.

da opinião que esta prova é muito difícil ou, quase impossível pelo que há alguns juristas europeus que chegam a chamar-lhe *adiabolica probatio*.<sup>143</sup> Até o próprio Tribunal chega a reconhecer a dificuldade na prova todavia, acha que é necessária.<sup>144</sup>

Apesar das críticas que se podem fazer a este ónus da prova por parte da empresa vítima, o certo é que o teste continua a ser adotado na jurisprudência americana. No caso *Weyerhaeuser Co v Ross Simmons Hardwood Lumber Co Inccase*, a aplicação do teste de recuperação de prejuízos é um requisito necessário na prova da prática de preços elevados depois da eliminação do concorrente.<sup>145</sup>

### III. Decisões da Autoridade da Concorrência Nacional

Como já referimos anteriormente, a adoção de práticas predatórias como forma de eliminação da concorrência, por parte das empresas dominantes, continuam a ser uma opção apesar, de serem raras as decisões sobre tais práticas.

No nosso ordenamento jurídico, influenciado pela regra europeia, não encontramos muitos exemplos destas práticas por parte das empresas em Portugal. A razão prende-se logo pelo tecido empresarial português constituído, maioritariamente, por pequenas empresas tradicionais. Todavia, encontramos dois casos que mereceram atenção por parte da Autoridade da Concorrência.

#### A) O caso da BRISA – Autoestradas de Portugal, S.A<sup>146</sup>

A origem do processo partiu de uma participação do Instituto de Infra-estruturas Rodoviárias IP (InIR) em Outubro de 2012. No caso estaria em causa a presença de práticas abusivas num concurso público lançado pelo Estado em 2004, para a concessão de construção de lanços de autoestradas – Concessão Douro Litoral.

---

<sup>143</sup> Cf. MOURA E SILVA, Miguel, “Predatory pricing under article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night”, in *European Competition Law Review*, 2009, pp.62-64. Apesar deste autor referir a expressão “*adiabolica probatio*”, como a expressão utilizada pela doutrina europeia, a expressão latina mais utilizada tem sido *probatio diabolica*.

<sup>144</sup> O Supremo Tribunal diz que se trata de uma prova difícil mas não impossível: “These prerequisites to recovery are not easy to establish, but they are not artificial obstacles to recovery; rather, they are essential components of real Market injury.” [Em português, Esses pré-requisitos não são fáceis de estabelecer contudo, (...) eles são elementos essenciais para entendermos a verdadeira lesão do mercado.” (tradução nossa)].

<sup>145</sup> *Weyerhaeuser Company v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Company*, 549 U.S. 312 (2007),

<sup>146</sup> Decisão da AdC, de 11.03.2014, Proc. 2012/08 – Decisão de Arquivamento do Processo.

Acusava o Instituto que “através de acordo direto que celebrou com o agrupamento construtor (ACE) e com as empresas de construção que o integram (...), a Brisa assumiu a responsabilidade pelo pagamento do montante correspondente ao custo efetivo com a execução das obras decorrentes da construção nova, na parte que excedesse o montante previsto no contrato de empreitada para a componente construção.” Segundo a mesma entidade, se a Brisa não tivesse assumido este risco, a proposta a concurso teria sido “na sua globalidade, menos valiosa.” O InIR afirma, por isso, que “existem fortes indícios de práticas restritivas da concorrência, a saber, indícios de uma prática concertada de fixação de preços predatórios (inferiores aos custos reais da obra) entre o então Agrupamento AEDL e a Brisa, S.A por forma a firmar a posição dominante da segunda empresa no mercado nacional.”<sup>147</sup>

Na investigação levada a cabo pela AdC, concluiu-se que existia uma relação de domínio entre a Brisa e a ACE, de acordo com a análise aos respetivos acordos parassociais. Ao longo da decisão são mostradas tabelas incompletas, que na sua versão original, tinham as propostas das várias empresas a concurso mas, por uma questão de confidencialidade, essas informações foram omitidas.<sup>148</sup>

Na fundamentação da decisão, a AdC começa por fazer breves definições do que são preços predatórios. A Autoridade Nacional não conseguiu, porém, demonstrar que a Brisa tinha uma estratégia predatória e, por isso decidiu arquivar o caso.

### **B) O caso CP-CARGA<sup>149</sup>**

Este caso remonta o ano de 2012, quando a TAKARGO apresentou uma denúncia junto da AdC alertando para um alegado abuso praticado pela CP CARGA, na prática de preços predatórios. A TAKARGO afirmava que a CP CARGA estaria a praticar preços abaixo dos CVM e dos custos médios totais nomeadamente, na ferrovia de contentores, no trajeto Sines-Entroncamento. Além disso, a denunciante apresentou, ainda, outros indícios de práticas predatórias no serviço de manipulação e estacionamento de contentores

---

<sup>147</sup> *Idem*, pag.3.

<sup>148</sup> Ainda sobre a questão da confidencialidade das decisões da AdC, um acórdão recente do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.03.2015, Proc. 204/13.6YUSTR.L1 -3, faz referência à lei nº18/2003 de 11 de Junho em que não se prevê esta necessidade da existência de uma versão confidencial e de outra não confidencial. Contudo, a AdC rege-se pelo respeito pelas leis do negócio que é um dos interesses protegidos pelo direito da concorrência.

<sup>149</sup> Decisão da AdC de 03-12-2014, Proc. 2013/03 – Decisão de Arquivamento do Processo.

(handling) nos terminais. A denunciada acusa, ainda, a existência de subsídio cruzada efetuada pela CP com recurso a dinheiros públicos.

Face à denúncia apresentada, a AdC notificou a CP CARGA para esta apresentar alguns documentos com vista a complementar a investigação em curso. A AdC procedeu a um conjunto de diligências nas instalações da CP CARGA de forma, a conhecer o “sistema de registo e contabilização de custos e proveitos e o sistema de controlo de gestão de empresa, obtido esclarecimentos dos seus colaboradores, acedido a documentos e suportes informáticos, ...”

Já em 2014, a AdC decidiu fazer um novo pedido à Administração da CP CARGA com vista a novos esclarecimentos. A AdC teve acesso a algumas informações de carácter confidencial como, cópias das atas das reuniões do Conselho de Administração, das reuniões da Comissão Executiva bem como, às cópias das orientações dos preços praticados pela empresa que, se encontram omissas na presente decisão.

No mercado de transporte ferroviário de mercadorias estão a operar três empresas no total: a CP CARGA, empresa denunciada que tem autonomia em relação à CP desde 2009<sup>150</sup>, a TAKARGO, a primeira empresa privada a operar neste tipo de serviços no território nacional e a operadora espanhola COMSA. Ao longo da decisão são apresentados alguns gráficos e tabelas incompletas, por motivos confidenciais, que mostram os preços os diferentes custos que a AdC teve de ter acesso para esta investigação.

---

<sup>150</sup> A CP Carga é uma empresa autónoma da CP, desde 2009. Em 2009, a empresa CP – Caminhos de ferro portugueses, EP deu origem à CP – Caminhos de Portugal, EPE., passando a ser uma entidade pública empresarial, cf. notícia na imprensa nacional disponível em <http://www.publico.pt/economia/noticia/cp-deixa-de-ser-empresa-publica-e-passa-a-entidade-publica-empresarial-1374581>, consultada a 24 de Maio de 2015. Desde então, a empresa tem registado, sucessivamente resultados globais negativos da qual resulta a persistência de capitais próprios negativos, cf. tabela 2 e 3 da Decisão da AdC de 03-12-2014, Proc. 2013/03 – Decisão de Arquivamento. Neste sentido, levanta-se a questão da possibilidade da prática de preços predatórios por empresas públicas. É opinião quase unânime que estas apresentam especificidades diferentes das empresas privadas beneficiando, de uma certa forma, da existência de concorrentes no mercado, devido à concessão de subsídios para a prática de preços mais competitivos, cf. SAPPINGTON, David E.M. e SIDAK, J. Gregory “Are Public Enterprises the only credible predators?” in *University of Chicago Law Review*, Winter, 2000, “Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?” John R. Lott, Jr, University of Chicago Press, 1999, Pp x, 173, pp.284-287. Uma empresa pública sueca, que se dedicava ao transporte de passageiros, foi acusada pela prática de preços predatórios. Foi condenada a pagar 1 milhão de euros, a soma mais pesada imposta pela Swedish Competition Act, neste sentido *vide* o artigo PETERSSON Tomy e, LINDEBORG, Stefan Pervan, “Comments on a Swedish case on predatory pricing – particularly on recoupment”, in *European Competition Law Review*, 2001, pp.76-78.

A AdC decidiu arquivar o processo de contraordenação por não estarem reunidos elementos que comprovem a prática de preços predatórios. Concluiu-se, por isso, que há uma clara “ausência de qualquer intenção de predação” por parte da empresa e, que esta operava no mercado sem qualquer “intenção de afetar a concorrência atual ou potencial”. Todavia, esta decisão poderá, ainda, ser alvo de uma reapreciação se surgirem novos factos.

Ambos os casos investigados pela AdC foram arquivados contudo, é de destacar a preocupação das empresas portuguesas na denúncia destas práticas. Concluimos que, apesar de estarmos afastados da realidade empresarial europeia, as empresas nacionais conhecem os efeitos nocivos deste tipo de práticas que põe em causa o normal funcionamento dos mercados.

## V. Conclusão

Em modo de conclusão, consideramos que apesar do escasso número de decisões sobre a prática de preços predatórios, a verdade é que gerentes e administradores de sociedades continuam a optar por esta estratégia de eliminação da concorrência, vendendo os seus produtos abaixo do preço de custo.

Acreditam, por isso, que com a adoção deste comportamento conseguem um aumento da sua quota de mercado de uma forma mais célere e eficaz. Contudo, e tendo em conta todas as razões já apresentadas, sabemos que este anseio pode ter efeitos graves quer ao nível do mercado concorrencial quer à própria saúde financeira da empresa.

No seio empresarial, a Doutrina tem divergido quanto à designação que pode assumir a prática de preços predatórios. Aceitamos a posição maioritária da Doutrina em designar a prática de preços predatórios como um comportamento empresarial, todavia, preferimos designá-la como uma estratégia empresarial que deve ser evitada e denunciada por constituir um abuso que afeta toda a estrutura concorrencial.

Apesar da dificuldade em encontrarmos casos como estes, na Jurisprudência europeia, no nosso ordenamento jurídico, muito recentemente, foram investigadas, por parte da AdC, duas grandes empresas. Apesar das decisões terem sido ambas arquivadas, o facto é que podemos perceber que esta realidade não nos é assim tão distante.

Consideramos, também, pertinente fazermos referência à distinção entre preços predatórios e outras figuras de preços baixos. Apesar destas figuras figurarem numa redução de preço apelativa para qualquer consumidor, o facto é que são prejudiciais, a longo prazo, e merecem uma especial atenção por parte das entidades.

Quanto à questão da possibilidade de prova do teste de recuperação de perdas, achamos que os argumentos apresentados pela Comissão e confirmados no recurso apresentado pela *Wanadoo*, no Acórdão *France Telecom*, são claros na medida em que demonstram que o teste de recuperação não é um pressuposto na avaliação de casos de prática de preços predatórios. Dada a dificuldade e a morosidade na investigação deste tipo de casos, que envolvem sempre uma detalhada análise aos documentos da empresa, suspeita de predação, e um estudo minucioso ao mercado concorrencial, a decisão pelo afastamento deste pressuposto foi, na nossa opinião, um passo importante. Esta prova,

por ser tão difícil, só iria ser um entrave nas investigações de casos suspeitos de práticas de preços predatórios.

## **Bibliografia**

### **Monografias**

- ENGRÁCIA ANTUNES, José, *Direito das Sociedades*, Edição Universidade Católica, Porto, 2011.
- GOMES, José Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, 1ªed., Almedina, 2010.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, *Direito Comunitário*, Almedina, 5ª edição, 2008.
- JUNQUEIRO, Ricardo, Bordalo, *Abusos da Posição Dominante*, 1ªed., Almedina, 2012.
- MACHADO, J. Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 17ª reimpressão, Almedina, 2008.
- MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito Bancário*, 4ª ed, Almedina, 2012.
- MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma introdução Jurisprudencial*, 1ªed., Almedina, 2008
- PAIS, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência – Em defesa de um Modelo Europeu*, Universidade Católica, 2011.
- WHISH, Richard, *Competition Law*, Butterworths, Second Edition, London, Edinburg, 1989.

### **Artigos Nacionais**

- MOREIRA, João Ilhão, *Preços predatórios: Encontros e desencontros de jurisprudência e pensamento económico in Revista de Concorrência e regulação*, Ano II, Número 6, Abril-Junho 2011

- MOURA E SILVA, Miguel, Recusa de acesso a infra-estruturas essenciais, *in Revista de Regulação e Concorrência*, Ano I, Número I, Janeiro-Março 2010.
- PAIS, Sofia, O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume I, Almedina, 2011.

### Artigos estrangeiros

- BORK, Robert, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York: The Free Press., 1978.
- B.S.YAMEY, “Predatory Price Cutting: Notes and Comments”, Volume 15, 1972.
- CLVANI, TERRY, “Non-Price Predation: a new Antitrust Horizon”, *in Antitrust Law Journal*, thirty-third annual meeting, Luncheon Address, 1985.
- CAUSBY, Nelsonya, “Predatory pricing: the evolution of judicial standards in the united states and the european economic community”, *in Hastings International And Comparative Law Review Winter*, 1992, Copyright (C) 1992 By The Hastings College Of The Law.
- COLLINS, John F. e, LAWRENCE, Frommer, “Product Distribution and Marketing: Legal issues in a global economy: Price Discrimination and related Issues”, *in The American Law Institute Continuing Legal Education*, ALI-CLE Course Materials, June 18 - 20, 2014.
- COSTA, Cláudia Coutinho, “Portugal:legislation – unfair trade practices”, *in European Competition Law Review*, 35(3), 2014.
- CRANE, A.Daniel, “The Paradox of predatory pricing”, *in Cornell Law Review*, 91 Cornell L.Rev 1, 2005.
- EASTERBROOK, FRANK, “Predatory strategies and counterstrategies, *in University of Chicago Law Review*, 48, nº2.,1981.
- GAL, S.Michal, “Below-cost price alignment:meeting or beating competition? The France Telecom case”, *in European Competition Law Review*, , 28(6), 2007.
- GLOCKNER, Jochen e BRUTTEL, Lisa V. “Predatory pricing and recoupment under EC Competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study *in European Competition law review*, 31(11), 2010.

- HAY, George A. , Predatory pricing,, in *Antitrust law Journal*,, Selections from the Fall 1989 National Institute-- The Cutting Edge of Antitrust: Exclusionary Practices, Developments 1989, Copyright 1990 by the American Bar Association; George A. Hay.
- HUANG, Peter H., “Still preying on strategic reputation models of predation, Are predatory commitments credible? who should the courts believe?” in *university of chicago press 1999*, green bag summer 2000 reviews, copyright (c) 2000 green bag; Peter H. Huang.
- JOILET, R., “Monopolisation et abus de position dominante”, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*,, 1969.
- KALLAUGHER, John e WEITBRECHT Andreas, “Developments under the Treaty on the Functioning of Developments under the Treaty on the Functioning of the European Union, articles 101 and 102, in 2008/2009”, in *European Competition Law Review*, 31(8) 2010.
- LESLIE, Christopher, “Rationality analysis in Antitrust” in *University of Pennsylvania law Review*, 158, n°2, 2010
- LIEBELER, Wesley J, “Symposium: Developments In Section Two Of The Sherman Act , Whither Predatory Pricing? From Areeda And Turner To Matsushita, in *Notre Dame Law Review*, 1986.
- MCGEE John S., “Predatory Price Cutting: The Standard Oil Case”, in *Journal of Law and Economics*, Vol 1, n° 1, 1958.
- MCGEE, John, “Predatory pricing revisited”, in *Journal of Law and Economics*, 23, n°2, 1980.
- MOURA E SILVA, Miguel, “Predatory pricing under article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night”, in *European Competition Law Review*, 2009.
- NEWTON, Chris, “Do Predators need to be dominant ?”, *The European Competition Law Review*, 20(3), 1999.
- NIELS, Gunnar e JENKINS, Helen, “Predation or innovation? How competition authorities deter dominant firms from entering new markets “, in *European Competition Law Review*, 21(6), 2000.

- PETERSSON Tomy e, LINDEBORG, Stefan Pervan, “Comments on a Swedish case on predatory pricing – particularly on recoupment”, in *European Competition Law Review*, 22(3), 2001.
- PHILIPS, Louis e, MORAS, Miguel, “The *Akzo* decision: A case of predatory pricing”, in *The Journal of Industrial Economics*, 41, nº3, 1993.
- POSNER, Richard, *Antitrust law*, 2ªed, Chicago: the university of Chicago press, 2001.
- RAPP, Richard T., “Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of *Akzo*”, in *European Competition Law Review*, 7(3),1986.
- RYAN, ALAN e SOAMES, Trevor, “Predatory pricing in air transport”, in *European Competition Law Review*, 15(3),1994.
- SAPPINGTON, David E.M. e SIDAK,J. Gregory “Are Public Enterprises the only credible predators?” in *University of Chicago Law Review*, Winter, 2000, “Are Predatory Commitments Credible? Who Should the Courts Believe?” John R. Lott, Jr, University of Chicago Press, 1999.
- SCHWARTZ-LEEPER, David A, “United States: Predatory pricing-proof os probable recoupment necessary”, in *European Competition Law Review*, 14(5), 1993.
- SHARPE, Thomas, “Predation”, in *European Competition Law Review*, 8(1), 1987.
- KATE, Adriaan e GUNNAR, Niels, “Predatory pricing standards: is there a growing international consensus? In *Antitrust Bulletin*, 2000.
- WHELAN Peter and Philip Marsden “Consumer detriment and its application in EC and UK Competition Law”, in *European law review*, 2006.

## **Jurisprudência**

- Acórdão *Akzo* do Tribunal de Justiça, processo C-62/86, de 3/07/1991.
- Acórdão *Continental Can* do Tribunal de Justiça, processo 6/72, de 21/02/1973.
- Acórdão *Compagnie Maritime Belge* do Tribunal de Justiça, processos nº C-395/96 P e C-396/96 P, de 16/03/2000.
- Acórdão *France Telecom* do Tribunal de Primeira Instância, processo T-340/03, de 30/01/2007

- Acórdão *Hoffmann La-Roche* do Tribunal de Justiça, processo 85/76, de 13/02/1979.
- Acórdão *Intel* do Tribunal Geral (7ªSeção alargada), Processo T-286/09, de 13/06/2014.
- Acórdão *Telia Sonera sverige* do Tribunal de Justiça, processo C-52/09 , de 17/3/2011.
- Acórdão *Suiker Unie* do Tribunal de Justiça, Acórdão do Tribunal de Justiça, processo C-40/73 de 16/12/1975.
- Acórdão *Tetra Pak* do Tribunal de Primeira Instância, processo T-51/89, de 10/07/1990.
- Acórdão *Tetra Pak* do Tribunal de Justiça, processo C- 333/94 P, de 14/11/1996.
- Acórdão *Tomra* do Tribunal de Justiça, processo C-549/10 P, de 19/04/2012.
- Acórdão *United Brands* do Tribunal de Justiça, processo 27/76, de 14/02/1978.

### **Legislação e outros documentos**

- Comunicação da Comissão Europeia - Orientações sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [102º do TFUE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante.
- Decisão da AdC, de 14.06.2013, Proc. 2010/02 – Decisão de Condenação da SPORT TV Portugal, S.A.
- Decisão da AdC, de 11.03.2014, Proc. 2012/08 – Decisão de Arquivamento do Processo.
- Decisão da AdC de 03-12-2014, Proc. 2013/03 – Decisão de Arquivamento do Processo.
- Decreto-lei nº 166/2013 de 27 de Dezembro.
- DG Competition.
- Portaria Brasileira nº70, de 13 de Dezembro de 2002, Publicada no Diário Oficial da União nº241, de 13.12.2002.

### **Webgrafia**

- [http://www.dn.pt/inicio/economia/interior.aspx?content\\_id=4281089&seccao=Diheiro%20Vivo](http://www.dn.pt/inicio/economia/interior.aspx?content_id=4281089&seccao=Diheiro%20Vivo)

- [http://economico.sapo.pt/noticias/portucel-investigada-nos-eua-por-suspeitas-de-dumping\\_212033.html](http://economico.sapo.pt/noticias/portucel-investigada-nos-eua-por-suspeitas-de-dumping_212033.html),
- [http://economico.sapo.pt/noticias/asae-conclui-que-pingo-doce-fez-dumping\\_143794.html](http://economico.sapo.pt/noticias/asae-conclui-que-pingo-doce-fez-dumping_143794.html)
- [http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/comercio/detalhe/grupo\\_dia\\_diz\\_se\\_mu\\_ito\\_tranquilo\\_perante\\_queixas\\_de\\_dumping.html](http://www.jornaldenegocios.pt/empresas/comercio/detalhe/grupo_dia_diz_se_mu_ito_tranquilo_perante_queixas_de_dumping.html)
- [http://www.abreuadvogados.com/xms/files/02\\_O\\_Que\\_Fazemos/Publicacoes/Awares/Aware\\_APCRUE\\_3T\\_09\\_PT.pdf](http://www.abreuadvogados.com/xms/files/02_O_Que_Fazemos/Publicacoes/Awares/Aware_APCRUE_3T_09_PT.pdf).
- <http://www.publico.pt/economia/noticia/cp-deixa-de-ser-empresa-publica-e-passa-a-entidade-publica-empresarial-1374581>,
- Cunha, Carolina, “Estudo sobre o regime jurídico da venda em prejuízo:” *Análise do art. 3º do DL 370/93 de 29 de Outubro, Avaliação Crítica da sua aplicação concreta e proposta de reformulação da norma*, Coimbra, 2005, disponível online em: [www.rousseau.com.pt/documentos/estudovendacomprejuizo.pdf](http://www.rousseau.com.pt/documentos/estudovendacomprejuizo.pdf)
- Sherman Act. Página consultada em <[http://en.wikipedia.org/wiki/Sherman\\_Antitrust\\_](http://en.wikipedia.org/wiki/Sherman_Antitrust_)>.

## **Teses de Doutoramento**

- MOURA E SILVA, Miguel, O abuso da Posição Dominante na nova Economia. *Tese de Doutoramento em Direito*, Ciências Jurídico-Económicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.