



Preços excessivos como *exploitative abuse* à luz do direito comunitário

Pedro Fernandes

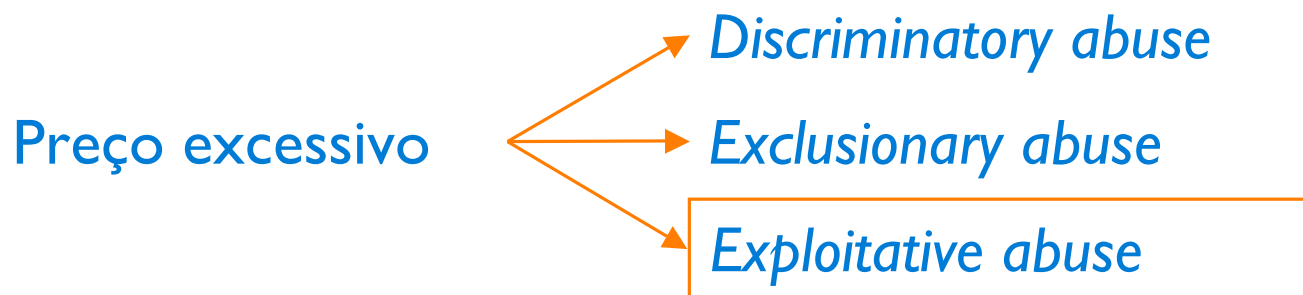
Exploitative abuse

- O conceito de *exploitative abuse* refere-se a uma exploração abusiva que prejudica os consumidores directamente
- e não indirectamente através de efeitos que restringem a concorrência.
- *Hoffman La Roche*
 - “[...] Article 82 therefore covers not only abuse which may directly prejudice consumers but also abuse which indirectly prejudices them by impairing the effective competitive structure as envisaged by Article 3(1)(g) of the Treaty.” (para 125)

Preço excessivo

≡ uma exploração abusiva por imposição de um preço demasiado alto

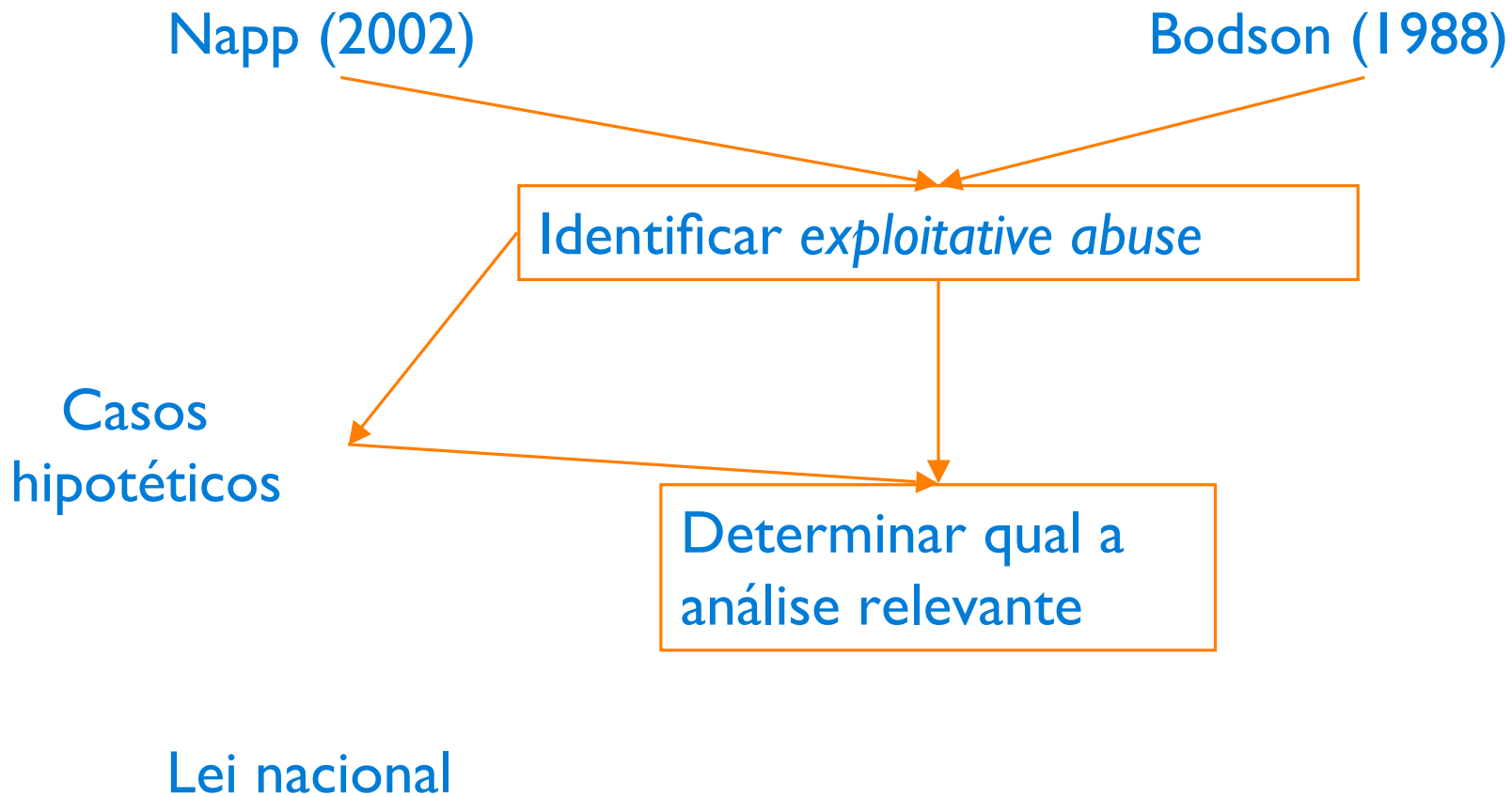
i.e. não seria considerada uma exploração abusiva, se, *ceteris paribus*, o preço tivesse sido fixado a um determinado nível mais baixo



Três questões

- Como identificar *exploitative abuse*?
- Que referencial determina que um preço seja excessivo?
- Que tipo de análise deve/pode ser feita para se estabelecer essa comparação?

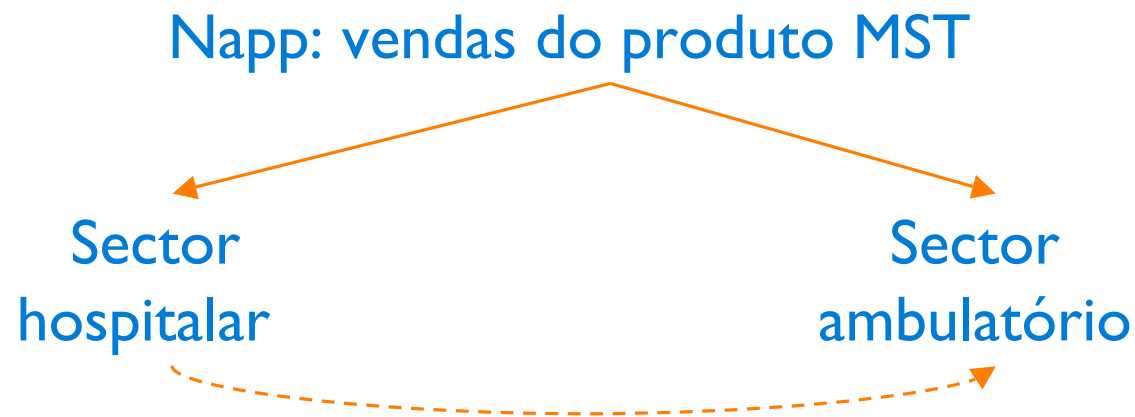
Estrutura da apresentação



Napp (2002)

Factos

- Decisão do CAT, Reino Unido, no seguimento de um recurso de uma decisão do OFT



- Napp detem posição dominante nos mercados relativos a ambos os sectores

Napp (2002)

Decisão – sector hospitalar

- A estratégia de preços da Napp no sector hospital (preços predatórios) excluiu concorrentes nesse sector
- Foi considerada uma exploração abusiva de posição dominante
- Devido ao elo entre o sector hospitalar e ambulatorio, tal estratégia impedia o acesso ao sector ambulatorio

Napp (2002)

Decisão – sector ambulatorio

- Os preços no sector ambulatorio foram considerados excessivos
- “We are satisfied that Napp “has made use of the opportunities arising out of its dominant position in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition”, so as to satisfy the test of abuse as laid down by the Court of Justice in United Brands at paragraph 249 of its judgment.”

Napp (2002)

Comentário

- Napp fez uso da sua posição dominante e do facto das condições no mercado não serem as de “normal and sufficiently effective competition” para impôr preços acima daqueles que seriam observados caso tivesse existido “normal and sufficiently effective competition”.

Napp (2002)

Caracterização de “concorrência normal”

- Mas o que seriam neste caso Napp condições de “concorrência normal”?
- Uma realidade onde, *ceteris paribus*, os efeitos no sector ambulatorio do *exclusionary abuse* no sector hospital não teriam sido sentidos

Bodson (1988)

Factos

- Opinião do TJE
- PFRL detinha a concessão exclusiva de prestar “serviços externos” a funerais na cidade de Chareleville-Mézières, França
- PFRL interpôs acção contra Sr^a Bodson e obteve uma decisão preliminar proibindo-a de exercer tais actividades
- Sr^a Bodson levou o caso ao CdC alegando que a PFRL tinha abusado a sua posição dominante, nomeadamente através da prática de preços excessivos; por sua vez o CdC colocou quatro perguntas ao TJE

Bodson (1988)

Opinião do TJE

- Em relação à questão de posição dominante, a aplicação do Artigo 82 não é prejudicada quando a ausência ou restrição na concorrência são devidas a leis ou regulamentações
- Em relação à exploração abusiva, o TJE indica que os preços de PFRL poderiam ser considerados como excessivos e a prática constituir uma exploração abusiva
- Sugere comparar os preços de PFRL onde esta detem concessões exclusivas com os praticados em territórios onde não detenha tal concessão

Bodson (1988)

Comentário

- A situação de “concorrência normal” relevante refere-se a uma situação onde não tivesse sido atribuída uma concessão em termos de exclusividade mas tivesse sido adoptada uma política que não criasse um monopólio
- A restrição à concorrência na atribuição de uma concessão exclusiva é “desproporcional”

Napp+Bodson (+ United Brands)

- *Exploitative abuse* definido em relação a uma situação de “concorrência normal” i.e. caracterizada pela ausência de restrições anormais
- Vimos dois exemplos de tais restrições:
 - restrições que são ilegais (Napp, United Brands)
 - restrições que são impostas pelo Estado mas que são desproporcionais a objetivos legítimos do Estado (Bodson)

Três passos

- Uma investigação de *exploitative abuse* devido a preços excessivos requer:
 - Que exista uma posição dominante
 - Que, no mercado relevante, existam restrições à concorrência e que estas não sejam compatíveis com as condições de “concorrência normal”
 - Que os preços seriam inferiores se estas restrições não existissem

Caso hipotético

Dados básicos

- Rebus: transportadora de passageiros na cidade de Reckonville
- Não existe outra operadora
- Não existe regulação (relevante) do sector
- Autoridade recebe queixa de preços elevados

- Autoridade determina que a Rebus tem posição dominante

Cenário 1

Exposição

- Rebus detem único terminal em Reckonville
- Vários episódios negando acesso a esse terminal a operadores interessados
- Autoridade conclui que o terminal é uma infraestrutura essencial e que a recusa ao seu acesso consiste numa exploração abusiva

Cenário 1

Análise de *exploitative abuse*

- ✓ Posição dominante
- ✓ Existe uma restrição anormal à concorrência
- ? O preço é excessivo



Requer comparação do preço praticado pela Rebus com o preço que seria esperado caso o efeito da recusa de acesso ao terminal não se fizesse sentir

Cenário 2

Exposição

- Rebus opera sob uma concessão em regime de exclusividade
- Concessão tinha sido atribuída pela CM Reckonville com base na proposta financeiramente mais atraente num concurso público
- O concurso público foi conduzido em termos legalmente impecáveis

Cenário 2

Análise de *exploitative abuse*

- ✓ Posição dominante
- ✗ Existe uma restrição anormal à concorrência

O preço é excessivo

→ Queixa não poderia proceder

Cenário 3

Exposição

- Rebus opera sob uma concessão em regime de exclusividade
- Concessão tinha sido atribuída pela CM Reckonville sem observância dos procedimentos legais

Cenário 2

Análise de *exploitative abuse*

- ✓ Posição dominante
- ✓ Existe uma restrição anormal à concorrência
- ? O preço é excessivo



Requer comparação do preço actual de Rebus com o preço que seria esperado caso a atribuição tivesse sido feita legalmente

Qual a análise relevante?

Objectivo

Estimar o preço que se observaria na situação de “concorrência normal”, i.e. onde os efeitos das restrições anormais identificadas não seriam sentidos



Determina a informação a recolher e a análise a desenvolver: preços, custos, rentabilidade

Análise de preços

- Comparar com preços em mercados semelhantes, mas onde existam condições de “concorrência normal”
- Dificuldade em achar termos de comparação relevantes
- Esta dificuldade pode, por vezes, ser contornada - através de análise econométrica, por exemplo, embora esta introduza incertezas

Análise de custos

- Útil para determinar qual o preço mínimo que um possível concorrente necessitaria para que se decidisse a entrar
- Desenvolver um modelo *bottom-up*
- Complicações:
 - Custos fixos
 - Multi-produtos

Análise de custos

- Princípios
 - *Forward looking avoidable costs*
 - Considerar o possível candidato à entrada mais eficiente
 - O tempo de análise relevante é a vida do investimento hipotético
 - Custo de capital deve ser o custo evitável do candidato nas operações de financiamento.
- Informação sobre certos custos do incumbente são úteis se se pensar que estes corresponderiam àqueles que seriam incorridos por um possível novo operador

Análise de rentabilidade do incumbente

- Comparar rentabilidade do incumbente (ROI) com custo de capital do candidato à entrada
- A análise pode ser útil se:
 - Em condições de “concorrência normal” o candidato à entrada tiver capacidade semelhante à do incumbente
 - O incumbente e o novo operador oferecerem um só produto

Neste caso, a análise pode revelar se existe oportunidade de entrada que, por sua vez, é indicativo de um preço acima do que seria de esperar em condições de “concorrência normal”

Análise

Ponto chave

O objectivo da análise é o de estimar o preço que seria de esperar se houvesse condições de “concorrência normal” i.e. se os efeitos das restrições anormais não se fizessem sentir

***Exploitative abuse* na lei nacional**

DL 18/2003 v Artigo 82

Artigo 6(1) DL 18/2003

É proibida a exploração abusiva [...] de uma posição dominante [...] tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

→ Artigo 6(1) qualifica o objecto ou efeito de exploração abusiva. O Artigo 82 não o faz.

Artigo 82

É incompatível com o mercado comum e proibido [...] o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante [...].

***Exploitative abuse* na lei nacional**

- *Exploitative abuse* não tem como “objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência”
- Será que a lei nacional não proíbe *exploitative abuse*?