

UNIVERSIDADE DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**O critério do concorrente igualmente eficiente nos abusos por  
descontos de fidelização ou exclusividade (com especial destaque para  
o atual caso Intel e o acórdão Post Danmark II)**

Patrícia Sofia Ferreira de Moraes

Mestrado em Ciências Jurídico-Financeiras

2018



UNIVERSIDADE DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**O critério do concorrente igualmente eficiente nos abusos por  
descontos de fidelização ou exclusividade (com especial destaque para  
o atual caso Intel e o acórdão Post Danmark II)**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
para obtenção do grau de mestre em Ciências Jurídico-Financeiras

Por Patrícia Sofia Ferreira de Morais

Sob orientação do Sr. Professor Doutor Miguel Moura e Silva

Lisboa, 2018

## *Agradecimentos*

*Aos meus pais, que além de sempre me incentivarem a seguir o meu caminho e ajudarem a alcançar os meus sonhos, estão sempre comigo nos bons e maus momentos.*

*Ao meu irmão, pela saudável concorrência, companheirismo e apoio incondicional.*

*Aos melhores amigos académicos, que se tornaram companheiros de vida, Luís, Rafaela, Ricardo, Rita e Teresa, pela amizade, solidariedade, força e alegria com que me acompanharam ao longo de todo este percurso.*

*À Andreia, Diana e Jéssica, pelo apoio e motivação.*

*Ao meu orientador, Exm<sup>o</sup> Sr. Prof. Miguel Moura e Silva, por toda a disponibilidade e ajuda.*

*À Biblioteca da Autoridade da Concorrência, que na pessoa da Exm<sup>a</sup> Manuela Abelha Louro, me ajudou na investigação da presente dissertação.*

## Resumo

A presente dissertação terá como objetivo primário perceber de que forma funciona o critério do concorrente igualmente eficiente, no âmbito dos descontos de fidelização ou exclusividade. De que forma, através da aplicação deste, podem, os descontos de fidelidade, ser abusivos, ou não, na aceção do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). De maneira a que o leitor possa ter um panorama geral do tipo de descontos existentes, no âmbito da União Europeia, e do Direito da Concorrência, far-se-á uma abordagem aos tipos de descontos existentes. O nosso foco irá incidir, principalmente, nos descontos de fidelização, pois são estes que merecem a nossa maior atenção, face ao objeto da presente dissertação. Porque é que estes são abusivos, nos termos do artigo 102.º TFUE? De que forma é que poderão não ser considerados abusivos? São tudo questões a abordar e esclarecer. Não se poderá, também, deixar de analisar as desvantagens que os descontos de fidelização trazem ao Direito da Concorrência, impelindo a Comissão a ter de atuar para averiguar eventuais abusos. Também serão abordadas as vantagens deste tipo de descontos, pois os descontos não têm só efeitos nocivos, podendo ter ainda efeitos positivos.

Em relação à abordagem ao critério do concorrente igualmente eficiente tentará mostrar-se, de uma forma teórico-prática, qual é o seu objetivo, a que é que se aplica e quais são as consequências da sua aplicação. Será este suficiente para se aferir se estamos perante um abuso?

Os acórdãos *Post Danmark II* e *Intel* não poderiam ser deixados de parte, pois além de envolver abusos de posição dominante por concessão de descontos de fidelidade, foram dois marcos importantes para a aplicação do teste *as-efficient-competitor*.

**PALAVRAS-CHAVE: Descontos de Fidelidade, Abuso, Eficiência, Exclusão, Concorrente.**

## **Abstract**

The main aim of this dissertation is to understand how the as-efficient – competitor test works, regarding loyalty rebates or exclusivity. In what way, through its application, loyalty rebates may be abusive within the meaning of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union. To present the reader with an overview of the existing rebates within the European Union and Competition Law, the approach will be based on the analysis of the Article 102, while attempting to understand: why are they abusive? How can they not be abusive? These are all issues that will be addressed and clarified. Additionally, the work provides an analysis on the disadvantages of loyalty discounts within the scope of competition law, impelling the Commission to act by investigating possible abuses. The present thesis will also consider the possible advantages, namely price discrimination, fostered by fidelity discounts.

Concerning the as-efficient–competitor test, the work will attempt to explain, in a theoretical and practical manner, its purpose, its applications and its consequences. Will it be enough to assert if we are dealing with abusive practices?

Finally, the Post Danmark II and Intel sentences could not be ruled out, as they involved abuses of dominant position by granting loyalty rebates, and were two important milestones for the application of the as-efficient-competitor test.

**KEY WORDS: Fidelity Rebates, Abuse, Efficiency, Exclusion, Competitor.**

## **Abreviaturas**

Ac. – Acórdão.

AEC – As-Efficient-Competitor.

C. – Contra.

CE – Comunidade Europeia.

CEM – Custo Evitável Médio.

CMMLP – Custo Marginal Médio a Longo Prazo.

EUA – Estados Unidos da América.

Para. – Parágrafo.

OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico.

P. – Página.

Proc. – Processo.

SS. – Seguintes.

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia.

UE – União Europeia.

V. – Versus.

## Índice

|   |    |
|---|----|
| 1. Introdução .....   | 10 |
| 2. Descontos .....  | 12 |
| 2.1 Tipos de Descontos .....  | 12 |
| 2.1.1. Descontos condicionais e descontos não condicionais .....  | 13 |
| 2.1.2 Descontos de Quantidade.....  | 16 |
| 2.1.3 Descontos de Fidelidade .....   | 17 |
| 2.1.4. Descontos Multi-produtos ( <i>mixed-bundling</i> ).....  | 18 |
| 2.1.5 Descontos Alvo.....   | 20 |
| 3. Os Abusos por Descontos de Fidelidade ou Exclusividade .....   | 21 |
| 3.1. Efeitos Anti Concorrenciais dos Descontos de Fidelidade.....   | 26 |
| 3.2. Efeitos benéficos dos Descontos de Fidelidade para a Concorrência.....                                     | 27 |
| 3.3. Como podem os descontos de fidelidade não ser considerados abusivos na aceção do art. 102.º do TFUE? ..... | 30 |
| 4. O Critério do Concorrente Iguamente Eficiente.....   | 33 |
| 4.1. Definição e enquadramento .....  | 33 |
| 4.1.1. Nos Estados Unidos da América .....  | 34 |
| 4.1.2. A adoção do AEC teste na União Europeia e no seu Direito da Concorrência                                 | 36 |
| 4.2. Funcionamento.....   | 40 |
| 4.3. Importância do Critério no âmbito dos descontos de fidelidade.....   | 43 |
| 4.4. Vantagens e desvantagens da aplicação do critério .....  | 47 |
| 5. Jurisprudência.....  | 51 |
| 5.1. Em matéria de descontos de fidelidade e acordos de exclusividade.....                                      | 51 |
| 5.1.1. Acórdão <i>Hoffmann – La Roche</i> .....   | 51 |
| 5.1.2. Acórdão <i>Michelin II</i> .....   | 52 |
| 5.1.3. Acórdão <i>British Airways</i> .....   | 53 |
| 5.1.4. Acórdão <i>Tomra</i> .....   | 57 |

|  |    |
|--|----|
| 5.2. Em especial os casos <i>Post Danmark II</i> e <i>Intel</i> .....                | 60 |
| 5.2. Caso <i>Post Danmark II</i> .....   | 60 |
| 5.2.1. Descontos de Fidelidade .....   | 64 |
| 5.2.2. Importância do critério do concorrente igualmente eficiente .....             | 67 |
| 5.3. Caso <i>Intel</i> .....   | 68 |
| 5.3.1. Descontos de Fidelidade .....   | 70 |
| 5.3.2. Relevância da aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente ..... | 74 |
| Conclusão .....  | 82 |
| Referências Bibliográficas .....   | 84 |

## 1. Introdução

Esta dissertação tem como objetivo perceber de que forma o critério do concorrente igualmente eficiente tem sido abordado pela União Europeia e o Direito da Concorrência, nomeadamente em relação aos abusos por descontos de fidelização ou exclusividade. Sendo que depois se tentará perceber de que forma se tem implementado e abordado este critério, em relação à problemática dos descontos.

A metodologia utilizada passou por uma primeira investigação à Jurisprudência existente relacionada com o objeto do estudo. Tal investigação serviu para começar a estruturar um plano de dissertação. Posteriormente passou-se a uma investigação mais aprofundada e concreta, recorrendo a uma análise da doutrina e de referências bibliográficas de várias ordens, provenientes da União Europeia, autoridades da concorrência, entre outras, que serviram para o enquadramento teórico do tema.

A presente dissertação está dividida em seis capítulos. Em primeiro lugar, far-se-á uma abordagem aos descontos, definindo, de forma sucinta, ainda que breve de cada uma das categorias existentes. Posteriormente, tratar-se-á, com maior destaque, dos descontos de fidelidade/exclusividade, passando pela definição, efeitos nocivos e positivos para a concorrência. Depois far-se-á também uma abordagem à justificação objetiva e à defesa de eficiência e de que forma estas poderão “legitimar” a concessão de descontos de fidelidade.

Em seguida, passamos à análise do critério do concorrente igualmente eficiente. Começar-se-á por um enquadramento histórico, fazendo uma pequena abordagem do surgimento do teste AEC nos Estados Unidos da América, com as Escolas de Harvard e Chicago, passando depois à União Europeia. Depois de explicado como surgiu o critério, ir-se-á dissertar sobre o funcionamento do mesmo, fazendo-se alusão aos vários acórdãos, não de forma exaustiva, uma vez que, no contexto desta dissertação, serão os casos *Intel* e *Post Danmark* que irão merecer a nossa maior atenção.

Para se finalizar este tópico ir-se-á concluir com um capítulo que faz uma abordagem às vantagens e desvantagens da aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente.

Já em jeito de conclusão, ir-se-á analisar-se-á a forma como a jurisprudência tem atuado relativamente a esta temática, ao estudar algumas das suas principais decisões, dando especial incidência aos Acórdãos *Post Danmark II* e *Intel*.

E por fim, far-se-á uma breve exposição crítica sobre o tema da dissertação, culminando a mesma num capítulo conclusivo.

## 2. Descontos

Os descontos fazem parte da realidade atual das várias economias, na medida em que é aceitável e usual que uma empresa faça descontos aos seus clientes. No entanto, no contexto da União Europeia (UE) as políticas de descontos das empresas em posição dominante têm sido objeto de uma análise mais pormenorizada, uma vez que esses descontos poderão ser gerar eventuais abusos, nos termos do art. 102.º do TFUE.

Nas palavras de CARLOS BOTELHO MONIZ e PEDRO GOUVEIA E MELO<sup>1</sup> “as políticas de descontos das empresas consideradas dominantes têm sido objeto de uma jurisprudência restritiva por parte dos tribunais europeus no que respeita à sua compatibilidade com o artigo 102.º TFUE, que proíbe o abuso de posição dominante”.

Enquanto formas de promoção de vendas, os descontos são bastante comuns no mercado. Os problemas começam a aparecer quando as empresas dominantes num determinado mercado os usam, abusando do seu domínio no dito mercado. Esse comportamento é abrangido pelo art. 102.º TFUE.

Como se sabe o abuso da posição dominante, tem uma grande importância no Direito da Concorrência, tendo gerado diversos comentários e jurisprudência, tanto da parte da Comissão como dos Tribunais, por forma a ser esclarecida a sua aplicação.<sup>2</sup>

Serão abordados alguns tipos de descontos, dando especial relevância aos descontos de exclusividade/fidelização, na medida em que têm sido esses a originar mais problemas, e serão estes que têm maior relevância na dissertação, passando-se depois aos efeitos dessa prática bem como à análise dos mecanismos utilizados pela Comissão e pelos Tribunais Europeus para a sua censura e condenação.

### 2.1 Tipos de Descontos

Os descontos podem ser de vários tipos e maleáveis, não sendo possível fazer uma lista exaustiva de todos os tipos de descontos. O fornecedor poderá fazer um desconto que abrange todos os materiais ou componentes que o cliente adquirir ou por outro lado

---

<sup>1</sup>MONIZ, Carlos Botelho e GOUVEIA E MELO, Pedro, *Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos?* – Newsletter MLGTS – Nº24, abril 2016 – disponível em [https://www.mlghts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters\\_Boletins/2016/Newsletter\\_Europeu\\_e\\_Concorrencia\\_n.o\\_24\\_PT.pdf](https://www.mlghts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2016/Newsletter_Europeu_e_Concorrencia_n.o_24_PT.pdf)

<sup>2</sup> Ver MOURA E SILVA, Miguel, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra, 2010.

poderá fazer desconto apenas num único item. Os descontos podem incidir sobre uma determinada venda ou sobre o conjunto de vendas durante um determinado período de tempo; podem consistir num abatimento ao preço de compra ou num crédito na compra de mais produtos, de igual ou distinta natureza, etc..

A distinção mais comum é a que se faz entre descontos condicionais e descontos incondicionais ou não condicionais, adotada pela Comissão Europeia, no art. 102.º do TFUE.

### **2.1.1. Descontos condicionais e descontos não condicionais**

Em relação aos descontos condicionais, estes são concedidos aos clientes para de alguma forma os “recompensar por um comportamento de compra específico”<sup>3</sup>. Como refere RICARDO BORDALO JUNQUEIRO<sup>4</sup>, “estes descontos são atribuídos em função do comportamento de compras da entidade beneficiária, procurando recompensá-la pela concentração das mesmas junto da empresa que os concede”.

Este tipo de descontos é usado pelos fornecedores para aumento de vendas, criar publicidade, entre outros. Normalmente, mediante certas condições, os retalhistas oferecem maior quantidade de produto, por um preço mais baixo, ou fazem promoções num determinado produto. Através destes descontos, as empresas procuram beneficiar os consumidores e ao mesmo tempo estimular a compra dos seus produtos.

Os segundos caracterizam-se por serem concedidos a alguns clientes, e normalmente são concedidos, a esses clientes, independentemente do que compram, da quantidade, da frequência, isto é, independentemente do seu comportamento como compradores<sup>5</sup>. Um exemplo dado pela Comissão, que caracteriza este género de descontos, será o de descontos concedidos apenas a um grupo de clientes que está sediado numa região de fronteira, uma vez que estes poderão deslocar-se e comprar a fornecedores

---

<sup>3</sup> 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* – p. 7 -

[https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao\\_da\\_CE\\_Aplicacao\\_Art\\_102\\_TFUE.pdf](https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf)

<sup>4</sup> Ver JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 380 e ss.

<sup>5</sup> *DG Competition discussion paper on the application of the Article 82 of Treaty to exclusionary abuses* – Brussels, December 2005 – p.39 e ss <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

situados noutra país, por forma a comprar a quem lhes dê mais benefícios. Estes descontos são-lhes atribuídos para não “abandonarem” um determinado fornecedor.

Os descontos condicionais são mais suscetíveis de levar ao encerramento do mercado a outros concorrentes, merecendo, por isso, maior atenção por parte da Comissão Europeia.

Ainda dentro dos descontos condicionais estes podem subdividir-se em descontos retroativos e descontos progressivos.

No que aos descontos retroativos diz respeito, estes serão concedidos ao cliente cujas compras efetuadas durante um período previamente definido, por exemplo um ano, ultrapassem um determinado limiar, sendo o desconto concedido sobre a totalidade das compras.

Um exemplo que ilustra esta situação será aquele em que o fornecedor estabelece que o cliente tem de comprar, no limite, 100 unidades de um determinado produto. Quando chega às 100 unidades, o desconto é aplicável a todas elas, desde a primeira à centésima.

Por oposição a estes, existem os descontos progressivos que serão concedidos “sempre que o limite imposto é ultrapassado – ou seja, o desconto vale sobre os produtos comprados acima do limiar”<sup>6</sup>.

O desconto aqui, utilizando o exemplo supramencionado, valeria para todos os produtos acima das 100 unidades.

Os descontos condicionais preocupam a Comissão, em especial quando retroativos, uma vez que poderão existir efeitos negativos, tais como, o encerramento do mercado a fornecedores concorrentes e fornecedores potenciais, o que faz com que a empresa em posição dominante mantenha ou reforce a sua posição, dificultando a manutenção ou o crescimento de competitividade residual ou potencial.

Clarificando, como refere a Comissão nas prioridades relacionadas com o artigo 102.º do TFUE, “os concorrentes não podem competir em condições de igualdade para a totalidade da procura de cada cliente. Um desconto condicional pode permitir-lhe a

---

<sup>6</sup> MEIRELES, Marta Lameiras, *Os descontos no âmbito do Direito da Concorrência: A problemática dos descontos de fidelidade*, UCP Escola de Direito – Porto, maio 2016 – p. 9.

utilização da parte «não contestável» da procura de cada cliente (isto é, 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 (isto é, a quantidade para a qual o cliente pode preferir e pode encontrar produtos substitutos”<sup>7</sup>.

Outro efeito negativo, poderá ser a discriminação de preços entre os diferentes compradores. A Comissão encontrou vários casos de discriminação que resultam do sistema de descontos aplicados, em particular entres concorrentes do mercado a jusante. Estar-se-á então perante abusos de exploração.<sup>8</sup>

Além disso, sempre terá de se ter presente que, à partida, uma empresa em posição dominante terá uma maior facilidade de produzir a um preço mais baixo do que o limiar, sendo que as outras concorrentes, muitas vezes, não terão a mesma possibilidade. O que faz com que os concorrentes não possam concorrer com a empresa dominante. Em relação ao cliente, este será atraído por esse desconto, preferindo então abastecer-se junto de quem lhes concede tal desconto, efeito que é potenciado pela existência de uma quota vinculada, correspondente à quantidade que teria de adquirir junto da empresa dominante (por ser, por exemplo, um fornecedor de produtos que não pode deixar de ter à sua disposição ou de vender aos respetivos clientes). Uma vez que esse desconto apenas vigorará por um determinado período, se os clientes fizerem grandes encomendas, influenciados por este, não irão procurar outras empresas concorrentes.

Ou seja, preços mais baixos para alguns clientes poderão induzir outros clientes a comprar àquele fornecedor.

Estes descontos têm como objetivo incentivar o comprador a adquirir, junto da empresa que concede os descontos, grande parte das suas necessidades, bem como o maior número de produtos possível.

---

<sup>7</sup> Comunicação da Comissão – p. 7, disponível em [https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao\\_da\\_CE\\_-\\_Aplicacao\\_Art\\_102\\_TFUE.pdf](https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf)

<sup>8</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 425.

## 2.1.2 Descontos de Quantidade

Como o próprio nome indica este tipo de descontos está relacionado com o volume de produto comprado, se o comprador atingir a quantidade exigida pelo fornecedor, obterá o desconto, que se traduz na redução do preço.

Isto quer dizer que este tipo de descontos não varia consoante as características do comprador. O objetivo deste género de descontos é atrair os clientes para que comprem mais daquele produto. No entanto, esse incentivo só se aplicará àqueles que comprem a quantidade que desencadeia o desconto. Assim, não fará diferença a conduta de quem compra, mas sim a quantidade do que compram.

No âmbito dos descontos de quantidade, ao contrário de outros tipos, muito dificilmente estar-se-á perante um abuso de posição dominante, na medida em que estes descontos são aplicáveis a qualquer cliente que compre o volume de quantidade pré-definida pelo fornecedor. Não existe nenhuma discriminação, aplica-se indiscriminadamente, desde que cumpra o requisito da quantidade para desencadear o desconto.

Estes são admissíveis, na medida em que correspondem às poupanças obtidas pela empresa dominante.

No entanto, não quer dizer que a Comissão não esteja “atenta” a eventuais abusos, na medida em que podem existir acordos de exclusividade ou um desconto de lealdade entre empresas.

Contudo, existe uma presunção de que os descontos de quantidade serão conformes ao artigo 102º do TFUE.<sup>9</sup>

Aliás quando uma empresa dominante, enfrenta acusações de abuso da sua posição pela prática de descontos, tenta justificar-se alegando que esta prática se insere no âmbito dos descontos de quantidade.

---

<sup>9</sup> CHAN, Sunny S. H. – *Post Danmark II: per se unlawfulness of retroactive rebates granted by dominant undertakings* - European Competition Law Review, 2016, p. 2.

### 2.1.3 Descontos de Fidelidade

Em jeito de introdução, os descontos de fidelidade são descontos atribuídos por uma empresa em posição dominante, em troca de uma vantagem, sendo proibidos na medida em que não sejam objetivamente justificados.

A empresa em posição dominante pode justificar objetivamente o seu comportamento, para tal, deve-se ter em conta fatores externos. Como é referido na Orientação da Comissão referente ao art. 102.º do TFUE, “o comportamento de exclusão, pode ser considerado objetivamente necessário por razões de saúde ou de segurança com a natureza do produto em si”. Neste âmbito, será incumbência da empresa em posição dominante disponibilizar à Comissão todos os elementos necessários que sejam aptos a provar que tal comportamento tem uma justificação objetiva.

Estes descontos são concedidos “aos clientes que se comprometam a adquirir todas ou a maior parte das suas necessidades à empresa dominante, são considerados abusivos exceto se puderem ser objetivamente justificados pela empresa dominante”<sup>10</sup>.

Descontos de fidelidade podem ser definidos como uma redução do preço previsto de um produto relevante, em que o fornecedor ou vendedor oferece ao comprador uma recompensa, que pode estar implícita ou não, em contrapartida de não adquirir produtos de concorrentes, isto é, uma relação substancialmente exclusiva.

A diferença que reside num esquema de fidelidade é que, por um lado, terá de se providenciar benefícios significativos ao cliente para que mantenha ou mesmo aumente as quantidades que compra, em relação a um fornecedor e, por outro lado, criam-se desincentivos a que os clientes mudem as suas compras, ou o abastecimento das suas necessidades, para um fornecedor concorrente.

É normal que o fornecedor não garanta um “*price premium*”, com desconto, ao cliente se ele apenas compra parte da sua matéria-prima àquele fornecedor, e compra o restante a outros concorrentes.

Se os concorrentes forem capazes de competir em igualdade de armas contra os seus “rivals” e se os consumidores/clientes conseguirem responder ativamente aos

---

<sup>10</sup> MONIZ, Carlos Botelho e GOUVEIA E MELO, Pedro, *Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos?* – Newsletter MLGTS – N°24, abril 2016.

incentivos apresentados, a atribuição de descontos de fidelidade não irá por em causa a competitividade e poderá até representar um instrumento competitivo em relação aos preços.

Pelo contrário, se estivermos na presença de uma empresa com posição dominante no mercado, os descontos de fidelidade podem causar problemas em relação à política de concorrência.

No entanto, não se irá abordar já de que forma é que este tipo de descontos poderá consubstanciar uma prática anti concorrencial violadora do art. 102.º do TFUE, pois este tema será tratado no âmbito do capítulo os abusos por descontos de fidelização ou exclusividade.

#### **2.1.4. Descontos Multi-produtos (*mixed-bundling*)**

Este género de descontos é uma prática, cada vez mais, corrente entre parceiros comerciais e, portanto, também tem relevância abordar-se este tipo.

Como refere MOURA E SILVA<sup>11</sup> “as vendas em pacote têm suscitado discussão na doutrina quanto aos alegados efeitos anti-concorrenciais [...] sendo esta uma prática generalizada, ela só pode ser justificada por ganhos de eficiência e, somente em circunstâncias muito especiais poderá ter algum efeito anti-concorrencial”.

Estes comportamentos definem-se, como refere MARTA MEIRELES, como sendo “um abatimento efetuado a compras de produtos que são vendidos em conjunto, ou seja, estarão em causa dois ou mais produtos de diferentes linhas e tipos comerciais, pertencentes a diferentes mercados, mas que por serem vendidos em conjunto, oferecem uma redução no preço ao consumidor”<sup>12</sup>.

A Comissão<sup>13</sup> insere este género de descontos na categoria de “*tying e bundling*”, isto é, no âmbito das vendas subordinadas e agrupadas. Isto porque este tipo de descontos obriga o cliente ao comprar um certo produto (visto aqui como o produto dominante), tendo, também, de comprar um outro produto (este será então o produto subordinado).

---

<sup>11</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *O abuso de posição dominante na nova economia*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 282.

<sup>12</sup> MEIRELES, Marta Lameiras, *Os descontos no âmbito do Direito da Concorrência: A problemática dos descontos de fidelidade*, UCP Escola de Direito – Porto, maio 2016 – p. 14.

<sup>13</sup> *Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and - European Commission - 10 June 2008 – p. 5 e ss.* Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008\\_june\\_rebates.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008_june_rebates.pdf)

Note-se que tanto o produto subordinante como o subordinado terão de ser adquiridos à empresa que fornece, e que está em posição dominante. É certo que o consumidor/cliente poderá adquirir estes produtos em separado, mas além de separados serem mais caros, o desconto também já não será atribuído.<sup>14</sup>

Neste âmbito, o cliente não é obrigado, contratualmente, a comprar o pacote que lhe é apresentado, na realidade o que acontece é que é concedido um incentivo económico para que isso aconteça. Imagine-se um pacote com o produto Z e o produto X, juntos como pacote, têm um custo de 7€, pelo contrário, se vendidos em separado, têm um custo de 5€ cada. Ora se o cliente precisar dos dois produtos, normalmente como são produtos complementares, o mais certo é que quem compra precise dos dois, fará todo o sentido comprar à empresa que lhe fornece os dois produtos a 7€.

Os descontos multiprodutos podem afetar a concorrência no mercado subordinado se forem tão elevados, que concorrentes eficientes que oferecem apenas alguns dos produtos, não poderão competir contra o pacote com desconto oferecido<sup>15</sup>.

Assim, é normal que as empresas que concorrem com a empresa, que detém a posição dominante, que faz estes descontos tenham dificuldades, desde logo porque a empresa dominante, muitas das vezes, atua em vários mercados de produtos e por isso consegue fornecer os vários produtos. Ora os seus concorrentes, nem sempre conseguem fornecer os produtos nesses termos, o que poderá gerar um comportamento anti concorrencial. Além disso, o facto de se deter uma posição dominante, já por si detém um maior controlo do mercado, o que faz com que possa suportar perdas derivadas da redução de preços. Algo que, as empresas que concorrem com a dominante, muitas vezes, por terem uma menor capacidade económica, não poderão suportar uma baixa de preços, nos termos supramencionados.

---

<sup>14</sup> Exemplo da decisão condenatória por parte da AdC, Abuso de posição dominante – aplicação de descontos multiprodutos (mixed-bundling), envolvendo a Roche Farmacêutica Quimica, Lda. - Coíma no valor de € 900 000,00. Decisão de 12/04/2012.

<sup>15</sup> *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*, Jornal Oficial da União Europeia, 24/02/2009, para.59.

### **2.1.5 Descontos Alvo**

Este tipo de descontos é concedido aos clientes, se estes obtiverem uma determinada quantidade de produtos individualmente definidas. No entanto, tal só é concedido se as compras excederem uma compra, anteriormente, feita.

Um exemplo que clarifique esta situação, será aquele em que um desconto é atribuído a qualquer cliente cujas compras, naquele ano, excedem a encomenda do ano passado. O ano passado é aqui o período de referência.

É importante referir que, além do que já se constatou, este tipo de descontos distingue-se dos descontos de quantidade, estes focam-se mais no crescimento de vendas da empresa, já que baseiam o pagamento do desconto, a redução no preço, num crescimento relativo a compras do ano passado. O que se quer obter com a concessão destes descontos é levar o cliente a aumentar a quantidade de negócios que faz com o fornecedor, aumentando de ano para ano. E não obrigar o cliente a vincular-se apenas àquela empresa.

### 3. Os Abusos por Descontos de Fidelidade ou Exclusividade

Depois de se ter feito uma breve exposição sobre as várias espécies de descontos existentes, passar-se-á aos descontos que nos interessam e ao cerne das questões: porque é que os descontos de fidelidade são abusivos? Porque é que os descontos de fidelidade/exclusividade, na aceção da jurisprudência do acórdão *Hoffmann-La Roche* “atentam” contra a concorrência? Além disso ir-se-á explorar quais os problemas que estes têm criado, ao nível do direito da concorrência, quais as desvantagens que lhes estão associadas, bem como os efeitos pró-concorrenciais que poderão ter.

Introduz-se primeiro os descontos e só depois a abordagem ao critério do concorrente igualmente eficiente por uma questão sistemática e de contextualização.

O que é um abuso? E o que é um abuso da posição dominante?

Se atendermos ao art. 102.º do TFUE, não encontramos uma definição legal de abuso.

Como refere MIGUEL MOURA E SILVA<sup>16</sup>, o que se encontra no artigo 102.º TFUE é “uma combinação da proibição sob a forma de cláusula geral seguida de uma tipologia exemplificativa”.

Não se irá analisar aprofundadamente as divergências doutrinárias existentes, defendendo-se assim a posição propugnada pelo Sr. Prof. de que existem duas vias para se aflorar este conceito. Por um lado, temos uma via dedutiva, que nos remete para os valores que devem pautar o comportamento, de uma determinada empresa, para que este não venha a “ferir” a concorrência. Nas palavras de MOURA E SILVA “socorrendo-se de valores que devem informar a conduta competitiva”. Por outro lado, temos a via indutiva, através das alíneas presentes no art. 102.º do TFUE, poder-se-á retirar ilações e verificar se um comportamento é abusivo ou não; se determinado comportamento se “encaixar” nalguma das alíneas, então será abusivo.

Se uma empresa excluir os seus concorrentes por ser mais eficiente, estar-se-á aqui perante um abuso? A resposta será depende. Isto é, se se verificar que a sua conduta se insere nos parâmetros e comportamentos normais de concorrência, não estaremos

---

<sup>16</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, março de 2008, p. 661 e ss.

perante um comportamento abusivo; no entanto, se se apurar que existiram comportamentos ilícitos, por forma a excluir os seus concorrentes ou a restringir-lhes a sua atuação, já estaremos perante um abuso, na aceção do art. 102.º do TFUE.

Como refere, MIGUEL MOURA E SILVA o conceito de abuso na jurisprudência comunitária, inspira-se no direito da concorrência alemão, nestes termos constitui um abuso “um comportamento que limita significativamente os concorrentes, clientes ou fornecedores nas suas atividades competitivas sem uma causa justificativa e, desse modo, afeta a estrutura competitiva.”<sup>17</sup>

Isto significa que se uma empresa em posição dominante excluir os seus concorrentes, utilizando meios que não são os “autorizados” pelo direito da concorrência, está a abusar da sua posição.

Então, de que forma os descontos de fidelidade podem constituir um abuso na aceção acima descrita?

Os descontos de fidelidade associam-se, muitas vezes, aos abusos de exclusão e aos acordos exclusivos. Em relação aos acordos exclusivos, estes podem definir-se como “a exigência a um comprador que adquira a totalidade ou uma grande parte das suas necessidades de um bem ou serviço a um fornecedor (dominante) ou a um fornecedor que venda a totalidade ou uma grande parte dos seus produtos a um comprador (dominante)” (JUNQUEIRO, 2012).

Em relação à exigência ao comprador que num determinado mercado, compre bens ou serviços exclusivamente, ou em grande parte, apenas a uma empresa, estamos perante um acordo de compra exclusiva, da perspetiva do fornecedor, em que se impõe a obrigação exclusiva de fornecimento, através da qual a empresa que detém a posição dominante, impede outros concorrentes de comprar àquele fornecedor, estamos perante um acordo de fornecimento exclusivo.

Existe um acordo exclusivo, quando o fornecimento abrange a totalidade dos bens e serviços. No entanto, no caso *Hoffmann- La Roche c. Comissão*<sup>18</sup>, apesar de a obrigação

---

<sup>17</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, março de 2008, p. 666.

<sup>18</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979 *Hoffmann- La Roche c. Comissão*.

de exclusividade contemplar apenas 75% ou 80% das necessidades do comprador, considerou-se que estávamos perante um acordo de exclusividade.

No Acórdão *Hoffmann – La Roche c. Comissão*, a Comissão considerou que os descontos de fidelidade concedidos, constituíam uma exploração abusiva, nos termos do art. 102.º do TFUE porque primeiro, falseavam a concorrência entre produtores, pois retiravam aos clientes da empresa em posição dominante qualquer escolha, em relação às fontes de abastecimento e além disso, aplicavam condições desiguais a parceiros comerciais que se encontravam em pé de igualdade, o que originava uma desvantagem face ao resto dos concorrentes. Contextualizando, a *La Roche* tinha dois preços diferentes para a mesma quantidade de produto: se o concorrente aceitasse prover-se apenas junta da *La Roche*, “ganhava” um desconto, os ditos descontos de fidelidade, se não aceitasse e continuasse a abastecer-se também nos outros concorrentes, pagava um preço mais alto por isso.

Os descontos de fidelidade são uma das formas de atingir a exclusividade nas relações entre empresas, uma vez que, estes géneros de descontos revelam-se aptos para uma empresa fornecedora atribua uma redução no preço dos produtos encomendados pelo cliente se, apenas e só, esse mesmo consumidor cumpra a obrigação de se abastecer na totalidade, ou em grande parte dela, através daquele fornecedor.

Não é necessário que exista uma contratualização dessa obrigação de exclusividade, basta que os efeitos se reproduzam, saliente-se que ainda no plano dos efeitos, uma exclusividade de facto praticada por uma empresa dominante, no mercado, também se encontra abrangida.<sup>19</sup>

A Comissão no Acórdão *La Roche-Hoffmann*, afirma que os descontos de fidelidade são situações idênticas aos acordos de compra exclusiva: “A situação é idêntica quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, quer em virtude de acordos celebrados com os compradores quer unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade”.<sup>20</sup>

Ora o Tribunal condenou esta concessão de descontos, que se caracterizam por serem obrigações de compra exclusiva, por estes “não se basearem numa prestação

---

<sup>19</sup> *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Dir. Miguel Gorjão Henriques, maio de 2013, Almedina, p. 141.

<sup>20</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche*, para. 89.

económica que justifique este encargo ou vantagem, antes destinando-se a retirar ou a restringir a possibilidade de escolha do comprador relativamente às fontes de abastecimento e impedir a entrada dos outros produtores no mercado”.<sup>21</sup>

Esta problemática, em relação a este tipo de descontos, tem sido objeto de discussão e estudo, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. As consequências que advêm da concessão dos descontos de fidelidade, são positivas, pois por um lado fomentam a competitividade, mas também são negativas, na medida em que, poderão dar origem a práticas anti concorrenciais, sendo que grande parte da doutrina afirma que existem mais consequências negativas do que positivas.

Como já se referiu supra, um acordo de compra exclusiva<sup>22</sup> consiste numa obrigação nos termos do qual uma empresa exige a outra que esta suprima as suas necessidades, em exclusivo ou em grande parte, junto dessa empresa.

Terá de se ter em consideração que o facto desta exigência ser praticada por uma empresa de detém uma quota de mercado baixa, não gerará tantas preocupações, como os acordos celebrados por empresas dominantes. É no contexto destas últimas que se poderá manifestar os efeitos anti concorrenciais e uma eventual violação do disposto no art. 102.º do TFUE.

Nos termos do art. 102.º do TFUE :

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível 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.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

---

<sup>21</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas)*, 2008, p. 172. -

[http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/162/1/18344\\_ulsd\\_re391\\_TESE\\_FINAL.pdf](http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/162/1/18344_ulsd_re391_TESE_FINAL.pdf)

<sup>22</sup> No Discussion Paper, no para. 135, a designação dada é “single branding”, isto é, acordo de marca única.

- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

Usando aqui uma citação retirada do acórdão Tomra “para provar um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102. ° TFUE, basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tem como consequência uma restrição da concorrência ou que o comportamento é suscetível de ter tal efeito”<sup>23</sup>. Ou seja, se uma empresa em posição dominante conceder aos seus clientes descontos exclusivos, estes podem ser contrários ao artigo 102. ° TFUE, mesmo que não correspondam a nenhum dos exemplos enunciados no seu segundo parágrafo.

Tal acontece no caso, “em que uma empresa em posição dominante fazia uso de um sistema de descontos, a referida empresa abusava dessa posição quando, sem vincular os compradores por uma obrigação formal, aplicava, em virtude de acordos assinados com esses compradores ou unilateralmente, um regime de descontos de fidelidade, ou seja, descontos vinculados à condição de o cliente — qualquer que fosse o montante das suas compras, considerável ou mínimo — se abastecer, na totalidade ou numa parte significativa das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante”<sup>24</sup>.

Para aferir tal abuso, deve-se, pois, apreciar todas as circunstâncias que englobam o caso concreto, tais como os critérios e as modalidades da concessão de desconto. Sendo que, já na posse dessa informação, se deve apurar “se esses descontos se destinam, através de uma vantagem que não assenta em nenhuma prestação económica que a justifique, a suprimir ou restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso ao mercado dos concorrentes ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada.”<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 19 de abril de 2012, TOMRA SYSTEMS ASA v Comissão, para. 16, [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6f7229db205754b7ea469d525f420fce1.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahj0?text=&docid=121747&pageIndex=0&doclang=PT&mode=\\_lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1027994](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6f7229db205754b7ea469d525f420fce1.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahj0?text=&docid=121747&pageIndex=0&doclang=PT&mode=_lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1027994)

<sup>24</sup> Ver Ac. Tomra, para. 4.

<sup>25</sup> Ver Acórdão Tomra e Hoffmann La Roche.

Depois de analisada a situação, poder-se-á afirmar que um sistema de descontos destinado a impedir o abastecimento dos clientes da empresa em posição dominante, junto de produtores concorrentes, deve ser considerado contrário ao artigo 102. ° TFUE, constituindo por isso, um abuso.

### **3.1. Efeitos Anti Concorrenciais dos Descontos de Fidelidade**

O efeito negativo principal, como já se aflorou anteriormente, e que advém da aplicação de obrigações por empresas detentoras de posição dominante é o do possível encerramento horizontal do mercado.

Ora, se se exige ao consumidor/cliente que se abasteça em exclusivo, ou quase exclusivo, junto da empresa dominante, este tipo de exigência poderá dar azo à diminuição de acesso a empresas concorrentes, e poderá impossibilitar a expansão das mesmas. No *Ac. Solvay c. Comissão*<sup>26</sup> fala-se também que estas obrigações limitam a liberdade de escolha dos clientes, dando espaço a que a posição dominante se fortaleça.

Como é referido no acórdão *Hoffmann-La Roche* “estas práticas visam reforçar a posição dominante de uma empresa detentora dessa posição, em especial, num mercado em expansão, mediante uma concorrência que não está baseada em prestações e, consequentemente, falseada”<sup>27</sup>.

No Caso *Intel*, o Tribunal defende que “Este tipo de descontos, ao qual a Comissão se refere na expressão “descontos de fidelidade no sentido da jurisprudência *Hoffmann-La Roche*”, será designado seguidamente «descontos de exclusividade». (...). Esses descontos de exclusividade, concedidos por uma empresa em posição dominante, são incompatíveis com o objetivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não assentam — salvo circunstâncias excepcionais — numa prestação económica que justifique esse benefício financeiro, mas destinam-se a retirar ao comprador ou limitar-lhe a possibilidade de escolha no que respeita às suas fontes de abastecimento e a impedir a entrada no mercado aos outros produtores. (...) Este tipo de descontos constitui um abuso de posição dominante se não existir uma justificação objetiva para a sua concessão (...) Os descontos de exclusividade concedidos por uma empresa em posição

---

<sup>26</sup> Acórdão do Tribunal Geral (Sexta Secção) de 17 de dezembro de 2009, *Solvay SA contra Comissão Europeia*.

<sup>27</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann – La Roche*, para.90.

dominante têm pela sua própria natureza capacidade para restringir a concorrência e afastar concorrentes do mercado”.<sup>28</sup>

### **3.2. Efeitos benéficos dos Descontos de Fidelidade para a Concorrência**

Descontos de fidelidade podem ser definidos como “uma estrutura que oferece preços mais baixos tendo como contrapartida um acordo ou um compromisso por parte do consumidor ou clientes em comprar àquele fornecedor”.

Existem benefícios pelo facto de se aplicar preços mais baixos, e no caso dos descontos de fidelidade isso pode trazer vantagens únicas para a concorrência e competitividade para os mercados.

Associado aos descontos de fidelidade, encontramos, desde logo, preços mais baixos, o que poderá ser um “possível” benefício, mas que poderá resultar em preços discriminatórios. Tal significará que alguns consumidores pagarão preços mais elevados do que outros.

O benefício geral da eficiência poderia surgir na medida em que a discriminação de preços representa uma maneira mais eficiente de recuperar os custos fixos. O que pode ocorrer, não sendo uma condição suficiente para que se diga que é um benefício enorme, é que a discriminação de preços, fomentada pelos descontos de fidelidade, leva a um aumento de saída, existe de facto um aumento de compras por parte dos consumidores beneficiados pelos descontos.

De uma forma mais simples, através da concessão de descontos de fidelidade, a empresa que os concede, aumentará o volume de vendas, repercutindo-se esse aumento, no aumento de ganhos da empresa, vulgo, lucro.

Além disso, um ganho líquido geral de eficiência é menos certo se os descontos de fidelidade causam uma redução na concorrência. Uma vez que tal redução ocorreu, existe razão para acreditar que todos os compradores poderiam acabar a pagar preços mais elevados do que pagariam se não existisse o desconto de fidelidade.

No entanto, não se pode deixar de referir que na Finlândia existe um exemplo único em que os descontos de fidelidade têm efeito pró-concorrenciais. No *caso Kenkä-Kesko* foram usados descontos de fidelidade para incentivar um grupo de distribuidores

---

<sup>28</sup> Cfr. Ac. Intel, para. 76, 77, 81, 85.

de diferentes dimensões a compra de uma marca privada de calçado. Sem esse aumento geral resultante das vendas, não teria sido possível apresentar a nova marca privada da *Kenkä-Kesko*; isto é, sem este método a marca, ao ser inserida no mercado, teria um preço bem mais elevado, do que o preço que foi praticado, com a concessão do desconto de fidelidade. Caso contrário, o preço do fornecedor estrangeiro teria sido muito alto.

Um único desconto de quantidade de agendamento oferecido a todos os distribuidores *Kenkä-Kesko* pode ter dado aos distribuidores menores um incentivo insuficiente para ajudar a atingir o limite mínimo de vendas global do calçado de marca privada. No entanto, este problema foi superado através do uso de descontos de fidelidade e o resultado foi uma melhoria na concorrência.

Os descontos de fidelidade às vezes são mais “instigados” pelos compradores do que pelos vendedores. Nesses casos, os descontos podem resultar do comprador a tentar exercer o seu poder. Desde que o vendedor goze de um grau significativo de poder de mercado, tais descontos de fidelidade podem aumentar a economia e a eficiência, desde que não reduzam a concorrência no nível de vendedor ou comprador.

Certo é que não são apenas empresas dominantes no mercado que utilizam os descontos de fidelidade como forma de alavancar os seus lucros, também os fornecedores os utilizam como forma de competir.

Aliás, através da concessão de descontos aos clientes da empresa fornecedora, isso possibilitará a esses clientes, uma vez que eles também serão distribuidores, aumentarem as suas vendas<sup>29</sup>, terá o chamado “efeito bola de neve”.

“A probabilidade de um desconto de fidelidade ter efeitos anti-concorrenciais depende essencialmente de, e até que ponto, o desconto reduz a transparência dos preços, exclui ou restringe concorrentes reais ou potenciais, e/ou aumenta a probabilidade de coordenação anti competitiva”<sup>30</sup>.

Assim até se poderá criar benefícios para a empresa fornecedora que, não aumenta apenas o volume de vendas, podendo também atuar em diferentes locais, através dos clientes intermédios. Tal, conseqüentemente, ajudará também o fornecedor.

---

<sup>29</sup> JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abusos de Posição Dominante*, Almedina 2012, p. 381.

<sup>30</sup> *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates 2002*, OECD - <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>

Por outro lado, com o sistema de descontos de fidelidade poderá existir um fenómeno de redução de preços por parte dos clientes da empresa fornecedora ou até mesmo a redução do preço dos serviços aos consumidores finais. “Muitas vezes, o cliente da empresa fornecedora que aplica o sistema de descontos de fidelidade, adiciona uma margem ao preço dos produtos ou serviços quando definem os seus próprios preços. Ora, uma vez que o fornecedor, ao vender os produtos ou serviços ao seu cliente, já inclui para si uma margem de lucro, o consumidor final acaba por sofrer de uma dupla marginalização”<sup>31</sup>. A dupla marginalização é uma externalidade que afeta as empresas verticalmente separadas e os consumidores uma vez que, forma-se um preço acima do custo marginal, resultando num preço final para o consumidor acima daquele que maximiza os lucros conjuntos da empresa fornecedora bem como dos clientes da mesma.

O que acontece é que a empresa fornecedora ao calcular desde logo um preço mediante o custo marginal que por sua vez o cliente fornecedor estabelecerá ao cliente final, faz com que o cliente fornecedor já saiba até onde deve aumentar o volume de vendas, para também retirar a sua margem de lucro.

Outra das vantagens dos descontos de fidelidade. Como já se alinhavou acima, é o da “facilitação” da recuperação de custos fixos operacionais. Atualmente, muitas empresas, atingem custos muito elevados que são fixos, enquanto os custos marginais de fornecimento de produtos, ou em alguns casos, serviços, são baixos. Isso acontece porque, movendo-se a empresa em vários mercados, também cobrará diferentes margens preço-custo nos vários setores e mercados de atuação. Ora como poderá a empresa fornecedora recuperar dos custos fixos? A empresa fornecedora quando investe na produção terá já de ter uma ideia virada para a recuperação dos gastos inerentes à mesma. Ora através da concessão de descontos de fidelidade virada para a recuperação dos custos fixos inerentes, a empresa pode “configurar uma estratégia racional (...) e permitir o encorajamento novos investimentos em I&D (Investigação e Desenvolvimento)”<sup>32</sup>.

Além do já referido poderá afirmar-se que a concessão deste tipo de descontos pode funcionar como uma solução para problemas normais decorrentes entre fornecedores e clientes, nomeadamente no que toca à alocação do risco. Imagine-se que é pedido ao cliente que se desloque às instalações do fornecedor em Lisboa e o cliente é

---

<sup>31</sup> LAMEIRAS, Marta, A problemática dos descontos (...), p. 19.

<sup>32</sup> JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, 2012, p. 383.

das Ilhas, de forma a recompensar o cliente poderá ser concedido um esquema de descontos; por um lado, o fornecedor garante aquele cliente, ficando-lhe fidelizado e por outro lado, o cliente será recompensado através de uma redução de preço, naquela encomenda. É uma situação de “win win”. O risco acaba por ser compartilhado entre as duas partes.

Assim, como se viu é certo que as consequências negativas para a concorrência e para os consumidores são muitas. No entanto, não se pode deixar de dizer que em certas circunstâncias, a concessão de descontos de fidelidade poderá trazer efeitos positivos para a concorrência, bem como para os consumidores, como se referiu supra.

### **3.3. Como podem os descontos de fidelidade não ser considerados abusivos na aceção do art. 102.º do TFUE?**

Através de uma justificação objetiva, os descontos de fidelidade poderão deixar de ser abusivos, nos termos do art. 102.º do TFUE.

No acórdão *Intel* essa “opção” é referida pela Comissão: “Por último, há que observar que continua a ser permitido à empresa dominante justificar a utilização de um sistema de descontos de exclusividade, em especial demonstrando que o seu comportamento é objetivamente necessário ou que o efeito de preclusão potencial que este comporta pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficácia suscetíveis de beneficiar também o consumidor”<sup>33</sup>

No acórdão *Post Danmark v Konkurrenceråde*<sup>34</sup>, também é feita alusão a um exemplo de justificação “se o seu comportamento é objetivamente necessário (...), ou que o efeito de eliminação que este comporta pode ser compensado, ou mesmo superado, por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar também o consumidor”.

Porém terá de se ter em conta que não é fácil, bem pelo contrário, provar que a concessão de um sistema de descontos, do tipo fidelidade, tem uma razão, que não

---

<sup>33</sup> v., neste sentido, acórdãos *Hoffmann La Roche*, n.º 71, supra, n.º 90; do Tribunal de Justiça *British Airways*, n.º 74 supra, n.º 85 e 86

<sup>34</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de março de 2012, *Post Danmark/ Konkurrencerådet*, Proc. C 209/10, para. 41.

prejudique a concorrência. Aliás se se fizer um levantamento dos casos em que foi alegada a justificação objetiva, poderá constatar-se que a mesma nunca foi aceite.<sup>35</sup>

MARTA LAMEIRAS refere que “na prática os esquemas de descontos concedidos por uma empresa que se encontra em posição dominante só parecem ser justificados quando estão condicionados à obtenção dos limites de volume de negócios estipulados e refletirem reduções de custo”<sup>36</sup>.

A empresa em posição dominante, de forma a “provar” que existe uma justificação, deverá demonstrar que através da sua conduta quer atingir um objetivo legítimo.

DAMIEN GERADIN<sup>37</sup> refere que será muito difícil a uma empresa em posição dominante provar que não havia nenhuma alternativa igualmente eficaz para que se atingisse o objetivo legítimo ou uma relação menos restritiva ou com menos efeito de exclusão. Além disso, os descontos geralmente são negociados com grandes clientes em vez de impostos pelo fornecedor, mesmo quando é dominante. Acrescenta-se também que as autoridades da concorrência, em geral, tendem a considerar que só as economias de escala são vistas como únicas fontes legítimas de eficiências e que apenas o aumento do volume de negócios estipulados e as reduções de custos associados, justificarão a concessão de descontos de fidelidade. A empresa em posição dominante deve demonstrar que a sua conduta é um meio proporcional para alcançar um objetivo legítimo.

No Proc. *Post Danmark* é referido que para que uma empresa em posição dominante justifique o seu comportamento anti concorrencial terá de demonstrar que obteve ganhos de eficiência gerados pela sua conduta, contrariando eventuais efeitos negativos na concorrência e no bem-estar dos consumidores nos mercados afetados, que a conduta em apreço gera ganhos de eficiência, que a conduta é necessária para a obtenção dessa mesma eficiência e por último que com essa conduta não elimina a concorrência efetiva, ou pelo menos não exclui todos ou a maioria dos concorrentes reais ou potenciais que existem.

---

<sup>35</sup> Acórdão do TPI, de 1 de abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum, Proc. T-65/89.

<sup>36</sup> Lameiras, Marta, dissertação (...), p. 22.

<sup>37</sup> GERADIN, Damien, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, Journal of European Competition Law & Practice, 2010, Vol. 1., Nº2., P. 120.

KRZYSZTOF ROKITA<sup>38</sup> defende que a justificação objetiva se assemelha mais a um conceito teórico de que uma possibilidade real. É difícil para a empresa em posição dominante, poder usar a justificação dos ganhos de eficiência, descrita acima, se as autoridades da concorrência não tiverem em atenção, logo à partida, quais efeitos anti-concorrenciais que foram ou provavelmente serão gerados pela conduta praticada. Isto é, se se adotar uma posição mais formalista, relegando os efeitos da conduta para o fim ou nem avaliando os mesmos, à partida este sistema de desconto será proibido *per se*, nos termos do art. 102.º do TFUE.

Na perspetiva de LUC GYSELEN<sup>39</sup> a empresa em posição dominante deverá demonstrar que a sua conduta é “justificável” através de um teste de proporcionalidade – “deve demonstrar que a sua conduta é um meio proporcional para alcançar um fim legítimo (as ditas eficiências)”. Essas eficiências terão de ser verificáveis assim como quantificáveis, não basta a alegação.

A verdade é que a jurisprudência não oferece muita orientação nesta matéria. Os argumentos com base na eficiência, deste tipo de sistema de descontos, são, muitas vezes, rebatidos, sem uma análise detalhada e cuidada por parte da Comissão. Basta termos em atenção aos últimos casos sobre os descontos.

Conclui-se assim que, é normal o elevado grau de exigência requerido para a justificação objetiva de um comportamento abusivo. No entanto, estamos em crer que será necessário, da parte do Tribunal, um escrutínio maior dos argumentos apresentados pelas empresas dominantes, para que, de facto, se possa avaliar o impacto que o comportamento, levado a cabo por estas, pode influenciar a concorrência, os seus concorrentes reais e potenciais e os consumidores. Só assim se poderá dizer que a justificação objetiva sairá do plano teórico e passará a ser útil, e efetivamente aplicável, no plano prático.

---

<sup>38</sup> ROKITA, Krzysztof, *Abuse of Dominance by Granting Rebates in EU Competition Law*, disponível em: [http://ascolatokyconference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Krzysztof%20Rokita\\_ABUSE%20OF%20DOMINANCE%20BY%20GRANTING%20REBATES%20IN%20EU%20COMPETITION%20LAW.pdf](http://ascolatokyconference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Krzysztof%20Rokita_ABUSE%20OF%20DOMINANCE%20BY%20GRANTING%20REBATES%20IN%20EU%20COMPETITION%20LAW.pdf), p.22.

<sup>39</sup> GYSELEN, Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?*, 8th EU Competition Law and Policy Workshop What is an Abuse of a Dominant Position? European University Institute June 2003.

## 4. O Critério do Concorrente Igualmente Eficiente

Tendo-se feito uma abordagem aos tipos de descontos existentes e dissecado os descontos de fidelidade, vantagens e desvantagens bem como as situações em que estes constituem um abuso, ir-se-á passar à análise do critério do concorrente e a sua aplicação a este tipo de descontos.

Neste capítulo ir-se-á definir o *as-efficient-competitor test* (teste AEC), ou seja, o critério do concorrente igualmente eficiente, bem como a sua importância no âmbito dos descontos de exclusividade e de que forma este critério poderá determinar um eventual abuso da posição dominante no mercado, através de um sistema de descontos.

De seguida, vamos abordar também a questão de saber se, do ponto de vista jurídico, exige-se que seja sempre aplicado o critério do concorrente igualmente para se aferir se estamos perante um abuso da posição dominante de determinada empresa, assim como as vantagens e desvantagens da utilização deste critério.

### 4.1. Definição e enquadramento

Para se iniciar este ponto, e fazendo um primeiro enquadramento do critério passando depois a uma breve cronologia histórica, de como surgiu nos EUA e de como começou a ser abordado e aplicado na UE.

Poderá começar por se dizer, que o critério do concorrente igualmente eficiente permite perceber se uma empresa em posição dominante não é suscetível de excluir os concorrentes do mercado se o preço determinado, abranger os custos da empresa dominante. Um exemplo que ilustre esta situação será o facto de se uma empresa, que detém uma posição dominante, tiver lucro com aquela prática, e um concorrente igualmente eficiente, conseguindo igualar tal prática, também tiver lucro, então a mesma não terá um efeito de exclusão.

A referência terá de ser sempre um concorrente igualmente eficiente. Se o concorrente for menos eficiente, o mesmo não deve ser protegido da concorrência de uma empresa dominante. Proteger um concorrente ineficiente não beneficia os consumidores.

Assim, se um concorrente tão eficiente quanto a empresa dominante, obtém lucro, do ponto de vista económico, estes não foram excluídos do mercado, pela prática de

determinado preço ou descontos, logo, pode dizer-se que não existe um comportamento de exclusão.

Esta conceção aplicada aos descontos, seria projetada para determinar se um concorrente tão eficiente poderia igualar os descontos de fidelidade/exclusividade concedidos por uma empresa dominante ao vender acima do custo.

#### **4.1.1. Nos Estados Unidos da América**

Com a proibição, por parte dos Estados Unidos da América (EUA), contra os monopólios, datada de 1890 e o *Sherman Act*, foi no período após o *Robison-Patman Act* de 1936, que os comportamentos abusivos começaram a gerar problemas em larga escala. Era a época em que se reforçava a proteção das pequenas empresas, evitando-se que estas fossem excluídas do mercado pelas grandes empresas. O Tribunal, nos EUA, preocupava-se e focava-se na conduta e se esta era propícia a prejudicar os concorrentes, utilizando uma fórmula indefinida para identificar abusos como a prática de preços abaixo do custo, entre outros fatores.

Um teste apresentado pelo Tribunal Supremo em *Grinnell* em 1966, definiu o abuso de exclusão como “a aquisição ou manutenção intencional do monopólio, é distinto do crescimento ou desenvolvimento como consequência de “um produto superior” e “uma maior perspicácia comercial”. Mas isso acrescentou pouco, pois não havia nenhum padrão para se definir termos como "produto superior" ou "maior perspicácia empresarial"<sup>40</sup>.

Em 1970, as escolas de Harvard e Chicago, partindo de pontos de vista diferentes, começaram a refletir sobre a necessidade de se chegar a um princípio que fosse exequível para de alguma forma ser aplicável e mostrar que determinadas práticas poderiam ser abusivas.

Em 1974, um artigo de Richard Posner, da escola de Chicago, usou o conceito de concorrente igualmente eficiente, aplicado aos preços predatórios. Na sua conceção, apenas duas formas de preços poderiam ser consideradas predatórios. A primeira seria a

---

<sup>40</sup> MANDORFF, Martin Mandorff and SAHL, Johan, *The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment*, in *Konkurrensverket Working Paper Series*, Working Paper 2013:1, pp. 4 e ss. in *Law and Economics of Abuse of Dominance*

de que preços praticados abaixo do custo teriam o objetivo de excluir um concorrente igualmente eficiente e não visariam a eficiência do mercado. A segunda estaria relacionada com a suportação dos preos abaixo do (geralmente alto) custo, a fim de permanecer no negócio por tempo indeterminado; se tal for feito no interesse da eficiência, não existe irá problemas, contudo, se tal conduta estiver ligada à intenao de excluir um concorrente, então esta atuaao também poderá ser considerada como sendo predatória.

O “*as-efficient competitor test*”, desenvolvido por RICHARD POSNER, sugeria que uma prática com efeitos exclusivos, ou seja, seria aquela em que é mais provável, dadas determinadas circunstâncias, excluir do mercado um concorrente igual ou mais eficiente<sup>41</sup>. Este teste teria sempre como requisito um concorrente igual ou mais eficiente, pois tendo em conta que a competitividade   muita,   normal que concorrentes menos eficientes sejam mais cedo ou mais tarde forados a abandonar o mercado, não sendo incumbência do Direito da Concorrência, proteger esses concorrentes ditos menos eficientes.

Tal também veio a ser admitido, posteriormente, de acordo com a Orientaao da Comissão, na União Europeia, em que se afirmou que o AEC teste tem como objetivo fornecer um porto seguro para a empresa dominante.

Em Harvard, PHILLIP AREEDA e DONALD TURNER também fizeram referência ao concorrente igualmente eficiente.<sup>42</sup> No entanto, ao abordarem o critério, em relaao aos preos predatórios, os autores basearam-se, principalmente, na intenao objetiva. Isto é, uma empresa que procura maximizar o lucro, normalmente responde aos incentivos econ micos aceitáveis, não participando, nem fomentando comportamentos ditos predatórios.

Os autores argumentaram que o sacrifício de lucro (a curto prazo) pela empresa dominante deve ser uma condiao necessária para a existência de comportamentos predatórios, e deve ser, por isso, sancionada.

---

<sup>41</sup> POSNER, Richard, *The Chicago School of antitrust analysis* (1979) 127(4) University of Pennsylvania Law Review 925 (Posner 1979).

<sup>42</sup> AREEDA, Phillip. E TURNER, Donald, *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act* (1975) *Harvard Law Review* 699, p. 699.

O princípio idealizado por estes autores, teve resultados mais concreto, quando estavam em causa preços abaixo do custo marginal, sendo que para os preços acima do custo marginal, os resultados obtidos não foram tão claros.

Por isso, *Areeda e Turner* optaram por introduzir princípios adicionais para evitar a proibição de preços acima dos custos. Acrescentando ainda que a prática de um preço médio acima do custo total é “concorrência baseada no mérito e excluirá, conseqüentemente, apenas os concorrentes menos eficientes”.

Para os preços acima do custo marginal, mas abaixo do custo total médio, *Areeda e Turner* reconheceram que esses preços têm como consequência provável, a exclusão de um concorrente igualmente eficiente.

A abordagem de *Areeda-Turner* teve um impacto imediato na jurisprudência americana. Embora o Supremo Tribunal tenha recusado a aplicação deste teste de custo específico aos comportamentos predatórios. Em 1986, em *Matsushita*, e novamente em 1993, no *Brooke Group*, o tribunal exigiu o teste de custo fosse aplicado. Esta abordagem como teve muito sucesso, tentou-se que este princípio fosse aplicado a outros tipos de abusos, em vez de apenas se aplicar aos preços predatórios, conforme foi, inicialmente, idealizado, previa-se que seria “condenável” e por isso sendo abusivo toda a conduta que não fosse conforme as regras da concorrência.

POSNER apresentava a sua proposta, sugerindo que o critério do concorrente igualmente eficiente poderia servir como um princípio geral para aferir todos os tipos de condutas de exclusão sugerindo um teste onde: “em todos os casos em que [uma prática de exclusão] é alegada, o autor deve provar que o arguido tem posição dominante e, em segundo lugar, tem de provar que a prática alegada é suscetível, nas circunstâncias concretas, excluir do mercado um concorrente igualmente eficiente ou concorrente mais eficiente”.<sup>43</sup>

#### **4.1.2. A adoção do AEC teste na União Europeia e no seu Direito da Concorrência**

Em 2005, a Comissão fez uma análise extensivo do então art. 82.º CE, atual art. 102.º do TFUE, no *Discussion Paper*, documento onde se começa a abordar o *as efficient*

---

<sup>43</sup> POSNER, Richard, *Antitrust Law* (University of Chicago press, 2001), p. 194.

*competitor test*.<sup>44</sup> Atendendo ao parágrafo 63, do documento citado, “um determinado comportamento pode ter efeitos de exclusão diferentes, dependendo do quão eficiente o concorrente é”. Um concorrente muito eficiente poderá concorrer num mercado onde a empresa dominante pratica certos preços, enquanto um concorrente menos eficiente, poderá não o conseguir fazer, sendo *in extremis*, “expulsa” do mercado. Assim, a Comissão defendia que só os comportamentos, capazes de excluïrem os concorrentes igualmente eficientes, deveriam ser considerados abusivos.

A abordagem da Comissão neste *Discussion Paper*, já mostrava uma certa modificação do paradigma, isto é, a Comissão começa a ter em conta os efeitos do sistema de descontos, quer positivos, quer negativos, tanto na concorrência, como nos consumidores/clientes, abandonando uma ideia pré-concebida de que o pelo simples facto de serem concedidos descontos de fidelidade/exclusividade, já se põe em causa a concorrência de um determinado mercado.

No acórdão *Azko*, a Comissão argumentou que se existir e se se estabelecer uma intenção que ponha em causa a competitividade, já não será necessário verificar se os preços praticados pela empresa em posição dominante são abaixo ou acima do custo de produção. Na altura, o Tribunal recusou adotar um critério único que tivesse em conta o custo-base dos preços, a intenção bem como os efeitos dos preços praticados.

Também em 2009, na Orientação da Comissão<sup>45</sup> sobre o art. 102.º do TFUE, critério do concorrente igualmente eficiente, “ganhou” evidência. A Comissão disse que não iria privilegiar a investigação de questões relativas ao abuso de posição dominante se um concorrente tão eficiente como a empresa dominante pudesse aplicar a mesma estrutura de preços que a empresa dominante e ainda obter lucros.

Na verdade, a Orientação da Comissão tem especial relevância, uma vez que, foca-se no efeito e não na forma do sistema de desconto. Reforçando que, mesmo que a empresa em posição dominante possa provar que o preço efetivo tenha acima do custo médio, a estrutura de preços e descontos não teria efeitos de exclusão.

Se atendermos à Jurisprudência existente, isso poderá ser comprovado.

---

<sup>44</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses Public consultation - <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

<sup>45</sup> Ver 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.

Em relação ao caso *Post Danmark I*, o Tribunal defendeu que o sistema de descontos era discriminatório e os preços de clientes específicos estavam abaixo do custo total médio (mas acima do custo médio incremental). Como se verá esse critério não foi suficiente para que os descontos fossem considerados abusivos. Acontece que teve de se proceder a uma análise mais pormenorizada das circunstâncias do caso. A análise de custos não conseguiu demonstrar que um concorrente tão eficiente não era capaz de lucrar.

No entanto, terá de se ter presente que nem só os efeitos são suficientes para se aferir um abuso. Por exemplo no acórdão *Post Danmark II*, deduziu-se que “a comparação de uma empresa dominante com um concorrente tão eficiente dará orientações muito limitadas sobre como a concorrência no mercado funciona se nenhum "concorrente eficiente" puder ser identificado. Verificou-se, pois, que nenhum outro concorrente, no mercado em questão, poderia ser tão eficiente, uma vez que a *Post Danmark II* sob a legislação nacional foi nomeada distribuidora exclusiva de correio com menos de 50 gramas”<sup>46</sup>.

Já existia uma certa mudança do paradigma, uma vez que, a Comissão começa a ter em conta os efeitos do sistema de descontos, quer positivos, quer negativos, tanto na concorrência, como nos consumidores/clientes, abandonando uma ideia pré-concebida de que o pelo simples facto de serem concedidos descontos, já se põe em causa a concorrência de um determinado mercado.

Este teste ganhou especial importância na União Europeia, nomeadamente no seguimento de uma série de casos de compressão de margens, *Deutsche Telekom v Commission* (case C-280/08P) entre outros, bem como no caso *Post Danmark*, em relação aos preços seletivos e descontos de fidelidade.

No entanto, o primeiro caso a ter sido posta em prática a doutrina pugnada pela Comissão foi no Acórdão *Tomra*. Em 2006, a Comissão considerou que o esquema de descontos da *Tomra* era concedido de forma a excluir os concorrentes do mercado, no entanto, não terá usado o critério por forma a descobrir se um concorrente igualmente eficaz estava apto a igualar tal sistema de descontos ou se por outro lado era excluído por força daquela prática.

---

<sup>46</sup> Klöcker, Michael, in *Nordic Competition, Competition Law in the Nordics*, <http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=481> .

Em 2012, o Tribunal de Justiça concluiu que foram vários os fatores que contribuíram para que a prática de tais descontos de fidelidade, tivessem efeitos de exclusão. No entanto, mais uma vez, o Tribunal não se debruçou especificamente sobre os se descontos seriam aptos a excluir um concorrente igualmente eficiente.

Já no caso *Intel*, as coisas passaram-se de maneira diferente, aqui a Comissão, tendo em conta a Orientação, fez uma análise com base no critério do concorrente igualmente eficiente.

Apesar de ter referido que não é necessário, tendo em conta a jurisprudência, utilizar o critério para estabelecer o abuso, podendo o mesmo verificar-se através da análise de outras circunstâncias, não dando importância a critério do concorrente igualmente eficiente.

Excetuando o Acórdão *Tomra*, o Tribunal de Justiça, tem dado cada vez maior visibilidade ao critério do concorrente igualmente eficiente, sendo que tem dado a indicação de que este poderá ser relevante para o escopo de aplicação do art. 102.º do TFUE.

Com o acórdão *Post Danmark II*, o Tribunal teve a oportunidade de clarificar a sua posição à forma como o AEC teste pode provar a existência de um abuso de posição dominante.

Será o AEC teste o requisito para estabelecer o abuso? A conclusão do Tribunal é a de que a aplicação deste não é uma condição necessária para a descoberta no sentido de saber se um determinado esquema de desconto é abusivo, nos termos do art. 102.º do TFUE.

O AEC teste por si só não é necessário nem suficiente para aferir do abuso da posição dominante no que toca aos descontos. É sim uma ferramenta muito útil para minimizar o risco de erro quando estamos perante certas informações.

Para que se diga que estamos perante um comportamento abusivo e que afeta a competitividade do mercado são necessárias mais evidências.

Um dos indicativos de que um comportamento poderá ser abusivo é o facto de existir num mercado a imposição de uma obrigação de fornecimento por parte de uma

empresa dominante.<sup>47</sup> Como expõe, e bem a Comissão, o que é certo é que tal comportamento poderá “dissuadir uma empresa concorrente de investir e inovar e, por conseguinte, poderá prejudicar os consumidores”. Os concorrentes poderão sentir-se compelidos a aproveitar os investimentos feitos pela empresa, que detém uma posição dominante, em vez de serem eles a investir no mercado em questão. Tal poderá trazer malefícios aos consumidores.

Entende-se, como a Comissão, de que quando existem dados em que se pode confiar, e que estão ao nosso alcance, o critério do concorrente igualmente eficiente, implementado de uma forma correta, poderá ser uma ferramenta bastante útil para minimizar os erros ao avaliar a natureza abusiva do padrão, em “esquemas” de desconto oferecidos pelas empresas dominantes, mesmo em mercados onde devido a “circunstâncias especiais” concorrentes menos que eficientes podem exercer uma restrição concorrencial relativamente à empresa dominante.<sup>48</sup>

Por outro lado, a Comissão afirma de que sem dados “confiáveis”, será mais uma ferramenta, no meio de tantas outras, que servirá para estabelecer se se estamos perante um comportamento abusivo por parte de uma empresa dominante, através da concessão de descontos de fidelidade.

## **4.2. Funcionamento**

O que é que diferencia o teste AEC? Este será uma ferramenta que possibilita a “descoberta” de quais comportamentos das empresas que fazem parte de uma competição saudável no mercado e aqueles comportamentos que fazem parte de uma estratégia abusiva da empresa dominante.

Uma vez que o critério do concorrente igualmente eficiente é um teste que tem como referência os custos, é necessário apurar quais são os custos que terá de se ter em conta, para uma análise com base neste. A Comissão “escolheu” como referência o custo evitável médio e o custo marginal médio a longo prazo.

---

<sup>47</sup> *Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante* (2009/C 45/02) - § 75.

<sup>48</sup> DE GHELLINCK, Elisabeth, *The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to establish an Abuse of Dominant Position?*, in *Journal Of European Competition Law & Practice*, , Vol. 7, N°8.

Seguindo os moldes do critério do concorrente igualmente eficiente, a conduta será abusiva quando seja suscetível de excluir um concorrente tão eficiente quanto a empresa dominante. Seguindo o critério da Comissão<sup>49</sup>, para se averiguar se o concorrente, tão eficiente como a empresa dominante, se “depararia com o encerramento do mercado” devido ao eventual abuso da posição dominante, a Comissão terá em conta a informação económica relativa aos preços de custo e de venda, e averiguará com especial atenção, se a empresa pratica preços abaixo do custo. Para tal é necessário ter-se acesso a informação fiável suficiente, da parte da empresa detentora da posição dominante, caso contrário, a Comissão terá de recorrer aos concorrentes da referida empresa, para de alguma forma obter essa informação ou outra que seja comparável.

Ainda na Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do atual art. 102.º do TFUE, é referido que os custos de referência que a Comissão tem em consideração são o custo evitável médio (doravante CEM) e o custo marginal médio a longo prazo (doravante CMMLP).

O CEM caracteriza-se por se demonstrar através de factos que a empresa dominante praticou preço inferior à totalidade ou a uma parte específica da sua produção durante um período de tempo relevante, que demonstre que a empresa dominante registou ou está a registar perdas que poderiam ter sido evitadas.

O CMMLP é a média de todos os custos que uma empresa tem para produzir o seu produto, sendo que aqui se somam os custos fixos e os custos variáveis.

Como refere a Comissão, “se a empresa em posição dominante não conseguir cobrir o CEM, esse é um indicativo de que esta estará 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”.

Por outro lado, se a empresa detentora da posição dominante não conseguir cobrir o CMMLP é um indício de que esta não estará a cobrir todos os custos fixos que tem com a produção do produto ou com o serviço concedido, sendo que um concorrente igualmente eficiente poderia ser excluído do mercado. Refere a Comissão que em sede de CMMLP, poderá ter de se analisar as receitas e os custos da empresa em posição dominante e dos seus concorrentes, além disso poderá ser preciso analisar as receitas marginais.

---

<sup>49</sup> Orientação sobre as prioridades (...), § 76 e ss.

Se as informações recolhidas indicarem que um concorrente igualmente eficiente consegue concorrer com as práticas de preços da empresa dominante no mercado, só se poderá concluir que tais práticas não têm um efeito negativo, nem na concorrência efetiva, nem nos consumidores. Não haverá um abuso da posição dominante, nos termos do art. 102.º do TFUE.

No entanto, caso se confirme que a prática de preços da empresa em posição dominante, poderá, efetivamente, encerrar o mercado aos outros concorrentes, de igual eficiência, a Comissão já intervirá, uma vez que tal irá fomentar práticas anti-concorrenciais.

Em conclusão, através do critério do concorrente igualmente eficiente, tenta-se determinar se um concorrente tão eficaz como a empresa em posição dominante, pode concorrer com esta, ou se na realidade, as suas práticas têm efeitos de exclusão anti-concorrenciais no mercado relevante.<sup>50</sup>

Os descontos de fidelidade, como refere a Comissão<sup>51</sup>, poderão ter o efeito de “encerramento anti-concorrencial, se 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”. Reforçando ainda a ideia de que “as empresas concorrentes 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 dominante”.<sup>52</sup>

Concluindo-se assim que, se existir uma concorrência em pé de igualdade entre todos os concorrentes de um determinado mercado, a concessão de descontos de fidelidade, para fomentar a procura de clientes, não serão um entrave à concorrência, nem tão pouco terão efeitos anti-concorrenciais. Por outro lado, se a empresa dominante, nas palavras da Comissão “um parceiro incontornável de todos ou de parte significativa dos

---

<sup>50</sup> Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, 21 de maio de 2015, p. 18, §96.

<sup>51</sup> Orientação (...), para. 36.

<sup>52</sup> Orientação (...) para. 36.

clientes”, o facto de esta conceder descontos de fidelidade, poderá ter efeitos anti-concorrenciais.

### 4.3. Importância do Critério no âmbito dos descontos de fidelidade

Na Comunicação da Comissão, em relação ao então art. 82.º do Tratado CE, atual, art. 102.º do TFUE, é referido que tal documento não deve ser visto como doutrina, servindo como guia para se perceber se as diferentes formas de comportamento de exclusão podem dar origem ou não a que seja necessário a intervenção da Comissão.

Tendo em consideração esta posição da Comissão, bem como o disposto no art. 102.º do TFUE, pode afirmar-se que não será necessário nem exigível que tenha de se demonstrar que o carácter abusivo de um sistema de descontos de fidelidade, através do critério do concorrente igualmente eficiente, se tal abuso já resultar de “uma avaliação do conjunto das restantes circunstâncias do caso concreto”.<sup>53</sup> Assim, a Comissão só intervirá contra comportamentos de exclusão abusivos quando o comportamento da empresa dominante tenha impedido ou possa vir a impedir a concorrência de empresas que possam ser consideradas tão eficazes como a empresa em posição dominante<sup>54</sup>.

As instituições nacionais apenas estão vinculadas às prescrições do art. 102.º do TFUE, não existindo qualquer natureza vinculativa no que diz respeito à aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente.

Não existe, na jurisprudência, uma exigência absoluta de recorrer sistematicamente ao critério do concorrente igualmente eficiente para que se possa apreciar os comportamentos de exclusão relacionados com os preços. Aliás no Acórdão *Post Danmark*, a expressão utilizada pelo Tribunal de Justiça, “*insbesondere*”, em português “nomeadamente”, reforça a ideia de que “o abuso da posição dominante não existe apenas quando um efeito de exclusão afeta empresas igualmente eficaz e eficazes face à empresa em posição dominante”.<sup>55</sup>

No Caso *Intel Corporation vs Comissão*, a Comissão diz mesmo que o teste AEC não tem relevância, no que concerne aos meios de prova, para se verificar que estamos perante um comportamento abusivo e que poderá restringir a competência.<sup>56</sup> Ainda no

---

<sup>53</sup> Conclusões da Advogada-Geral, 21/05/2015, p. 18.

<sup>54</sup> Conclusões J. Kokott, p. 12, §59.

<sup>55</sup> Conclusões de J. Kokott – Processo C-23/14 *Post Danmark*, p.12, §63 e ss.

<sup>56</sup> Conclusões de N. Wahl – Processo C-413/14P *Intel Corporation C. Comissão*, p.29, §161 e ss.

mesmo caso, “o Tribunal Geral desvalorizou mesmo a relevância do critério para efeitos de determinar se o comportamento recriminado tinha capacidade para restringir a concorrência”<sup>57</sup>.

O Tribunal Geral, no caso *Intel* e na decisão impugnada, não deu relevância ao teste AEC, por três razões: a primeira prende-se com o facto de este ser irrelevante, devido à estrutura dos descontos de exclusividade, não estando obrigados a demonstrar em todos os casos a sua capacidade de exclusão, servindo o teste apenas para confirmar que tal comportamento era abusivo, o que já estava provada através da apreciação de outras circunstâncias. A segunda razão é a de que, como já se referiu supra, a jurisprudência não impõe a aplicação do critério do concorrente igualmente eficaz. Por último, referiu também que o Tribunal de Justiça, apenas considerou relevante que se tivesse em conta o teste AEC em casos relacionados com compressão de margens ou práticas tarifárias, que diferem dos casos referentes aos descontos de exclusividade.

Tendo em conta as considerações do Advogado-Geral Nils Wahl, é necessário ter em conta todas as circunstâncias para determinar se um comportamento se revela como abusivo e se o mesmo terá a faculdade de excluir os concorrentes de um determinado mercado, mesmo quando estamos no âmbito dos descontos de exclusividade. Nas palavras do Advogado-Geral, “a capacidade de exclusão deve ser demonstrada caso a caso”. Destas palavras, pode-se retirar que o critério do concorrente igualmente não terá grande relevância, se se defender que em teoria um comportamento recriminado terá um efeito de exclusão anti-concorrencial e que tal constitui um abuso. E que com base nessa teoria qualquer concessão de desconto por parte de uma empresa dominante num determinado mercado, terá automaticamente um efeito anti-concorrencial.

Com a devida vénia, não é esse o entendimento que se defende. Uma vez que é imprescindível um efeito de exclusão de um concorrente do mercado, não se poderá negligenciar o teste AEC. “O teste serve para identificar um comportamento que torne economicamente impossível a um concorrente igualmente eficaz obter a parte contestável da procura de um cliente”<sup>58</sup>. Isto significa que o teste AEC é mais uma ferramenta, para auxiliar a identificar se um comportamento terá o efeito prejudicial para a concorrência. Aliás servirá tanto para confirmar que um comportamento tem um efeito de exclusão

---

<sup>57</sup> Conclusões de N. Wahl – Processo C-413/14P *Intel Corporation v. Comissão*, p.29, §163 e ss.

<sup>58</sup> Conclusões de N. Wahl, p. 30, §165.

como também para provar o contrário, que o concorrente igualmente eficaz terá possibilidade de suportar e cobrir os seus custos, e que não será excluído do mercado. Portanto, terá sempre de se concluir que este critério é útil.

WOUTER WILS<sup>59</sup> defende que no Acórdão *Intel* não era necessário “conduzir uma análise económica para verificar a capacidade, em relação aos descontos concedidos, em excluir um hipotético concorrente tão eficaz, quanto a empresa em posição dominante”. WILS refere ainda que o “teste AEC não está apto para o objetivo que é avaliar os descontos de fidelidade à luz do artigo 102º do TFUE, sendo que a sua aplicação traria para o Direito da Concorrência consequências desastrosas” (Wils, 2014). Acrescenta também que uma análise económica não deve ter por base apenas generalizações teóricas, sobre possíveis benefícios dos descontos de fidelidade ou observações de casos em que empresas que não têm uma posição dominante no mercado também concedem descontos de fidelidade.

Na conceção de WILS, a aplicação deste critério tem custos muito elevados para a Comissão, (tendo em conta o tempo de decisão, bem como o custo de aconselhamento económico e jurídico). O que é certo é que se a Comissão tiver de o utilizar todas as vezes, que estamos perante um eventual abuso pela concessão de descontos de fidelidade, tal vai diminuir as intervenções da Comissão, pois não terá recursos suficientes para todos os casos. Ao nível do tempo de resposta, o autor defende que a aplicação do critério trará demoras nas decisões, o que fará com que, caso exista um abuso da posição dominante, este se perpetue durante mais tempo. Aliás reforça essa ideia com o Acórdão *Intel*, em que refere que basta lermos as 150 páginas dedicadas ao critério do concorrente igualmente eficiente, e para o facto do o mesmo ter demorado cerca de dois anos para ter sido proferida uma decisão, rematando com a frase “*justice delayed is often justice denied*” (tradução livre: Justiça atrasada poderá significar justiça negada).

Ora este autor é contra a aplicação do teste AEC, pelas razões supramencionadas, no âmbito de um esquema de descontos acrescentando que a sua posição não é aquela que é a filosofia subjacente ao TFUE, que visa um sistema de concorrência não falseada,

---

<sup>59</sup> WILS, Wouter P.J., “*The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance*”, *World Competition* 37, N°4 (2014): 405-434; Kluwer Law International BV, The Netherlands.

“porque não deixa o livre jogo da concorrência determinar se os produtores são ou não eficientes” (Wils, 2014).

PATRICK REY e JAMES S. VENIT<sup>60</sup> não partilham, na totalidade da opinião de Wils, afirmando que o critério do concorrente igualmente eficiente é compatível com a “filosofia que está subjacente aos tratados da UE”. Sendo que também é referido que o teste fornece uma espécie de “dispositivo de triagem útil” e que a sua irrelevância e, consequentemente, esquecimento, seria uma perda prejudicial para a segurança jurídica, em matéria concorrencial.

ELISABETH DE GHELLINCK<sup>61</sup> refere que, no seguimento do defendido na Orientação, proveniente da Comissão, quando informação fiável está disponível e ao alcance do “examinador”, o critério do concorrente igualmente eficiente é uma ferramenta muito útil para minimizar erro quando se avalia a natureza abusiva de esquemas de descontos standardizados e retroativos, concedidos pela empresa em posição dominante. A autora refere ainda que, mesmo se não tivermos disponível informação fiável, uma estimativa do preço efetivo será sempre relevante, para que depois se identifique a amplitude das consequências, do sistema de descontos concedidos, para os concorrentes. Assim, o teste AEC será mais uma ferramenta para ajudar a estabelecer a natureza abusiva dos descontos de fidelidade em causa.

No caso dos descontos de fidelidade o que acontece é que existe uma redução de preços, a curto prazo, a um grupo de clientes. Isso fará com que esses clientes quando forem vender a mercadoria, ao comprarem mais barato, também vendem mais barato, beneficiando, em última instância o consumidor. Ora sistemas de descontos, acabam por ter um efeito anti-concorrencial, sendo que, muitas vezes, não poderão se igualados por um concorrente real ou potencial. Fazendo com que os compradores, não tenham outra hipótese de comprar, se não à empresa em posição dominante.

Imagine-se o seguinte exemplo:

Uma empresa em posição dominante concede um desconto de fidelidade, no preço tabelado de um produto se comprar apenas àquela empresa. Ora um cliente com

---

<sup>60</sup> REY, Patrick & VENIT, James S., “An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils”, in *World Competition* 38, nº1 (2015): 3-30; Kluwer Law International BV, The Netherlands.

<sup>61</sup> DE GHELLINCK, Elisabeth, “The As-Efficient-Competitor test: Necessary or Sufficient to Establish as Abuse of Dominant Position?”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, nº8, pp. 544 e ss.

necessidade de obter aquele produto, para obter o desconto, irá comprar só à empresa em posição dominante, pois sabe que beneficiará do desconto. Isto fidelizará o cliente.

O que é certo é que a discrepância entre o preço médio da empresa dominante e o preço efetivo do outro concorrente mostra que descontos condicionais podem ter efeitos de exclusão sem que tal implique, necessariamente, uma perda de lucro para a empresa dominante. As empresas dominantes podem recuperar as perdas que tiveram com a concessão dos descontos, do lucro resultante da maior procura, face ao cliente fidelizado. Isso justifica que se avalie o efeito que os descontos retroativos têm no encerramento do mercado, tendo por base no lucro a longo prazo da empresa em posição dominante.

#### **4.4. Vantagens e desvantagens da aplicação do critério**

Tem existido um certo ceticismo em fazer depender a verificação de um comportamento de exclusão do critério do concorrente igualmente eficiente, em relação ao sistema de descontos concedidos pelas empresas ditas dominantes.

Na realidade não é o comportamento, em si mesmo que será abusivo, tal comportamento apenas será abusivo se o mesmo originar um resultado provável. Esse resultado passa pela exclusão do concorrente igualmente eficaz.

A maior crítica ao critério do concorrente igualmente eficiente ao nível dos falsos negativos será a de que tanto a eficiência económica como o bem-estar do consumidor, em algumas circunstâncias, poderão beneficiar da existência de concorrentes menos eficientes. Por um lado, os concorrentes menos eficazes podem exercer pressão face à política de preços da empresa em posição dominante ou por outro lado, novos concorrentes poderão ter o potencial, ainda que demore algum tempo, de atingir a eficiência necessária para competir com a empresa dominante.<sup>62</sup>

Assim, a Comissão terá de ter uma perspetiva dinâmica desta pressão, pois em condições excecionais, e “na ausência de uma prática abusiva, um concorrente poderá beneficiar de vantagens relacionadas com a procura”.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> VICKERS, J., *Abuse of Market Power* (2005) *The Economic Journal* 115.504, at pp 249–250.

<sup>63</sup> Orientação, p. 11, §24.

Outra das desvantagens na aplicação deste critério, é o facto de este ser um conceito conservador que admite que se erre a favor de falsos positivos, como foi referido supra, sendo que poderá existir um maior risco de se absolver práticas abusivas.

Como era referido no trabalho de Posner, bem como no de Areeda e Turner, da escola de Harvard, este critério poderá ter o condão de ser menos permissivo em preços baixos do que muitos testes de custo-preço aplicados atualmente. Isto é, por exemplo no acórdão *Azko*, censurou-se os preços praticados abaixo do custo total, mesmo tendo em conta que tal política de preços não tinha intenção, nem objetivo de excluir os concorrentes, mas sim de beneficiar os consumidores. No entanto, esse risco, de falsos positivos, poderá ser reduzido se se tiver em atenção do que significa verdadeiramente o conceito de “igualmente eficiente”.

Além do já referido, o benefício das análises económicas complexas, como refere J. KOKOTT<sup>64</sup>, nem sempre é evidente o que poderá originar um desgaste dos recursos das autoridades do direito da concorrência bem como dos tribunais.

A juntar a essas desvantagens, também nem sempre se tem à disposição dados suficientes para fundamentar tal análise, e quando estamos na posse destes, nem sempre serão fiáveis<sup>65</sup> e quando tal acontece, será necessário a cooperação da empresa dominante, o que nem sempre é garantido.

O que é certo é que não será possível resolver a problemática dos comportamentos de exclusão relacionados com os preços de forma “simples e juridicamente segura, através de uma fórmula matemática unicamente com base nos elementos de preços e custos das empresas em causa”.<sup>66</sup> Até porque como se disse, os dados das empresas poderão dar azo a interpretações díspares.

No entanto, não se poderá deixar de identificar as vantagens que advêm da aplicação de tal critério, nomeadamente porque ele nos permite estabelecer como parâmetro qualificativo do comportamento um fator que é (ou deve ser) do conhecimento prévio da empresa dominante - a sua própria eficiência. Também porque, se o critério for limitado a comportamentos em relação aos quais seja mais difícil distinguir entre

---

<sup>64</sup> Conclusões de J. Kokott, p. 13, §66.

<sup>65</sup> Orientação da Comissão...

<sup>66</sup> Conclusões de J. Kokott..., p.13 e ss.

condutas abusivas e concorrência agressiva, evita um efeito dissuasor de comportamentos desejáveis, como é o caso de preços mais baixos para os consumidores.

Atendendo ao disposto no art. 102.º do TFUE, sempre terá de se ter em conta a avaliação de todas as circunstâncias relevantes de cada caso, não podendo a análise a basear-se apenas nos preços e custos. Outros fatores terão de ser tidos em conta, serão os que se prendem com o funcionamento do sistema de descontos, as características do mercado onde a empresa dominante está inserida, e que muitas vezes poderão ter uma grande relevância.

Assim, as exigências previstas no art. 102.º do TFUE estarão preenchidas, para se aferir da existência de um comportamento abusivo, se estiverem reunidas as circunstâncias relevantes do caso em concreto, se não se verificar a justificação objetiva do comportamento da empresa em posição dominante.

Deste modo, em jeito de conclusão poderá afirmar-se que não existe qualquer dever jurídico de utilizar o critério do concorrente igualmente quando o caráter abusivo de determinado sistema de descontos já resultar de uma avaliação do conjunto das circunstâncias do caso concreto. No acórdão *Michelin I*<sup>67</sup>, o Tribunal de Justiça baseou-se apenas no mecanismo de fidelização dos descontos em causa, não exigiu prova, por meio de um teste quantitativo, isto é, não foi preciso provar que os concorrentes tinham sido obrigados a vender com prejuízo para suportar os descontos concedidos pela empresa dominante.

O acórdão do Tribunal de Justiça *Tomra* também reforça essa ideia, referindo que para se demonstrar um efeito anti concorrencial basta que exista um mecanismo de fidelização, não sendo necessário que a empresa igualmente eficaz suporte preços abaixo do preço de custo.

Também se, tendo em conta as condições de concorrência específicas de um determinado mercado, está excluída a possibilidade de qualquer outra empresa ser tão eficaz quanto a empresa dominante, não fará sentido aplicar-se tal critério, uma vez que não podendo existir um concorrente tão eficaz, então também não se poderá retirar informação fiável de possíveis efeitos de exclusão. Aliás, à luz do art. 102.º do TFUE,

---

<sup>67</sup> Acórdão *Michelin I* N°81 a 86.

proíbe-se que se faça uma análise no mercado em que outra empresa possa ser tão eficaz como empresa dominante, tendo em conta o critério do concorrente igualmente eficiente.

Em suma, se já se verificar um carácter abusivo, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, já não será necessário demonstrar tal comportamento através de uma análise de preços-custo do tipo do teste AEC.

Sendo que os intervenientes do direito da concorrência, terão legitimidade para no “quadro de uma avaliação do conjunto de todas as circunstâncias do caso concreto, utilizarem a análise de preços-custos”, salvo se, como já se referiu supra, estiver excluída a possibilidade de uma empresa ser tão eficaz quanto a empresa em posição dominante”<sup>68</sup>.

Quando dados confiáveis estão disponíveis, o teste AEC é uma poderosa ferramenta que faz com que a Comissão e as autoridades da concorrência “façam as perguntas certas” e, portanto, ajudará a minimizar o risco erros de cálculo. O cálculo do preço efetivo de um concorrente - seja qual for seu nível de eficiência – teria de oferecer para compensar um cliente pelos descontos perdidos da empresa dominante fornece uma indicação clara da magnitude das penalizações impostas ao concorrente que compete com a empresa em posição dominante, por esse cliente.

---

<sup>68</sup> J. Kokott, p.14, §75.

## 5. Jurisprudência

### 5.1. Em matéria de descontos de fidelidade e acordos de exclusividade

#### 5.1.1. Acórdão *Hoffmann – La Roche*<sup>69</sup>

Este caso, como já foi referido no âmbito do capítulo do abuso por descontos de fidelidade, tem como partes a *Hoffmann-La Roche* e a Comissão. A *Roche* dispunha, no mercado das vitaminas, uma posição dominante e explorou “abusivamente desta posição através da celebração, a partir de 1964, mas em especial entre 1970 e 1974, com 22 compradores destas vitaminas, de contratos que incluíam a obrigação ou o incentivo de estes compradores, através da aplicação de prémios de fidelidade, reservarem à *Roche* a exclusividade ou a preferência através da cobertura da totalidade ou da parte mais importante das suas necessidades em vitaminas”.<sup>70</sup>

Este regime de exclusividade que tinha sido imposto pela *Roche* era contrário às regras normais da concorrência e que por isso, os descontos concedidos eram vistos como um abuso da posição dominante por parte desta. A Comissão afirmou que as práticas em questão falseavam a concorrência pois não davam liberdade de escolha aos clientes, uma vez que os impedia de comprar produtos a qualquer empresa que fosse concorrente da *Roche*. Depois havia o facto de os descontos concedidos serem discriminatórios, isto é, “os descontos de fidelidade têm como efeito a aplicação de condições desiguais a parceiros comerciais no caso de prestações equivalentes, na medida em que dois compradores de uma mesma quantidade de um produto pagam um preço diferente consoante se abasteçam exclusivamente junto da empresa em posição dominante ou diversifiquem as suas fontes de abastecimento”<sup>71</sup>.

Ora o Tribunal de Justiça (TJ), como refere (JUNQUEIRO, 2012) venceu a sua posição ao afirmar que os acordos de compra exclusiva são idênticos aos descontos de fidelidade que, embora não contenham uma obrigação formal, conseguem os mesmos resultados devido ao sistema de incentivos financeiros que induzem à exclusividade<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Processo Nº 85/76.

<sup>70</sup> Acórdão *Hoffmann-La Roche* (...), para.2.

<sup>71</sup> Acórdão *Hoffmann-La Roche* (...), para. 90 e ss.

<sup>72</sup> JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, 2012, p. 368 e ss.

A *Roche* tentou rebater os argumentos da Comissão, defendendo-se ao dizer que “os descontos convencionados não são descontos de fidelidade, mas de quantidade ou que correspondem a uma prestação económica do cliente justificando uma contrapartida deste tipo”. O TJ não considerou tais argumentos válidos recusando os mesmos.

As considerações mais importantes a retirar do caso em apreço são: o facto de uma empresa em posição dominante praticar acordos de exclusividade ou descontos que culminem nos mesmos efeitos ou qualquer outra prática que resulte numa relação de exclusividade entre fornecedor e comprador, serão considerados um abuso, nos termos do art. 102.º do TFUE; o TJ optou por uma abordagem formalista, dizendo que a prática da *Roche* constitui desde logo um abuso porque põe em causa a saudável concorrência daquele mercado, desvalorizando uma perspectiva que dê ênfase aos efeitos concretos da concessão dos acordos exclusivos e dos descontos de fidelidade.

Este caso é importante pois marca o ponto de partida da abordagem da Comissão e do TJ aos acordos de exclusividade e descontos de fidelidade, na medida em que estes serão abusivos; além disso “os argumentos utilizados pelo TJ neste caso acabaram por servir quase como que “presunções” base para a ilegalidade de um sistema de descontos”, como refere e, bem em nossa opinião, MARTA LAMEIRAS<sup>73</sup>.

### **5.1.2. Acórdão *Michelin II***

O que estava aqui em causa era o sistema de descontos da *Michelin* aos seus revendedores em França. Até 1996, a *Michelin* praticava três tipos de descontos, a saber: descontos de quantidade, em que era atribuído um desconto anual tendo em conta o volume de negócios do distribuidor; prémio de serviço, se os revendedores prestassem um serviço de qualidade aos utilizadores, tinham direito a um bónus; e um prémio de progresso, em que os revendedores tinham direito a um bónus consoante os esforços investidos na venda de produtos novos.

Em 1998, a *Michelin* modificou os descontos concedidos, passou a prever quatro tipos, em vez dos três, acima descritos. Passou a conceder os descontos sobre a fatura, um desconto por objetivo alcançado, um bónus fim de ano e um bónus multiproduto.

---

<sup>73</sup> LAMEIRAS, Marta, Os descontos no âmbito do Direito da Concorrência, p. 27.

Ora o litígio punha em causa a posição dominante da *Michelin*, no mercado francês de pneus de substituição para veículos pesados, que impunha aos revendedores condições comerciais inequitas, baseadas nomeadamente num sistema de descontos de fidelidade.<sup>74</sup> Tendo a Comissão sancionado a *Michelin*, por esta ter infringido o art. 102.º do TFUE, mediante a aplicação de sistemas de descontos com caráter de fidelização aos revendedores de pneus novos para efeitos de substituição, bem como de pneus recauchutados para camiões e autocarros em França.

Não se irá entrar muito pormenorizadamente nas questões de prova e abordagem da Comissão aos tipos de descontos concedidos pela *Michelin* aos revendedores.

O que é certo é que existia um sistema de descontos concedidos pela empresa em posição dominante, no mercado em causa, a *Michelin*, e que estes, da forma como foram concedidos, eram inequitos e constituíam um abuso da posição, na aceção do art. 102.º do TFUE.

Este acórdão é importante pois a Comissão reforça o entendimento de que “não se exige uma demonstração concreta dos efeitos da prática em causa”<sup>75</sup> para se apurar se estamos perante um abuso.

Sempre que um comportamento restringir ou for suscetível de restringir a concorrência, e tal prática for praticada por uma empresa em posição dominante, cairá na prescrição do art. 102.º TFUE e consubstanciará um abuso da posição dominante.

### **5.1.3. Acórdão *British Airways*<sup>76</sup>**

Apesar de este não ser um caso clássico de um esquema de descontos, é na realidade uma atribuição de prémios, entend-se como MIGUEL MOURA E SILVA<sup>77</sup> que devem ser estes equiparados a descontos.

“A *British Airways*, a maior companhia aérea do Reino Unido, celebrou com agências de viagens estabelecidas no território deste Estado-Membro e reconhecidas pela International Air Transport Association (IATA) acordos que lhes conferiam direito a uma comissão de base sobre as vendas de bilhetes de transporte para os voos organizados pela

---

<sup>74</sup> Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção), de 30 de setembro de 2003, processo N° T-203/01, para. 22.

<sup>75</sup> MOURA E SILVA, Miguel, Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial, 2008, p. 711.

<sup>76</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 15 de março de 2007, *British Airways c. Comissão*.

<sup>77</sup> MOURA E SILVA, Miguel, Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial, 2008, p. 714 e ss.

BA (a seguir «bilhetes BA») realizadas por estas agências e que compreendiam igualmente três regimes distintos de incentivos financeiros: os acordos de marketing, os acordos globais e, posteriormente, o regime de prémios de resultados, aplicável a partir de 1 de Janeiro de 1998”.<sup>78</sup>

Em julho de 1993, a *Virgin Airways*, concorrente da *British Airways* (doravante BA), fez uma denúncia à Comissão, para que esta averiguasse o funcionamento dos incentivos financeiros, a fim de aferir da sua legalidade.

A Comissão considerou que a BA, ao aplicar os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido, a BA abusou da posição dominante que detém, neste Estado-Membro, no mercado dos serviços das agências de viagens aéreas. E foi mais longe, “afirmou que, ao recompensar a fidelidade das agências de viagens e ao efetuar uma discriminação entre elas, este comportamento abusivo tinha por objeto e efeito excluir concorrentes da BA dos mercados do transporte aéreo do Reino Unido”<sup>79</sup>.

O Tribunal de Justiça afirmou que o facto de o carácter abusivo dos regimes de prémios não estar elencado no art. 102.º do TFUE, tal não é motivo para que se pense que estes não poderão ser abusivos. A lista de práticas abusivas presentes no artigo acima mencionado, não é exaustiva nem limitativa, estas apenas constituem exemplos de abusos de posição dominante<sup>80</sup>.

No caso *British Airways* a análise foi estruturada em duas vertentes: por um lado, seria necessário verificar se os descontos teriam o efeito de exclusão dos concorrentes, limitando a liberdade de escolha dos compradores, nos termos do art. 102.º do TFUE; por outro lado, se esses descontos forem aptos a excluir os concorrentes, será necessário que se verifique se não existe uma justificação objetiva, subjacente aos mesmos.

Como refere MOURA E SILVA, “este segundo passo é uma das afirmações mais importantes proferidas pelo Tribunal de Justiça em matéria de abuso de posição dominante por práticas de descontos”.<sup>81</sup> O que faz com que já não seja apenas requisito o efeito eliminatório dos concorrentes para que exista um abuso, terá também inexistir uma

---

<sup>78</sup> Acórdão *British Airways* (...) para.3.

<sup>79</sup> Acórdão *British Airways* (...) para.11.

<sup>80</sup> MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, p. 714; ver também Ac. Tetra Pak c. Comissão de 14 de novembro de 1996.

<sup>81</sup> MOURA E SILVA, Miguel, in *O Abuso da Posição Dominante na Nova Economia*, p. 186.

justificação objetiva, para que estejamos perante um abuso, como dispõe o art. 102.º do TFUE.

O Tribunal Geral depois de analisar considerou que não estavam em causa descontos de fidelidade, condicionados à aquisição em exclusivo junto da empresa dominante, logo junto da British Airways. No entanto, apesar disso, considerou que os regimes de prémios, em apreço, tinham, em consonância com o já alegado pela Comissão, um carácter de fidelização.

Em relação à justificação objetiva, a Comissão entendeu que a concessão do regime de prémios não assentava numa contrapartida economicamente justificada. Acrescentou que não é suficiente dizer que o sector aéreo se caracteriza por custos fixos elevados para justificar as iniciativas tomadas por uma companhia aérea para cobrir uma parte destes custos. Como refere o acórdão “em qualquer caso, as companhias concorrentes devem igualmente suportar custos fixos elevados. Ora, as práticas de exclusão da concorrência adotadas por uma empresa em posição dominante, como a BA, reduzem as receitas destas companhias e tornam ainda mais difícil, para elas, a cobertura desses custos”.<sup>82</sup>

Ora o regime de prémios, face à ausência de justificação abusiva, foi considerado abusivo. Face a todas as circunstâncias do caso concreto, é necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta do regime de prémios criado pela empresa em posição dominante, é nocivo para a concorrência e se esse efeito nocivo consegue ser compensado ou superado por ganhos de eficiência suscetíveis de beneficiar o consumidor. O Tribunal considera que “se o efeito eliminatório deste regime não apresenta qualquer relação com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter tais vantagens, tal regime deve ser considerado abusivo”.<sup>83</sup>

Conclui-se assim que os regimes de prémios em causa tinham um efeito de fidelização que produziam, portanto, um efeito eliminatório e que não estavam justificados do ponto de vista económico.

Ao longo da sua argumentação, o Tribunal baseou-se em dois casos já conhecidos, o acórdão *Hoffmann-La Roche* e o Acórdão *Michelin I*.

---

<sup>82</sup> Acórdão *British Airways*, para. 82.

<sup>83</sup> Ac. *British Airways*, para. 86.

Em relação ao Acórdão *Hoffmann-La Roche* este foi utilizado pelo tribunal para “para examinar o eventual carácter abusivo, no caso de uma empresa em posição dominante, de um regime de descontos ou de prémios que não constituem nem descontos ou prémios de quantidade nem descontos ou prémios de fidelidade, na aceção do acórdão *Hoffmann-La Roche/Comissão*, já referido, importa, antes de mais, verificar se estes descontos ou prémios podem ter um efeito eliminatório, isto é, se podem, por si mesmos, por um lado, restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e, por outro, a possibilidade de os co-contratantes desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais”<sup>84</sup>

O Tribunal de Justiça “considerou que a pressão exercida sobre os revendedores por uma empresa em posição dominante que concede descontos com tais características é ainda reforçada quando esta empresa detém quotas de mercado muito superiores às dos seus concorrentes. Declarou que, nestas condições, é especialmente difícil para os concorrentes da referida empresa competir com descontos ou prémios concedidos em função do volume total de vendas. Devido à sua quota de mercado sensivelmente mais elevada, a empresa em posição dominante é, em regra, um parceiro obrigatório no mercado”.

Assim, não estando os outros concorrentes em posição financeira de apresentar ofertas equivalentes e que pudessem concorrer com as ofertas da BA, às agências de viagens, a BA abusou da sua posição.

Em relação ao acórdão *Michelin I*, este serviu para fazer o paralelismo entre o regime de descontos e o regime de prémios, que era o caso do *British Airways*. O Tribunal, ao verificar que a *British Airways* desenvolvera esquemas de prémios de forma individualizada, ligados ao crescimento do volume de negócios durante um determinado período de tempo dos agentes de viagens, concluiu pela ilegalidade de tal atuação da *British Airways*. Salientou que esta abusou da sua posição dominante no mercado, o que provocou uma exclusão dos concorrentes igualmente eficientes.

Ora abordou-se este caso, pois foi neste que se verificou uma ligeira mudança de paradigma. Foi defendido que se a empresa em posição dominante conseguir provar que praticou uma concorrência em respeito pelas leis da concorrência, que na realidade “é

---

<sup>84</sup> Ac. *British Airways*, para. 68.

mais eficiente, tem melhores preços ou melhores produtos, não deverá ser julgada, pura e simplesmente, pela prática de um esquema de descontos”<sup>85</sup>. Ora a Comissão não adotou a perspetiva puramente formalista, de que todos os descontos são abusos, per se, na aceção do art. 102.º do TFUE, antes, deu importância aos efeitos do regime de prémios.

#### **5.1.4. Acórdão *Tomra***<sup>86</sup>

As partes que deram origem a este litígio foram a *Tomra Systems ASA* (doravante *Tomra*), esta é a sociedade-mãe do grupo *Tomra*. “A *Tomra Europe AS* coordena a atividade das filiais de distribuição europeias do grupo; o grupo *Tomra* produz máquinas automáticas para recolha de vasilhame (a seguir ‘RVM’), que são máquinas de recolha de embalagens usadas de bebidas que identificam a embalagem em função de determinados parâmetros, como a forma e/ou o código de barras, e calculam o montante do depósito que deve ser reembolsado ao cliente, e a Comissão.

A Comissão recebeu uma denúncia da *Prokent AG*, uma sociedade alemã que também tinha atividade no setor da recolha das embalagens de bebidas, bem como no setor dos produtos e dos serviços conexos. A *Prokent* solicitou à Comissão que averiguasse se as recorrentes tinham cometido um abuso de posição dominante, ao impedi-la de aceder ao mercado.”<sup>87</sup>

O mercado em causa era o mercado das máquinas ou sistemas automáticos de recolha de vasilhame de topo de gama, sendo que a Comissão considerou que em qualquer dos mercados relevantes a quota de mercado das recorrentes (*Tomra* e filiais) era várias vezes superior à dos seus concorrentes, concluiu que o grupo *Tomra* era uma empresa que ocupava uma posição dominante na aceção do artigo 82.º CE, atual art. 102.º do TFUE.

O comportamento abusivo que estava aqui em causa era o facto de as recorrentes terem celebrado acordos, entre 1998 e 2002, com várias cadeias de supermercados, tomando a forma de acordos exclusivos, de acordos individuais que continham compromissos em termos de quantidade e de regimes individuais de descontos

---

<sup>85</sup> LAMEIRAS, Marta, Descontos de fidelidade, p. 30.

<sup>86</sup> Acórdão do tribunal de Justiça(Terceira Secção), de 19 de abril de 2012, *Tomra Systems c. Comissão*, processo C-549/10 P - <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d60ea875ab5e5f47abbacbf8a5679279e5.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahv0?text=&docid=121747&pageIndex=0&doclang=PT&mod e=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=528288>

<sup>87</sup> Ac. *Tomra* (...) para. 1 e 2.

retroativos. Com isso, as recorrentes pretendiam, afirma o Tribunal “pretendiam preservar a sua posição dominante e as suas quotas de mercado por meios que consistiam, nomeadamente, em impedir a chegada de novos operadores ao mercado, em atuar de modo a que os concorrentes se mantivessem em posição de fraqueza, limitando as suas possibilidades de crescimento, e em acabar [por] os enfraquecer e os eliminar, quer adquirindo-os quer por outros meios”.<sup>88</sup>

Além disso, no que se refere aos descontos, a Comissão deixou claro que os regimes eram individuais e que os limiares a cumprir estavam ligados aos requisitos totais de cada comprador ou uma grande parte dele; além disso, os descontos foram estabelecidos com base nos requisitos estimados de cada cliente ou volumes de compras já alcançados no passado. Na verdade, a Comissão enfatizou que, ao abrigo de um regime retroativo, o comprador tem um forte incentivo para atingir os limiares<sup>15</sup>. Concluindo, a Comissão declarou que, de acordo com a jurisprudência do TJCE, basta demonstrar que a o comportamento alegadamente abusivo tende a restringir a concorrência, conforme observa ANDREA USAI.<sup>89</sup>

Ora a Comissão acabou por condenar a *Tomra* por abuso de posição dominante, decorrente da prática de uma estratégia de exclusão nos mercados alemão, neerlandês, austríaco, sueco e norueguês das recolhas de vasilhame por meio de acordos exclusivos, de compromissos quantitativos individuais e de regimes de descontos individuais retroativos. Dessa forma, a *Tomra* estava a restringir a concorrência nos mercados em causa.

A *Tomra* recorreu, no entanto, o TGUE negou provimento ao recurso, confirmando a decisão da Comissão.

Alegou que a Comissão não terá fundamentando a questão relativa à procura total que s acordos deviam cobrir para que se dissesse que estávamos perante uma prática abusiva. Ora o Tribunal, usando como “apoio” o acórdão *TeliaSonera Sverige* afirmou que “a posição dominante visada no artigo 102.º TFUE se refere a uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa, conferindo-lhe a possibilidade de se

---

<sup>88</sup> Ac. Tomra (...) para. 11.

<sup>89</sup> USAI, Andrea, “*The Intel case: Between Tomra Systems ASA, the Commission’s Guidance on Enforcement Priorities, and the Alleged Infringement of Procedural Requirements - No Fat Left on the Bone*” - <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/theintelcase.pdf>

comportar com um grau apreciável de independência em face dos seus concorrentes e dos seus clientes”<sup>90</sup>. O Tribunal, reconhecendo que a Comissão não estabeleceu um limiar preciso, em relação ao poder de mercado, mas “o Tribunal Geral aceitou com razão a consideração da Comissão segundo a qual, ao encerrar uma parte significativa do mercado, o grupo *Tomra* limitou a entrada a um ou vários concorrentes e, portanto, restringiu a intensidade da concorrência na totalidade do mercado”<sup>91</sup>.

Um segundo argumento é apontado pela *Tomra*, dizendo esta que a Comissão não demonstrou que os descontos retroativos resultavam em preços abaixo dos custos. Defendendo que a Comissão devia tê-lo feito para determinar qual o preço aplicado, que teria o efeito de exclusão. O Tribunal afirmou o que a Comissão já tinha dito, tendo-se “apoiado” na Orientação da Comissão, que um sistema de descontos destinado a impedir o abastecimento dos clientes da empresa em posição dominante, junto de produtores concorrentes, deve ser considerado contrário ao artigo 102.º TFUE. Ao contrário do que foi alegado pela *Tomra*, a faturação aos clientes com «preços negativos», isto é, a preços abaixo do preço de custo, não constitui uma condição prévia, para que seja declarado o carácter abusivo de um sistema de descontos retroativos por uma empresa em posição dominante.<sup>92</sup>

Por último, teríamos o argumento, por parte da *Tomra*, que dizia existir um erro de direito, na questão de saber “se os acordos nos quais as recorrentes são designadas como «fornecedor preferido, principal, ou primeiro fornecedor» podem ser qualificados de exclusivos”. Este argumento também foi rebatido tanto pelo Tribunal Geral como pelo Tribunal de Justiça.

Este acórdão é bastante importante pois a decisão da Comissão, datada de 2007, foi a primeira decisão na qual a Comissão utilizou a Orientação sobre o artigo 82.º do Tratado CE (atualmente artigo 102.º do TFUE) publicada no Discussion Paper de 2005, que esteve na origem da Comunicação da Comissão relativa às 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.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Ac. *Tomra* (...) para. 38.

<sup>91</sup> Ac. *Tomra* (...), para.41.

<sup>92</sup> Ac. *Tomra* (...), para. 73.

<sup>93</sup> Quatrecasas, Gonçalves Pereira, Newsletter Concorrência, 3º Trimestre de 2010,

[http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/por/Newsletter\\_Concorrencia\\_Competition\\_3oTrim\\_2010\\_3rdQuarter2010.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/por/Newsletter_Concorrencia_Competition_3oTrim_2010_3rdQuarter2010.pdf)

## 5.2. Em especial os casos *Post Danmark II* e *Intel*

Como já abordámos acima, o Acórdão *Hoffmann-La Roche* foi um dos primeiros e principais casos na abordagem à questão dos descontos de exclusividade, no entanto, em relação ao teste AEC foram os casos *Intel* e *Post Danmark II* que vieram “obrigar” a Comissão a pronunciar-se sobre a sua forma de atuação e aplicação do mesmo.

O caso *Intel* bem como o *Post Danmark II* adquirem importância fundamental no âmbito desta dissertação pois foram os dois acórdãos que colocaram em maior evidência o critério do concorrente igualmente eficiente, na problemática dos descontos de fidelidade/exclusividade.

Em primeiro vamos abordar o caso *Post Danmark II*, abordando também o *Post Danmark I*, identificando as partes que deram origem ao caso, o comportamento abusivo em causa, mormente os descontos de fidelidade concedidos, de que forma a foi aplicado ou não o critério do concorrente igualmente eficiente pela Comissão e apresentando alguns louvores e críticas que foram feitas ao trabalho da Comissão.

Depois passar-se-á ao caso *Intel*, em que se irá seguir a mesma ordem de ideias e sistematização utilizadas para a abordagem ao caso *Post Danmark*, isto é, ir-se-á também fazer menção às partes, ao comportamento com efeito de exclusão e de que maneira foi aplicado o critério do concorrente igualmente eficiente. Por último far-se-á uma análise crítica em relação a todas as considerações.

### 5.2. Caso *Post Danmark II*<sup>94</sup>

As partes neste litígio são a *Post Danmark A/S* (doravante *Post Danmark*) e o *Konkurrenceradet* (Conselho da Concorrência). No caso em apreço, durante os anos de 2007 e 2008, a *Post Danmark* era controlada pelo Estado dinamarquês e estava encarregue do serviço postal universal de distribuição, em todo o país, de cartas e encomendas, tais como envios postais em massa, com peso inferior a 2 kg. Esta estava obrigada a aplicar um regime de tarifas segundo o qual os preços das prestações abrangidas pela obrigação de serviço universal não podiam variar, independente do local

---

<sup>94</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça (segunda secção), de 6 de outubro de 2015, Processo N° C-23/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169191&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=320945>

de destino. Como forma de compensar a obrigação de serviço universal e o regime de tarifa única que lhe foram impostos, a *Post Danmark* gozava de um monopólio legal para a distribuição de cartas, incluindo no quadro de envios postais em massa, nomeadamente da publicidade direta, de um peso máximo de 50 gramas.

A questão era saber se utilizou abusivamente a sua posição dominante no mercado de distribuição de envios postais em massa a destinatários na Dinamarca. Era necessário verificar se a *Post Danmark* desenvolveu “uma prática de exclusão abusiva ao conceder na distribuição de envios diretos descontos que iam até 16% desde que os seus clientes atingissem num período de referência de um determinado ano quantidades tabeladas ou níveis de transação”<sup>95</sup>

Este sistema de descontos já era praticado desde 2003, e os mesmos eram concedidos a todos os clientes nas mesmas condições, que eram conhecidas. O sistema de descontos não distinguia entre os envios abrangidos pelo monopólio da *Post Danmark* e o facto de no respetivo domínio atuar um concorrente.

Neste sistema era definido o preço para cada cliente, no início de cada ano, tendo em conta o volume que o mesmo hipoteticamente utilizaria nesse ano. Depois, no fim do ano, adaptava-se os preços com base no volume de carta enviadas naquele ano. Como seria de prever, tal poderá conduzir a uma obrigação de reembolso do cliente face à *Post Danmark*, se se verificar que o volume de transações for inferior ao previsto inicialmente.

O Conselho da Concorrência sueco viu nesta aplicação de sistema de descontos um abuso da posição dominante, isto porque ao conceder os descontos desta forma, fidelizava os clientes à *Post Danmark*, fechando desta forma o mercado em causa (distribuição de envios postais em massa) a atuais ou novos concorrentes. E acrescentou que este sistema não gerava vantagens para a eficiência económica, beneficiando o consumidor, e que tal restringia a concorrência.

O *Konkurrenserådet* considerou, nomeadamente, que a *Post Danmark* era um parceiro comercial obrigatório no mercado de envios postais em massa, uma vez que detinha uma quota superior a 95% de um mercado cujo acesso se tinha tornado difícil através de fortes limitações e que se distinguia por economias de escala.

---

<sup>95</sup> Advogada-Geral Julianne Kokot, p.1, §2.

Na apreciação do caso, o *Konkurrencerådet* prescindiu de uma análise de preços-custos através do critério do concorrente igualmente eficiente. Baseou-se nas características especiais do mercado dinamarquês e entendeu que não existia nenhum concorrente que fosse tão eficiente como a *Post Danmark*.

No caso em apreço, solicitou-se esclarecimentos sobre se a utilização do teste AEC, para determinar se existe ou não um abuso da posição dominante, era juridicamente obrigatória. Como já se referiu anteriormente, segundo a Orientação da Comissão, em relação ao art. 102.º do TFUE, não é juridicamente obrigatório.

Em relação aos descontos concedidos, estes, como já se viu, não são discriminatórios, pois os descontos concedidos têm caráter tabelado e geral das condições aplicáveis. Resta agora apurar se através deste sistema de descontos existia um efeito de exclusão economicamente não justificado.

Para isso terá de se ter em conta todas as circunstâncias do caso concreto. Os descontos de fidelidade, por norma, facilitam a vinculação dos clientes a quem os concede e poderá ter o condão de atrair clientes dos outros concorrentes, canalizando a favor da empresa dominante, a parte disputável da procura. *In casu*, eram concedidos descontos na ordem dos 6% a 16%, o que serve de atrativo para os consumidores. E demonstrando-se que existe a intenção da empresa em posição dominante em excluir os concorrentes, tal indício resultará num reforço do caráter abusivo dos descontos concedidos.

Uma vez que, a *Post Danmark* dispunha de uma quota de mercado gigante no mercado supra referenciado, cerca de 95%, é complicado para os concorrentes competir com os descontos concedidos por esta. Além disso, não poderá esquecer que 70% da sua posição no mercado era monopólio, não estando, à partida aberto à concorrência. O que é certo é que os clientes da *Post Danmark* não poderiam trocar para outro concorrente postal, senão perdiam o desconto a que tinham direito, por isso é que se pode afirmar que este sistema de descontos tinha efeitos de exclusão dos concorrentes.

Assim, nos termos do art. 102.º do TFUE, o sistema de descontos praticado por uma empresa em posição dominante será abusivo, se, atendo a todas as circunstâncias do caso concreto, se verificar que estes serão suscetíveis de produzir um efeito de exclusão não justificado economicamente.

Em 2009, o *Konkurrencerådet* considerou que a *Post Danmark* tinha abusado da sua posição dominante e que esse abuso tinha tido efeitos de exclusão. A decisão foi confirmada em 2010 pelo *Konkurrenceankenævnet* (Tribunal de Recurso em matéria de Concorrência).

O *Sø- og Handelsretten* (Tribunal Marítimo e Comercial) recorreu ao Tribunal de Justiça da União Europeia, pedindo que se clarificasse qual o critério aplicado para determinar se um sistema de descontos terá efeitos de exclusão no mercado, que se clarificasse a relevância da aplicação do teste AEC e quais os efeitos que se deve ter em conta para que se possa dizer que um sistema de descontos será abusivo, nos termos do art. 102.º do TFUE.

“O acórdão *Post Danmark II* resulta de um reenvio prejudicial do Tribunal de Comércio da Dinamarca a propósito de um regime de descontos reactivos utilizado pela *Post Danmark* (o operador do serviço postal universal) para os envios diretos de publicidade pelo correio, que havia sido declarado contrário ao artigo 102.º TFUE pela autoridade de concorrência dinamarquesa.”<sup>96</sup>

Em 2003, a *Post Danmark* praticou um sistema de descontos, no que concerne ao envio de publicidade direta.

Segundo o acórdão “esses descontos aplicavam-se a publicidade enviada pelo cliente, de, no mínimo, 3 000 exemplares de cada vez, devendo o total das publicidades atingir um mínimo de 30 000 cartas por ano ou representar um montante bruto de despesas de porte anual de, no mínimo, 300 000 coroas dinamarquesas (DKK) (aproximadamente 40 200 euros). Esse regime de descontos comportava uma escala de taxas que oscilavam entre os 6% e os 16%, sendo esta última aplicada aos clientes que expediam mais de 2 milhões de cartas por ano, ou de correspondência num valor de mais de 20 milhões de DKK (aproximadamente 2 680 426 euros) por ano. A escala dos descontos era “estandardizada”, isto é, todos os clientes podiam obter o mesmo desconto em função das suas compras acumuladas durante o período de referência, a saber, um ano.”<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup>MONIZ, Carlos Botelho e GOUVEIA E MELO, Pedro, *Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos?*, - [https://www.mlqts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters\\_Boletins/2016/Newsletter\\_Europeu\\_e\\_Concorrencia\\_n.o\\_24\\_PT.pdf](https://www.mlqts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2016/Newsletter_Europeu_e_Concorrencia_n.o_24_PT.pdf)

<sup>97</sup> Ac. *Post Danmark II*, para. 7.

### 5.2.1. Descontos de Fidelidade

No paragrafo 27 do Acórdão *Post Danmark II*, é reiterado o efeito nocivo dos descontos de fidelidade no mercado. Dá-se especial importância, ao facto de estes, terem a tendência de impedir que os consumidores possam suprir todas as suas necessidades, ou parte deles, junto de concorrentes, obrigando-os a comprar o que precisam junto da empresa em posição dominante.

O Tribunal caracterizou os descontos como sendo “estandardizados”, na medida em que todos os clientes podiam ter o mesmo desconto, mediante a acumulação de compras, durante o período de referência anual, “condicionais”, pois a *Post Danmark* e os clientes celebravam, anualmente, acordos em que definiam os volumes de correspondência estimados, e “retroativos” pois quando a quantidade de correspondência, previamente fixada, era ultrapassada, “a taxa de desconto aplicada no fim do ano era aplicável ao conjunto da correspondência enviada durante o período em causa e não exclusivamente à correspondência que ultrapassava a quantidade inicialmente estimada”.<sup>98</sup>

Depois de caracterizados, o Tribunal chegou à conclusão de que estes descontos não poderiam ser considerados descontos de quantidade, ligados ao volume de compras adquirido, tendo como argumentação “na medida em que os descontos em causa não são concedidos para cada pedido individual, correspondendo assim às poupanças de despesas realizadas pelo fornecedor, mas em função de todos os pedidos apresentados durante um certo período”<sup>99</sup>. Por outro lado, também não eram considerados descontos de fidelidade, na aceção do acórdão *Tomra Systems c. Comissão*, C-549/10 P, entres outros. A razão pela qual não se poderiam considerar dessa forma seria a de que estes descontos não culminavam numa obrigação dos clientes da *Post Danmark* proverem as suas necessidades apenas e só junta desta.

Como refere SYM HUNT, o Tribunal não tendo inserido estes descontos em nenhuma das categorias, acima descritas, considerou estes descontos, como sendo “descontos residuais”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Ac. Post Danmark II, para. 23 a 25.

<sup>99</sup> Ac. Post Danmark II, para.28.

<sup>100</sup> HUNT, Sym, *Rebates post – Post Danmark II*, St John’s College, Oxford, Oxford University, Undergraduate Law Journal, [https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/field/field\\_document/3.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/field/field_document/3.pdf)

Para se analisar se tais descontos serão um abuso, na aceção do art. 102.º do TFUE, terá, *in casu*, de se ter em conta o conjunto das circunstâncias relevantes, o alcance da posição dominante da *Post Danmark* e das condições de concorrência específicas do mercado em causa.

Além disso, aparece aqui um elemento novo, no julgamento do Tribunal, a inclusão da quantidade de clientes, que foram afetados pelos descontos. Este fator também deverá ser tido em conta, o número de concorrentes afetados, para se avaliar, concretamente se o sistema de descontos é capaz de restringir a concorrência.

Atendendo às considerações de J. KOKOTT, “o facto de esse sistema de descontos ser capaz de atrair um número importante de clientes (...) pode conduzir a que os efeitos de exclusão reais ou potenciais sejam mais graves do que no caso de sistemas de descontos com um impacto mais reduzido”.

Ora este conceito novo, na perspetiva descrita, será visto aqui como mais uma agravante e não como um requisito. No entanto, não fica clara a posição do Tribunal. Culminando ainda com a referência ao facto de “se o regime de descontos abranger grande parte dos clientes no mercado pode constituir uma indicação útil da importância dessa prática e do seu impacto no mercado, uma vez que pode reforçar a verosimilhança de um efeito de exclusão anti-concorrencial”.

Partilhamos da opinião de JAMES S. VENIT<sup>101</sup> em que se refere que a adição deste critério é um pouco “desconcertante”. O Tribunal refere que, por um lado, “o facto de os descontos praticados pela *Post Danmark* abrangerem uma grande parte dos clientes no mercado não constitui, por si, um indício de um comportamento abusivo dessa empresa”<sup>102</sup> e depois, citando o acórdão *Suiker Unie*, diz que não será necessário, para se avaliar os descontos concedidos por uma empresa em posição dominante, o número de contratos que eram abrangidos por esse sistema de descontos.

Este critério faria sentido para estabelecer quais os efeitos ou, melhor dizendo, o impacto que a concessão deste tipo de descontos poderia ter num determinado mercado. Não fará sentido, estabelecer como requisito, o número ou a quantidade de clientes

---

<sup>101</sup> VENIT, James S., *Making Sense Of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, Nº 3.

<sup>102</sup> Ac. *Post Danmark II*, para. 44.

afetados, para dizer se se está perante um abuso de posição dominante ou não, nesta senda seguimos o raciocínio de VENIT.

O Tribunal refere ainda que a *Post Danmark* tinha a possibilidade de demonstrar que o efeito de exclusão, que advém do sistema de descontos concedidos, poderia ser compensado ou até superado “por ganhos de eficiência suscetíveis de favorecer o consumidor”.<sup>103</sup> Essa prova cabe, como se sabe à *Post Danmark*, no sentido de “demonstrar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultar do comportamento em causa neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência e os interesses dos consumidores nos mercados afetados, que estes ganhos de eficiência foram ou são suscetíveis de ser realizados graças ao referido comportamento, que este é indispensável à sua realização e que não elimina uma concorrência efetiva suprimindo a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial ”.<sup>104</sup>

“O Tribunal de Justiça também declarou que, para determinar o caráter abusivo de tal prática, o seu efeito anti-concorrencial no mercado deve existir, mas não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anti-concorrencial potencial, suscetível de expulsar os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa em posição dominante (acórdão *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 64).”

Resultando então que apenas serão abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 102.º do TFUE, “as empresas em posição dominante cujo comportamento é suscetível de ter um efeito anti-concorrencial no mercado.”

O Tribunal conclui então que para se determinar se uma empresa em posição dominante tem ou teve um comportamento capaz de restringir a concorrência, tendo, por conseguinte, um efeito de exclusão, segundo o entendimento sufragado pelo art. 102.º do TFUE, terá de se atender a todas as circunstâncias do caso. A saber: os critérios e as modalidades da concessão do desconto, o alcance da posição dominante da empresa em causa e as condições de concorrência específicas do mercado relevante.

Conclui também no sentido de o artigo 102.º do TFUE, ter de ser interpretado no sentido de que, “para ser abrangido pelo âmbito de aplicação deste artigo, o efeito anti-concorrencial de um regime de descontos aplicado por uma empresa em posição

---

<sup>103</sup> Conforme Jurisprudência presente no acórdão *British Airways*, já abordado.

<sup>104</sup> Acórdão *Post Danmark*, C-209/10, para. 42.

dominante, como o que está em causa no processo principal, deve ser provável, sem que seja necessário demonstrar que dispõe de um caráter grave ou considerável”<sup>105</sup>.

À data do acórdão *Post Danmark II* era o mais recente sinal quanto à visão do TJUE em relação à avaliação dos descontos concedidos pelas empresas em posição dominante. KONSTANTINOS SIDIROPOULOS<sup>106</sup> afirma mesmo que esta era “uma oportunidade de ouro para o Tribunal fornecer uma orientação significativa, sem restrições, num campo verdadeiramente fascinante e fortemente contestado do direito da concorrência da UE”, como é o sistema de descontos.

Como se até agora, nada de novo veio a ser acrescentado à Jurisprudência já existente. No entanto, como ainda não se terminou a análise do acórdão, deixar-se-á as considerações conclusivas para o final da análise.

Tendo feito a abordagem em relação aos descontos em causa no processo, passar-se-á a avaliar de que forma o critério do concorrente igualmente eficiente foi importante ou não e de que forma este foi aplicado ao caso concreto.

### **5.2.2. Importância do critério do concorrente igualmente eficiente**

Em relação à utilização do critério, no acórdão, este como já se abordou anteriormente, não tem natureza vinculativa para as autoridades da concorrência. Isso resulta, por um lado da Orientação da Comissão, e por outro lado, na jurisprudência assente no que toca ao conteúdo e relevância quanto às comunicações da Comissão<sup>107</sup>.

É certo que como refere o Advogado-Geral J. Kokott, não se retira do art. 102.º do TFUE, que sempre que estamos perante um sistema de descontos de uma empresa em posição dominante, deverá fazer-se uma análise de preços-custos com base no teste AEC. No entanto, terá de se dar importância ao art. 102.º do TFUE, este obsta a que uma empresa que tem uma posição dominante leve a cabo práticas que possam dar origem a efeitos de exclusão dos seus concorrentes considerados tão eficaz quanto ela.

---

<sup>105</sup> Ac. *Post Danmark II*, conclusão nº3.

<sup>106</sup> SIDIROPOULOS, Konstatinos, in *Post Danmark II: A Clarification Of the Law on Rebates Under Article 102 TFUE*, 11 dezembro de 2015 – European Law Blog – <http://europeanlawblog.eu/2015/12/11/post-danmark-ii-a-clarification-of-the-law-on-rebates-under-article-102-tfeu/>

<sup>107</sup> Ver acórdãos *Pfleiderer* (C-360/09) e *Expedia* (C-226/11).

No caso em apreço, não havia hipótese de existir qualquer concorrente tão eficaz quanto a empresa em posição dominante, principalmente pelas particularidades do mercado. Então não se poderia tirar nenhuma conclusão fiável da aplicação do teste AEC para se aferir se naquele mercado, a prática da *Post Danmark* traria efeitos de exclusão.

“Para determinar se, ao aplicar as suas práticas tarifárias, a empresa que detém uma posição dominante explorou esta posição de forma abusiva, é preciso analisar todas as circunstâncias e apurar se essas práticas tendem a suprimir ou a restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso dos concorrentes ao mercado, colocando-os, assim, em desvantagem na concorrência, ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada” (acórdão *Deutsche Telekom c. Comissão*).

Assim, conclui o Tribunal neste sentido: “A aplicação do critério dito «do concorrente igualmente eficaz» não constitui uma condição indispensável para verificar o carácter abusivo de um regime de descontos, à luz do artigo 102.º do TFUE. Numa situação como a do processo principal, a aplicação do critério dito «do concorrente igualmente eficaz» não é pertinente”.

### **5.3. Caso Intel<sup>108</sup>**

As partes que deram a origem a este conflito foram, por um lado, a *Intel Corp.* que é uma sociedade de direito americano que assegura a conceção bem como o desenvolvimento, fabrico e comercialização de microprocessadores (doravante CPU) e outros produtos semelhantes, e por outro lado, a Comissão, que recebeu a denúncia formal por parte da *Advanced Micro Devices, Inc.* (doravante AMD), a 18 de outubro de 2000.

A denúncia deu origem a uma investigação por parte da Comissão (maio de 2004) para averiguação do então alegado pela AMD. Sendo que em 17 de julho de 2006, a AMD apresentou nova denúncia ao organismo federal dos cartéis alemão, o *Bundeskartellamt*, afirmando que “a Intel tinha instituído práticas comerciais de exclusão com a *Media-*

---

<sup>108</sup> Acórdão de 12 de junho de 2014, Intel/Comissão (T-286/09).

*Saturn-Holding GmbH* (a seguir «MSH»), distribuidor europeu de aparelhos microeletrónicos e primeiro distribuidor europeus de computadores de escritório”.<sup>109</sup>

Em 26 de julho de 2007, a Comissão enviou à Intel uma comunicação de acusações relativa ao seu comportamento para com cinco grandes fabricantes de equipamentos informáticos (*Original Equipment Manufacturers*, a seguir «OEM»), a saber, a *Dell Inc.*, a *Hewlett Packard Company* (HP), a *Acer Inc.*, a *NEC Corp.* e a *International Business Machines Corp.* (IBM).

O mercado aqui em causa é o dos processadores, especialmente os CPU x86, sendo que esta é uma norma concebida pela *Intel*, que faz com que os seus CPU, funcionem tanto no sistema operativo Windows como no Linux. O processador como se sabe é uma componente essencial de qualquer computador, até porque é considerado o “cérebro” do computador e que exige muito trabalho e investimento. O mercado geográfico foi definido como tendo dimensão mundial.

Depois de tudo avaliado e considerado pela Comissão, esta constatou que a *Intel* tinha adotado dois comportamentos em relação aos seus parceiros comerciais. O primeiro seria a concessão de descontos condicionais e “restrições diretas” com o objetivo de excluir a concorrente AMD, do mercado em causa, supramencionado. Em relação aos descontos condicionais, estes eram concedidos a quatro OEM, que eram a *Dell*, a *Lenovo*, a HP e a NEC, estipulando a Intel a condição de que apenas lhe comprassem todos ou quase todos os respetivos CPU x86. Em relação às restrições diretas, estas passariam pela concessão de pagamentos aos OEM com a finalidade de travarem, anularem ou mesmo limitarem a comercialização de certos produtos equipados com CPU da AMD. Do mesmo modo, a Intel concedeu pagamentos à MSH, na condição de esta vender apenas computadores equipados de CPU x86 da Intel. O segundo seria a concessão de pagamentos a um distribuidor europeu na condição de este vender exclusivamente computadores equipados com processadores x86 da Intel

Depois de uma análise exaustiva, a Comissão concluiu pela existência de uma infração única e continuada ao artigo 102.º do TFUE e ao artigo 54.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, de 2 de maio de 1992 (JO 1994, L1, p.3), entre o mês de

---

109 Acórdão do Tribunal Geral (Sétima Secção alargada), 12 de junho de 2014, p.1 §5.

outubro de 2002 e o mês de dezembro de 2007, e, por conseguinte, aplicou à Intel uma coima no valor de 1,06 mil milhões de euros.

O que motivou esta decisão da Comissão?

A Intel ocupava uma posição dominante no mercado de CPU x86, pois detinha quotas de mercado de cerca de 70% ou mais, segundo a investigação da Comissão. A juntar a isso sendo o mercado em causa muito específico, era difícil outros concorrentes entrarem e desenvolverem-se no mercado normalmente, pois tal acarretava investimentos avultados e quase sempre irrecuperáveis, quer quanto à investigação e desenvolvimento, quer quanto aos direitos de propriedade intelectual e unidades de produção. De salientar que segundo as estatísticas, antes de 2000 existiam vários fabricantes de processadores x86, no entanto, verificou-se que a maioria terá abandonado o mercado, muito provavelmente pelos fatores indicados acima, assim como devido à concorrência feroz e agressiva de quem já estava dentro do mercado.

Como já se disse, a Intel concedeu descontos a quatro dos principais fabricantes de computadores (*Dell, Lenovo, HP e NEC*) na condição de os mesmos, lhe comprarem a totalidade, ou a quase totalidade, dos processadores x86. A *Intel* também concedeu pagamentos à *Media-Saturn*, na condição de esta vender exclusivamente computadores equipados com processadores x86 da Intel.

### **5.3.1. Descontos de Fidelidade**

Ora, “segundo a Comissão, estes descontos e pagamentos garantiram a fidelidade dos quatro fabricantes referidos e da *Media-Saturn*, e reduziram sensivelmente a capacidade dos concorrentes da Intel para praticarem uma concorrência baseada no mérito dos seus processadores x86.”<sup>110</sup>

O dispositivo da decisão da Comissão tem a seguinte redação:

“Artigo 1.º

A Intel violou [...] através da sua participação numa infração única e continuada ao artigo 82.º do Tratado e ao artigo 54.º do Acordo EEE, entre outubro de 2002 e dezembro de 2007, mediante

---

<sup>110</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia – Comunicado de Imprensa, n.º 90/17 Luxemburgo, 6 de setembro de 2017.

a aplicação de uma estratégia destinada a excluir os concorrentes do mercado de CPU x86 dos CPU que consistiu nos seguintes elementos:

- a) Descontos concedidos pela Intel à Dell durante o período de dezembro de 2002 a dezembro de 2005, na condição da Dell adquirir CPU exclusivamente à Intel da Intel;
- b) Descontos concedidos pela Intel à HP durante o período de novembro de 2002 a maio de 2005, na condição específica de a HP lhe adquirir pelo menos 95% dos CPU para o seu segmento de computadores de secretária dos CPU da Intel;
- c) Descontos concedidos pela Intel à NEC durante o período de outubro de 2002 a novembro de 2005, na condição de a NEC adquirir à Intel pelo menos 80% dos CPU para os segmentos de computadores de secretária e portáteis da Intel;
- d) Descontos concedidos pela Intel à Lenovo durante o ano de 2007, na condição de a Lenovo adquirir exclusivamente à Intel os CPU para o seu segmento de computadores portáteis dos CPU da Intel;
- e) pagamentos à [MSH] [...], na condição de a MSH vender exclusivamente PC baseados em produtos da Intel da Intel;
- f) Pagamentos concedidos pela Intel à HP, na condição de esta empresa vender computadores de gestão equipados com CPU AMD apenas a pequenas e empresas médias, exclusivamente através de canais de distribuição diretos (e não através de distribuidores), e de adiar por 6 meses o lançamento na Europa do seu primeiro computador de secretária equipado com CPU AMD; a duração desta prática abusiva durou de novembro de 2002 a maio de 2005; ii) a HP proíbe aos seus parceiros de distribuição de armazenar os computadores de escritório da HP equipados de CPU x86 de AMD destinados às empresas de maneira que esses computadores estejam unicamente disponíveis para os clientes que os encomendem à HP (, quer diretamente quer através de parceiros de distribuição da HP que exerce uma função de agentes comerciais); iii) a HP de adiar por 6 meses o lançamento na Europa do seu primeiro computador de secretária equipado com um CPU x86 de AMD destinado às empresas na região [Europa, Médio Oriente e África];
- g) conceder dos pagamentos a Acer entre setembro de 2003 e janeiro de 2004 na condição de Acer adiar o lançamento de um computador portátil equipado com um CPU x86 de AMD;
- h) conceder pagamentos Lenovo entre junho de 2006 e dezembro de 2006 na condição de a Lenovo adiar e finalmente anular o lançamento dos seus computadores portáteis equipados de CPU x86 de AMD. ”<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> Acórdão de 12 de junho de 2014 — Processo T-286/09 [EXCERTOS] INTEL c. COMISSÃO, p.7.

Em consequência desse comportamento anti concorrencial, por parte da Intel, acabou por se reduzir a escolha oferecida aos consumidores bem como os incitamentos à inovação.

A *Intel* interpôs recurso da decisão da Comissão no Tribunal Geral. Pediu a anulação desta decisão ou, pelo menos, uma redução substancial do montante da coima.

Um dos argumentos apresentados pela Intel, ora recorrente, prendia-se com a qualificação jurídica dos pagamentos concedidos, feita pela Comissão. Afirmou que a Comissão estava vinculada a verificar, tendo em conta o contexto global, se efetivamente os descontos e os pagamentos feitos eram suscetíveis de prejudicar a concorrência. Aliás devia, ainda antes de dizer que os descontos praticados pela Intel eram contrários ao que se dispõe no art. 102.º do TFUE, demonstrar que tais descontos têm a capacidade de afastar os concorrentes, bem como de prejudicar os consumidores.

A Comissão, invocando, a jurisprudência *Hoffmann-La Roche*, entendeu que os descontos concedidos pela Intel eram descontos de fidelidade, e por isso, em consonância com a dita jurisprudência, entendeu que «não seria necessário demonstrar caso a caso, os efeitos de eliminação dos concorrentes reais ou potenciais»<sup>112</sup>. Tendo em conta jurisprudência uniformizada e assente, como o Acórdão *Hoffmann-La Roche*, bem como o Acórdão *Tomra* de 9 de setembro de 2010, “o facto de uma empresa em posição dominante num mercado, vincular compradores através de uma obrigação ou promessa de se abastecerem na totalidade ou numa parte considerável das suas necessidades, exclusivamente junto da referida empresa, constitui uma exploração abusiva da posição dominante, nos termos do art. 102.º do TFUE”.

Diz a Comissão que os descontos concedidos à Dell, HP, NEC são descontos de exclusividade. Assim, segundo as conclusões da Comissão, eram descontos que estavam ligados a uma condição: “o cliente tinha de se abastecer junto da Intel, pelo menos num segmento determinado, para a totalidade das suas necessidades em CPU x86, no que dizia respeito à Dell e à Lenovo, ou seja, para uma parte importante das suas necessidades, neste caso, 95% para a HP e 80% para a NEC”.<sup>113</sup>

Logo, contrariamente ao que alega a Intel, nos termos que refere a Comissão e jurisprudência assente, a qualificação de um desconto de exclusividade como abusivo não

---

<sup>112</sup> Acórdão de 12/06/2014, p.16, §71.

<sup>113</sup> Cfr. §79.

depende de uma análise das circunstâncias do caso que visa estabelecer um potencial efeito de exclusão.

Resulta do acórdão *Hoffmann-La Roche*, que este tipo de descontos constitui um abuso de posição dominante se não existir uma justificação objetiva para a sua concessão, no caso não existiu.

Segundo a jurisprudência, é unicamente no caso dos descontos em que a concessão de um incitamento não está dependente da condição de abastecimento exclusiva ou quase junto da empresa dominante, é que seria necessário apreciar todas as circunstâncias, e não no caso dos descontos de exclusividade.

Um dos argumentos que se dá para justificar tal facto, é o da própria natureza dos descontos de exclusividade, que só por si já serão aptos a restringir a concorrência. A concessão de descontos de exclusividade tem um efeito duplo, por um lado, incita o concorrente que beneficia deles a comprar e a colmatar todas ou grande parte das suas necessidades junto da empresa dominante, e por outro lado, “desincentiva” esse cliente a ir abastecer-se aos concorrentes da empresa dominante.

DAMIEN GERADIN<sup>114</sup> tecendo algumas considerações sobre a atuação da Comissão no caso Intel, nomeadamente no que diz respeito à concessão de descontos aos OEMs, afirma que para a Comissão é suficiente demonstrar que os descontos concedidos são de facto, por um lado condicionais, e que, por outro lado, restringem a concorrência.

GERADIN, afirma que a Comissão mantém uma abordagem restritiva que tem prevalecido, na Jurisprudência comunitária, em relação aos descontos de fidelidade, “uma empresa em posição dominante e que através da concessão de descontos, “obriga” assim, outra empresa a adquirir parte ou a totalidade das suas necessidades à empresa dominante, abusa da sua posição na aceção do art. 102.º do TFUE.”.

Afirma ainda que ao contrário do que acontecia noutros casos semelhantes, neste caso, a Comissão terá uma tarefa mais difícil, na medida em que anteriormente os acordos exclusivos, que tinham por base descontos de fidelidade, faziam parte de um acordo escrito. Neste caso, tal não acontece, segundo a Comissão, “o perigo para a concorrência decorre do facto indicado pelas expectativas da Dell e do que poderia acontecer, em

---

<sup>114</sup> GERADIN, Damien - The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm? In *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, Vol. 1, No. 2. P. 112 e ss.

relação aos descontos e do impacto que estes tiverem na decisão da Dell de não mudar para a AMD”.

Tendo isto presente só se poderá concordar com GERADIN, e dizer que realmente a teoria de que os descontos concedidos seriam nocivos para a concorrência, é especulativa, na medida em que se baseia em documentos internos da Dell e nas possíveis intenções da Intel.

A Comissão deveria ter-se baseado nos efeitos dos descontos concedidos e estabelecido que através destes a Intel tinha a intenção de excluir a AMD.

### **5.3.2. Relevância da aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente**

O Tribunal Geral acrescenta que não será necessário recorrer ao critério do concorrente igualmente eficiente (teste AEC), uma vez que se verificou que os descontos concedidos tinham a capacidade de excluir um concorrente tão eficaz quanto a Intel, dado a própria natureza dos descontos.

A Comissão não estava adstrita a demonstrar que os descontos feitos pela Intel tinham a capacidade para excluir a AMD, sendo que mesmo que a AMD fosse capaz de cobrir os seus custos, mesmo com a existência dos descontos concedidos pela Intel, tal não significaria que não existisse um efeito de exclusão.

É referido também que não seria necessário demonstrar as circunstâncias do caso concreto, bastando apenas demonstrar que existia “um incitamento financeiro sujeito a uma condição de exclusividade” para se verificar uma prática anti concorrencial.

Resumindo, o Tribunal não considerou os argumentos da Intel quanto à aplicação do teste AEC pela Comissão Europeia. O Tribunal Geral optou por simplificar a questão recorrendo à jurisprudência *Hoffmann-La Roche* afirmando que os descontos de exclusividade são por natureza aptos a restringir a concorrência e tendo em conta as circunstâncias concretas destinada a estabelecer a sua capacidade para restringir a concorrência e fomentando a exclusão dos concorrentes igualmente eficientes, não seria necessário considerar o modo como a Comissão Europeia tinha aplicado o teste do concorrente igualmente eficiente, no fundo a questão de saber se um tal concorrente

poderia oferecer viavelmente tais descontos, sem isso conduzir à sua exclusão do mercado.<sup>115</sup>

Embora a Comissão tenha feito uso do critério do concorrente igualmente eficiente, esta acrescentou à sua decisão que o documento de Orientação não seria aqui ainda aplicável, uma vez que a Orientação é para processos futuros, e não processos existentes à data. Sem deixar de considerar que esta decisão estaria em conformidade com as prioridades estabelecidas no documento de Orientação.

Antes da decisão de 2014, e tendo presente a posição da Comissão nas prioridades, em relação ao artigo 102.º do TFUE, muitos autores pensaram que seria no acórdão *Intel* que a Comissão iria consolidar a questão relativa ao critério do concorrente igualmente eficiente. Ou seja, sempre se pensou que a Comissão iria decidir num sentido mais económico como era esperado há algum tempo.

O Tribunal Geral confirmou a argumentação da Comissão, que defendia que os descontos de fidelidade, concedidos por uma empresa em posição dominante seriam, pela sua natureza, capazes de restringir a concorrência.

No entanto, sempre se considerará que na sua decisão a Comissão, mesmo mantendo a sua posição de que os descontos de fidelidade, eram por si só abusivos, levou a cabo um exame aprofundado das circunstâncias do caso *Intel*. Tal, levou a concluir que um concorrente tão eficiente teria que oferecer preços que não seriam viáveis e que, portanto, o sistema de descontos oferecido pela Intel poderia excluir um concorrente tão eficiente quanto esta. Ora a Comissão, ao fazer esta análise, com base no teste AEC, acabou por dar relevância e importância ao mesmo.

Concluindo-se que o Tribunal, em 2014, negou provimento ao recurso da Intel na sua totalidade, mantendo a sua decisão.

Ora a *Intel* não aceitou, recorrendo ao Tribunal de Justiça, pedindo a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 12 de junho de 2014.

O caso *Intel* tem uma importância acrescida no âmbito do tema desta dissertação pois depois de muita especulação, era importante saber qual a abordagem, em relação ao

---

<sup>115</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel e AZEVEDO, Alessandro, *Descontos Abusivos e Concorrentes Igualmente Eficientes: Mais um episódio do Caso Intel*, Sérvulo Update Momentum, Europeu e Concorrência, 15 de setembro de 2017.

sistema de descontos, que a Comissão iria adotar. Iria adotar uma abordagem mais focada na forma das práticas adotadas pela Intel ou pelo contrário iria centrar-se mais e dar maior relevância aos efeitos da prática dos descontos concedidos?

Segundo NICOLAS PETIT, apesar de não ser totalmente sem precedentes, o que é certo é que tendo em consideração a política da concorrência, no seio da União Europeia, é raro o facto da Comissão não “falar a uma só voz”, no que ao caso Intel diz respeito. Por um lado, “o auditor Wouter Wils elogiou o Tribunal pela sua atuação no caso Intel, por outro lado, Luc Peepkorn, analista sénior caracterizou o julgamento da Intel como “errado”.<sup>116</sup>

A doutrina estava dividida, por um lado tínhamos autores como, já referido, WOUTER WILS e RICHARD WISH, que pugnavam pela concordância da atuação do Tribunal, no caso *Intel*, qualificando-a como “perfeitamente sensata”. Esta parte da doutrina defende a atuação do Tribunal baseada na forma, ao invés da baseada no efeito.

Em relação à desconsideração feita pela Comissão, tendo em conta o teste do concorrente igualmente eficiente, RICHARD WISH “considera que o que está em causa, no caso, é a exclusividade do sistema utilizado pela *Intel*, e não os preços praticados, pelo que a Comissão estaria a fazer exatamente o que prometera com o documento de Orientação, razão pela qual não existiriam “casos de descontos a serem investigados pela Comissão”, naquele momento”.<sup>117</sup>

Como já se tinha alinhavado, anteriormente, WILS desvaloriza a aplicação do critério concorrente igualmente eficiente à prática de descontos de exclusividade, na medida em que concorda com a proibição da mesma.

Ora, como foi dito, nem toda a doutrina aceita essa ordem de ideias seguida pela Comissão, criticando a decisão da mesma.

DAMIEN GERADIN<sup>118</sup> defende que a abordagem da Comissão ao caso Intel tem algumas falhas, a saber: o facto desta se basear, substancialmente, numa proibição *per se*

---

<sup>116</sup> PETIT, Nicolas, INTEL, *Leveraging Rebates and The Goals Of Article 102 TFUE*, 20 maio de 2015, <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2567628.pdf>

<sup>117</sup> WISH, Richard - *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!* - Published by Oxford University Press 2014, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 1, p. 1 e 2. Ver também Lameiras, Marta, A problemática (...), p. 35.

<sup>118</sup> GERADIN, Damien, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, Journal of European Competition Law & Practice, 2010, Vol. 1., Nº2.

dos descontos de fidelidade, adotada pela jurisprudência formalista dos tribunais comunitários, não obstante, a Comissão ter já indicado claramente em vários documentos importantes, ao nível da política de direito concorrencial, incluindo no seu documento sobre as prioridades da Comissão em relação ao artigo 82.º CE (atual artigo 102.º TFUE), a sua intenção de se afastar desta abordagem passando a adotar uma abordagem mais focada nos efeitos dos sistemas de descontos; afirma que não é necessário a aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente, mas depois aplica-o só para concluir que ele se mostra irrelevante; e por último, falha em demonstrar que o sistema de descontos concedido pela Intel traz prejuízos para a concorrência bem como para os seus consumidores. O autor vai mais longe, dizendo que a Comissão poderá ter sido tendenciosa neste caso. Uma vez que em caso de dúvida, decidiu sempre contra a Intel, cada dedução parece ser tratada como se a Intel tivesse culpa logo à partida, ousando mesmo dizer que parece que existe uma inversão do ónus da prova na medida em que tem de ser a Intel a provar que não é culpada, quando o normal seria ser a Comissão a ter de provar o comportamento abusivo, nos termos do art. 102.º do TFUE.

BRIAN SHER<sup>119</sup>“atacando” a posição defendida por RICHARD WISH, defende que o Tribunal foi pouco além, em relação à justificação objetiva dos descontos de fidelidade, que está ao dispor da empresa em posição dominante, e que a mesma tem sido interpretada de forma restrita, quer pela Comissão quer pelos Tribunais, impossibilitando dessa forma a sua aceitação para aceitar a concessão de descontos de fidelidade.

Outra das vozes que se junta a esta posição da doutrina é DEREK RIDYARD<sup>120</sup>, mesmo que os descontos de exclusividade tenham o condão de ter efeitos nocivos para a concorrência, não se justificam que eles tenham de ser sempre qualificados como abusivos “sendo qualificados como um abuso *per se*”. Já em sede de caracterização deste tipo de descontos se disse que estes podem ser justificados e aceites, desde que os mesmos se mostrem favoráveis tanto à concorrência como aos consumidores. Não podendo generalizar-se dizendo que todas as empresas em posição de domínio que concedem este tipo de descontos abusarão desse comportamento.

---

<sup>119</sup> SHER, Brian - *Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel* - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 4., p.219 e ss.

<sup>120</sup> RIDYARD, Derek - *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuse Under Article 82 - An Economic Analysis* - European Competition Law Review, 2002.

Em 2017, com a anulação da decisão do TG pelo TJUE, e analisando as considerações do Advogado-Geral N. Wahls, este referiu em primeiro lugar que o Tribunal Geral cometeu um erro. Cometeu um erro porque considerou, que o facto de estarmos perante descontos de exclusividade, já não exigirá a apreciação de todas as circunstâncias, de forma a se estabelecer um efetivo abuso da posição dominante. No entender de N. Wahls, o Tribunal geral deveria ter estabelecido, com base em todas as circunstâncias, que os descontos concedidos tinham um efeito de exclusão da concorrência.

Em relação ao critério do concorrente igualmente eficiente, considerado no acórdão recorrido irrelevante pela Comissão para efeitos de prova da capacidade de o comportamento restringir a concorrência, também terá o tribunal Geral cometido um erro. A nossa posição também vai ao encontro desse entendimento.

Como já se referiu anteriormente o teste AEC é importante e deve ser sempre considerado quando se exige que se demonstre um efeito de exclusão. O teste ajudará a determinar se um comportamento terá ou não um efeito anti concorrencial. Se através do teste se demonstrar que um concorrente igualmente eficaz, consegue cobrir os custos, então a probabilidade de existir um efeito anti concorrencial diminuirá.

É certo que neste âmbito não existirá um erro de direito, pois não existe uma obrigação jurídica de aplicar o teste AEC, no entanto, o facto de o Tribunal Geral não ter provado inequivocamente a existência de um efeito sobre a concorrência, concorda-se com o Advogado-Geral e afirma-se que não se poderia ter ignorado pura e simplesmente o teste AEC. A análise da capacidade de exclusão, nomeadamente através do teste AEC, é pertinente e que, uma vez realizado tal teste, o Tribunal Geral é obrigado a examinar a totalidade dos argumentos apresentados.

Assim, o acórdão refere que a jurisprudência *Hoffmann-La Roche*, deve ser entendida que, na eventualidade de a empresa visada ter tentado sustentar (com base em elementos de prova) que a sua conduta não foi capaz de restringir a concorrência, como tentou a Intel, a Comissão tem o dever atender a esses elementos.

É importante referir que a posição de N. Wahl veio defender, em parte, a posição da Intel, no recurso, uma vez que sustentou a ideia de que o Tribunal Geral além do já referido, não conseguiu provar que os pagamentos oferecidos pela Intel, tinham efeito anti concorrencial, assim como não provou que os negócios com a Lenovo trouxeram

prejuízos aos consumidores europeus. A posição do conselheiro é surpreendente e pode aproveitar a outras empresas que estão a ser vigiadas pelo regulador da União Europeia por conta das suas práticas, como a Google, Apple.

No entanto, sempre terá de se dizer que as Conclusões do Advogado-Geral não vinculam os juízes do TJUE. Nos termos do artigo 252.º N.º 2, do TFUE, o Advogado-Geral propõe ao TJUE, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas que nos termos do Estatuto do TJUE, requerem a sua intervenção.

Este é um revés para a Comissão, uma vez nos próximos casos terá de ser mais minuciosa a analisar os casos. Parece existir agora uma obrigação clara de analisar os argumentos baseados em efeitos.

A 6 de setembro de 2017, o Tribunal de Justiça anulou o acórdão do Tribunal Geral e remeteu-o ao mesmo Tribunal apresentando uma visão diferente quanto à abordagem a levar a cabo nestes casos.

O TJ anulou a decisão do TG, alicerçando a sua tomada de posição na necessidade de considerar os efeitos dos descontos de exclusividade praticados por empresas em posição dominante, antes de os mesmos serem tidos como restritivos.

O processo será agora remetido novamente para o TG, para que este possa examinar a capacidade de os descontos controvertidos restringirem a concorrência.

Esta decisão surge dando apoio a grande parte da doutrina que referia que uma análise menos formalista e mais centrado nos efeitos devia ser tida em conta. Depois de várias decisões e tomada de posição relativas a práticas abusivas, acaba por “consagrar uma marcada visão de necessidade de análise dos efeitos, incluindo sob o ponto de vista da teoria económica, das práticas levadas a cabo por empresas em posição dominante”<sup>121</sup>.

Esta posição do Tribunal de Justiça é de importância extrema, para a Concorrência na União Europeia, em relação ao abuso da posição dominante. A verdade é que a Comissão não podia, com a devida vénia, fazer logo um juízo negativo em relação aos descontos de fidelidade, dizendo que estes eram, desde logo, contrário ao direito da

---

<sup>121</sup> Nota Informativa – Direito e Política da Concorrência, Novidades Legislativas 3º Trimestre de 2017, PLMJ – Disponível em [https://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2018/Janeiro/Direito e Politica da Concurrencia III Trimestre\\_2017.pdf](https://www.plmj.com/xms/files/newsletters/2018/Janeiro/Direito_e_Politica_da_Concurrencia_III_Trimestre_2017.pdf)

concorrência, consubstanciando um abuso da posição dominante e ao mesmo tempo deveria ter utilizado todas as ferramentas ao seu dispor, nomeadamente o critério do concorrente igualmente eficiente, para se aferir quais os efeitos nocivos dos ditos descontos. Pois apesar deste teste não ser um requisito obrigatório, entende-se que deverá ser sempre utilizado quando se está perante um comportamento abusivo e de exclusão, como poderão ser os descontos de fidelidade.

Ao nível do critério do concorrente igualmente eficiente o TJUE afirmou que o teste "desempenhou um papel importante na avaliação da Comissão, de saber se o regime de descontos em causa era suscetível de ter efeitos de exclusão, tais como a exclusão de concorrentes eficientes". Ora esta posição é uma clara rejeição do cargo assumido pelo auditor e pela Comissão e o Tribunal Geral.

Concordamos com VENIT<sup>122</sup> quando se refere que quem saiu vencedor com esta decisão do TJUE foi a *Intel*, tendo a Comissão sofrido uma derrota. No entanto, isto não será assim tão linear, uma vez que, a Comissão terá razão em alguns aspetos, podendo a *Intel* ainda ser sancionada.

Vejamos, no que diz respeito à *Intel*, existe o risco de o Tribunal Geral concluir que o teste AEC foi aplicado corretamente, e caso tenham existido erros em algumas considerações, no caso em apreço, a Comissão terá razão em parte, logo a *Intel* será culpada, pelo menos, de uma infração. Quanto à Comissão, as circunstâncias também são muito complexas para uma caracterização simplificada de quem é o vencedor e quem é o perdedor. O que é certo é que a Orientação sobre as prioridades da Comissão, em relação ao art. 102.º TFUE, previam a aplicação do teste AEC, a este tipo de casos, como é o caso *Intel* porque queria promover uma abordagem mais virada e centrado nos efeitos, em relação aos casos específicos do Art. 102.º do TFUE.

Acompanhamos a posição de VENIT, quando o autor afirma que “o grande aval do Tribunal, em relação ao critério do concorrente igualmente eficiente e a “aceitação” de que os concorrentes menos eficientes não merecem proteção, é uma derrota acentuada para aqueles que se opuseram ao teste AEC”. Sendo que *a contrario*, é uma vitória notável para aqueles, que no seio da Comissão que defendiam o uso do teste AEC.

---

<sup>122</sup> VENIT, James S., *The Judgment of the European Court of Justice in Intel v. Commission: a procedural answer to a substantive question?*, European Competition Journal, 28 Sep 2017, p.25.

Esta decisão do TJUE trouxe mudanças muito positivas. Desde logo, porque em casos futuros estamos em crer que a Comissão utilizará uma abordagem assente nos efeitos do que uma abordagem mais formalista, tendo como *background* o caso *Intel*. Depois também se deu um passo em frente, no sentido de se aceite que as empresas dominantes podem competir com as suas “armas” e que tal concorrência pode resultar na exclusão e marginalização de concorrentes menos eficientes, não sendo competência do Direito da Concorrência ou da Comissão “proteger” empresas menos eficientes. Também se abandonou a conceção restrita em relação à interpretação do artigo 102.º, também relacionada com a jurisprudência que existia. Anteriormente, os descontos exclusivos que não podiam ser justificados, apesar de existir a possibilidade de justificação objetiva, esta não era, na prática, “aceite. Estes eram tratados como infrações *per se*, independentemente das circunstâncias em que foram concedidos ou do mercado ou da duração, entre outros. Por último, com esta decisão o TJUE acabou por promover a utilização do teste AEC como um meio legítimo e apto para aferir efeitos de exclusão dos descontos de fidelidade/exclusividade.

Agora é aguardar para saber qual será a decisão a ser adotada pelo Tribunal Geral, o que poderá levar cerca de dois anos.

## Conclusão

Tendo concluindo a presente dissertação não se poderá deixar de fazer uma análise crítica a tudo o que foi referido.

Anteriormente, como foi dito, noutros casos, a Comissão e o Tribunal Geral argumentavam que os descontos de fidelidade concedidos por uma empresa em posição dominante seriam, por natureza, suscetíveis de restringir a concorrência. O que faz com que, logo à partida, não fosse necessário analisar todas as circunstâncias do caso e, conseqüentemente, também não seria necessária a aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente ao caso. Chegava-se à conclusão de que os descontos de fidelidade eram abusivos *per se*.

Depreende-se então que, nos termos acima descritos, o critério do concorrente igualmente eficiente não tinha relevância para se apurar se um desconto era abusivo, na aceção do art. 102.º do TFUE, porque este já estava “condenado” como tal.

Pode dizer-se que predominava, na União Europeia, uma abordagem essencialmente formalista, sem dar atenção aos efeitos da conduta em si, ou sem ter em conta uma análise mais económica.

Aliás, como se viu, o Tribunal Geral, no caso Intel, e o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso Post Danmark II, já tinham rejeitado a necessidade de aplicação do critério do concorrente igualmente eficiente, para se estabelecer se existe uma violação do art. 102.º do TFUE.

Como já teve oportunidade de se expressar, não se entende assim. O teste AEC deverá ser visto como uma ferramenta útil, que têm em conta custos e uma “espécie de paralelismo” entre a eficiência da empresa em posição dominante e a eficiência dos demais concorrentes. Ao contrário, do que alguns autores defendem, pensa-se, salvo melhor opinião, que sempre que se esteja perante um comportamento que poderá ser qualificado como abusivo, este teste deverá ser aplicado.

Com a última decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2017, no caso Intel, pode afirmar-se que existiu uma tomada de posição. Contextualizando, existiu uma mudança de paradigma, chegando-se à conclusão de que um desconto de exclusividade concedido por uma empresa em posição dominante não será considerado

automaticamente, como anteriormente se considerava, um abuso da posição dominante, se existirem evidências que demonstram que os efeitos da conduta não são aptos a excluir os concorrentes.

Em relação ao critério do concorrente igualmente eficiente, a última decisão do TJUE ajudou a dar a visibilidade merecida ao mesmo.

A verdade é que se vê, de forma muito positiva, esta tomada de posição do TJUE, pois pensa-se que uma abordagem mais focada nos efeitos, bem como uma análise mais económica beneficiará todos os intervenientes no Direito da Concorrência. Além disso, passando a dar-se maior relevância aos efeitos das práticas abusivas e de exclusão, conseqüentemente, passará a dar-se mais importância ao critério do concorrente igualmente eficiente.

Para quem defende uma abordagem mais centrada nos efeitos, e menos formalista, como é o caso, aos poucos tem existido pequenas vitórias.

Aliás esta posição só vem beneficiar os consumidores, que são os agentes que requerem uma maior proteção por parte do Direito da Concorrência. Ou seja, se a concessão de descontos de fidelidade ou exclusividade gerar eficiência, trazer maiores vantagens para todos os agentes da Concorrência, não haverá razão para que se diga que estes são abusivos, na aceção do art. 102.º do TFUE. Ora, existindo uma condenação, logo *ab initio*, esta eficiência ou estas vantagens geradas já não se verificarão.

Não se pode compactuar com a versão formalista, pois se do sistema de descontos não existir malefícios para a concorrência ou para a escolha dos clientes, não se percebe como poderão estes ser considerados, desde logo, abusivos

Conclui-se, então, que foi alcançado o objetivo de explicar a importância da utilização do critério do concorrente igualmente eficiente, para se aferir, se efetivamente os descontos de fidelidade são abusivos ou não. Apesar de em casos mais antigos ter pugnado pela sua irrelevância, desde *Post Danmark* que se tem refletido e chegado à conclusão de que, quando estamos perante comportamentos de exclusão, o teste AEC será uma ferramenta útil. Espera-se que esta posição continue a alcançar pequenas vitórias, para que, no futuro, se possa consolidar a posição da União Europeia.

## Referências Bibliográficas

### Obras e artigos

AKMAN, Dr. Pinar, *The European Commission's Guidance on Article 102 TFUE: From Inferno to Paradiso?*, 2010 The Author. Journal Compilation, The Modern Law Review Limited.

AREEDA, Phillip. e TURNER, Donald, *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act (1975) Harvard Law Review*.

BANASEVIC, Nicholas e HELLSTROM, Per, “*When the Chips are Down: Some Reflections on the European Commission's Intel Decision*”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, Vol. 1, N°4.

BOSCO, David, *Le test de l'opérateur aussi efficace : Une nouvelle ère?*, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence* N°3-2013, pp.12-27.

CHAN, Sunny S. H. – *Post Danmark II: per se unlawfulness of retroactive rebates granted by dominant undertakings* - *European Competition Law Review*, 2016.

CLARK, Julie, “*The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*”, *World Competition* 40, N°2 (2017): 241-270, Kluwer Law International BV, The Netherlands.

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, disponível em: [https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao\\_da\\_CE\\_-\\_Aplicacao\\_Art\\_102\\_TFUE.pdf](https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf)

Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, 21 de maio de 2015, p. 18, §96.

Conclusões de N. Wahl – Processo C-413/14P Intel Corporation v. Commission.

DG Competition discussion paper on the application of the Article 82 of Treaty to exclusionary abuses – Brussels, December 2005, disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

DEGRABA, Patrick e SIMPSON, John, *Loyalty discounts and theories of harm in the Intel investigations*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol.2, N°1 (2014), pp. 170-202.

FEDERICO, Dr. Giulio, *Tomra v Commission of the European Communities: reversing progress on rebates?*, Reprinted from *European Competition Law Review*, Issue 03, 2011.

GERADIN, Damien, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, Vol. 1., N°2.

DE GHELLINCK, Elisabeth, *The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to establish an Abuse of Dominant Position?* in Journal Of European Competition Law & Practice, Vol. 7, Nº8.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel e AZEVEDO, Alessandro, Descontos Abusivos e Concorrentes Iguamente Eficientes: mais um episódio do Caso, Sérvulo update Momentum, Europeu e Concorrência, 15 de setembro de 2017.

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

HUNT, Sym, *Rebates– Post Danmark II*, St John’s College, Oxford, Oxford University, Undergraduate Law Journal,  
[https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/field/field\\_document/3.pdf](https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/field/field_document/3.pdf)

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo, *Abusos da Posição Dominante*, Almedina – 2012.

Klöcker, Michael, in *Nordic Competition*, Competition Law in the Nordics,  
<http://www.nordiccompetitionblog.com/?p=481> .

Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense, Dir. Miguel Gorjão Henriques, maio de 2013, Almedina.

*Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates* 2002, OECD, -  
<http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>

MANDORFF, Martin and SAHL, Johan, *The Role of the ‘Equally Efficient Competitor’ in the Assessment*, Konkurrentverket Working Paper Series, Working Paper 2013.

MEIRELES, Marta Lameiras Os descontos no âmbito do Direito da Concorrência: A problemática dos descontos de fidelidade, Escola de Direito – Porto, maio 2016.

MONIZA, Carlos Botelho e GOUVEIA E MELO, Pedro - Regimes de descontos concedidos por empresas dominantes: quando são abusivos? – Newsletter MLGTS – Nº24, abril 2016 – disponível em  
[https://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters\\_Boletins/2016/Newsletter\\_Europeu\\_e\\_Concorrencia\\_n.o\\_24\\_PT.pdf](https://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Newsletters_Boletins/2016/Newsletter_Europeu_e_Concorrencia_n.o_24_PT.pdf)

MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial*, Almedina, março de 2008.

MOURA E SILVA, Miguel, *O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia*, Doutoramento em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), 2008.

ÖZKAN, Ahmet Fatih, *The Intel judgment: the Commission threw the first stone but the EU courts will throw the last*, *European Competition Journal*, 02 jun 2015.

PETIT, Nicolas, *Intel, Leveraging Rebates and the goals of Article 102 TFUE*, 20 maio de 2015, <https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2567628.pdf>

POSNER, Richard, *Antitrust Law* (University of Chicago press, 2001).

POSNER, Richard, *The Chicago School of antitrust analysis* (1979) 127, University of Pennsylvania Law Review.

RIDYARD, Derek – *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuse Under Article 82 - An Economic Analysis* – European Competition Law Review, 2002.

RIDYARD, Derek, *Interpreting the As-Efficient Competitor Test in Abuse of Dominance Cases*, The Competition Law Review, December 2014.

REY, Patrick & VENIT, James S., “*An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils*”, in *World Competition* 38, n°1 (2015): 3-30; Kluwer Law International BV, The Netherlands.

ROKITA, Krzysztof in *Abuse of Dominance by Granting Rebates in EU Competition Law*,  
[http://ascolatokyokonference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Krzysztof%20Rokita\\_ABUSE%20OF%20DOMINANCE%20BY%20GRANTING%20REBATES%20IN%20EU%20COMPETITION%20LAW.pdf](http://ascolatokyokonference2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/Parallel%20Sessions/Krzysztof%20Rokita_ABUSE%20OF%20DOMINANCE%20BY%20GRANTING%20REBATES%20IN%20EU%20COMPETITION%20LAW.pdf)

Roundtable on Bundled and Loyalty Discounts and Rebates - European Commission – 10 June 2008  
[http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008\\_june\\_rebates.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2008_june_rebates.pdf)

SIDIROPOULOS, Konstatinos, in *Post Danmark II: A Clarification Of the Law on Rebates Under Article 102 TFUE*, 11 dezembro de 2015 – European Law Blog - <http://europeanlawblog.eu/2015/12/11/post-danmark-ii-a-clarification-of-the-law-on-rebates-under-article-102-tfeu/>

SHER, Brian - *Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel* - Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 4.

TÓTH, András, *CJEU Judgment in Post Danmark II: Role of the Economic Evidence in Competition Cases, Annotation: CJEU in Post Danmark II* – ENLR 4, 2015.

Tribunal de Justiça da União Europeia Comunicado de Imprensa n° 90/17 Luxemburgo, 6 de setembro de 2017.

USAI, Andrea, *The Intel Case: Between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities and the Alleged Infringement of Procedural Requirements – No Fat Left on the Bone*  
<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/theintelcase.pdf>

VENIT, James S., *Making Sense Of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning*, Journal of European Competition Law & Practice, 2016, Vol. 7, Nº 3.

VENIT, James S., *The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?*, European Competition Journal, 28 September 2017.

VICKERS, John, *Abuse of Market Power*, The Economic Journal, 115 June, F244-F261. Crown copyright 2005.

WILS, Wouter P.J., *“The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance”*, World Competition 37, Nº4 (2014): 405-434; Kluwer Law International BV, The Netherlands.

WISH, Richard - *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!* - Published by Oxford University Press 2014, Journal of European Competition Law & Practice, 2015, Vol. 6, No. 1.

ZENGER, Hans, *Devising loyalty rebates that comply with the as-efficient-competitor test*, Concurrences Nº3-2013.

Acórdãos

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann - La Roche c. Comissão.

Acórdão do TPI, de 1 de abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum, Proc. T-65/89.

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção), de 30 de setembro de 2003, processo Nº T-203/01.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) 15 de março de 2007, British Airways c. Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral (Sexta Secção) de 17 de dezembro de 2009, Solvay SA c. Comissão Europeia.

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

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 19 de abril de 2012, Tomra Systems ASA c. Comissão, processo C-549/10 P.

Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de junho de 2014, Intel/Comissão (T-286/09).