

Dora Cristina Gonçalves dos Santos

O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Trabalho projeto em Economia, especialização em Economia Industrial, orientado por Doutor Adelino Fortunado e Doutora Elisabete Ramos e apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

Junho de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Mestrado em Economia
Especialização em Economia Industrial

O Abuso de Posição Dominante

Dora Cristina Gonçalves dos Santos

Trabalho Projeto orientado por Doutor Adelino Fortunado e Doutora Elisabete Ramos.

Agradecimentos

Gostaria de agradecer a toda a minha família, em especial aos meus pais, ao meu irmão e à minha cunhada, por todo o apoio prestado e fazerem de mim quem sou. Ao Doutor Adelino Fortunato e à Doutora Elisabete Ramos que me orientaram neste trabalho com imensa paciência e muito bons conselhos. Aos meus colegas e bons amigos, (Anabela Dias, Carla Lopes, Cátia Pinto, Cátia Soares, Patrick Gomes, entre outros), que sempre me apoiaram e em muito me ajudaram neste trabalho como em todo o meu percurso académico. Gostaria também de agradecer à Faculdade pelos conhecimentos adquiridos.

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar o abuso de posição dominante tendo em consideração as suas implicações para economia, isto é, os efeitos da posição dominante das empresas em determinados mercados, nomeadamente no que respeita às suas implicações para consumidores, inovação tecnológica e política concorrencial.

Ao longo deste trabalho irei falar sobre o mercado relevante, as ineficiências do poder de mercado, os tipos de posição dominante que existem (individual e coletiva), o abuso de posição dominante (abuso de exploração e de exclusão) e ainda será feita uma breve abordagem às licenças de tecnologia.

Palavras-Chave

Mercado relevante, poder de mercado, posição dominante, abuso de posição dominante, concorrência, inovação

Abstract

The aim of this paper is to analyze the overpowering position concerning economics by some enterprises, i.e., the effects of the preponderant position of enterprises in some markets, especially the consequences to consumers, technological innovation and competition policies.

Throughout these pages I will write about the relevant market, the inefficiencies of market power, the kinds of dominant positions (individual and collective), the abuse of the dominant position (exploitation and exclusion) and a brief approach to technological licenses.

Keywords

Relevant market, market power, dominant position, abuse of dominance, competition, innovation

Índice

1. Introdução	1
2. Mercado relevante.....	2
3. Posição dominante.....	3
3.1. Ineficiências inerentes ao poder de mercado	5
3.2. Posição dominante individual	8
3.2.1. Empresa dominante com franja competitiva	12
3.3. Posição dominante coletiva	12
3.3.1. Conluio	13
4. Abuso de posição dominante	14
4.1. Abusos de exploração	15
4.2. Abusos de exclusão	15
5. Abuso de posição dominante e as licenças de tecnologia	17
6. Conclusão	19
7. Referências bibliográficas.....	21

1. Introdução

Este trabalho irá tratar o conceito de abuso de posição dominante. Existem fatores que levam a que uma empresa crie ou reforce uma posição dominante que podem ser importantes para o desenvolvimento da economia e por isso a posição dominante não é proibida, mas sim o seu abuso. Fatores como a mudança tecnológica, a globalização, o poder de mercado podem conduzir a uma maior relevância dos bens e serviços baseados no conhecimento, com custos fixos altos e custos marginais baixos.

O abuso de posição por parte das empresas provoca por um lado, ao nível do consumidor, a redução do bem-estar e por outro, ao nível das empresas concorrentes, restrições à concorrência criando desta forma obstáculos à liberdade de mercado.

Neste sentido é necessário que haja regulação nos mercados de forma a garantir que as condições de concorrência que estimulam a inovação não sejam postas em causa por empresas que, beneficiando de vantagens por terem sido as primeiras a desenvolverem determinado produto ou porque atuam numa atividade caracterizada por efeitos de rede, podem rapidamente adquirir uma posição de quase monopólio que pode durar vários anos.

É importante referir que o conceito de abuso de posição dominante está presente tanto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) como na Lei nacional da concorrência, Lei 19/2012, no entanto a sua concretização resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e da prática decisória da Comissão Europeia. Ou seja, o estudo do abuso de posição dominante não se pode cingir à lei, mas tem de ser considerada a jurisprudência do TJUE.

O artigo 102º do TFUE e a Lei 19/2012 no que se refere a Portugal irão ser essenciais para definir o que é posição dominante e o porquê de o seu abuso ser proibido.

No ponto 2 irei tratar o conceito de mercado relevante, de seguida será analisado o conceito de posição dominante referindo as ineficiências inerentes ao poder de mercado e os tipos de posição dominante existentes que será o ponto 3. No ponto 4 será feita análise ao conceito de abuso de posição dominante, referindo os tipos de abuso existentes e por fim no ponto 5 irei tratar o abuso de posição dominante e as licenças de tecnologia.

2. Mercado relevante

Não é possível falarmos em conceitos como posição dominante e abuso de posição dominante sem fazermos uma análise e identificação do mercado relevante. A determinação do mercado relevante é feita por um lado, em termos de produto e, por outro, em termos geográficos. (Jornal Oficial nº C 372 de 09/12/1997 p. 0005 - 0013)

O Comunicado da Comissão Europeia relativa à definição do mercado relevante no ponto 7 define como mercado do produto relevante aquele que “compreende todos os produtos e/ou serviços consideradas permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida.”

O mercado relevante na óptica do produto compreende todos os produtos considerados pelos consumidores alternativos ou substituíveis, em virtude das suas características, dos seus preços e da sua utilização. Estes produtos são fortemente substituíveis entre si quer ao nível da procura quer ao nível da oferta. No âmbito de políticas de concorrência, privilegia-se, geralmente, a substituíbilidade do lado da procura, pois a substituíbilidade do lado da oferta, quando existe, leva ao alargamento do mercado de referência e, por conseguinte, ao abrandamento do controlo.

Em termos práticos, um critério comumente utilizado para determinar esta substituíbilidade é o da elasticidade-preço cruzada. Considerando os bens X e Y, esta elasticidade ($E_{x,y}$) define-se como:

$$E_{x,y} = \frac{dQ_y/Q_y}{dP_x/P_x}$$

ou seja, é a variação relativa da procura do bem Y resultante de uma determinada variação relativa do preço do bem X. Podem, assim, ter-se as três seguintes situações:

- ✓ **E < 0** – Os dois bens são complementares entre si, não substituíveis, pois uma variação do preço de X num dado sentido provoca uma variação da procura de Y em sentido oposto. Por exemplo, se o preço dos televisores aumentar, a procura de aparelhos de vídeo pode diminuir, pois estes precisam daqueles para poderem ser utilizados.

- ✓ **E = 0** – Os dois bens são independentes, pois uma variação do preço X não afeta a procura de Y.

- ✓ $E > 0$ – Os dois bens são substituíveis, pois uma variação do preço de X afeta a procura de Y no mesmo sentido. Por exemplo, o aumento do preço de uma marca de leite pasteurizado faz aumentar a procura de uma outra marca.

É esta última situação, $E > 0$, que permite delimitar os contornos de um mercado em termos de produto. Mas basta considerar o exemplo seguinte para se compreender até que ponto esta delimitação depende também da extensão geográfica. O comboio e o avião são substituíveis para certas distâncias, nem muito curtas onde o avião não opera, nem muito longas onde o comboio ou não é utilizável ou torna a viagem longa e cansativa, por exemplo, para viagens entre cidades Lisboa – Porto. Tem-se neste caso, $E > 0$. Contudo, a longa distância (entre Lisboa e Moscovo), ou entre continentes (entre Lisboa e Nova Iorque), tornam-se independentes, $E = 0$.

Em termos geográficos, o mercado relevante compreende as zonas nas quais as empresas em causa concorrem para a oferta e para a procura de um produto em que as condições de concorrência são suficientemente homogêneas. O mercado relevante em termos geográficos, tanto pode coincidir com o mercado da UE no seu todo, como ser inferior ou superior a este mercado.¹

3. Posição dominante

As empresas podem ter posições dominantes por diferentes razões. Podem atuar num mercado que lhes está garantido pela lei resultante de terem um direito de propriedade intelectual, em particular a propriedade industrial, em determinadas circunstâncias, coincide com o chamado monopólio legal, ou onde, por muitas razões ainda nenhuma outra empresa encontrou os estímulos necessários para entrar nesse mercado, o chamado monopólio de facto. Pode acontecer também que a empresa consiga controlar o input de que os seus concorrentes precisam para executar a sua actividade ou ainda que essa empresa tenha melhor desempenho do que os seus concorrentes, por exemplo, tenha melhores produtos, melhores preços, maior variedade, do que a alcançada pelas restantes empresas, estando por isso o nível da concorrência debilitado. Num mercado onde uma empresa é dominante, os concorrentes, quando existem, não têm aptidão para impor efetivamente o seu comportamento, acabando aquela por desfrutar de uma ampla liberdade de atuação.

¹ Marques, Alfredo; colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina 2006, 258-259

O artigo 102º TFUE declara “incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”.

O artigo 11º da Lei 19/2012 faz também referência, declarando que “é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.”

No final da década de 70, o Tribunal de Justiça define que:

“A posição dominante diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores” (Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 United Brands/Comissão, Col. 1978, 77, para 65).

Uma empresa em posição dominante não enfrenta uma pressão concorrencial suficientemente eficaz e, nessa medida, desfruta de um poder de mercado notável e persistente. Assim, as suas decisões são indiferentes às ações e reações dos concorrentes, dos clientes e dos consumidores.

Para ter uma posição dominante, uma empresa, tem também de ter poder substancial de mercado. Entende-se por poder de mercado, o poder de aumentar os preços acima do nível competitivo de uma forma rentável. Em termos económicos, uma empresa tem poder de mercado quando cobra um preço acima do custo marginal de produção, ou seja, o preço é superior ao custo de produzir a última unidade de produção não incluindo custos fixos. Geralmente, todas as empresas fixam o preço acima do custo marginal, pelo que se poderia dizer que a generalidade das empresas detém, em alguma medida, poder de mercado. No entanto, em mercados concorrenciais, as empresas receiam que ao elevarem o preço possam perder clientes para os rivais, o que significa dizer que o poder de mercado é limitado. Uma empresa tem poder de mercado substancial quando pode elevar os preços, de forma rentável e persistente, sem ter receio de perder clientes. Uma empresa nesta posição tem posição dominante.

É importante clarificar que não é por uma empresa ter uma posição dominante que a concorrência nesse mercado tenha sido eliminada. A detenção de tal posição num mercado dá à empresa que dela beneficia a possibilidade de decidir ou, pelo menos, de influenciar consideravelmente as condições em que esta concorrência se desenvolverá e, em todo o caso,

de se comportar em larga medida sem ter de a tomar em linha de conta e sem que esta atitude a prejudique.

Num mercado onde está presente uma empresa dominante, embora não exista concorrência efetiva, pode registar-se alguma concorrência. A concorrência que existe é contudo insuficiente para afetar de forma sensível as decisões que toma. A independência pertencente ao conceito de posição dominante não significa que a empresa em questão se encontre numa posição de total invulnerabilidade para com os concorrentes. Se assim fosse, as empresas dominantes não teriam sequer incentivo para levar a cabo práticas anticoncorrenciais destinadas a eliminar a concorrência. (exemplo, Decisão COMP/38.233 – Wanadoo Interactive, paras 208 e 209.)

Num mercado relevante só pode, por definição, existir uma posição dominante. Não pode existir mais do que uma. A posição dominante pode no entanto ser detida por uma única empresa, posição individual, ou por um conjunto de empresas, posição colectiva.² Para clarificar estes dois conceitos será necessário enunciar os modelos, no caso da posição individual, empresa dominante com franja competitiva, e no caso da posição coletiva, o conluio.

3.1. Ineficiências inerentes ao poder de mercado

Na base da política de concorrência encontra-se a ideia de que o poder de mercado pode dar azo a ineficiências e a perdas de bem-estar, requerendo, por conseguinte, uma fiscalização por parte de uma entidade exterior ao mercado.

O poder de mercado pode originar três tipos de ineficiências:

i) Eficiência “alocativa”

No gráfico 1 estão representadas, para um determinado produto, duas situações distintas:

Concorrência perfeita, a que corresponde a curva de custo (e de oferta C), admitindo-se, por comodidade, que os custos são constantes, ou seja, custo médio e o custo marginal são idênticos.

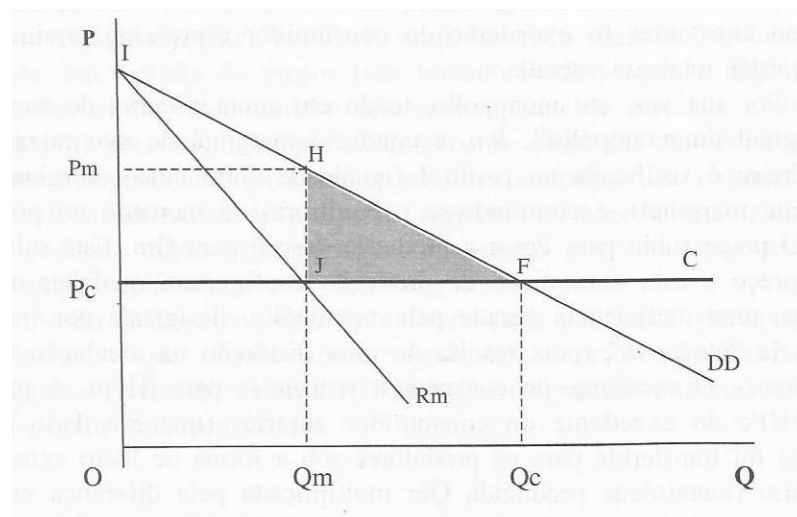
Monopólio com a mesma curva de custo C da concorrência perfeita, resultante, por hipótese, da simples integração de pequenas unidades produtivas anteriores num centro de decisão comum, sem alteração das estruturas produtivas.

² Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 59-63

Em concorrência perfeita o equilíbrio de mercado do setor em questão obtém-se no ponto F, a que corresponde o preço P_c e a quantidade produzida Q_c . O excedente do consumidor é dado pela área IFP_c , não havendo lugar a excedente do produtor visto os custos serem constantes. O excedente do consumidor representa o bem-estar social.

Em monopólio, tendo em conta a curva de receita marginal do monopólio, R_m , a condição marginal de maximização do lucro é verificada no ponto J, igualdade entre custo marginal e receita marginal, encontrando-se o equilíbrio de mercado no ponto H. o preço subiu para P_m e a produção desceu para Q_m . Esta subida de preço e diminuição de produção configuram uma ineficiência gerada pelo monopólio, designada por ineficiência “alocativa” pois resulta de uma distorção na afectação dos recursos. O excedente do consumidor reduziu-se para IHP_m . A parte P_mHJPC do excedente do consumidor anterior, IFP_c , foi transferida para os produtores sob a forma de lucro extraordinário. A parte HFJ desse mesmo excedente inicial desapareceu, dando origem a uma perda de bem-estar social. O saldo deste tipo de monopólio em termos de bem-estar é negativo.

Gráfico 1: Eficiência “alocativa”



Fonte: Marques, Alfredo (2006); colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina, 222

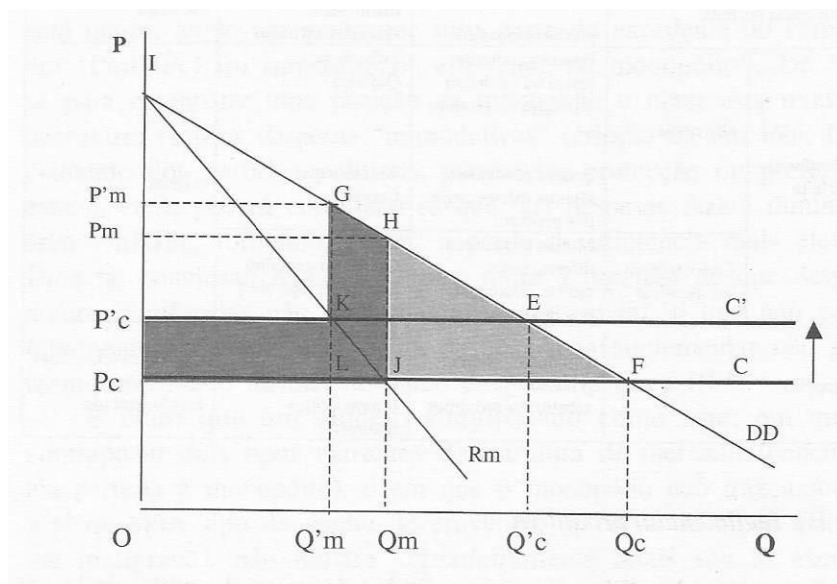
É claro que um modelo simplificado como este, em que se contrapõem dois tipos extremos de estrutura de mercado e em que o monopólio não traz associado a si qualquer tipo de ganho de eficiência, não mostra verdadeiramente quais são as escolhas

possíveis em matéria de concorrência, pois, na maior parte das situações reais, a estrutura de mercado encontra-se entre estes dois extremos.

ii) Ineficiência produtiva

O poder de mercado pode ainda ser gerador de outro tipo de ineficiência, que se encontra ilustrado no gráfico 2. A fonte de ineficiência reside agora no facto de que o custo de produção do monopólio, C' , é mais elevado do que o custo de uma empresa em concorrência. Em situação de monopólio o bem-estar social é dado por $IGKP'c$. No primeiro caso, a perda de bem-estar social gerada pelo monopólio com custo C era dada pela área HFJ . Agora, em monopólio com o custo C' , e continuando a ter por referência a concorrência perfeita com o custo C , a perda de bem-estar é dada pela soma das áreas GFL e $KLPC'c$. O somatório destas duas áreas é claramente superior à área anterior (HFJ), sendo a diferença indicada no gráfico pela área a sombreado mais escuro ($GHJPC'cK$).

Gráfico 2: Ineficiência produtiva



Fonte: Marques, Alfredo (2006); colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina, 224

iii) Ineficiência dinâmica

Neste tipo de ineficiência temos que ter em conta a inovação tecnológica e os incentivos à sua realização. O incentivo para inovar, seja através do lançamento de um novo

produto ou da introdução de novos processos de produção, pode ser menor no caso de um monopólio do que no de uma empresa em concorrência.

Consideremos π_{vt} o lucro obtido com a velha tecnologia e π_{nt} o lucro proporcionado pela nova tecnologia, e admitamos $\pi_{nt} > \pi_{vt}$. No caso de uma empresa em monopólio, $\pi_{vt} > 0$, enquanto num mercado de concorrência perfeita temos, por definição, $\pi_{vt} = 0$. Acrescentamos ainda os custos fixos, representados por F, necessários para a realização da inovação nos dois mercados.

Assim a condição necessária para realização da inovação será: em monopólio, $\pi_{nt} - \pi_{vt} > F$ e em concorrência perfeita $\pi_{nt} > F$. A primeira condição é muito mais restritiva do que a segunda, pelo que o incentivo para inovar será menor no caso de uma empresa em monopólio.³

3.2. Posição dominante individual

A existência de uma posição dominante resulta, em geral, da reunião de diversos fatores, que, tomados isoladamente, não seriam necessariamente determinantes numa avaliação (Acórdão do TJ, de 14/02/1978, Proc. 27/26 United Brands/Comissão, Col. 1978, 77, para 66). A Comissão Europeia aponta como particularmente importantes na avaliação de uma posição dominante (Orientações sobre o artigo 102º TFUE, para 12)⁴:

- i) A posição da empresa no mercado e a posição dos seus concorrentes;
- ii) A existência de barreiras económicas à expansão (dos concorrentes atuais) ou à entrada (de concorrentes potenciais);
- iii) Poder negocial dos compradores.

i) Posição no mercado da empresa e dos seus rivais

Um dos indicadores utilizados para determinar se há uma posição dominante é o cálculo das quotas de mercado que um determinado mercado pode apresentar. Se uma empresa detém uma quota de mercado mais elevada do que os seus potenciais concorrentes é indicativo da existência de uma posição dominante.

A quota de mercado é apenas um dos indicadores e não existe um limite mínimo ou máximo definido da quota de mercado a partir da qual uma empresa seja, por definição, detentora de posição dominante. Pode acontecer que uma empresa detenha uma quota de

³ Marques, Alfredo (2006); colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina, 218-226

⁴ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 63-76.

mercado muito elevada e em determinado contexto não ter uma posição dominante nesse mercado. Por exemplo, o estudo realizado pela Autoridade da Concorrência em Dezembro de 2010, “Análise do mercado de originação de chamadas nas redes móveis nacionais”, onde se afirma que, depois de constatar que cada operador móvel detinha 100% de quota de mercado, “apesar da posição de monopólio detida por cada operador no mercado relevante respetivo, a decisão sobre a eventual dominância depende também da análise de outros fatores, nomeadamente a presença de barreiras à entrada, da existência de integração vertical, da rivalidade entre empresas, da concorrência potencial e do contrapoder negocial dos compradores”.⁵

Na evolução das quotas das empresas presentes no mercado é importante que seja analisado ao longo do tempo do que a estimação das mesmas apenas num dado ponto do tempo, especialmente porque esse ponto pode não revelar a natureza dinâmica do mercado.⁶ Se uma empresa detém persistentemente uma quota de mercado elevada em comparação com os seus concorrentes, este dado é um indicador de posição dominante. Se as quotas num dado mercado flutuam significativamente ao longo do tempo devido à rivalidade entre as empresas, isto sugere que o mercado é concorrencial. Na Orientação sobre o artigo 102º TFUE, a Comissão refere expressamente que analisará as quotas de mercado “à luz das condições específicas e, especialmente, da dinâmica do mercado e do grau de diferenciação dos produtos”.⁷

A dimensão total do mercado e as quotas de cada empresa são, em regra, calculadas em função das suas vendas no mercado relevante. As vendas por volume e por valor representam uma informação útil. Existem, porém, outros parâmetros, como a capacidade instalada, o número de candidatos no âmbito de procedimentos concursais, entre outros, que, no caso de determinados produtos específicos, pode fornecer informações relevantes.⁸ Muitas vezes as empresas não dispõem de dados exatos quanto à dimensão total do mercado nem quanto à quota nele detida, limitando-se a realizar estimativas, mais ou menos fiáveis.

É ainda importante referir qual o critério utilizado no âmbito da legislação americana de controlo das concentrações de empresas para determinar o grau de concentração do mercado. Ao contrário da legislação europeia, que não utiliza critérios quantitativos pré-estabelecidos, a lei americana utiliza o índice de Herfindahl-Hirschman (IHH).

⁵ Análise do mercado de originação de chamadas nas redes móveis nacionais, 47 ponto 261

⁶ OFT Assessment of market power, 2004, para 4.3, 11

⁷ Orientação sobre o artigo 102º TFUE, para 13

⁸ Comunicação sobre o mercado relevante, para 54

O IHH é definido como a soma dos quadrados das quotas individuais das empresas presentes no mercado, ou seja, $IHH = \sum_{i=1}^n S_i^2$ ($i=1,2,\dots,n$), onde S_i representa a quota de mercado da empresa i . Este índice oscila entre um valor máximo 10 000, quando existe um monopólio ($S=100$), e um valor mínimo de 0, quando o mercado está perfeitamente fragmentado em que a quota de mercado de cada empresa tende para zero.

O valor do índice depende de dois fatores, de um lado o número de empresas que constitui o mercado e por outro a quota de mercado que cada uma tem. A legislação americana distingue três situações em função do valor atingido pelo índice:

- $IHH < 1000$: mercado não concentrado;
- $1000 \leq IHH \leq 1800$: mercado moderadamente concentrado;
- $IHH > 1800$: mercado fortemente concentrado.⁹

Considerando que para o cálculo deste índice é necessário que sejam conhecidas as quotas de mercado de todas as empresas que constituem o mercado, mas por vezes, não é possível determinarmos a quota de mercado, por falta de informação disponível, de empresas mais pequenas. Como não é importante ter a quota exata destas empresas, utiliza-se com muita frequência como indicador de concentração, a quota acumulada das três ou quatro empresas de maior dimensão.

ii) A existência de barreiras à expansão (dos concorrentes atuais) ou à entrada (de concorrentes potenciais)

As barreiras económicas à entrada são os obstáculos que concorrentes potenciais encontram para entrar no mercado. Barreiras económicas à expansão correspondem aos obstáculos que enfrentam os concorrentes atuais para expandir a sua produção.

Este tipo de barreiras são, porventura, o fator de maior importância na avaliação da estrutura concorrencial de um mercado. Uma empresa detém posição dominante quando dispõe de capacidade para aumentar os preços de forma persistente e rentável acima dos níveis competitivos.

Estas barreiras económicas referem-se, por regra, a circunstâncias que confirmam vantagens competitivas à empresa alegadamente dominante e que não podem ser razoavelmente contestadas pelos seus rivais. Exemplos destas barreiras são: limitações de

⁹ Marques, Alfredo; colab. Margarida Antunes. Economia da União Europeia, Coimbra: Almedina 2006, 255

capacidade, economias de escala e de gama, vantagens de custo absolutas, acesso privilegiado à oferta, rede de distribuição e vendas muito desenvolvidas, entre outras.¹⁰

- a) Limitações de capacidade: em determinadas situações apenas a empresa dominante dispõe de capacidade para satisfazer necessidades da procura. Para que os seus concorrentes atuais ou potenciais adquiram capacidade para satisfazer a totalidade da procura, teriam que realizar investimentos significativos, que implicam elevados custos para expandir a produção ou entrar no mercado, ou seja, custos de entrada que podem não ser recuperados caso a entrada não seja bem-sucedida.
- b) Economias de escala e de gama: uma empresa que vê o seu custo médio de produção/distribuição decrescer à medida que a quantidade produzida/distribuída aumenta pratica economias de escala. Quando uma empresa que produz/distribui dois ou mais produtos tem um custo menor do que se os produzisse/distribuisse separadamente pratica economias de gama.
- c) Vantagens de custo absolutas: o acesso preferencial a infraestruturas essenciais, a recursos naturais, a inovação e I&D, a direitos de propriedade intelectual e a capital, que confirmam uma vantagem competitiva à empresa e que dificulta a capacidade de outras empresas de concorrer de forma efetiva.
- d) Acesso privilegiado à oferta: a integração vertical ou o controlo sobre os inputs necessários para concorrer no mercado a jusante, em especial quando se trata de inputs escassos, podem dificultar a entrada ou expansão de empresas de menor dimensão.
- e) Rede de distribuição e vendas muito desenvolvidas: a empresa dominante pode ter uma rede de distribuição e de pontos de venda muito desenvolvida e uma presença geográfica muito forte.

iii) Poder negocial dos compradores

Uma empresa com uma quota de mercado elevada pode não conseguir atuar de forma independente no mercado face a clientes com um elevado poder de negociação. Em determinados mercados, a procura é caracterizada por compradores de grande dimensão ou com grande peso para a empresa fornecedora. Por vezes, estas empresas têm peso suficiente para dissuadir um aumento de preços por parte da empresa alegadamente dominante dada a sua capacidade para mudar rapidamente para fornecedores concorrentes. Quando assim é, pode dizer-se que o poder negocial enquanto comprador funciona como uma pressão

¹⁰ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 72-75

suficientemente eficaz para dissuadir o desempenho do poder de mercado. No entanto, não basta que o comprador de grande dimensão consiga obter melhores condições comerciais do que outros compradores mais pequenos. Na realidade, a presença de compradores fortes deverá operar como uma proteção não apenas para si próprio mas para todo o mercado. São exemplos desta situação o setor da distribuição alimentar e setor farmacêutico.

3.2.1. Empresa dominante com franja competitiva

As hipóteses subjacentes a este modelo são do lado da oferta, existe uma franja competitiva (empresa líder), designando a existência de muitas pequenas empresas (seguidoras) e cada uma destas pequenas empresas é price taker do lado dos custos.

A presença de empresas de franja competitiva mantém o preço da empresa dominante inferior ao preço que o monopolista iria escolher. Se a empresa dominante fosse inicialmente um monopolista puro e depois fosse confrontada com a entrada de muitas pequenas empresas, prevê-se que tal entrada conduziria a uma redução de preço.

Geralmente não é no melhor interesse de uma empresa maximizadora de lucros fixar o seu preço tão baixo que afaste todas as empresas da franja competitiva para fora do mercado ou impeça novas entradas. A empresa dominante não afasta as empresas da franja para fora do mercado. Para o fazer, requeria fixar um preço mais baixo fornecendo todo o mercado. Por consequência, esta estratégia predatória geraria muito pouco lucro.

A perspectiva do economista é a de avaliar o comportamento predador, que consiste em políticas adotadas por uma empresa que são lucrativas somente se empurrarem para fora do mercado os rivais existentes ou deterem potenciais rivais, e ainda a avaliar as implicações dessas políticas.

3.3. Posição dominante coletiva

Tanto o artigo 102º do TFUE como o artigo 11º da Lei nº 19/2012 referem-se expressamente a abusos cometidos por uma ou mais empresas. Não podendo, por definição, existir mais do que uma posição dominante no mesmo mercado relevante, está em causa a detenção de uma posição dominante coletiva.

A noção de posição dominante coletiva tem vindo a ser desenvolvida pela prática decisória da Comissão Europeia e pela jurisprudência do TJUE.

Em 2002, o acórdão Airtours (Acórdão do TJ de 16/03/2000, Proc C-395/96, Compagnie maritime belge/Comissão, Col Jur p. I-1365, paras 44 e 45) veio clarificar as condições que

devem encontrar-se reunidas para estarmos perante uma posição dominante coletiva num determinado mercado, e, mais tarde, em, 2005, o Discussion Paper da DG COMP assimilou-se do seguinte modo (discussion paper, paras 48 a 50)¹¹:

- i) Cada empresa deve poder monitorizar se as restantes estão a aderir à política comum. Não é suficiente que cada uma delas esteja consciente de que um comportamento interdependente no mercado é lucrativo para todas, porque cada empresa será tentada a aumentar a sua parte do mercado, afastando-se da política comum. Deve pois haver suficiente transparência no mercado para que todas as empresas em causa tenham consciência, de forma suficientemente precisa e rápida, do comportamento das restantes do mercado;
- ii) A implementação de uma política comum deve ser sustentável ao longo do tempo, o que pressupõe a existência de mecanismos suficientes de dissuasão, que sejam suficientemente severos para sensibilizar todas as empresas em questão que é no seu melhor interesse aderir a uma política comum.
- iii) Deve demonstrar-se que os condicionalismos concorrenciais não colocam em perigo a implementação de uma estratégia comum. Tal como no caso da posição dominante individual, deve analisar-se qual é a posição de mercado e força das empresas rivais que não fazem parte da entidade coletiva, qual a posição de mercado e força dos compradores e qual é o potencial para novas entradas tal como indicado pela dimensão das barreiras.

É hoje claro que o conceito de posição dominante coletiva é aplicável a situações em que as condições de mercado concedem fortes incentivos a empresas independentes para coordenar o seu comportamento, como sucede em mercados oligopolistas com determinadas características, onde as empresas coordenam tacitamente o seu comportamento.

Existem, por isso, diversos aspetos que poderão apresentar dificuldades particulares em termos de prova no que respeita à demonstração da coordenação tácita de comportamento, o que poderá também explicar a escassez de prática decisória respeitante a casos de abuso de posição dominante coletiva baseado apenas em evidência de comportamento no mercado.

3.3.1. Conclusão

O artigo 102º nº 2 do TFUE e o artigo 11º nº 2 enumera acordos e práticas concertadas entre empresas proibidas: fixação de forma direta ou indireta de preços de compra e venda;

¹¹ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 77-79

fixação de outras condições de transação; limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; aplicar condições discriminatórias de preço; recusar a compra ou venda de bens ou serviços; subordinar a celebração de contratos à satisfação de outras exigências que não tenham ligação com o objeto desses mesmos contratos; e recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais.

Em Portugal, a observação de “movimentos paralelos” de preços entre empresas num mesmo mercado assim como a troca de informações entre estas têm sido vistos como os principais indicadores de comportamentos restritivos da concorrência desses mercados. A este respeito, a teoria e a prática originam duas análises. Em primeiro lugar, nem toda a troca de informação entre empresas deverá ser considerada prática de conluio. Em segundo lugar, o impacto, nem termos de bem-estar, da troca de informação entre empresas num dado mercado não é necessariamente negativo.

O papel da análise económica na avaliação da existência ou não de conluio é absolutamente crucial, até porque é fácil encontrar situações de equivalência observacional entre práticas de conluio e a conduta expectável em situações em que a estrutura de mercado se afasta do paradigma concorrencial. Há, de facto, situações em que é muito difícil estabelecer a distinção entre comportamento não cooperativo em condições de exercício de algum poder de mercado e a prática de ações de conluio entre empresas.

4. Abuso de posição dominante

A aplicação do regime jurídico do abuso de posição dominante pressupõe a identificação antecipada se uma empresa é detentora de uma posição dominante em determinado mercado relevante. Só depois de esclarecida a questão da existência de uma posição dominante num mercado é possível verificar se houve uma exploração abusiva.

Uma empresa detentora de posição dominante encontra-se impedida de a explorar de forma abusiva. No artigo 102º TFUE, o legislador europeu absteve-se de definir o conceito de “exploração abusiva” ou de “abuso”, fornecendo apenas uma lista exemplificativa de comportamentos que configuram práticas abusivas.¹²

Uma prática abusiva pode assumir uma variedade de formas e ser descrita sob um conjunto de diferentes classificações.

¹² Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); *Abusos de Posição Dominante*, Coimbra: Edições Almedina, 87 para 3

Os abusos de exploração são os que se traduzem no aproveitamento do poder de mercado para extrair valor dos clientes e os abusos de exclusão que são os suscetíveis de prejudicar o funcionamento da concorrência no mercado.

4.1. Abusos de exploração

Em *United Brands*, o TJUE resumiu a ideia-chave salientando que um abuso de exploração é um comportamento mediante o qual uma “empresa em posição dominante utilizou as possibilidades que resultam dessa posição para obter vantagens comerciais que não conseguiria obter face a uma concorrência normal e suficientemente eficaz”.

A ausência de constrangimentos concorrenciais podem levar a empresa dominante a fixar os preços a um nível mais elevado, retirando assim aos seus clientes benefícios que, num mercado concorrencial, não conseguiria retirar. O principal tipo de abuso de posição dominante de natureza exploratória é a prática de preços excessivos.

Existem contudo outros abusos de exploração, como a imposição de termos contratuais particularmente onerosos, em aspetos distintos do preço, e que a empresa não teria conseguido impor não fosse a sua posição dominante.¹³

4.2. Abusos de exclusão

O TJUE definiu o conceito de abuso de exclusão no processo *Hoffman-La Roche* em termos que têm sido reiteradamente citados em posteriores decisões da Comissão e em acórdãos do TJUE. De acordo com o Tribunal de Justiça:

“A noção de exploração abusiva é uma noção objetiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos prestadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência”.

O TJUE caracterizou o conceito de abuso por exclusão destacando quatro elementos como tendo particular relevo¹⁴:

- i) A natureza objetiva do conceito de abuso;
- ii) Efeito sobre a manutenção ou o desenvolvimento da concorrência no mercado;

¹³ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); *Abusos de Posição Dominante*, Coimbra: Edições Almedina, 88

¹⁴ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); *Abusos de Posição Dominante*, Coimbra: Edições Almedina, 89-114

- iii) Comportamento diferente daqueles que regem uma competição de produtos ou serviços com base nas prestações das empresas, i.e. diferente da concorrência por mérito;
- iv) Responsabilidade especial da empresa dominante em não permitir que a sua conduta atente contra a concorrência no mercado.

A compreensão dos quatro elementos assume grande importância para a correta interpretação do conceito de exploração abusiva de uma posição dominante.

i) A natureza objectiva do conceito de abuso

O conceito de abuso de posição dominante reveste-se de natureza objetiva, exigindo-se apenas a verificação do facto sem que se requeira a demonstração de qualquer dimensão subjetiva do mesmo, ou seja, sem que seja necessário demonstrar a culpa. A inexistência de uma “intenção” anticoncorrencial não pode por isso ser invocada como defesa, na medida em que a verificação do elemento subjetivo não é requerida para que tenhamos um abuso.

ii) Efeito sobre a manutenção ou o desenvolvimento da concorrência

O TJUE refere-se à sensibilidade do comportamento da empresa dominante atingir a estrutura do mercado envolvendo um efeito que impossibilite a manutenção ou o desenvolvimento da concorrência. Tal como resulta da Orientação sobre o artigo 102º TFUE, o objetivo da aplicação do regime jurídico da concorrência a comportamentos de exclusão é de assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efetiva através do encerramento dos mercados aos rivais originando, assim, um impacto adverso no bem-estar dos consumidores, quer em resultado de preços mais elevados do que os que de outra forma prevaleceriam, quer pela limitação da qualidade, ou ainda pela redução do leque de escolha para os consumidores.¹⁵

iii) Comportamento diferente daqueles que regem a concorrência com base nas prestações das empresas (concorrência pelo mérito)

As instituições da UE recorrem usualmente ao conceito de “concorrência pelo mérito” para excluir comportamentos do âmbito do conceito de abuso.

A interpretação mais comum da jurisprudência quanto ao conceito de concorrência pelo mérito sugere que este se relaciona essencialmente com critérios de eficiência económica e de

¹⁵ Orientação sobre o artigo 102º TFUE, para 19

concorrência pelo desempenho. Na orientação sobre o artigo 102º TFUE, a Comissão associou a comportamentos com base no mérito o desempenho superior para os consumidores em termos de preço, gama da oferta, qualidade e inovação. Este tipo de comportamentos potencia os benefícios que a concorrência proporciona aos consumidores, isto é, preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços novos ou melhorados.¹⁶ No relatório da OCDE de 2005, sobre o tema da Concorrência pelo Mérito, sintetizaram-se as principais abordagens conhecidas a este respeito:

- i) O concorrente igualmente eficiente
- ii) O sacrifício de lucros
- iii) A ausência de outra racionalidade económica
- iv) O bem-estar do consumidor
- v) A eficiência própria

iv) A responsabilidade especial da empresa dominante

O termo “responsabilidade especial” da empresa dominante tem, desde então, surgido com frequência em decisões e acórdãos respeitantes ao artigo 102º TFUE e às normas nacionais equivalentes.

A noção de responsabilidade especial está intimamente ligada à de abuso de posição dominante e consiste no facto de a empresa dominante não pode permitir que a sua conduta impeça uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum. O direito da defesa da concorrência só censura comportamentos unilaterais de empresas titulares de posição dominante. Um mesmo comportamento pode ser contrário às normas da política da concorrência se levado a cabo por uma entidade titular de posição dominante e lícito se adotado por uma empresa que não detém tal posição.

5. Abuso de posição dominante e as licenças de tecnologia

Refletindo a abordagem do Tribunal de Justiça ao abrigo do princípio do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual, a Comissão mantém hoje uma posição muito rígida em matéria de acordos de licença exclusiva. Esta posição foi expressa nas primeiras decisões formais nesta matéria: “Uma patente confere ao seu titular o direito exclusivo de explorar a invenção por ela protegida. O titular pode conferir o uso dos direitos conferidos pela patente

¹⁶ Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); *Abusos de Posição Dominante*, Coimbra: Edições Almedina, para 4, 102

num determinado território por licença. Se, contudo, o titular se comprometer a limitar a exploração do seu direito exclusivo a uma só empresa num território e assim confere a essa única empresa o direito de explorar a invenção e de impedir terceiros de a utilizar, o titular perde o poder de contratar com outros interessados numa licença. Em alguns casos, uma tal licença exclusiva sobre direitos de propriedade intelectual pode restringir a concorrência e cair sob a proibição do Artigo 105º, nº 1º. Ou seja, a restrição do comportamento do licenciante, no sentido de ficar privado da faculdade de contratar outros licenciados, é equiparada a uma restrição da concorrência. Esta abordagem formalista é contrariada pela análise ao artigo 101º nº3, onde é aceite a justificação da necessidade de proteger os incentivos do licenciado. Resumindo, a Comissão continua determinada a manter amplos os poderes de apreciação no domínio das licenças de tecnologia.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça a titularidade de um direito de propriedade intelectual não cria por si só uma posição dominante. A existência de direitos de propriedade intelectual pode ser tida como indício da existência de uma posição dominante. O mero exercício de um direito de propriedade intelectual por parte de uma empresa em posição dominante não constituiu, isoladamente, um abuso dessa mesma posição.

Um problema que tem adquirido grande importância na jurisprudência é o da imposição a empresas dominantes da obrigação de conceder licenças a terceiros. Segundo os princípios enunciados nos acórdãos *Volvo c. Veng* e *Maxicar c. Renault*, a capacidade de conceder ou recusar licenças corresponde ao aproveitamento de um benefício inerente ao direito exclusivo, que permite ao seu titular impedir a produção e a venda dos produtos protegidos por terceiros sem a sua autorização, não podendo ser visto como um norma abusiva de eliminar a concorrência. A imposição ao titular de um direito exclusivo da obrigação de conceder uma licença, ainda que mediante uma contrapartida razoável, foi considerada pelo Tribunal de Justiça como atingindo o objeto específico do direito em causa.

A recusa de concessão de uma licença é considerada como um abuso de posição dominante, desde que daí resulte um obstáculo intransponível ao aparecimento de um novo produto, para o qual não existam substitutos adequados; que essa recusa não seja justificada pelas atividades que dão origem ao produto em causa; e que a entidade que recusa a licença reserve, dessa forma, para si um mercado secundário com a exclusão de quaisquer concorrentes.

A recusa de “fornecimento” é outro exemplo que é utilizado na doutrina dentro dos abusos de posição dominante. Neste caso a empresa dominante acumula os papéis de “fornecedora” e de “concorrente”, uma vez que, tem um papel preponderante a montante e concorre a jusante

com outros operadores. Esta situação resulta da falta de alternativa que o concorrente encontra no mercado à empresa dominante, deixando-o sem possibilidade de optar por outra empresa, caso haja uma recusa de venda ou de fornecimento, fica impossibilitado de prosseguir com a sua atividade por não ter matéria-prima, o que fará com que seja excluído.

A concorrência pelo mérito implica o direito de utilização exclusiva de recursos pelo que “a justificação de uma ingerência na liberdade de contratar de uma empresa dominante exige com frequência que se proceda a uma ponderação cuidadosa de considerações divergentes. A longo prazo, é de um modo geral favorável à concorrência e, no interesse dos consumidores, permitir que uma empresa reserve para utilização própria as infra-estruturas que desenvolveu para as necessidades da sua actividade. Por exemplo, se o acesso a uma infra-estrutura de produção ou de distribuição fosse facilmente acordado, um concorrente não seria incitado a criar infra-estruturas concorrentes. Assim, a concorrência aumentaria a curto prazo, mas reduzir-se-ia a longo prazo. Além disso, uma empresa dominante seria menos estimulada a investir em infraestruturas eficazes se os seus concorrentes pudessem, a seu pedido, partilhar benefícios. Assim, o simples facto de uma empresa manter uma vantagem sobre um concorrente, reservando para si a utilização de uma infra-estrutura, não poderia justificar que se exigisse o acesso a ela.”¹⁷

6. Conclusão

Posso então concluir que antes de fazer qualquer análise de posição dominante é sempre necessário primeiro fazer uma análise ao mercado relevante.

A condição de posição dominante não é proibida mas sim o seu abuso. Considera-se posição dominante quando uma ou mais empresas possuem o poder de dominar o mercado de forma a eliminar concorrência. No que toca ao abuso de posição dominante, pode ser visto como um comportamento independente que, é geralmente, objeto de uma proibição absoluta, ou seja, a exploração abusiva de uma posição dominante é proibida.

O artigo 102º aplica-se sempre que se verifica que o abuso é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e quando a empresa que detém posição dominante for detida pelo menos numa parte substancial do mercado interno. Caso não se verifique estes

¹⁷ Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense, pag. 43

dois requisitos não se aplica este artigo mas sim a legislação nacional, no nosso caso, artigo 11º da Lei 19/2012.

A inovação tecnológica é uma ferramenta essencial, nos dias de hoje, para o crescimento económico dos países mais industrializados. Os recentes avanços tecnológicos vieram confirmar a importância dos acordos de licença, como principal mecanismo de fazer chegar a toda a economia os ganhos de eficiência.

Infelizmente, todo o consenso da doutrina económica termina a partir do momento em que procuramos o seu apoio para formulação de regras de concorrência destinadas a lidar com a inovação. A dificuldade de obter prescrições normativas a partir das recentes teorias é agravada pela incerteza inerente ao processo de inovação, quer quanto às suas causas quer quanto aos resultados¹⁸.

Neste momento existe um desafio que é colocado à política da concorrência, forçando a uma reapreciação do tratamento da inovação, parte basicamente da relevância que o contexto microeconómico desempenha no processo pela inovação. A pressão que as novas teorias em matéria de inovação exercem sobre este tipo de política é tal que se começa a sentir uma verdadeira mudança de paradigma quanto à análise do fenómeno da inovação.

¹⁸ Silva, Miguel Moura (2003): Inovação, transferência de tecnologia e concorrência: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos da América e da União Europeia, Coimbra: Almedina, 305, para 3

7. Referências bibliográficas

Análise do mercado de originação de chamadas nas redes móveis nacionais, 47 ponto 261

Jeffrey R. Church and Roger Ware. *Industrial Organization: A Strategic Approach*. New York: McGraw-Hill, 2000.

Junqueiro, Ricardo Bordalo (2012); Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 59-125.

Marques, Alfredo (2006); colab. Margarida Antunes. *Economia da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 218-226; 252-259

OFT Assessment of market power, 2004, para 4.3, 11

Silva, Miguel Moura (2003): *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência: estudo comparado do direito da concorrência dos Estados Unidos da América e da União Europeia*, Coimbra: Almedina, 295-312