



ANA RITA GOMES DE ANDRADE

Advogada da Simmons & Simmons Rebelo de Sousa Concorrência e Regulação



Abuso de posição dominante

A Comissão Europeia difundiu novas orientações para os caminhos do Direito da Concorrência e do combate ao abuso de posição dominante.

Em documento divulgado em Dezembro (aguarda-se ainda pela publicação oficial) a Comissão Europeia difundiu novas orientações para os caminhos do Direito da Concorrência e do combate ao abuso de posição dominante. No centro das suas reanimadas preocupações – o consumidor.

Através destas orientações, a comissão procura tornar a sua intervenção cada vez mais efectiva e transparente contra as empresas que pretendam crescer à custa da eliminação de concorrentes, limitando as opções do consumidor e desmotivando a inovação.

Desde 2005 que a Direcção-Geral da Concorrência recolhia os frutos de uma discussão pública, entusiasticamente participada, em torno do artigo 82.º do Tratado da UE. O extenso e incisivo documento de trabalho inicial deu agora lugar a uma versão mais reduzida e menos polémica, tendo-se optado por excluir, entre outras matérias, uma definição fechada de abuso de posição dominante e de conduta excludente. Mais do que a imposição de normas inicialmente prevista, optou-se finalmente apenas por definir prioridades de actuação.

O conceito de abuso de posição dominante e das condutas tendentes à exclusão de concorrentes foi sendo trabalhado nesses debates dos últimos três anos e também no âmbito de processos com repercussão mediática, como os casos Wanadoo, Microsoft e Telefónica.

Geralmente, o abuso de posição dominante concretiza-se através de condutas que tomam diferentes formas – cláusulas de exclusividade, descontos, 'tying' e 'bundling', preços predatórios, recusa de fornecimento e 'margin squeeze'. Estas técnicas anti-concorrenciais, ponderadas neste documento, substanciam uma política de exclusão de concorrentes. Através das orientações, a Comissão dá a conhecer os quadros do pensamento analítico que utiliza para detectar e punir essas condutas.

O texto da Comissão começa por identificar a presença dominante de uma empresa. O domínio nasce de uma combinação dinâmica de factores – o mercado, a sua evolução, os concorrentes actuais e potenciais, fornecedores e clientes – todos ponderados na equação do domínio.

A Comissão entende que o critério da quota de mercado é um bom indicador de base para a existência de domínio (naturalmente, através de uma análise activa e casuística dessa quota naquele mercado). E

refere, de acordo com a sua experiência, que com uma quota de mercado abaixo dos 40% não é provável esse domínio, da mesma forma que acima dessa quota e por um período prolongado existirão já indícios preliminares de uma posição dominante. A Comissão considera ainda como outro indicio de posição dominante a capacidade isolada de uma empresa em manter os preços elevados, acima do preço competitivo, durante um período de tempo significativo, imune à pressão do mercado e de concorrentes.

Identificado o domínio, a Comissão frisa que o teste central reside em saber se o concorrente excluído era um verdadeiro concorrente – isto é, se em abstracto, seria, no mercado, tão apto e eficaz como a empresa dominante. O mercado só é prejudicado se a conduta do dominante impedir o acesso ou a expansão de um concorrente tão eficiente como ele, e que, sobretudo através da sua política de preços e de inovação, traria benefícios ao consumidor.

A Comissão Europeia procura tornar a sua intervenção cada vez mais transparente contra as empresas que pretendam crescer à custa da eliminação de concorrentes.

O mercado só é prejudicado se a conduta do dominante impedir o acesso / expansão de um concorrente tão eficiente como ele.

Há, evidentemente, motivações de eficiência que a empresa dominante pode invocar e que poderão justificar a sua conduta. A empresa em causa terá de justificar perante a Comissão que a conduta não prejudica os consumidores; que os benefícios – de melhoria técnica e/ou de redução de custos de produção ou distribuição – superam largamente os alegados efeitos anti-concorrenciais; e que a conduta é proporcional ao fim visado e é o único meio de atingir tais benefícios.

Em suma, destas novas orientações resulta que o princípio não é o da ilegalidade do domínio mas do domínio sem mérito. Com a posição de domínio nasce uma responsabilidade acrescida perante o mercado e os consumidores – 'survival of the fittest... but also of the fairest!' ■