



**CONSELHO DA
UNIÃO EUROPEIA**

**Bruxelas, 10 de Dezembro de 2008 (11.12)
(OR. en)**

17065/08

RC 26

NOTA DE ENVIO

de:	Secretário-Geral da Comissão Europeia, assinado por Jordi AYET PUIGARNAU, Director
data de recepção:	8 de Dezembro de 2008
para:	Javier SOLANA, Secretário-Geral/Alto Representante
Assunto:	COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante

Envia-se em anexo, à atenção das delegações, o documento da Comissão – COM(2008) 832 final.

Anexo: COM(2008) 832 final



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 5.12.2008
COM(2008) 832 final

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

**Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE
a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO

Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante

(Texto relevante para efeitos do EEE)

ÍNDICE

I.	Introdução.....	4
II	Objectivo do documento	4
III	Abordagem geral ao comportamento de exclusão	5
A.	Poder de mercado	5
a)	Posição no mercado da empresa dominante e dos concorrentes	6
b)	Expansão ou entrada	7
c)	Poder negocial dos compradores	8
B.	Encerramento do mercado com prejuízo para o consumidor ("encerramento anticoncorrencial do mercado").....	8
C.	Comportamento de exclusão com base no preço.....	11
D.	Necessidade objectiva e ganhos de eficiência	12
IV	Formas específicas de abuso	14
A.	Acordos exclusivos	14
a)	Acordo de compra exclusiva	14
b)	Descontos condicionais.....	15
c)	Ganhos de eficiência	18
B.	Vendas subordinadas e agrupadas	18
a)	Produtos distintos.....	19
b)	Encerramento anticoncorrencial do mercado subordinado e/ou subordinante.....	20
c)	Descontos multi-produtos	21
d)	Ganhos de eficiência	21
C.	Comportamento predatório	22
a)	Sacrifício	22
b)	Encerramento anticoncorrencial	23

c)	Ganhos de eficiência	24
D.	Recusa de fornecimento	25
a)	Necessidade objectiva do meio de produção.....	27
b)	Eliminação da concorrência efectiva	28
c)	Prejuízo para o consumidor.....	28
d)	Ganhos de eficiência	29

I. INTRODUÇÃO

1. O artigo 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (“artigo 82.º”) proíbe o abuso de posição dominante. De acordo com a jurisprudência, a posição dominante não é, por si só, ilegal e uma empresa nessa situação tem o direito de concorrer no mercado com base nos seus méritos. No entanto, a empresa em causa tem uma especial responsabilidade de não permitir que a sua conduta obste a uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interno. O artigo 82.º é a base jurídica de um dos elementos essenciais da política de concorrência e a sua eficaz execução ajuda ao bom funcionamento do mercado em benefício das empresas e dos consumidores. No contexto do objectivo mais global da realização de um mercado interno integrado, este facto reveste-se de especial importância.

II OBJECTIVO DO DOCUMENTO

2. O presente documento apresenta as prioridades que irão orientar a acção da Comissão na aplicação do artigo 82.º aos comportamentos de exclusão por parte de empresas em posição dominante. O objectivo é, juntamente com as decisões de execução específicas da Comissão, tornar mais claro e previsível o quadro geral utilizado pela Comissão na análise e decisão quanto à abertura de processos relativamente a diferentes formas de comportamentos de exclusão e ajudar as empresas a avaliarem melhor se um determinado comportamento pode dar azo a uma intervenção por parte da Comissão ao abrigo do artigo 82.º.
3. O presente documento não pretende constituir doutrina jurídica, devendo ser considerado sem prejuízo da interpretação do artigo 82.º por parte do Tribunal de Justiça Europeu ou do Tribunal de Primeira Instância. Além disso, o quadro geral apresentado neste documento aplica-se sem prejuízo da possibilidade de a Comissão rejeitar uma queixa quando considerar que determinado caso não é prioritário devido a, por exemplo, ausência de interesse para a Comunidade.
4. O artigo 82.º aplica-se a empresas que detêm uma posição dominante em um ou mais mercados relevantes. Esta posição pode ser detida por uma só empresa (posição dominante individual) ou por duas ou mais empresas (posição dominante colectiva). O presente documento aborda apenas abusos cometidos por empresas que detêm uma posição dominante individual.
5. Na aplicação do artigo 82.º ao comportamento de exclusão por parte de empresas em posição dominante, a Comissão irá privilegiar os tipos de conduta mais prejudiciais para os consumidores. Os benefícios que a concorrência proporciona aos consumidores são preços mais baixos, melhor qualidade e maior variedade de bens e serviços novos ou melhorados. Assim, a Comissão pretende orientar a execução da lei no sentido de assegurar o bom funcionamento dos mercados e o benefício por parte dos consumidores da eficiência e produtividade resultantes de uma concorrência efectiva entre as empresas.
6. A intervenção da Comissão no âmbito dos comportamentos de exclusão tem sobretudo em vista a salvaguarda da concorrência no mercado interno e a garantia de que as empresas que detêm uma posição dominante não excluíram os seus rivais

através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens ou serviços que fornecem. Neste contexto, a Comissão reconhece que o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes. Isso poderá significar que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama da oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado.

7. Qualquer conduta que represente uma exploração dos consumidores (por exemplo, a aplicação de preços excessivos) ou que mine os esforços com vista à realização de um mercado interno integrado, é igualmente passível de infringir o artigo 82.º. A Comissão poderá decidir intervir nos casos em que se registam tais comportamentos, nomeadamente quando a defesa dos mesmos e o bom funcionamento do mercado interno não possam ser adequadamente assegurados por outra via. No contexto do objectivo de formulação de orientações relativamente às suas prioridades de execução, a Comissão limitar-se-á na presente fase a abordar os comportamentos de exclusão e, em especial, determinados tipos de comportamentos de exclusão que, de acordo com a sua experiência, parecem ser mais comuns.
8. A Comissão terá em consideração os factos e circunstâncias específicos de cada caso ao aplicar os princípios gerais de execução apresentados neste documento. Por exemplo, nos casos que envolvam mercados regulamentados, a Comissão terá em consideração o enquadramento regulamentar específico na sua análise¹. Consequentemente, a Comissão poderá adaptar a abordagem a seguir definida, na medida em que tal seja razoável e adequado para o caso em apreço.

III ABORDAGEM GERAL AO COMPORTAMENTO DE EXCLUSÃO

A. Poder de mercado

9. A primeira fase da aplicação do artigo 82.º é avaliar se a empresa tem uma posição dominante e qual o grau de poder de mercado que detém. Em conformidade com a jurisprudência, a detenção de uma posição dominante confere uma responsabilidade particular á empresa, cujo âmbito depende das circunstâncias concretas em apreço².
10. A posição dominante foi definida ao abrigo da legislação comunitária como sendo uma posição de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efectiva em determinado mercado ao dar-lhe o poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmo dos consumidores³. Esta noção de independência está relacionada com o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita. A posição dominante faz com que esta pressão concorrencial não seja suficientemente eficaz e, como tal, a empresa goza de um poder de mercado

¹ Ver, por exemplo, o ponto 81.

² Processo 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I)*/Comissão, Col. [1983], p. 3461, ponto 57; processo T-83/91, *Tetra Pak*/Comissão (*Tetra Pak II*), Col. [1993], p.II-755, ponto 114; processo T-111/96, *ITT Promedia*/Comissão, Col. [1998], p. II-2937, ponto 139; processo T-228/97, *Irish Sugar*/ Comissão [1999], p. II-2969, ponto 112; e processo T-203/01, *Michelin*/Comissão (*Michelin II*), Col. [2003], p. II-4071, ponto 97.

³ Ver Processo 27/76 *United Brands Company e United Brands Continental*/Comissão, Col. [1978] p. 207, ponto 65; Processo 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co.*/Comissão, Col. [1979] p. 461, ponto 38.

considerável e duradouro. Consequentemente, as decisões da empresa são em grande medida insensíveis às acções e reacções dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores. A Comissão poderá considerar que não existe uma pressão concorrencial efectiva, mesmo que subsista um certo grau de concorrência real ou potencial⁴. Em geral, Uma posição dominante resulta de uma combinação de vários factores, que, isoladamente, não são necessariamente determinantes⁵.

11. A Comissão considera que uma empresa que seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo, não está sujeita a uma pressão competitiva verdadeira e suficiente e, como tal, pode ser considerada como estando em posição dominante⁶. No presente documento, a expressão “aumentar os preços” inclui o poder de manter os preços acima do nível da concorrência e é utilizada para referir as diferentes formas de influenciar os parâmetros da concorrência – tais como, preços, produtividade, inovação, variedade ou qualidade dos bens e serviços – em benefício da empresa em posição dominante e em detrimento dos consumidores⁷.
12. A avaliação da posição dominante terá em consideração a estrutura concorrencial do mercado e, nomeadamente, os seguintes factores:
 - Pressões resultantes dos fornecimentos de concorrentes actuais e da sua posição no mercado (a posição no mercado da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes);
 - Pressões resultantes de um risco credível de uma futura expansão dos actuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais (expansão e entrada);
 - Pressões resultantes da capacidade de negociação dos clientes da empresa (poder negocial dos compradores).
- a) *Posição no mercado da empresa dominante e dos concorrentes*
13. As quotas de mercado dão à Comissão uma primeira indicação útil quanto à estrutura do mercado e à importância relativa das várias empresas que nele operam⁸. No entanto, a Comissão irá interpretar as quotas de mercado à luz das condições específicas e, especialmente, da dinâmica do mercado e do grau de diferenciação dos

⁴ Ver Processo 27/76 *United Brands Company e United Brands Continental/Comissão*, Col. [1978] p. 207, pontos 113-121; Processo T-395/94 *Atlantic Container Line e Outros/Comissão*, Col. [2002] p. II-875, ponto 330.

⁵ Processo 27/76, *United Brands e United Brands Continental/Comissão*, Col. [1978], p. 207, pontos 65 e 66; processo C-250/92, *Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab*, Col. [1994], p. I-5641, ponto 47; processo T-30/89, *Hilti/Comissão*, Col. [1991], p. II-1439, ponto 90.

⁶ A definição de período de tempo significativo irá depender do produto e das circunstâncias do mercado em questão, mas normalmente um período de dois anos será considerado suficiente.

⁷ A rentabilidade contabilística não passa em muitos casos de um indicador de fraca qualidade do exercício de um poder de mercado. Ver a este respeito, o processo 27/76, *United Brands Company e United Brands Continental/Comissão*, Col. [1978], p. II- 1439, ponto 90.

⁸ Processo 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co./Comissão*, Col. [1979] p. 461, ponto 39-41; Processo C-62/86 *AKZO/Comissão*, Col. [1991] p. I-3359, ponto 60; Processo T-30/89 *Hilti/Comissão*, Col. [1991] p. II-1439, pontos 90-92; Processo T-340/03 *France Télécom/Comissão*, Col. [2007] p. II-107, ponto 100.

produtos. Em mercados voláteis ou por adjudicação, poderá ser também tida em consideração a evolução das quotas de mercado e a sua alteração ao longo do tempo.

14. A Comissão considera que as quotas de mercado pequenas dão geralmente uma boa indicação da ausência de poder de mercado significativo. A experiência da Comissão sugere que, quando a quota da empresa é inferior a 40% no mercado relevante, é pouco provável que exista posição dominante. No entanto, poderão existir casos específicos de empresas abaixo deste limiar em que os concorrentes não tenham capacidade de pressionar de forma eficaz a conduta da empresa dominante, nomeadamente quando têm graves limitações de capacidade. A Comissão poderá interessar-se também por casos deste tipo.
15. A experiência sugere que quanto mais elevada for a quota de mercado e quanto mais longo for o período de tempo durante o qual esta é mantida, maior será a probabilidade de esse facto constituir um sinal preliminar importante da existência de posição dominante e, em determinadas circunstâncias, de possíveis efeitos graves derivados de uma conduta abusiva que justificam uma intervenção por parte da Comissão ao abrigo do artigo 82.⁹. No entanto, regra geral, a Comissão não chegará a uma conclusão final sobre a oportunidade de prosseguir o caso, sem primeiro analisar todos os factores que podem ser suficientes para limitar o comportamento da empresa.

b) Expansão ou entrada

16. A concorrência é um processo dinâmico e a avaliação das pressões concorrenciais a que está sujeita determinada empresa não pode basear-se exclusivamente na situação de mercado existente. Também é importante o potencial impacto da expansão dos concorrentes actuais ou a entrada de potenciais concorrentes, incluindo a ameaça dessa expansão ou entrada. Uma empresa pode ser dissuadida de aumentar os preços se uma expansão ou entrada de um novo operador for provável, susceptível de se produzir rapidamente e for suficiente. Para que a Comissão considere uma expansão ou entrada como provável esta tem de ser suficientemente lucrativa para o concorrente ou para o novo operador, tendo em consideração factores como as barreiras à expansão ou à entrada, as reacções prováveis da empresa alegadamente em posição dominante e dos outros concorrentes e os riscos e custos de fracasso. Para que a expansão ou a entrada seja considerada atempada tem de ser suficientemente rápida para dissuadir ou impedir o exercício de um poder de mercado significativo. Para que a expansão ou a entrada seja considerada suficiente não pode ser uma simples entrada de pequena escala, por exemplo num nicho de mercado, devendo ser de tal magnitude que dissuada qualquer tentativa de aumento dos preços por parte da empresa alegadamente em posição dominante no mercado relevante.
17. As barreiras à expansão ou à entrada podem assumir diferentes formas. Podem ser barreiras jurídicas, tais como direitos aduaneiros ou contingentes pautais, ou assumir a forma de vantagens específicas da empresa em posição dominante, tais como

⁹ Relativamente à relação entre o grau de posição dominante e a constatação de abuso ver os processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge e Dafa-Lines/Comissão*, Col. [2000] p. I-1365, ponto 119; Processo T-228/97 *Irish Sugar/Comissão*, Col. [1999] p. II-2969, ponto 186.

economias de escala e de gama, acesso privilegiado a meios de produção ou recursos naturais essenciais, tecnologias importantes¹⁰ ou uma rede estabelecida de distribuição e venda¹¹. As barreiras podem incluir igualmente custos e outros entraves, resultantes designadamente de efeitos de rede, com que se deparam os clientes ao mudarem para um novo fornecedor. O próprio comportamento da empresa em posição dominante pode criar barreiras à entrada, por exemplo quando realizou investimentos significativos que os concorrentes ou as novas empresas teriam de igualar¹² ou quando celebrou contratos de longo prazo com os seus clientes que têm efeitos apreciáveis de encerramento do mercado. Quotas de mercado persistentemente elevadas podem ser indicadoras da existência de barreiras à entrada e à expansão.

c) *Poder negocial dos compradores*

18. A pressão concorrencial pode ser exercida não apenas por concorrentes actuais ou potenciais, mas também pelos clientes. Mesmo uma empresa com uma elevada quota de mercado pode não ser capaz de agir de forma significativamente independente face a clientes com suficiente poder de negociação¹³. Este poder negocial dos compradores pode ser resultado da dimensão dos clientes ou do seu peso comercial para a empresa em posição dominante e da sua capacidade para mudar rapidamente para fornecedores concorrentes, de promoverem novas entradas ou de se integrarem verticalmente e de serem credíveis na ameaça de o fazerem. Se o poder negocial for suficientemente forte poderá dissuadir ou inviabilizar uma tentativa por parte da empresa de aumentar os preços. O poder dos compradores poderá, no entanto, não ser considerado uma pressão suficientemente eficaz se apenas assegurar protecção contra o poder de mercado da empresa em posição dominante a um determinado segmento ou a um segmento limitado dos clientes.

B. Encerramento do mercado com prejuízo para o consumidor ("encerramento anticoncorrencial do mercado")

19. O objectivo da actividade de execução da Comissão no âmbito do comportamento de exclusão é assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efectiva através do encerramento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial e tendo, assim, um impacto adverso no bem-estar dos consumidores, quer sob o efeito de preços mais elevados do que de outra forma prevaleceriam, quer pela limitação da qualidade, ou ainda pela redução do leque de escolha para os consumidores. No presente documento a expressão “encerramento anticoncorrencial do mercado” é utilizada para designar as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável

¹⁰ Processo T-30/89 *Hilti/Comissão*, Col. [1991] p. II-1439 ponto 19.

¹¹ Processo 85/76 *Hoffmann-La Roche/Comissão*, Col. [1979] p. 461, ponto 48.

¹² Processo 27/76 *United Brands/Comissão*, Col. [1978] p. 207, ponto 91.

¹³ Ver Processo T-228/97 *Irish Sugar/Comissão*, Col. [1999] p. II-2969, pontos 97-104, em que o TPI analisa se a alegada falta de independência da empresa face aos seus clientes deverá ser vista como uma circunstância especial que impede a constatação de uma posição dominante, apesar de a empresa ser responsável por uma elevada percentagem das vendas registadas no mercado de açúcar industrial da Irlanda.

o preço¹⁴ cobrado aos consumidores. A identificação de um prejuízo provável para o consumidor pode basear-se tanto em provas qualitativas como, sempre que possível e apropriado, em provas quantitativas. A Comissão irá também abordar este tipo de encerramento anticoncorrencial do mercado que cause (provável) prejuízo tanto a nível intermédio como dos consumidores finais¹⁵.

20. Normalmente, a Comissão intervirá ao abrigo do artigo 82.º sempre que, com base em provas sólidas e convincentes, seja provável que o comportamento alegadamente abusivo conduza a um encerramento anticoncorrencial do mercado. A Comissão considera que os seguintes factores geralmente relevantes numa tal avaliação:

- *A posição da empresa dominante.* Em geral, quanto mais forte for a posição dominante maior será a probabilidade de um comportamento de protecção dessa posição levar a um encerramento anticoncorrencial do mercado;
- *As condições no mercado relevante.* Nelas se incluem as condições de entrada e expansão tais como a existência de economias de escala e/ou de gama e efeitos de rede. Por economias de escala entende-se que os concorrentes terão menor tendência a entrar ou a permanecer no mercado se a empresa em posição dominante encerrar uma parte significativa do mercado relevante. Igualmente, o comportamento poderá permitir à empresa em posição dominante “fazer pender” a seu favor um mercado caracterizado por efeitos de rede ou consolidar ainda mais a sua posição num tal mercado. Da mesma forma, se as barreiras à entrada no mercado a montante e/ou a jusante forem significativas, isto significa que poderá ser oneroso para os rivais ultrapassarem um possível encerramento do mercado através da integração vertical;
- *A posição dos concorrentes da empresa dominante.* Trata-se de avaliar a importância dos concorrentes na manutenção de uma concorrência efectiva. Um rival específico pode desempenhar um papel concorrencial significativo mesmo com uma quota de mercado pequena comparativamente a outros concorrentes: pode, por exemplo, ser o concorrente mais próximo da empresa em posição dominante, ser um concorrente especialmente inovador ou ter a reputação de diminuir sistematicamente os preços. Na sua apreciação, a Comissão pode igualmente examinar, se for caso disso e com base nas informações disponíveis, se existem contra-estratégias realistas, eficazes e rápidas que os concorrentes possam provavelmente adoptar;
- *A posição dos clientes ou fornecedores de meios de produção.* Este aspecto poderá incluir a análise da possível selectividade da conduta em questão. A empresa em posição dominante poderá aplicar a prática comportamento apenas a clientes ou fornecedores de meios de produção seleccionados, que poderão ser de especial importância para a entrada ou expansão dos concorrentes, aumentando

¹⁴ Para o significado da expressão “aumentar o preço” ver ponto 11.

¹⁵ O conceito de “consumidores” engloba todos os utilizadores directos e indirectos dos produtos afectados pelo comportamento, incluindo os produtores intermédios que utilizam os bens como meios de produção, assim como os distribuidores e os consumidores finais tanto do produto imediato como dos produtos disponibilizados pelos produtores intermédios. Sempre que os utilizadores intermédios sejam concorrentes actuais ou potenciais da empresa dominante, a avaliação centrar-se-á nos efeitos do comportamento em utilizadores mais a jusante.

assim a probabilidade de encerramento anticoncorrencial do mercado¹⁶. Podem ser, por exemplo, os que têm maior tendência a reagir a ofertas de fornecedores alternativos, os que representam um meio particular de distribuição do produto que seria adequado para uma empresa nova, os que estão localizados numa área geográfica que reagiria bem a novas entradas ou os com maior tendência a influenciar o comportamento de outros clientes. No caso de fornecedores de meios de produção, aqueles com quem a empresa em posição dominante celebrou acordos exclusivos de fornecimento poderão ser os com maior probabilidade de responder à procura de clientes que sejam concorrentes da empresa em posição dominante, num mercado a jusante, ou de produzir um tipo específico do produto – ou produzir em determinado local – especialmente propício a novas empresas. Qualquer estratégia ao alcance dos clientes ou fornecedores de meios de produção que possa ajudar a contrariar o comportamento da empresa em posição dominante será igualmente tido em consideração.;

- *A amplitude do alegado comportamento abusivo.* Geralmente, quanto mais elevada for a percentagem das vendas totais no mercado relevante, afectadas pelo comportamento, quanto mais longa for a sua duração e quanto maior for a regularidade com que foi aplicado, maior será a probabilidade de efeito de encerramento do mercado;
- *Eventuais provas do encerramento efectivo do mercado.* Se o comportamento já existir há um período de tempo suficiente, o desempenho de mercado da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes pode constituir uma prova directa de encerramento anticoncorrencial do mercado; por razões imputáveis ao alegado comportamento abusivo, a quota de mercado da empresa em posição dominante poderá ter aumentado, ou a diminuição da sua quota de mercado poderá ter desacelerado; por razões semelhantes, os concorrentes actuais poderão ter sido marginalizados ou possam ter abandonado o mercado ou concorrentes potenciais poderão ter fracassado na sua tentativa de entrada;
- *Provas directas de qualquer estratégia de exclusão.* Entre estas incluem-se os documentos internos que contenham provas directas de uma estratégia para excluir os concorrentes, tais como um plano pormenorizado para adoptar determinado comportamento com o intuito de excluir um rival, de impedir a entrada ou de prevenir o surgimento de um mercado ou ainda provas de ameaças concretas de uma acção de exclusão. Estas provas directas poderão ser úteis na interpretação do comportamento da empresa em posição dominante.

No âmbito de um processo, a Comissão realizará uma análise dos factores gerais acima mencionados, assim como os factores mais específicos, que irão ser seguidamente descritos nas secções que abordam determinados tipos de comportamento de exclusão, e quaisquer outros factores que considerar apropriados. Esta análise será normalmente realizada através da comparação da situação actual ou da provável situação futura no mercado relevante (mercado no qual se desenrola o comportamento da empresa em posição dominante) com um cenário contrafactual

¹⁶ Processo T-228/97 *Irish Sugar/Comissão*, Col. [1999], p. II-2969, ponto 188.

adequado, tal como a simples ausência do comportamento em questão ou outro cenário alternativo realista relativamente às práticas empresariais estabelecidas.

21. Poderão existir circunstâncias em que não seja necessário para a Comissão realizar uma avaliação pormenorizada para chegar à conclusão de que é provável que o comportamento em causa resulte num prejuízo para os consumidores. Se ficar claro que o comportamento só levanta obstáculos à concorrência e não dá origem a quaisquer ganhos de eficiência, poderá inferir-se que tem um efeito anticoncorrencial. Será o caso se, por exemplo, a empresa em posição dominante impedir os seus clientes de testarem produtos de concorrentes ou se der incentivos financeiros aos clientes sob condição de estes não testarem tais produtos ou ainda se pagar a um distribuidor ou cliente para atrasar a introdução no mercado do produto de um rival.

C. Comportamento de exclusão com base no preço

22. As considerações apresentadas seguidamente aplicam-se ao comportamento de exclusão baseado no preço. Uma forte concorrência de preços é em geral benéfica para os consumidores. A Comissão normalmente só intervirá para evitar o encerramento anticoncorrencial do mercado quando o comportamento em causa tenha já impedido ou seja susceptível de impedir a concorrência desenvolvida por concorrentes, que são considerados tão eficientes como a empresa em posição dominante¹⁷.
23. Não obstante, a Comissão reconhece que em determinadas circunstâncias um concorrente menos eficiente poderá igualmente exercer uma pressão que deverá ser tida em consideração quando se avalia se determinado comportamento baseado no preço leva ao encerramento anticoncorrencial do mercado. A Comissão terá uma perspectiva dinâmica desta pressão visto que, na ausência de prática abusiva, um tal concorrente poderá beneficiar de vantagens relacionadas com a procura, designadamente efeitos de rede e de aprendizagem, que terão tendência a melhorar a sua eficiência.
24. Para determinar se até um concorrente hipotético, de eficiência igual à da empresa em posição dominante, se depararia com o encerramento do mercado devido ao comportamento em questão, a Comissão analisará a informação económica relativa aos preços de custo e de venda e, especialmente, se a empresa dominante está a praticar preços abaixo do custo. Para tal será necessário que esteja disponível informação fiável suficiente. Sempre que possível, a Comissão irá utilizar a informação sobre os custos da empresa em posição dominante. Se não estiver disponível informação fiável sobre estes custos, a Comissão poderá decidir utilizar informação sobre os custos dos concorrentes ou outra informação fiável comparável.

¹⁷ Processo 62/86 *AKZO Chemie/Comissão*, Col. [1991], p. I-3359, ponto 72: relativamente à definição de preços abaixo do custo total médio (CTM), o TJCE declarou: “*Tais preços podem fazer sair do mercado empresas que são talvez tão eficientes quanto a empresa em posição dominante, mas que, devido ao facto de possuírem menores recursos financeiros, são incapazes de fazer face à concorrência que lhes é feita*”. Ver também o Acórdão de 10 de Abril de 2008 no Processo T-271/03 *Deutsche Telekom/Comissão* (ainda não publicado), ponto 194.

25. Normalmente, os custos de referência que a Comissão utiliza são o custo evitável médio (CEM) e o custo marginal médio a longo prazo (CMMLP)¹⁸. A incapacidade de cobrir o CEM indica que a empresa em posição dominante está a sacrificar os lucros a curto prazo e que um concorrente com o mesmo grau de eficiência não consegue servir os clientes em causa sem sofrer perdas. O CMMLP é normalmente superior ao CEM porque, ao contrário deste último (que só inclui os custos fixos se estes tiverem ocorrido durante o período em análise), inclui os custos fixos específicos do produto ocorridos antes do período durante o qual se registou o comportamento alegadamente abusivo. A incapacidade de cobrir o CMMLP indica que a empresa em posição dominante não está a cobrir todos os custos fixos (imputáveis) à produção do bem ou serviço em causa e que um concorrente igualmente eficiente poderia ser excluído do mercado¹⁹.
26. Se a informação sugerir claramente que um concorrente de igual eficiência consegue efectivamente concorrer com as práticas de preços da empresa em posição dominante, a Comissão assumirá, em princípio, que não é provável que as práticas de preços da empresa em posição dominante tenha um impacto negativo na concorrência efectiva e, consequentemente, nos consumidores. Nesse caso, será pouco provável que intervenha. Se, pelo contrário, a informação sugerir que o preço cobrado pela empresa em posição dominante tem o potencial de encerrar o mercado aos concorrentes de igual nível de eficiência, então a Comissão irá integrar este facto na avaliação geral sobre encerramento anticoncorrencial do mercado (ver Secção B), tendo em consideração outras provas quantitativas e qualitativas relevantes.

D. Necessidade objectiva e ganhos de eficiência

27. Na aplicação do artigo 82.º, a Comissão pretende analisar igualmente as alegações apresentadas pela empresa em posição dominante de que o seu comportamento é justificado²⁰. Uma empresa em posição dominante pode fazê-lo, quer demonstrando

¹⁸ O custo evitável médio representa a média dos custos que poderiam ter sido evitados se a empresa não tivesse produzido uma unidade adicional (suplementar), neste caso a quantidade alegadamente objecto do comportamento abusivo. Na maioria dos casos, o CEM e o custo variável médio (CVM) serão iguais, visto que frequentemente só se conseguem evitar os custos variáveis. O custo marginal médio a longo prazo representa a média de todos os custos (fixos e variáveis) em que uma empresa incorre para produzir um determinado produto. O CMMLP e o custo total médio (CTM) são bons indicadores recíprocos e são iguais no caso de empresas com um só produto. Se empresas com vários produtos realizarem economias de gama, o CMMLP será inferior ao CTM para cada um dos produtos, visto os verdadeiros custos comuns não serem tidos em consideração no CMMLP. No caso de vários produtos, nem todos os custos que poderiam ter sido evitados com a não produção de um determinado produto ou de uma gama específica são considerados custos comuns. Nas situações em que os custos comuns são elevados, poderão ter de ser tidos em consideração na avaliação da capacidade de encerramento do mercado a concorrentes com o mesmo grau de eficiência.

¹⁹ Para aplicar os custos de referência poderá ser igualmente necessário analisar as receitas e os custos da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes num contexto mais lato. Poderá não ser suficiente avaliar apenas se o preço ou as receitas cobrem os custos do produto em questão. Poderá ser necessário analisar as receitas marginais, no caso de o comportamento da empresa em posição dominante afectar negativamente as receitas noutros mercados ou de outros produtos. Igualmente, no caso de mercados bilaterais, poderá ser necessário analisar simultaneamente as receitas e os custos de ambos os lados.

²⁰ Ver Processo 27/76 *United Brands/Comissão*, Col. [1978], p. 207, ponto 184; Processo 311/84 *Centre Belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM)/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e Information publicité Benelux (IPB)*, Col. [1985], p. 3261, ponto 27; Processo T-30/89 *Hilti/Comissão*, Col. [1991], p. II-1439, ponto 102-119; Processo T-83/91 *Tetra Pak*

que o seu comportamento é objectivamente necessário, quer demonstrando que o seu comportamento produz ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores. Neste contexto, a Comissão irá avaliar se o comportamento em questão é indispensável e proporcionado ao objectivo alegadamente pretendido pela empresa em posição dominante.

28. A questão de saber se o comportamento é objectivamente necessário e proporcional deverá ser determinada com base em factores externos à empresa em posição dominante. O comportamento de exclusão pode, por exemplo, ser considerado objectivamente necessário por razões de saúde ou de segurança relacionadas com a natureza do produto em questão. No entanto, a prova de que tal comportamento é objectivamente necessário deverá ter em consideração de que compete normalmente às autoridades públicas definir e aplicar as normas de saúde e de segurança. Não é tarefa da empresa em posição dominante tomar medidas por sua própria iniciativa para excluir produtos que considera, com razão ou não, perigosos ou inferiores ao seu próprio produto²¹.
29. A Comissão considera que uma empresa em posição dominante pode igualmente justificar um comportamento que leve ao encerramento do mercado aos concorrentes, invocando ganhos de eficiência que são suficientes para tornar pouco provável um prejuízo para os consumidores. Neste contexto, a empresa em posição dominante deve normalmente demonstrar, com um grau de probabilidade suficiente e com base em provas verificáveis, que estão preenchidas as seguintes condições cumulativas²².
- Os ganhos de eficiência concretizaram-se, ou é provável que se concretizem, em consequência do comportamento. Podem incluir, por exemplo, melhorias técnicas na qualidade dos bens ou a redução do custo de produção ou distribuição;
 - O comportamento é indispensável para a concretização dos ganhos de eficiência: não podem existir alternativas menos anticoncorreciais do que o comportamento que permitam produzir os mesmos ganhos de eficiência;
 - Os prováveis ganhos de eficiência gerados pelo comportamento em causa compensam qualquer eventual efeito negativo sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores nos mercados afectados;
 - O comportamento não elimina uma concorrência efectiva através da supressão de todas ou parte das fontes actuais ou potenciais de concorrência. A rivalidade entre empresas é um motor essencial da eficiência económica, nomeadamente dos ganhos de eficiência dinâmicos sob a forma de inovação. Na sua ausência, a empresa em posição dominante não terá os incentivos adequados para continuar a criar e a repercutir ganhos de eficiência. Quando não existe nenhuma concorrência residual nem ameaça provável de entrada, a protecção da rivalidade e do processo de concorrência sobrepõe-se a possíveis ganhos de eficiência. Na opinião da

International/Comissão (Tetra Pak II), Col. [1994], p. II-755, pontos 136 e 207; *Processo C-95/04 P British Airways/Comissão*, Col. [2007], p. I-2331, pontos 69 e 86.

²¹ Ver, por exemplo, *Processo T-30/89 Hilti/Comissão*, Col. [1991], p. II-1439, ponto 118; *Processo T-83/91 Tetra Pak International/Comissão (Tetra Pak II)*, Col. [1994], p. II-755, ponto 83-84 e 138.

²² Ver no contexto diferente do artigo 81.º a Comunicação da Comissão – Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO 101, 27.04.2004, págs. 97-118.

Comissão, o comportamento de exclusão que mantém, cria ou reforça uma posição de mercado próxima do monopólio não pode normalmente ser justificado por criar também ganhos de eficiência.

30. É da responsabilidade da empresa em posição dominante apresentar todas as provas necessárias para demonstrar que o comportamento em causa é objectivamente justificado. Compete depois à Comissão fazer a avaliação final sobre se o comportamento em análise é ou não objectivamente necessário e se, com base na análise dos efeitos anticoncorrenciais aparentes e dos ganhos de eficiência alegados ou demonstrados, é provável que resulte num prejuízo para os consumidores.

IV FORMAS ESPECÍFICAS DE ABUSO

A. Acordos exclusivos

31. Uma empresa dominante pode tentar excluir empresas concorrentes impedindo-as de vender a clientes através da utilização de acordos exclusivos de descontos ou de obrigação de compra, práticas denominadas em conjunto como acordos exclusivos²³. Esta secção define as circunstâncias que poderão desencadear uma intervenção por parte da Comissão em matéria de acordos exclusivos celebrados por empresas dominantes.

a) Acordo de compra exclusiva

32. Uma obrigação de compra exclusiva exige que um cliente num determinado mercado compre produtos, exclusivamente ou em grande parte, apenas a uma empresa dominante. Outras obrigações como a obrigação de armazenagem, que pareçam não ser um acordo de compra exclusiva propriamente dito, podem na prática produzir o mesmo efeito²⁴.
33. Os acordos de compra exclusiva podem exigir que a empresa dominante indemnice, total ou parcialmente, os compradores pela perda de concorrência resultante da exclusividade. Sempre que tal indemnização existir, pode ser do interesse do cliente celebrar um acordo de compra exclusiva com a empresa dominante. No entanto, não seria correcto concluir, de forma automática, que todas as obrigações de exclusividade, analisadas no seu conjunto, são em geral benéficas para os clientes, incluindo os que não compram actualmente à empresa dominante, e para os consumidores finais. A Comissão centrará a sua atenção nos casos em que seja provável que os consumidores em geral não recolham benefícios. Esta situação

²³ A noção de acordo exclusivo inclui igualmente obrigações exclusivas de fornecimento ou incentivos que produzam o mesmo efeito, através das quais a empresa dominante tenta excluir os concorrentes, impedindo-os de comprar aos fornecedores. A Comissão considera que este tipo de encerramento do mercado dos meios de produção pode, em princípio, ter como efeito um encerramento anticoncorrencial, se a obrigação ou o incentivo de fornecimento exclusivo vincular a maior parte dos clientes e fornecedores eficientes, concorrentes da empresa dominante, impossibilitando-os de encontrar fontes alternativas eficientes dos meios de produção fornecidos.

²⁴ Processo T-65/98 *Van den Bergh Foods/Comissão*, Col. [2003], p. II-4653, ponto 264. Neste processo, a obrigação de utilização de arcas congeladoras para armazenar exclusivamente os produtos fornecidos pela empresa dominante foi considerada como uma prática conducente à exclusividade do ponto de venda.

verificar-se-á, sobretudo, se existirem muitos compradores e se as obrigações de compra exclusiva à empresa dominante, tomadas no seu conjunto, tiverem por efeito impedir a entrada ou o crescimento de empresas rivais.

34. Para além dos factores mencionados no ponto 20, os seguintes factores serão particularmente relevantes para determinar se a Comissão irá intervir ou não em matéria de acordos de compra exclusiva.
35. As obrigações de compra exclusiva fazem incorrer no risco de um encerramento anticoncorrencial, sobretudo quando, na sua ausência, seriam exercidas restrições significativas sobre os concorrentes que ainda não estão presentes no mercado, aquando da celebração desses acordos, ou que não se encontrem em posição de concorrer para o fornecimento completo dos clientes. As empresas rivais podem não ter a capacidade para concorrer para o conjunto da procura de um cliente porque a empresa dominante é um parceiro comercial inevitável para, pelo menos, parte da procura existente no mercado devido a, por exemplo, a sua marca ser um “produto incontornável” preferido por parte significativa dos consumidores finais ou por as restrições de capacidade sobre outros fornecedores serem de tal ordem que uma parte significativa da procura pode apenas ser satisfeita pelo fornecedor dominante²⁵. Se os concorrentes puderem concorrer em condições de igualdade para o conjunto da procura de um cliente, é improvável que as obrigações de compra exclusiva possam ser um entrave a uma concorrência efectiva, a menos que a mudança de fornecedor pelos clientes seja dificultada devido à duração do período da obrigação de compra exclusiva. Em geral, quanto maior for o prazo da obrigação, maior é a probabilidade de existência de um efeito de encerramento. No entanto, se a empresa dominante for um parceiro comercial incontornável de todos ou de parte significativa dos clientes, mesmo uma obrigação de compra de curto prazo pode ter por efeito o encerramento anticoncorrencial.

b) *Descontos condicionais*

36. Os descontos condicionais são descontos concedidos a clientes para os recompensar por um comportamento de compra específico. A natureza habitual de um desconto condicional consiste em ser concedido um desconto ao cliente cujas compras efectuadas durante um período previamente definido ultrapassem um determinado limiar, sendo o desconto concedido sobre a totalidade das compras (descontos retroactivos) ou apenas sobre os produtos comprados acima do limiar (descontos progressivos). Os descontos condicionais não são uma prática pouco corrente. As empresas podem oferecer este tipo de desconto para atrair os clientes e, desta forma, podem estimular a procura e beneficiar os consumidores. Contudo, este tipo de desconto – quando oferecido por empresas dominantes – pode produzir efeitos efectivos ou potenciais de encerramento semelhantes aos das obrigações de compra exclusiva. Os descontos condicionais podem produzir esses efeitos sem constituírem necessariamente um sacrifício para a empresa dominante²⁶.

²⁵ Processo T-65/98 *Van den Bergh Foods/Comissão*, Col. [2003], p. II-4653, pontos 104 e 156.

²⁶ Neste caso, a análise de descontos condicionais é diferente das práticas predatórias, que pressupõem sempre um sacrifício.

37. Para além dos factores mencionados no ponto 19, os seguintes factores serão particularmente relevantes para que a Comissão considere que um determinado sistema de descontos condicionais pode ter por efeito o encerramento anticoncorrencial e, por conseguinte, ser incluído nas prioridades de execução da Comissão.
38. À semelhança das obrigações de compra exclusiva, a probabilidade de existir um encerramento anticoncorrencial é superior quando os concorrentes não podem competir em condições de igualdade para a totalidade da procura de cada cliente. Um desconto condicional pode permitir-lhe a utilização da parte “não contestável” da procura de cada cliente (i.e. a quantidade que o cliente compraria, de qualquer maneira, à empresa dominante) como uma alavanca para diminuir o preço pago pela parte “contestável” da procura (i.e. a quantidade para a qual o cliente pode preferir e pode encontrar produtos substitutos)²⁷.
39. Em geral, os descontos retroactivos podem encerrar o mercado de forma significativa, na medida em que podem tornar menos atractiva para os clientes a possibilidade de transferirem pequenas quantidades da procura para um fornecedor alternativo se esta decisão tiver como consequência a perda de descontos retroactivos²⁸. O potencial efeito de encerramento produzido pelos descontos retroactivos tem, em princípio, mais peso na última unidade de produto comprado antes de se ultrapassar o limiar. No entanto, a Comissão considera que o factor relevante para a avaliação do efeito de reforço da fidelização produzido por um desconto não é apenas o efeito sobre a última unidade individual, mas o efeito de encerramento do sistema de descontos sobre os concorrentes (existentes ou potenciais) do fornecedor dominante. Quanto maior for o desconto em forma de percentagem sobre o preço total e quanto maior for o limiar definido, maior será a incitação abaixo do limiar e, por conseguinte, maior será a probabilidade de exclusão de concorrentes actuais ou potenciais.
40. Ao aplicar a metodologia exposta nos pontos 22 a 26, a Comissão pretende investigar, na medida em que estejam disponíveis dados e estes sejam fiáveis, se o sistema de descontos pode impedir a expansão ou mesmo a entrada no mercado de concorrentes efectivos, dificultando-lhes a capacidade de fornecer uma parte da procura de um cliente. Neste contexto, a Comissão procederá à estimativa do preço que uma empresa rival teria de oferecer, por forma a compensar o cliente pela perda do desconto condicional no caso de este último transferir uma parte da sua procura (“a fracção relevante”) em detrimento da empresa dominante. O preço real com o qual a empresa rival tem de se alinhar não é o preço médio da empresa dominante, mas o preço normal (tabela) menos o desconto perdido por ter procedido à transferência, calculado sobre a fracção relevante das vendas e o período pertinente. A Comissão tomará em consideração a margem de erro que poderá existir devido a determinadas incertezas inerentes a este tipo de análise.
41. A fracção relevante para a qual se deve calcular o preço real num caso específico depende dos factos específicos de cada caso e do facto de o desconto ser progressivo

²⁷ Ver Processo T-203/01 *Michelin/Comissão (Michelin II)*, Col. [2003], p. II-4071, pontos 162-163. Ver, igualmente, Processo T-219/99 *British Airways/Comissão*, Col. [2003], p. II-5917, pontos 277 e 278.

²⁸ Processo 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Comissão (Michelin I)*, Col. [1983], p. 3461, pontos 70-73.

ou retroactivo. No que diz respeito aos descontos progressivos, o conjunto relevante é normalmente constituído pelas compras adicionais. No que se refere aos descontos retroactivos, em geral, é relevante avaliar no contexto do mercado específico que quantidade dos pedidos de compra de um cliente pode ser, de forma realista, transferida para uma empresa rival (“quota contestável” ou “parte contestável”). Se for provável que os clientes estejam dispostos e sejam capazes de transferir relativamente depressa uma parte significativa da procura para uma (potencial) empresa rival, então é provável que a fracção relevante seja relativamente grande. Se, por outro lado, for provável que os clientes queiram ou apenas sejam capazes de transferir progressivamente pequenas quantidades, o conjunto relevante será relativamente pequeno. No que diz respeito às empresas concorrentes existentes, a sua capacidade de expansão das vendas a outros clientes, bem como a flutuação nestas vendas ao longo do tempo pode, igualmente, fornecer uma indicação acerca da fracção relevante. No que se refere aos potenciais concorrentes, poderá proceder-se, quando possível, uma avaliação da medida em que um novo concorrente pode realmente entrar no mercado. É possível utilizar a estrutura de crescimento histórico de novas entradas no mesmo mercado ou em mercados semelhantes como uma indicação de qual será a quota de mercado realista de uma nova empresa no mercado²⁹.

42. Quanto mais baixa for a estimativa do preço efectivo da fracção relevante em comparação com preço médio do fornecedor dominante, maior será o efeito de aumento da fidelização. No entanto, desde que o preço real permaneça de forma consistente acima do CMMLP da empresa dominante, tal permitirá, em princípio, que um concorrente com o mesmo grau de eficiência concorra de maneira lucrativa, não obstante a existência do desconto. Em princípio, nestas circunstâncias, o desconto não é passível de produzir um efeito de encerramento anticoncorrencial.
43. Em geral, quando o preço real é inferior ao CEM, a aplicação do desconto pode excluir mesmo empresas concorrentes com o mesmo grau de eficiência. Quando o preço real se encontrar entre o CEM e o CMMLP, a Comissão investigará se outros factores indiciam que a entrada ou expansão de um concorrente com o mesmo grau de eficiência pode ser afectada. Assim, a Comissão investigará se, e em que medida, as empresas rivais possuem contra-estratégias realistas e eficazes à sua disposição como, por exemplo, a capacidade de utilizar igualmente uma parte “não contestável” da procura do comprador como uma alavanca para reduzir o preço da fracção relevante. Quando os concorrentes não tiverem tais contra-estratégias à sua disposição, a Comissão concluirá que o sistema de descontos é susceptível de produzir o efeito de encerramento do mercado, mesmo para concorrentes com o mesmo grau de eficiência.

²⁹

O conjunto de produtos relevante é calculado com base em dados que podem ter níveis de precisão diferentes. A Comissão terá em conta este factor ao retirar conclusões sobre a capacidade da empresa dominante de excluir concorrentes efectivos. Poderá, igualmente, ser útil calcular a quota média da procura dos clientes que a nova empresa no mercado deverá captar, no mínimo, para que o preço efectivo seja, pelo menos, tão elevado como o CMMLP da empresa dominante. Em determinados casos, o valor desta quota, quando comparada com as quotas de mercado efectivas dos concorrentes e a sua quota da procura dos clientes, pode esclarecer se o sistema de descontos é passível de ter um efeito de encerramento anticoncorrencial.

44. Tal como referido no ponto 25 supra, esta análise será incluída na avaliação geral, tomando em consideração outros indícios quantitativos e qualitativos relevantes. Em princípio, é importante ter em conta se o sistema de descontos é aplicado com um limiar personalizado ou normalizado. O limiar personalizado – limiar que tem por base uma percentagem sobre o total de pedidos do cliente ou o objectivo de volume individualizado – permite ao fornecedor dominante fixar o limiar num nível que dificulta a mudança de fornecedor, criando-se, assim, um efeito máximo de reforço da fidelização³⁰. Pelo contrário, o limiar de volume normalizado – quando o limiar é igual para todos os clientes ou para um mesmo grupo de clientes – pode ser demasiado elevado para alguns clientes de menores dimensões e/ou demasiado baixo para clientes de maiores dimensões para criar o efeito de aumento da fidelização. No entanto, se puder ser estabelecido que o limiar do volume normalizado aproxima as necessidades de uma parte apreciável de clientes, a Comissão considerará normalmente que um sistema de descontos normalizado desta natureza pode produzir efeitos de encerramento anticoncorrencial.

c) Ganhos de eficiência

45. Se as condições indicadas na Secção III D supra forem preenchidas, a Comissão analisará as alegações apresentadas pelas empresas dominantes segundo as quais os sistemas de descontos dão origem a vantagens a nível dos custos e de outra natureza, que são transferidas para os clientes³¹. Em geral é mais fácil obter vantagens ligadas ao preço da transacção através de objectivos por volume normalizados do que através de objectivos por volume individualizados. De igual modo, os sistemas de descontos progressivos são em geral mais susceptíveis de incentivar os vendedores a produzir e vender um volume mais elevado do que os sistemas de descontos retroactivos³². Ao aplicar estas mesmas condições, a Comissão analisará as provas que demonstram que os acordos de venda exclusiva beneficiam clientes específicos, se estes acordos forem necessários para que a empresa dominante realize determinados investimentos específicos a essa relação, por forma a estar em condições de abastecer esses clientes.

B. Vendas subordinadas e agrupadas

46. Uma empresa dominante pode tentar excluir os seus concorrentes do mercado através de práticas de subordinação e agrupamento das vendas. Esta secção define as circunstâncias que poderão determinar a intervenção da Comissão quando estiver a analisar práticas de vendas subordinadas e agrupadas adoptadas pelas empresas dominantes.
47. A “subordinação” refere-se geralmente a situações em que os clientes que comprem um produto (produto subordinante) são obrigados a comprar igualmente outro produto da empresa dominante (produto subordinado). A subordinação pode assentar

³⁰ Ver Processo 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co./Comissão*, Col. [1979], p. 461, pontos 89-90; Processo T-288/97 *Irish Sugar/Comissão*, Col. [1999], p. II-2969, pontos 213; Processo T- 219/99 *British Airways/Comissão*, Col. [2003], p. II-5917, pontos 7-11 e 270-

³¹ Por exemplo, em matéria de descontos ver Processo C-95/04 P *British Airways/Comissão*, Col. [2007], p. I-2331, ponto 86.

³² A este respeito, ver Processo T-203/01 *Michelin/Comissão* (Michelin II), Col. [2003], p. I-4071, pontos 56 a 60, 74 e 75.

numa base técnica ou contratual³³. O “agrupamento” de vendas refere-se normalmente à forma como os produtos são oferecidos e tarifados pela empresa dominante. No caso do agrupamento puro, os produtos são apenas vendidos em conjunto e em proporções fixas. No caso do agrupamento misto, frequentemente referida como desconto multi-produtos, os produtos são igualmente disponibilizados separadamente, mas a soma total dos preços dos produtos vendidos em separado é superior ao preço do grupo.

48. A subordinação e o agrupamento são práticas correntes e têm por objectivo fornecer melhores produtos ou ofertas mais rentáveis aos clientes. No entanto, uma empresa que tenha uma posição dominante num (ou mais) mercado(s) de produtos de uma venda subordinada ou agrupada (referido como o mercado subordinante) pode prejudicar os consumidores através de práticas de subordinação ou do agrupamento ao encerrar o mercado em relação a outros produtos que fazem parte da subordinação ou agrupamento (referido como mercado subordinado) e, indirectamente, o mercado subordinante.
49. Em princípio, a Comissão adoptará medidas ao abrigo do artigo 82.º quando uma empresa tiver uma posição dominante no mercado subordinante³⁴ e quando, para além disso, se registarem as seguintes condições: (i) os produtos subordinantes e subordinados são produtos diferentes e (ii) é provável que a prática de subordinação possa ter um efeito de encerramento anticoncorrencial³⁵.

a) *Produtos distintos*

50. A decisão de a Comissão considerar os produtos como sendo distintos depende da procura do cliente. Dois produtos são considerados como sendo distintos se, na ausência de subordinação ou agrupamento, um número substancial de clientes comprar ou tivesse comprado o produto subordinante sem comprar igualmente o produto subordinado ao mesmo fornecedor, permitindo, desta maneira, uma produção autónoma para ambos os produtos (subordinante e subordinado)³⁶. A prova de que os dois produtos são distintos poderá incluir provas directas de que, quando existe essa possibilidade, os clientes comprem os produtos subordinantes e subordinados em separado a fontes de fornecimento diferentes ou provas indirectas, designadamente a presença no mercado de empresas especializadas no fabrico ou venda do produto subordinado sem o produto subordinante³⁷ ou de cada um dos

³³ Existe subordinação técnica quando o produto subordinante é concebido de tal forma que só funciona de maneira adequada em conjunto com o produto subordinado (e não com produtos alternativos oferecidos pelos concorrentes). A subordinação contratual ocorre quando o comprador do produto subordinante fica obrigado a comprar igualmente o produto subordinado (e não produtos alternativos oferecidos pelos concorrentes).

³⁴ A empresa deve ser dominante no mercado subordinante embora não necessariamente no mercado subordinado. Em situações de agrupamento, a empresa tem de ser dominante num dos mercados agrupados. Na situação específica de subordinação em mercados pós-venda, o critério utilizado é o de que a empresa deve ocupar um lugar dominante no mercado subordinante e/ou no mercado pós-venda subordinado.

³⁵ Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, em especial os pontos 842, 859-862, 867 e 869.

³⁶ Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, em especial os pontos 917, 921 e 922.

³⁷ Processo T-30/89 *Hilti/Comissão*, Col. [1991], P. II-1439, ponto 67.

produtos agrupados pela empresa dominante. Poderá ainda passar por provas de que as empresas com pouco poder de mercado, em especial em mercados competitivos, têm tendência a não subordinar ou agrupar produtos.

b) Encerramento anticoncorrencial do mercado subordinado e/ou subordinante

51. As práticas de subordinação e ou de agrupamento podem produzir efeitos anticoncorreciais no mercado subordinado, no mercado subordinante ou em ambos os mercados ao mesmo tempo. No entanto, ainda que o objectivo da prática de subordinação e/ou agrupamento seja proteger a posição da empresa dominante no mercado subordinante, este objectivo é realizado, de forma indirecta, através do encerramento do mercado subordinado. Para além dos factores já mencionados no ponto 19, a Comissão considera que, em geral, os seguintes factores se revestem de particular importância para a identificação de casos de encerramento anticoncorrencial, provável ou efectivo.
52. Prevê-se que o risco de encerramento anticoncorrencial será maior quando a empresa dominante confere à sua estratégia de subordinação ou agrupamento um carácter duradouro, como, por exemplo, através da prática de subordinação técnica cuja inversão é onerosa. A subordinação técnica reduz igualmente a possibilidade de revenda de componentes isolados.
53. No que diz respeito ao agrupamento, a empresa pode deter uma posição dominante em ou mais produtos do grupo. Quanto maior for o número de produtos do grupo, maior será a probabilidade de existência de um encerramento anticoncorrencial. Tal aplica-se, particularmente, se um concorrente tiver dificuldade em reproduzir esse grupo, seja de forma isolada ou em combinação com outros.
54. A subordinação pode conduzir a uma menor concorrência para os clientes interessados em comprar o produto subordinado, mas não o produto subordinante. Se não existir um número suficiente de clientes que comprem o produto subordinado isoladamente para manter os concorrentes da empresa dominante no mercado subordinado, a subordinação poderá resultar em preços mais elevados para os clientes desse produto.
55. Se o produto subordinante e o produto subordinado puderem ser utilizados em proporções variáveis como componentes de um processo de produção, os clientes podem reagir a um aumento do preço do produto subordinante através do aumento da procura do produto subordinado, diminuindo, ao mesmo tempo, a procura do produto subordinante. Ao associar os dois produtos a empresa dominante pode tentar evitar esta substituição e, consequentemente, ter capacidade para aumentar os preços.
56. Se os preços que a empresa dominante puder praticar no mercado subordinante forem regulados, a subordinação poderá permitir que a empresa dominante aumente os preços no mercado subordinado de forma a compensar a perda de receitas provocada pela regulação no mercado subordinante.
57. Se o produto subordinado for um produto complementar importante para os clientes do produto subordinante, a diminuição de fornecedores alternativos do produto subordinado e, por conseguinte, a menor disponibilidade deste produto no mercado, pode tornar mais difícil uma entrada apenas no mercado subordinante.

c) *Descontos multi-produtos*

58. A prática de um desconto multi-produtos pode ser considerada anticoncorrencial nos mercados subordinado e subordinante se o desconto for tal que impeça os concorrentes com o mesmo grau de eficiência, que oferecem apenas alguns dos componentes, de concorrer com o grupo de produtos que beneficia do desconto.
59. Em teoria, seria ideal se o efeito do desconto pudesse ser calculado, averiguando se a receita marginal cobre abrange os custos marginais de cada produto do agrupamento da empresa dominante. No entanto, na prática, a avaliação da receita marginal constitui um exercício complexo. Por conseguinte, na sua prática, a Comissão utilizará na maior parte das situações o preço adicional como um valor indicativo razoável. Se o preço adicional pago pelos clientes por cada um dos produtos do grupo da empresa dominante permanecer acima do seu CMMLP após inclusão deste produto no grupo, a Comissão, regra geral, não intervirá, uma vez que um concorrente o mesmo grau de eficiência poderá, em princípio, ter capacidade para concorrer de forma rentável com o grupo de produtos. Contudo, se o preço adicional for inferior ao CMMLP, poderá ser imposta uma medida coerciva porque nesse caso poder-se-á impedir a expansão ou entrada no mercado mesmo de um concorrente com o mesmo grau de eficiência³⁸.
60. Se as provas sugerirem que os concorrentes da empresa dominante vendem grupos de produtos semelhantes, ou poderiam fazê-lo rapidamente sem ser dissuadida por eventuais custos adicionais, a Comissão considerará, em geral, que se está perante uma situação de concorrência entre grupos de produtos. Nesse caso, a questão relevante não é a de verificar se as receitas marginais cobrem os custos marginais de cada produto do grupo, mas se o preço do grupos de produtos constitui no seu um conjunto um preço predatório.

d) *Ganhos de eficiência*

61. Se as condições enumeradas na Secção III D estiverem preenchidas, a Comissão analisará as alegações apresentadas pelas empresas dominantes segundo as quais as práticas de subordinação e agrupamento podem conduzir a economias na produção ou distribuição, em benefício dos clientes. A Comissão poderá ainda analisar se tais práticas reduzem os custos de transacção para os consumidores, que, caso contrário, seriam obrigados a comprar os componentes individualmente e se permitem aos fornecedores realizar economias significativas em termos de custos de embalagem e distribuição. A Comissão poderá igualmente examinar se a combinação de dois produtos independentes, por forma a transformá-los num novo produto único, pode tornar mais rentável a entrada mercado de um tal produto no mercado em benefício dos consumidores e se as vendas subordinadas ou agrupadas permitem ao fornecedor repercutir os ganhos de eficiência resultantes da produção ou compra de grandes quantidades do produto subordinado.

³⁸ Em princípio, nestes casos, o indicador do CMMLP é relevante em relação aos custos, na condição de que os concorrentes não tenham também capacidade para vender grupos de produtos. (ver pontos 22 a 26 e 60).

C. Comportamento predatório

62. De acordo com as suas prioridades a nível da aplicação das regras, a Comissão intervirá, regra geral, sempre que existirem provas de que uma empresa dominante adopta um comportamento predatório, suportando deliberadamente perdas ou prescindindo deliberadamente de ganhos a curto prazo (comportamento designado a seguir por “sacrifício”), por forma a excluir ou poder vir a excluir um ou mais dos seus concorrentes, existentes ou potenciais, com o objectivo de reforçar ou manter o seu poder de mercado e prejudicando desta forma o consumidor³⁹.
- a) *Sacrifício*
63. A Comissão considerará um comportamento como comportando um sacrifício quando a empresa dominante, em resultado da aplicação de um preço inferior à totalidade ou a uma parte específica da sua produção durante o período de tempo relevante ou em resultado do desenvolvimento da sua produção durante o período de tempo relevante, tiver registado ou estiver a registar perdas que poderiam ter sido evitadas. 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 sua produção, a empresa dominante não está a cobrir os custos que poderiam ter sido evitados sem esta produção: está assim a registar uma perda que poderia ter evitado⁴⁰. A Comissão considerará, na maior parte dos casos, a fixação de preços abaixo do CEM como um indício claro de um sacrifício⁴¹.
64. No entanto, o conceito de sacrifício não inclui apenas a prática de preços abaixo do CEM⁴². Para demonstrar a existência de uma estratégia predatória, a Comissão poderá, igualmente, ter de investigar se o alegado comportamento predatório conduziu, a curto prazo, à obtenção de receitas líquidas inferiores às que poderia obter se a empresa tivesse adoptado um comportamento diferente razoável, i.e. se a

³⁹ A Comissão poderá, igualmente, analisar práticas predatórias realizadas pelas empresas dominantes em mercados secundários onde ainda não são dominantes. Este tipo de prática abusiva é mais provável em sectores onde as actividades estão protegidas por um monopólio legal. Ainda que a empresa dominante não necessite de exercer práticas predatórias para proteger a sua posição dominante no mercado protegido pelo monopólio legal, pode utilizar os ganhos obtidos no mercado do monopólio para financiar, através de subsídios cruzados, as suas actividades noutros mercados e, desta forma, ameaçar excluir a concorrência efectiva nesse mercado.

⁴⁰ Na maior parte dos casos o custo evitável variável médio (CVM) e o CEM serão idênticos, na medida em que normalmente só é possível evitar os custos variáveis. No entanto, quando o CVM e o CEM são diferentes, o CEM reflecte melhor a possível existência de um sacrifício: por exemplo, se a empresa dominante teve de aumentar a capacidade de forma a poder ter um comportamento predatório, então os preços mais baixos resultantes desta capacidade alargada devem ser levados em consideração durante a análise das perdas da empresa dominante. Estes custos reflectem-se no CEM mas não no CVM.

⁴¹ No processo AKZO, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias deliberou o seguinte em matéria de fixação de preços abaixo do custo variável médio (CVM): “uma empresa dominante não tem nenhum interesse em aplicar esses preços excepto se tiver por objectivo eliminar concorrentes de maneira a poder, posteriormente, aumentar os seus preços aproveitando a sua posição de monopólio, uma vez que cada venda gera uma perda...”. (Processo 62/86 AKZO Chemie/Comissão, Col. [1991], p. I-3359, ponto 71).

⁴² Se a estimativa do custo se basear no custo directo de produção (tal como evidenciado nas contas da empresa) pode não reflectir adequadamente a existência ou ausência de um sacrifício.

empresa dominante registou uma perda que poderia ter sido evitada⁴³. A Comissão não procederá à comparação do comportamento efectivo com comportamentos alternativos, hipotéticos ou teóricos, que poderiam ter sido mais rentáveis. Apenas serão analisadas os comportamentos racionais e exequíveis do ponto de vista económico que, tendo em conta as condições do mercado e as realidades comerciais com que se depara a empresa dominante, podem, de forma realista, ser consideradas como mais rentáveis.

65. Em determinados casos será possível o recurso provas directas, constituídas por documentos da empresa dominante, que demonstram de forma inequívoca a existência de uma estratégia predatória⁴⁴, como, por exemplo, um plano pormenorizado que preveja um sacrifício, com o objectivo de excluir um rival, evitar a entrada de um concorrente ou de evitar o surgimento de um novo mercado, bem como provas de ameaças concretas de acções predatórias⁴⁵.

b) *Encerramento anticoncorrencial*

66. Se existirem dados fiáveis suficientes, a Comissão utilizará a chamada análise do concorrente com o mesmo grau de eficiência, tal como descrito nos pontos 24 a 26, para determinar se esse comportamento pode ser prejudicial para os consumidores. Em princípio, só a fixação de preços abaixo do CMMLP é susceptível de excluir do mercado concorrentes com o mesmo grau de eficiência.
67. Para além dos factores já descritos no ponto 20, a Comissão investigará, regra geral, se, e em que medida, a alegada prática reduz a probabilidade de as empresas rivais exercerem uma concorrência. Por exemplo, se a empresa dominante dispuser de melhores informações sobre os custos ou outras condições de mercado, ou puder distorcer os sinais do mercado relativamente à rentabilidade, pode ter um comportamento predatório com vista a influenciar as expectativas de possíveis novos operadores e, por conseguinte, dissuadi-los da sua entrada no mercado visado. Se a prática e as suas consequências prováveis se fizerem sentir em vários mercados e/ou numa fase posterior, na eventualidade de novas entradas, poderá demonstrar-se que a empresa dominante está a tentar adquirir a reputação de uma empresa predatória. Se o concorrente visado estiver dependente do financiamento externo, reduções significativas dos preços ou outras práticas predatórias da empresa dominante podem afectar negativamente o desempenho do concorrente, o que poderá comprometer seriamente o seu acesso a financiamento no futuro.
68. A Comissão não considera que seja necessário demonstrar que os concorrentes foram excluídos do mercado para poder demonstrar que existiu um encerramento

⁴³ No entanto, as empresas não devem ser penalizadas por sofrerem perdas *ex post*, quando a decisão *ex ante* de assumir esse comportamento foi adoptada de boa fé, i.e. se puderem apresentar provas determinantes de que seria razoável esperar que a actividade fosse rentável.

⁴⁴ Ver Processo T-83/91 *Tetra Pak International/Comissão (Tetra Pak II)*, Col. [1994], p. II-755, pontos 151, 171, e Processo T-340/03 *France Télécom/Comissão*, Col. [2007], p. II-107, pontos 198 a 215.

⁴⁵ No Processo AKZO (Processo 62/86 *AKZO Chemie/Comissão*, Col. [1991], p. I-3359), o Tribunal aceitou a existência de provas claras de a AKZO ter proferido ameaças/a ECS, no decorrer de duas reuniões, afirmando que praticaria preços abaixo do custo se esta empresa não se retirasse do mercado de peróxidos orgânicos. Para além disso, existia um plano pormenorizado, com dados quantificados, que descrevia as medidas que a AKZO aplicaria se a ECS não se retirasse deste mercado (ver pontos 76-82, 115 e 131-140).

anticoncorrencial. Não pode excluir-se a possibilidade de a empresa dominante poder preferir impedir os seus concorrentes de lhe moverem uma concorrência agressiva e fazer com que estes alinhem os seus preços com os preços fixados pela empresa dominante em vez de os excluir totalmente do mercado. Esse comportamento evita o risco inerente ao desaparecimento de concorrentes, sobretudo o risco de que os seus activos sejam vendidos a baixo preço e permanecerem no mercado, permitindo o aparecimento de um novo concorrente cujos custos seriam baixos.

69. Em geral, é provável que os consumidores sejam prejudicados se a empresa dominante puder razoavelmente esperar que o seu poder de mercado, após o termo das práticas predatórias, seja superior ao que teria se não tivesse adoptado essas práticas, i.e. se é susceptível de retirar um benefício do seu sacrifício.
70. Isto não significa que a Comissão intervirá apenas em situações onde seja provável que a empresa dominante aumente os preços acima do nível existente no mercado antes da prática predatória. Por exemplo, é suficiente que a prática possa impedir ou atrasar uma baixa nos preços que, caso contrário, teria ocorrido. A identificação do prejuízo para o consumidor não é feita mediante um mero cálculo mecânico de ganhos e perdas e não é necessária a prova de existência de ganhos globais. O possível prejuízo para o consumidor pode ser demonstrado através da avaliação da probabilidade de existência de um efeito de encerramento devido às práticas adoptadas, em conjunto com a análise de outros factores, nomeadamente as barreiras à entrada⁴⁶. Neste contexto, a Comissão procederá igualmente a uma análise das possibilidades de reentrada.
71. Poderá ser mais fácil para a empresa dominante a adopção de um comportamento predatório se seleccionar grupos-alvo de consumidores específicos para aplicar os preços baixos, na medida em que esta iniciativa permitirá limitar as suas perdas.
72. É menos provável que a empresa dominante adopte um comportamento predatório se o preço baixo for aplicado de maneira geral e durante um longo período de tempo.

c) *Ganhos de eficiência*

73. Em princípio, é pouco provável que a prática predatória dê origem a ganhos de eficiência. No entanto, desde que as condições descritas na Secção III D estejam preenchidas, a Comissão analisará as alegações apresentadas pelas empresas dominantes segundo as quais esta fixação de preços baixos permite à empresa atingir economias de escala ou ganhos de eficiência ligados à expansão do mercado.

⁴⁶ Este argumento foi confirmado pelo Processo T-83/91 *Tetra Pak/Comissão (Tetra Pak II)*, Col. [1994], p. II-755, sustentado em recurso interposto perante o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Processo C-333/94 P *Tetra Pak International/Comissão*, Col. [1996], p. I-5951, em que o Tribunal de Primeira Instância declarou não ser necessária a prova da recuperação real das perdas (ponto 150 *in fine*). De maneira mais geral, como a prática predatória pode revelar-se mais difícil do que o esperado aquando do início da prática, os custos totais incorridos pela empresa dominante devido ao comportamento predatório podem contrabalançar os ganhos posteriores, tornando, assim, a recuperação real impossível, ainda que possa continuar a ser racional adoptar a decisão de prosseguir a estratégia predatória que teve início há algum tempo. Ver, igualmente, COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, Decisão da Comissão de 16 de Julho de 2003, pontos 332-367.

D. Recusa de fornecimento

74. Ao definir as suas prioridades em matéria de aplicação das regras, a Comissão parte do princípio que cada empresa, dominante ou não, deve ter o direito a escolher os seus parceiros comerciais e dispor livremente dos seus bens. Por conseguinte, a Comissão considera que intervenções na área do Direito da Concorrência devem ser cuidadosamente analisada sempre que a aplicação do artigo 82.º conduza à imposição de uma obrigação de fornecimento por parte da empresa dominante⁴⁷. A verdade é que a existência dessa obrigação, mesmo contra uma remuneração justa, poderá dissuadir a empresa de investir e inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores. O conhecimento de que poderá existir uma obrigação de fornecimento contra a sua vontade pode conduzir as empresas dominantes – ou empresas que prevêm tornar-se dominantes – a não investirem ou investirem menos na actividade em questão. Os concorrentes poderão sentir-se igualmente tentados a aproveitar os investimentos feitos pela empresa dominante em vez de serem eles os investidores. A longo prazo, nenhuma destas consequências seria benéfica para os consumidores.
75. Em geral, ocorrem problemas de concorrência quando as empresas dominantes concorrem com o comprador a quem se recusam a vender num mercado “a jusante”. Entende-se por “mercado a jusante” o mercado no qual o componente cuja venda é recusada é essencial para a produção de um produto ou para o fornecimento de um serviço. Esta secção aborda apenas este tipo de recusas.
76. Outros tipos de recusa de fornecimento potencialmente ilícitos, que consistem em subordinar o fornecimento à aceitação, por parte do comprador, de limites ao seu próprio comportamento não serão tratados na presente secção. Assim, a interrupção de um fornecimento efectuada a fim de punir os clientes por se terem dirigido a concorrentes ou a recusa de aprovisionar clientes que não aceitam vendas subordinadas, por exemplo, serão examinadas pela Comissão à luz dos princípios enunciados nas secções relativas aos acordos exclusivos e às vendas subordinadas e agrupadas. Do mesmo modo, a recusa de fornecimento que tenha em vista impedir o comprador de exercer um comércio paralelo⁴⁸ ou de baixar o seu preço de revenda não serão tratados na presente secção.
77. O conceito de recusa de fornecimento abrange um leque alargado de práticas, como a recusa de fornecimento de produtos a clientes novos ou já existentes⁴⁹, de licenciamento de direitos de propriedade intelectual⁵⁰, incluindo os casos em que é

⁴⁷ Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comissão (Magill)*, ponto 50, Col. [1995], p. I-743; Processo C-418/01, *IMS Health/NDC Health*, ponto 35, Col. [2004], p. I-5039; Processo T-201/04, *Microsoft/Commission*, pontos 319, 330 à 332 e 336, Col. [2007], p. II-3601.

⁴⁸ Ver acórdão de 16 de Setembro de 2008 nos processos apensos C-468/06 a C-478/06 *Sot. Lélos kai Sia e outros/GlaxoSmithKline*, ainda não publicado.

⁴⁹ Processos apensos 6/73 e 7/73 *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão*, Col. [1974], p. 223.

⁵⁰ Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Comissão (Magill)*, Col. [1995], p. 743; Processo C-418/01 *IMS Health/NDC Health*, Col. [2004], p. I-5039. Estes acórdãos mostram que, em circunstâncias excepcionais, a recusa de licenciamento de um direito de DPI, pode ser abusiva.

necessário fornecer informações sobre uma interface⁵¹, ou a recusa de concessão de acesso a uma instalação ou a uma rede essencial⁵².

78. A Comissão não considera necessário que o produto recusado já tenha sido comercializado: é suficiente que exista uma procura por parte de potenciais compradores e que se possa identificar um mercado potencial para o produto em questão⁵³. De igual forma, não é necessário a existência de uma recusa efectiva por parte da empresa dominante, sendo suficiente a existência de uma “recusa implícita”. A recusa implícita pode, por exemplo, revestir a forma de atrasos indevidos ou outras práticas que levem a uma degradação do fornecimento do produto, bem como envolver a imposição de condições não razoáveis em troca do fornecimento.
79. Por último, Em vez de recusar o fornecimento, uma empresa dominante pode cobrar um preço pelo produto no mercado “a montante” que, em comparação com preço cobrado no mercado “a jusante”⁵⁴, não permite que mesmo um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça de uma forma rentável e duradoura actividades no mercado a jusante (denominado por “compressão das margens”). Nos casos de compressão das margens, a Comissão utiliza o CMMLP do departamento a jusante da empresa dominante integrada⁵⁵ como indicador comparativo para determinar os custos de um concorrente com o mesmo grau de eficiência.
80. A Comissão irá analisar prioritariamente estas práticas no âmbito da aplicação das regras de concorrência, desde que estejam cumulativamente reunidas as seguintes circunstâncias:
- A recusa incide num produto ou serviço objectivamente necessário para uma concorrência efectiva num mercado a jusante;
 - A recusa pode ter como resultado a eliminação da concorrência efectiva no mercado a jusante;
 - A recusa é susceptível de conduzir a um prejuízo para o consumidor.
81. Em alguns casos específicos, pode ser evidente que a imposição da obrigação de fornecimento não terá, manifestamente, efeitos negativos sobre os incentivos do proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante, seja de forma *ex ante* ou *ex post*. A Comissão considera que tal ocorre, nomeadamente quando uma regulamentação compatível com o Direito Comunitário já impõe à empresa dominante a obrigação de fornecimento e quando é evidente, a

⁵¹ Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201 *Microsoft/Comissão*.

⁵² Ver Decisões da Comissão *B&I Line/Sealink Harbours e Stena Sealink* [1992] 5 CMLR 255; IV/34.689 *Sea Containers/Stena Sealink – Medidas Provisórias* (Decisão da Comissão de 94/19/CE de 21 de Dezembro de 1993, JO 1994 L 15, 18.01.1994, pp. 8–19); IV/33.544 *British Midland/Aer Lingus* (Decisão da Comissão 92/213/CEE de 26 de Fevereiro de 1992, JO 1992 L 96, 10.04.1992, pp. 34–45). Processo C-418/01 *IMS Health/NDC Health*, Col. [2004], p. I-5039, ponto 44.

⁵³ Tal é o caso, nomeadamente quando uma empresa integrada que vende um “sistema” de produtos complementares recusa a venda de um dos produtos complementares numa base desagregada a um concorrente que produz os outros produtos complementares.

⁵⁴ No entanto, em determinados casos, o CMMLP de um concorrente a jusante não integrado pode ser utilizado como critério de referência, designadamente quando não é possível atribuir os custos incorridos pela empresa dominante a operações a jusante e a montante.

partir das considerações subjacentes a essa regulamentação, que o necessário equilíbrio em matéria de incentivos já foi atingido pela autoridade pública aquando da imposição da obrigação. Tal poderá ocorrer igualmente quando a posição da empresa dominante no mercado a montante foi desenvolvida ao abrigo da protecção de direitos especiais ou exclusivos ou foi financiada por recursos estatais. Nessas circunstâncias, não existem razões para que a Comissão se desvie da sua norma geral de aplicação, podendo demonstrar o provável efeito de encerramento anticoncorrencial sem verificar se as três condições cumulativas acima referidas estão reunidas.

a) *Necessidade objectiva do meio de produção*

82. Ao analisar se uma recusa de fornecimento deve ser objecto de uma atenção especial, a Comissão avaliará se o fornecimento do produto recusado é, de forma objectiva, indispensável para que os operadores possam concorrer de maneira efectiva no mercado. Isto não significa que, sem o produto recusado, nenhum concorrente pode sobreviver no mercado a jusante⁵⁶. Pelo contrário, um meio de produção é indispensável quando no mercado a jusante não existe nenhum substituto real ou potencial que possa ser utilizado pelos concorrentes para contrabalançar – pelo menos a longo prazo – as consequências negativas da recusa⁵⁷. Assim, a Comissão irá, regra geral, proceder a uma avaliação para verificar se os concorrentes poderiam reproduzir com eficácia o meio de produção produzido pela empresa dominante num futuro previsível⁵⁸. A noção de reprodução significa a criação de uma fonte alternativa de fornecimento eficiente, que permita os concorrentes exercerem uma pressão competitiva sobre a empresa dominante no mercado a jusante⁵⁹.
83. Os critérios descritos no parágrafo 80 aplicam-se tanto a casos de interrupção de um fornecimento anterior como a recusas de fornecimento de um bem ou serviço que a empresa dominante não forneceu anteriormente a outros (recusa de fornecimento *de novo*). No entanto, o facto de ser posto termo a um acordo de fornecimento existente será considerado, na maioria dos casos, mais abusivo que uma recusa de fornecimento *de novo*. Assim, se, por exemplo, a empresa dominante tiver fornecido anteriormente a empresa requerente e esta tiver realizado investimentos específicos destinados a essa relação comercial, por forma a poder utilizar posteriormente o meio de produção cujo fornecimento veio a ser posteriormente recusado, é mais provável que a Comissão considere o produto em questão como indispensável. De igual modo,

⁵⁶ Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, pontos 428 e 560-563.

⁵⁷ Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 *Radio Telefís Éireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP)/Comissão (Magill)*, Col. [1995], p. 743, pontos 52 e 53; Processo 7/97 *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft e Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Col. [1998], p. I-7791, pontos 44-45; Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, 421.

⁵⁸ Em geral, é provável que seja impossível reproduzir um meio de produção quando este envolve um monopólio natural devido às economias de escala ou de gama, quando existem efeitos de rede significativos ou quando dizem respeito à denominada “fonte de informação única”. No entanto, em todos os casos deve-se ter em conta a natureza dinâmica do sector e, sobretudo, se o poder de mercado pode ou não ser rapidamente dissipado.

⁵⁹ Processo 7/97 *Oscar Bronner/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft e Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Col. [1998], p. I-7791, ponto 46; Processo C-418/01 *IMS Health/NDC Health*, Col. [2004], p. I-5039, ponto 29.

o facto de o proprietário do meio de produção indispensável ter considerado no passado que era do seu interesse fornecê-lo indica que este fornecimento não acarreta o risco de se vir a traduzir numa remuneração insuficiente do investimento inicial do proprietário. Por conseguinte, incumbe à empresa dominante demonstrar em que medida se verificou uma alteração das circunstâncias a ponto de a manutenção do fornecimento passar a comprometer uma remuneração adequada para si.

b) *Eliminação da concorrência efectiva*

84. desde que os requisitos enunciados nos pontos 82 e 83 estejam preenchidos, a Comissão considera que, regra geral, a recusa de fornecimento pela empresa dominante pode eliminar, imediatamente ou a prazo, a concorrência efectiva no mercado a jusante. A probabilidade de a concorrência efectiva ser eliminada é, em geral, tanto maior quanto maior for a quota de mercado da empresa dominante no mercado a jusante; quanto menor for a capacidade de pressão da empresa dominante em relação aos concorrentes no mercado a jusante; quanto maior for a possibilidade de substituição do componente da empresa dominante e a dos seus concorrentes no mercado a jusante; quanto maior for a proporção de concorrentes afectados no mercado a jusante e quanto maior for a probabilidade de a procura, que poderia ser satisfeita pelos concorrentes excluídos, reverter em proveito da empresa dominante.

c) *Prejuízo para o consumidor*

85. Ao analisar o impacto provável de uma recusa de fornecimento no bem-estar dos consumidores, a Comissão irá examinar se as consequências negativas para os consumidores resultantes da recusa de fornecimento no mercado relevante compensam a prazo as consequências negativas prováveis da imposição de obrigação de fornecimento. Se for esse o caso, a Comissão irá provavelmente prosseguir o caso.
86. A Comissão considera que o prejuízo ao consumidor pode, por exemplo, surgir quando os concorrentes excluídos pela empresa dominante são, em resultado da recusa, impedidos de introduzir bens ou serviços inovadores e/ou quando é provável que a inovação subsequente venha a ser travada⁶⁰. Esta situação poderá ocorrer se a empresa que requer o fornecimento não tenciona limitar-se apenas à reprodução de bens ou serviços já oferecidos pela empresa dominante no mercado a jusante, mas tenciona produzir bens e serviços novos ou melhorados para os quais existe, potencialmente, uma procura por parte do consumidor ou que é provável que contribuam para o desenvolvimento técnico⁶¹.
87. A Comissão considera igualmente que a recusa de fornecimento pode resultar em prejuízo para o consumidor quando o preço do *meio de produção* no mercado a montante é regulado, ao contrário do preço no mercado a jusante, que não é regulado, e a empresa dominante, ao excluir concorrentes no mercado a jusante através da recusa de fornecimento, é capaz de obter mais ganhos no mercado a jusante não regulado, do que se essa recusa não ocorresse.

⁶⁰ Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, pontos 643, 647-649, 652-653 e 656.

⁶¹ Processo C-418/01 *IMS Health/NDC Health*, Col. [2004], p. I-5039, ponto 49; Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, ponto 658.

d) *Ganhos de eficiência*

88. A Comissão analisará as alegações apresentadas pela empresa dominante segundo as quais a recusa de fornecimento é necessária para obter um retorno adequado do investimento que é essencial para desenvolver a actividade de fornecimento dos meios de produção, gerando, assim, incentivos para continuar a investir no futuro, levando também em consideração o risco de projectos falhados. A Comissão analisará igualmente as alegações apresentadas pela empresa dominante segundo as quais a sua própria capacidade de inovação será comprometida pela obrigação de fornecimento ou pelas alterações estruturais nas condições de mercado que poderão surgir como consequência desta obrigação, incluindo o prosseguimento da inovação no futuro por parte dos concorrentes.
89. No entanto, ao analisar essas alegações, a Comissão irá garantir que as condições descritas na Secção III D estão a ser respeitadas. Cabe, sobretudo, à empresa dominante demonstrar o impacto negativo que a obrigação de fornecimento poderá ter sobre os seus níveis de inovação⁶² e o facto de uma empresa dominante ter fornecido anteriormente o meio de produção em questão pode ser relevante para a avaliação de argumentos que tendem a justificar a recusa de fornecimento por motivos de eficiência.

⁶² Acórdão de 17 de Setembro de 2007 no Processo T-201/04 *Microsoft/Comissão*, Col. [2007], p. I-3601, ponto 659.