

Perguntas & Respostas

Decisão Condenatória da SPORT TV por abuso de posição dominante

1. O que é um “abuso de posição dominante”?

O conceito de abuso de posição dominante está relacionado com os comportamentos de uma empresa no mercado e, em particular, com condutas que são de natureza a influenciar a estrutura de um mercado onde, precisamente devido à presença da empresa em posição dominante, o grau de concorrência é já fraco. Estes comportamentos, os quais são considerados censuráveis, têm por efeito impedir, através do recurso a meios diferentes daqueles que regulam uma concorrência normal dos produtos ou serviços baseada nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente ou o desenvolvimento dessa concorrência.

Sobre uma empresa em posição dominante recai a especial responsabilidade de não adotar comportamentos restritivos da concorrência e os respetivos comportamentos que tenham como consequência qualquer reforço de posição dominante poderão ser considerados abusivos, na medida em que enfraqueçam o grau de concorrência remanescente.

2. Que legislação, nacional e da União Europeia proíbe o “abuso de posição dominante”?

No plano nacional e desde a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, este tipo de prática restritiva da concorrência encontra-se previsto no respetivo artigo 11.º.

Neste caso em concreto e uma vez que o inquérito relativo ao processo contraordenacional em referência foi aberto na vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, sendo que a factualidade em análise nos correspondentes autos ocorreu igualmente na vigência do diploma em referência, foi aplicado ao presente processo o regime processual previsto na Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, em cumprimento do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 100.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Ao nível do direito da União Europeia, quando o comportamento em causa afeta o comércio entre Estados Membros, é aplicável o artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

3. Qual é o quadro legal aplicável ao presente processo?

As práticas objeto da presente Decisão decorreram entre os anos de 2005 e 2011, tendo o processo contraordenacional sido instaurado em 2010. Aos inquéritos instaurados previamente à entrada em vigor do novo regime jurídico da concorrência, constante da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, continua a aplicar-se a anterior Lei da Concorrência, a Lei n.º 18/2003, de 11 de junho (artigo 100.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio).

O abuso de posição dominante constitui um ilícito concorrencial, previsto e punido pelo artigo 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho. Esta prática restritiva da concorrência é punível com coima até 10% do volume de negócios da empresa infratora, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 43.º do mesmo diploma legal. Enquadramento que se mantém na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

4. Qual é a origem do presente processo?

Este processo surgiu na sequência de uma denúncia apresentada à Autoridade da Concorrência contra a SPORT TV Portugal, S.A. (SPORT TV) por uma empresa que opera no mercado da televisão por subscrição, a Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A., tendo-se procedido à abertura do respetivo inquérito por Despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência datado de 8 de julho de 2010.

5. Qual é o comportamento da SPORT TV que, de acordo com a investigação desenvolvida pela Autoridade da Concorrência, configura um abuso de posição dominante?

A SPORT TV aplicou, entre 1 de janeiro de 2005 e 1 de abril de 2011, condições discriminatórias (ou desiguais) relativamente a prestações equivalentes através do sistema remuneratório previsto nos contratos de distribuição dos canais de televisão SPORT TV, tendo explorado a posição dominante que detém no mercado nacional de

canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium* pela imposição de condições de transação não equitativas e tendo limitado a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico e o investimento em relação aos serviços em causa, em prejuízo da concorrência e dos consumidores. A conduta abusiva adotada pela arguida teve, assim, por objeto e como efeito a restrição da concorrência no mercado em referência, no qual a mesma detém uma posição de domínio, bem como no mercado a jusante, o mercado retalhista de televisão por subscrição onde resultou favorecida uma das empresas que aí operam, em detrimento das outras concorrentes.

6. Quais são as condições consideradas como discriminatórias pela Autoridade da Concorrência e porquê?

As condições consideradas discriminatórias resultam do sistema de remuneração previsto e aplicado pela arguida através dos contratos de distribuição dos canais de televisão SPORT TV celebrados entre esta empresa e as empresas operadoras dos serviços de televisão por subscrição.

Este sistema de remuneração implicou a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes, beneficiando o maior operador do mercado de televisão por subscrição, ao conceder-lhe uma clara vantagem económica relativamente aos demais operadores. A arguida não demonstrou qualquer justificação económica objetiva para que tal tivesse sucedido, designadamente a eventual existência de economias de escala na disponibilização dos canais SPORT TV aos operadores do mercado de televisão por subscrição. Assim e na senda da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto às regras aplicáveis à conduta de empresas em posição dominante, concluiu-se que o sistema remuneratório aplicado pela SPORT TV é claramente demonstrativo da existência de um tratamento discriminatório e configura, por isso, uma exploração abusiva dessa posição dominante.

Com efeito, verificou-se a existência de uma diferença substancial entre o montante pago por cada operador que não beneficiou das condições mais favoráveis, numa base anual, de 2005 a 2010, e o montante que teria sido pago se este tivesse remunerado a Sport TV de acordo com o regime mais favorável aplicado ao maior operador de televisão por subscrição. Essa diferença corresponde a uma vantagem auferida pela arguida através do exercício abusivo da sua posição dominante, sendo que, caso estivesse sujeita a uma concorrência efetiva, não lhe teria sido possível obter tão desmesurada vantagem. Com efeito, só a posição de poder que lhe é conferida pelo seu domínio total (100%) do mercado nacional de canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *Premium* e a consequente inexistência de alternativas para os operadores nacionais de televisão por subscrição, permitiu à Sport TV cobrar tais montantes àqueles operadores a que foram aplicadas condições discriminatórias e não equitativas.

Refira-se, aliás, que este entendimento corresponde plenamente ao sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à interpretação do artigo 102.º do TFUE, a qual é, nessa medida, vinculativa para as autoridades nacionais de concorrência. Como firmado naquela jurisprudência a propósito de um regime discriminatório de escalões de desconto, “[q]uando os *limiares dos diferentes escalões de redução, conjugados com as taxas praticadas, conduzem a que as reduções, ou reduções suplementares, só beneficiem determinados parceiros comerciais, concedendo-lhes uma vantagem económica não justificada pelo aumento do volume de atividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar relativamente aos seus concorrentes, um sistema de redução de quantidade acarreta a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes*”¹ (§50 e §52) (negrito acrescentado).

Como tal, “[n]a falta de justificações objetivas, **podem constituir indícios de um tal tratamento discriminatório um limiar de funcionamento do sistema elevado, que só pode interessar a alguns parceiros particularmente importantes da empresa em posição dominante, ou a inexistência de linearidade do aumento das taxas de redução com as quantidades**”² (§53) (negrito acrescentado).

¹ Acórdão do TJUE, de 29 de Março de 2001, República Portuguesa/Comissão Europeia, Processo C-163/99, Coletânea de Jurisprudência 2001 p. I-02613.

² *Ibidem*.

7. Qual é o período temporal abrangido pela investigação da Autoridade da Concorrência?

A análise desenvolvida pela Autoridade da Concorrência teve por objeto o sistema de remuneração aplicado pela SPORT TV no âmbito dos contratos de distribuição dos canais de televisão SPORT TV celebrados entre esta empresa e as empresas operadoras dos serviços de televisão por subscrição que esteve em vigor entre 1 de janeiro de 2005 e 1 de abril de 2011. Este período temporal delimitou a investigação ora concluída pela Autoridade da Concorrência, a qual não se debruçou e, por conseguinte, nada determinou sobre as cláusulas dos contratos de distribuição dos canais de televisão SPORT TV que passaram a vigorar desde o dia 1 de abril de 2011.

8. A Autoridade da Concorrência “validou” o sistema remuneratório da SPORT TV que agora é objeto de condenação?

Não, a Autoridade da Concorrência nunca “validou” ou aprovou o sistema remuneratório da SPORT TV. Aliás, como a própria arguida salientou ao longo do processo, foram sendo remetidas à AdC ao longo dos últimos anos, diversas adendas e versões dos contratos em análise no presente processo, o que implica que durante esse tempo esta Autoridade da Concorrência tenha procedido a uma análise e a uma monitorização contínua dos mesmos e do mercado correspondente, por forma a poder desenvolver uma investigação completa e minuciosa e chegar a uma conclusão devidamente fundamentada e atual. Acresce que no presente processo está em causa não apenas a aplicação da legislação nacional da concorrência mas também o artigo 102.º do TFUE, o qual prevalece sobre o direito nacional, ao abrigo do princípio da primazia do direito da União Europeia.

Aliás, o Tribunal Geral da União Europeia já se pronunciou a respeito deste tipo de argumentos, sendo de sublinhar a posição adotada por jurisprudência recente da União, no caso *Ziegler*, de 2011, nos termos da qual, em resposta ao argumento da então recorrente segundo a qual “o facto da Comissão ter tido conhecimento da prática infractora e de a ter tolerado durante anos criou nela a crença legítima, ainda que errónea, na licitude dessa prática” o Tribunal afirmou que “(...) o *mero conhecimento do comportamento anticoncorrencial não significa que este comportamento tenha sido implicitamente “autorizado ou incentivado» pela Comissão (...).* Com efeito, uma alegada

inércia [o que no presente caso nem sequer se concebe] não pode ser equiparada a um acto positivo, como é o caso de uma autorização ou um incentivo”³.

9. A Comissão Europeia foi envolvida nesta Decisão? Em que termos?

A Autoridade da Concorrência consulta obrigatoriamente a Comissão Europeia, nos termos do Regulamento n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, sempre que exista suscetibilidade de afetação do comércio intracomunitário, o que sucedeu no presente caso.

10. Foram envolvidas nesta Decisão Autoridades Reguladoras Sectoriais? Em que termos?

De acordo com a legislação aplicável, a Autoridade da Concorrência procedeu à audição das autoridades reguladoras sectoriais relacionadas com os mercados analisados na investigação ora em causa, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social e o ICP – Autoridade Nacional das Comunicações.

11. Quais são os critérios tidos em consideração pela Autoridade da Concorrência para a determinação da medida concreta da coima?

Na determinação da medida da coima, a Autoridade da Concorrência teve em consideração todos os critérios legais aplicáveis.

O Conselho da Autoridade da Concorrência, tendo ponderado todos os factos relevantes, os critérios legais de determinação do montante concreto da coima e, uma vez respeitados os direitos de defesa da arguida, entendeu ser sanção adequada à gravidade dos factos uma coima no montante de 2,5% do volume de negócios da mesma.

12. Que circunstâncias foram ponderadas na determinação da medida concreta da coima?

³ Cf. Acórdão do Tribunal Geral de 16 de junho de 2011, Processo T-199/08, *Ziegler SA* c. Comissão, ponto 157.

A Autoridade da Concorrência procedeu à ponderação de todas as circunstâncias de relevo para a determinação da medida concreta da coima.

Um dos critérios, em concreto, levados em consideração foi “o comportamento do infrator na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência”, no domínio do qual a Autoridade da Concorrência relevou o facto de – após a SPORT TV ter tomado conhecimento da abertura do processo contraordenacional em causa e durante a respetiva fase de inquérito – a mesma ter procedido à alteração do regime remuneratório constante dos contratos de distribuição dos canais de televisão SPORT TV, procedendo à alteração de duas das três condições consideradas discriminatórias, com efeitos a retroagir ao dia 01 de abril de 2011. Aquelas alterações foram introduzidas pela SPORT TV ao longo de um período que decorreu entre julho e outubro de 2011, e só após a Autoridade da Concorrência ter manifestado, por ofício remetido à arguida a 08 de julho de 2011, um conjunto de preocupações de cariz jusconcorrencial que considerava já decorrerem das cláusulas constantes dos contratos de distribuição dos canais SPORT TV, solicitando-lhe uma pronúncia quanto a essa posição. Nem todas as componentes objeto daquelas preocupações foram modificadas pela arguida.

13. Esta Decisão é passível de recurso?

Esta decisão é passível de recurso de impugnação para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, e do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social. Como tal, o recurso terá efeito suspensivo quanto ao pagamento das coimas e aplicação das demais sanções.

Recorde-se que, com a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, o recurso de decisões condenatórias da Autoridade da Concorrência passará a ter efeito meramente devolutivo, ficando os arguidos sujeitos ao pagamento imediato das coimas a que forem condenados pela Autoridade da Concorrência, a não ser que requeiram, com a interposição do recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo, o que poderá ser concedido pelo Tribunal competente desde que se demonstre que o pagamento imediato da coima causa prejuízo considerável ao arguido e que este preste caução em substituição do pagamento da coima.