Rita Leandro Vasconcelos e Pablo Solano

As orientações da Comissão sobre práticas de exclusão abusivas

I. Pontos-chave e recomendações

As principais características das Orientações da Comissão Europeia relativas à aplicação do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia aos comportamentos abusivos de exclusão por parte de empresas dominantes[1] são as seguintes:

- **Teoria do dano:** não é necessário provar que o comportamento, provavelmente, encerrou o mercado ou prejudicou os consumidores. É suficiente que seja suscetível de dificultar a entrada ou a expansão de concorrentes, ainda que nunca tenha produzido efeitos reais sem que haja um limiar mínimo de impacto.
- **Intensidade da prova:** quanto mais propícia for uma categoria de conduta, pela sua própria natureza, a distorcer a concorrência, menos esforço probatório do efeito a Comissão considera necessário. Esta abordagem assume especial importância quando aplica presunções ou qualifica uma conduta como prejudicial pela sua própria natureza. O novo quadro facilita a intervenção pública e as denúncias de concorrentes e clientes e transfere para a empresa dominante grande parte do ónus da prova.
- **Exclusividade:** os acordos de exclusividade e os descontos de fidelidade presumem-se contrários à concorrência e certas práticas, como pagar a um cliente para atrasar o lançamento de um produto concorrente, são consideradas ilícitas por sua própria natureza, praticamente sem qualquer possibilidade de defesa.
- **Concorrente igualmente eficiente:** o âmbito de aplicação do *teste* do concorrente igualmente eficiente é limitado praticamente a descontos, exclusividade, vendas ligadas ou subordinadas ou tratamento preferencial da própria oferta, de modo que uma análise económica favorável não impede a sanção.
- **Acesso:** a recusa de acesso a uma infraestrutura, plataforma ou conjunto de dados apenas exige a prova da indispensabilidade quando o ativo tiver sido desenvolvido para uso próprio e não tiver sido previamente tomada a decisão de conceder o acesso que agora é recusado ou limitado.
- **Autofavorecimento e posição dominante coletiva:** regula-se, pela primeira vez, o autofavorecimento e recupera-se a posição dominante coletiva em oligopólios, o que é relevante em setores concentrados como os seguros, a energia ou os transportes.
- **Justificação objetiva:** as Orientações desenvolvem a defesa baseada em eficiências, incluindo vantagens qualitativas e de sustentabilidade. A empresa dominante deve comprovar os requisitos dessa defesa.
- **Prova:** comunicações, apresentações e atas que sugiram a vontade de «impedir», «bloquear» ou «expulsar» um concorrente servirão para provar o abuso. Por outro lado, uma justificação comercial que não tenha sido documentada na altura terá escasso valor como elemento de defesa.
- **Âmbito prático:** algumas das opções podem facilitar a intervenção face a comportamentos de empresas dominantes, sem que sejam sempre oferecidas regras claras para antecipar o resultado.

À luz destas características, as recomendações são as seguintes:

- Rever as políticas comerciais em vigor — exclusividades, descontos, pacotes, condições de acesso — antes que o faça um concorrente, um cliente insatisfeito ou a autoridade competente.

1 JO C 4675 de 9.9.2026, pp. 1-63.

- Documentar a lógica empresarial das políticas sensíveis no momento da sua adoção — eficiências, razões técnicas, segurança, investimento — e reforçar as diretrizes internas para a redação de e-mails e apresentações.
- Estabelecer protocolos para os pedidos de acesso e interoperabilidade de terceiros, definindo procedimentos claros, prazos de resposta, critérios objetivos e transparentes e rastreabilidade das decisões.
- Antecipar o litígio privado. As novas orientações poderão facilitar as ações de indemnização.

II. Contexto

De um modo geral, o trabalho de sistematização realizado pela Comissão é bem-vindo. Destaca-se especialmente o facto de, ao contrário das orientações sobre conduta de exclusão de 2009 — doravante, as «**Orientações de 2009**» —[2], a Comissão ter optado por um documento mais ambicioso que não se limita a definir as suas prioridades de aplicação do artigo 102.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia («**TFUE**»). As Orientações de 2009 são substituídas e deixam de ser aplicáveis[3]. As novas orientações produzem os efeitos que a jurisprudência reconhece às comunicações da Comissão, ou seja, limitam o próprio poder discricionário desta autoridade em virtude dos princípios da igualdade de tratamento e da confiança legítima e oferecem orientações não vinculativas às autoridades administrativas e jurisdicionais nacionais[4]. No entanto, o ponto de partida continua a não ser o facto de o artigo 102.º do TFUE não proibir a exclusão de concorrentes, nem mesmo a exploração de parceiros comerciais[5]. O que proíbe é que a empresa dominante utilize a sua posição dominante para excluir ou explorar. As Orientações não constituem uma mera atualização técnica, mas alteram o padrão com base no qual a Comissão — e, previsivelmente, as autoridades de concorrência e os tribunais nacionais — irão examinar as políticas comerciais das empresas com quotas de mercado elevadas. **O novo quadro facilita a intervenção pública e as denúncias de concorrentes e clientes e transfere para a empresa dominante grande parte do ónus da prova**.

III. Posição dominante

As Orientações começam por esclarecer as fases que antecedem a avaliação do caráter abusivo do comportamento de exclusão: a definição do mercado relevante e a avaliação, neste contexto, da posição dominante, que constitui a premissa do abuso. A Comissão centra-se no segundo elemento, a posição dominante, uma vez que já existe uma comunicação específica sobre o primeiro — a «**Comunicação sobre a Definição de Mercado**»[6]. No entanto, menciona expressamente dois aspetos relacionados com a definição de mercado:

i) Por um lado, a definição de mercado pode ser influenciada pela preocupação em matéria de concorrência subjacente ao caso concreto[7]. O exemplo recente mais ilustrativo desta tendência é a decisão no processo Apple — *music streaming*[8]. Uma vez que apenas a App Store da Apple podia ser instalada em dispositivos com o sistema operativo iOS, a Apple detinha uma posição de monopólio que permitiu à Comissão imputar-lhe um abuso de exploração.

2 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 (JO C 45 de 24.2.2009, pp. 7-20).
3 Ver as Orientações, n.º 246.
4 Consultem-se os acórdãos do Tribunal de Justiça nos processos Expedia Inc. contra Adlc, C-226/11, EU:C:2012:795, n.ºs 28-29; de 28 de junho de 2005, no processo *Dansk Rørindustri e outros contra Comissão*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, EU:C:2005:408, n.º 211; e de 14 de junho de 2011 no processo *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt*, C-360/09, EU:C:2011:389, n.º 21.
5 Consulte-se, a título de exemplo, no que respeita aos abusos de exclusão, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2023, no processo *European Superleague Company contra FIFA e UEFA*, C-333/21, EU:C:2023:1011, n.ºs 127-128; ou, no que respeita aos abusos de exploração, o acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 2026 no processo *FT e RRC Sport GmbH contra a FIFA*, C-209/23 EU:C:2026:597, n.ºs 250 e 253. Consulte-se também Vogelenzang, P. (1976). «*Abuse of Dominant Position in Article 86. Abuse of Dominant Position in Article 86; the Problem of Causality and Some Applications, Common Market Law Review, 13(1), 61-78, pp. 72-74; ou Monti, G., Rousseva, E. (2023). The Special Responsibility of Dominant Undertakings (P. Akman, O. Brook, K. Stylianou, eds., Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization*, Edward Elgar Publishing, p. 247.
6 Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União JO C 1645, 22.2.2024, pp. 1-35).
7 Ver a Comunicação sobre a Definição de Mercado, n.º 18, alínea c).
8 Ver a decisão da Comissão de 4 de março de 2024 no processo AT.40437 *Apple – App Store practices (music streaming)* (JO C 3554, 7.6.2024), n.ºs 556-567.

ii) Por outro lado, as Orientações incluem o critério clássico para determinar se, nos casos de posição dominante no mercado de um produto secundário, por exemplo, devido à sua incompatibilidade com produtos principais concorrentes, os principais produtos concorrentes exercem pressão concorrencial suficiente[9]. Pense-se em peças de substituição, mas também em *hardware* ou *software* interoperável com um sistema operativo específico.

De resto, os fatores para avaliar a posição dominante são os que têm vindo a ser tradicionalmente utilizados, embora a sistematização seja útil. À semelhança das Orientações de 2009, incluem-se os seguintes fatores[10]: (i) a quota de mercado da empresa em causa em relação à dos seus concorrentes e numa perspetiva dinâmica — com menção expressa aos mercados com gastos intensivos em investigação e desenvolvimento —, um limiar de 40 %, abaixo do qual é improvável que exista posição dominante, e um limiar de 50 % que, se atingido, pode evidenciar a posição dominante; (ii) as barreiras à entrada de natureza legal e regulamentar ou decorrentes de vantagens da empresa já presente no mercado, entre as quais se destacam, agora, aspetos próprios dos mercados digitais, tais como a captação de clientes resultante da inércia de compra ou do viés do *statu quo*, ou o acesso a dados, que têm sido relevantes em casos recentes[11]; e (iii), poder de compensação dos compradores em termos de facilidade de mudança ou de possibilidade de promover a entrada de fornecedores ou de se integrar verticalmente.

Reveste-se de particular importância a inclusão de um parágrafo relativo à posição dominante coletiva, no qual são abordados os dois casos clássicos. Por um lado, é mencionada a existência de laços estruturais jurídicos ou económicos que facilitam a ação conjunta ou a adoção de uma política comum[12], entre os quais a Comissão inclui agora as participações cruzadas, a participação em empresas comuns e a interligação dos cargos de direção[13]. Por outro lado, faz-se referência à coordenação tácita num oligopólio, agora facilitada pela utilização de algoritmos, desde que se verifiquem os requisitos clássicos da jurisprudência *Airtours*. Estes incluem (a) a identificação de um ponto focal de coordenação — facilitada pela simetria entre empresas —, (b) a capacidade de monitorizar o cumprimento da coordenação — facilitada pela transparência —, (c) a possibilidade de adotar retaliações credíveis em caso de desvio e (d) a ausência de uma ameaça de desestabilização por parte de terceiros, tais como novos operadores ou clientes[14].

IV. Elementos do *teste* geral de abuso

No seu terceiro parágrafo, as Orientações dedicam uma secção a cada um dos dois requisitos estabelecidos pela jurisprudência para que se verifique um abuso de exclusão: o afastamento da concorrência com base no mérito e a suscetibilidade de ter efeitos de exclusão[15]. A Comissão começa por recordar que o conceito de abuso é objetivo, no sentido de que, independentemente da intenção da empresa dominante, se identifica com o incumprimento da responsabilidade especial de não reduzir a concorrência para além do que já está reduzida em consequência da posição dominante, a qual, por si só, não é ilegal nem impede essa empresa de competir com base no mérito[16]. Ou seja, o artigo 102.º do TFUE impõe o dever de evitar utilizar a posição dominante para excluir, cujo incumprimento não requer uma estratégia deliberada de exclusão, embora este elemento intencional seja, naturalmente, um indício de desvio da concorrência baseada no mérito[17].

1. Afastamento da concorrência com base no mérito

A Comissão começa por reconhecer que identificar uma distorção da concorrência — ou seja, comprovar a ocorrência simultânea dos dois elementos do *teste* geral — exige ter em conta tanto o conteúdo como o

9 Ver a decisão da Comissão de 20 de maio de 2009 no processo COMP/C-3/39.391 *EFIM*, confirmada nos acórdãos do Tribunal Geral de 24 de novembro de 2011 no processo *EFIM contra Comissão*, T-296/09, EU:T:2011:693, n.ºs 60 e 90-91; e do Tribunal de Justiça de 19 de setembro de 2013 no processo *EFIM contra Comissão*, C-56/12 P, EU:C:2013:575, n.ºs 12 e 36-37.
10 Ver as Orientações, n.ºs 23-37, em comparação com as Orientações de 2009, n.ºs 13-18.
11 Ver, por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 2 de julho de 2026 no processo *Google Android*, C-738/22 P, EU:C:2026:533, n.ºs 203-210; do Tribunal Geral de 14 de setembro de 2022 no processo *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, n.ºs 583 e 593; ou de 15 de junho de 2022, no processo *Qualcomm contra Comissão* (pagamentos de exclusividade, T-235/18, EU:T:2022:358, n.º 383; ou do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007 no processo *Microsoft contra Comissão*, T-201/04, EU:T:2007:289, n.ºs 1041-1042; ou a decisão da Comissão de 21 de outubro de 2024 no processo AT.40588 *Texa Copaxone* (JO C 1680, 19.3.2025), n.ºs 971-980.
12 Ver as Orientações, n.ºs 39-40.
13 Ver as Orientações, n.º 46.
14 Ver os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de junho de 2002 no processo *Airtours contra Comissão*, T-342/99, EU:T:2002:146, n.ºs 62 e 195
15 Ver as Orientações, n.ºs 67-78 e 79-106.
16 Ver as Orientações, n.º 55.
17 Ver as Orientações, n.ºs 75 e 106.f.

contexto jurídico e económico do comportamento[18]. Em seguida, centra-se no nexo entre o comportamento e os efeitos para afirmar a existência do que se costuma designar por «abuso por objeto»[19]. A jurisprudência já confirmou que, quando é evidente a aptidão do comportamento para gerar um efeito potencial de exclusão com base na posição dominante — ou seja, quando a conduta se afasta de uma concorrência com base no mérito —, o efeito de exclusão pode ser identificado com um menor esforço probatório. Neste cenário, os direitos de defesa da empresa dominante são preservados, permitindo-lhe apresentar provas em contrário durante o procedimento, caso em que a autoridade é obrigada a provar um efeito potencial de exclusão concreto. **Esta posição da jurisprudência — bem como o texto do artigo 102.º do TFUE — impede que se equiparem os abusos por objeto às restrições por objeto do artigo 101.º do TFUE[20]**. As próprias Orientações reconhecem este facto ao afirmar que a Comissão deve sempre incluir a capacidade de exclusão na sua teoria do dano, algo que não é necessário no âmbito do artigo 101.º do TFUE[21]. No entanto, preveem uma exceção não contemplada pela jurisprudência: a figura das restrições não dissimuladas, equivalentes às restrições por objeto do artigo 101.º do TFUE, que não apresentam outro interesse económico para a empresa dominante além de restringir a concorrência e que são analisadas mais adiante[22].

Para além das restrições não dissimuladas, a Comissão parece distinguir outros dois cenários em que a análise separada dos elementos de afastamento da concorrência com base no mérito e da capacidade para produzir efeitos de exclusão é substituída por um critério concreto que os engloba: (i) quando o comportamento é suscetível de excluir concorrentes hipotéticos tão eficientes quanto a empresa dominante; ou (ii) quando existe um critério específico desenvolvido pela jurisprudência[23]. No entanto, no que diz respeito ao afastamento da concorrência com base no mérito, a Comissão opta por mantê-lo como um conceito jurídico indeterminado e, por conseguinte, sujeito a arbitrariedade. Mais concretamente, os cenários — notavelmente discricionários — que podem ser identificados como um afastamento da concorrência com base no mérito incluem os comportamentos (i) que implicam a utilização de recursos ou meios inerentes à posição dominante; (ii) que apresentam características intuitivamente repreensíveis, tais como o fornecimento de informações enganosas às autoridades administrativas ou judiciais, a utilização abusiva de processos judiciais ou procedimentos regulatórios para impedir a entrada de concorrentes ou a violação de outras normas, como as relativas à proteção de dados ou à sustentabilidade; e (iii) que afetam a capacidade de escolha dos consumidores, como a venda subordinada, ou que implicam um tratamento tendencioso ou discriminatório a favor da empresa dominante ou de concorrentes[24].

2. Capacidade para produzir efeitos de exclusão

No que diz respeito ao efeito potencial de exclusão, as Orientações começam por recordar princípios estabelecidos pela jurisprudência, tais como o facto de esse efeito (i) poder consistir tanto na eliminação de concorrentes como na sua marginalização, no aumento das barreiras à entrada ou à expansão, ou na redução da capacidade ou dos incentivos dos concorrentes para exercer pressão concorrencial; (ii) pode ser potencial, mas não hipotético; e (iii) não pode ser insignificante, tal como nas restrições por efeito contrárias ao artigo 101.º do TFUE[25]. A partir daqui, a Comissão entra num terreno controverso: a aplicabilidade geral do princípio do concorrente hipotético igualmente eficiente. Da jurisprudência depreende-se que o princípio do concorrente hipotético igualmente eficiente se aplica em qualquer caso, no sentido de que só existe abuso se um concorrente hipotético igualmente eficiente não tiver conseguido compensar a vantagem que a empresa dominante obtém do seu comportamento e for excluído ou impedido de atingir a escala necessária para ser eficiente. A presunção de inocência exige que a exclusão de concorrentes menos eficientes seja atribuída à sua própria ineficiência, ou seja, ao facto de a empresa dominante os ter superado com base nos seus méritos e não recorrendo à sua posição dominante[26].

18 Ver as Orientações, n.º 56.
19 Ver as Orientações, n.ºs 57-58.
20 Ver, entre outros, os acórdãos de 6 de setembro de 2017 no processo *Intel contra Comissão*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 138-139; e de 24 de outubro de 2024 no processo *Comissão contra Intel*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, n.º 180.
21 Ver as Orientações, n.º 57.
22 Ver as Orientações, n.ºs 62 e 65, 197 a 201 e nota de rodapé 407, sendo esta última a única referência expressa às restrições manifestas.
23 Ver as Orientações, n.ºs 63-64.
24 Ver as Orientações, n.ºs 71-74.
25 Ver as Orientações, n.ºs 81-83. Embora não exista um limiar *de minimis* identificado.
26 Ver, por exemplo, Akman, P., Fumigalli, C., Motta, M. (2025). *The European Commission's draft guidelines on exclusionary abuses: a law and economics critique and recommendations*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 16(4), 234-243, n.º 242; ou Ibáñez Colomo, P. (2024). «*Competition on the Merits*». *Common Market Law Review*, 61(2), 387-416, n.ºs 408-409.

Perante esta situação, a Comissão introduz uma distinção um tanto artificial entre condutas baseadas nos preços e condutas não baseadas nos preços. De acordo com a abordagem das Orientações, no caso do comportamento em matéria de preços — preços predatórios, compressão de margens e descontos condicionais —, o efeito anticoncorrencial deve ser avaliado aplicando-se uma noção restrita do *teste* do concorrente igualmente eficiente, que consiste em comparar o preço e o custo da empresa dominante[27]. Em contrapartida, no que diz respeito ao comportamento não relacionado com preços, a Comissão afirma que o *teste* do concorrente igualmente eficiente, centrado, neste caso, em parâmetros distintos do preço, como a qualidade, a inovação ou a variedade, pode ou não ser relevante[28]. No entanto, os únicos dois casos que cita como situações em que o *teste* do concorrente igualmente eficiente não é relevante são (i) o cenário em que uma empresa superdominante utiliza o seu controlo sobre, por exemplo, um ecossistema digital com efeitos de rede ou o acesso a um grande volume de dados para impedir que potenciais concorrentes se tornem igualmente eficientes; e (ii) o cenário em que a entrada de potenciais concorrentes igualmente eficientes é praticamente impossível devido às elevadas barreiras à entrada — por exemplo, um monopólio legal[29].

Ambos os cenários remetem para a ideia de exclusão precoce ou «*cheap exclusion*», que constitui, na realidade, um exemplo de aplicação do princípio do concorrente hipotético igualmente eficiente, reconhecido de forma expressa e inequívoca pela jurisprudência[30]. Daqui deduz-se que, se não é necessário aplicar o *teste* do concorrente igualmente eficiente neste caso, é porque a vantagem que uma empresa superdominante obtém do seu comportamento é tão claramente irreplicável por concorrentes hipotéticos igualmente eficientes que se pode assumir — ou presumir, na lógica das Orientações — que é capaz de os excluir[31]. Tratar-se-ia de um caso de abuso por objeto ou mesmo de «restrição não dissimulada», aos quais se aplica, portanto, o princípio do concorrente hipotético igualmente eficiente — embora não o *teste*. Assim, ao invocar essa jurisprudência, a Comissão reconhece implicitamente a aplicabilidade geral do princípio do concorrente hipotético igualmente eficiente, sendo o *teste* do concorrente igualmente eficiente apenas uma das vias possíveis para a sua aplicação, que só se revela útil em alguns casos[32].

No que diz respeito ao nexo de causalidade, a Comissão centra-se em retomar a jurisprudência segundo a qual é suficiente estabelecer a capacidade do comportamento para gerar um efeito de exclusão em relação à situação hipotética que se verificaria se o comportamento não tivesse ocorrido. Não é necessário isolar o comportamento como única causa do efeito através de uma análise contrafactual formal; o comportamento pode mesmo coexistir com outras causas[33]. Podem existir casos em que, mais uma vez, a aptidão do comportamento para gerar o efeito de exclusão seja tão clara que baste a mera correlação para o atribuir causalmente ao comportamento. Nesse caso, a empresa dominante poderá sempre recorrer à análise contrafactual para provar, durante o procedimento, que o comportamento não era suscetível de produzir o efeito potencial de exclusão devolvendo à Comissão o ónus da prova[34]. Ainda, as Orientações referem igualmente a jurisprudência que reconhece que não é necessário provar o nexo de causalidade entre a posição dominante e o comportamento, ou seja, não é necessário provar que o comportamento é possível graças à posição dominante[35].

No que diz respeito à apreciação da capacidade para produzir efeitos de exclusão concretos, a Comissão confirma que, quer o efeito se verifique no mercado em que a empresa detém uma posição dominante, quer noutro mercado, o critério jurídico substantivo é o mesmo. Desta forma, dissipa as dúvidas que possam existir sobre se o efeito que se verifica em mercados não dominados poderia ser *de minimis*[36]. Recorda igualmente que devem ser tidas em conta todas as circunstâncias factuais relevantes, ou seja,

27 Ver as Orientações, n.ºs 89-90.
28 Ver as Orientações, n.ºs 92-93.
29 Ver as Orientações, pontos 94-96.
30 Ver as Orientações, pontos 94-96. Os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2024 no processo *Google Shopping*, C-48/22 P, EU:C:2024:726, n.º 165; de 2 de julho de 2026 no processo *Google Android*, C-738/22 P, EU:C:2026:533, n.º 187; ou de 21 de dezembro de 2023 no processo *Superleague*, C-333/21, EU:C:2023:1011, n.º 129, não deixam margem para dúvidas.
31 Aplicar-se-ia a lógica das Orientações, n.ºs 57-58.
32 Ver as Orientações, n.ºs 85, 86 e 92.
33 Ver as Orientações, n.ºs 99 a 103.
34 Ver os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de setembro de 2024 no processo *Google Shopping*, C-48/22 P, EU:C:2024:726, n.ºs 224-228; ou de 2 de julho de 2026 no processo *Google Android*, C-738/22 P, EU:C:2026:533, n.ºs 224-226.
35 Ver as Orientações, n.º 99.
36 Ver as Orientações, n.º 104. Assim o afirmou, por exemplo, o acórdão do Tribunal Superior de Justiça da Inglaterra e do País de Gales de 12 de fevereiro de 2016 no processo *Streetmap.eu Limited contra Google*, EWH 253 (Ch), n.º 96.

tanto o conteúdo como o contexto jurídico e económico do comportamento e, em particular, (i) a posição da empresa dominante; (ii) as condições do mercado relevante, tais como as economias de escala ou de gama ou os efeitos de rede; (iii) a posição dos concorrentes, avaliada em termos de quota de mercado e também em aspetos como o seu caráter de concorrentes próximos ou inovadores ou a sua reputação de reduzir preços; (iv) a escala do comportamento, em termos de percentagem das vendas totais no mercado, duração e importância estratégica do segmento afetado; (v) a posição de clientes ou fornecedores, como, por exemplo, clientes mais capazes e suscetíveis de apoiar a entrada ou a expansão de concorrentes; (vi) provas de uma estratégia de exclusão baseadas em documentos internos ou em ameaças concretas; e (vii) provas relativas à evolução efetiva do mercado, como o aumento da quota de mercado da empresa dominante, a marginalização ou saída de concorrentes do mercado ou a tentativa, sem sucesso, de entrada de concorrentes potenciais[37].

V. Figuras específicas de abuso

1. Preços predatórios

O aspeto interessante da codificação dos precedentes sobre preços predatórios levada a cabo pela Comissão reside no facto de esclarecer que a prática de preços predatórios pode afetar o conjunto do mercado no qual a empresa que leva a cabo a conduta é dominante, um segmento desse mercado ou mesmo outro mercado não definido de forma estrita[38]. As Orientações recordam o *teste* específico clássico, que substitui a aplicação do *teste* geral acima referido: (i) se o preço se situar acima do custo médio total, não há prática predatória; (ii) se o preço se situar entre o custo variável médio e o custo total médio, deve ser apresentado um plano da empresa em posição dominante para eliminar ou reduzir a concorrência, de modo a que se verifique uma prática predatória; e (iii) se o preço se situar abaixo do custo variável médio, considera-se que existe prática predatória, uma vez que tal sacrifício não tem outro sentido económico senão o de exclusão[39]. Assinala-se, com agrado, a sistematização dos elementos necessários para realizar esta comparação: (i) o custo evitável médio ou o custo incremental médio a longo prazo são medidas adequadas do custo variável médio e do custo total médio, respetivamente; (ii) a fonte para a obtenção dos dados é a própria contabilidade da empresa dominante, devidamente ajustada, e, na sua falta, a informação dos clientes; e (iii) o âmbito temporal e o âmbito material dependem do caso, devendo o primeiro ter em conta os ciclos de fixação de preços e podendo o segundo referir-se ao conjunto de produtos ou clientes ou a um determinado produto ou cliente estratégico[40].

2. Compressão das margens

O *teste* de compressão das margens previsto nas Orientações está em conformidade com os requisitos tradicionais da jurisprudência em matéria de infraestruturas de telecomunicações[41]. Se o preço aplicado por uma empresa dominante no mercado a montante — por exemplo, o acesso grossista ao lacete local de telecomunicações — for inferior ao preço de retalho, é óbvio que um hipotético retalhista concorrente — por exemplo, um fornecedor de acesso retalhista à Internet —, que fosse tão eficiente quanto a empresa dominante, incorreria em prejuízos. Nesse caso, a vantagem que a empresa dominante obtém decorre exclusivamente do facto de estar verticalmente integrada e de ser dominante no mercado a montante[42]. Para além de não poder igualar essa vantagem, por não estar verticalmente integrado nem ser dominante no mercado a montante, o retalhista igualmente eficiente ver-se-ia excluído, independentemente de o acesso grossista não ser indispensável e, por conseguinte, verificar-se-iam ambos os elementos de

37 Ver as Orientações, n.ºs 105-106.
38 Ver as Orientações, n.ºs 110-111. No que se refere ao caso de preços predatórios num mercado relacionado, é mencionado o acórdão de 14 de novembro de 1996 no processo *Tetra Pak contra Comissão*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, n.ºs 27-31, que se refere ao comportamento que consiste em vender embalagens de cartão «tetrabrik» não assépticas abaixo dos custos e financiar essa perda de forma cruzada com os lucros das vendas no mercado dominado relacionado das embalagens de cartão assépticas.
39 Ver as Orientações, n.ºs 113-114.
40 Ver as Orientações, n.ºs 115-122; a decisão da Comissão de 18 de julho de 2019 no processo AT.39711 *Qualcomm (predação)*, n.ºs 399-401 e 939; e o acórdão do Tribunal Geral de 18 de setembro de 2024 no processo *Qualcomm (predação)*, T-671/19, EU:T:2024:626, n.ºs 641-643.
41 Ver os acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 2010 no processo *Deutsche Telekom contra Comissão*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.ºs 169 e 183; de 17 de fevereiro de 2011 no processo *TeliaSonera*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 32; de 10 de julho de 2014, no processo Telefónica contra Comissão, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.ºs 75-96; e de 25 de março de 2021 no processo *Slovak Telekom contra a Comissão*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, n.º 73.
42 Ver as Orientações, n.ºs 123-125.

afastamento da concorrência com base no mérito e da capacidade para produzir efeitos de exclusão[43]. Os custos da atividade da empresa dominante no mercado a jusante são tidos em conta para determinar se, caso tivesse de pagar o preço grossista que cobra aos seus concorrentes retalhistas, a própria empresa dominante incorreria em prejuízos, caso em que se conclui que o mesmo ocorreria com um hipotético concorrente igualmente eficiente[44].

3. Descontos condicionais e exclusividade

A Comissão recorda que, para que os descontos condicionais sejam considerados abusivos, é necessário demonstrar que se afastam da concorrência com base no mérito e podem produzir efeitos de exclusão, com base nos seguintes fatores: (i) posição da empresa dominante; (ii) amplitude do comportamento em termos de duração e percentagem do mercado abrangido pelos descontos ou importância estratégica do segmento afetado; (iii) parte da procura não contestável; (iv) percentagem do preço que o desconto representa; (v) caráter retroativo ou incremental dos descontos, ou seja, se se aplicam a todas as unidades adquiridas anteriormente ou apenas ao volume que dá direito aos mesmos; (vi) caráter individualizado dos descontos; (vii) duração do período de referência para a realização das compras; e (viii) o facto de o comportamento fazer parte de um plano de exclusão[45]. Se ficar provado que um concorrente hipotético igualmente eficiente não poderia replicar de forma rentável os descontos com base num critério preço-custo, deixa de ser necessário demonstrar o desvio do comportamento em relação a uma concorrência baseada no mérito[46]. É natural, pois se o concorrente não consegue compensar a vantagem que a empresa dominante obtém da sua posição dominante por meios distintos do comportamento, isso significa que também não a pode replicar imitando o comportamento, pelo que tal fica implícito. Estão igualmente incluídas algumas regras sobre as unidades que devem servir de base para o cálculo dos preços, dos custos e da procura contestável[47].

As Orientações dedicam uma secção separada aos acordos de exclusividade, que incluem os descontos de exclusividade e as obrigações de exclusividade, *de iure ou de facto*[48]. A razão reside no facto de este caso se apresentar como um exemplo de abuso por objeto, no qual se aplicaria a suposta presunção de que os acordos de exclusividade falseiam a concorrência efetiva – que a Comissão extrai, de forma questionável, da jurisprudência *Intel*[49]. O raciocínio é o seguinte: uma vez que a possibilidade de um hipotético concorrente replicar a vantagem imitando o comportamento é tão remota, pode presumir-se que também não a poderá compensar por outros meios[50]. No entanto, a jurisprudência esclareceu que não se trata de uma inversão completa do ónus da prova. Por conseguinte, deve ser construída uma teoria do dano que inclua a capacidade de excluir, ainda que com escasso esforço probatório; não se trata, portanto, de uma verdadeira presunção, tal como a Comissão reconhece, salvo no caso de restrições não dissimuladas[51]. Por outro lado, as Orientações esclarecem os fatores que permitem refutar a suposta presunção (i) o âmbito limitado da exclusividade; (ii) a ausência de nexo causalidade, uma vez que os clientes teriam, de qualquer forma, adquirido essas quantidades[52]; (iii) a parte contestável da procura, mesmo tendo em conta distorções como a aversão à perda; ou (iv) no caso de descontos, a relação entre preço e custo que permite replicá-los, ou seja, o *teste* do concorrente igualmente eficiente[53]. Se a empresa dominante contestar de forma fundamentada esta suposta presunção durante o procedimento, a Comissão deve provar o efeito potencial concreto com base nos fatores da jurisprudência *Intel*: (i) posição da empresa dominante e parte contestável da procura; (ii) percentagem do mercado afetada; (iii) duração, penalizações, quantidade e valor dos incentivos e referências diretas ou indiretas aos volumes adquiridos

43 Ver as Orientações, n.ºs 126-129.
44 Ver as Orientações, n.ºs 130-135.
45 Ver as Orientações, n.ºs 141-142.
46 Ver as Orientações, n.ºs 143-145.
47 Ver as Orientações, n.ºs 146-150.
48 Ver as Orientações, n.ºs 151-154.
49 Ver o acórdão de 6 de setembro de 2017 no processo *Intel contra a Comissão*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 137.
50 Ver as Orientações, n.ºs 155-156.
51 Ver as Orientações, n.ºs 57-58.
52 Este facto foi expressamente reconhecido no acórdão de 15 de junho de 2022 no processo *Qualcomm contra a Comissão (pagamentos de exclusividade)*, T-235/18, EU:T:2022:358, n.ºs 412-417.
53 Ver as Orientações, n.ºs 157-158.

aos concorrentes; e (iv) *teste* do concorrente igualmente eficiente, sempre que seja possível comparar preços e custos[54].

4. Vendas subordinadas e vendas agrupadas

A Comissão analisa os casos de venda agrupada pura, que consiste na venda de produtos apenas em conjunto, com um preço único, venda agrupada mista ou desconto multiproduto, que consiste em oferecer um preço inferior caso os produtos sejam adquiridos em conjunto[55], e de venda subordinada (técnica e contratual). No que diz respeito à venda subordinada, aplica-se o critério clássico, que exige (i) dois produtos distintos; (ii) a posição dominante no mercado do produto subordinante; (iii) a coerção, no sentido da impossibilidade de obter os produtos separadamente, quer porque não são oferecidos preços separados, quer porque, de facto, não podem ser separados; e (iv) a capacidade de produzir efeitos de exclusão[56]. Esta última depende de fatores como (a) a gratuidade do produto subordinado, (b) a disponibilidade de alternativas ao produto subordinado, (c) a dificuldade de os concorrentes poderem compensar a vantagem obtida pela empresa dominante, (d) a importância da relação entre o produto subordinante e o produto subordinado, (e) a posição dominante no mercado do produto subordinado, (f) as barreiras à entrada ou à expansão no mercado do produto subordinado ou (g) a inércia ou o viés do consumidor. Uma omissão relevante em relação às Orientações de 2009 é o facto de o critério preço-custo aplicável aos descontos multiproduto não distinguir se os concorrentes oferecem todo o pacote — caso em que não havia abuso se o conjunto do pacote não fosse vendido abaixo do custo — ou apenas alguns dos produtos — caso em que só havia abuso se o produto não replicável fosse vendido abaixo do custo. De acordo com as Orientações, todos os produtos do pacote, incluindo os replicáveis, devem ser vendidos acima do custo[57].

5. Restrições de acesso e recusa de fornecimento

De forma inovadora, as Orientações dedicam secções separadas às restrições de acesso e à recusa de fornecimento. Com isso, procuram refletir a jurisprudência que esclareceu que a recusa em celebrar contratos merece um tratamento distinto, consoante se afaste ou não da concorrência baseada no mérito[58]. Se a recusa constituir uma exceção à decisão de celebrar o contrato adotada, previamente, pela empresa dominante, ou se esta empresa tem a obrigação regulatória de celebrar o contrato, a recusa afasta-se da concorrência baseada no mérito e aplica-se o *teste* geral de abuso. As Orientações enumeram os seguintes casos jurisprudenciais[59]: (i) interrupção do fornecimento ou recusa de pedidos de clientes que não se afastem das práticas normais do setor[60]; (ii) recusas concretas de acesso a recursos (a) que não tenham sido desenvolvidos, de um modo geral, para serem utilizados exclusivamente pela própria empresa dominante, mas sim para estarem abertos a terceiros, (b) relativamente aos quais a regulação imponha uma obrigação de acesso ou (c) públicos ou financiados com recursos públicos[61]; ou (iii) recusas implícitas, ou seja, condições discriminatórias ou comercialmente inviáveis, ou atrasos na celebração de contratos[62]. Nesses casos, existem restrições de acesso que se afastam da concorrência com base no mérito e, por conseguinte, para que se verifique abuso, basta provar o efeito potencial de exclusão, sem que seja necessário demonstrar a indispensabilidade do acesso[63].

Pelo contrário, se a empresa dominante recusar a contratação relativamente a um direito de propriedade intelectual ou industrial ou a um ativo por ela desenvolvido para uso próprio e relativamente aos quais ainda não tenha tomado a decisão de contratar nem tenha qualquer obrigação regulatória de o fazer, o

54 Ver as Orientações, n.ºs 159-161; e o acórdão de 6 de setembro de 2017 no processo *Intel contra a Comissão*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 139.
55 Ver as Orientações, n.ºs 162-165.
56 Ver as Orientações, n.ºs 168-178.
57 Ver as Orientações de 2009, n.ºs 60-61, em comparação com as Orientações, n.º 150.
58 Ver o acórdão de 18 de dezembro de 2025 no processo *Lukoil Bulgaria EOOD contra Komisia za zashtita na konkurentsiata*, C-260/24, EU:C:2025:988, n.ºs 55-56.
59 Ver as Orientações, n.ºs 179 e 182.
60 Ver, por exemplo, o acórdão de 16 de setembro de 2008 no processo *Sot. Lélos kai Sia EE e outros contra GlaxoSmithKline AEVE Farmakefiikon Proïonton*, C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504, n.º 77.
61 Consultem-se os acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de fevereiro de 2025 no processo *Alphabet e outros contra AGCM [Android Auto]*, C-233/23, EU:C:2025:110, n.ºs 47-48; de 18 de dezembro de 2025, no processo *Lukoil Bulgaria EOOD contra Komisia za zashtita na konkurentsiata*, C-260/24, EU:C:2025:988, n.ºs 55-56.
62 Ver, por exemplo, o acórdão de 25 de março de 2021, *Slovak Telekom contra Comissão*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, n.º 50.
63 Ver as Orientações, n.ºs 180-181. Ver também, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de fevereiro de 2025 no processo *Android Auto*, C-233/23, EU:C:2025:110, n.ºs 49-51.

comportamento não se afasta de uma concorrência com base no mérito, antes corresponde ao exercício legítimo de um direito[64]. Por conseguinte, só se o efeito de exclusão for especialmente intenso é que pode existir abuso, ou seja, se se verificarem as circunstâncias excecionais da teoria das infraestruturas essenciais: (i) a indispensabilidade do fator de produção para competir num mercado a jusante — no sentido da impossibilidade de duplicar ou obter o recurso de outras fontes e de se manter viável no mercado caso não se tenha acesso a este —; e (ii) a eliminação da concorrência caso a contratação seja recusada[65]. A isto acrescenta-se o que parece ser um requisito algo questionável devido ao seu formalismo: um pedido prévio de contratação que é recusado[66]. Caso a recusa diga respeito a direitos de propriedade intelectual ou industrial, aplica-se o requisito jurisprudencial adicional de limitação do desenvolvimento técnico, ou seja, que a recusa impeça o desenvolvimento de produtos para os quais existe procura e que não sejam uma mera réplica do produto da empresa dominante[67].

6. Autofavorecimento

A inclusão do autofavorecimento como conduta passível de análise específica constitui uma novidade das Orientações, que esclarecem que nem sempre se trata de uma conduta problemática — de facto, a jurisprudência clássica espanhola considerava-a abrangida pelo chamado «privilégio de grupo»[68]. As Orientações esclarecem que o autofavorecimento pode ser abusivo em casos de relação vertical ou relação de conglomerado, em que a empresa dominante controla o acesso a um ponto de entrada importante no mercado[69]. É evidente que a Comissão tem em mente os ecossistemas digitais, utilizando como exemplos — que refletem a prática recente neste domínio — a implantação privilegiada, a influência no comportamento e na escolha dos consumidores ou a manipulação de processos de seleção, como os leilões[70]. As Orientações confirmam que se aplica o *teste* geral que exige a demonstração do afastamento da concorrência com base no mérito e da capacidade de produzir efeitos de exclusão. Mais concretamente, deve ponderar-se se o tratamento preferencial (i) ocorre relativamente a um recurso importante, mesmo que não seja indispensável, para competir no mercado relacionado; (ii) contraria a lógica comercial da empresa dominante; ou (iii) é suscetível de influenciar o comportamento dos utilizadores[71].

7. Comportamento que, pela sua própria natureza, é prejudicial para a concorrência

Este é o critério específico mais controverso, pois leva a um limite questionável o raciocínio segundo o qual, sendo caro que o comportamento se afasta de uma concorrência com base no mérito, não é necessário provar o outro elemento, ou seja, o efeito potencial de exclusão[72]. Trata-se do comportamento que, pela sua própria natureza, é prejudicial para a concorrência, que o projeto de texto designava por «restrições não dissimuladas», ou seja, aquelas que não têm qualquer interesse económico para a empresa dominante para além do de restringir a concorrência e que incluem

(i) pagamentos a clientes para que deixem de comprar aos concorrentes, (ii) ameaças a revendedores para que substituam os produtos dos concorrentes pelos seus, (iii) desmantelamento de infraestruturas de que os concorrentes necessitam para competir ou (iv) exercício simultâneo de funções regulatórias e comerciais em situação de conflito de interesses, sem critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios, para negar o acesso aos rivais[73]. A Comissão afirma que o TJUE não esclareceu se, no caso de a empresa dominante negar a capacidade de exclusão da restrição não dissimulada durante o procedimento, a Comissão estaria obrigada a provar um efeito potencial de exclusão concreto. Notamos que nada na

64 Ver as Orientações, n.ºs 183-184.
65 Ver as Orientações, n.ºs 185-188. Ver também, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de abril de 1995 nos processos *RTE e ITP contra a Comissão*, C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, n.ºs 52-56; de 26 de novembro de 1998 no processo Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, n.ºs 41 e 44-46; de 29 de abril de 2004 no processo *IMS contra NDC Health*, C-418/01, EU:C:2004:257, n.º 28.
66 Ver as Orientações, n.º 183. Este requisito foi decisivo no acórdão do Tribunal Geral no processo *Bulgarian Energy Holding EAD e outros contra a Comissão*, T-136/19, ECLI:EU:T:2023:669, n.ºs 474-482.
67 Ver as Orientações, n.º 189. No acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007 no processo «*Microsoft contra Comissão*», T-201/04, EU:T:2007:289, n.ºs 646-656, chega-se ao ponto de considerar que este requisito estava preenchido, uma vez que a recusa impedia a plena interoperabilidade entre os sistemas operativos dos clientes da Microsoft e os servidores dos concorrentes.
68 Ver o acórdão do Supremo Tribunal de 30 de maio de 2006 (rec. 7151/2003), ponto 12.
69 Ver as Orientações, n.ºs 190-193.
70 Ver as Orientações, n.º 194.
71 Ver as Orientações, n.ºs 195-196.
72 Consulte as Orientações, n.ºs 197 e 199-200.
73 Ver as Orientações, n.º 198.

jurisprudência *Intel* permitir deduzir que se admita uma exceção com implicações de tal magnitude para os direitos de defesa[74].

VI. Justificação objetiva

O restante das Orientações dedica-se à justificação objetiva, que permite à empresa dominante, em todos os casos, incluindo o das restrições que, pela sua própria natureza, são prejudiciais, apresentar uma explicação alternativa para o seu comportamento. As Orientações distinguem dois cenários: em primeiro lugar, a prossecução de interesses legítimos próprios ou de interesses públicos e, em segundo lugar, a possibilidade de competir de forma mais eficiente[75]. O primeiro cenário exige que se demonstre a necessidade objetiva do comportamento para alcançar o objetivo legítimo e está, por conseguinte, sujeito a uma condição da proporcionalidade. Ou seja, o comportamento não pode exceder o necessário para alcançar um objetivo legítimo próprio — como a proteção contra atos desleais de concorrentes ou clientes, encomendas com um caráter anormal ou ameaças à integridade ou à segurança dos seus serviços, ou a necessidade de vender existências obsoletas abaixo do custo — ou um objetivo de interesse geral — como a saúde pública, a segurança dos produtos ou das redes ou a contribuição para a «resiliência» da União Europeia[76].

O segundo cenário diz respeito a ganhos de eficiência, tanto em termos de custos como de qualidade, incluindo a inovação, a prevenção do parasitismo ou mesmo a sustentabilidade[77]. Os requisitos para comprovar esses ganhos de eficiência são idênticos aos previstos no artigo 101.º, n.º 3, do TFUE: (i) devem representar um benefício verificável, quantificável e causalmente ligado ao comportamento, confirmado por documentação interna contemporânea; (ii) devem repercutir-se nos consumidores, sob a forma de preços mais baixos ou de maior qualidade, inovação ou variedade, mesmo fora do mercado em que o comportamento ocorre, tendo em conta que o incentivo para tal é menor quanto mais forte for a posição da empresa dominante em relação aos seus concorrentes; (iii) não devem poder ser alcançados através de um comportamento menos restritivo, como, por exemplo, se o investimento para os produzir tivesse sido realizado mesmo na ausência do comportamento; e (iv) a concorrência efetiva não deve ser completamente eliminada, tendo em conta as fontes de pressão concorrencial que se manteriam no mercado[78].

74 Ver, a título de exemplo, os acórdãos de 6 de setembro de 2017 no processo *Intel contra Comissão*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 138-139; de 24 de outubro de 2024 no processo *Comissão contra Intel*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, n.º 180; de 31 de março de 1993, no processo *Ahlström Osakeyhtiö e outros contra a Comissão [Pasta de papel]*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, EU:C:1993:120, n.ºs 126-127; ou do Tribunal Geral de 18 de novembro de 2020 no processo *Lietuvos geležinkeliai contra Comissão*, T-814/17, EU:T:2020:545, n.º 296.
75 Ver as Orientações, n.ºs 201 a 206.
76 Ver as Orientações, n.ºs 207-211.
77 Ver as Orientações, n.ºs 212-219.
78 Ver as Orientações, n.ºs 220-245, que incluem referências à Comunicação da Comissão — Orientações sobre a aplicabilidade do artigo 101.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (JO C 259, 21.7.2023, 1-125).

Contacto



Juan Jiménez-Laiglesia
Sócio da área de Concorrência
jjimenezlaiglesia@perezllorca.com
T. +34 91 436 04 53



Rita Leandro Vasconcelos
Sócia da Área de Concorrência
rvasconcelos@perezllorca.com
T. +351 912 201 402

Escritórios

Europe

Barcelona
Brussels
Lisbon
London
Madrid

America

Bogotá
Medellín
Mexico City
Monterrey
New York

Asia-Pacific

Singapore

A informação constante da presente Nota Jurídica é de caráter genérico e nãoconstitui assessoria jurídica.

Este documento foi elaborado a 25 de setembro de 2026 e a Pérez-Llorca não assumequalquer tipo de compromisso com a revisão ou atualização do seu conteúdo.

©2026 Pérez-Llorca. Todos os direitos reservados.

Pérez-Llorca App
Todo o conteúdo jurídico

DISPONIBLE EN Google Play
DISPONIBLE EN App Store

perezllorca.com

