



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Relatório

Arguida:

SPORT TV, com sede na Rua Pedro e Inês, Lote 2.08.01, freguesia de Santa Maria dos Olivais, em Lisboa.

*

Decisão impugnada:

A Autoridade da Concorrência (AdC) aplicou à arguida uma coima no montante de € 3.730.000,00, pela prática de uma contraordenação prevista e punida pelos arts. 4º/1, als c) e e), da Lei nº 18/2003, de 11.06, e 6º, do mesmo diploma legal, bem como do art. 102º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), em conjugação com os arts. 42º/1, al a), 43º/1 e 44º, todos da Lei nº 18/2003, de 11.06.

*

Fundamentos do recurso com reprodução das respetivas conclusões:

a) Questões prévias:

- 1) Com a recusa infundada do acesso da arguida aos ficheiros em formato Excel (ou no formato em que tenham sido criados), editável, com a evidência do tratamento aplicado aos dados primários, fórmulas, cálculos e referências utilizadas, para a produção da informação constante dos gráficos e das tabelas reproduzidos na decisão final, foi violado o direito de defesa da arguida, consagrado no n.º 10, do artigo 32.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e no artigo 50.º, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), pelo que a decisão final se encontra inquinada de nulidade, por força da al. d), do n.º 2, do artigo 133.º, do Código de Processo Administrativo (CPA);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 2) A decisão de não realização das diligências instrutórias adicionais requeridas pela arguida ao abrigo do n.º 1 do artigo 26.º, *in fine*, da Lei da Concorrência (LdC), viola o disposto no n.º 3 do referido preceito legal, acarretando uma violação do direito de defesa da arguida, o que resulta em nulidade da decisão final (n.º 10 do artigo 32 da CRP e al. d) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA);
- 3) O direito de defesa da arguida foi, ainda, violado, por não lhe ter sido conferida a oportunidade para se pronunciar sobre a medida concreta da coima aplicável, o que acarreta nulidade (n.º 10 do artigo 32 da CRP e al. d) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA);
- 4) Existe uma contradição insanável entre a decisão e os respetivos fundamentos (cf. al. b) do n.º 2 do artigo 410 do Código de Processo Penal – CPP –, *ex vi* do artigo 41.º RGCO, aplicável *ex vi* do artigo 19.º da LdC), na medida em que: (i) da decisão, nomeadamente da circunscrição temporal da infração ao período de 1 de janeiro de 2005 a 31 de março de 2011, resulta que os descontos de volume praticados pela arguida são lícitos à luz da LdC (pelo menos, quando aplicados isoladamente), enquanto que (ii) dos seus fundamentos resulta que os descontos de volume praticados pela arguida são ilícitos à luz da LdC, quer isoladamente considerados, quer quando aplicados conjuntamente com a TPM e o NAM;
- 5) Os factos investigados nos presentes autos são os exatos mesmos factos investigados no âmbito do procedimento oficioso instaurado em 23.08.2010, para investigar o eventual desrespeito das condições e obrigações impostas no âmbito da operação de concentração Ccent n.º 47/2003, estando, por isso, verificada a exceção de litispendência na presente ação, devendo a arguida ser absolvida da instância (n.º 2 do artigo 493.º e al. e) do n.º 1 do artigo 288.º, ambos do Código de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Processo Civil – CPC –, aplicáveis por força das remissões sucessivamente operadas pelo artigo 19.º da LdC, pelo artigo 41.º RGCO e pelo artigo 4.º do CPP);

b) Do mercado relevante:

- 6) O mercado relevante considerado pela AdC – o mercado dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium* – assenta na delimitação artificial de um micro-mercado coincidente com a atividade social desenvolvida pela SPORT TV, quer porque parte de uma visão viciada e deturpada da cadeia de valor do mercado, quer ainda porque confunde os conteúdos desportivos *premium* – *in casu* os direitos de transmissão televisiva de jogos de futebol – com os canais desportivos *premium* que os transmitem (a par de outros não *premium*).
- 7) Contudo, se o mercado relevante fosse o mercado dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*, como assume a AdC, então sempre seria forçoso assumir que esse mercado foi, durante o período em referência, um mercado regulado, por força do disposto no artigo 32.º da Lei da Televisão (LT);

c) Das alegadas práticas ilícitas

- 8) A decisão final erra ao considerar que a SPORT TV praticou condições discriminatórias; existe justificação e racional económico para as diferenças de tratamento dos operadores de televisão por subscrição no âmbito do sistema de remuneração da SPORT TV aplicado com base em escalões de desconto de quantidade, proporcionais, não retroativos e objetivos (porque dependem unicamente do número total de subscritores que cada operador tem), complementados com a exigência de taxas de penetração mínimas alinhadas com as médias do mercado ou, na falta destas médias, com as previsões fornecidas pelos próprios operadores visados (TPM e NAM);



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 9) A AdC erra ao considerar que o sistema de descontos foi construído para beneficiar a ZON TV Cabo, quando foi demonstrado que estes dependem, exclusivamente, do número total de subscritores que cada operador tem, sendo remunerados de forma igual o mesmo número de subscritores de todos os operadores;
- 10) Em especial, a AdC erra ao considerar que a SPORT TV está verticalmente integrada com a ZON TV Cabo: trata-se de duas empresas autónomas na aceção do artigo 3.º da LdC, sendo que a ZON TV Cabo não tem o controlo, nem a capacidade de influenciar decisivamente as decisões da SPORT TV;
- 11) A SPORT TV não está, assim, direta ou indiretamente, presente no mercado da televisão por subscrição, mercado no qual, exclusivamente, a AdC projeta o efeito anti-concorrencial do comportamento da arguida e identifica a ocorrência de desvantagens para os *parceiros comerciais da empresa dominante*, os operadores de televisão por subscrição;
- 12) A AdC erra ao não aceitar a evidente justificação económica dos escalões de desconto da arguida: constituem um incentivo para a angariação de subscritores adicionais dos canais SPORT TV por parte dos operadores de televisão por subscrição, contribuindo para o aumento do universo de subscritores, o que, por sua vez, permite suportar os custos fixos elevados da atividade da arguida (que implica avultados investimentos e constantes elevados graus de risco na própria aquisição dos conteúdos a transmitir e, também, que é caracterizado por uma fortíssima volatilidade da procura), tornando esta atividade economicamente viável;
- 13) A AdC procedeu a uma interpretação errada da jurisprudência comunitária (nomeadamente dos casos Aeroportos Portugueses e British Airways) ao considerar que a necessidade de assegurar o financiamento



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

dos custos fixos não é admitida pelo TJUE enquanto argumento que integra a justificação da prática de descontos de quantidade;

- 14) A AdC errou ao desconsiderar os evidentes efeitos pró-concorrenciais dos descontos de quantidade praticados pela Arguida: (i) são um incentivo à angariação de novos clientes por parte dos operadores de televisão por subscrição, facilitando a cobertura dos custos fixos elevados da atividade da arguida; (ii) constituem um mecanismo eficaz de combate ao fenómeno de “dupla marginalização”; (iii) são um meio apropriado de compensação dos operadores de televisão por subscrição pelos custos despendidos com a angariação de subscritores adicionais; (iv) são um mecanismo eficaz no alinhamento dos incentivos dos fornecedores e dos seus clientes ao nível da promoção dos canais SPORT TV; (v) contribuem para a resolução dos denominados “problemas de estagnação”, incentivando os operadores de televisão por subscrição a angariar clientes adicionais; e (vi) permitem a redução dos custos unitários por subscritor, redução essa que também pode ser passada para os clientes finais.
- 15) A AdC errou ao considerar a factualidade subjacente ao caso em apreço equiparável ao caso Aeroportos Portugueses; errou, em especial, ao desconsiderar o motivo pelo qual a justificação económica apresentada pela República Portuguesa falhou naquele caso e, nessa medida, errou ao transpor, diretamente, a decisão ali proferida para o caso em apreço;
- 16) A AdC errou ao desconsiderar, por completo, os efeitos (efetivos ou potenciais) dos descontos de quantidade para a concorrência e para os interesses dos consumidores, conforme exigido pela jurisprudência comunitária mais recente (casos Intel, Tomra e Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet) e nos termos da Comunicação da Comissão relativa à *“Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”;

- 17) De todo o modo, a AdC errou ao não tomar em devida consideração que o modelo remuneratório da arguida tinha que assentar, forçosamente, em descontos de quantidade, por imposição da decisão adotada pelo Conselho no âmbito do processo de concentração 47/2003, em 08.04.2004, não extraindo daí as devidas consequências, nem apresentando qualquer modelo remuneratório abstratamente mais adequado do que aquele praticado pela arguida;
- 18) Os mínimos (TPM e NAM) constituem um complemento aos escalões de quantidade, partilhando dos efeitos pró-concorrenciais dos mesmos, o que foi igualmente desconsiderado pela AdC;
- 19) Em especial, a AdC errou ao desconsiderar a adequação (e necessidade) dos referidos mínimos para incentivar os operadores de televisão por subscrição (que detêm o controlo sobre os subscritores) para combaterem, de forma apropriada, o fenómeno da pirataria e para combater o fenómeno do *free-riding* (aproveitamento gratuito da imagem dos canais SPORT TV);
- 20) Na medida em que a TPM, assim como o NAM, assentava na média das taxas individuais de penetração dos diferentes operadores no mercado, sendo fixada em percentagens aplicadas nos mesmos termos a todos os operadores de televisão por subscrição, a AdC errou, ainda, ao considerar que estes mecanismos são discriminatórios;
- 21) A AdC também errou ao desconsiderar que através do NAM (que corresponde à aplicação da TPM à previsão dos objetivos de angariação de subscritores da oferta comercial SPORT TV BUNDLE propostos pelos novos operadores de distribuição e que estes se comprometiam a alcançar) se garantiu o tratamento diferente do que é diferente (tendo em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

consideração as tecnologias concretas utilizadas), assim se assegurando a justiça do sistema remuneratório praticado;

- 22) A AdC não demonstrou que o comportamento da arguida limitou (ou controlou) a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos nos termos e para os efeitos da alínea c), do n.º 1, do artigo 4.º da LdC, aplicável *ex vi* artigo 6.º, n.º 3, alínea a) do mesmo diploma legal, e da alínea b) do artigo 102.º do TFUE;

d) Dos efeitos do comportamento da arguida e da alegada ilicitude do seu comportamento

- 23) Para além de considerar, erradamente, que o comportamento da arguida provocou prejuízos aos operadores de televisão por subscrição (aparentemente, incluindo à ZON TV Cabo!), a AdC apresenta um raciocínio de contabilização dos alegados prejuízos sofridos pelos operadores de televisão por subscrição que assenta em pressupostos de facto errados e incoerentes, na medida em que toma como referência o melhor preço médio por subscritor que resulta da aplicação direta do sistema de escalões praticado pela arguida (e que a AdC contesta), ou seja o preço aplicável ao operador de televisão por subscrição que tenha um mínimo de 240.000 subscritores.
- 24) A AdC errou ao considerar que o comportamento da arguida teve por objeto e por efeito a restrição da concorrência (i) no mercado em que atua a arguida (alegação que carece, totalmente, de fundamentação) e (ii) no mercado da televisão por subscrição (mercado em que não está presente);
- 25) Na verdade, a AdC não logrou demonstrar que o comportamento da arguida fosse, sequer, susceptível de exercer uma influência determinante sobre a concorrência entre os operadores de televisão por subscrição e, nessa medida, pudesse afetar essa mesma concorrência, até porque (i)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

nem sequer identificou as características notórias do mercado da televisão por subscrição; (ii) não fez a análise económica, nem escrutinou as três principais formas através das quais um fornecedor com poder de mercado poderia interferir a favor de um cliente verticalmente integrado; (iii) não procedeu à análise económica dos possíveis incentivos que a arguida teria para beneficiar um operador (ZON TV Cabo) em detrimento dos demais operadores de televisão por subscrição, e (iv) não analisou a evolução do mercado da televisão por subscrição no período em referência;

- 26) A AdC também não demonstrou a existência (ou, sequer, a suscetibilidade) de afetação do comércio entre Estados membros, estando esta afetação excluída à luz das Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE;
- 27) Em consequência dos erros de análise acima referidos, a AdC errou em qualificar o comportamento da arguida como violador das regras da concorrência nacionais e comunitárias e, enquanto tal, ilícito;

e) Da culpa

- 28) A decisão final errou ao presumir a existência de dolo, como se se tratasse de uma consequência direta e imediata da própria *prática* do ilícito-típico, assim violando as garantias de defesa da arguida (artigo 32.º, n.º 10 da CRP), o que fere a decisão final de nulidade;
- 29) A AdC errou ainda ao qualificar que a conduta da arguida fosse dolosa, em especial, quando a edificação de um sistema remuneratório assente em escalões resultou de uma imposição da própria AdC e esta procedeu a uma monitorização efetiva e apertada da atividade de arguida durante todo o período em referência, não tendo a arguida tido, durante todo esse



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

período, em momento algum, quaisquer motivos para duvidar da licitude do sistema remuneratório por si praticado;

- 30) No caso em apreço, em virtude da confiança legitimamente criada na arguida, nomeadamente por via do silêncio da AdC ao longo da monitorização da sua atividade (sobretudo quando esta também incidia sobre o mesmo comportamento objeto dos presentes autos), na conformidade do seu sistema remuneratório com as regras de concorrência aplicáveis – confiança essa que não pode ser desconsiderada à luz do caso Ziegler, que foi indevidamente interpretado pela AdC – sempre estaria excluída a culpa da arguida, por força do disposto no n.º 1 do artigo 9.º do RGCO, na medida em que, atendendo às circunstâncias concretas do caso, o erro a respeito da licitude do seu sistema remuneratório não lhe é censurável;
- 31) E, ainda que assim não se entendesse (isto é, se se considerasse que o erro a respeito da licitude do seu sistema remuneratório fosse censurável à arguida), em todo o caso, a coima deveria ter sido especialmente atenuada, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do RGCO, o que a AdC também não tomou em consideração;
- 32) A AdC errou ainda ao desconsiderar a sua contribuição culposa (i) para a edificação, por parte da arguida, do modelo remuneratório em questão (por via da imposição de um modelo assente em descontos) e (ii) para a sua manutenção durante todo o período em referência (em virtude da violação dos seus deveres oficiosos), sendo, por isso, a AdC co-responsável por todos os (eventuais) danos decorrentes da infração descrita nos autos;

f) Da determinação da medida da coima

- 33) O Artigo 43.º, n.º 1, da LdC é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1 e 3 da CRP), nomeadamente por violação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida (artigo 30.º n.º 1 CRP) e, ainda, por violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, e da indisponibilidade de competências, ambos previstos no artigo 111.º, n.ºs 1 e 2 da CRP;

- 34) Ao prever, como critério de determinação do máximo aplicável, o *volume de negócios*, o artigo 43.º, n.º 1 da LdC viola, ainda, o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP;
- 35) A AdC errou ao qualificar a infração alegadamente cometida pela arguida de muito grave;
- 36) Não resulta demonstrado pela AdC na decisão final que a arguida tivesse auferido quaisquer vantagens injustificadas por força do modelo de retribuição em causa;
- 37) A considerar-se provada a prática da infração, sempre se teria que tomar em devida consideração, para a determinação da coima concreta, que a duração da infração, assim como o seu carácter reiterado, são imputáveis à AdC;
- 38) A coima concretamente aplicada não foi devidamente fundamentada e viola o princípio da proporcionalidade;
- 39) Do exposto resulta que a AdC, ao considerar que a arguida praticou um abuso de posição dominante, procedeu a uma errada aplicação das alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 4.º da LdC, aplicável *ex vi* artigo 6.º, n.º 3, al. a) do mesmo diploma e, ainda, do artigo 102.º do TFUE.

Alteração não substancial dos factos e da qualificação jurídica



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Antes da leitura foi comunicada à arguida, nos termos e para os efeitos do art. 358º/1 e 3, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO, uma alteração não substancial dos factos e da qualificação jurídica, reconduzindo-se a sua conduta, em abstrato, também ao disposto no art. 11º/1 e 2, als a), b) e c), 68º/1, al a), 69º/2 e 73º/1 a 3, da Lei nº 19/2012, de 08.05.

Questões prévias

1ª Questão prévia - violação do direito de defesa da arguida:

Alega a arguida que foi violado o seu direito de defesa consagrado no art. 32º/10, da CRP, e no art. 50º, do RGCO, porquanto a AdC não lhe forneceu os ficheiros em formato Excel (ou no formato em que tenham sido criados), editável, com a evidência do tratamento aplicado aos dados primários, fórmulas, cálculos e referências utilizadas, para a produção da informação constante dos gráficos e das tabelas reproduzidos na decisão final. Conclui que a decisão final se encontra inquinada de nulidade, por força da al. d), do n.º 2, do artigo 133.º, do CPA.

Contrapõe a AdC que não foi violado o direito de defesa da arguida, porquanto lhe foram fornecidos os elementos necessários para conhecer o racional e os métodos utilizados para chegar à informação constante da nota de ilicitude, o que não se confunde com o direito de acesso a documentos internos, que era aquilo que a arguida pretendia.

Cumpra apreciar e decidir.

Os direitos de audiência e de defesa, encontram-se expressamente consagrados no art. 32º/10, da CRP, entre o mais, para os processos de contraordenação.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional, exarada no acórdão nº 659/2006 e reiterada em outros arestos, nomeadamente nos acórdãos nº



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

461/2011 e nº 73/2012, o direito em análise tem um alcance bastante restrito, implicando, no essencial, “a inviabilidade constitucional da aplicação de qualquer tipo de sanção, contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audição) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), reagindo contra uma acusação prévia, apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade”.

Os direitos de audiência e de defesa têm previsão, no plano infraconstitucional e no que ao caso importa, nos arts. 50º, do RGCO, e 26º, da Lei nº 18/2003 (cfr. art. 100º/1, al a), da Lei nº 19/2012, de 08.05).

Os preceitos citados não especificam os elementos que devem ser fornecidos ao arguido. Contudo, sendo uma concretização, no plano infraconstitucional, do art. 32º/10, da CRP, devem assegurar o núcleo destes direitos, que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, se traduz, quanto ao art. 50º, do RGCO, no seguinte:

O “artigo 50.º do RGCO apenas exige que sejam comunicados aos arguidos os factos que lhe são imputados, a respetiva qualificação jurídica e sanções que incorrem, não impondo que a aludida notificação contenha a alusão às provas tidas em conta pela autoridade administrativa e que sustentam a imputação que lhes é dirigida”¹ (acórdão n.º 537/2011).

“Dos direitos de audição e de defesa consagrados no artigo 32º, n.º10, da CRP, e densificados no artigo 50º do RGCO, extrai-se com toda a certeza que qualquer processo contraordenacional deve assegurar ao visado o contraditório prévio à decisão; que este só poderá ser plenamente exercido mediante a comunicação dos factos imputados; que a comunicação dos factos imputados implica a descrição sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada, dos elementos imprescindíveis à singularização do comportamento

¹ In www.tribunalconstitucional.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

contraordenacionalmente relevante; e que essa descrição deve contemplar a caracterização, objetiva e subjetiva, da ação ou omissão de cuja imputação se trate” (acórdão nº 99/2009).

Trata-se, no essencial, da fórmula adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de fixação de jurisprudência nº 1/2003, publicado no Diário da República I série nº 21, de 25.01.2003, e que se traduz no seguinte: deverão ser fornecidos “os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (artigo 101º, nº 2)”. Formulação esta que, conforme resulta do entendimento que tem vindo a ser sufragado pelo Tribunal Constitucional, respeita as exigências constitucionais aplicáveis aos direitos de audiência e de defesa do arguido na fase organicamente administrativa do processo de contraordenação.

O regime aplicável à violação do art. 50º, do RGCO, por omissão ou por insuficiência foi também cabalmente solucionado pelo acórdão de fixação de jurisprudência nº 1/2003, corporizando, aliás, o objeto específico do aresto. Neste plano, o STJ fez aplicação subsidiária dos preceitos reguladores do processo penal, tendo concluído, no que ao caso importa, o seguinte: (i) se a notificação não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável – arts. 283º/3, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do DL nº 433/82; (ii) esta nulidade tem de ser arguida pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração ou, judicialmente, no ato da impugnação – cfr. arts. 120º/1 e 105º/1, ambos do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do DL nº 433/82; (iii) se a impugnação se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afetar, a subsequente decisão administrativa – cfr. arts. 121º/2, al d) e 3, al c), e 122º/1, ambos do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do DL nº 433/82; (iv) se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

sua defesa, os aspetos de facto ou de direito omissos na notificação mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada – cfr. arts. 121º/1, al c), do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do DL nº 433/82.

Transpondo estes parâmetros para o caso concreto, considera-se que não assiste razão à arguida.

Efetivamente, os elementos que a mesma pretendia que lhe fossem fornecidos não são meios de prova que tivessem de ser incorporados nos autos, mas, conforme salienta a AdC, *drafts e/ou spreadsheets* com cálculos efetuados pela equipa de instrução do processo, ou seja, instrumentos de trabalho utilizados para a elaboração da nota de ilicitude.

Tais elementos não eram necessários para a arguida aferir da fidedignidade das tabelas e gráficos reproduzidos na nota de ilicitude, pois a AdC apresentou à arguida os elementos necessários para conhecer o racional e os métodos utilizados para chegar à informação constante da nota de ilicitude 13340 a 13430. Estes elementos permitiam à arguida saber quais os dados que foram utilizados para a elaboração das tabelas e dos gráficos, o tipo e respetiva fonte, o que era suficiente para a mesma aferir se os elementos eram ou não corretos e reconstruir as tabelas e os gráficos de molde a detetar alguma desconformidade.

É certo que são muitos dados, podendo facilmente gerar lapsos e falhas, conforme sucedeu e é evidenciado pela arguida (cfr. errata de fls. 13431 a 13439). É verdade também que a AdC solicitou à arguida o fornecimento, em ficheiro do *Microsoft Office Excel 2007*, de vários dados (cfr. ofício de fls. 596 a 599 e ofício de fls. 4112 a 4119). Contudo, é substancialmente diferente o processo de recolha dos dados, da operação de verificação e confronto com as tabelas e gráficos elaborados, não se podendo retirar da errata elaborada pela AdC e do pedido formulado por esta autoridade uma evidência de que a arguida necessitava dos referidos ficheiros *Excel* para exercer eficazmente o seu direito de defesa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Considera-se, assim, que não foram suprimidos à arguida elementos necessários para a mesma exercer o referido direito.

Em face do exposto, julgo improcedente a nulidade invocada.

*

2ª Questão prévia – não realização de diligências instrutórias adicionais:

Alega a arguida que a AdC não realizou as diligências instrutórias adicionais que requereu ao abrigo do n.º 1 do artigo 26.º, *in fine*, da Lei da Concorrência (LdC), tendo, por isso, violado o disposto no n.º 3 do referido preceito legal, acarretando uma violação do direito de defesa da arguida, o que resulta em nulidade da decisão final (n.º 10 do artigo 32 da CRP e al. d) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA).

A AdC considera, no essencial, que tais diligências não eram necessárias.

Cumprе apreciar e decidir.

O normativo legal aplicável para decidir esta questão é o art. 26º/3, da Lei nº 18/2003, nos termos do qual a AdC pode recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou o seu intuito meramente dilatatório.

As diligências de prova concretamente requeridas pela arguida eram as seguintes: (a) uma investigação mais aprofundada tendente à identificação concreta do mercado do produto em causa, bem como da efetiva dominância da arguida no, mesmo, e que tome em consideração a relação dos canais SPORT TV, quer com os demais canais *premium*, quer com os canais de acesso condicionado e não condicionado, quando transmitem conteúdos desportivos; (b) análise da relação de concorrência entre os operadores de televisão por subscrição, para averiguar quais são os elementos que diferenciam as ofertas desses operadores, com vista a identificar os fatores concretos que são determinantes para a concorrência entre esses, operadores e proceder ao escalonamento dos mesmos em função da sua importância para a valorização, na ótica dos clientes, das ofertas de um operador em detrimento das ofertas dos demais e que tenha em conta, nomeadamente (i) o peso



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

da conjugação dos serviços de televisão por subscrição com outros serviços, (ii) o peso dos canais *premium*; (iii) o peso dos canais SPORT TV; (c) identificação do peso e valor efetivo dos canais SPORT TV para a opção, pelos clientes, pelas ofertas de um ou de outro operador, de modo a aferir da importância real dos canais SPORT TV para a concorrência entre os operadores de televisão por subscrição; (d) investigação (objetiva e independente) de quais são, ao certo, as consequências - justificadas ou não - que o modelo remuneratório em estudo tem sobre os operadores de televisão por subscrição; (e) concretização em que medida uma variação no preço por subscritor a pagar por cada operador como a que resulta do modelo remuneratório da arguida é suscetível de afetar a concorrência entre esses operadores de televisão por subscrição.

Concorda-se com a posição assumida pela AdC. Efetivamente, as diligências requeridas não eram necessárias para aferir o mercado relevante, nem para avaliar os pressupostos da conduta e respetivos efeitos nos termos delineados na nota de ilicitude. Sob pena de estarmos aqui a antecipar a decisão de mérito, importa apenas referir, conforme irá decorrer da fundamentação de facto e de direito, que os autos continham os elementos suficientes para os fins referidos, designadamente sobre as características do produto, as preferências dos consumidores, as opiniões dos clientes da arguida, os preços que estes pagaram pelo produto, os fatores que condicionaram esse preço, o seu modo de funcionamento e os efeitos produzidos.

Termos em que, improcede esta questão prévia.

*

3ª Questão prévia – violação do direito de defesa da arguida por não lhe ter sido conferida a oportunidade para se pronunciar sobre a medida concreta da coima aplicável:

Alega a arguida que o seu direito de defesa foi violado, por não lhe ter sido conferida a oportunidade para se pronunciar sobre a medida concreta da coima



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

aplicável, o que acarreta nulidade (n.º 10 do artigo 32 da CRP e al. d) do n.º 2 do artigo 133.º do CPA).

Pugna a AdC pela improcedência desta questão, apoiando-se na jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa, doravante “TCL” (Sentença de 29 de maio de 2012, proc. n.º 349/11.7TYLSB, pp. 21-22).

Cumpra apreciar e decidir.

Os parâmetros legais aplicáveis são aqueles que já enunciámos na análise da primeira questão. Fazendo aplicação dos mesmos à concreta questão suscitada pela arguida, considera-se que não lhe assiste razão, desde logo por um argumento de maioria de razão.

Efetivamente, no processo criminal, o direito de defesa do arguido, que concretiza o princípio do contraditório consagrado no art. 32º/5, 2ª parte, do CPP, não exige, em momento algum do processo, anterior à prolação da decisão, que o Tribunal dê a conhecer ao arguido a medida concreta da pena que pretende aplicar, a fim de este exercer o contraditório. E não exige, porque o que importa, para que o arguido se possa defender, é que tenha conhecimento dos factos pertinentes e do enquadramento legal aplicável. Efetivamente, perante os factos e a norma legal aplicável, o arguido está em condições de exercer, de forma cabal, a sua defesa, pois está em condições de formular o seu próprio juízo acerca dos critérios relevantes para efeitos de determinação da medida da coima e, por conseguinte, de apresentar os seus argumentos.

Alega a arguida que *“o arguido pode, até, reconhecer os factos de que é acusado e somente entender que a medida concreta da coima não é Justa. Afirmar que o conhecimento da medida concreta da coima não é um elemento essencial à defesa do arguido implicava a negação, por completo, do direito de defesa ao arguido, nestes casos”*. Não se concorda com esta asserção, pois nada impedia que a arguida emitisse a sua posição sobre os critérios relevantes e respetiva ponderação.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Alega ainda a arguida que *“o arguido pode desconcordar de uma condenação pela prática dos factos de que é acusado, contudo, atendendo à, medida da coima concretamente aplicável, optar por não contestar a aplicação da coima. Por via da interpretação defendida pela AdC também esta liberdade seria retirada ao arguido”*. Também não se concorda com esta afirmação, pois o direito de defesa não se destina a tutelar a conveniência ou não do seu exercício.

Mesmo que assim se não entenda, verifica-se que a arguida, no recurso de impugnação, pronunciou-se expressamente sobre a medida da coima aplicada, pelo que a ter existido uma nulidade, a mesma deverá ter-se como sanada.

Termos em que, se julga improcedente esta nulidade.

*

4ª Questão – contradição insanável entre a decisão e os respetivos fundamentos:

Alega a arguida que existe uma contradição insanável entre a decisão e os respetivos fundamentos (cf. al. b) do n.º 2 do artigo 410 do Código de Processo Penal – CPP –, *ex vi* do artigo 41.º RGCO, aplicável *ex vi* do artigo 19.º da LdC), na medida em que: (i) da decisão, nomeadamente da circunscrição temporal da infração ao período de 1 de janeiro de 2005 a 31 de março de 2011, resulta que os descontos de volume praticados pela arguida são lícitos à luz da LdC (pelo menos, quando aplicados isoladamente), enquanto que (ii) dos seus fundamentos resulta que os descontos de volume praticados pela arguida são ilícitos à luz da LdC, quer isoladamente considerados, quer quando aplicados conjuntamente com a TPM e o NAM.

Contrapõe a AdC que “o objeto do processo foi delimitado de acordo com as práticas constantes da denúncia e finalizado em consonância com os dados de que a AdC dispunha durante a fase de inquérito e que ficaram sedimentados na Nota de Ilícitude”.

Cumpré apreciar e decidir.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

A contradição insanável da fundamentação, quando resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, é um vício da sentença – 410º/2, al b), do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO. Vício esse que só gera o reenvio para nova decisão quando não for possível decidir da causa cfr. art. 426º/1, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO.

No caso concreto, considera-se que a leitura mais linear e lógica da decisão conduz à interpretação sustentada pela Sport TV. Admite-se, em todo o caso, que a referência ao facto da arguida ter posto “*termo à infração*” no ano de 2011, vertida no parágrafo 766, possa ser interpretada como tendo terminado a infração com aqueles contornos específicos que foram analisados na decisão.

Em todo o caso, mesmo que assim se não entenda, considera-se que é uma contradição que em nada impede a decisão do presente recurso, pois o Tribunal dispõe de todos os elementos necessários para decidir se os escalões de desconto isoladamente considerados – único fator que subsistiu após abril de 2011 – são ou não lícitos à luz dos normativos legais imputados e, função desse juízo, corrigir os eventuais prejuízos imputados à conduta da arguida.

Termos em que, se julga improcedente a questão invocada.

*

5ª Questão prévia – litispendência:

Alega a arguida que os factos investigados nos presentes autos são os exatos mesmos factos investigados no âmbito do procedimento oficioso instaurado em 23.08.2010, para investigar o eventual desrespeito das condições e obrigações impostas no âmbito da operação de concentração Ccent n.º 47/2003, estando, por isso, verificada a exceção de litispendência na presente ação, devendo a arguida ser absolvida da instância (n.º 2 do artigo 493.º e al. e) do n.º 1 do artigo 288.º, ambos do Código de Processo Civil – CPC –, aplicáveis por força das remissões sucessivamente operadas pelo artigo 19.º da LdC, pelo artigo 41.º RGCO e pelo artigo 4.º do CPP).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Por sua vez, defende a AdC, em síntese, que “o procedimento oficioso e o processo contraordenacional não se confundem, nem se sobrepõem, tendo géneses e fundamentos diferentes, não havendo, por conseguinte, identidade de objetos num e noutro procedimento, que seriam os pressupostos da litispendência”.

Cumpra apreciar e decidir.

Admite-se a aplicação da figura da litispendência no processo contraordenacional, uma vez que, conforme refere Germano Marques da Silva, também citado pela arguida, é “uma consequência ainda do *non bis in idem*. Se o arguido não pode ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo crime, não deve manter-se um processo que não pode conduzir a julgamento”². Não há razões para não tonar extensivos estes parâmetros ao processo de contraordenação.

No que respeita aos requisitos da figura, impõe-se o recurso ao CPC, *ex vi* art. 4º, do CPP, conforme sugere o mesmo autor³. Temos, assim, que considerar o disposto nos arts. 580º e 581º, ambos do CPC, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26.06, cujos parâmetros são similares aos da lei revogada.

Por conseguinte, verifica-se a litispendência quando se repete a causa, estando a anterior ainda em curso (cfr. art. 580º/1, do CPC). Preceitua ainda a lei que se repete a causa quando se propõe uma ação idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir (cfr. art. 581º/1, do CPC). Há identidade de sujeitos quando as partes são as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica (cfr. art. 581º/2, do CPC). Há identidade de pedido quando numa e noutra causa se pretende obter o mesmo efeito jurídico (cfr. art. 581º/3, do CPC). Há identidade de causa de pedir quando a pretensão deduzida nas duas ações procede do mesmo facto jurídico (cfr. art. 581º/4, do CPC).

Procurando adaptar estes conceitos aos processos em análise, verifica-se que há identidade de sujeitos e os factos naturalísticos que deram origem a ambos os

² Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, III Volume, 2000, Verbo, pág. 46.

³ *Idem*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

processos são os mesmos (cfr. fls. 435 a 437, 2º volume dos apensos de documentos confidenciais após a distribuição, quanto à decisão de instauração do procedimento oficioso). Contudo, os factos jurídicos e os efeitos jurídicos subjacentes aos dois processos são incontornavelmente distintos.

Assim, no âmbito do procedimento oficioso, instaurado ao abrigo do disposto no art. 40º/1, al c), da Lei nº 18/2003, aqueles factos terão relevância jurídica ao abrigo do enquadramento específico previsto nesta norma, designadamente se se traduzirem no “desrespeito, total ou parcial, de obrigações ou condições impostas aquando da respetiva decisão de não oposição”. Nos presentes autos, tais factos terão de ser reconduzidos a normativos legais distintos, designadamente aqueles que proíbem o abuso de posição dominante.

Dir-se-á, mas a decisão proferida no processo de concentração nº 47/2003, prevê, nos compromissos, que *“as condições comerciais da SPORT TV aos operadores não podem, por via de práticas restritivas da concorrência, conduzir à situação de eliminação do mercado dos operadores de menor dimensão”*. Mesmo assim não há identidade do facto jurídico, porque não basta, no âmbito do procedimento oficioso, a verificação da prática restritiva, mas será necessário avaliá-la à luz dos fins pretendidos com o referido compromisso.

Quanto ao efeito jurídico, o procedimento oficioso, conforme esclarece Miguel Mendes Pereira, visa a prática de um ou mais atos (administrativos) que podem ter uma de duas naturezas distintas: (i) “teor simplesmente declarativo (“realizou-se uma concentração sem notificação”, “informações prestadas e que eram relativas a circunstâncias essenciais para a decisão são falsas ou inexatas”, “uma condição ou obrigação foi desrespeitada”); (ii) ou “teor substancialmente dispositivo (não-oposição ou aprovação da operação, reforma, conversão ou



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

revogação da decisão)”⁴. Por sua vez, o processo de contraordenação pode conduzir à aplicação de uma coima e outras eventuais sanções acessórias.

Se o procedimento oficioso der origem ao início de um processo de contraordenação, isso não significa que ambos podem culminar na aplicação das sanções previstas no art. 43º e seguintes da Lei nº 18/2003. Só o segundo é que poderá produzir esse efeito.

A diversa natureza dos dois procedimentos é reveladora das diferenças assinaladas. Assim, conforme põe em evidência o mesmo autor, o primeiro “é um procedimento administrativo levado a cabo no âmbito dos poderes de supervisão da AdC”, enquanto que o segundo é “um processo levado a cabo no âmbito dos poderes sancionatórios da AdC”⁵.

Significa isto que a arguida, devido à mesma realidade de facto, pode estar sujeita a consequências distintas. Contudo, o facto jurídico que lhes dá origem é distinto e bem assim as consequências em si mesmas.

Por conseguinte, não se verifica a exceção de litispendência invocada.

Termos em que, improcede esta questão prévia.

*

6ª Questão prévia – nulidade da decisão impugnada:

Alega a arguida que a decisão final errou ao presumir a existência de dolo, como se se tratasse de uma consequência direta e imediata da própria *prática* do ilícito-típico, assim violando as garantias de defesa da arguida (artigo 32.º, n.º 10 da CRP), o que fere a decisão final de nulidade.

Contrapõe a AdC que não presumiu o dolo.

Cumpram apreciar e decidir.

No que respeita ao direito de defesa da arguida remetemos para as considerações já tecidas a propósito do art. 32º/10, da CRP.

⁴ Miguel Mendes Pereira, Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, 2009, pág. 407.

⁵ *Idem*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

O princípio da presunção da inocência está consagrado no art. 32º/2, da CRP, e faz parte das garantias de defesa do arguido no processo criminal. A sua aplicação ao processo contraordenacional parece ser indiscutível, ainda que os fundamentos não sejam coincidentes. Assim, no aresto n.º 103/87⁶, o Tribunal Constitucional considerou simplesmente que este princípio era “igualmente válido, na sua ideia essencial, nos restantes domínios sancionatórios”. Por sua vez, Paulo Pinto de Albuquerque parece reconduzir este princípio ao direito de defesa do arguido no processo contraordenacional⁷. Sendo aplicável este princípio ao processo contraordenacional, valem, neste plano, as considerações que é possível tecer sobre o seu conteúdo no âmbito do processo criminal.

Efetuada este esclarecimento, importa, então, referir que o “princípio constitucional da presunção de inocência é um estatuto jurídico-político que obriga o Estado a tratar (na lei e no processo) como inocente alguém que é visado por um processo criminal [leia-se, processo contraordenacional]. O seu conteúdo e as suas consequências dizem todas respeito à preservação sócio-jurídica desse estatuto e incluem, nomeadamente, a proibição de inversão do ónus da prova, a inadmissibilidade de presunções de culpa, a prevalência da absolvição material sobre decisões de forma, a inexistência de consequências jurídicas definitivas em relação a quem não seja condenado por uma sentença transitada em julgado, a proibição de penas automáticas, a exigência da excecionalidade das medidas de coação, a garantia do segredo de justiça em fases preliminares do processo ou o princípio *in dubio pro reo*. Este, por seu turno, é um princípio de decisão perante a dúvida depois de

⁶ Publicado no Diário da República, I Série, de 06.05.1987.

⁷ Cfr. Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Europeia, pág. 139.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

produzida a prova e não um princípio de valoração da prova, de obtenção da mesma ou de resolução de questões jurídicas duvidosas”⁸.

Na questão concreta invocada pela arguida, está em causa a presunção de culpa.

A arguida considera que este princípio foi violado, no essencial, porque a decisão impugnada não caracterizou, “*com precisão, o conhecimento e a vontade da realização do facto típico (o dolo do tipo), bem como a convicção contrária ou indiferente às normas supostamente violadas (o dolo da culpa)*”, salientando que o dolo “*não pode ser presumido, nem pode a sua verificação pelo julgador decorrer da própria prática do ilícito-típico*”.

Começando por esta segunda asserção, considera-se que o dolo não pode ser assumido simplesmente, sob pena de violação do princípio da presunção da inocência. Contudo, isto não significa que os contornos específicos da conduta objetiva, conjugados com as regras da experiência comum, não sejam suficientes para se concluir pela verificação do dolo. Veja-se, neste sentido, o entendimento exarado no acórdão da Relação de Lisboa de 08.02.2012, proc. n.º 272/11.5TTBRR.L1-4⁹, que aqui se transcreve pela sua pertinência:

“Uma vez que em processo penal são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei (art. 125.º do Cód. Proc. Penal), delas não pode ser excluída a prova por presunções, prevista, como noção geral, no art. 349.º do Cód. Civil, mas prestável e válida como definição do meio ou processo lógico de aquisição de factos no processo penal em que se parte de um facto conhecido (o facto base, que pode ser um único, mas, desejavelmente, devem ser factos plurais e estar inter-relacionados, que funciona como indício para afirmar um facto desconhecido (o *factum probandum*) recorrendo a um juízo de normalidade, que deve ser razoável e

⁸ Frederico de Lacerda da Costa Pinto, in “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, Almedina, 2009, págs. 98 e 99.

⁹ In www.dgsi.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

fundamentado, alicerçado em regras da experiência comum que permite chegar, sem necessidade de uma averiguação casuística, a um resultado verdadeiro.

Neste âmbito, importam as presunções simples, naturais ou *hominis*, simples meios de convicção, que se encontram na base de qualquer juízo probatório. São meios lógicos de apreciação das provas e de formação da convicção, que cedem por simples contraprova, ou seja, prova que origine a dúvida sobre a sua exatidão no caso concreto.

O sistema probatório alicerça-se em grande parte neste tipo de raciocínio (indutivo) e, não havendo confissão, a prova dos elementos subjetivos do tipo (doloso ou negligente) não poderá fazer-se senão por meio de prova indireta. Como ensinava Cavaleiro Ferreira (“Curso de Processo Penal”, II, 1981, pág. 292) existem elementos do crime que, no caso da falta de confissão, só são suscetíveis de prova indireta como são todos os elementos de estrutura psicológica.

Não se compreendem, pois, os complexos e os pruridos que subsistem quanto à verificação do dolo por meio de presunções.

Aliás, é inteiramente lógico pensar e concluir que a pessoa (por si ou pelos seus representantes), nos comportamentos ativos ou omissivos que assume, nas omissões ou atos que pratica, obedece às suas potencialidades volitivas, escolhendo, direta ou indiretamente, os resultados da sua atividade ou mantendo-se, por incúria, indiferente à produção de tais resultados.

Por isso, verificada a materialidade da infração e conhecida a proibição legal, segundo as regras da experiência comum, podemos deduzir que aquela foi cometida com dolo ou, pelo menos, com negligência”.

No que respeita à falta de caracterização precisa dos elementos que corporizam o dolo, incluindo o elemento emocional que se reporta à culpa, daí não decorre que o mesmo tenha sido simplesmente assumido perante a verificação dos elementos objetivos. E, na verdade, isso não sucede no caso, pois a AdC expôs, ainda que por referência a formulações mais genéricas, juízos de ponderação



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

justificativos da razão pela qual concluiu que a arguida agiu com dolo. Assim, faz referência ao facto da arguida conhecer o histórico da faturação dos seus clientes (cfr. parágrafo 743, de fls. 15253), à sua defesa (cfr. parágrafo 745, de fls. 15254), que pode ser valorada, à circunstância de conhecer as dificuldades financeiras que tal modelo implicava para os operadores de menor dimensão, com indicação de elementos concretos do processo (cfr. parágrafo 745, de fls. 15254, e nota de rodapé 388) e a passagem do acórdão Ziegler a negrito, no parágrafo 739, de fls. 15253, não deixa de se traduzir num juízo valorativo mediante o recurso a uma citação que se considera aplicável ao caso concreto. Por estas razões, entende-se que a AdC não assumiu simplesmente o dolo, não havendo violação do princípio da presunção da inocência.

Questão diversa desta consiste em saber se a decisão, no que respeita ao dolo, cumpriu o disposto no art. 58º/1, al b) e c), do RGCO. No que respeita ao grau de exigência no cumprimento, em geral, deste requisitos e dos demais requisitos exigidos pelo art. 58º/1, do RGCO, a jurisprudência tem salientado que, atendendo à diversa natureza do ilícito de mera ordenação social em relação ao ilícito penal, “não se impõe aqui uma fundamentação com o formalismo e rigor que se exige na elaboração de uma sentença judicial”¹⁰. No mesmo sentido, encontram-se referências, na doutrina, no sentido de que “nos encontramos no domínio de uma fase administrativa, sujeita às características da celeridade e simplicidade processual, pelo que o dever de fundamentação deverá assumir uma dimensão qualitativamente menos intensa em relação à sentença penal”¹¹. A mesma doutrina acrescenta, no entanto, que essa menor exigência de fundamentação não pode deixar de tornar patente para o arguido as razões de facto e de direito que conduziram à sua condenação. Por conseguinte, o critério operativo de determinação do grau de

¹⁰ Acórdão da Relação de Lisboa de 24.01.2013, proc. nº 704/12.5TBCLD.L1-9, in www.dgsi.pt.

¹¹ António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, in *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 3ª edição, 2009, Almedina, pág. 194.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

fundamentação da decisão administrativa condenatória deve ser o direito de defesa do arguido, podendo-se, assim, concluir que a fundamentação da decisão será suficiente se possibilitar ao arguido “um juízo de oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial”. Acrescenta-se ainda que a fundamentação da decisão administrativa também deve, em sede de impugnação judicial, “permitir ao tribunal conhecer o processo lógico de formação da decisão administrativa”¹².

Ora, no caso, considera-se que a decisão impugnada permitiu à arguida perceber que a imputação se estriba no dolo direto e as razões que a sustentaram, sendo certo que a valia dessas razões é uma questão de mérito. Por conseguinte, adotando-se esta perspetiva de abordagem, também se considera que o seu direito de defesa não foi violado.

Termos em que, improcede esta questão prévia.

Fundamentação de facto

Factos provados:

- 1) É denunciante nos presentes autos, a Cabovisão, empresa registada na Conservatória do Registo Comercial de Palmela sob o número único de matrícula e de pessoa coletiva 503 062 081, com sede em Lugar de Poços, em Palmela.
- 2) A Cabovisão tem como atividades principais a distribuição de sinal de televisão por cabo e satélite e a exploração e a prestação de serviços de comunicações eletrónicas, disponibilizando, em particular, diversas ofertas retalhistas associadas ao serviço de televisão por subscrição, ao serviço de acesso à Internet em banda larga e de aluguer de fibra ótica e ao serviço telefónico num local fixo (Voz Comutada e VoIP).

¹² António de Oliveira Mendes e José dos Santos Cabral, ob. cit., pág. 194.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 3) A Cabovisão assegura a distribuição dos seus serviços nos centros urbanos do litoral, bem como nas cidades do interior, designadamente em Aveiro, Viseu, Covilhã, Guarda, Castelo Branco, Caldas da Rainha, Portalegre, Évora, Beja e Setúbal.
- 4) A Sport TV tem o capital social de € 1.250.000,00.
- 5) A empresa Sport TV tem como objeto a atividade de televisão, a qual consiste, designadamente, na conceção, produção, realização e comercialização de programas relativos a eventos desportivos aptos a serem objeto de teledifusão, por qualquer meio; aquisição e revenda de direitos de transmissão televisiva dos referidos eventos; exploração de publicidade e de quaisquer atividades de valorização comercial de objetos e figuras ligadas às várias modalidades desportivas; outras atividades acessórias das atrás mencionadas.
- 6) Foi constituída em 1998, ao abrigo de um novo enquadramento legal que passou a permitir a criação de canais de televisão com programação e produção próprias em Portugal, tendo-se dedicado à temática do desporto e adotando o conceito de televisão de acesso condicionado (*pay-tv*).
- 7) Foi constituída através de escritura pública datada de 15 de abril de 1998, sendo, à data, detida, entre outros, pelas empresas CAPTV - TV Cabo Portugal, S.A., PPTV - Publicidade de Portugal e Televisão, S.A. e RTP - Radiotelevisão Portuguesa, S.A.
- 8) A constituição da empresa foi notificada, enquanto operação de concentração, ao atualmente extinto Conselho da Concorrência, o qual emitiu Parecer datado de 22 de julho de 1999.
- 9) A estrutura acionista da Sport TV era, à data dos factos, composta em partes iguais, pela ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Multimédia, SGPS, S.A. e pela Sportinveste, SGPS, S.A., empresas que detinham o controlo conjunto da arguida.

- 10) A ZON Multimédia - Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. tinha por objeto a gestão de participações sociais noutras sociedades que desenvolvem negócios, designadamente, nas áreas dos média, conteúdos e comunicações eletrónicas, encabeçando o usualmente denominado Grupo ZON, o qual integra, entre outras empresas, a ZON TV Cabo, que se dedica, nomeadamente, a atividades de fornecimento do serviço de televisão por subscrição, de exploração e prestação de serviços de telecomunicações.
- 11) A Sportinveste, SGPS, S.A. era uma empresa integrada na Controlinveste, SGPS, S.A., sociedade gestora de participações sociais usualmente designada por Grupo Controlinveste, a qual gere as participações sociais noutras sociedades que desenvolvem negócios na área dos média, nomeadamente, imprensa escrita, rádio, televisão e *Internet*.
- 12) A estrutura de controlo da Sport TV havia resultado da concretização da operação de concentração sob a referência Ccent n.º 47/2003 - PPTV - Publicidade de Televisão de Portugal e Televisão, S.A./PT Conteúdos, SGPS, S.A.
- 13) A operação de concentração em referência terminou com uma Decisão de não oposição com compromissos adotada pelo Conselho da AdC, em 8 de abril de 2004.
- 14) Nos termos da citada Decisão do Conselho da AdC foram impostas, nomeadamente, as seguintes condições e obrigações: *"No que respeita à distribuição do canal SPORT TV, deverá a SPORT TV, no relacionamento comercial com os diferentes operadores de televisão por cabo, obedecer a condições não discriminatórias, no que concerne*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

a marketing, promoções e disponibilização do sinal. Quanto às condições comerciais para a distribuição do canal SPORT TV aos distribuidores de televisão por cabo, serão fixados escalões em função do número de subscritores que deverão obedecer a critérios economicamente proporcionais, tendo em consideração, nomeadamente, o crescimento verificado no passado do número total de subscritores da SPORT TV, os investimentos com escala e os serviços prestados pelos operadores. Em particular, as condições comerciais da SPORT TV aos operadores não podem, por via de práticas restritivas da concorrência, conduzir à situação de eliminação do mercado dos operadores de menor dimensão. (. ..).

- 15) O acesso à atividade televisiva por cabo e por satélite, através de um serviço de programas temáticos de desporto de cobertura nacional e de acesso condicionado (atualmente designado por Sport TV 1 – STV1), foi autorizado por deliberação da extinta Alta Autoridade para a Comunicação Social, em 2 de setembro de 1998. Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2013, sendo renovável por iguais períodos.
- 16) Em 16 de maio de 2006, foi autorizado, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de programas temático de desporto de cobertura nacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV 2 (STV2). Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2021, sendo renovável por iguais períodos.
- 17) Em 20 de maio de 2008, foi autorizado, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de programas temático de desporto de cobertura nacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV 3 (STV3). Esta



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2023, sendo renovável por iguais períodos.

- 18) Em 24 de julho de 2008, foi autorizado, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de programas temático de desporto de cobertura internacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV África. Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2023, sendo renovável por iguais períodos.
- 19) Em 23 de dezembro de 2008, foi autorizado, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de programas temático de desporto de cobertura nacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV HD. Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2023, sendo renovável por iguais períodos.
- 20) Em 20 de janeiro de 2010, foi *autorizado*, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de programas temático de desporto de cobertura nacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV Golfe. Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2025, sendo renovável por iguais períodos.
- 21) Em 20 de janeiro de 2010, foi autorizado, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de programas temático de desporto de cobertura internacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV África II. Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2025, sendo renovável por iguais períodos.
- 22) Em 21 de julho de 2010, foi autorizado, através de deliberação da ERC, o acesso à atividade televisiva através de um novo serviço de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

programas temático de desporto de cobertura internacional e acesso condicionado, atualmente denominado Sport TV Américas. Esta autorização foi emitida por um prazo de 15 anos, expirando em 2025, sendo renovável por iguais períodos.

- 23) Os conteúdos desportivos encontram-se em terceiro lugar na preferência dos respetivos consumidores (a seguir aos conteúdos de informação, que estão em primeiro lugar na lista de preferências dos consumidores, e de filmes), sendo o futebol o desporto a suscitar as maiores preferências.
- 24) Cada evento desportivo é considerado único e sofre de elevada desvalorização se não for consumido em direto.
- 25) O desporto é considerado, pelos operadores de televisão por subscrição, como um conteúdo insubstituível e crucial para a credibilidade da oferta.
- 26) O desporto é considerado pelos operadores de televisão por subscrição, como um conteúdo insubstituível e crucial para a angariação de receita *premium*.
- 27) Durante o período de referência, os canais Sport TV era os únicos canais de acesso de condicionado com conteúdos desportivos *premium*, porque emitiam, com regularidade ao longo do ano, jogos de futebol (em direto ou semidirecto) em que participavam equipas nacionais, como sejam os jogos de futebol da Principal Liga Portuguesa (Liga Zon Sagres), da segunda liga (Liga Orangina) e jogos da Taça de Portugal, e também jogos de futebol de competições internacionais, como os jogos da Liga dos Campões Europeus da Liga Europa, jogos do Campeonato Europeu e do Campeonato do Mundo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 28) Os canais Sport TV eram considerados pelos operadores de televisão por subscrição, durante o período de referência, um conteúdo imprescindível na sua oferta.
- 29) Durante o período de referência, a arguida deteve direitos de transmissão em exclusivo de jogos da Liga Portuguesa de Futebol, Taça de Portugal *Champions League*, Taça UEFA e outros conteúdos de elevado interesse.
- 30) A Sport TV detém até 2014 a titularidade exclusiva da transmissão televisiva para Portugal dos principais eventos desportivos, nomeadamente dos jogos da principal liga de futebol nacional (atualmente designada por Liga ZON Sagres).
- 31) Para que sejam produzidos e emitidos os canais com conteúdos desportivos *premium*, os respetivos direitos de transmissão televisiva têm de ser adquiridos pelos operadores de televisão interessados na difusão desses conteúdos.
- 32) O serviço de televisão por subscrição abrange os serviços de distribuição de televisão suportados em redes de distribuição por cabo, em redes de distribuição por satélite (Receção de satélite doméstica - DTH), na rede telefónica pública comutada, em redes de fibra ótica e em frequências hertzianas (FWA).
- 33) O serviço de televisão por subscrição chega aos consumidores através de diversas plataformas: CATV (redes híbridas de fibra ótica e cabo coaxial); Televisão por Satélite (DTH serviço via satélite); IPTV e sistema de radiodifusão televisiva digital terrestre (DVBT), com tecnologia digital; FTTH (rede de fibra ótica); e redes móveis de 3G/4G.
- 34) As quotas de mercado dos operadores de televisão por subscrição, desde o segundo trimestre de 2008 ao segundo trimestre de 2011, foram as seguintes:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

	2T08	3T08	4T08	1T09	2T09	3T09	4T09	1T10	2T10	3T10	4T10	1T11	2T11
Grupo ZON TV CABO ^[1]	74,3%	71,2%	72,3%	70,1%	68,4%	66,6%	64,4%	62,5%	60,8%	59,2%	57,9%	56,7%	55,8%
ZON TV Cabo Portugal	65,9%	63,0%	60,5%	59,2%	58,2%	59,7%	57,9%	56,2%	54,7%	53,3%	52,2%	51,1%	50,3%
ZON TV Cabo Açoreana	4,2%	4,0%	3,8%	3,5%	3,4%	3,2%	3,1%	3,0%	2,9%	2,8%	2,7%	2,6%	2,6%
ZON TV Cabo Madeirense	4,2%	4,2%	4,0%	3,8%	3,8%	3,7%	3,5%	3,4%	3,3%	3,2%	3,1%	3,0%	2,9%
TV Tel ^[2]	-	-	2,8%	2,4%	2,1%	-	-	-	-	-	-	-	-
Bragatel ^[2]	-	-	0,5%	0,5%	0,5%	-	-	-	-	-	-	-	-
Pluricanal Leiria ^[2]	-	-	0,4%	0,4%	0,3%	-	-	-	-	-	-	-	-
Pluricanal Santarém ^[2]	-	-	0,3%	0,3%	0,3%	-	-	-	-	-	-	-	-
PTC	5,4%	9,6%	13,7%	16,6%	18,7%	20,7%	23,0%	24,9%	26,5%	28,3%	29,9%	31,2%	32,3%
Cabovisão	14,0%	13,3%	12,4%	11,7%	11,1%	10,6%	10,2%	9,9%	9,8%	9,6%	9,4%	9,2%	9,0%
TV Tel	3,4%	3,1%	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Optimus (ex-Sonaeacom)	0,5%	0,5%	0,6%	0,6%	0,7%	0,9%	1,0%	1,1%	1,2%	1,2%	1,1%	1,1%	1,2%
AR Telecom	0,9%	0,9%	1,0%	1,0%	1,0%	1,0%	0,9%	0,9%	1,0%	0,9%	0,9%	0,9%	0,8%
Vodafone	-	-	-	-	-	0,1%	0,3%	0,6%	0,6%	0,6%	0,7%	0,7%	0,8%
Outros prestadores alternativos	1,5%	1,4%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,2%	0,2%	0,2%	0,2%	0,2%	0,2%

[1] A ZON Multimédia integra desde Novembro de 2008, as empresas adquiridas ao Grupo Parfitef (Bragatel, Pluricanal Leiria e Pluricanal Santarém), assim como a TVTel.

[2] No dia 31 de Julho de 2009, ocorreu a fusão por incorporação na ZON TV CABO das sociedades TV Tel, Bragatel, Pluricanal Santarém e Pluricanal Leiria.

Fonte: ICP-Anacom

- 35) A Tabela que se segue apresenta o parque médio de subscritores dos canais Sport TV dos operadores AR Telecom, Cabovisão, Optimus, PTC, Vodafone e ZON TV Cabo, de 2005 a 2011: [confidencial]
- 36) A procura pelos subscritores de televisão por subscrição dos canais da Sport TV caracteriza-se pela existência de um perfil sazonal.
- 37) O gráfico que se segue reproduz a evolução do parque médio de subscritores total dos canais Sport TV dos operadores AR Telecom, Cabovisão, Optimus, PTC, Vodafone e ZON TV Cabo: [confidencial]
- 38) [confidencial]
- 39) [confidencial]
- 40) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 41) No presente momento, encontram-se em vigor os contratos de distribuição dos canais de televisão Sport TV celebrados entre a ora arguida e os seguintes operadores de televisão por subscrição:
- a. ZON TV Cabo (cuja anterior denominação social era CATVP - TV Cabo Portugal, S.A): contrato datado de 04 de janeiro de 2008, com efeitos a retroagir à data de 01 de agosto de 2007, de acordo com a redação do último aditamento celebrado em 10 de outubro de 2011, cujos efeitos retroagem a dia 01 de abril de 2011. O contrato anteriormente em vigor está datado de 21 de maio de 2004, com início de vigência em 1 de agosto de 2004;
 - b. AR Telecom (cuja denominação social, alterada em 2005, era Jazztel Portugal - Serviços de Telecomunicações, S.A.): contrato datado de 08 de fevereiro de 2008, com efeitos a retroagir à data de 01 de janeiro de 2008, de acordo com a redação do último aditamento celebrado em 26 de julho de 2011, cujos efeitos retroagem ao dia 01 de abril de 2011. O contrato anteriormente em vigor está datado de 29 de dezembro de 2004, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2005;
 - c. Optimus (anteriormente denominada Sonaecom - Serviços de Comunicações, S.A, empresa que adquiriu a operadora NOVIS Telecom, S.A, com a respetiva operação de concentração apreciada pela AdC, a qual terminou com a Decisão de não oposição da AdC datada de 02 de novembro de 2005 Processo AC - I - 57/2005 - Sonaecom/Novis/Clixgest): contrato datado de 25 de fevereiro de 2008, com efeitos a retroagir à data de 01 de agosto de 2007, de acordo com a redação do último aditamento celebrado em 18 de outubro de 2011, cujos efeitos retroagem a dia 01 de abril de 2011. O contrato anteriormente em vigor está datado



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

de 08 de dezembro de 2005, com vigência a partir de 01 de março de 2006;

- d. Cabovisão: contrato datado de 30 de abril de 2008, com efeitos a retroagir à data de 01 de agosto de 2007, de acordo com a redação do último aditamento celebrado em 10 de outubro de 2011 de 2011, cujos efeitos retroagem a dia 01 de abril de 2011. O contrato anteriormente em vigor está datado 19 de dezembro de 2006, com efeitos reportados à data de 01 de agosto de 2006;
 - e. PTC: contrato datado de 14 de fevereiro de 2008, com entrada em vigor reportada à data de 01 de julho de 2007, de acordo com a redação do último aditamento celebrado em 04 de outubro de 2011, cujos efeitos retroagem a dia 01 de abril de 2011;
 - f. Vodafone: contrato celebrado em 21 de junho de 2009, com entrada em vigor em 01 de julho de 2009, de acordo com a redação do último aditamento celebrado em 22 de setembro de 2011, cujos efeitos retroagem a dia 01 de abril de 2011.
- 42) A Sport TV manteve, também, até 2007, relações comerciais no domínio ora em causa com a empresa operadora de serviços de televisão por subscrição TV TEL Grande Porto - Comunicações, S.A, bem como com outras três operadoras: a Bragatel - Companhia de Televisão por Cabo de Braga, S.A; a Pluricanal Leiria Televisão por Cabo, S.A; e a Pluricanal Santarém - Televisão por Cabo, S.A, até 2008.
- 43) Todas estas operadoras foram adquiridas pela ZON TV Cabo, tendo a AdC procedido à apreciação das respetivas operações de concentração (Ccent. n.º 56/2007 CATVP/Bragatel/Pluricanal e Ccent. n.º 21/2008 CATVP/TVTel), as quais terminaram com a adoção de Decisões de não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

oposição com sujeição a condições e obrigações datadas de 21 de novembro de 2008.

- 44) Durante as diligências de inquirição, nos presentes autos, à arguida Sport TV e aos operadores do serviço de televisão por subscrição, a AdC foi informada, pela própria arguida, de que se encontrava, à data, a decorrer um processo de negociações entre a Sport TV e os operadores em referência com vista à alteração de diversas cláusulas contidas nos contratos de distribuição dos canais Sport TV.
- 45) Neste sentido, declarou a arguida encontrar-se, à data, "(. ..) em negociações, com os diversos operadores com vista à revisão dos contratos de distribuição (. ..), estando as concretas questões acima referidas a ser reequacionadas, tais como as TMP, os números mínimos de subscritores e a cláusula relativa à promoção, marketing e política comercial do canal Sport TV, designadamente tendo em consideração [a] evolução destes mercados".
- 46) Nas comunicações seguintes, remetidas à AdC pela Sport TV, veio esta empresa acrescentar, sucessivamente, diversos elementos relativos ao citado processo de negociação, destacando-se as afirmações contidas na carta da arguida datada de 02 de agosto de 2011, nos termos da qual a Sport TV esclarece que "(. ..) encetou um processo negocial com todos os operadores, tendo em vista a alteração dos contratos celebrados no sentido da eliminação das TPM e do NAM, bem como da revisão de outros aspetos do regime contratual em vigor, nomeadamente a redução do tempo de resposta da Sport TV às propostas dos operadores para a realização de ações comerciais".
- 47) Mais referiu a arguida que "(. ..) a Sport TV deixou de considerar a TPM e o NAM para todos os efeitos, incluindo os de faturação a todos os operadores (. ..) desde o passado dia 1 de Abril de 2011".



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 48) Na mesma sede, a Sport TV remeteu à AdC os aditamentos aos contratos em referência que resultaram dos processos de negociações já concluídos, *in casu* relativos aos contratos celebrados com as empresa AR Telecom, ZON TV Cabo e Cabovisão, salientando que *"os aditamentos a celebrar com os operadores Vodafone, Sonaecom e PT[C] encontram-se ainda em fase de negociação, não tendo sido ainda possível a sua conclusão (. ..)"*.
- 49) Em 14 de outubro de 2011, a Sport TV informou a AdC de que até a esta data, *"(. ..) celebrou mais dois Aditamentos, sendo um deles com o operador VODAFONE e o outro com o operador PT Comunicações (. ..)"*, procedendo-se à junção dos referidos aditamentos aos autos do presente processo.
- 50) Mais afirmou, nessa sede, a Sport TV que *"Presentemente encontra-se em fase final a negociação do último Aditamento com o operador SONAECON (. ..)"*.
- 51) Por carta datada de 21 de outubro de 2011, a arguida comunicou à AdC ter celebrado o *"(. ..) último Aditamento que ainda faltava, com o operador OPTIMUS Comunicações, S.A. (. ..)"*, procedendo à correspondente junção do mesmo aos autos deste processo.
- 52) Referiu, ainda, a Sport TV que *"Com a junção deste último contrato, ficou concluído o processo da revisão dos contratos tendo em vista, entre outros, a eliminação da TPM e do NAM"*.
- 53) A Sport TV acrescentou, também, naquela sede, que *"(. ..) a Sport TV tomou a iniciativa de aproximar a redação dos três primeiros aditamentos celebrados com a CABOVISÃO, ZON e [AR Telecom] com os mais recentes três Aditamentos celebrados com a VODAFONE, PT Comunicações e OPTIMUS, pelo que protesta juntar novos Aditamentos substitutivos dos apresentados, nos quais se procederá à*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

revisão da (. ..) redação (. ..) do[s] Contrato[s] [que] a ser coincidente para todos os operadores”.

- 54) Em 18 de novembro de 2011, a Sport TV remeteu novo ofício à AdC, procedendo à junção dos novos Aditamentos aos contratos de distribuição de canais Sport TV celebrados com a ZON TV Cabo e a Cabovisão, os quais "(. ..) *substituem os anteriormente assinados e apresentados na AdC, passando assim a redação da cláusula Terceira do Contrato a ser coincidente para todos os operadores”.*
- 55) Mais esclarece a arguida que "*No que se refere ao operador AR Telecom, considerando que a empresa informou a Sport TV de que decidiu encerrar a sua atividade como operadora de televisão por subscrição (. ..), a AR Telecom, com o acordo da Sport TV, considerou desnecessária a celebração do novo aditamento”.*
- 56) Tal como havia sido veiculado por diversos meios de comunicação social desde o dia 10 de novembro de 2011, que a AR Telecom deixou, a partir dessa data, de prestar os serviços de televisão por subscrição.
- 57) Na sequência da diligência de inquirição à empresa Optimus, esta remeteu à AdC, em 29 de junho de 2011, uma comunicação com elementos relativos às negociações dos novos Aditamentos aos contratos de distribuição de canais Sport TV.
- 58) [confidencial]
- 59) [confidencial]
- 60) [confidencial]
- 61) [confidencial]
- 62) [confidencial]
- 63) [confidencial]
- 64) [confidencial]
- 65) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 66) [confidencial]
- 67) [confidencial]
- 68) [confidencial]
- 69) [confidencial]
- 70) [confidencial]
- 71) [confidencial]
- 72) [confidencial]
- 73) [confidencial]
- 74) [confidencial]
- 75) O Parque de Mínimos Absolutos de subscritores da Sport TV aplicado a cada operador, de janeiro de 2006 a dezembro de 2010 foi o seguinte [confidencial]:
- 76) Observa-se que o parque de mínimos absolutos de subscritores aplicado desde janeiro de 2006 é diferente em função do operador. [confidencial].
- 77) O gráfico que se segue representa a evolução do parque de mínimos absolutos, por operador, de janeiro de 2006 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 78) No ano de 2006 foi aplicado, de janeiro a dezembro (12 meses) [confidencial], um total de mínimos absolutos de [confidencial] do mesmo ano, [confidencial], um total de mínimos absolutos de [confidencial].
- 79) No ano de 2007 foi aplicado, de janeiro a dezembro (12 meses) um total de mínimos absolutos de [confidencial]; no mesmo ano, de julho a dezembro (6 meses) foi aplicado um total de mínimos absolutos de [confidencial].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 80) Relativamente ao ano de 2008, de janeiro a dezembro (12 meses) foi aplicado um total de mínimos absolutos de [confidencial], de [confidencial].
- 81) Quanto ao ano de 2009, de janeiro a dezembro (12 meses) foi aplicado um total de mínimos absolutos de [confidencial], de [confidencial].
- 82) Adicionalmente, considerando o total dos 12 meses do ano de 2010, observa-se que o número absoluto mínimo de subscritores total aplicado [confidencial].
- 83) [confidencial].
- 84) Por exemplo, considerando os valores desde a introdução do NAM de subscritores para cada operador, até dezembro de 2010, observa-se que [confidencial]:
- 85) Estatísticas descritivas do parque de mínimos absolutos, por operador, de janeiro de 2006 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 86) Os valores para o NAM de subscritores aplicados no início da atividade foram diferentes em função do operador.
- 87) [confidencial]
- 88) [confidencial]
- 89) [confidencial]
- 90) [confidencial]
- 91) [confidencial]
- 92) O gráfico e a tabela que se seguem representam o parque de mínimos absolutos, de mínimos, médio, a faturar e casas ligadas, nos primeiros 12 meses de operação [confidencial]:
- 93) [confidencial]
- 94) [confidencial]
- 95) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 96) O gráfico e tabela que se segue representam o parque de mínimos, médio, a faturar e casas ligadas, nos primeiros 12 meses de operação da [confidencial]:
- 97) [confidencial]
- 98) O Parque de Mínimos Absolutos, de mínimos, médio, a faturar e casas ligadas, nos primeiros 12 meses de [confidencial]:
- 99) [confidencial]
- 100) [confidencial]
- 101) [confidencial]
- 102) [confidencial]
- 103) [confidencial]
- 104) De seguida são apresentadas as taxas mínimas de penetração, por operador e por tecnologia de janeiro de 2006 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 105) O gráfico que se segue representa a taxa de penetração mínima, por tecnologia, de janeiro de 2008 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 106) [confidencial]
- 107) [confidencial]
- 108) [confidencial]
- 109) [confidencial]
- 110) [confidencial]
- 111) [confidencial]
- 112) O Parque total de Mínimos, de janeiro de 2006 a dezembro de 2010, por operador, foi o seguinte [confidencial]:
- 113) O gráfico que se segue representa o parque total de mínimos, de janeiro de 2006 a dezembro de 2010, por operador [confidencial]:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 114) Taxa de penetração efetiva, por operador e por tecnologia, de janeiro de 2008 a dezembro de 2012 [confidencial]:
- 115) [confidencial]
- 116) [confidencial]
- 117) [confidencial]
- 118) O gráfico representa a taxa de penetração efetiva, por operador e por tecnologia, de janeiro de 2008 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 119) O diferencial entre a taxa de penetração mínima e a taxa de penetração efetiva, por operador e por tecnologia, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010 é o seguinte [confidencial]:
- 120) Observa-se em alguns períodos taxas de penetração reais inferiores às taxas de penetração mínimas exigidas.
- 121) [confidencial]
- 122) [confidencial]
- 123) Os gráficos que se seguem representam a taxa de penetração mínima e a taxa de penetração efetiva, por operador e por tecnologia [confidencial]:
- 124) [confidencial]
- 125) [confidencial]
- 126) [confidencial]
- 127) [confidencial]
- 128) Os gráficos seguintes refletem o diferencial entre a TPM e a TPE por operador e por tecnologia, de janeiro de 2008 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 129) [confidencial]
- 130) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 131) O parque de mínimos absolutos, parque de mínimos e parque efetivo, para [confidencial], de janeiro de 2006 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 132) O parque de mínimos, parque médio e parque a faturar para o operador [confidencial], de janeiro de 2004 a dezembro de 2010, foi o seguinte [confidencial]:
- 133) O parque de mínimos absolutos, parque de mínimos, parque médio e parque a faturar para o operador [confidencial], de maio de 2006 a dezembro de 2010, foi o seguinte [confidencial]:
- 134) O parque de mínimos absolutos, parque de mínimos, parque médio e parque a faturar para o operador [confidencial], de julho de 2007 a dezembro de 2010, [confidencial]:
- 135) O parque de mínimos absolutos, parque de mínimos, parque médio e parque a faturar para o operador [confidencial] [confidencial], de maio de 2008 a dezembro de 2010, [confidencial]:
- 136) O parque de mínimos absolutos, parque de mínimos, parque médio e parque a faturar para o operador [confidencial], de setembro de 2009 a dezembro de 2010, é o seguinte [confidencial]:
- 137) O parque de mínimos, parque médio e parque a faturar para o operador [confidencial], por tecnologia, de agosto de 2004 a dezembro de 2010, foi o seguinte [confidencial]:
- 138) [confidencial]
- 139) [confidencial]
- 140) [confidencial]
- 141) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos absolutos, o parque de mínimos e o parque efetivo da [confidencial]:
- 142) [confidencial]
- 143) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 144) [confidencial]
- 145) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos absolutos, o parque de mínimos e o parque efetivo para [confidencial]:
- 146) [confidencial]
- 147) [confidencial]
- 148) [confidencial]
- 149) O gráfico que se segue ilustre o parque de mínimos absolutos, o parque de mínimos e o parque efetivo, para [confidencial]:
- 150) [confidencial]
- 151) [confidencial]
- 152) [confidencial]
- 153) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos absolutos, o parque de mínimos e o parque efetivo, para a [confidencial]:
- 154) [confidencial]
- 155) [confidencial]
- 156) [confidencial]
- 157) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos absolutos, o parque de mínimos e o parque efetivo para a [confidencial]:
- 158) [confidencial]
- 159) [confidencial]
- 160) [confidencial]
- 161) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos absolutos, o parque de mínimos e o parque efetivo para a [confidencial]:
- 162) [confidencial]
- 163) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos e o parque efetivo para o operador [confidencial]
- 164) [confidencial]
- 165) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 166) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos e o parque efetivo para o operador [confidencial]:
- 167) [confidencial]
- 168) [confidencial]
- 169) O gráfico que se segue ilustra o parque de mínimos e o parque efetivo para a [confidencial]:
- 170) [confidencial]
- 171) O número de subscritores para remuneração por escalão, de janeiro a dezembro de 2006, por operador foi o seguinte [confidencial]
- 172) [confidencial]
- 173) O número de subscritores para remuneração por escalão, de janeiro a dezembro de 2007, por operador, foi o seguinte [confidencial]:
- 174) O número de subscritores para remuneração por escalão de janeiro a dezembro de 2008, por operador, foi o seguinte [confidencial]:
- 175) [confidencial]
- 176) O número de subscritores para remuneração em cada escalão de desconto, no ano de 2009, mensalmente, foi o seguinte [confidencial]:
- 177) [confidencial]
- 178) O número de subscritores para remuneração em cada escalão de desconto, no ano de 2010, mensalmente, foi o seguinte [confidencial]:
- 179) A Tabela que se segue apresenta a taxa de remuneração efetiva dos 6 operadores, de janeiro de 2007 a dezembro de 2010, resultantes da aplicação dos escalões de desconto ao parque a faturar [confidencial].
- 180) [confidencial]
- 181) [confidencial]
- 182) O gráfico que se segue ilustra a taxa de remuneração efetiva, por operador, em 2007 [confidencial]:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 183) O gráfico que se segue ilustra o índice da taxa de remuneração efetiva (à direita), considerando o parque de subscritores a faturar Base [confidencial]:
- 184) [confidencial]
- 185) O gráfico que se segue representa a taxa de remuneração efetiva por operador em 2008 [confidencial]:
- 186) O gráfico que se segue ilustra o índice da taxa de remuneração efetiva (considerando o parque de subscritores e faturar) Base [confidencial]:
- 187) [confidencial]
- 188) [confidencial]
- 189) O gráfico que se segue representa a taxa de remuneração efetiva por operador em 2009 [confidencial]:
- 190) O gráfico que se segue representa o índice da taxa de remuneração efetiva (considerando o parque de subscritores a faturar) Base [confidencial]:
- 191) [confidencial]
- 192) O gráfico que se segue representa a taxa de remuneração efetiva (considerando o parque de subscritores a faturar) Base [confidencial]:
- 193) O gráfico que se segue representa o índice da taxa de remuneração efetiva (considerando o parque de subscritores a faturar) Base [confidencial]:
- 194) A tabela que se segue apresenta o preço médio efetivo pago pelos operadores, por subscritor [confidencial]
- 195) [confidencial]
- 196) [confidencial]
- 197) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 198) Os gráficos que se seguem representam a evolução do preço médio efetivo, por operador, de janeiro de 2005 a dezembro de 2010 [confidencial]:
- 199) [confidencial]
- 200) [confidencial]
- 201) [confidencial]
- 202) As estatísticas anuais do preço médio efetivo, por operador, de janeiro de 2005 a dezembro de 2010, em euros, são as seguintes [confidencial]:
- 203) A tabela que se segue apresenta o diferencial entre o preço médio efetivo mensal por operador e o PVR [confidencial]:
- 204) [confidencial]
- 205) A Tabela que se segue apresenta, para [confidencial], numa base mensal, o parque médio, o parque faturado, o preço efetivo pago, o preço efetivo pago [confidencial]:
- 206) A Tabela que se segue apresenta, para o [confidencial], o parque médio, o parque faturado, o preço efetivo pago, o preço efetivo pago [confidencial]:
- 207) A Tabela que se segue apresenta, para [confidencial], o parque médio, o parque faturado, o preço efetivo pago, o preço efetivo pago [confidencial]:
- 208) A Tabela que se segue apresenta, para [confidencial], o parque médio, o parque faturado, o preço efetivo pago, o preço efetivo pago [confidencial]:
- 209) A Tabela que se segue apresenta, para [confidencial], o parque médio, o parque faturado, o preço efetivo pago, o preço efetivo [confidencial].
- 210) A Tabela que se segue apresenta, para [confidencial], o parque médio, o parque faturado, o preço efetivo pago, bem como o montante pago [confidencial].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 211) A Tabela que se segue apresenta o diferencial, numa base anual, de 2005 a 2010, entre o montante pago por cada operador e o montante que teria sido pago se [confidencial].
- 212) [confidencial]
- 213) [confidencial]
- 214) [confidencial]
- 215) A seguinte tabela reproduz os factos descritos nos pontos precedentes a propósito dos NAM [confidencial]:
- 216) As TPM aplicadas pela Sport TV são distintas em função da tecnologia, a saber [confidencial].
- 217) Adicionalmente, dado tratar-se de uma taxa aplicada sobre o número de casas ligadas resulta, em termos absolutos, na aplicação de um parque de mínimos distintos em função da dimensão do operador.
- 218) Acresce que o parque de mínimos absolutos aumenta à medida que aumenta o número de casas ligadas do operador.
- 219) Os gráficos que se seguem ilustram estes factos [confidencial]:
- 220) Observa-se ainda que a Taxa de Penetração Mínima é definida com base na penetração no mês de dezembro de cada ano que não corresponde ao mês com a menor taxa de penetração do ano.
- 221) Os gráficos que se seguem representam a evolução da taxa de penetração efetiva mensal e data de penetração no mês de dezembro, de 2008 a 2010, por operador e por tecnologia [confidencial]:
- 222) [confidencial]
- 223) [confidencial]
- 224) [confidencial]
- 225) [confidencial]
- 226) A tabela seguinte representa os dados indicados nos pontos precedentes [confidencial].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 227) Considerando o esquema de escalões de desconto e o parque de subscritores para remuneração, observam-se diferenças quanto à taxa de remuneração efetiva da Sport TV relativa aos diferentes operadores [confidencial]
- 228) O cálculo da diferença, para cada mês entre o preço de venda recomendado e o preço efetivo pago permite concluir que este diferencial por subscritor foi positivo: [confidencial].
- 229) [confidencial].
- 230) A tabela que se segue representa o montante faturado [confidencial] pela arguida e o montante que teria sido faturado sem a aplicação da TPM e dos NAM:
- 231) A tabela que se segue representa o montante que a arguida faturou à [confidencial] e o montante que teria faturado sem a aplicação da TPM e dos NAM:
- 232) A tabela que se segue representa o montante que a arguida faturou à [confidencial] e o montante que teria faturado sem a aplicação da TPM e dos NAM:
- 233) A tabela que se segue representa o montante que a arguida faturou à [confidencial] teria pago sem a aplicação da TPM e dos NAM:
- 234) A tabela que se segue representa o montante que a arguida faturou a [confidencial] e o montante que teria faturado sem a aplicação da TPM e dos NAM:
- 235) A tabela que se segue representa o montante que a arguida cobrou à [confidencial] decorrente da aplicação da TPM:
- 236) A Vodafone considera que o modelo de negócio associado aos canais Sport TV *"tem um impacto inicial significativo, desde logo, ao nível dos custos inerentes à penetração mínima"* e que *"(. ..) de todos os fatores que entram na equação do modelo de negócio em causa, a taxa*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

mínima de penetração, os escalões de desconto e os preços recomendados têm um impacto muito relevante".

- 237) Neste contexto, considera que *"para um player pequeno e entrante neste mercado, é difícil que consiga cumprir-se com todas as exigências, como a taxa mínima de penetração, ainda que sejam efetuados esforços consideráveis de angariação de novos clientes e de promoção dos canais Sport TV"*. Assim, refere que a Vodafone não tem conseguido cumprir os mínimos estabelecidos e que *"as taxas constituem uma barreira à entrada no mercado da televisão por subscrição e limita a possibilidade de diferenciação de oferta pela necessidade de cumprimento dos mínimos e da concentração de esforços que o mesmo implica"*.
- 238) Ainda relativamente às taxas de penetração mínima, a Vodafone referiu que *"não poderá fazer sentido que a Sport TV possa alterar as cláusulas contratuais que estabelecem as taxas de penetração mínima, subindo os limites das mesmas, em determinadas ocasiões, como ocorreu aquando do Mundial de Futebol da FIFA (2010)"*.
- 239) Relativamente às margens de remuneração, a Vodafone referiu que a sua margem *"é muito baixa relativamente a outros operadores de maior dimensão"* e que pode *"ocorrer uma margem de remuneração negativa, mesmo que não se leve em consideração o efeito de subsidiação deste género de canais"*.
- 240) Relativamente aos escalões de desconto, a Vodafone considera que *"a situação concorrencial acaba por ser diferente para cada um dos operadores, havendo um claro benefício para os dois maiores operadores deste mercado. Os diferenciais dos escalões de desconto são muito significativos, penalizando os operadores pequenos. Todos*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

os operadores com um número significativo de clientes (mais de 240.000) saem beneficiados com este modelo".

- 241) No que se reporta à existência de uma cláusula contratual que impõe a necessidade de autorização prévia, por parte da Sport TV, para que sejam desenvolvidas campanhas de marketing/promocionais, a Vodafone considera *"que esta é mais uma obrigação que limita o operador, é mais uma penalização para os operadores mais pequenos, os quais, à partida, têm uma estrutura operativa também mais reduzida e não podem estar dependentes de uma aprovação que se encontra sempre sujeita a um conjunto de ações que têm de ser levadas a cabo pelo próprio operador junto da Sport TV. Da experiência detida pela Vodafone, até ao presente momento, o declarante refere, no entanto, não poder afirmar que o respetivo procedimento, propriamente dito, possa ser considerado demasiado moroso ou complexo"*.
- 242) Ainda relativamente às campanhas promocionais a Vodafone referiu que se encontrava a negociar (em junho de 2010) *"com a Sport TV, uma promoção específica nos termos da qual deverá ser implementada uma oferta da Vodafone com um valor de 50 € a descontar por um novo subscritor em canais premium"* e que se encontra *"à espera de aprovação da Sport TV, [de] um tarifário específico (pacote de TV + canais Sport TV)"*.
- 243) Em termos de modelo de negócio geral, a Vodafone refere *"a grande dificuldade que a conjugação das diferentes cláusulas" implica e que constituem "um entrave para a entrada de operadores no mercado considerado, sobretudo para players pequenos, acabando por ser prejudicial para o próprio mercado", "prejudica[ndo] o aparecimento de novos canais a replicar as mesmas ofertas de programação"*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 244) A AR Telecom considera que a sua maior preocupação *"tem sido sempre a diferenciação de tratamento que o modelo de negócio adotado pela Sport TV implica entre os diversos operadores, desde logo pela existência de uma disparidade de escala entre os mesmos"* e que também é *"muito preocupante o facto de a Sport TV ter um acionista que é, concomitantemente, o maior operador no mercado em referência (Grupo ZON)"*.
- 245) A AR Telecom considera que *"a principal questão não financeira limitativa da prática comercial e da oferta da AR Telecom [contemplando os canais Sport TV] está relacionada com a necessidade de aprovação prévia de campanhas promocionais e de marketing"*. Efetivamente, *"a necessidade de comunicação prévia de qualquer iniciativa, quer para angariar novos clientes, quer para evitar o cancelamento de contratos com os clientes, limita a possibilidade de antecipar o mercado e de surpreender com novas ofertas"*, conduzindo a uma *"dificuldade em estabelecer campanhas promocionais que contemplem os canais Sport TV"*.
- 246) A AR Telecom referiu, ainda, *"que nunca lhes foi permitido optar pela contratação dos canais Sport TV em separado, isto é, sem ser em bundle, o que importa, também, um preço com impacto direto para o operador, o qual aumentou ao longo dos últimos quatro anos. Em 2005, o preço por subscritor era de 13€ e atualmente [junho de 2011] é de 17,2€. Consideram, por isso, ser relevante a possibilidade de individualizar a oferta dos canais Sport TV, na ótica dos clientes da AR Telecom"*.
- 247) Relativamente aos custos e proveitos da AR Telecom, *"a fatura do transato mês de Abril foi de, aproximadamente, 56.000€ a cobrar pela Sport TV, tendo a AR Telecom faturado aos respetivos clientes,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

aproximadamente, 40.000€ com os canais Sport TV, o que implica que o custo real por subscritor foi de 28€, sendo o mesmo comercializado a cerca de 24€ já com IVA. A AR Telecom pratica um preço muito próximo do recomendado, mas ligeiramente abaixo desse valor, não sendo a diferença significativa entre operadores. A análise feita pela AR Telecom concluiu pela existência de uma margem de remuneração negativa, desde o mês de Agosto de 2010 (último mês com margem de remuneração positiva), tendo a mesma atingido cerca de 50% no transato mês de Maio. Tal resulta da existência das taxas mínimas de penetração e dos mínimos absolutos, sendo que a AR Telecom remunera a Sport TV por 3265 subscritores, número inferior ao atual número de clientes da empresa". Trata-se de valores que "não incluem as taxas de incobráveis".

- 248) *"[O]s canais Sport TV são, assim, um custo para a AR Telecom, um custo inerente a ser um operador no mercado em referência, estimando esta empresa que os custos com os canais Sport TV representem 1/3 do custo total para a comercialização do produto, apesar de estarem associados a uma pequena parcela de subscritores. A AR Telecom inclui, nos seus pacotes, outros canais com conteúdos desportivos, como a Eurosport, o qual não pode ser considerado como um substituto dos canais Sport TV". Efetivamente, a AR Telecom considera que "não existem, no mercado, alternativas que permitam substituir estes canais premium".*
- 249) *"Financeiramente esta é uma situação muito complexa" e a AR Telecom refere que "já discutiu com a Sport TV diversas possibilidades para conseguir atingir as taxas mínimas de penetração e os mínimos absolutos, designadamente através do estabelecimento de parcerias comerciais com a Sport TV, como campanhas promocionais com a*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

oferta de uma mensalidade ao subscritor ou de atribuições de descontos". No entanto, "[n]ormalmente, nestas negociações, as contrapropostas apresentadas pela Sport TV não iam ao encontro das sugestões apresentadas pela AR Telecom".

- 250) No que respeita à remuneração e ao impacto dos escalões de desconto previstos nos contratos em referência, a AR Telecom considera *"que . caso não existissem as taxas mínimas de penetração e caso a AR Telecom tivesse mais de 240.000 subscritores, como é o caso da ZON TV Cabo, a AR Telecom teria um custo inferior para estes canais cifrado em cerca de 33%, representando cerca de 4,35€ por cliente"*.
- 251) Salienta, ainda, que *"a obtenção de uma margem inferior impossibilita, assim, a AR Telecom, de competir com um tarifário mais baixo e com um posicionamento low cost na oferta conjunta."*
- 252) Quanto à estrutura de escalões de desconto, a AR Telecom considera que esta é *"inaceitável, dado que não existem efeitos de escala que possam justificar estas diferenças neste domínio, não há nenhum efeito de poupança, ou um custo fixo diferenciado que justifica estas divergências de preços"*.
- 253) Assim, na perspetiva da AR Telecom, *"[n]ão obstante o facto de os escalões de descontos serem praticados pela generalidade dos operadores, no caso específico da Sport TV estes beneficiam uma empresa verticalmente integrada"*.
- 254) A AR Telecom estima que *"teria de ser 50% mais eficiente para conseguir ter os mesmos custos da ZON TV Cabo, o que não faz sentido num mercado como o das telecomunicações, caracterizado pelos efeitos de escala"*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 255) Adicionalmente, a AR Telecom considera que *"[c]aso não existissem os mínimos, o efeito dos escalões estaria já mais mitigado, pelo que a existência desses mínimos é a que mais penaliza a AR Telecom"*.
- 256) Segundo a AR Telecom as cláusulas e os modelos contratuais como o do caso em apreço criam *"barreiras à entrada de outros operadores, com destaque para os mais pequenos, e distorções graves no mercado em referência"*.
- 257) A Cabovisão remeteu um ofício à Sport TV solicitando a *"alteração das cláusulas que estabelecem as taxas mínimas de penetração e os escalões de desconto, por entender que as mesmas são claramente restritivas da concorrência, quer individualmente consideradas, quer em conjunto"* e que *"propôs a implementação de um desconto grossista único para o sector de 22,5%"*.
- 258) Acrescentou que em resposta, a Sport TV propôs a eliminação das taxas mínimas de penetração.
- 259) A Cabovisão considera que a exigência de aprovação prévia de campanhas promocionais por parte da Sport TV, também constitui um entrave, devendo a mesma ser eliminada, considera, todavia, ser já aceitável a redução do respetivo prazo de pronúncia.
- 260) A Sonaecom considera *"que a relação comercial da Sonaecom com a Sport TV [que se iniciou em 2006] foi sempre complicada" (. ..) e "pautou-se sempre pela morosidade dos procedimentos da Sport TV, em termos de respostas a propostas da Sonaecom, por exemplo, e de morosidade em disponibilizar determinados serviços à Sonaecom (como foi o caso da Sport TV HD, em 2008)"*.
- 261) Adicionalmente, aquando do início da atividade da Sonaecom, este operador considera que *"não teve qualquer oportunidade de negociar as cláusulas contratuais em referência no final de 2005, caso contrário"*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

as negociações nunca ficariam concluídas por acordo entre as partes, dado que o arranque das operações da Sonaecom, o qual estava já atrasado oito meses fruto desta negociação”.

- 262) A Sonaecom considera, ainda, a *"existência de cláusulas contratuais que são excessivas"*. Neste contexto, refere que a *"existência de um número mínimo de subscritores e de taxas mínimas de penetração, por exemplo, foi sempre muito penalizadora para a Sonaecom, designadamente ao nível da inexistência de efeitos de escala e por via da pequena dimensão da Sonaecom neste mercado, os valores das taxas mínimas de penetração e dos números absolutos mínimos são completamente desajustados para a dimensão da Sonaecom”*.
- 263) Efetivamente, segundo a Sonaecom *"o atual modelo de negócio [da Sport TV] assenta na exigência de um número mínimo de clientes, que, neste caso, fica muito além do número real de subscritores da Sonaecom. A taxa real de penetração da Sonaecom é mensalmente variável, a média anual deverá ser de cerca de 11 %/12% até ao ano de 2010. Há uma grande diferença durante os meses do ano em que não há eventos desportivos de relevo, por exemplo, existindo sempre um aumento do número de desligamentos durante os meses em que não há eventos desta índole"*.
- 264) Consequentemente, *"[a] Sonaecom nunca conseguiu atingir os valores previstos para os números mínimos até ao presente momento, tal como as taxas mínimas de penetração, pelo que as margens de remuneração efetiva da Sonaecom têm sido sempre negativas. Do ponto de vista financeiro, estes canais têm sido sempre muito penalizadores para a Sonaecom e a rentabilidade associada a este serviço foi sempre uma preocupação, tratando-se de canais que apenas são contratualizados*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

dado o grande interesse que os clientes têm relativamente a estes conteúdos específicos".

- 265) Assim, *"[d]esde 2006 até Maio de 2011 há, aproximadamente, uma diferença de cerca de 1,5 M € para a Sonaecom entre o modelo de mínimos garantidos e o modelo por subscritor no domínio da contratação dos canais Sport TV, existindo uma situação em que a Sonaecom tem menos subscritores do que aqueles que são exigidos pelos mínimos exigidos".*
- 266) A Sonaecom refere que *"o modelo dos mínimos não é exclusivo da Sport TV e que a preocupação com este modelo surge quando os valores absolutos são penalizadores para os pequenos operadores".*
- 267) A Sonaecom considera ainda que *"a existência de preços recomendados implicam, também, uma grande limitação para as políticas comerciais da Sonaecom. Em regra, estes preços são cumpridos pela Sonaecom e pela generalidade dos operadores, até porque ao nível de implementação de campanhas promocionais há sempre a limitação da autorização prévia por parte da Sport TV, até porque a atribuição de descontos aos clientes (como por exemplo a oferta de um mês de subscrição dos canais Sport TV a novos subscritores), não são aprovados pela Sport TV".*
- 268) *"No que respeita à cláusula relativa à exigência de aprovação prévia de campanhas de marketing/promocionais a desenvolver pela Sonaecom pela Sport TV (...) [a Sonaecom considera] que a mesma é, também, problemática". "Desde logo, porque dá à Sport TV um acesso privilegiado a informações comerciais da Sonaecom. Existiram campanhas promocionais desenvolvidas pela Sonaecom que não foram aceites pela Sport TV, ainda que se dirigissem a pacotes relativos a diversos canais premium e não apenas dos canais Sport TV. Esta*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

realidade deverá ter sucedido em 3 situações distintas, à partida. Outra situação que ocorreu durante o corrente ano civil [2011] prendeu-se a uma campanha promocional lançada que não foi, inicialmente, aprovada pela Sport TV e que estava a ser desenvolvida, em termos equiparados, por outro operador do mercado ora em foco, tendo vindo, posteriormente, a ser aprovada pela Sport TV em condições mais restritas para o cliente final”.

- 269) Relativamente aos escalões de desconto, a Sonaecom considera que *"os mesmos têm um efeito muito prejudicial para os operadores de pequena dimensão, devendo, à partida, existir apenas um operador neste mercado que pode, atualmente, beneficiar deste regime ao nível do escalão máximo de desconto”.*
- 270) Adicionalmente, na perspetiva da Sonaecom, dado que *"os custos de produção do conteúdo são suportados pela Sport TV antes da sua disponibilização" (...), não existem “justificações para a posterior diferenciação do desconto em função da escala do operador”.* Efetivamente, o mesmo operador considera que *"[à] partida, este tipo de prática diferenciada em função da escala do operador não poderá ter uma justificação pelo efeito produzido pela mesma”.*
- 271) A Sonaecom considera ainda que *"[a] Sport TV é a única distribuidora de canais que exige uma subscrição por cada aparelho de TV que transmita canais Sport TV".* Segundo a Sonaecom, apesar desta exigência ser *'Justificada pela Sport TV por razões de combate à pirataria' (...)* *"as atuais plataformas de transmissão já não permitem esse tipo de prática ilícita”.*
- 272) A PTC apresentou diversos elementos e comentários relativos às matérias dos presentes autos, tais como aos números mínimos absolutos de subscritores, às margens de remuneração dos canais Sport TV, aos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

custos e receitas dos canais Sport TV, ao incremento dos preços dos canais Sport TV por comparação aos canais disponíveis nos pacotes base de programação, à necessidade de aprovação prévia de campanhas promocionais, à robustez da tecnologia IPTV relativamente à Pirataria, entre outros dados.

- 273) No que se refere aos escalões de desconto, a PTC considera que os mesmos *não têm qualquer racionalidade objetiva na medida em que:*
- (i) a emissão dos canais premium, incluindo os canais Sport TV, é única para todos os operadores;*
 - (ii) são os operadores que suportam todos os custos de distribuição do canal, incluindo os circuitos para ir buscar o canal ao produtor do conteúdo;*
 - (iii) não corresponde à prática mundial relativamente aos canais premium.*
- 274) Relativamente aos preços recomendados, a ZON TV Cabo referiu *"que os mesmos estão, previamente, estabelecidos e não necessitam de autorização prévia da Sport TV ainda que se apliquem a clientes diferenciados, com características específicas, havendo os preços específicos para subscritores familiares e para hotelaria, por exemplo. Nos serviços que dependem de concursos públicos, como são os casos de estabelecimentos prisionais ou outros aplica-se, também, um preço de venda recomendado"*.
- 275) A ZON TV Cabo considera que *"[a] existência de mínimos é muito comum para os canais premium, ainda que o modelo possa ser variável, por exemplo através de mínimos implícitos a pagar pelo canal"*. Neste contexto, acrescentou que *"a ZON TV Cabo teve já, algumas vezes, problemas para atingir os mínimos de penetração"*.
- 276) Relativamente aos escalões de desconto, a ZON TV Cabo considera que estes *"visam incentivar o crescimento do negócio, por isso não*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

devem influenciar negativamente os custos, é matéria posicionada ao nível dos incentivos de comercialização".

- 277) A ZON TV Cabo considera que se estivesse posicionada num escalão de desconto inferior *"isso não influenciaria a força competitiva da empresa, estando esta questão posicionada em sede de margens, é perfeitamente normal que o operador maior tenha margens superiores à dos operadores pequenos"*.
- 278) A ZON TV Cabo considera que nenhuma das *tecnologias utilizadas para a distribuição de canais é "totalmente fiável ao nível de violação por pirataria, sendo sempre possível em todas as tecnologias, sendo a mais frágil a da plataforma de satélite. Entre tecnologias fixas e móveis, ambas são consideradas violáveis por pirataria. O Cabo, a IPTV e a fibra ficam, em regra, mais limitados a nível geográfico, mas são, também, passíveis de pirataria"*.
- 279) A arguida agiu de forma livre, voluntária e consciente, sabendo e querendo aplicar o sistema remuneratório descrito, com as diferenças referidas entre os operadores e as vantagens que resultavam para a mesma, com consciência de que a sua conduta é punida por lei.
- 280) Nos últimos anos de exercício da arguida, os respetivos volumes de negócios foram de: € 147.729.883 (2009); € 158.250.207 (2010); € 149.264.150 (2011); e 139.371.591 (2012).
- 281) O resultado líquido de exercício da arguida nos anos de 2005 a 2012 foi o seguinte: € 2.626.769,00 (2005); € 3.516.245 (2006); 9.755.201 (2007); € 6.920.835 (2008); € 20.747.906 (2009); € 14.065.660 (2010); € 6.404.351 (2011); e € 2.619.953 (2012).
- 282) A arguida não tem antecedentes contraordenacionais desta natureza.
- 283) Os canais *premium* têm um preço mais elevado que os demais canais.
- 284) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 285) [confidencial]
- 286) Os jogos que são transmitidos pelos canais portugueses que emitem em sinal aberto registam audiências maiores do que as audiências dos jogos transmitidos pelos canais SPORT TV.
- 287) Existem outros canais de acesso condicionado e não condicionado temáticos de desporto, sendo atualmente 24, nomeadamente os canais EUROSPORT, EUROSPORT 2, Benfica TV, NBA TV, Fuel TV, Real Madrid TV, Barça TV, Chelsea TV, Manchester United TV, PFC e ESPN.
- 288) Nos canais de acesso não condicionado com assinatura existem programas semanais dedicados ao desporto, que são geradores de elevadas audiências – nomeadamente nos canais RTP Informação (anteriormente designada de RTP-N), SIC Notícias e TVI 24 –, como sejam, atualmente, os programas “O DIA SEGUINTE”, “O TEMPO EXTRA”, “TRIO DE ATAQUE”, “A NOITE DO FUTREBOL”, “MAIS FUTEBOL”.
- 289) [confidencial]
- 290) As situações de exclusividade, no plano internacional, que a arguida detém foram adquiridas através da negociação com os titulares dos direitos desportivos em causa, onde a arguida concorre com todos os interessados na sua aquisição.
- 291) O preço médio elevado dos produtos em causa tem vindo a tornar economicamente mais onerosa a sua transmissão em acesso não condicionado.
- 292) O canal Benfica TV tornou-se num canal de acesso condicionado, no verão de 2013, emitindo jogos do Sport Lisboa Benfica disputados em casa e adquiriu os direitos de transmissão da Liga Inglesa para a época 2013/2014.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 293) A ZON TV Cabo foi o primeiro operador de televisão por subscrição em Portugal.
- 294) A discrepância existente entre o número de subscritores detidos pela ZON TV Cabo e o número de subscritores detidos pelos demais operadores era pré-existente à integração da ZON TV Cabo no sistema de escalões.
- 295) Desde a operação de concentração Ccent n.º 47/2003, a atividade da arguida está sujeita à monitorização da AdC, implicando, nomeadamente, o envio de todos os contratos celebrados com os operadores de televisão por subscrição e respetivos aditamentos, bem como a prestação de informações sempre que solicitada para o efeito.
- 296) No momento em que a AdC impôs à arguida a obrigação de praticar um sistema remuneratório baseado em escalões, aquela Autoridade conhecia o negócio da arguida, tendo conhecimento do dinamismo do mercado da televisão por subscrição e dos canais *premium* de conteúdos desportivos.
- 297) Na deliberação do Conselho de 08.04.2004, proferida no processo de concentração n.º 47/2003, consta o seguinte: *"No âmbito da análise-jus-concorrencial desenvolvida, revelou-se uma questão de primordial importância perceber qual a lógica económica subjacente às condições propostas nos contratos pela SPORT TV, com particular ênfase para os diferentes escalões fixados para atribuição de uma remuneração face ao número de subscritores daquele Canal. Neste sentido, e tendo sempre presente a proteção dos consumidores e do mercado, procurou impor-se a sujeição de tais condições comerciais, com particular relevo para a fixação dos escalões, a critérios economicamente proporcionais, com referência a elementos não arbitrários (como investimentos com escala, serviços prestados pelos operadores,*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

número de subscritores) para o enquadramento de um qualquer operador num determinado escalão”.

- 298) [confidencial]
- 299) Na ótica do serviço prestado pela arguida, fornecer o serviço dos canais Sport TV para 5 pessoas ou para 500.000 pessoas é o mesmo ao nível dos custos de produção daquele serviço.
- 300) Trata-se de um negócio programado para 500.000 pessoas, sendo que, se não fosse, desde o início, expetável que se atingiria um público de 500.00 (ou mais) pessoas, o negócio não seria concretizado, porque economicamente inviável.
- 301) [confidencial]
- 302) [confidencial]
- 303) [confidencial]
- 304) No ano de 2011, o capital próprio da arguida foi de € 68.145.245 e no ano de 2012 foi de € 65.525.292.
- 305) [confidencial]
- 306) [confidencial]
- 307) Pode acontecer que sejam feitos avultados investimentos na aquisição dos direitos de transmissão de eventos que, depois, se realizam em horários considerados pouco “nobres”, em virtude de diferenças de fuso horário ou por outros motivos, ou até em simultâneo com a hora de realização de outros eventos desportivos.
- 308) [confidencial]
- 309) Os canais Sport TV são disponibilizados pelos operadores de televisão por subscrição, em regra, sem obrigações de permanência ou de fidelização.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 310) Nas tecnologias mais evoluídas, é possível cancelar a subscrição desses canais mediante um clique e sem quaisquer demoras ou custos com chamadas para linhas de apoio ao cliente (*self care*).
- 311) O cancelamento desses canais pela via referida no ponto precedente pode ter subjacente um forte carácter emocional, nomeadamente, devido ao mau desempenho da equipa favorita de um cliente.
- 312) Nos canais de televisão por subscrição e nos canais *premium*, as receitas são maioritariamente obtidas indiretamente dos subscritores, através dos operadores de televisão por subscrição.
- 313) [confidencial]
- 314) A relação da receita de subscrição com os gastos de atividade/gastos operacionais da arguida foi a seguinte [confidencial]:
- 315) [confidencial]
- 316) [confidencial]
- 317) [confidencial]
- 318) [confidencial]
- 319) [confidencial]
- 320) [confidencial]
- 321) [confidencial]
- 322) [confidencial]
- 323) São os operadores de televisão por subscrição, na qualidade de distribuidores dos canais Sport TV, que têm contacto com os consumidores finais destes canais.
- 324) Os distribuidores possuem melhores informações acerca das exigências dos clientes da sua plataforma e, por isso, acerca da melhor forma para persuadir esses clientes a subscrever, os canais SPORT TV.
- 325) [confidencial]
- 326) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 327) [confidencial]
- 328) O fenómeno da pirataria teve o seu auge em 2005.
- 329) Quando ocorre pirataria, isso significa que há um cliente que subscreve o pacote base do operador em causa (assim obtendo acesso ao sinal), pagando esse pacote base (pois, se o não pagasse, deixaria de ter acesso ao sinal), mas sem pagar pelos canais SPORT TV.
- 330) [confidencial]
- 331) [confidencial]
- 332) [confidencial]
- 333) [confidencial]
- 334) Os canais SPORT TV não são comercializados individualizadamente, antes pressupondo a subscrição de um pacote-base de canais.
- 335) A concorrência entre os operadores de televisão por subscrição é feita, maioritariamente, ao nível da conquista de clientes para o pacote-base.
- 336) Os operadores de televisão por subscrição competem, entre o mais, através dos preços das assinaturas, do número de canais, do tipo de conteúdos de televisão e combinando as suas ofertas de televisão com outros serviços, com os telefones fixos e móveis e o acesso à internet.
- 337) O serviço de televisão por subscrição é cada vez mais oferecido em conjugação com outros serviços, tendo aumentado exponencialmente o número de clientes que revelam preferências pela aquisição do serviço de televisão por subscrição em conjugação com banda larga, serviços telefónicos e, ainda, banda larga móvel.
- 338) A proporção de "multiple-play" cresceu no início de 2008 para 2011.
- 339) O *multiple play* é o principal fator que influencia a escolha do operador (determina a escolha de 65% dos clientes).
- 340) 28% dos clientes afirma que a disponibilidade da oferta em *bundle* de telefone fixo seria um fator relevante na escolha do operador.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 341) 47% dos clientes afirma que a disponibilidade da oferta em *bundle* do serviço de telefone fixo e com preço mais baixo seria o fator relevante na escolha do operador.
- 342) 46% dos clientes afirma que disponibilidade da oferta em *bundle* do serviço de internet fixa seria um fator relevante na escolha do operador;
- 343) 67% dos clientes afirma que a disponibilidade da oferta em *bundle* do serviço de internet fixa e com preço mais baixo seria um fator relevante na escolha do operador.
- 344) 31% dos clientes afirma que a disponibilidade da ofertar em bundle do serviço de televisão seria um fator relevante na escolha do operador.
- 345) 49% dos clientes afirma que a disponibilidade da oferta em *bundle* do serviço de televisão e com preço mais baixo seria um fator relevante na escolha do operador.
- 346) A AR Telecom investiu no desenvolvimento de uma tecnologia com características únicas, denominada de Plataforma TMAX, normalmente referida em relatórios publicados pela ANACOM por FWA [*Fixed Wireless* ou Acesso Fixo Via Rádio).
- 347) A existência dos canais SPORT TV na oferta dos operadores de televisão por subscrição tem um efeito apelativo não só em relação aos clientes que subscrevem os canais Sport TV, mas também para clientes que não são subscritores dos canais SPORT TV, mas poderão decidir vir a sê-lo, no futuro.
- 348) Cada operador oferece diferentes pacotes de canais de televisão.
- 349) A tabela seguinte indica os canais com maior share nas várias ofertas de televisão por subscrição em novembro de 2009:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Canal	Share	Disponível em	
		Todas as ofertas	Exclusividade
SIC Notícias	13,3%	✓	✓ (ZON)
AXN	9,5%	✓	
Hollywood	7,2%	✓	
Fox Life	4,8%		
EuroSport	4,5%	✓	
Fox	4,0	✓	
RTP N	4,0	✓	✓ (ZON)
TVI 24	3,9		
SIC Radical	3,9	✓	
Panda	3,4	✓	

Fonte: Análise Insight Mediabrands (Telereport, MediaMonitor) e ICP-ANACOM. Novembro de 2009.

- 350) A tabela seguinte indica o Ranking anual dos canais Cabo [confidencial]:
- 351) O canal Sport TV 2 ficou em 29º lugar, no ano de 2004, no ranking anual dos canais Cabo, em 21º lugar no ano de 2005, em 23º lugar no ano de 2008, em 27º lugar no ano de 2009, em 27º lugar no ano de 2010.
- 352) O canal Sport TV 3 ficou em 61º lugar no ano de 2008, em 42º lugar no ano de 2009 e em 41º lugar no ano de 2010.
- 353) Os clientes dos operadores de televisão por subscrição foram os seguintes [confidencial]:
- 354) A evolução das quotas de mercado dos operadores por subscrição nos demais trimestres de 2011 foram as seguinte [confidencial]s:
- 355) [confidencial]
- 356) [confidencial]
- 357) [confidencial]
- 358) [confidencial]
- 359) [confidencial]
- 360) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 361) Os operadores de IPTV em Portugal tiveram uma performance melhor do que os seus congéneres noutros países, como a Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido.
- 362) Trata-se de um mercado de elevado crescimento e competitividade que exige fortes investimentos no arranque a par da obtenção de fracos rendimentos iniciais.
- 363) [confidencial]
- 364) [confidencial]
- 365) [confidencial]
- 366) [confidencial]
- 367) A arguida promoveu, após a publicação da decisão de autorização da AdC, [confidencial]
- 368) Além disso, [confidencial]
- 369) Neste mesmo período, a AdC autorizou, com a imposição de compromissos, algumas operações de concentração com impacto no mercado da televisão por subscrição (cfr. Procs. 21/2008 - TV CABO/TVTEL; 56/2007 - TV CABO PORTUGAL/B.RAGATEL/PLURICANAL LEIRIA/PLURJCANÁL SANTARÉM; 8/2006 - SONAECOM/PT; e 17/2005 - CONTROLINVESTE/LUSOMUNDO).
- 370) Em 17.10.2005, a arguida, ao pedido de esclarecimentos apresentado pela AdC em 28.09.2005, na sequência de uma reunião realizada em 23.09.2005 e no âmbito da monitorização dos compromissos referentes à Ccent. Nº 47/2003, na qual, para além de justificar a inexistência de discriminação no modelo de remuneração da arguida assente nos escalões adotados no âmbito da implementação dos compromissos impostos pela AdC, a arguida explicou, por escrito, os motivos de cariz



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

económico associados à introdução da taxa mínima de penetração no modelo de remuneração económica da arguida.

- 371) Entre outros, as notificantes prestaram o seguinte esclarecimento:
- "[confidencial]. Assim sendo, a exigência de uma taxa de penetração aos operadores constitui um instrumento que visa incentivar uma maior captação de clientela para a SPORT TV na base de subscritores de cada operador. Aliás, trata-se de um instrumento que constitui prática normal no mercado. No momento em que foi adotada a decisão de lançamento do canal SPORT TV, em 1955, foram efetuados estudos de viabilidade' económica concluindo-se pela necessidade absoluta de "puxar" pelo mercado através da exigência aos operadores de TV por cabo de um número mínimo de subscritores do canal SPORT TV, como, aliás, também já era uma prática internacional normal de mercado. No entanto, e uma vez que o conceito de número mínimo de subscritores se poderia revelar num critério excessivamente oneroso e algo subjetivo, procurou adaptar-se a ideia subjacente ao mesmo para um conceito relativo, medido através de uma percentagem aplicada ao conjunto de clientes base dos operadores de TV por Cabo. Desta forma, permitia-se acompanhar o próprio ritmo de crescimento daqueles operadores, evitando-se as desvantagens da aplicação de um critério absoluto. Foi assim, então, que surgiu o conceito de Taxa de Penetração Mínima (TPM). Considerando que em 1998 não existiam em Portugal dados históricos sobre negócios semelhantes, à SPORT TV iniciou negociações com todos os operadores de TV por Cabo no sentido de acordar uma TPM razoável e equilibrada para todos.*

Tabela 3 - Evolução das Taxas de Penetração Mínimas.

[confidencial]

(1) A TPM aplicável à TV CABO foi calculada [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Nota: [confidencial]. A evolução histórica do crescimento das taxas de penetração exigidas aos operadores e o seu confronto com os resultados históricos de penetração efetivamente alcançados por aqueles, demonstra que a taxa atual de 19% se revela proporcionado e razoável em face daquele histórico. Ou seja, a taxa de penetração exigido aos operadores, não só é equilibrada, como é passível de ser atingida - e é-o em termos globais nacionais. [confidencial]. Finalmente, impõe-se dizer que a taxa de penetração constante é mais penalizante para os grandes operadores do que para os pequenos, que beneficiam de um maior potencial de crescimento concorrencial nas zonas onde o operador maior já está implantado."

- 372) Para além da comunicação de 28.09.2005, referida supra, e até 28.05.2010, a AdC não levantou quaisquer objeções relativamente aos critérios de remuneração aplicados pela arguida.
- 373) [confidencial]
- 374) [confidencial]
- 375) Em 2006, a AdC no, âmbito da operação de, concentração SONAECOM/PT, referiu o seguinte: *"Acrece que, no sector multimédia, os contratos consagram frequentemente descontos de quantidade, pelo que a empresa resultante da presente operação, ao aumentar a procura dos vários direitos de conteúdos desportivos e cinematográficos premium, vê potencialmente os seus custos com a aquisição destes direitos para televisão por subscrição, para Internet e para, telefonia móvel diminuir"* (cfr. Processo AC-I-08/2006 - Sonaecom /PT, pág. 439.
- 376) Na operação de concentração nº 47/2003, a AdC, por deliberação do Conselho, datada de 23.08.2010, instaurou um procedimento oficioso, nos termos e para os efeitos do disposto na alínea c), do n.º 1 do artigo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

40.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, visando a investigação de eventual desrespeito das condições e obrigações impostas naquela sede.

- 377) Nessa deliberação consta, entre o mais, o seguinte:" [confidencial].
- 378) No âmbito deste procedimento oficioso a AdC solicitou diversos esclarecimentos e elementos, ao que foi dado cumprimento através do [confidencial].
- 379) Na sequência da apresentação desse requerimento, iniciaram-se diversos contactos entre a arguida e a AdC que culminaram [confidencial].
- 380) A arguida, por sua iniciativa e na sequência do referido entendimento comum, encetou um processo negocial com todos os operadores, tendo em vista a alteração dos contratos celebrados no sentido da eliminação da Taxa Mínima de Penetração e do Número Absoluto Mínimo, bem como da revisão de outros aspetos do regime contratual em vigor, nomeadamente a redução do tempo de resposta da arguida às propostas dos operadores para a realização de ações comerciais, [confidencial].
- 381) Após o pedido de elementos e esclarecimentos supra referido e a realização das mencionadas alterações ao modelo remuneratório aplicado aos operadores, a AdC nada mais solicitou no âmbito do processo oficioso, não tendo havido quaisquer evoluções posteriores.
- 382) A arguida, nos presentes autos, forneceu todos os elementos que lhe foram solicitados, tendo prestado total colaboração.
- 383) A arguida não possui um departamento interno dedicado a assuntos de concorrência, o que, para efeitos de colaboração nos presentes autos, implicou o redireccionamento dos recursos humanos afetos a outros assuntos determinantes para o funcionamento e gestão da empresa para o tratamento deste assunto, em parte em adição aos demais assuntos correntes, em parte em prejuízo destes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- 384) [confidencial]
- 385) A arguida disponibilizou eventos e programas em HD através do canal SPORT TV HD e do canal SPORT TV GOLFE HD.
- 386) [confidencial]
- 387) O número de ofertas de televisão por subscrição aumentou, em Portugal, para mais de 150 em 2010, o que implicou um aumento de 7% em relação ao ano anterior.
- 388) A proporção destas ofertas que são conjugadas com banda larga e/ou serviços telefónicos aumentou de 45% em 2008 para 78% em 2010.
- 389) Houve um aumento de canais por oferta, verificando-se que em 2010 mais de 50% ofertas disponibilizam 70 ou mais canais.
- 390) A arguida esclareceu, no decurso dos autos, o seguinte: “[confidencial].

*

Factos não provados:

- a) A arguida comunicou à Cabovisão que pretende rever o regime de escalões de desconto *"referindo, no entanto, que ainda não seria possível, (. ..) [naquela data] proceder a essa alteração contratual"*.
- b) A arguida quis beneficiar as redes de distribuição histórica e hereditariamente mais maduras.
- c) Nos canais de acesso não condicionado com assinatura existe um programa semanal dedicado ao desporto, que é gerador de elevadas audiências, designado a “A ANÁLISE DE PAULO PARATY”.
- d) As situações de exclusividade, no plano nacional, que a arguida detém foram adquiridas através da negociação com os titulares dos direitos desportivos em causa, onde a arguida concorre com todos os interessados na sua aquisição.
- e) [confidencial]



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- f) As receitas publicitárias não são suficientes para financiar e rentabilizar a transmissão dos produtos em causa em sinal aberto, não condicionado – apenas se provou o que consta no ponto 291) dos factos provados.
- g) [confidencial]
- h) [confidencial]
- i) [confidencial]
- j) [confidencial]
- k) [confidencial]
- l) [confidencial]
- m) A situação descrita no ponto 307) acontece muitas vezes.
- n) [confidencial]
- o) [confidencial]
- p) [confidencial]
- q) O sistema de descontos implementado pela arguida incentiva todos os operadores a alargar a sua base de subscritores.
- r) Os escalões de descontos implementados pela arguida compensam todos os operadores de televisão por subscrição pelos custos com a angariação de subscritores adicionais.
- s) O sistema de descontos aplicado pela arguida facilitou a cobertura dos custos fixos elevados da atividade da arguida.
- t) A TPM constituiu um mecanismo necessário à sobrevivência económica do projeto SPORT TV, conforme demonstrado pelos estudos de viabilidade económica realizados em 1998.
- u) A introdução da TPM foi feita com base em negociações com os vários operadores de televisão por subscrição.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- v) O modelo de escalões diferenciados em função do número de subscritores, introduzido pela arguida, não era suficiente para garantir níveis mínimos de receita.
- w) As taxas de desconto fixadas no modelo de escalões não eram suficientes para garantir níveis mínimos de incentivo para os operadores AR Telecom, Optimus, PTC, Cabovisão e ZON TV Cabo conquistarem subscritores dos canais Sport TV.
- x) A TPM e os NAM levaram os operadores AR Telecom, Cabovisão, Optimus, PTC e ZON TV Cabo a promoverem, através de campanhas autorizadas pela arguida, de forma mais intensiva os canais Sport TV.
- y) [confidencial]
- z) [confidencial]
- aa) [confidencial]
- bb) [confidencial]
- cc) [confidencial]
- dd) [confidencial]
- ee) A pirataria atingiu o seu auge no ano de 2006.
- ff) A TPM e os NAM incentivaram os operadores a garantirem níveis mínimos de controlo da pirataria.
- gg) Sem a sua existência a arguida não teria nenhum mecanismo ao dispor que fosse eficaz no combate a este tipo de situações.
- hh) [confidencial]
- ii) [confidencial]
- jj) Os utilizadores das diferentes tecnologias caracterizam-se por uma apetência de subscrição de conteúdos de acesso condicionado distinta.
- kk) A TPM tem constituído prática normal no mercado de conteúdos de televisão por subscrição com vista a fomentar e aumentar a penetração de canais *premium* através dos operadores.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- ll) [confidencial]
- mm) Foi o surgimento e a evolução da tecnologia baseada em IPTV que permitiu a inovação de diversos serviços atualmente incluídos nos serviços básicos dos operadores, nomeadamente a banda larga de elevada velocidade, o vídeo on *demand* (incluindo aqui, além dos filmes, séries e programas, também catálogos de músicas e jogos), *restart TV*, *catch up TV*, a gravação de programas em qualquer momento do programa, agendamento de gravações, visualização dos canais de televisão e de rádios em outros equipamentos como o PC e o *iPad*, bem como ainda diversos serviços e jogos interativos, nomeadamente através de *widgets* com Informações sobre farmácias, jogos da santa casa, táxis, tempo e destaques da imprensa diária.
- nn) A proporção de crescimento do "multiple-play" de 2008 para 2011 foi de 28,55% para 57,10%.
- oo) A tecnologia utilizada pela AR Telecom não teve muito sucesso em Portugal.
- pp) O seu lançamento em Portugal tinha como principal objetivo constituir um "*showcase*" para atuar como facilitador para a exportação dessa plataforma para outros países, nomeadamente, Lituânia, Bolívia e Brasil.
- qq) A prestação de serviços de televisão por subscrição não é a principal atividade comercial da maior parte dos clientes da Sport TV.
- rr) [confidencial]
- ss) [confidencial]
- tt) A arguida tinha a seu favor um deferimento tácito da operação de concentração n.º 47/2003, tendo optado por se submeter, de livre vontade, à imposição das condições expostas na decisão do Conselho, datada de 08.04.2004.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

- uu) A partir de 2011, os clientes dos operadores de televisão por subscrição foram os seguintes [confidencial]
- vv) [confidencial]
- ww) [confidencial]
- xx) [confidencial]
- yy) [confidencial]
- zz) [confidencial]
- aaa) No mês de dezembro o número de subscritores do pacote base dos operadores de televisão por subscrição tende a ser o mais elevado.
- bbb) [confidencial]
- ccc) O número de ofertas de televisão por subscrição aumentou, em Portugal, em 2008, era de 120.
- ddd) Em 2005 cerca de 20% das ofertas continha 70 ou mais canais.

*

Tudo o mais que conste na decisão impugnada e tenha sido alegado pela arguida é matéria de direito, conclusiva ou irrelevante.

*

Motivação:

Para apuramento dos factos provados e não provados foram tidos em consideração, desde logo, os meios de prova produzidos na audiência de julgamento, bem como os elementos recolhidos na fase organicamente administrativa, salientando-se que no “processo contraordenacional não vigora o princípio da imediação, na sua versão rígida”, pelo que “a prova produzida na fase administrativa mantém a sua validade na fase judicial”¹³. Pelas mesmas razões, ou seja, “por força da versão flexível do princípio da imediação consagrada no artigo 68º, nº 1, do

¹³ Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Regime Geral das Contraordenações, Universidade Católica Portuguesa, pág. 291, anotação ao art. 72º.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

RGCO”¹⁴, a “confissão nos articulados pode ser valorada pela autoridade administrativa ou pelo juiz”¹⁵, podendo também o Tribunal valorar as declarações prestadas pelo arguido e bem assim os depoimentos prestados pelas testemunhas na fase organicamente administrativa¹⁶.

Na admissão e valoração destes meios de prova foram levadas em conta as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação (cfr. art. 42º, do RGCO) e no processo penal, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações (cfr. art. 41º/1, do RGCO), e o princípio geral da livre apreciação da prova (cfr. art. 127º, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO).

Pontos 1) a 3): a queixa apresentada pela está documentada a fls. 3896 e seguintes e os dados relativos à identificação da empresa, à sua atividade e áreas geográficas de incidência encontram-se referidos a fls. 3903, não havendo quaisquer razões para duvidar da sua exatidão.

Pontos 4) e 5): o capital social da arguida e o objeto da sua atividade estão documentados na cópia da respetiva certidão permanente, junta a fls. 15009, que também é acessível através do código indicado a fls. 17613.

Pontos 6) e 7): a data da constituição da arguida e a composição da sua estrutura acionista inicial estão exaradas na cópia da escritura do respetivo contrato social, junta a fls. 9513 e seguintes e, quanto ao mais, foram tidas em consideração as informações prestadas pela própria arguida, que constam a fls. 608 e 610, não havendo razões para duvidar da sua exatidão.

Importa esclarecer, para facilidade de compreensão, que as designações dos canais de televisão adotadas na presente decisão seguem a terminologia consagrada na Lei da Televisão (LT), aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, alterada

¹⁴ *Idem*, pág. 279.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., págs. 283, 291 e 292.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

pela Lei nº 8/2011, de 11.04, especificamente no art. 8º. Assim, por canais de acesso condicionado, como é o caso dos canais disponibilizados pela arguida, entendem-se os canais que são “disponibilizados ao público mediante contrapartida específica, não se considerando como tal a quantia devida pelo acesso à infraestrutura de distribuição, bem como pela sua utilização” (cfr. art. 8º/6, da LT), ou seja, os canais que não se incluem nos pacotes-base disponibilizados pelos operadores de televisão por subscrição e que implicam o pagamento de uma quantia específica. Os canais incluídos neste pacote-base são canais de acesso não condicionado com assinatura (cfr. art. 8º/1 e 5, da LT) e os canais disponibilizados pela televisão “*free-to-air*” são canais de acesso não condicionado livre (cfr. art. 8º/1 e 5, da LT).

Ponto 8): este facto considera-se demonstrado com base na sua referência na decisão impugnada, que alude ao número do processo respetivo (cfr. nota de rodapé nº 84, fls. 15047), não havendo razões para duvidar da sua exatidão.

Ponto 9): a composição da estrutura acionista da arguida durante o período de referência (01.01.2005 e 31.03.2011) foi retirada da certidão da decisão proferida pela AdC no processo de concentração nº 47/2003, junta a fls. 412 a 433 (anexo confidencial para terceiros após a distribuição), e dos relatórios e contas, juntos aos autos.

Pontos 10) e 11): os factos relativos às empresas acionistas da arguida, no período de referência, foram retirados da informação divulgada pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social (www.erc.pt), sítio ao qual se faz referência na decisão impugnada (cfr. notas de rodapé 86 e 87, fls. 15047 e 15048), desconsiderando as alterações entretanto ocorridas, não havendo razões para duvidar da sua exatidão.

Pontos 12) a 14): os factos em apreço estão documentados na decisão proferida no processo de concentração nº 45/2003 à qual já se fez referência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Pontos 15) a 22): os factos relativos à aprovação dos vários canais Sport TV foram retirados das informações prestadas pela arguida, que constam a fls. 608 a 610, não havendo razões para duvidar da sua exatidão.

Ponto 23): foi relevante para o apuramento destes factos desde logo o “Estudo do acesso a conteúdos no mercado de pay-tv”, elaborado pela empresa Maksen Consulting para a Associação dos Operadores de Telecomunicações, Apritel, datado de novembro de 2010, que consta a fls. 11473 e seguintes dos autos.

A arguida, no recurso de impugnação, questiona a isenção e validade científica deste estudo. Assim, quanto à isenção, refere que o *“estudo em questão não pode ser considerado um estudo independente ou isento, uma vez que foi encomendado pela APRITEL para sustentar a sua posição quanto ao pretenso impacto negativo decorrente dos alegados constrangimentos existentes no acesso a conteúdos para televisão no posicionamento competitivo dos operadores de comunicações eletrónicas a operar no mercado nacional. O estudo em questão assenta em alguns pressupostos de facto incorretos - veja-se nomeadamente o que vem alegado nos artigos seguintes”* (nota de rodapé 11). O que alega nos artigos seguintes reporta-se ao facto de [confidencial] (cfr. art. 171º e seguintes do recurso). Quanto à sua validade científica, defende a arguida haver razões para indagar *“da integral validade científica”* desse estudo (cfr. art. 653º), pondo em evidência o facto dos canais Sport TV serem adquiridos [confidencial].

Não se partilha esta posição. Analisado o estudo referido verifica-se que o mesmo contou com a participação e colaboração, entre o mais, de alguns elementos dos operadores de televisão por subscrição (cfr. fls. 11474), que foram ouvidos, nos autos, na qualidade de testemunhas. O teor dos seus depoimentos, sobretudo das pessoas relacionadas com os operadores mais distanciados da arguida, converge com os dados de facto reproduzidos no estudo em análise. Depoimentos esses que, conforme se irá explicitar melhor *infra*, são consentâneos com outros dados de facto



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

plenamente demonstrados nos autos e com parâmetros de razoabilidade. Não há, assim, razões para duvidar da isenção e exatidão, na totalidade, do estudo em causa.

Efetuada este esclarecimento, verifica-se, quanto aos factos em análise, que o estudo faz referência à fonte respetiva. Não há qualquer evidência de que o mesmo não esteja em conformidade com a fonte na qual se baseou, nem foi produzida prova suscetível de abalar os factos em apreço. A circunstância da arguida ter um número [confidencial]. O mesmo se aplica aos níveis de audiência.

Para além disso, a factualidade em análise é consentânea com as regras da experiência comum, passíveis de ser aplicadas nesta matéria uma vez que estão em causa padrões de comportamento que são de perceção geral.

A apetência dos consumidores por conteúdos desportivos e, em especial, pelo futebol está também patente nas razões que motivaram a criação do projeto Sport TV, conforme resulta da descrição sobre a sua atividade, que acompanhou o pedido de acesso à atividade televisiva e que consta a fls. 9263 e seguintes, no qual a arguida exarou, entre o mais, o seguinte: [confidencial]” (fls. 637, “Notas sobre o Projeto e a Atividade da Sport TV).

Também na descrição das atividades a desenvolver que acompanhou o pedido de autorização de acesso à atividade televisiva do canal Sport TV 3, que consta a fls. 644 e seguintes, a arguida escreveu, entre o mais, o seguinte: “[confidencial]” (fls. 649).

Ponto 24): o facto em apreço foi retirado do estudo elaborado pela Maksen já indicado (cfr. fls. 11511), que é corroborado, nesta parte, pela própria arguida, que afirma, no recurso de impugnação, que “*os acontecimentos desportivos só [são] verdadeiramente apelativos e concentr[am] todo o seu valor na sua primeira exibição quando transmitidos em direto*” (art. 282º).

Pontos 25) a 28): para o apuramento destes factos relevaram, desde logo, os depoimentos das testemunhas inquiridas e relacionadas com os operadores de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

televisão por subscrição, quer os depoimentos prestados na fase organicamente administrativa, quer os depoimentos prestados na audiência de julgamento.

Assim, relativamente à AR Telecom, foram ouvidos, na fase organicamente administrativa, Tiago Nuno da Franca Ribeiro de Oliveira Santos, diretor do departamento de marketing e grandes contas, e Sofia Rodrigues Pereira de Bastos Gaspar, diretora financeira e de regulação a partir de 2010 (fls. 10928 a 10931). Esclareceram, a propósito, o seguinte: “[confidencial].

Relativamente à Sonaecom foram inquiridas, na fase organicamente administrativa, Ana Paula Garrido de Pina Marques, administradora responsável pela área de conteúdos audiovisuais para a televisão da Optimus – Comunicações, S.A., e Susanna Barbato, diretora do departamento de marketing da Sonaecom (fls. 10934 a 10937). Referiram, a propósito, o seguinte: “(...) [confidencial].

Em relação à PT Comunicações (PTC) foram inquiridos, na fase organicamente administrativa, Pedro Humberto Monteiro Durão Leitão, administrador executivo da Portugal Telecom, SGPS, S.A. (PT) e membro do conselho de administração da PTC, Vera de Moraes Pinto Pereira, responsável pela direção de produto TV da PTC, e Rita de Sampaio Nunes, responsável pela direção da concorrência da PT (fls. 11059 a 11061). Nessa fase não fizeram qualquer referência relativamente aos factos em questão. Contudo, na audiência de julgamento, Vera Pereira referiu que [confidencial]. Por sua vez, Pedro Leitão referiu que os canais Sport TV são [confidencial].

Quanto à Cabovisão foi inquirida, na fase organicamente administrativa, Daniela Bruto da Costa Antão, diretora adjunta e de regulação (cfr. fls. 10932 e 10933). O seu depoimento não pode ser valorado pois, conforme se apurou em audiência de julgamento, está a coberto do segredo profissional tutelado pelo art. 87º, do Estatuto da Ordem dos Advogados, não tendo sido obtida autorização para o efeito. Em todo o caso, em audiência de julgamento, foi inquirido João Zuquete



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Mendes Jesus da Silva, diretor financeiro desde junho de 2011 e diretor geral desde 2012. Referiu que os canais Sport TV [confidencial].

Quanto à Vodafone foi inquirido, na fase organicamente administrativa e em audiência de julgamento, António Manuel da Silva Margato, responsável pelo departamento *home communications* (serviços fixos) da referida empresa desde 2008/2009 (cfr. fls. 10924 a 10927). No seu primeiro depoimento referiu que “[confidencial]”. Em audiência de julgamento referiu, a propósito, que, [confidencial].

Por último, relativamente à ZON TV Cabo foi inquirido Luís Miguel Gonçalves Lopes, administrador e responsável pelo negócio de telecomunicações desta empresa a partir de 2007 e que atualmente trabalha para a Vodafone (fls. 10943 a 10945). Na fase organicamente administrativa referiu que “*a procura dos canais está muito dependente de diversos fatores, como a sazonalidade, o tipo de ano ao nível da realização de eventos desportivos de relevo, quer no campeonato nacional, quer internacional e europeu (Campeonatos da Europa e Mundiais), o tipo de resultados desportivos de determinadas equipas com grande massa de adeptos*”. Em audiência de julgamento afirmou que o futebol, em particular da Primeira Liga, tem uma relevância essencial. [confidencial].

Analisados os depoimentos descritos verifica-se que os mesmos convergem quanto à importância crucial do desporto e, em particular, dos canais Sport TV para os operadores de televisão por subscrição para a credibilização da oferta e quanto à inexistência, no período de referência, de outros canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*. É certo que há depoimentos mais impressionantes do que outros, na afirmação destes factos, designadamente os depoimentos das pessoas relacionadas com a AR Telecom, com a Cabovisão, com a PTC e com a Vodafone. Considera-se que os seus depoimentos espelham de forma mais exata esta realidade e mereceram plena credibilidade, pois há elementos no processo que corroboram as afirmações efetuadas pelas mesmas, designadamente o facto de alguns destes



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

operadores terem pago à Sport TV, por subscritor, preços superiores àqueles que cobraram aos seus clientes. Não se tratou de uma situação pontual, mas reiterada. Estes dados de facto tornam evidente e incontornável a constatação de que os canais Sport TV eram cruciais para a oferta dos operadores de televisão por subscrição, designadamente pelas razões referidas pelas testemunhas, pois, caso contrário, não haveria racional económico para justificar o comportamento desses operadores, que, durante vários períodos, suportaram “*margens negativas*”. Importa ainda salientar, quanto à credibilidade das testemunhas referidas, que o facto de algumas das testemunhas não terem acompanhado todo o relacionamento existente entre a arguida e os operadores respetivos durante o período de referência e não terem participado na negociação dos contratos não invalida os seus depoimentos, pois estão em causa factos internos das empresas em questão, relacionados com as suas políticas, estratégias e relações comerciais, de apreensão fácil e necessária pelas pessoas com responsabilidade na área envolvida.

Ainda quanto ao facto dos canais Sport TV serem os únicos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium* durante o período de referência, é verdade que existiam outros canais de acesso condicionado e não condicionado com assinatura “*temáticos de desporto*”, designadamente aqueles que a arguida elenca no art. 155º do recurso. A decisão impugnada não nega este facto (cfr. parágrafo 430). Contudo, quanto aos canais integrados no pacote-base da televisão por subscrição não são, por definição, canais de acesso condicionado. No que respeita aos canais de acesso condicionado, tais como o “MUTV”, “Chelsea TV”, “Real Madrid TV”, “Barça TV” e “Inter Channel”, que a [confidencial], não se podem considerar, face à prova produzida, canais com conteúdos desportivos *premium*. É certo que a PTC, na referida comunicação, afirma que tais canais iriam constituir, a partir de 15 de janeiro (supõe-se de 2010 pela ausência da referência ao ano) [confidencial]. O pagamento desta contrapartida permite qualificá-los como canais de acesso condicionado. Contudo, a diferença de preço para o subscritor entre



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

estes canais e os canais Sport TV denuncia a diferença de conteúdos e a sua natureza *premium* ou não *premium*.

Para além disso, retirou-se dos depoimentos das testemunhas inquiridas, em particular dos depoimentos de Pedro Leitão, António Margato e Luís Lopes, que um dos fatores de particular interesse nos canais Sport TV residia sobretudo na transmissão de jogos da primeira liga portuguesa, ou seja, de jogos das equipas nacionais. É também um facto da perceção comum que os jogos das equipas nacionais despertam particular interesse no público interessado em conteúdos desportivos. Isto mesmo está patente nos relatórios e contas de 2004 a 2012 apresentados pela arguida, ao salientar o seguinte: “*No plano nacional, os direitos televisivos exclusivos dos jogos da Super Liga de Futebol assegurados pela Sport TV continuaram a representar o seu produto mais representativo e decisivo para o desenvolvimento de um canal temático de desporto sendo transmitidos em direto e em exclusivo quatro jogos por jornada*” (relatório e contas de 2004, fls. 4247 da versão não confidencial). Afirmções similares constam: no relatório e contas de 2005, fls. 4313 (versão não confidencial); no relatório e contas de 2006, fls. 4389 (versão não confidencial); no relatório e contas de 2007, fls. 4468 (versão não confidencial); no relatório e contas de 2008, fls. 4546 (versão não confidencial); no relatório e contas de 2009, fls. 4631 (versão não confidencial); no relatório e contas de 2010, fls. 11219 (versão não confidencial); e no relatório e contas de 2011, fls. 14466 (versão não confidencial).

Mas não eram apenas os jogos da Primeira Liga Portuguesa que os canais Sport TV ofereciam. Efetivamente, a arguida também transmitia jogos de outras competições de futebol profissional nacionais e internacionais de elevada audiência, que não eram transmitidos pelos referidos canais de acesso condicionado e não condicionado com assinatura. Mais uma vez os relatórios e contas apresentados pela arguida espelham esta realidade, salientando-se os seguintes eventos: no ano de 2006, a arguida transmitiu, em direto, 64 dos jogos do Campeonato do Mundo de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Futebol FIFA 2006, na Alemanha, o que considerou *“mais um marco na qualidade e exclusividade da programação da Sport TV”* – cfr. fls. 4387 (versão não confidencial); em 2008, a arguida transmitiu a totalidade dos 31 jogos do Campeonato da Europa de Futebol EURO 2008 – cfr. fls. 4545 (versão não confidencial); entretanto, no plano nacional, a arguida adquiriu os direitos de transmissão de alguns jogos da Taça de Portugal e da Taça da Liga, *“transmitindo assim [nas suas próprias palavras] as competições de futebol profissional mais importantes que se realizam em Portugal”*, o que incluía jogos das equipas portuguesas na Taça UEFA e também de alguns jogos da Liga de Honra (II Liga) – cfr. fls. 4546 (versão não confidencial); em 2010, a arguida transmitiu o Campeonato do Mundo Futebol FIFA 2010, disputado na África do Sul, tendo salientado ter sido *“a única estação de televisão portuguesa a transmitir todos os jogos da competição e pela primeira vez em HD”* – cfr. fls. 11217.

Quanto ao Benfica TV, importa salientar que apenas se tornou num canal de acesso condicionado em junho/agosto de 2013, sendo certo que Rui Miguel de Campos Soares Marques, diretor de planeamento e controlo de gestão da arguida, da arguida, referiu que [confidencial].

Não há, assim, dúvidas que a arguida, mercê da aquisição dos respetivos direitos de transmissão, agregava um conjunto de conteúdos desportivos nacionais e internacionais de elevado interesse, ou seja, *premium* e que era o único canal de acesso condicionado com esse tipo de conteúdos. Aliás, a própria arguida aceita este facto (cfr. arts. 130º e 195º, do recurso), opondo-se apenas à limitação do mercado relevante quanto ao produto a essas características específicas.

Os factos em apreço constam também no estudo da Maksen já referido.

Alega a arguida que a afirmação, *“por parte de alguns operadores de televisão por subscrição no sentido de que os canais SPORT TV seriam um "must have" e de que não existiriam alternativas no mercado (...) é logicamente contraditória (até pelo racional económico associado) com a dificuldade revelada*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

por esses operadores, de atingir os níveis de penetração que foram exigidos pela Arguida no período de referência” (art. 147º), argumento que reitera no art. 615º.

Não se concorda com a arguida, não existindo qualquer contradição lógica, pois conforme resulta dos depoimentos referidos a importância dos canais Sport TV não se limitava aos subscritores destes canais, mas à credibilidade da oferta. Mais uma vez se salienta que o facto de alguns operadores terem mantido os canais Sport TV mesmo quando recebiam por subscritor um preço inferior àquele que pagavam à arguida é uma evidência incontornável da essencialidade desses canais. Por conseguinte, não era necessário realizar diligências adicionais de prova para apuramento da factualidade em análise, uma vez que dispomos de factos reais e concretos ocorridos durante anos. Ora, não há elemento mais seguro para se concluir pela veracidade dos factos referidos que não seja a realidade ocorrida durante o período de referência e o concreto comportamento dos operadores de televisão.

No que respeita ao facto dos canais Sport TV terem [confidencial] subscritores e apresentarem níveis de audiência [confidencial] remetemos para as considerações já tecidas a propósito da análise destes argumentos no âmbito das preferências dos consumidores.

No que concerne ao interesse dos conteúdos desportivos para a angariação de receita *premium* (cfr. ponto 26), é certo que as receitas dos operadores de televisão provêm sobretudo dos pacotes-base, que implicam um número de subscritores muito mais elevado, e também, segundo referiu [confidencial]. Contudo, isso não significa que os operadores de televisão por subscrição não tivessem interesse nos canais Sport TV para angariação de receita *premium*. Conforme esclareceu, de forma elucidativa, [confidencial]. O depoimento de [confidencial] foi igualmente elucidativo, [confidencial]. Estes depoimentos são demonstrativos daquilo que consideramos ser o padrão de comportamento razoável neste mercado, designadamente que, dispondo de margens de distribuição atrativas, os operadores têm interesse na distribuição dos canais Sport TV, não apenas pela necessidade de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

garantir a competitividade da oferta, mas também para obtenção de receitas. O único elemento dissonante, neste contexto, foi o depoimento de [confidencial]. Em audiência de julgamento, foi possível concluir que, no âmbito específico dos canais Sport TV, essa afirmação se deve ao facto da testemunha entender que a margem de comercialização [confidencial]. Por conseguinte, considera-se que também em relação a este operador é correto concluir-se que teria interesse nos canais Sport TV, enquanto fator gerador de receitas, se considerasse as margens de distribuição “*interessantes*”. Assim sendo e dada a importância dos conteúdos desportivos nas preferências dos consumidores e do facto de não serem substituíveis por conteúdos de natureza diferente (conforme resulta dos depoimentos das testemunhas aos quais já se referência), consideram-se exatos os factos vertidos no ponto 26).

Pontos 29) e 30): os factos em apreço foram retirados dos relatórios e contas apresentados pela arguida, salientando-se os seguintes eventos: - em junho de 2005, a arguida garantiu em exclusivo os direitos de transmissão televisiva da totalidade dos 64 jogos da competição FIFA World Cup 2006, tendo sido a Televisão Oficial em Portugal dessa competição (relatório e contas de 2005, fls. 4304, versão não confidencial); - no ano de 2005, a arguida já detinha os direitos exclusivos dos jogos da Liga Portuguesa de Futebol (relatório e contas de 2005, fls. 4313); - em maio de 2006, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva da Liga dos Campeões da UEFA para as épocas 2006/2007 a 2008/2009 (relatório e contas de 2006, fls. 4378); - em julho de 2006, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva de todos os jogos a partir dos quartos de final da Taça UEFA para as épocas 2006/2007 a 2008/2009 (relatório e contas de 2006, fls. 4379); em novembro de 2006, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva do Campeonato da Europa de Futebol UEFA Euro 2008 (relatório e contas de 2006, fls. 4379); - em julho de 2007, a arguida garantiu direitos de transmissão televisiva na Taça da Liga Portuguesa de Futebol para as épocas de 2007/2008 a 2009/2010 (relatório e contas de 2007, fls. 4458); - em junho de 2008, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

da Liga Portuguesa de Futebol Profissional para as épocas 2008/2009 a 2011/2012 (relatório e contas de 2008, fls. 4534); - em outubro de 2008, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva da totalidade dos 146 jogos, 128 dos quais em exclusivo, da Liga dos Campeões da UEFA, para as épocas 2009/2010 a 2011/2012 (relatório e contas de 2008, fls. 4534); - em dezembro de 2008, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva da UEFA Europa League, competição que substitui a Taça UEFA a partir da época 2009/2010, de mais de 200 jogos por época, 190 dos quais em exclusivo (relatório e contas de 2008, fls. 4534); - em novembro de 2009, a arguida garantiu os direitos de transmissão televisiva da totalidade dos jogos do Campeonato Europa de Futebol EURO 2012 (relatório e contas de 2009, fls. 4615); - em janeiro de 2010, a arguida garantiu os direitos de exploração televisiva da Liga Portuguesa de Futebol para a época 2012/2013 (cfr. Relatório e Contas de 2010, fls. 11202); - em setembro de 2010, a Sport TV adquiriu os direitos de transmissão televisiva da Taça de Portugal em Futebol para a época 2010/2011 (Relatório e Contas de 2010, fls. 11203); - em outubro de 2011, a arguida garantiu os direitos de transmissão dos jogos da Liga dos Campeões das épocas 2012/2013, 2013/2014 e 2014/2015 (relatório e contas de 2011, fls. 14451); - em dezembro de 2011, a arguida garantiu os direitos de transmissão dos jogos UEFA EUROPA LEAGUE das épocas 2012/2013, 2013/2014 e 2014/2015, a segunda mais importante competição de clubes organizada pela UEFA (*idem*).

Ponto 31): os factos em apreço retiram-se dos contratos de aquisição de direitos de transmissão televisiva juntos aos autos (cfr. fls. 8647 a 8706 e bem assim da cadeia de valor reproduzida pela arguida no recurso de impugnação (cfr. art. 173º).

Pontos 32) e 33): os factos indicados estão documentados no relatório do ICP-ANACOM “Situação das Comunicações 2010”, a fls. 11740 e verso e 11741.

Ponto 34): as quotas de mercados dos operadores de televisão por subscrição está disponível na página da internet do ICP-ANACOM, no endereço



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1127309> (relatório relativo à Situação das Comunicações em 2011).

Pontos 35) a 37): os dados constantes neste ponto, relativos ao parque médio de subscritores Sport TV dos operadores de televisão em questão, foram retirados os elementos fornecidos pela arguida, em formato eletrónico, que constam no suporte informático, junto a fls. 9007-A e também dos relatórios anexos às faturas emitidas pela arguida, que constam a fls. 1028 a 1533, 2185 a 2481, 2561 a 2859, 2931 a 3084, 3085 a 3608, 8405 a 8545, 8573 a 8646, 8926 a 8933 e 8946 a 8952, 9009 a 9214.

O gráfico reproduzido no ponto 37) é revelador da existência de quebras de adesão durante o ano, que ocorrem sobretudo nos meses de junho/julho, o que está relacionado com o fim e o início das competições mais relevantes.

Pontos 38) e 39): o número, o tipo de canais e a sua conjugação incluídos na oferta da arguida foram retirados das informações prestadas pela própria, que constam, a fls. 8986 e 8987 dos autos, não havendo razões para duvidar da sua exatidão, uma vez que as faturas e relatórios a que já se fez referência refletem estes factos.

Pontos 40) a 43): os factos em apreço foram retirados das cópias dos contratos respetivos, que se mostram juntas a fls. 4691 a 4947, 5013 a 5049, 5132 a 5135, 5171 a 5195, quanto aos operadores que foram adquiridos pela ZON TV Cabo, e a fls. 4763 a 4796 e 5480 a 5524 (AR Telecom), fls. 4866 a 5009 e 5525 a 5571 (Cabovisão), 4866 a 4903 e 5572 a 5616 (ZON TV Cabo), 5572 a 5571 (PTC) e 5831 a 5890 (Vodafone). Os aditamentos estão juntos a fls. 11184 a 11190 (AR Telecom), 11309 a 11319 (Vodafone), 11321 a 11331 (PTC), 1136 a 11346 (Optimus), 11438 a 11451 (ZON TV Cabo) e 11453 a 11464 (Cabovisão).

Foram igualmente consideradas as informações disponíveis na página da internet da AdC a propósito das operações de concentração nº 56/2007 e 21/2008.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Pontos 44) a 57): a factualidade vertida nestes pontos, relativa às negociações e aditamentos que conduziram à eliminação da TPM e dos NAM está documentada nas informações prestadas por Rolando António Durão Ferreira de Oliveira, administrador da arguida, e Rui Miguel de Campos Soares Marques, diretor de planeamento e controlo de gestão da arguida (fls. 8970), nas informações da arguida de 02.08.2011, fls. 11165 e 11166, de 14.10.2011, fls. 11306-11307, de 21.10.2011, 11333, e de 18.11.2011, fls. 11435-11436, nas cópias dos respetivos aditamentos e na confirmação da receção de elementos fornecidos pela Optimus, de fls. 11049.

Pontos 58) a 235): os factos relativos aos diversos componentes do sistema remuneratório que a arguida aplicou durante o período de referência e aos dados concretos relativos aos mesmos foram retirados dos contratos juntos aos autos, da informação digitalizada apresentada pela arguida e das faturas e respetivos relatórios, aos quais já se fez referência na fundamentação dos pontos 35) a 37).

Pontos 236) a 243): os pontos em apreço reproduzem parte das declarações que António Margado prestou na fase organicamente administrativa, às quais já se fez referência, e que confirmou em audiência de julgamento, não havendo razões para duvidar da credibilidade testemunha.

Pontos 244) a 256): os pontos indicados reproduzem parte das declarações prestadas por Tiago Nuno da Franca Ribeiro de Oliveira Santos e Sofia Rodrigues Pereira de Bastos Gaspar, na fase organicamente administrativa, às quais já se fez referência, e que, no essencial, foram confirmadas em audiência de julgamento pela segunda testemunha, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade.

Pontos 257) a 259) e alínea a): conforme já referido, o depoimento de Daniela Antão, do qual a AdC extraiu os factos em apreço, prestado na fase organicamente administrativa, não pode ser tido em consideração. Contudo, os factos dados como provados encontram apoio noutros meios de prova, designadamente na comunicação, cuja cópia se mostra junta a fls. 11074 a 11077, remetida pela Cabovisão à arguida, com data de 09.05.2011, cuja receção é



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

confirmada pela Sport TV na carta de fls. 11073, no aditamento contratual que elimina os mínimos e na queixa apresentada pela Cabovisão, na qual esta empresa aborda a questão da exigência de aprovação prévia de campanhas promocionais (cfr. fls. 12433), sendo também razoável admitir que a redução do prazo de pronúncia introduzido no último aditamento tenha sido acolhida de forma positiva pela Cabovisão.

Pontos 260) a 271): os pontos indicados reproduzem as declarações prestadas por Ana Paula Garrido de Pina Marques, Susanna Barbato e Vasco Arzich da Gama, prestados na fase organicamente administrativa. Em audiência de julgamento, o depoimento de Ana Paula Marques não foi tão contundente como o teor das declarações exaradas a fls. 10934 a 10936. Efetivamente, referiu que a [confidencial]. Confrontada com o teor da carta junta a fls. 11022 e 11023, subscrita por si, designadamente com as expressões, “[confidencial], confirmou que a Optimus sempre pugnou pela eliminação dos mínimos e confirmou os cálculos relativos aos prejuízos no montante aproximado de [confidencial]. Contudo, deu a entender que tais afirmações foram escritas de forma propositadamente exagerada, como é normal num processo negocial. No essencial, Ana Paula Marques revelou uma postura mais empática com a conduta da arguida do que aquela que foi assumida, conjuntamente com as demais testemunhas referidas, na fase organicamente administrativa. Ora, há um fator perturbador que ocorreu entretanto, designadamente a fusão entre a ZON e a Optimus, de conhecimento público. Pese embora a testemunha tenha referido expressamente que esse fator não condicionava o seu depoimento, afigura-se evidente, em face do confronto entre os depoimentos referidos, o contrário. A razão pela qual se considera que as declarações prestadas na fase organicamente administrativa foram mais exatas e, por isso, atendidas, em detrimento das afirmações conflitantes efetuadas por Ana Paula Marques em audiência de julgamento, deve-se à circunstância da Optimus ter pago, em muitos meses, preços por subscritor superiores ao PVR, com margens de comercialização



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

negativas. Neste contexto, não é minimamente credível que, ainda que se considere a rentabilidade do pacote como um todo (conforme salientou a testemunha) esta situação, podendo ocorrer em relação a outros canais, fosse comum e que, por isso e por comparação com as margens recebidas por outros operadores (designadamente a ZON TV Cabo), não tenha assumido [confidencial] como referiu a testemunha.

Pontos 272) e 273): os factos indicados neste ponto foram retirados dos depoimentos prestados por Pedro Leitão e Vera Pereira, na fase organicamente administrativa, versão não confidencial (fls. 11059 a 11061), que não foram contrariadas pelos seus depoimentos prestados em audiência de julgamento, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade.

Pontos 274) a 278): estes pontos reproduzem parte do depoimento prestado por Luís Monteiro, na fase organicamente administrativa, e que, no essencial, foi confirmado em audiência de julgamento. Salienta-se apenas, quanto à pirataria que o mesmo referiu, em julgamento, que, relativamente às tecnologias recentes, “*não há grandes problemas*”, revelando uma perspetiva da questão aparentemente diversa daquela que expressou na fase organicamente administrativa. Contudo, dado não existir contradição efetiva, uma vez que tais afirmações não atestam a fiabilidade plena das tecnologias recentes, mantiveram-se as declarações prestadas na fase referida.

Ponto 279) e alínea b): conforme ensinava Cavaleiro Ferreira “existem elementos do crime [leia-se contraordenação] que, no caso da falta de confissão, só são suscetíveis de prova indireta como são todos os elementos de estrutura psicológica”¹⁷. É o caso do dolo e da consciência da ilicitude.

Começando pelo dolo, considera-se não haver qualquer dúvida no sentido de que a arguida tinha noção da sua posição dominante, por três razões essenciais.

Em primeiro lugar, a Sport TV tinha consciência da unicidade do seu produto. É uma evidência disso as afirmações que efetuou em resposta a um pedido

¹⁷ *Apud* acórdão da Relação de Lisboa de 08.02.2012, proc. nº 272/11.5TTBRR.L1-4, *in* www.dgsi.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

de elementos efetuado pela AdC, em 23.06.2006, na operação de concentração n.º 08/2006 – Sonaecom/PT, no qual escreveu, entre o mais, o seguinte: “[confidencial].” (fls. 9232, sublinhado introduzido pela signatária).

Em segundo lugar, é também um reflexo, enquanto manifestação necessária, dessa consciência de ter poder de mercado, a postura que a arguida assumia em relação aos operadores no que respeita às suas reivindicações a propósito das cláusulas contratuais mais penalizadoras para estes, designadamente os escalões de desconto e os mínimos.

Efetivamente, a maior partes dos operadores relataram, através dos depoimentos de [confidencial]. Também, na fase organicamente administrativa, Ana Paula Marques, Susanna Barbato e Vasco da Gama (Optimus) referiram que não [confidencial]. Para além disso, mostram-se juntas aos autos diversas comunicações remetidas pela Cabovisão à Sport TV, designadamente em 15.11.2007, em 25.02.2008, em 07.05.2008 e em 24.07.2009 (cfr. fls. 12139, 12142-12143, 12154 e 12157), [confidencial].

É certo que a Cabovisão, em 12.06.2010, celebrou com a arguida um [confidencial].

Considera-se que todos os meios de prova referidos são credíveis, pois são consistentes e convergentes, não tendo sido abalados pela demais prova produzida.

Efetivamente, apenas [confidencial]

É certo também que Rui Marques caracterizou a relação da arguida com os operadores como [confidencial].

Os dados de facto sobre o sistema remuneratório aplicado pela arguida durante o período de referência, em conjugação com os contratos celebrados e o depoimento de Rui Marques, são demonstrativos de que, [confidencial].

É certo que a TPM e os NAM foram, entretanto, eliminados, mas tal sucedeu no âmbito do procedimento oficioso instaurado para averiguação da eventual violação dos compromissos assumidos pela arguida na operação de concentração. É



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

evidente que, pese embora Rui Marques tenha afirmado que eliminaram os mínimos [confidencial], o fator desencadeador desta alteração foi a intervenção da AdC, dada a coincidência temporal entre os dois factos e a circunstância das alterações terem acolhido, no essencial, [confidencial], conforme resultou do depoimento de Paulo Sérgio Quinares Gonçalves, diretor adjunto desde 2009 do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC.

Em terceiro lugar, o depoimento de Rui Marques sobre este ponto não mereceu credibilidade. A testemunha, quando questionada no sentido de esclarecer se a Sport TV era monopolista, referiu que não, por duas razões. Em primeiro lugar, porque concorre com variadas entidades, designadamente todos os canais de televisão para os quais é exigida uma contrapartida. Justificou a sua afirmação, referindo que *as famílias/pessoas fazem opções*. Não é credível que a testemunha pudesse estar efetivamente convencida da razoabilidade deste argumento, pois a sua aplicação conduziria ao absurdo de se considerar que a arguida concorre com todas as empresas que prestam serviços ou oferecem produtos ao consumidor final, uma vez que as famílias/pessoas têm de fazer opções. Em segundo lugar, referiu que há outros canais com conteúdos desportivos *premium*, que são canais abertos e que concorrem com “*armas diferentes*”. Também se considera não ser credível que a testemunha estivesse convencida da razoabilidade deste argumento, pois o mercado da televisão *free-to-air* e o mercado da televisão por subscrição são substancialmente diferentes. O primeiro concorre essencialmente pelas receitas publicitárias e o segundo pelos subscritores. Acresce que a reação do consumidor ao preço do produto é um dos indicadores mais relevantes para a aferição da existência ou não de substituíbilidade de um produto. Por conseguinte, comparar um produto gratuito para o consumidor final com um produto que implica um pagamento mensal específico e considerar que existe substituíbilidade não é razoável. Dado o cargo e a experiência da testemunha não se considera credível que o mesmo não tenha efetuado esta ponderação. Ora, Rui Marques, na qualidade de Diretor de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Planeamento e Controlo de Gestão da arguida, reflete o conhecimento e representação que esta tinha dos factos.

Por razões de lógica necessária, é evidente que a arguida tinha noção de que o sistema remuneratório aplicado conduzia a preços médios efetivos distintos por subscritor de operador por operador, uma vez que os critérios de determinação do preço, determinados e aplicados pela própria, continham vários elementos diferenciadores. O facto da ZON TV Cabo ser sua acionista também afasta qualquer dúvida quanto ao conhecimento pela arguida das margens de comercialização obtidas por esta.

Rui Marques confirmou que sabiam que alguns operadores pagavam por subscritores fictícios. No que respeita especificamente ao facto de alguns operadores terem margens de comercialização inferiores ao primeiro escalão e negativas (ou seja, preços médios efetivos superiores ao PVR), a testemunha afirmou que apenas tiveram consciência das margens negativas quando foram confrontados com esse facto pela AdC, no âmbito do procedimento oficioso. Tal afirmação não se considera credível, pois a arguida dispunha de toda a informação necessária e há situações em que a diferença é muito elevada, designadamente em relação à AR Telecom e à Optimus. Pese embora [confidencial].

É também uma evidência, que se extrai da aplicação de parâmetros de normalidade e razoabilidade, não infirmados pela prova produzida, que a arguida não podia deixar de ter noção de que a aplicação de preços médios efetivos por subscritor, distintos de operador para operador, introduzia um fator de desequilíbrio no mercado da televisão por subscrição, pois aquilo que efetivamente importava era o preço médio efetivo pago, a final, por cada subscritor, uma vez que este era o fator determinante da margem de comercialização do operador. O facto da arguida integrar, na sua estrutura acionista, um dos operadores de televisão reforça esta conclusão. Por conseguinte, as afirmações de Rui Marques no sentido de que o modelo não era discriminatório, porque era igual para todos e que isso foi uma



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

preocupação da arguida ou as alegações da arguida no sentido de que os mínimos impostos implicavam um esforço proporcional e eram justos, designadamente por considerar as tecnologias mais recentes, não mereceram credibilidade.

Ainda no plano do dolo, a defesa da arguida é uma evidência de que a mesma aplicou este sistema remuneratório por ser essa a sua vontade. É certo que alega que, no seu entendimento, a decisão proferida pela AdC, no processo de concentração, implicava a aplicação de escalões de descontos. Rui Marques também afirmou que estavam convencidos que, devido aos compromissos assumidos, não podiam deixar de assentar o modelo remuneratório em escalões. Contudo, a verdade é que a própria apresenta outros argumentos para justificar o sistema de escalões e os escalões foram definidos por si, pelo que se conclui que essa componente do sistema também reflete a sua vontade.

Não se duvida igualmente de que a arguida tinha noção de que o sistema remuneratório aplicado lhe permitia obter vantagens que, com toda a probabilidade, não teria lograr alcançar num mercado em que sofresse pressão concorrencial.

Efetivamente, é inverosímil que a arguida não tivesse essa noção, porque é evidente para qualquer grossista, que o interesse do retalhista é ter margens de comercialização razoáveis. Se o grossista depende do retalhista para chegar ao consumidor final e está sujeito a pressão concorrencial, o que é normal, lógico e razoável, num sistema remuneratório de partilha de receitas, com um preço de venda recomendado, é que o grossista partilhe as receitas com o retalhista, garantindo-lhe margens de distribuição compensatórias, sob pena dos clientes optarem pelos fornecedores alternativos. Por conseguinte, o que é normal e expetável é que a remuneração assente sobre o produto ou serviço transacionado e não sobre produtos ou serviços fictícios, que eliminem essas margens.

Dir-se-á, para contrariar tais asserções, que a arguida não impedia os operadores de fixarem um preço superior ao PVR. É verdade. Contudo, mais uma vez se salienta que o facto de um dos operadores de televisão por subscrição integrar



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

a sua estrutura acionista, torna inverosímil que a mesma não tivesse noção de que os [confidencial], era certamente um fator que condicionava a estratégia comercial dos restantes operadores e o espaço de manobra para subirem o preço. Para além disso, a arguida, ao fixar um PVR, está a dar indicações acerca do mercado potencial mais vantajoso.

Quanto à consciência da ilicitude, a arguida não alega desconhecimento das normas legais aplicáveis, o que, aliás, seria inverosímil, uma vez que são normas básicas de parametrização da atividade de qualquer empresa estruturada, organizada e com a dimensão da arguida, cuja estrutura acionista resultou inclusive de uma operação de concentração, com intervenção da AdC.

O que importa, assim, apurar é o juízo de ilicitude concreto.

Neste âmbito, aceita-se como razoável que a arguida estivesse convencida da licitude dos escalões de desconto, pois é incontornável que a decisão da AdC, no processo de concentração nº 47/2003, fazia referência a escalões de desconto em função do número de subscritores e não os condicionava apenas aos investimentos com escala e aos serviços prestados pelos operadores.

Já no que respeita à TPM e aos NAM a conclusão é incontornavelmente distinta, considerando-se que estes são os verdadeiros elementos problemáticos do sistema remuneratório da arguida.

Alega a arguida que o desvalor da ilicitude, no caso, pressupõe “*um juízo de discricionabilidade técnica, na medida em que depende da qualificação como objetivos e proporcionais dos fundamentos que estão na base da diferenciação resultante da aplicação do modelo remuneratório em análise*”. Daqui conclui que o desvalor assenta “*na visão do intérprete. Ou seja; não há uma valoração abstrata da conduta – Identificável apriori por qualquer agente medianamente diligente - mas um desvalor que resulta apenas de uma avaliação à escala concreta, feita com base em juízos técnicos/económicos, cuja defensabilidade em termos objetivos pode não ser inequívoca*”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Aceita-se que estamos perante normas que impliquem juízos técnicos/económicos. Contudo, os destinatários dessas normas são empresas, cuja atividade se norteia por juízos técnicos e económicos, pelo que o desvalor de ilicitude deste tipo de condutas está ao seu alcance, sendo certo que – não se colocando a questão do conhecimento ou desconhecimento da norma – não é exigível “uma consciência da ilicitude em um preciso sentido jurídico”¹⁸. Basta uma “valoração paralela” na esfera das empresas¹⁹.

Considerando este critério e sem entrar em linha de conta, neste momento, com os desenvolvimentos ocorridos no processo de monitorização, entende-se não ser verosímil que a arguida não tivesse noção de que os efeitos produzidos pelos referidos mínimos ultrapassavam, inequivocamente, o limite da legalidade e que se traduziam no claro exercício abusivo do poder de mercado que detinha. Os efeitos a que nos estamos a reportar são preços médios de remuneração com margens de comercialização abaixo do 1º escalão de desconto e negativas, efeitos esses que não afetaram a ZON TV Cabo. Facto este do qual a arguida não poderia deixar de ter conhecimento, considerando que esta operadora era e é sua acionista.

Entende-se que é inverosímil que a arguida não tivesse essa noção, uma vez que os efeitos da aplicação da TPM e dos NAM ferem, de forma flagrante, aquela que é uma lógica de funcionamento comercial expectável num mercado em que existe pressão concorrencial. Ou seja, no que respeita à TPM e ao NAM, não se trata de uma situação que esteja no limiar, mas de componentes do sistema remuneratório da arguida que, devido aos efeitos concretos que geraram, são um reflexo manifesto do exercício de poder de mercado.

Dir-se-á, para contrariar as asserções precedentes, que existe justificação e/ou que a arguida estava convencida disso, designadamente da razoabilidade das

¹⁸ Jorge de Figueiredo Dias, in Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 549.

¹⁹ Cfr. fórmula utilizada por Figueiredo Dias, ob. cit., pág. 549, adaptada aos destinatários das normas em causa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

justificações que alega na sua defesa. Também não se considera verosímil esta asserção, pois não é credível que a arguida, dada a sua dimensão, não tivesse noção de que a viabilidade de um negócio ou a recuperação de um investimento não podem ser alcançados de qualquer forma, designadamente através de meios desproporcionais, sem tentar esgotar outros mecanismos menos suscetíveis de introduzirem fatores de desequilíbrio no mercado a jusante ou menos equitativos e penalizadores para os operadores mais afetados. Não há evidência de que a arguida o tenha feito. É certo que alega a falência dos escalões de desconto para incentivar os operadores mais pequenos a promoverem os canais. Contudo, nada refere quanto à possibilidade de ter reequacionado os escalões de desconto.

No que respeita à dupla marginalização, tal argumento não foi equacionado pela arguida, conforme esclareceu Cristina Cafarra, sendo da sua autoria (cfr. parecer CRA) e como resultou dos depoimentos de Rolando Oliveira e de Rui Marques, que não fizeram qualquer referência a esta questão.

A pirataria deixou de ser um problema com representatividade a partir de 2006, com a digitalização da rede, conforme se esclarece na resposta dada a estes factos, pelo que é inverosímil que a arguida estivesse convencida da razoabilidade desta justificação quando decidiu aplicar os mínimos. Note-se que na explicação apresentada, em 2005, à AdC, a propósito da TPM, a arguida não faz referência à pirataria (fls. 17172 a 17174).

No que respeita ao efeito *free-riding* e ao valor intangível dos canais Sport TV, já se esclareceu, na resposta ao ponto 26), que os operadores de televisão por subscrição não tinham interesse nos canais Sport TV apenas para assegurarem o potencial competitivo da sua oferta, considerando-se inverosímil que a arguida não tivesse noção que, caso as margens de distribuição fossem interessantes, os operadores teriam todo o interesse – para além do fator relacionado com a credibilidade da oferta – em comercializar os seus canais. O facto da ZON TV Cabo integrar a sua estrutura acionista confirma esta asserção. Também não se considera



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

credível que a arguida não tivesse consciência de que, num mercado onde todos os operadores comercializam o seu produto, os canais Sport TV não eram um elemento diferenciador pela positiva, entre os vários operadores, mas pela negativa, conforme bem salienta Paula Sarmento, no seu parecer. E que, por conseguinte, incluir os canais Sport TV na oferta “não permite a obtenção de benefícios intangíveis superiores aos dos operadores concorrentes” (cfr. fls. 17484). Acresce que, também como evidencia Paula Sarmento, concordando-se, na íntegra, com tais asserções, a arguida precisava das redes de distribuição disponibilizadas pelos operadores para vender os seus canais (cfr. fls. 17484). Ora, não é verosímil que a arguida não tivesse noção disto e que estivesse efetivamente convencida que o valor da sua imagem e marca justificassem que introduzisse no mercado a jusante fatores de desequilíbrio tão pronunciados, como aqueles que resultaram dos preços médios efetivos por subscritor que aplicou aos operadores.

Quanto ao facto dos mínimos serem uma prática normal do mercado, a prova produzida aponta efetivamente no sentido de que existiam outros canais com aplicação de mínimos, mas não é concludente no sentido de que as condições de aplicação eram similares ou tinham efeitos similares àqueles que eram aplicados pela arguida.

Assim, Sofia Gaspar (AR Telecom) [confidencial]. António Margato (Vodafone) referiu, por contraposição ao modelo de negócio da arguida, que “[confidencial]. Pedro Leitão (PTC) referiu que, nos outros canais *premium*[confidencial]. Luís Lopes (ZON TV Cabo) referiu que é [confidencial]. Ana Paula Marques, conforme já referido, afirmou que [confidencial].

Em todo o caso, mesmo que fossem aplicados mínimos, não é verosímil que seja uma prática normal de mercado a aplicação de mínimos com os mesmos efeitos daqueles que a arguida aplicou, pois só se considera possível um sistema remuneratório deste género tendo subjacente um poder de mercado semelhante ao da arguida. Por conseguinte, também se considera não ser verosímil que a arguida se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

tenha convencido da licitude da sua conduta devido à existência de práticas similares.

As asserções precedentes assentam em parâmetros de razoabilidade e normalidade, razão pela qual as afirmações efetuadas por Rolando Oliveira e Rui Marques, sobre os factos em questão, não se consideraram credíveis.

O que importa agora analisar é se a monitorização a que foi sujeita a arguida afasta, no caso, essas asserções que decorrem da aplicação de parâmetros de razoabilidade e normalidade. Considera-se que não. É um facto que em 2005, a arguida justificou a aplicação da TPM e que, durante a fase de monitorização, apresentou todos os contratos, aditamentos e informações solicitadas. É verdade também que a AdC, até 2010, não suscitou mais dúvidas ou objeções sobre o sistema remuneratório aplicado pela arguida. É verdade também que a Sport TV remeteu [confidencial]. É certo também que em setembro de 2009, [confidencial].

Contudo, a perceção dos efeitos concretos dos mínimos aplicados pela arguida pressupunha que a AdC tivesse todos os dados necessários, o que desde a comunicação de 2005 até 2010, não sucedeu. Efetivamente, para além da comunicação de 2005, a arguida nunca forneceu elementos concretos que permitissem apurar os preços médios efetivos pagos por cada um dos operadores durante o período de referência. Por sua vez, as alegadas informações prestadas publicamente pela [confidencial]. Este elemento também está junto ao processo de monitorização, designadamente a fls. 1698, do referido suporte informático. E quanto à comunicação [confidencial], não há qualquer evidência de que a arguida tivesse conhecimento da mesma.

Ora, os efeitos da TPM e dos NAM estavam dependentes de muitos dados que não constam nos contratos e que não constavam no processo de monitorização. A arguida não é uma empresa pequena, com poucos recursos humanos e financeiros, sem assessoria jurídica e inexperiente na interação com a AdC. É exatamente o contrário, não sendo, por isso, credível que razoavelmente se tivesse convencido de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

compromissos silentes da parte desta autoridade em face de cláusulas gerais, sem conhecimento dos dados que permitiam ter perceção dos seus efeitos concretos.

Que a arguida tenha desenvolvido um certo sentimento de impunidade face à inação da AdC é possível. O que não se concede é que a arguida, conforme alega, tenha confiado na licitude da sua conduta face ao silêncio da AdC e à ausência de dúvidas e objeções perante elementos que não poderia deixar de saber não serem suficientes para que aquela Autoridade tivesse uma perceção exata dos efeitos do sistema remuneratório que havia implementado.

Neste contexto, o facto da arguida ter eliminado os mínimos quando foi confrontada com os efeitos decorrentes da sua aplicação não é, na nossa perspetiva, uma evidência da sensibilidade da arguida pela defesa da concorrência, mas um elemento demonstrativo de que a mesma tinha consciência que havia ultrapassado os limites, tendo mantido a sua conduta até à revelação e perceção pela AdC dos seus contornos concretos, ou seja, até não mais ser possível.

Quanto à matéria dada como não provada, não se considera que tenha sido produzida prova suficiente sobre tal facto, pois a diferenciação por tecnologia é compatível com outras motivações, designadamente aproveitar essa diferença para introduzir mínimos mais elevados a fim de garantir receitas superiores.

Dado que se fez referência ao parecer elaborado por Paula Sarmento importa clarificar a sua atendibilidade, quer enquanto meio de avaliação da prova, quer enquanto apreciação técnica sobre as questões de natureza económica suscitadas pelo caso. Isto porque, no decurso dos autos a arguida questionou a autoridade técnica de Paula Sarmento (cfr. requerimento de 29.04.2014, junto a fls. 18018 e seguintes, versão não confidencial) e juntou um parecer elaborado pela CRA (fls. 17790 a 17821) que contesta a análise realizada pela Sr.^a Assessora Técnica. Não se concorda com o entendimento da arguida. Efetivamente, analisado o parecer junto por Paula Sarmento, considera-se que a mesma identificou, de forma cabal, o enquadramento mais evidente da conduta da arguida, no âmbito do abuso de posição



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

dominante, designadamente a discriminação de segunda linha (que em sede de fundamentação de direito será explanada) e revelou plena compreensão desta figura típica. Entende-se que não é relevante que a mesma não estivesse familiarizada com a figura típica dos “preços excessivos”, uma vez que não é aplicável ao caso. Em contrapartida, o parecer CRA centra a sua abordagem nas práticas de exclusão, assumindo uma perspetiva de desvalorização da discriminação como um abuso de exploração. Independentemente da sustentabilidade ou não desta posição, considera-se redutora, como ponto de partida de análise. No que respeita ao parecer Compass Lexecon, a abordagem é mais abrangente, analisando diretamente a questão da desvantagem competitiva (cfr. fls. 25 a 27 do parecer). Contudo, não se concorda com a posição aí assumida, conforme se irá explicitar em sede de fundamentação de direito. Pretende-se, assim, evidenciar que, de acordo com o entendimento que consideramos mais correto do enquadramento da conduta da arguida no âmbito do abuso de posição dominante, o parecer de Paula Sarmento é aquele que identifica e trata as questões pertinentes de forma mais exata.

É certo que a mesma apresentou correções a algumas das afirmações e dados exarados no parecer e ponderou e refletiu, em sede de esclarecimentos, sobre alguns pontos de vista apresentados pela arguida. Contudo, isso é o resultado normal de um processo dialético, que introduz uma evolução necessária em qualquer análise que se faça, decorrente do confronto com argumentos e perspetivas que, naturalmente, não foram considerados.

No que respeita especificamente à questão de saber se seria ou não necessária uma simulação para se poder concluir se seria possível a arguida, num mercado em que sofresse pressão concorrencial, aplicar o mesmo sistema remuneratório, entende-se que Paula Sarmento esclareceu de forma sincera, lógica e plenamente razoável as afirmações efetuadas nos seus esclarecimentos (cfr. fls. 18359 a 18361).

Com as considerações precedentes pretende-se evidenciar que se considera não existirem razões para duvidar da autoridade técnica de Paula Sarmento e, por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

consequente, para desconsiderar o seu parecer, quer enquanto meio de avaliação da prova (como sucede na resposta aos pontos em análise), quer como apreciação técnica sobre as questões de natureza económica suscitadas pelo caso.

Pontos 280) e 281): os factos em apreço foram retirados dos relatórios e contas juntos aos autos (cfr. fls. 4292 a 4686, 11194 a 11289, 14442 a 14531 e 17342 a 17439).

Ponto 282): considera-se este facto como provado face à ausência de qualquer elemento ou informação em sentido contrário.

Ponto 283): este facto considera-se uma evidência face ao interesse que os seus conteúdos despertam nos consumidores e que sustenta a sua classificação *premium*.

Pontos 284) e 285): os factos relativos ao número de jogos transmitidos pela arguida foram retirados do depoimento de Rui Marques, que confirmou ter elaborado a tabela reproduzida nestes pontos. Considerou-se o seu depoimento credível nesta parte, porquanto não foi infirmado pela demais prova produzida e mostra-se consentâneo com o número de jogos que a Lei da Televisão impunha que fossem transmitidos pelos canais de acesso não condicionado livre e com as regras da experiência comum no que respeita aos clubes que têm mais adeptos e que, de forma regular, disputam os primeiros lugares da Liga Portuguesa de Futebol.

Ponto 286): o facto relativo à diferença de audiências entre os canais de acesso não condicionado livre e a Sport TV foi também retirado do depoimento de Rui Marques, que se considerou credível nesta parte, pois é uma evidência lógica decorrente do custo associado aos canais Sport TV.

Pontos 287) e 288) e alínea c): conforme já referido, a decisão impugnada não põe em causa a existência dos canais indicados pela arguida (cfr. parágrafo 430). Quanto aos programas dedicados ao futebol, constam nos autos contratos celebrados pela arguida de cedência de resumos de futebol para serem transmitidos nos programas “O Dia Seguinte” e o “Trio de Ataque” (cfr. fls. 6347 a 6356). No que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

respeita aos demais, incluídos nos factos provados, foi considerada a informação disponível na internet sobre a sua divulgação designadamente nos endereços: <http://sicnoticias.sapo.pt/programas/tempoextra/> (“Tempo Extra”); <http://www.tvi24.iol.pt/programa/4498> (“A Noite do Futebol”); e <http://www.tvi24.iol.pt/programa/3500> (“Mais Futebol”). Admite-se como razoável que estes programas registem elevadas audiências tendo em conta que incidem sobre conteúdos que estão no topo das preferências dos portugueses. No que concerne ao programa indicado na alínea c) não foi encontrada qualquer informação de suporte.

Pontos 289) e 290) e alínea d): os factos dados como provados foram retirados do depoimento de Rui Marques, que, nesta parte, mereceu credibilidade, porquanto não foi infirmado pela demais prova produzida e é verosímil. Para além disso, a AdC não contesta, na decisão impugnada, as cadeias de valor apresentadas pela arguida – cfr. nota de rodapé nº 108.

No que respeita às negociações no contexto nacional, o facto da maior parte dos direitos serem adquiridos a uma das acionistas da arguida torna inverosímil que a aquisição desses direitos se processe num quadro negocial, em condições abertas e transparentes para todos os interessados.

Ponto 291) e alínea f): os factos provados foram extraídos dos relatórios e contas da arguida relativas aos anos de 2011 e 2012, que confirmam um aumento dos direitos de exploração e transmissão. Quanto aos factos não provados sobre esta matéria, não foi produzida prova minimamente consistente.

Ponto 292): os factos relativos ao canal Benfica TV foram extraídos, essencialmente, dos depoimentos de Rui Marques e Pedro Leitão, que não foram infirmados, nesta parte, pela demais prova produzida.

Pontos 293) e 294): os factos reproduzidos nestes pontos foram retirados do Estudo Maksén, que se refere à ZON TV Cabo como o “operador histórico” (cfr. fls. 11479, verso, versão não confidencial), do depoimento de Luís Lopes, que descreveu, sumariamente, a “história” da empresa, e do depoimento de Rui Marques,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

a propósito da quota de mercado da ZON TV Cabo antes da introdução do sistema de escalões.

Pontos 295) a 298): a sujeição da arguida a monitorização no processo de concentração nº 47/2003 foi confirmada pela testemunha Paulo Sérgio Quinares Gonçalves, diretor adjunto desde 2009 do Departamento de Controlo de Concentrações da AdC, e também se retira do suporte informático apresentado pela AdC, que consta a fls. 17516, e que contém os documentos e comunicações relativos a essa fase de monitorização. No que respeita ao segmento da decisão proferida no processo de concentração nº 47/2003, consta o mesmo a fls. 428 (anexos confidenciais após a distribuição). Relativamente à sugestão inicial reproduzida no ponto 292), relevou-se o suporte informático apresentado pela arguida e que se mostra junto a fls. 14431, que contém [confidencial]. Também não se duvida de que a AdC tivesse conhecimento do modo de funcionamento destes mercados, uma vez que consubstanciam um pressuposto necessário para a apreciação de uma operação de concentração com efeitos nestes mercados.

Pontos 299) e 300): os factos vertidos nestes pontos foram retirados do depoimento de Rui Marques e do documento de fls. 624 a 684, denominado “Notas sobre o Projeto e a Atividade da Sport TV”, ao qual já se fez referência. Aí consta que o projeto inicial tinha em perspetiva a angariação de, pelo menos, 550 mil subscritores.

Pontos 301) a 304) e alíneas g) a k): o apuramento dos factos provados e a não demonstração dos factos não provados fundou-se nos relatórios e contas juntos aos autos, analisados à luz dos esclarecimentos e parâmetros enunciados por Paula Sarmento no parecer que elaborou (fls. 17441 a 17501), especificamente fls. 17496 e 17497, e nos esclarecimentos orais e reproduzidos a fls. 18257 a 18261. O esclarecimento introduzido no primeiro ponto (“sem considerar o valor pelo qual os acionistas da Sport TV poderiam vender a empresa numa transação entre partes não relacionadas entre si e conhecedoras do negócio”) considera-se justificado por uma



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

questão de exatidão, pois, sem essa referência, a leitura do facto poderia ser efetuada numa perspetiva global, não contida na alegação da arguida. É certo que o valor da empresa não foi calculado e que, a partir de 2010, a situação financeira da arguida tem revelado um desempenho descendente. Contudo, afigura-se razoável a apreciação efetuada por Paula Sarmento no sentido de que seria excessivo afirmar que, devido a essa performance, “*podemos estar a falar de uma empresa que tende para se desvalorizar a zero*” (cfr. fls. 18260).

Não se apurou o montante exato do investimento acionista não recuperado nos anos de 2011, 2012 e 2013, por falta de elementos quanto a 2013, e porque, conforme refere Paula Sarmento, não é possível estabelecer, relativamente aos anos de 2011 e 2012, uma correspondência entre os valores constantes em entradas e saídas dos acionistas indicados pela arguida (cfr. tabela de fls. 17294) com os valores referidos na Demonstração dos Fluxos de Caixa apresentados nos Relatórios de Gestão dos respetivos anos.

Contudo, também não há evidências de que o investimento acionista tenha sido totalmente recuperado nesses anos (na interpretação efetuada pela arguida, que desconsidera o valor global da empresa), conforme resulta do depoimento de Rui Marques, razão pela qual se deu como provado o facto constante no ponto 301).

Pontos 305) a 308) e alíneas l) e m): os factos provados foram retirados do depoimento de Rui Marques, que mereceu credibilidade, nesta parte, porquanto não foi infirmado pela demais prova produzida, e são verosímeis. Quanto aos factos não provados, considera-se que o primeiro é inverosímil, atento o interesse que o tipo de campeonatos transmitidos pela arguida desperta, em geral, nos adeptos de conteúdos desportivos, e, quanto ao segundo, não foi produzida prova consistente.

Ponto 309): [confidencial] foi também confirmada por Rui Marques, que, nesta parte, não foi contrariado pela demais prova produzida. Inclusive foi corroborado pelos operadores (através das testemunhas indicadas) que foram questionados sobre estes factos ou que o abordaram espontaneamente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Pontos 310) e 311): consideram-se estes factos como provados com base na informação disponível na internet acerca do cancelamento deste tipo de canais e nas regras da experiência comum no que respeita às motivações emocionais que podem estar subjacentes ao cancelamento por esta via.

Pontos 312) e 313): os factos relativos à proveniência das receitas da arguida foram retirados do depoimento de Rui Marques, que não foi abalado pela demais prova produzida. Também relevaram os relatórios e contas apresentados pela arguida, nos quais se pode observar que, pese embora tenha outras receitas (designadamente publicidade e cedência de direitos de transmissão), a maior parte provém da subscrição dos canais. Rui Marques fez também referência a um acordo com a Câmara de Óbidos, mas temporário, pelo que sem relevância.

Pontos 314) a 318) e alíneas n) a p): os factos provados foram extraídos dos relatórios e contas juntos aos autos, designadamente: relatório e contas de 2005, fls. 4328; relatório e contas de fls. 2006, de fls. 4405; relatório e contas de 2007, de fls. 4483; relatório e contas de 2008, fls. 4563; relatório e contas de 2010 (fls. 11238); relatório e contas de 2011 (fls. 14480); e relatório e contas de 2012 (fls. 17383).

Relativamente aos anos de 2008, 2009, 2010 e 2012 verifica-se que o volume de receitas provenientes dos subscritores dos canais não coincide com aquele que foi alegado pela arguida, tendo sido superior. No que respeita aos anos de 2008 e 2012, essa diferença não altera o facto de tais [confidencial].

Também foi tido em consideração o depoimento de Rui Marques quanto aos gastos em equipamentos e tecnologias.

Ponto 319): o facto em apreço foi retirado dos contratos celebrados pela arguida, dos quais se conclui que o PVR não era vinculativo.

Ponto 320): a prova testemunhal produzida, no que respeita aos operadores e à arguida, foi convergente neste ponto.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Pontos 321) e 322) e alíneas q) a s), v) e w): os factos dados como provados foram afirmados por [confidencial] em audiência de julgamento, não havendo razões para duvidar da sua credibilidade.

Tais factos afastam, por decorrência lógica, a factualidade reproduzida na alínea q), dada como não provada.

Quanto à alínea r) não foi produzida prova consistente, sendo certo que o depoimento de [confidencial] indicia o contrário, ou seja, que, pelo menos, a margem de comercialização que resulta do 1º escalão não é suficiente para compensar os custos com a angariação de subscritores adicionais.

No que respeita à alínea s), este facto não pode ser dado como provado, uma vez que a aplicação da TPM e dos NAM alteraram as margens de comercialização decorrente dos escalões de desconto, pelo que os preços médios pagos pelos operadores, com exceção da ZON, não corresponderam, numa parte significativa dos meses, àqueles que resultariam da simples aplicação da tabela de descontos.

Quanto às alíneas v) e w), pese embora o depoimento de [confidencial] indique que, pelo menos, a taxa de desconto do 1º escalão não era suficiente para cobrir os custos com a angariação de novos subscritores, a verdade é que a prova produzida é insuficiente para se afirmar a falência das taxas aplicadas em cada um dos escalões de desconto para incentivarem os operadores a alargarem a base de subscritores. Consequentemente, não se pode concluir que o modelo de escalões aplicado pela arguida não fosse suficiente para garantir níveis de receita mínimos.

Efetivamente, no que respeita à AR Telecom, resulta dos depoimentos prestados na fase organicamente administrativa, que não foram contrariados em audiência de julgamento por Sofia Gaspar, que a [confidencial] (cfr. fls. 10930).

Quanto à Cabovisão, este operador atingiu, em regra, o 4º escalão de desconto, ao qual correspondia uma taxa de 22,30%, [confidencial].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

No que respeita à PTC, Vera Pereira e Pedro Leitão, nos depoimentos prestados em audiência de julgamento, afirmaram que deveriam auferir uma taxa de remuneração de, [confidencial].

Quanto à Optimus, retira-se dos depoimentos prestados na fase organicamente administrativa que a sua grande [confidencial].

Pontos 323) e 324): os factos em apreço são evidências lógicas e sustentadas nas regras da experiência comum que se extraem do modelo de negócio da arguida e que não foram infirmadas pela prova produzida. Inclusive a Cabovisão refere, numa carta datada de 02.11.2008, remetida à arguida, junta a fls. 8815 e 8816, as seguintes palavras elucidativas: “[confidencial].

Pontos 325) a 327) e alíneas y) a dd): a prova testemunhal produzida (respeitante aos operadores e à arguida) foi convergente no sentido de que a grande preocupação da arguida era evitar [confidencial].

No que respeita às campanhas autorizadas pela arguida e referidas nos factos provados, as mesmas estão documentadas a fls. 11121 e 11123.

Constam nos autos, designadamente a fls. 11104 e 11092, cartas da arguida, [confidencial].

Relativamente às campanhas descritas nos factos não provados, não foi produzida prova.

Quanto à alínea dd), pese embora [confidencial].

Pontos 328) a 332) e alíneas ee) a ii): não se duvida de que a pirataria existiu e que foi uma preocupação para a arguida até 2005, uma vez que diminuía as suas receitas, tendo em conta o [confidencial]. A forma como a pirataria era praticada, na rede analógica, foi retirada do depoimento de Rui Marques, que não foi abalado pela demais prova produzida. Também se considerou credível o seu depoimento no que respeita aos demais apoios financeiros descritos nestes pontos, uma vez que não foram contrariados pela restante prova produzida e são verosímeis, atento o contexto subjacente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Já no que respeita ao ano de 2006, é o relatório e contas da arguida referente a este ano que contraria o facto alegado, aí constando o seguinte: *“Em termos absolutos, em 2006 registaram-se adições líquidas de 65.327 subscritores (2005: - 20.024) a um ritmo médio mensal de 5.444 subscritores (2005: - 1.669). Para este sucesso contribuíram diversos fatores dos quais se destacam: (i) a evolução verificada no processo de digitalização das redes de distribuição de televisão – neste caso do principal operador – resultando numa ação contra o acesso ilícito aos canais Sport TV, normalmente referido como “pirataria”, que obteve resultados muito positivos”* (cfr. fls. 4380). Também no relatório de 2007 fez-se constar o seguinte: *“Em termos absolutos, em 2007 registaram-se adições líquidas de 51.682 subscritores (2006: 65.327) a um ritmo médio mensal de 4.307 subscritores (2006: 5.444). Para este sucesso contribuíram diversos fatores dos quais se destacam: (i) a conclusão do processo de digitalização de algumas plataformas de distribuição de televisão, resultando num reforço da ação contra o acesso ilícito aos canais Sport TV, normalmente referido como “pirataria””* (cfr. fls. 4460).

Daqui se conclui que o ano de 2006 já não foi o “auge” da pirataria e que a digitalização da rede produziu efeitos. Consequentemente, também não é exato que a arguida não dispusesse de nenhum mecanismo, para além da fixação de mínimos, que fossem eficazes no combate a este tipo de situações. O facto de ter incentivado a digitalização da rede foi um mecanismo que produziu efeitos.

Para além disso, a arguida também utilizou outros expedientes, designadamente [confidencial].

Acresce que as tecnologias são mais robustas. Veja-se, sobre a tecnologia IPTV, a informação de fls. 11331-B a 11331-F, junta pela PTC, e que foi sumariamente explicada, em audiência de julgamento, por Pedro Leitão. Esta testemunha também referiu que a tecnologia satélite não é tão segura. Contudo, o tipo de fraude mais praticado através desta tecnologia consistia em contratar o serviço e pedir duas caixas, que eram colocadas em casas diferentes. [confidencial].



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Também Luís Lopes esclareceu, quanto ao cabo, que havia problemas de pirataria com as caixas analógicas. Contudo, com a digitalização da rede, *não há pirataria por adulteração de forma a serem visualizados canais premium*. Concluiu a testemunha que relativamente às *tecnologias recentes não há grandes problemas de pirataria, com exceção daquela que é praticada pela internet, nos canais que aí estão disponíveis*. E, de facto, esse parece ser o problema atual da Sport TV, conforme se retira do seu relatório e contas de 2012, onde consta o seguinte: “*AÇÕES CONTRA PIRATARIA ONLINE: O ano de 2012 marca o início de uma política ativa no combate ao acesso ilícito aos conteúdos exibidos através dos canais SPOR TV.*” (cfr. fls. 17380 da versão não confidencial). Contudo, trata-se de um problema que já não está relacionado com as tecnologias utilizadas pelos operadores.

No que respeita ao facto reproduzido na alínea hh), não foi produzida prova consistente para sustentar esta dimensão tão extremada do problema e no que concerne à alínea ii) este facto não foi referido por Rui Marques, nem resulta da demais prova produzida.

Ponto 333): [confidencial] (cfr. suporte informático de fls. 17516).

Pontos 334) e 335): os factos em apreço foram confirmados pelos operadores, através das testemunhas inquiridas e resulta também do Estudo Maksen, já referido, que a [confidencial], pese embora os canais *premium* também sejam relevantes, gerando 32% da receita de *pay-tv* – cfr. fls. 11483-verso.

Pontos 336) a 345) e alíneas mm) e nn): os factos provados foram extraídos do Estudo Maksen já referido.

Quanto às percentagens de crescimento do “multiple-play” o parecer CRA, de onde foram retirados estes factos (cfr. parágrafo 40), baseia-se nas informações prestadas pela arguida, não existindo nos autos elementos que sustentem estes valores. O facto exposto na alínea mm) não resultou da prova produzida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Ponto 346) e alíneas oo) e pp): Sofia Gaspar confirmou que a AR Telecom utiliza uma tecnologia diferente. Relevou igualmente o relatório do ICP-ANACOM (cfr. fls. 11741 e 11745).

No que respeita aos factos não provados, Sofia Gaspar confirmou que a AR Telecom não equacionou a evolução tecnológica, mas não corroborou especificamente estes factos, tendo referido que saíram do mercado devido ao enquadramento concorrencial, nomeadamente os conteúdos.

Ponto 347): os factos provados foram retirados, em geral, dos depoimentos das testemunhas relacionadas com os operadores, salientando-se as palavras de Pedro Leitão, por terem sido mais impressivas e completas. Assim, esta testemunha afirmou que [confidencial].

Pontos 348) e 349): a composição das ofertas e os níveis de audiência dos canais, com mais share nas várias ofertas de televisão por subscrição, foram retirados do parecer apresentado pelo ICP-ANACOM, designadamente de fls. 3872 e 3873.

Pontos 350) a 352): os níveis de audiência dos canais Sport TV 2 e 3 foram retirados do relatório e contas da arguida, relativo ao ano de 2012, designadamente de fls. 17372 (que incluem os canais de acesso não condicionado livre).

Pontos 353) a 360) e alíneas uu) a yy): os factos dados como provados foram retirados do Relatório do Serviço de Televisão por Subscrição – 4º trimestre de 2013, do ICP-ANACOM, disponibilizado no endereço: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1191057>, dos relatórios e contas apresentados pela arguida e do ficheiro informático de fls. 9007-A. Relevou também o depoimento de Rui Marques, que não foi infirmado, nesta parte, pela demais prova produzida e o depoimento das testemunhas relacionadas com os operadores quanto à evolução das respetivas bases de clientes dos pacotes-base e dos canais Sport TV.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Quanto aos factos dados como não provados, não há elementos de suporte, sendo certo que os números que é possível apurar através do Relatório do ICP-ANACOM não coincidem, na íntegra, com os dados apresentados pela arguida.

Ponto 361): para o apuramento deste facto foi levado em considerado o parecer da Compass Lexecon, designadamente fls. 28 (fls. 14621), que alude apenas aos operadores de IPTV e não a todos os operadores e que incide sobre os níveis de penetração e não sobre a eficiência dos operadores. Este segmento do parecer foi conjugado com o Relatório do ICP-ANACOM sobre o Setor das Comunicações, 2012, pág. 395, publicado no endereço http://www.anacom.pt/streaming/sector_das_comunicacoes2012.pdf?contentId=1168308&field=ATTACHED_FILE. Neste relatório, a França aparece em primeiro lugar, razão pela qual a referência a este país foi eliminada.

Ponto 362): os factos relativos ao crescimento e competitividade foram retirados do Estudo Maksen, já referido, e quanto aos demais considera-se que são uma evidência lógica decorrente dos investimentos associados às plataformas de transmissão e à performance dos operadores mais recentes.

Pontos 363) a 366): os factos em apreço consideram-se provados com base nos contratos celebrados pela arguida com os operadores de televisão por subscrição. Foi igualmente relevante o depoimento de Rui Marques, quanto ao ponto 366), que não foi infirmado pela demais prova produzida.

Pontos 367) a 371): os factos indicados nestes pontos foram retirados do suporte informático, junto a fls. 17516 (anexos confidenciais), não constando algumas das datas indicadas pela arguida. Facto que não se considera relevante, pois o que se constatou é que, conforme a própria alega, notificou a AdC de todos os [confidencial]. A resposta reproduzida no último ponto indicado está também documentada a fls. 17167 a 17176, salientando-se que, no referido suporte informático, consta um requerimento anterior, a pedir a prorrogação do prazo, que faz alusão a uma reunião realizada em 23.09.2005. No que respeita às operações de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

concentração referidas nestes pontos considerou-se a informação pública disponibilizada pela AdC, na sua página da internet.

Ponto 372): os factos vertidos neste ponto foram retirados dos elementos que constam no processo de monitorização, verificando-se que, apenas em 28.05.2010, há uma comunicação da AdC a solicitar elementos acerca do sistema remuneratório aplicado pela arguida.

Ponto 373): [confidencial]mostra-se junto a fls. 17216 e 17217 e também consta no processo de monitorização, não havendo razões para duvidar da sua veracidade. No que respeita ao considerando g), remete-se para as considerações já tecidas. Razão pela qual apenas se deu como provado o teor do considerando.

Ponto 374): o facto em questão foi retirado da informação de fls. 17169, prestada pela arguida à AdC, em 19.10.2005, e do ficheiro informático de fls. 9007-A (em relação a 2004), elementos estes que não foram infirmados pela demais prova produzida.

Ponto 375): este facto está documentado na decisão respetiva, que se encontra publicitada no endereço http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Comunicados/2006_08_final_net.pdf.

Pontos 376) a 378): os factos em apreço estão documentados no suporte informático junto pela arguida e que consta a fls. 17612 e também a fls. 435 a 438 (do anexo de documentos confidenciais após a distribuição), quanto à deliberação.

Pontos 379) a 381): a factualidade vertida nestes pontos foi extraída do depoimento de Paulo Gonçalves, das cópias de e-mails trocados entre a arguida e a AdC, juntas a fls. 17063 a 17213, e do suporte informático de fls. 17612. Importa salientar que pese embora Paulo Gonçalves [confidencial]. Conclui-se, assim, que não houve evoluções posteriores após os contactos que conduziram às alterações contratuais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Ponto 382): a colaboração da arguida está evidenciada nos autos, salientando-se em particular o ficheiro informático junto a fls. 9007-A, de grande utilidade para a recolha dos dados pertinentes.

Ponto 383): admitem-se estes factos como verdadeiros, considerando os organogramas constantes nos relatórios e contas da arguida.

Ponto 384): os factos em questão retiram-se da análise dos dados recolhidos a propósito do número de subscritores Sport TV dos diversos operadores.

Ponto 385): os factos em apreço encontram suporte nos documentos de faturação dos operadores, que incluem estes canais (cfr. suporte informático de fls. 9007-A). É certo que alguns operadores não adquirem estes canais. Contudo, [confidencial], não resultou da prova produzida qualquer limitação da arguida quanto ao acesso a esses canais.

Ponto 386): a factualidade relativa à quota de mercado da ZON TV Cabo em 2004, no que respeita aos subscritores Sport TV, foi retirada da comunicação da AdC constante de fls. 17184. É certo que os valores aí indicados se reportam a 2003. Contudo, é aceitável que a quota de mercado em 2004 fosse aproximada.

Pontos 387) a 389): os factos em questão constam no relatório do ICP-ANACOM relativo à situação das comunicações em 2010, especificamente a fls. 11747 e verso.

Ponto 390): os factos em apreço constam a fls. 8997 e 8998 dos autos.

Alínea e): não foi produzida prova sobre este facto.

Alíneas t) e zz): estes factos não ficaram demonstrados, desde logo, porque os estudos de viabilidade económica juntos aos autos (cfr. fls. 624 e seguintes e 9263 e seguintes) não fazem referência à TPM. Quanto à evolução do projeto até 2005 não há elementos concretos e seguros, com suporte documental. No que respeita ao período de referência, verifica-se que, se somar o resultado líquido de exercício obtido nos anos de 2005 a 2010, o mesmo atinge o montante total de € 57.632.616,00, sendo muito superior ao montante das receitas correspondentes aos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

subscritores fictícios. Complementarmente, a prova é insuficiente para se concluir que, sem os mínimos, os operadores não teriam alcançado a base de subscritores que atingiram. Note-se que, pese embora [confidencial] a verdade é que, em termos absolutos, aumentou o número de subscritores destes canais. A arguida refere, a propósito inclusive (ainda que sem documentação de suporte), um aumento de [confidencial] (cfr. fls. 17292).

Também a prova produzida não é suficiente para se concluir que a redução do número de subscritores Sport TV se deveu à eliminação dos mínimos. Efetivamente, [confidencial]. Para além disso, não se pode olvidar o contexto de crise económica existente na atualidade, fator evidenciado designadamente por Luís Lopes. [confidencial].

Alínea u): este facto é contrariado pelos depoimentos das testemunhas relacionadas com os operadores nos termos referidos na resposta aos factos concretizadores do dolo e da consciência da ilicitude. Salienta-se novamente que o facto de haver testemunhas que não participaram nas negociações de todos os contratos não invalida os seus depoimentos, pelas razões já referidas de que são factos internos do conhecimento das empresas envolvidas, que são necessariamente transmitidos entre os responsáveis. Acresce que há, pelo menos, uma testemunha (para além de Luís Lopes) que participou em algumas negociações e confirmou este facto, designadamente Vera Pereira, não havendo razões para crer que, relativamente aos demais operadores, o procedimento da arguida era diferente.

Alínea x): Rui Marques fez referência a este facto. Contudo, o mesmo não resultou do depoimento das testemunhas relacionadas com os demais operadores, para além da Vodafone, pelo que não se pode formar uma convicção positiva quanto ao mesmo.

Alínea jj): esses factos não são sustentados pela prova produzida. Assim, Rui Marques fez referência à diferente *performance* das várias tecnologias, que oferecem experiências e serviços diferentes. Contudo, estes factos não resultaram dos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

depoimentos das testemunhas relacionadas com os operadores, nem do Estudo Maksen junto aos autos ou do Relatório do ICP-ANACOM (sobre o Estado das Comunicações). As únicas diferenças encontradas resultam do facto da tecnologia DTH não permitir a interatividade (cfr. Relatório do ICP-ANACOM, fls. 11741) e de Vera Pereira ter referido que esta tecnologia tem mais incidência nas zonas rurais, não decorrente deste facto. Sucede que não há indicadores quanto à relevância do primeiro elemento e quanto ao segundo é alheio à apetência de subscrição de conteúdos dos respetivos utilizadores.

Alínea kk): remete-se para a resposta dada aos factos concretizadores do dolo e da consciência da ilicitude, na qual foi analisado este facto. Aí concluiu-se que outros canais aplicam mínimos, mas a prova não é suficiente para se formar uma convicção positiva no sentido de que esses mínimos têm contornos similares à TPM.

Alínea ll): não resulta da prova produzida que a arguida tenha acedido a outros pedidos similares, [confidencial].

Alínea qq): não há elementos de prova que sustentem estes factos.

Alínea rr): este facto não se retira da prova produzida.

Alínea ss): este facto não se retira da prova produzida.

Alíneas tt): não há elementos de prova que sustentem estes factos estes factos.

Alínea aaa): da análise efetuada ao de número de subscritores dos vários operadores durante os anos de 2005 a 2011 (únicos em relação aos quais há dados disponíveis) não se pode concluir no sentido de que o mês de dezembro tende a ser mais elevado.

Alínea bbb): não há elementos de prova que sustentem este facto.

Alíneas ccc) e ddd): estes factos não se retiram dos meios de prova produzidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Fundamentação de direito

*

a) Enquadramento jurídico dos factos:

A AdC reconduziu a conduta da arguida aos arts. 4º/1, als c) e e), da Lei nº 18/2003, de 11.06, e 6º, do mesmo diploma legal, bem como do art. 102º, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), em conjugação com os arts. 42º/1, al a), 43º/1 e 44º, todos da Lei nº 18/2003, de 11.06.

A Lei nº 18/2003²⁰ consagrava, até à entrada em vigor da Lei nº 19/2012, o regime jurídico da concorrência e era aplicável, por força do art. 1º/2, às práticas restritivas da concorrência que ocorressem em território nacional ou que neste tivessem ou pudessem ter efeitos.

Este diploma foi revogado pela Lei nº 19/2012, que entrou em vigor no dia 07.06.2012 (cfr. arts. 99º/1 e 101º) e estabelece o novo regime jurídico da concorrência. O seu âmbito de aplicação não sofreu variações relativamente à Lei nº 18/2003 – cfr. art. 2º/2.

Quer um diploma, quer o outro, proíbem o abuso de posição dominante – cfr. arts. 6º, da Lei nº 18/2003, e 11º, da Lei nº 19/2012 – sendo que a aplicação do regime antigo ou do novo regime depende das regras gerais relativas à aplicação da lei no tempo consagradas no art. 3º, do RGCO, e art. 2º/2, do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO. É certo que a Lei nº 19/2012 contém uma norma transitória especial que determina a aplicação do novo regime jurídico da concorrência aos processos de contraordenação cujo inquérito seja aberto após a entrada em vigor desta lei – cfr. art. 100º/1, al a). Contudo, este normativo não inclui as normas de direito substantivo²¹, reportando-se aos processos de contraordenação e não aos ilícitos.

²⁰ Sofreu alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: DL nº 291/2006, de 02.11; DL nº 18/2008, de 29.01; Lei nº 52/2008, de 28-08; e pela Lei nº 46/2011, de 24.06.

²¹ Veja-se, neste sentido, Joaquim Caimoto Duarte e Tânia Luísa Faria, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, pág. 927.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Por sua vez, o art. 102.º do TFUE, que foi, até 01.05.1999 (Tratado de Amsterdão), o art. 86º, do TCE, e desde esta data até 01.12.2009 (Tratado de Lisboa), o art. 82º, do TCE, aplica-se às práticas que (i) sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros e (ii), desde que, a posição dominante seja detida no mercado interno ou numa parte substancial deste²². Sempre que se verifiquem estes critérios, os tribunais nacionais são obrigados a aplicar o direito europeu da concorrência, em paralelo com o direito nacional, por força do efeito direto dos art.ºs 101.º e 102.º, TFUE, e do art.º 3º/1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003²³.

Dada a profunda convergência entre o direito nacional e o direito europeu da concorrência, a aplicação conjunta dos dois complexos normativos, na maioria dos casos, não suscitará dificuldades. Contudo, na hipótese de resultarem soluções diferentes dever-se-á, com fundamento no art. 3º/2, do Regulamento (CE) 1/2003 e no princípio do primado ou da prevalência na aplicação do Direito da União, considerar os seguintes parâmetros: (i) a lei nacional pode resultar na proibição de práticas permitidas pelo art. 102º, do TFUE, sendo aplicável; (ii) a lei nacional não pode levar à autorização de práticas proibidas pelo art. 102º, do TFUE, prevalecendo este normativo. Em síntese, no âmbito específico do abuso de posição dominante, sempre que estejam preenchidos os critérios de jurisdição que determinam a aplicação do direito europeu da concorrência, a aplicação do direito nacional da concorrência não pode conduzir a um resultado diferente do imposto pelas normas europeias, com exceção de normas nacionais mais exigentes²⁴.

²² No sentido de que o segundo critério – detenção de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste – é também um critério de jurisdição que determina a aplicação do art. 102º, do TFUE, veja-se Ricardo Bordalo Junqueiro, *Abusos de Posição Dominante*, 2012, Almedina, pág. 112, e Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, pág. 173.

²³ Miguel Sousa Ferro, *Práticas Restritivas da Concorrência – Súmula Orientada para a Prática Judicial*, in *Curso de Formação para Juízes Nacionais em Direito da Concorrência*, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, pág. 10.

²⁴ Cfr. Miguel Sousa Ferro, *ob. cit.*, pág. 10.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

A aplicação direta do art. 102º, do TFUE, impõe que seja levada em consideração a jurisprudência comunitária, pois, conforme salienta Miguel Sousa Ferro, tem de se ter presente que “o juiz nacional, enquanto órgão de autoridade, se enquadra no amplo conceito comunitário de —Estado, e que o Tratado impõe aos Estados Membros (EMs) a obrigação de cooperação leal com as instituições europeias – Art.º 4.º(3) do Tratado da União Europeia (TUE). A interpretação do Direito Europeu por um tribunal nacional em termos que contradigam a interpretação fixada na jurisprudência europeia, sem a prévia consulta do TJUE, será, em princípio, uma violação desta obrigação”²⁵.

Salienta-se ainda que, mesmo que não seja aplicável o art. 102º, do TFUE, há que observar, no âmbito de aplicação da lei nacional, o princípio da interpretação conforme ao direito da União, segundo o qual “o intérprete e aplicador do direito, internamente, deverá, ainda quando deva aplicar apenas direito nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme com o sentido, economia e termos das normas europeias”²⁶. Esta obrigação de interpretação conforme existe, em geral, “quando o padrão de conformidade do direito nacional é constituído por princípios de direito comunitário ou por normas juridicamente vinculativas da União dotadas de efeito direto e aplicabilidade direta (ou já recebidas)”²⁷, como é necessariamente o art. 102º, do TFUE. No plano nacional verifica-se que este princípio já foi reconhecido pela jurisprudência, nomeadamente no acórdão do STJ nº 3/2004, de 25.03.2004. A aplicação deste princípio conduz, consequentemente, à consideração da jurisprudência comunitária na interpretação da lei nacional.

Em termos metodológicos, iremos apreciar a conduta da arguida à luz do direito nacional e à luz do direito comunitário, apurando-se, a final, da verificação

²⁵ Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 4.

²⁶ Miguel Gorjão-Henriques, Direito da União, 2010, 6ª edição, Almedina, pág. 417.

²⁷ Miguel Gorjão-Henriques, ob. cit., pág. 419.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

ou não dos critérios de jurisdição dos quais depende a aplicação do art. 102º, do TFUE.

Quer no direito nacional, quer no direito europeu da concorrência, o abuso de posição dominante está reservado às empresas e especificamente àquelas que tenham uma posição dominante e que abusem dessa posição. Analisemos, então, cada um dos requisitos substantivos do abuso de posição dominante.

*

a.1.) Empresa:

O conceito de empresa relevante para efeitos de aplicação da Lei nº 18/2003, da Lei nº 19/2012 e do art. 102º, do TFUE, é, no essencial, o mesmo, abrangendo qualquer entidade que desempenha uma atividade económica, o que inclui qualquer tipo de organização, formal ou não, independentemente da sua natureza jurídica e de ter ou não personalidade jurídica que oferece bens ou serviços num determinado mercado²⁸ - cfr. art. 2º/1, da Lei nº 18/2003 e art. 3º/1, da Lei nº 19/2012.

No caso concreto, é evidente que a arguida se inclui no conceito de empresa supra referido, uma vez que, conforme salienta, a AdC, na decisão impugnada, “*a arguida reveste a forma jurídica de sociedade comercial e exerce uma atividade económica que consiste, designadamente, na conceção, produção, realização e comercialização de programas televisivos relativos a eventos desportivos*” (cfr. parágrafo 481).

*

a.2.) Posição dominante:

No que respeita à posição dominante, o art. 6º/2, da Lei nº 18/2003, consagrava uma noção de posição dominante individual, cujo teor era o seguinte: “*Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço: a) A empresa que atua num mercado no qual não sofre*

²⁸ Cfr. José Luís Caramelo Gomes, Lições de Direito da Concorrência, Almedina, págs. 153-154.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes”.

O atual art. 11º, da Lei nº 19/2012, em convergência com o art. 102º, do TFUE, não contém nenhuma definição de posição dominante. Contudo, o conceito está solidamente consolidado na jurisprudência comunitária. Efetivamente, data dos acórdãos United Brands²⁹ e Hoffmann-La Roche³⁰ a definição da posição dominante como “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores”³¹.

Esta definição conjuga dois elementos: “um relativo ao impacto na concorrência efetiva e outro à margem de discricionariedade à disposição da empresa em causa”³². É este segundo elemento, que traduz a ideia de independência, que constitui, conforme salienta Ricardo Bordalo Junqueiro, o elemento central do conceito³³. Efetivamente, deter posição dominante corresponde a deter poder substancial de mercado e uma empresa detém poder substancial de mercado “quando pode elevar os preços a um nível supracompetitivo, de forma lucrativa e duradoura, sem recar perder clientes. Tal sucede apenas quando não é sujeita a pressões concorrenciais efetivas”³⁴. Isto não significa que a posição dominante pressuponha necessariamente a inexistência de concorrência efetiva, pois, conforme salientou o

²⁹ Processo n.º 27/76, acórdão de 14.02.1978, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=76609>.

³⁰ Processo n.º 85/76, acórdão de 13.03.1979, in <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89251&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77522>.

³¹ Parágrafo 65 do acórdão United Brands e parágrafo 38 do acórdão Hoffmann-La Roche.

³² Miguel Moura e Silva, Direito da Concorrência – Uma Introdução Jurisprudencial, Almedina, 2008, pág. 611. No mesmo sentido, veja-se OCDE, Poilcy Roundtables, Abuse of Dominance and Monopolisation, 1996, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2379408.pdf>.

³³ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 61.

³⁴ *Idem*, págs. 61 e 62.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

TJ, no acórdão United Brands, “para ocupar uma posição dominante, não é necessário que uma empresa tenha eliminado toda e qualquer possibilidade de concorrência”³⁵, ou seja, “uma posição dominante não preclui a existência de concorrência residual”³⁶. Contudo, a concorrência existente é insuficiente para afetar de forma sensível as decisões da empresa em posição dominante³⁷. A definição de posição dominante retirada da jurisprudência comunitária permanece atual, tendo sido reiterada pela Comissão Europeia na 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 dominante³⁸ - cfr. parágrafo 10.

Era esta ideia de independência que também estava subjacente à definição de posição dominante consagrada no art. 6º/2, al a), da Lei nº 18/2003, podendo-se, assim, concluir que “[i]ndependentemente da formulação que adote determinado regime no enquadramento da posição dominante, o fenómeno visado é sempre o mesmo”³⁹. Por conseguinte, considera-se existir plena convergência entre o direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência no que respeita ao conceito de posição dominante, pelo que os parâmetros que a seguir se irão explicar, retirados quer da doutrina nacional e internacional, quer da prática adotada pelas instituições nacionais e comunitárias, são aplicáveis uniformemente à lei nacional e ao TFUE.

Seguindo a prática adotada pelas autoridades de concorrência e pela jurisprudência comunitária, a existência de uma posição dominante e a aferição do grau de poder de mercado têm sido determinados mediante o recurso a métodos

³⁵ Parágrafo 113.

³⁶ Miguel Mendes Pereira, Lei da Concorrência Anotada, Coimbra Editora, 2009, pág. 150.

³⁷ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 62.

³⁸ Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 24.02.2009, C45/7.

³⁹ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 150.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

indiretos⁴⁰. Métodos esses que pressupõem, como requisito prévio e necessário, a definição do mercado relevante, uma vez que “uma posição dominante não pode, por definição, existir em abstrato mas tão somente em relação a um dado mercado concreto”⁴¹, que é procurado essencialmente em termos geográficos – mercado geográfico – e materiais – mercado do produto ou do serviço.

A definição do mercado relevante (geográfico e do produto/serviço) visa identificar “as pressões concorrenciais efetivamente sentidas pelas empresas ..., para compreender de que modo está limitada a sua atuação no mercado”⁴². Conforme salienta Miguel Mendes Pereira, este “exercício analítico [encontra-se] particularmente bem enquadrado pela Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”⁴³.

De acordo com esta Comunicação⁴⁴, cujos parâmetros têm sido partilhados pela doutrina e retirados, em parte, da jurisprudência comunitária, é possível identificar pressões concorrenciais de três ordens, que são, à partida, importantes na determinação dos mercados relevantes do produto/serviço e geográfico, designadamente: (i) a substituíbilidade do lado da procura; (ii) a substituíbilidade do lado da oferta; (iii) e a concorrência potencial.

A substituíbilidade do lado da procura é o condicionalismo que mais direta e imediatamente define o mercado do produto/serviço. Isto mesmo é salientado pela Comissão, na referida Comunicação, que inclusive define o mercado do produto como aquele que “compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida” – parágrafo 7.

⁴⁰ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., págs. 582-583.

⁴¹ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 151.

⁴² Miguel Sousa Ferro, ob. cit., pág. 8.

⁴³ Ob. cit., pág. 119.

⁴⁴ Publicada no JO C-372, de 09.12.1997.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

A importância deste fator está também evidenciada no acórdão Continental Can de 21.02.1973. É elucidativo, a propósito desta questão, o parágrafo 32 deste aresto, no qual se consignou o seguinte: “... na apreciação da posição dominante ..., a delimitação do mercado em questão é de importância essencial, por as possibilidades de concorrência só poderem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, devido às quais esses produtos estão particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos”.

Compreende-se que assim seja, pois, conforme esclareceu a Comissão, na citada Comunicação, uma “empresa ou grupo de empresas não pode influenciar de forma significativa as condições de venda prevalecentes no mercado como, por exemplo, os preços, se os seus clientes puderem facilmente transferir a sua procura para produtos de substituição” – parágrafo 13. Significa isto que, “[s]endo os consumidores e utilizadores as potenciais vítimas diretas do exercício do poder de mercado, a sua capacidade de reagir a tal ocorrência pela substituição dos produtos da empresa dominante por outros aptos a satisfazer a sua procura pode constituir um elemento suficientemente dissuasor”⁴⁵.

De acordo com este parâmetro fazem parte do mesmo mercado todos os produtos que podem ser considerados “substitutos próximos”, ou seja, todos os produtos que, devido às suas “características, preços e utilização pretendida”, os consumidores poderão ver como alternativas. Terem as mesmas características significa serem “funcionalmente aptos a satisfazer as mesmas necessidades (a mesma utilização pretendida)”⁴⁶.

A determinação da gama de produtos considerados substituíveis pelos consumidores pode ser efetuada, nomeadamente, através do recurso ao chamado teste do monopolista hipotético (“SSNIP test”), que é “hoje o instrumento mais

⁴⁵ Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 586.

⁴⁶ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 25.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

utilizado para avaliar a pressão que o preço de um produto exerce sobre o preço de outro, procurando encontrar todos os produtos cujo preço condiciona suficientemente o preço do produto analisado”⁴⁷. Conforme esclarece a Comissão, na referida Comunicação, através deste método pretende-se “saber se os clientes das partes transfeririam rapidamente a sua procura para os produtos de substituição disponíveis ou para fornecedores situados noutros locais em resposta a um pequeno aumento hipotético (em torno dos 5 a 10 %) dos preços relativos, dos produtos e áreas em análise. Se o fenómeno da substituição for suficiente para tornar o aumento de preços não lucrativo devido à perda de vendas daí resultante, os produtos de substituição e as áreas adicionais serão incluídos no mercado relevante até que o conjunto de produtos e área geográfica seja de molde a tornar lucrativo pequenos aumentos duradouros dos preços relativos” - parágrafo 17.

Para determinar esta reação dos clientes a um pequeno aumento duradouro do preço e, em geral, para determinar se dois produtos são ou não substitutos próximos para os consumidores, podem ser considerados diversos fatores ou elementos, designadamente: elementos referentes a acontecimentos recentes no mercado, nomeadamente “informação sobre as reações efetivas dos consumidores a alterações de preços”⁴⁸; testes quantitativos concebidos para efeitos de definição dos mercados, designadamente “estimativas da elasticidade e elasticidade cruzada da procura de um produto, testes baseados na analogia das oscilações dos preços ao longo do tempo, a análise do efeito de causalidade entre séries de preços e a semelhança entre os níveis de preços e/ou a sua convergência” - cfr. Comunicação da Comissão, parágrafo 39; documentos internos das empresas; as opiniões dos clientes e dos concorrentes; as preferências dos consumidores; os custos de mudança; as características do produto; e a existência de discriminação de preços⁴⁹. A elasticidade

⁴⁷ *Idem*, pág. 26.

⁴⁸ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 34.

⁴⁹ Cfr. págs. 33 a 35 e Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos de direito comunitário da concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

cruzada da procura de um produto “refere-se à percentagem da procura d[o produto] A que se transfere para [o produto] B em resposta a um aumento do preço de A”⁵⁰.

Importa ainda salientar, neste âmbito, que quando os clientes da empresa em posição dominante não são os consumidores finais mas empresas intermediárias, que distribuem o produto, a procura dos consumidores finais continua a ser relevante, pois, em regra, a procura dos retalhistas é determinada pela procura dos consumidores finais⁵¹. Pode, no entanto, acontecer que os consumidores finais disponham de produtos substitutos, o mesmo não acontecendo com os retalhistas, para quem os produtos são «*“must-stock” items*»⁵².

A substituíbilidade do lado da oferta também deve ser levada em conta para determinar o mercado relevante do produto/serviço, como resulta do acórdão Continental Can. Seguindo-se o critério definido pela Comissão, este condicionalismo releva “nos casos em que os seus efeitos são equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato. Tal requer que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo [-ou seja, sem adaptações significativas dos ativos corpóreos e incorpóreos existentes-] sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos. Sempre que sejam preenchidas estas condições, a produção adicional colocada no mercado terá um efeito disciplinar sobre o comportamento concorrencial das empresas em causa. Um impacto deste tipo, em termos de eficácia e efeito imediato, é equivalente ao efeito da substituição do lado da procura” – parágrafo 20.

Por último, importa ainda considerar a concorrência potencial, que “diz respeito à capacidade de empresas que estão fora do mercado relevante nele entrarem a médio ou longo-prazo (mais do que um ano)”⁵³. Trata-se de um fator que

⁵⁰ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 28.

⁵¹ Gunnar Niels, Helen Jenkins e James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, pág. 92.

⁵² *Idem*, pág. 93.

⁵³ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 40.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

difficilmente será “suscetível de originar efeitos equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato”⁵⁴, não sendo considerado pela Comissão como operativo na delimitação do mercado relevante, mas apenas na determinação da posição dominante. A jurisprudência comunitária, designadamente o Tribunal de Justiça, no acórdão Continental Can, aponta em sentido diverso, tendo considerado que “a decisão da Comissão deveria ter tido em conta a capacidade concorrencial dos grandes compradores que podiam proceder à integração vertical, produzindo embalagens para utilização dos seus produtos e para venda a terceiros (no caso em questão pelo menos uma fábrica de conservas tinha seguido essa estratégia)”⁵⁵. Dado que “o mercado relevante é pressuposto e parte integrante do elemento “posição dominante””⁵⁶, o que importa, conforme conclui Miguel Moura e Silva, “é que seja tida em conta a existência de concorrência potencial *antes* de chegar à conclusão sobre a existência ou não de posição dominante”⁵⁷.

Por sua vez, o mercado geográfico corresponde “à zona geográfica claramente definida na qual [o produto] é comercializado e onde as condições de concorrência são suficientemente homogéneas para se poder apreciar o efeito do poder económico da empresa em questão”. Esta é a definição que consta no acórdão United Brands⁵⁸ e que foi igualmente adotada pela Comissão, sendo a metodologia seguida próxima da aplicada à dimensão material do mercado⁵⁹, ou seja, o “exercício da definição do mercado geográfico tem também em consideração a substituíbilidade do lado da procura e a substituíbilidade do lado da oferta”⁶⁰.

“No que se refere à substituíbilidade do lado da procura, o exercício de definição do mercado geográfico procurará delimitar a região em que o consumidor

⁵⁴ *Idem*, págs. 40 e 41.

⁵⁵ Miguel Moura e Silva, pág. 588.

⁵⁶ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 151.

⁵⁷ Ob. cit., pág. 589.

⁵⁸ Cfr. parágrafo 11.

⁵⁹ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 590.

⁶⁰ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 41.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

pode encontrar os produtos que considera substitutos próximos para os produtos da empresa investigada”⁶¹.

No que respeita à substituíbilidade do lado da oferta, o exercício de definição do mercado passa por delimitar a região onde existem fornecedores que podem prontamente ajustar as linhas de produção para, sem riscos ou custos significativos, entrarem no mercado de produto onde opera a empresa sob investigação⁶².

O tipo de elementos que a Comissão considera relevantes para extrair uma conclusão quanto ao mercado geográfico são os seguintes: elementos comprovativos de que já se verificou anteriormente uma deslocação das encomendas para outras áreas; características básicas da procura, o que inclui fatores como as “preferências nacionais ou as preferências pelas marcas nacionais, a língua, a cultura e o estilo de vida, bem como a necessidade de uma presença local”; opiniões dos consumidores e dos concorrentes; a atual estrutura geográfica das compras; fluxo das trocas comerciais/características das entregas; obstáculos e custos associados à deslocação das encomendas para empresas situadas noutras áreas (cfr. parágrafos 44 a 50 da Comunicação).

Em termos de prática decisória na determinação do mercado relevante, com alguma afinidade com o caso concreto, salienta-se, na decisão impugnada e no panorama nacional, a decisão sobre a operação de concentração n.º 47/2003 (PPTV - Publicidade de Portugal e Televisão, S.A./PT Conteúdos - Atividade de Televisão e de Produção de Conteúdos, S.A./Sport TV Portugal, S.A.), a decisão sobre a operação de concentração n.º 8/2006 (Sonaecom, SGPS, S.A. /Portugal Telecom, SGPS, S.A.), a decisão sobre a operação de concentração n.º 56/2007 (CATVP - ZON TV Cabo Portugal, S.A./Bragatel - Companhia de Televisão por Cabo de Braga, S.A., Pluricanal Leiria - Televisão por Cabo, S.A. e Pluricanal Santarém - Televisão por Cabo, S.A.), e a decisão sobre a operação de concentração n.º 21/2008

⁶¹ *Idem*, pág. 41.

⁶² *Idem*, págs. 41 e 42.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

(CAPTVP - ZON TV Cabo Portugal, S.A./TVTEL Comunicações, S.A.). Na decisão sobre a operação de concentração nº 47/2003, a AdC identificou, no âmbito do mercado relevante quanto ao produto, entre o mais, “*o mercado dos direitos exclusivos de transmissão televisiva dos jogos de futebol que têm lugar regularmente ao longo do ano (todos os anos) envolvendo equipas nacionais*” e nas demais decisões o mercado dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*.

No panorama comunitário, a AdC indicou, a título de exemplo, as seguintes decisões da Comissão Europeia: decisão de 22 de março de 2006, COMP/38.173, *Premier League* Inglesa; a decisão de 19 de janeiro de 2005, COMP/C-2/37.214, *Bundesliga*; a decisão de 23 de julho de 2003, COMP/C.2-37.398, *Liga dos Campeões da UEFA*; a decisão de 02 de abril de 2003, COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiú*; a decisão de 14 de agosto de 2002, COMP/M.2845, *Sogecable/Cana/satélite Digital*; e a decisão de 13 de novembro de 2001, COMP/M.2483, *Group Canal +/ RTU GJCD/JV*.

Na decisão de 23.06.2003, relativa à Liga dos Campeões da UEFA, estava em causa uma possível violação do disposto no art. 81º, do TFUE, devido a acordos de venda exclusiva dos direitos de transmissão de jogos da referida Liga pela UEFA. A Comissão identificou, como mercado relevante quanto ao produto, o mercado a montante da aquisição de direitos de transmissão televisiva de jogos de futebol realizados regularmente durante todo o ano, que incluía, na prática, jogos das ligas e campeonatos nacionais e bem assim da UEFA Champions League e UEFA Cup. Entendeu a Comissão, entre o mais, que as preferências dos consumidores finais são decisivas para todo o tipo de operadores de televisão na sua política de aquisição de conteúdos, determinando o valor dos programas para os operadores. Referiu também que é do conhecimento comum que tanto os filmes como os eventos desportivos são os dois produtos mais populares da pay-TV. Concluiu a Comissão que os direitos de transmissão televisiva de outros tipos de desporto e de outros tipos de programa, como filmes, não exercem pressão concorrencial sobre as empresas que detêm os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

direitos de transmissão televisiva dos referidos jogos de futebol, ou seja, que não existe substituíbilidade entre os direitos de transmissão televisiva de futebol e os direitos de transmissão televisiva de outro tipo de programas. No que respeita ao mercado geográfico, a Comissão entendeu que os jogos de futebol da Liga de Campeões da UEFA são vendidos normalmente a nível nacional, devido às características da distribuição, condicionada por regimes reguladores nacionais, barreiras linguísticas e fatores culturais.

A decisão de 19.01.2005, da Bundesliga, incidiu também sobre uma eventual violação do disposto no art. 81º, do TFUE, respeitante à Liga-Fußballverband, na Alemanha, que adquiria, dos clubes, e vendia todos os direitos de transmissão dos jogos da primeira e segunda divisão de futebol masculino (Bundesliga e 2.Bundesliga). A Comissão considerou que esta prática poderia ter implicações nos mercados a montante da aquisição de programas e nos mercados a jusante dos meios de comunicação relacionados com a aquisição de programas. Do ponto de vista geográfico considerou, no essencial, que o mercado estaria limitado à Alemanha e eventualmente a outras áreas geográficas onde se fala o alemão, devido à aplicação da lei nacional, da língua e das características culturais.

Na decisão de 22.03.2006, da Premier League Inglesa, estava em causa uma possível violação do disposto no art. 81º, do TFUE, devido à existência de acordos de venda conjunta, posta em prática pelos clubes de futebol da Primeira Liga Inglesa, dos direitos de transmissão dos jogos. Era a Football Association Premier League Limited (FAPL), enquanto órgão que representava todos os clubes individuais, que vendia os direitos de transmissão, nomeadamente para a televisão, em nome dos clubes. A Comissão entendeu, numa análise preliminar, que o mercado relevante quanto ao produto era constituído pelos direitos de transmissão de eventos futebolísticos *premium* transmitidos regularmente durante toda a temporada. Quanto ao mercado geográfico, a Comissão entendeu que os mercados geográficos para a aquisição e exploração de direitos de transmissão são geralmente definidos com base



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

em critérios nacionais ou linguísticos e, portanto, de âmbito nacional. Em consequência, concluiu que o mercado geográfico relevante era o mercado do Reino Unido.

Na decisão de 02.04.2003 (Newscorp/Telepiú), estava em causa uma operação de concentração entre a Newscorp, uma empresa com atividade nos EUA, no Canadá, Europa, Austrália, América do Sul e na Bacia do Pacífico, que incluía a produção e distribuição de programas de televisão e a transmissão de televisão por satélite e cabo, a Telepiú, uma operadora de *pay-TV* e que também transmitia através da televisão digital terrestre em algumas regiões da Itália, e a Stream, uma operadora de *pay-TV* na Itália. De acordo com a Newscorp a operação devia ser avaliada no contexto geral do mercado de televisão, incluindo a *pay-TV* e a televisão *free-to-air*. A Comissão entendeu que se trata de dois mercados distintos, salientando, entre outros fatores, que o facto dos subscritores estarem dispostos a pagar somas consideráveis pela *pay-TV* demonstra claramente que a *pay-TV* é um produto diferente com um alvo distinto. No que respeita ao mercado geográfico, a Comissão entendeu que os mercados em questão são nacionais, devido a diferenças relacionadas com regimes regulatórios distintos, barreiras linguísticas e fatores culturais.

Na decisão de 14.08.2002 (Sogecable/Canalsatélite Digital), a Comissão já havia entendido que existia um mercado de *pay-TV*, sem distinção por tecnologia (designadamente terrestre, satélite, cabo ou outros meios de transmissão), que esse mercado é financiado pelos subscritores e pela publicidade, sendo distinto do mercado da televisão *free-to-air*, cujo mercado é financiado pela publicidade e pelas subsunções estatais⁶³.

Na decisão de 13.11.2001 (Group Canal +/RTL/GJCD/JV), estava em causa uma operação de concentração, tendo a Comissão recebido uma notificação do Grupo Canal + S.A. e do Grupo RTL, referente à constituição de uma “joint

⁶³ Cfr. decisão de 02.04.2003, Newscorp/Telepiú, parágrafo 40, notas de rodapé 11 e 12.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

venture”, que iria fundir as suas subsidiárias que negociavam direitos desportivos com uma empresa ativa no mesmo setor, o Grupo Jean-Claude Darmon, S.A., e que iria ser controlada conjuntamente pela RTL e pelo Canal+. No que respeita ao mercado relevante quanto ao produto, a Comissão entendeu que os jogos de futebol europeus e nacionais que se realizam regularmente durante uma época não são substituíveis por eventos que se realizam de forma intermitente. Por conseguinte, a Comissão entendeu que o mercado não podia ser definido por referência à transmissão de conteúdos desportivos, existindo um mercado para a aquisição e revenda de direitos de transmissão de jogos de futebol que se realizam regularmente ao longo do ano, o que inclui, na prática, jogos das ligas e campeonatos nacionais, da Liga de Campeões da UEFA e da UEFA Cup. No plano do mercado geográfico, a Comissão entendeu que se trata de um mercado nacional, devido à existência de licenças de emissão apenas para os respetivos territórios nacionais e a fatores culturais relacionados com a procura.

Determinado o mercado relevante, o segundo passo necessário para a aferição da existência de uma posição dominante consiste na aplicação de métodos determinação de poder de mercado. De acordo com a Comissão os fatores mais importantes na avaliação de uma posição dominante são os seguintes: (i) a posição da empresa no mercado e a posição dos seus concorrentes; (ii) a existência de barreiras à expansão (dos concorrentes atuais) ou à entrada (de concorrentes potenciais); (iii) poder negocial dos compradores. Também os critérios preponderantes na jurisprudência comunitária têm sido “as quotas de mercado da empresa em causa, a sua comparação com as quotas dos concorrentes, a análise de concentração no mercado, a existência de obstáculos à entrada e ponderação de outros fatores que indiquem a ausência de pressões concorrenciais sobre a empresa supostamente dominante”⁶⁴.

⁶⁴ Cfr. Miguel Moura e Silva, ob. cit., pág. 583.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

O art. 102º, do TFUE, não faz a distinção entre graus de domínio. Contudo, tem sido utilizado o termo “posição superdominante” “para referir a situação de empresas que são monopolistas ou quase monopolistas e que assumem uma preponderância absoluta ou quase absoluta no mercado”⁶⁵. Como observam certos autores “a ideia subjacente à posição superdominante é simples: se uma empresa com 50% do mercado é dominante, uma empresa com 90% - mantendo-se constantes os restantes fatores - é, provavelmente, ainda mais dominante”⁶⁶. Conforme resulta do acórdão TeliaSonera, o TJ nega relevo conceptual ao “superdomínio” e, como salienta Ricardo Bordalo Junqueiro, o conceito de “superdomínio” não é juridicamente autónomo do de “domínio”. Contudo, o mesmo autor salienta que tal não significa que “deter uma posição “superdominante” não seja relevante para avaliar a legalidade do comportamento de uma empresa no mercado à luz do artigo 102º TFUE. A prática do TJUE exhibe alguns casos de comportamentos censurados a empresas superdominantes, que dificilmente teriam tido idêntico desfecho se estivesse em causa uma empresa meramente dominante”⁶⁷ e “em determinadas situações apenas a detenção de uma posição de superdomínio é suscetível de originar efeitos restritivos da concorrência”⁶⁸.

Fazendo a aplicação destes parâmetros ao caso concreto, verifica-se que a AdC considerou que o mercado relevante, quanto ao produto/serviço, é o mercado dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*, que definiu como sendo aquele “*que envolve as atividades de produção, emissão e disponibilização do sinal de canais de acesso condicionado com conteúdos ligados aos desportos de grande audiência, os quais se materializam, essencialmente, na transmissão de jogos de futebol (em direto ou semidireto) que se realizem com regularidade ao longo do ano e em que participem equipas nacionais*”.

⁶⁵ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 79.

⁶⁶ *Idem*, pág. 80.

⁶⁷ *Idem*, pág. 80.

⁶⁸ *Idem*, pág. 81.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Para além do mercado quanto ao produto/serviço relevante para efeitos de aferição da posição da arguida, a AdC identificou dois mercados relacionados, designadamente o mercado de televisão por subscrição, situado a jusante, e o mercado de direitos de transmissão televisiva de conteúdos desportivos *premium*, localizado a montante. Quanto ao primeiro, referiu que o mesmo pode caracterizar-se, sucintamente, pela prestação, ao consumidor, do serviço retalhista de transmissão do sinal de televisão e do respetivo conteúdo, correspondente a um conjunto de canais, mediante o pagamento de um determinado valor monetário. Quanto ao segundo, a AdC esclarece que a oferta é constituída pelos distribuidores ou intermediários, a quem foram cedidos os direitos sobre conteúdos desportivos *premium*, e a procura é constituída pelos operadores de televisão interessados na difusão de conteúdos.

No âmbito do mercado geográfico, a AdC considerou que corresponde ao território nacional, abrangendo a totalidade do mesmo.

Por fim, a AdC concluiu que a arguida tem uma posição dominante neste mercado, porquanto: (i) detém uma quota de mercado de 100% no mercado em análise, ao produzir os canais Sport TV; e (ii) detém, até 2014, a titularidade exclusiva da transmissão televisiva para Portugal dos principais eventos desportivos, com especial destaque para a principal Liga de futebol portuguesa (Liga ZON Sagres), o que se traduz na inexistência de concorrência, atual e potencial, no mesmo mercado.

Não é esta a posição da recorrente, sendo a definição do mercado relevante quanto ao produto e, consequentemente, a detenção de uma posição dominante um dos fundamentos do recurso. Em síntese, a arguida defende que o mercado relevante considerado pela AdC assenta na delimitação artificial de um micro-mercado coincidente com a atividade social desenvolvida pela SPORT TV, quer porque parte de uma visão viciada e deturpada da cadeia de valor do mercado, quer ainda porque confunde os conteúdos desportivos *premium* – *in casu* os direitos de transmissão



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

televisiva de jogos de futebol – com os canais desportivos *premium* que os transmitem (a par de outros não *premium*).

Expostos os fundamentos essenciais da análise efetuada pela AdC e bem assim uma síntese da posição da arguida e operando o seu confronto com a explanação supra desenvolvida e os dados de facto pertinentes, considera-se que a decisão da AdC quanto ao mercado relevante não merece reparos, não sendo procedentes os argumentos aduzidos pela arguida. Efetivamente, conforme se explanará *infra*, a AdC considerou as pressões concorrenciais que relevam na aferição do mercado relevante e aplicou critérios e parâmetros genericamente aceites pela jurisprudência comunitária, pela Comissão e pela doutrina, tendo efetuado uma correta subsunção das circunstâncias de facto específicas do caso concreto.

Assim, no plano da substituíbilidade do lado da procura, há que considerar, em primeiro lugar, as características do produto e as preferências dos consumidores, ou seja, as características do produto oferecido pela arguida com relevância para os consumidores finais. É certo que, conforme salienta a arguida, a procura neste mercado é constituída pelos operadores de televisão por subscrição. Contudo, conforme já se referiu, a procura dos retalhistas é determinada pela procura dos seus clientes. Por conseguinte, a substituíbilidade do lado da procura não tem de ser analisada apenas na perspetiva dos operadores de televisão por subscrição e não se considera correta a asserção de que, na perspetiva destes, “*a natureza dos conteúdos é relativamente indiferente - o que interessa é que o seu preço valha o seu potencial interesse comercial*”. A natureza dos conteúdos dos canais transmitidos pelos operadores de televisão por subscrição não lhes é indiferente, porquanto não é indiferente para os seus clientes, consumidores finais dos canais produzidos pela arguida.

Considerando o critério referido, designadamente as características do produto oferecido pela arguida com relevância para os consumidores finais, verifica-se que os canais Sport TV emitiam jogos de futebol (em direto e semidireto) que se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

realizam com regularidade ao longo do ano e em que participam equipas nacionais, tais como os jogos de futebol da Principal Liga Portuguesa, da Segunda Liga, da Taça de Portugal, dos Campeonatos Europeus de Futebol, dos Campeonatos do Mundo de Futebol, da Liga dos Campeões da UEFA, da Liga Europa e da Seleção Nacional de Futebol (cfr. ponto 27) dos factos provados). Ficou provado e é, aliás, uma evidência consolidada no conhecimento comum, que o desporto, em especial o futebol, faz parte das preferências dos consumidores (cfr. ponto 23) dos factos provados), podendo-se concluir, conforme se refere na decisão impugnada, que os conteúdos oferecidos pela arguida tinham “*um elevado grau de interesse junto do público*”, ou seja, eram conteúdos desportivos *premium*, traduzindo esta designação esse forte apelo para os consumidores.

Tratando-se de canais temáticos de desporto, é evidente que os demais canais de acesso condicionado e não condicionado com assinatura, temáticos e com conteúdos não desportivos, nomeadamente conteúdos cinematográficos, infantis ou para adultos, entre outros, podendo ou não integrar conteúdos *premium*, não eram substitutos próximos dos canais Sport TV. Efetivamente, devido às suas características, que divergem quanto à natureza dos conteúdos, não satisfazem as mesmas necessidades dos consumidores finais, que se traduzem, no que respeita ao produto oferecido pela arguida, na apetência por conteúdos desportivos.

No que concerne aos demais canais com conteúdos desportivos, verifica-se que os canais generalistas de acesso não condicionado livre (RTP, SIC e TVI) emitiram, durante o período de referência, alguns jogos das competições referidas, designadamente os jogos a que se reporta art. 32º/4, da LT, e que, em concreto, foram os seguintes: os jogos oficiais da Seleção Nacional “A” de Futebol; final da Taça de Portugal de Futebol; um jogo por jornada do campeonato nacional de futebol da I Liga, envolvendo necessariamente uma das três equipas melhor classificadas nos campeonatos das últimas cinco épocas, considerando para o efeito o cômputo acumulado das respetivas classificações no conjunto dessas épocas; um



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

jogo por jornada, ou por mão de uma eliminatória, da Liga dos Campeões em que participarem equipas portuguesas; um jogo por eliminatória da Taça UEFA, a partir dos quartos-de-final, em que participem equipas portuguesas; finais das competições de clubes organizadas pela UEFA, nomeadamente a Supertaça Europeia (até 2009-2010); as cerimónias de abertura e de encerramento, bem como jogos de abertura, quartos-de-final, meias-finais e final do XVIII Campeonato do Mundo de Futebol, organizado pela FIFA (Alemanha, 2006); e as meias-finais e final do Campeonato da Europa de Futebol (Despacho nº 23819/2004, de 28.10, 2ª Série, Despacho nº 22620-A/2005, de 26.10, Despacho nº 22025/2006, de 24.10, retificado pelo Despacho nº 23045/2006, de 30.10, Despacho nº 26037/2008, de 10.10, Despacho nº 23951-A/2009, de 28.10, Despacho nº 16552-A/2010, de 18.01).

Não obstante este conjunto de jogos representar, na totalidade, [confidencial] dos jogos em relação aos quais a arguida detinha direitos exclusivos para a transmissão televisiva em direto de competições *premium* de futebol, em que participaram equipas portuguesas ou que incluíam jogos de interesse generalizado do público, e integrarem jogos particularmente importantes para os adeptos deste tipo de conteúdos (cfr. pontos 284) e 285) dos factos provados), a verdade é que, ainda assim, o produto oferecido pela Sport TV tinha características únicas. Efetivamente, a percentagem referida reporta-se à totalidade dos jogos transmitidos nos diversos campeonatos, verificando-se que os canais Sport TV, que emitiam estes conteúdos, permitiam aos subscritores acompanhar as competições, suprimindo as lacunas das transmissões efetuadas pelos canais de acesso não condicionado livre.

A reação dos consumidores ao preço dos canais Sport TV é um fator concludente e demonstrativo de que essa característica era relevante e distintiva do produto oferecido pela arguida relativamente aos referidos canais. Efetivamente, é manifesto que, caso esses canais, considerando especificamente os aludidos conteúdos, fossem substitutos próximos dos canais Sport TV, os consumidores não estariam dispostos a pagar uma quantia adicional pelo produto oferecido pela



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

arguida. Este fator foi salientado por Paula Sarmento no seu parecer, considerando-se que o mesmo é incontornavelmente demonstrativo da inexistência de substituíbilidade. Note-se que este fator foi salientado pela Comissão, na decisão de 02.04.2003 (Newscorp/Telepiú) no âmbito da distinção entre o mercado da televisão *free-to-air* e *pay-TV*.

Durante o período de referência e conforme põe em evidência a arguida, existiam ainda canais de acesso condicionado e canais de acesso não condicionado com assinatura que transmitiam conteúdos temáticos de desporto, nomeadamente os canais EUROSPORT, EUROSPORT 2, Benfica TV, NBA TV, Fuel TV, Real Madrid TV, Barça TV, Chelsea TV, Manchester United TV, PFC e ESPN (cfr. ponto 287) dos factos provados). Neste âmbito, a arguida põe em relevo numerosos programas semanais dedicados ao desporto, nos canais de acesso não condicionado com assinatura – nomeadamente nos canais RTP Informação (anteriormente designada de RTP-N), SIC Notícias e TVI 24 –, como sejam, atualmente, os programas “O DIA SEGUINTE”, “O TEMPO EXTRA”, “TRIO DE ATAQUE”, “A NOITE DO FUTREBOL”, “MAIS FUTEBOL” (cfr. ponto 288) dos factos provados).

Independentemente do valor económico dos conteúdos desportivos emitidos por estes canais, o fator preço adicional dos canais Sport TV é mais uma vez uma evidência incontornável de que os conteúdos desportivos emitidos pelos canais de acesso não condicionado com assinatura não eram substitutos próximos dos canais Sport TV. O que se compreende na medida em que não incluíam a emissão dos jogos de futebol já referidos, de forma regular, ao longo dos campeonatos.

Ora, é também esta característica distintiva dos canais Sport TV que não está presente nos canais de acesso condicionado temáticos de desporto, uma vez que a arguida detinha os direitos de transmissão exclusiva dos jogos referidos (que não eram transmitidos pelos canais de acesso não condicionado livre). Razão pela qual os canais Sport TV eram, durante o período de referência, os únicos canais de acesso



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

condicionado com conteúdos desportivos *premium* (cfr. ponto 27) dos factos provados). Por conseguinte, tais canais não são substitutos próximos dos canais Sport TV.

Alega a arguida que a prática maioritária da Comissão afastou o diferencial de preço para separar os canais *premium* dos demais. Contudo, não indica nenhuma decisão concreta nesse sentido.

Invoca ainda a arguida os níveis de audiência e a [confidencial] penetração dos canais Sport TV. Começando por este segundo elemento, importa salientar que há certamente muitos fatores que interferem na opção de subscrição de canais Sport TV, nomeadamente as preferências dos consumidores, os seus rendimentos, a sua disponibilidade de tempo, etc. Haverá, com toda a probabilidade, adeptos de futebol interessados nos conteúdos da Sport TV, mas que não subscrevem os canais por razões relacionadas nomeadamente com os seus rendimentos. Isto não significa que esses consumidores disponham de substitutos, para satisfazer as suas necessidades, podendo simplesmente prescindir da sua satisfação. Todos estes fatores condicionam o universo de clientes dos canais Sport TV e o seu nível de penetração. Contudo, o que importa, para o caso, é aquele universo que é passível de ser condicionado pela existência de empresas concorrentes a oferecerem produtos substitutos. Por conseguinte, o baixo nível de penetração dos canais Sport TV não é um indicador, só por si, da existência de produtos substitutos, não afastando as conclusões supra exaradas.

Conexamente, o facto dos jogos que são transmitidos pelos canais portugueses que emitem em sinal aberto registarem audiências maiores do que as audiências dos jogos transmitidos pelos canais Sport TV não é um indicador relevante para a aferição da substituíbilidade, pois nesse universo de telespetadores estão incluídos certamente todos aqueles que não subscrevem o produto da arguida pelas variadas razões que condicionam essa opção, não relacionadas com a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

existência de substitutos próximos. As mesmas considerações são extensivas [confidencial].

Ainda no âmbito da substituíbilidade do lado da procura e no que respeita, agora, à procura grossista, ou seja, à procura pelos operadores de televisão por subscrição, ficou demonstrado que os canais Sport TV eram cruciais para a oferta destes operadores, tratando-se de um produto “*must have*” e sem substitutos próximos. Efetivamente, conforme se salienta, na decisão impugnada, os preços praticados pela arguida são demonstrativos desta asserção, pois alguns operadores adquiriram os canais Sport TV a um preço superior (em alguns casos bastante superior) àquele que cobraram aos seus clientes, sendo por isso possível concluir com base nos dados constantes nos autos que “*a Sport TV seria capaz de aumentar os preços dos seus canais aos operadores do mercado de televisão por subscrição num montante pequeno e significativo de forma rentável (i.e., sem uma substituição por parte dos operadores do mercado de televisão por subscrição*”. Por conseguinte, mesmo que existissem substitutos próximos para os consumidores finais (o que não é o caso), verifica-se que os operadores de televisão por subscrição não dispunham de substitutos aos canais Sport TV.

Alega a arguida que a afirmação de que “*as variações dos preços de aquisição dos canais Sport TV não são passadas pelos operadores no mercado de televisão por subscrição para os seus clientes, tendo mesmo comercializado estes canais com prejuízo*” é contraditória com o facto da AdC ter afirmado que “*a procura dos canais premium por parte dos operadores do mercado de televisão por subscrição [é] derivada das decisões dos subscritores*”, pois se assim fosse então os subscritores também estariam disponíveis para pagar mais ao operador de televisão por subscrição pelo acesso ao canal *premium* desportivo para o qual não existe nenhum outro substituto, inexistindo fundamento para o operador não repassar o aumento do preço grossista na sua atividade de retalho. Não se verifica a contradição assinalada, porquanto os subscritores, ao contrário dos operadores de televisão por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

subscrição, dispunham de várias alternativas, ou seja, existia concorrência no mercado a jusante, e a ZON TV Cabo nunca registou margens de comercialização negativas ou inferiores ao 1º escalão de desconto (cfr. pontos 62), 71) e 203) dos factos provados).

No plano da substituíbilidade do lado da oferta, verifica-se que a singularidade da oferta disponibilizada pela arguida estava dependente da titularidade dos direitos de transmissão dos eventos desportivos com mais interesse para os consumidores finais, já identificados e caracterizados. Neste âmbito, constata-se que, em relação aos jogos dos campeonatos nacionais mais relevantes, a arguida adquiria os direitos de transmissão de futebol através da sua acionista Controlinveste, obtendo, através de outros agentes, direitos de transmissão de jogos de apresentação, particulares, amigáveis e outros torneios (cfr. cadeia de valor reproduzida no ponto 289) dos factos provados). Tal significa, por um lado, que a arguida dispunha de um acesso privilegiado a esses direitos e, por outro lado, que era mais difícil para outros operadores obterem esses direitos. É certo que, no panorama internacional, apurou-se que a arguida adquiria os direitos de transmissão através de outros agentes que não a Controlinveste, em condições abertas e transparentes de mercado (cfr. pontos 28) e 290) dos factos provados). Contudo, atenta a importância dos campeonatos de futebol nacionais e pese embora a AdC tenha simplificado a cadeia de valor relevante, considera-se correta a conclusão exarada na decisão impugnada no sentido de que seria pouco verosímil que outros operadores produzissem produtos substitutos dos canais Sport TV, pois não teriam acesso ou seria mais difícil terem acesso a conteúdos de grande relevância. Por outro lado, também em consonância com o entendimento exarado na decisão impugnada, considera-se que a produção por parte da Sport TV de conteúdos não desportivos, nomeadamente cinematográficos (que também são conteúdos *premium*), obrigaria a uma reformulação do seu modelo de negócio. Conclui-se, assim, que não existia substituíbilidade do lado da oferta.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Alega ainda a arguida que a posição da AdC conduz à recondução de cada canal a um mercado e à definição de mercados monopolistas. Também este argumento não é procedente pois não é importante, para efeitos de determinação do mercado relevante quanto ao produto/serviço, o resultado, a dimensão ou a segmentação de mercados.

Defende também a arguida que a AdC confunde indevidamente canais *premium*, com conteúdos *premium*, ignorando que nem todos os conteúdos *premium* são transmitidos em canais *premium*, e que os canais *premium* não transmitem exclusiva e integralmente, conteúdos *premium*. Esta premissa final pode ser exata. Contudo, não se concorda com a conclusão que se retira da mesma, pois o que se verificou é que outros canais emitiam conteúdos desportivos *premium* – designadamente os canais de acesso não condicionado livre – mas não de forma regular, como a Sport TV, não sendo por essa razão substitutos próximos dos canais emitidos pela arguida. Também se constatou que outros canais de acesso não condicionado por assinatura emitiam conteúdos desportivos, mas não eram conteúdos desportivos *premium* e, por essa razão, não eram substitutos próximos da arguida. Daí que, na delimitação do mercado relevante, se incluam apenas os canais de acesso condicionado. É, porventura também certo, que os canais Sport TV não emitem apenas conteúdos desportivos *premium*, mas são os únicos canais de acesso condicionado com esse tipo de conteúdos, sendo esses conteúdos que afastam os demais canais de acesso condicionado como substitutos próximos, pelo que a delimitação do mercado nos termos efetuados pela AdC se mostra correta.

Definido o mercado relevante quanto ao produto/serviço não suscita especiais dificuldades a definição do mercado geográfico, que, conforme é evidente, corresponde ao mercado nacional, atento, entre outros fatores, o interesse dos consumidores por jogos de equipas nacionais. Note-se que a arguida concorda com esta delimitação do mercado geográfico relevante (cfr. art. 129º do recurso).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Delimitado o mercado relevante, importa determinar se a arguida durante o período de referência tinha ou não posição dominante nesse mercado. É manifesto que sim, uma vez que, como a própria admite, no mercado referido tinha uma quota de 100% (cfr. art. 130º do recurso de impugnação). Quanto à existência de concorrência potencial, também se mostra afastada, dado que a arguida continua a deter a titularidade exclusiva da transmissão televisiva para Portugal dos principais eventos desportivos, nomeadamente dos jogos da principal liga de futebol nacional (cfr. ponto 30) dos factos provados). Salienta-se que o canal Benfica TV apenas se tornou num canal de acesso condicionado no verão de 2013 (cfr. ponto 292) dos factos provados), ou seja, cerca de dois anos após o termo da conduta da arguida, conduta essa que teve início em 2005. Acresce que o canal Benfica TV apenas transmite, em termos de jogos de futebol, os jogos do Sport Lisboa e Benfica disputados em casa e da Liga Inglesa, não agregando a quantidade de conteúdos relevantes que caracterizam os canais Sport TV.

Conclui-se, assim, que a arguida, durante o período de referência, detinha um monopólio de facto.

No que respeita aos demais mercados delimitados pela AdC, que estão relacionados com o mercado relevante, não há razões para discordar da decisão impugnada. Efetivamente, conforme aí se refere, no mercado retalhista de televisão por subscrição os operadores concorrem pela preferência dos subscritores, pelo que os fatores determinantes nesse mercado são o preço que os subscritores pagam pelo serviço em causa e os conteúdos da respetiva programação. Trata-se de um mercado nacional, devido aos fatores indicados na decisão impugnada, designadamente a *“existência de uma regulação desta atividade que é comum a todo o território nacional e de uma procura do respetivo serviço por parte dos consumidores finais que é homogénea, correspondendo, sobretudo, a subscritores residentes em Portugal, em regra, cidadãos portugueses, com interesses relativos às realidades social, económica e cultural nacionais, que adquirem pacotes de canais produzidos*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

em Portugal aos distribuidores de televisão por subscrição”. No que concerne ao mercado de direitos de transmissão televisiva de conteúdos desportivos *premium*, é também evidente, atentas as preferências dos consumidores, já identificadas e caracterizadas, que os direitos de transmissão dos jogos dos torneios, que coincidem com aqueles que a arguida transmitia, são particularmente importantes, formando um mercado autónomo, de âmbito nacional.

Alega, por fim, a arguida que, caso se admita que o mercado relevante é o mercado dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*, como assume a AdC, “*então sempre seria forçoso assumir que esse mercado foi, durante o período em referência, um mercado regulado, por força do disposto no artigo 32.º da Lei da Televisão (LT)*”.

Admite-se que este preceito introduz uma certa forma de regulação, mas é uma regulação social, cujo racional não é prioritariamente económico, mas está relacionado com o acesso a conteúdos considerados de interesse generalizado do público, de forma não discriminatória.

Distinta da regulação social é a regulação económica em sentido estrito, que incide sobre a estrutura do mercado e modela os comportamentos dos agentes económicos⁶⁹, referindo-se “ao controlo de preços, à variedade ou aos padrões dos produtos, às condições de estabelecimento e de encerramento e aos padrões de serviço de um determinado ramo de atividade”⁷⁰.

Considera-se, assim, que o art. 32º, da LT, independentemente de ter sido ou não feito à medida da arguida ou de pressupor uma “*difusão concentrada dos conteúdos desportivos*” e podendo ter um efeito colateral no bem-estar dos consumidores e na eficiência dos recursos, deixa um amplo espaço para que estes

⁶⁹ Maria Paula dos Reis Vaz Freire, Eficiência Económica e Restrições Verticais, AAFDL, Lisboa, 2008, pág. 25.

⁷⁰ Mitnick, B. M., *apud* Maria Paula dos Reis Vaz Freire, ob.cit., pág. 25, nota de rodapé nº 15.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

bens jurídicos possam ser afetados por práticas restritivas da concorrência, pois não se dirige especificamente à tutela desses interesses.

Por conseguinte, não se concorda com a afirmação da arguida no sentido de que o referido normativo garante o “*mínimo de concorrência efetiva desejável naquele mercado*”, pelo que “*não podem subsistir preocupações concorrenciais*” ou que estas se encontram mitigadas.

Alega ainda a arguida que, desde a operação de concentração, “*todos os seus passos estão sujeitos à monitorização da AdC, implicando, nomeadamente, o envio de todos os contratos celebrados com os operadores de televisão por subscrição e respetivos aditamentos, bem como a prestação de informações sempre que solicitada para o efeito. Nesta medida, ainda que por motivos decorrentes da operação de concentração Ccent. nº 9 47/2003, a verdade é que a atividade desenvolvida pela: Arguida tem sido objeto de apertada e contínua supervisão da AdC desde 2004, assemelhando-se o respetivo mercado - se compreendido nos termos reducionistas defendidos pela AdC - com um mercado regulado*”.

Considera-se que também não lhe assiste razão, pois, existindo regulação ou não, mais ou menos flexível, a mesma não significa a eliminação da possibilidade de serem adotadas práticas restritivas da concorrência, pelo que também não há razões para que o fator referido diminua as preocupações jusconcorrenciais que se podem dirigir à conduta da arguida nos mercados em questão.

*

a.3.) O abuso:

O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência não proíbem a aquisição de uma posição dominante, mas apenas o seu abuso. Significa isto, no essencial, que uma empresa pode adquirir uma posição dominante, mas, uma vez conquistada essa posição, tem uma especial responsabilidade, designadamente “de não atentar, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum” (acórdão do TJ Michelin). Pode-se, assim, dizer que o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

“conceito fundamental, onde assenta a disciplina do abuso de posição dominante, é o de aceitação da existência de tais posições, tendo como contrapartida a sujeição das empresas que ascendam a tal predomínio a um conjunto de deveres especiais de conduta”⁷¹.

O direito nacional da concorrência e o direito europeu da concorrência também convergem, atualmente, no conteúdo do interesse tutelado e, nessa medida, no “critério de apreciação das práticas restritivas da concorrência”⁷². Trata-se, naturalmente, de proteger a concorrência no mercado, mas entendida como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente afetação de recursos. Verificou-se, neste âmbito e no que respeita ao direito comunitário da concorrência, uma “mudança do seu programa teleológico”⁷³, que inicialmente visava garantir a integração do mercado europeu e que se transferiu para a defesa de interesses económicos. É importante salientar que o conceito de consumidor “utilizado no direito comunitário da concorrência é mais amplo que o aplicado no direito do consumo (...). De facto, enquanto o direito do consumo visa a proteção de interesses não necessariamente económicos, como a saúde ou a segurança, do consumidor final, o direito da concorrência pretende salvaguardar sobretudo interesses económicos do «comprador», ainda que este seja um mero intermediário”⁷⁴.

É também comum aos dois ordenamentos jurídicos a proibição quer dos abusos de exploração, quer dos abusos de exclusão.

⁷¹ Miguel Moura e Silva, O Abuso de Posição Dominante na Nova Economia, Teses, Almedina, 2010, pág. 399.

⁷² Sofia Oliveira Pais, O Critério do Bem-estar dos Consumidores no Contexto de Renovação do Direito Comunitário da Concorrência, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Volume I, Almedina, pág. 626.

⁷³ *Idem*, pág. 626.

⁷⁴ *Idem*, pág. 626. Cfr. nota de rodapé 2, pág. 10, da 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.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Um abuso de exploração corresponde a um comportamento “pelo qual a empresa dominante explora as possibilidades que lhe são oferecidas pelo seu poder de mercado para prejudicar diretamente os seus clientes ou parceiros comerciais como, por exemplo, fornecedores”⁷⁵. Conforme salienta Miguel Moura e Silva, a definição jurisprudencial deste tipo de abuso, que se retira do acórdão *United Brands*, menciona “um escopo de obtenção de vantagens para a empresa dominante, de benefícios que, na ausência de tal poder económico ela não poderia auferir”⁷⁶. Contudo, o mesmo autor refere que, pese embora a discriminação de preços possa constituir um instrumento de maximização do lucro do monopolista mediante a segmentação da procura (na discriminação de segundo e terceiro graus), tal “não impede, contudo, que o abuso possa ocorrer mesmo sem a existência de uma vantagem direta para a empresa dominante”⁷⁷. Trata-se de uma figura pouco desenvolvida pelas instituições europeias, cuja prática tem incidido sobretudo sobre o abuso de exclusão. São figuras típicas desta forma de abuso os preços excessivos, as condições não equitativas e a discriminação⁷⁸.

Um abuso de exclusão “corresponde a um comportamento pelo qual a empresa dominante procura manter ou aumentar o seu poder de mercado prejudicando os seus concorrentes, impedindo ou dificultando a sua entrada no mercado, debilitando a respetiva posição concorrencial ou excluindo-os mesmo do mercado”⁷⁹, ou seja, utilizando procedimentos que não correspondem a uma concorrência pelo mérito. É importante salientar que “[d]iversamente do que sucede com o abuso por exploração, o abuso por exclusão não prejudica diretamente, em regra, clientes ou fornecedores da empresa dominante, pelo menos no curto prazo. No entanto, se o comportamento da empresa dominante for eficaz e produzir efeitos

⁷⁵ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 173.

⁷⁶ O Abuso de Posição Dominante ..., pág. 427.

⁷⁷ *Idem*, págs. 427 e 428.

⁷⁸ Miguel Mendes Pereira, ob. cit, pág. 173.

⁷⁹ *Idem*, pág. 161.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

excludentes em detrimento dos seus concorrentes em grau tal que a estrutura concorrencial do mercado seja afetada, reforçando o poder de mercado da empresa dominante, é provável que no médio ou longo prazo os consumidores ou fornecedores sejam prejudicados, na medida em que o resultado obtido coloque a empresa dominante em posição de cometer um abuso de exploração”⁸⁰. São figuras típicas desta forma de abuso, entre o mais, os descontos de fidelidade, os preços predatórios, a recusa de fornecimento e a compressão de margens.

Estes são parâmetros gerais comuns aos dois ordenamentos jurídicos, que se consideram úteis para a interpretação dos conceitos legais aplicáveis.

Os conceitos legais concretamente aplicáveis são aqueles que estão consagrados nos normativos aos quais a AdC reconduz a conduta da arguida, designadamente o art. 4º/1, als c) e e), *ex vi* art. 6º/1 e 3, al a), da Lei nº 18/2003, que correspondem ao atual art. 11º/2, als a), b) e c), da Lei da Concorrência vigente, e 102º/als a), b) e c), do TFUE, e que corporizam as seguintes condutas: (i) limitação da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e do investimento relativamente aos serviços em causa, em prejuízo da concorrência e dos consumidores; (ii) aplicação de condições discriminatórias relativamente a prestações equivalentes; (iii) imposição de condições de transação não equitativas.

No que respeita à hipótese prevista no art. 4º/1, al c), *ex vi* art. 6º/3, al a), da Lei nº 18/2003, correspondente ao atual art. 11º/2, al b), e ao art. 102º/al b), do TFUE, verifica-se que, no âmbito do direito comunitário da concorrência, este preceito tem servido para acolher práticas de exclusão que envolvem discriminação de preços, como é o caso dos descontos de fidelidade ou condicionais⁸¹.

Fora destes casos típicos de abuso de posição dominante, a verificação desta alínea pressupõe, para além do objeto ou efeito de impedir, falsear ou restringir a concorrência, a demonstração positiva de que a conduta da empresa em posição

⁸⁰ *Idem*, pág. 161.

⁸¹ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 383.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

dominante limitou ou controlou a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos.

No que concerne à aplicação de condições discriminatórias a prestações equivalentes, a verificação desta hipótese pressupõe, quer na lei nacional (revogada e vigente), quer no direito comunitário da concorrência, dois requisitos comuns, designadamente: (i) a aplicação de condições discriminatórias; (ii) relativamente a prestações equivalentes.

No que respeita à aplicação de condições diferentes, a sua verificação é linear, não suscitando especiais dificuldades, bastando “na maior parte dos casos a mera constatação de que é praticado um preço distinto para cumprir este requisito”⁸², sem prejuízo da desigualdade incidir sobre outras condições da transação⁸³.

Quando incide sobre os preços, a discriminação pode assumir características e graus diferentes. Assim, pode-se distinguir entre a discriminação dirigida aos consumidores finais e a discriminação que incide sobre os preços de bens intermédios⁸⁴. No que respeita ao grau, a discriminação pode ser: (i) de primeiro grau (ou perfeita); (ii) de segundo grau; (iii) e de terceiro grau. A discriminação de primeiro grau verifica-se quando uma empresa tem a capacidade de discriminar perfeitamente entre os seus clientes, ou seja, “ocorre quando cada cliente paga um preço diferente por cada unidade do bem e idêntico ao máximo valor que está disposto a pagar para adquirir esse bem”⁸⁵. “Este tipo de discriminação pressupõe que a empresa tenha conhecimento preciso da vontade que o seu cliente tem de pagar ... [sendo] extremamente rara, se não mesmo apenas teórica, na medida em que é muito improvável que as suas condições de verificação se reúnam na prática”⁸⁶. A segunda verifica-se nos casos em que a empresa “coloca à disposição

⁸² *Idem*, pág. 356.

⁸³ *Idem*, pág. 307.

⁸⁴ Parecer de Paula Sarmiento, fls. 17448 dos autos.

⁸⁵ *Idem*, pág. 17449 dos autos.

⁸⁶ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 313.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

dos clientes um conjunto de opções de compra, permitindo-lhes escolher em função da vontade que têm em pagar pelo produto. Descontos de quantidade são o exemplo clássico”⁸⁷. O terceiro grau ocorre quando a empresa “identifica diversos grupos de consumidores e aplica a cada grupo um determinado preço”⁸⁸.

No que concerne ao segundo requisito – equivalência das prestações –, verifica-se, conforme salienta, Ricardo Bordalo Junqueiro, que os normativos legais aplicáveis (incluindo a lei da concorrência revogada) não “explicam ou exemplificam aquilo em que se traduzem prestações equivalentes”⁸⁹. Talvez, por isso, é que “de uma maneira geral, todos os autores estão de acordo em fazer ressaltar a dificuldade para comparar as transações”⁹⁰, sendo difícil encontrar um “critério objetivo para a definição de «transações comparáveis», na medida em que todas as situações são mais ou menos comparáveis perante a uniformidade e amplitude de certos critérios comparativos: a forma legal, os custos dos produtos ou os seus preços”⁹¹.

Ricardo Bordalo Junqueiro propõe, citando doutrina estrangeira, que a avaliação deste requisito deve envolver a “análise de todos os elementos disponíveis para efetuar uma comparação, incluindo as suas características físicas e funcionais, a natureza, os custos, a quantidade, a qualidade, a composição, o tempo de entrega, entre outros”⁹².

No que respeita especificamente aos descontos de quantidade, retira-se do acórdão Aeroportos Portugueses que o aumento do volume de atividade da empresa em posição dominante ou a existência de economias de escala podem ser fatores diferenciadores.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ Parecer de Paula Sarmento, fls. 17449 dos autos.

⁸⁹ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 354.

⁹⁰ Carlos Alberto Caboz Santana, O Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência, Edições Cosmos, Livraria Arco-Íris, Lisboa, 1993, pág. 180.

⁹¹ *Idem*, pág. 179.

⁹² Ob. cit., págs. 354 e 355.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

No contexto nacional, o Tribunal de Comércio de Lisboa, na decisão de 29.02.2012, apreciou a questão no caso Circuitos. Entendeu-se, a propósito, o seguinte: “Afigura-se-nos que o ponto de partida da AdC não está correto. Afirmar que constitui um tratamento desigual atribuir a um cliente cuja faturação é de € 2.000.000,00 desconto diferente do desconto conferido a um cliente cuja faturação é de € 249.500,00 não parece ser um raciocínio correto. Parece-nos óbvio que estamos perante realidades diversas, pois não podemos olvidar que falamos de um tarifário que contém descontos, mas também contém preços para os serviços subjacentes. Portanto, não podemos analisar o tarifário desligado do objetivo que move qualquer empresa – o lucro. Naturalmente, numa perspetiva económica, para qualquer vendedor não é indiferente que o seu cliente adquira 1.000 ou 100, já que manter uma relação económica que mensalmente garante consumos de 1.000 é substancialmente diferente daquela que apenas garante consumos de 100. Para a empresa, o primeiro cliente perspetiva uma segurança na manutenção e rentabilidade do seu negócio que o segundo não representa. Nessa medida, ao primeiro o vendedor poderá fazer um desconto, mas ao segundo, muito provavelmente, não o fará”⁹³.

Pese embora o TCL também tenha analisado a questão no âmbito da justificação económica (que se desenvolverá *infra*), atribuindo à AdC o ónus da prova, a verdade é que da leitura que se faz desta passagem, considera-se que o TCL assumiu, como premissa de análise, que os descontos de quantidade, mesmo que não estejam relacionados com um aumento de volume da atividade da empresa em posição dominante ou com uma economia de escala, não têm subjacente a equivalência do contexto transacional.

Considera-se que esta posição é de sufragar, dados os efeitos pró-competitivos óbvios que, em geral, estão associados aos descontos de quantidade⁹⁴,

⁹³ Cfr. fls. 254 dos autos (Anexo de documentos confidenciais após a distribuição).

⁹⁴ Cfr. Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, ob. cit., págs. 594 a 596.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

nomeadamente aquele que a sentença do TCL refere (segurança na manutenção e rentabilidade do negócio) e a criação de incentivos para os clientes. Transportar a questão para o âmbito da justificação económica seria uma abordagem artificial, pois bastaria, na nossa perspetiva, a alegação dos efeitos pró-competitivos associados, em geral, aos descontos de quantidade e a ausência de evidências, que afastassem a adequação dos descontos para atingir esses efeitos, para transferir para a AdC o ónus da contraprova.

Esta posição não contraria, na nossa perspetiva, a jurisprudência comunitária, especificamente o referido acórdão Aeroportos Portugueses. Com efeito, neste aresto, o TJ recorda “que uma empresa na situação de posição dominante pode conceder, aos seus clientes, reduções de quantidade, que são função apenas do volume de compras efetuado (v., designadamente, acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.º 71)”. Explicita, de seguida, que os métodos de cálculo dessas reduções é que “não se devem traduzir na aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, em violação do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado” (parágrafo 50). Para além disso, salienta que o “simples facto de o resultado de um sistema de redução de quantidades conduzir a que determinados clientes beneficiem, relativamente a determinadas quantidades, de uma taxa média de redução proporcionalmente maior que outros, por referência à diferença dos respetivos volumes de compras, faz parte deste tipo de sistema e daí não se pode inferir que o sistema seja discriminatório” (parágrafo 51).

No entanto, mais importantes que esses parâmetros gerais são as especificidades do caso concreto, salientadas pela arguida, no recurso de impugnação. A particularidade do caso consistia na aplicação de um sistema de reduções em função do número de aterragens, que beneficiava as companhias aéreas TAP e Portugália, que eram as únicas a alcançar da taxa de redução mais elevada, que era de 32,7% no aeroporto de Lisboa e 40,6% nos outros aeroportos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Como se retira das conclusões do Advogado Geral, que a arguida também invoca no recurso de impugnação, as companhias aéreas portuguesas eram as únicas a beneficiar das taxas de redução mais elevadas, porque a aplicação destas taxas pressupunha um grande número de aterragens mensais, que apenas estava ao alcance dos operadores económicos que se encontravam estabelecidos nos aeroportos em causa e os utilizavam em qualquer caso. Neste contexto, não se imagina, conforme se salienta nas mesmas conclusões, “como os operadores baseados nos aeroportos em causa, e que na realidade não podem de modo algum instalar-se noutra local, poderiam ser incitados a recorrer mais intensivamente aos aeroportos em causa graças às reduções em litígio, exceto se imaginarmos que só fazem aterragens para poderem beneficiar dessas reduções” (parágrafo 114), acrescentando-se que “Uma escala de reduções não tendo esses efeitos de limiar não incorria nas mesmas censuras e seria mais adequada para atingir o objetivo alegado” (parágrafo 113).

Foi tendo subjacente este contexto que o TJ concluiu que existe discriminação abusiva quando “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 volume de atividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar relativamente aos seus concorrentes” (parágrafo 52). Mais acrescentou que “Na falta de justificações objetivas, podem constituir indícios de um tal tratamento discriminatório um elevado limiar de funcionamento do sistema, 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”. A final, o Tribunal entendeu que o Estado Português não apresentou nenhuma justificação económica válida para a discriminação, porquanto só invocou “argumentos gerais sobre o interesse, para um aeroporto, de recorrer a um mecanismo de redução de quantidades sobre as taxas de aterragem e contentou-se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

em alegar que o mecanismo estava aberto a todas as companhias aéreas” (parágrafo 55).

A leitura que se faz da decisão, conjugada com as particularidades de facto referidas, é que se trata de um caso extremo e evidente de desadequação dos descontos de quantidade para atingirem os efeitos pró-competitivos que, em geral, lhe estão associados. Com efeito, o que se verificava, em concreto, é que, no contexto de facto descrito, as taxas de redução aplicadas pelo Estado Português não tinham nenhuma vantagem económica visível a não ser beneficiar as companhias aéreas nacionais, permitindo-lhes pagar menos. Daí que a questão da nacionalidade, ainda que tenha sido afastada expressamente, é, na verdade, um pressuposto latente incontornável do acórdão Aeroportos Portugueses.

Admite-se que seja possível replicar a argumentação deste aresto num caso que não esteja associado à questão da nacionalidade. Contudo, para tanto, é necessário, na nossa perspetiva, que a AdC demonstre a desadequação dos escalões de desconto para atingirem os efeitos pró-competitivos que, em geral, lhe estão associados, designadamente aqueles que se referiram.

Para além destes requisitos, era necessário, ao abrigo da Lei nº 18/2003, um requisito adicional, especificamente que a conduta tivesse por objeto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional. A “concorrência será *impedida* se for eliminada, será *falseada* se uma ou mais empresas forem colocadas em situação de desigualdade em resultado da prática proibida e será *restringida* se algum dos parâmetros de concorrência (preço, qualidade, quantidade, variedade, tecnologia, inovação, condições de venda ou pós-venda, publicidade, etc.) for afetado negativamente”⁹⁵. Por outras palavras, devem “considerar-se como tendo por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência todas as práticas que limitem uma empresa independente, na sua liberdade de ação, seja retirando-lhe o controlo que normalmente detém sobre a sua

⁹⁵ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 97.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

produção, os seus aprovisionamentos ou as suas vendas, seja impondo-lhe uma situação mais desfavorável que a desfrutada por outras empresas do mesmo ramo”⁹⁶.

A lei atual e o direito comunitário da concorrência não fazem expressa referência a esse requisito, mas exigem também, para a verificação da discriminação abusiva, um pressuposto adicional, designadamente a colocação dos parceiros comerciais, devido à discriminação, em desvantagem na concorrência. Este resultado corresponde ao objeto ou efeito de falsear a concorrência que estava previsto no art. 6º/1, da Lei nº 18/2003, pelo que se pode concluir que, entre a lei revogada e a lei atual, existe, no que respeita às condutas passíveis de se integrarem atualmente no art. 11º/2, al c), da Lei nº 19/2012, e bem assim no art. 102º/al c), do TFUE, identidade típico-normativa. Sem prejuízo, é certo, da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da união conduzir ao mesmo resultado.

Para melhor se compreender este requisito – desvantagem competitiva – importa referir que a discriminação está presente em diferentes tipos de abuso, designadamente em práticas típicas de exclusão, como é o caso dos descontos de fidelidade ou condicionais, entre outros⁹⁷. Pode também consubstanciar um abuso de exploração. Dada essa diversidade, torna-se difícil elaborar um conceito uniforme para os abusos de discriminação, sendo útil e comum a doutrina efetuar a distinção entre discriminação de primeira linha e discriminação de segunda linha.

A primeira envolve a discriminação por uma empresa dominante que produz efeitos nos concorrentes daquela, quer estes concorrentes se encontrem no mesmo mercado, quer se encontrem num mercado relacionado, no qual se verifica a

⁹⁶ Maria Belmira Martins, Maria José Bicho e Azeem Remtula Bangy, O Direito da Concorrência em Portugal, Lisboa, 1986, pág. 191.

⁹⁷ Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, ob. cit., pág. 202.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

integração vertical da empresa dominante. Inserem-se neste âmbito as práticas de exclusão que envolvem elementos discriminatórios⁹⁸.

A segunda categoria traduz a discriminação por uma empresa dominante, relativamente aos seus clientes, que não está presente no mercado relevante onde os efeitos se produzem, e que, por conseguinte, não adquire nenhuma vantagem competitiva sobre um concorrente através da discriminação.

A doutrina europeia reconduz os casos de discriminação de primeira linha ao art. 102º/al b), do TFUE, e os casos de discriminação de segunda linha (ou discriminação pura) ao art. 102º/al c), do TFUE⁹⁹. Afigura-se-nos que, na lei nacional da concorrência revogada, era possível reconduzir as duas modalidades ao art. 4º/1, al e), *ex vi* art. 6º/3, al a), porque a conduta não estava associada apenas à desvantagem económica ou ao objeto ou efeito de falsear a concorrência. Efetivamente, podia, por força do conceito geral exarado no art. 6º/1, ter por objeto ou efeito impedir ou restringir a concorrência.

Em todo o caso, o que importa salientar é que a referida distinção é muito importante porque os efeitos anticoncorrenciais dos dois tipos de discriminação são significativamente diferentes.

Com efeito, na discriminação de primeira linha, a principal preocupação consiste em saber se a prática é de exclusão e não se implica apenas ou sobretudo a discriminação¹⁰⁰. Por conseguinte, o efeito anticoncorrencial associado a este tipo de práticas é o efeito característico dos abusos de exclusão, designadamente impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência, ou seja, impedir ou restringir a concorrência na terminologia adotada pela Lei nº 18/2003. É este o efeito que se retira do conceito de

⁹⁸ Segue-se, neste âmbito, a distinção proposta por Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, págs. 203 e 204.

⁹⁹ Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, ob. cit., pág. 204.

¹⁰⁰ Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, ob. cit., págs. 205-206.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

abuso de exclusão, sedimentado na jurisprudência comunitária desde o acórdão Hoffman-La Roche.

Recentemente a Comissão, na Comunicação com a 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, veio designar esse efeito como “encerramento anticoncorrencial do mercado”, esclarecendo que esta expressão designa “as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efetivo dos concorrentes atuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores” (parágrafo 19), consumidores na aceção ampla já referida. Para além disso, veio também adotar uma abordagem quanto aos efeitos, intervindo “sempre que, com base em provas sólidas e convincentes, seja provável que o comportamento alegadamente abusivo conduza a um encerramento anticoncorrencial do mercado” (parágrafo 20).

Note-se que esta questão da abordagem formal ou quanto aos efeitos, designadamente se é necessário demonstrar um efeito concreto ou provável ou se basta um efeito possível ou potencial, na medida em que a conduta é adequada ou suscetível a produzir tal resultado, ainda não está resolvida na jurisprudência comunitária. Efetivamente, conforme salienta Ricardo Bordalo Junqueiro, após análise da jurisprudência relevante sobre a matéria, parece difícil afirmar que a jurisprudência recente vá no mesmo sentido, exigindo a análise dos efeitos do comportamento. Numa súmula elucidativa, o mesmo autor acrescenta: “Não obstante no âmbito do processo de reforma do artigo 102º TFUE a Comissão se vincule a uma abordagem centrada no efeito que a leva a ter em consideração o conjunto de fatores indicados nos pontos 20 e seguintes da orientação sobre o artigo 102º TFUE, e também de em determinadas ocasiões, como os processos *Deutsche Telekom*, *TeliaSonera* ou *Post Danmark*, o TJ sugerir que os efeitos concretos não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

devem ser ignorados na avaliação do impacto sobre a concorrência, a jurisprudência europeia parece ainda reticente no que respeita à adesão de uma abordagem centrada no efeito da prática que dê maior relevo à demonstração de efeitos concretos ou prováveis.”.¹⁰¹

Veja-se, a título de exemplo, o acórdão do TJ, de 19.04.2012, Tomra v. Comissão, no qual se exarou o seguinte: “Foi correta a observação do Tribunal Geral, no n.º 289 do acórdão recorrido, de que, para provar um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º 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”.

No mesmo sentido se pronunciou o TJ, no acórdão de 06.12.2012, AstraZeneca v. Comissão: “Ora, decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, embora a prática de uma empresa em posição dominante não possa ser qualificada de abusiva quando não haja o menor efeito anticoncorrencial no mercado, em contrapartida, esse efeito não tem de ser necessariamente concreto, bastando a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial (v., neste sentido, acórdão TeliaSonera Sverige, já referido, n.º 64)”.

Dada a inexistência de uma convergência inequívoca da jurisprudência comunitária quanto à exigência de efeitos prováveis ou concretos, considera-se que é de seguir a visão clássica, que admite efeitos prováveis, ou seja, a adequabilidade da conduta para produzir os efeitos anticoncorrenciais associados à mesma. Visão clássica que também se considera aplicável à lei nacional, pois não há razões, face aos interesses tutelados, para adotar uma posição diferente.

Ainda, neste âmbito dos efeitos, importa salientar que pese embora o interesse tutelado seja, conforme já se referiu, o bem-estar do consumidor e a eficiência económica, a jurisprudência comunitária também tem entendido que, uma vez demonstrado o efeito sobre a concorrência, o prejuízo provável para o

¹⁰¹ Ob. cit., pág. 99.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

consumidor (leia-se, neste contexto, consumidor final) poderá facilmente inferir-se, ou mesmo presumir-se, não sendo exigível prova concreta de que ocorreu efetivamente¹⁰². É elucidativo, nesse sentido, o acórdão *British Airways*, no qual o TJUE salienta que o Tribunal Geral “pôde, sem cometer qualquer erro de direito, abster-se de examinar se o comportamento da BA tinha causado um prejuízo aos consumidores na aceção do artigo [102º], segundo parágrafo, alínea b), mas verificar (...) se os regimes de prémios em causa tinham um efeito restritivo sobre a concorrência e considerar que a existência de um tal efeito tinha sido demonstrada pela Comissão na decisão controvertida”.

Na discriminação de segunda linha, a preocupação subjacente é a distorção da concorrência entre clientes da empresa dominante, ou seja, é falsear a concorrência. Este é o efeito característico deste tipo de discriminação, bastando, conforme referido, um efeito potencial. Também segundo a jurisprudência comunitária “não é preciso exigir ainda a prova de uma deterioração efetiva quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais individualmente considerados” (acórdão do TJUE *British Airways v. Comissão*, parágrafo 145). Basta que “o comportamento da empresa em posição dominante tenda, tomando em conta todas as circunstâncias do caso concreto, a causar uma distorção da concorrência entre esses parceiros comerciais”.

Este entendimento foi repetido pelo acórdão do TJUE *Clearstream* (cfr. parágrafo 194), que, em relação ao caso concreto apreciado, concluiu pela verificação deste efeito com base nos seguintes fundamentos: “No caso em apreço, a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma contínua durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro” (parágrafo 195).

¹⁰² Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 101.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Esta modalidade de discriminação consubstancia um abuso de exploração e enfrenta na atualidade alguns desafios.

Assim, uma prática que encerraria à partida o exercício de poder de mercado, porque, em concorrência perfeita, o equilíbrio do mercado traduz-se na existência de um único preço¹⁰³, tem, na verdade, conhecido, do ponto de vista da teoria económica, uma certa ambiguidade quanto aos efeitos sobre o bem-estar geral¹⁰⁴, ou seja, a teoria económica tem procurado demonstrar que a discriminação de preços pode ter efeitos positivos sobre o bem-estar. Isto mesmo é salientado por Paula Sarmento, no citado parecer, no qual conclui que os efeitos sobre o bem-estar geral devem ser aferidos em concreto¹⁰⁵.

Outro dos desafios provém da Comissão que, na referida Comunicação, veio centrar a sua atenção nas práticas de exclusão, fazendo apenas uma breve referência aos abusos de exploração (sem alusão específica à discriminação), designadamente que “Qualquer conduta que represente uma exploração dos consumidores (por exemplo, a aplicação de preços excessivos) ou que mine os esforços com vista à realização de um mercado interno integrado, é igualmente passível de infringir o artigo 82.º. A Comissão poderá decidir intervir nos casos em que se registam tais comportamentos, nomeadamente quando a defesa dos mesmos e o bom funcionamento do mercado interno não possam ser adequadamente assegurados por outra via” (parágrafo 7).

Significam estas posições que a discriminação de segunda linha, na aceção supra desenvolvida, já não deve fazer parte das preocupações do direito da concorrência?

¹⁰³ Cfr. Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência ...*, pág. 684.

¹⁰⁴ Veja-se neste sentido: Miguel Moura e Silva, *Direito da Concorrência ...*, pág. 684; Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 308; Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, ob. cit., pág. 558 e seguintes; Gunnar Niels, Helen Jenkins e James Kavanagh, ob. cit., págs. 216 a 218.

¹⁰⁵ Cfr. fls. 17450 a 17453 dos autos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

O parecer da CRA, apresentado pela arguida, parece defender esta abordagem, aí se consignando o seguinte: a *“inicial hostilidade “per se” face à discriminação de preços foi totalmente substituída, nos dias de hoje, nas agências, por uma abordagem baseada nos efeitos, segundo a qual só se podem levantar preocupações em matéria de discriminação de preços na medida em que esta leve a uma exclusão anti-concorrencial”* (parágrafo 60, fls. 14555); *“Embora a jurisprudência antiga, tal como os casos Hoffman-La Roche e Michelin I, tenha declarado ilegal a discriminação de preços (sob a forma de descontos condicionais) ao abrigo do Artigo 102º (c), os casos mais recentes na EU, tais como os casos Intel e Tomra, demonstram, claramente, que a Comissão deixou de expressar preocupações exclusivamente com fundamento em discriminação de preços. A Comissão centra-se, em vez disso, exclusivamente na questão de saber se a discriminação de preços leva a comportamentos de exclusão, o que é analisado à luz do Artigo 102º (b) (a disposição legislativa que proíbe a exclusão anti-concorrencial). Os preços discriminatórios são, atualmente, coerentes com o processo concorrencial, em vez de constituírem uma restrição da concorrência a jusante. Só há motivo para preocupações quando tal possa levar à exclusão anti-concorrencial de rivais eficientes”* (parágrafos 68 e 69, fls. 14557 e 14558).

Abordagem esta que a arguida também defende no recurso de impugnação (cfr. arts. 353º a 359º), salientando, com fundamento nos pareceres juntos aos autos, que a *“doutrina económica defende que a discriminação de preços, não só é um mecanismo normal de uma economia de mercado (cfr. parágrafo 62 do Parecer CRA), como também é benéfica para a concorrência - com efeito, normalmente, há discriminação de preços, quando há níveis mais intensos de concorrência (cfr. parágrafo 63 do Parecer CRA) - permitindo, até, a prática de preços globais mais vantajosos para todas as empresas (cfr. parágrafo 67 do Parecer CRA e, ainda, pég. 10 do parecer elaborado pelos Exmos. Senhores Doutor Jorge Padilla e Doutora Patrícia Lorenzo - doravante referido por “Parecer Compass Lexecon”), o*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

que, por sua vez, permite a prática de preços finais mais vantajosos. Nessa medida, é reconhecido que a discriminação de preços é suscetível de ter consequências muito positivas para os interesses dos próprios consumidores - cuja salvaguarda constitui o objetivo último das regras e princípios da concorrência, como também é referido na deliberação do Conselho de 08.04.2004 proferida no âmbito da operação de concentração n.º 47/2003”. Evidencia ainda que “Mais recentemente, em acórdão proferido em 27.03.2012 no processo 209/10 (Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet), o TJUE avançou, inclusive, com a afirmação expressa de que a discriminação de preços não indica, per se, a existência de exclusão da concorrência (e, nesse sentido, abuso de posição dominante)”.

Não se partilha este entendimento.

Assim, no que respeita à teoria económica, a posição mais generalizada vai no sentido já referido de que a discriminação de preços tem efeitos ambíguos, pelo que devem ser aferidos casuisticamente. Por conseguinte, não se pode assumir como premissa de análise que a discriminação de preços, do ponto de vista económico, não suscita qualquer preocupação concorrencial.

Quanto à posição da Comissão, é esta instituição que recorda, no parágrafo 3 da Comunicação, que este “documento não pretende constituir doutrina jurídica, devendo ser considerado sem prejuízo da interpretação do artigo 82.º por parte do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ou do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias”.

Efetivamente, tratando-se de uma abordagem que conduz à desaplicação do art. 102º/al c), do TFUE, apenas seria admissível se fosse validada pelas instâncias jurisdicionais comunitárias. O que não se verifica. Efetivamente, não se considera que seja possível extrair do acórdão do TJ de 27.03.2012 (Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet) o sentido pretendido pela arguida. É certo que o TJ afirmou, nesse aresto, que “o facto de uma prática de uma empresa que detém uma posição dominante, como a política de preços em causa no processo principal, poder ser



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

qualificada de «discriminação de preços», ou seja, a aplicação de preços diferentes a clientes diferentes ou a categorias diferentes de clientes para produtos ou serviços cujos custos são os mesmos, ou, inversamente, a aplicação de um preço único a clientes para os quais os custos da oferta variam, não basta, por si só, para sugerir a presença de uma prática de eliminação abusiva” (parágrafo 30).

Sucede que estava em causa um reenvio prejudicial em que se questionava da possível recondução de uma prática de baixa seletiva de preços para níveis inferiores aos custos totais médios, mas superiores aos dos custos incrementais médios, a um abuso que visava a eliminação de um concorrente. Ou seja, a questão foi enquadrada no âmbito de um abuso de exclusão, sendo certo que, no plano dos parâmetros gerais, o TJ, exarou o seguinte: “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, a aplicar a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes, colocando-os, assim, em desvantagem na concorrência, ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 175 e jurisprudência referida)”. Neste segmento, o TJ alude à aplicação a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes, a par de outras condutas relacionadas com as práticas tarifárias, sem qualquer elemento adicional para além da colocação dos parceiros comerciais em desvantagem na concorrência.

Considera-se, assim, que a discriminação de segunda linha continua a consubstanciar uma conduta típica de abuso de posição dominante, que não exige qualquer efeito adicional para além da desvantagem competitiva, em termos coincidentes com a *fattispecie* da norma, designadamente não exige a demonstração de um efeito provável, potencial ou concreto de encerramento anti-concorrencial do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

mercado ou qualquer outro efeito de exclusão. A desvantagem competitiva falseia a concorrência porque introduz um desequilíbrio entre os clientes da empresa em posição dominante, que concorrem entre si e que não deveria existir.

As considerações precedentes, alicerçadas, no essencial, na jurisprudência comunitária consideram-se aplicáveis ao direito nacional da concorrência, atenta a convergência entre os preceitos aplicáveis (mesmo à luz da lei nacional revogada) e os interesses tutelados.

Verificados os requisitos da discriminação abusiva (ou de qualquer outra prática abusiva) é possível afastar o abuso de posição dominante mediante a apresentação e demonstração de uma justificação económica.

Efetivamente, não obstante a lei nacional da concorrência (revogada e vigente) e o art. 102º, do TFUE, não contenham nenhuma referência expressa à figura, “razão pela qual se considera usualmente que aqueles preceitos contêm uma *proibição absoluta*”¹⁰⁶, a verdade é que é hoje incontroverso pelas instituições europeias que uma empresa dominante a quem seja imputado um comportamento abusivo pode alegar uma justificação objetiva e escapar à proibição.

Quanto ao conteúdo dessa justificação económica, a Comissão, na Orientação para a aplicação do art. 102º, do TFUE, e a propósito dos abusos de exclusão, esclareceu que uma empresa em posição dominante pode justificar a sua conduta, quer demonstrando que “o seu comportamento é objetivamente necessário, quer demonstrando que o seu comportamento produz ganhos de eficiência substanciais, que compensam qualquer efeito anticoncorrencial a nível dos consumidores. Neste contexto, a Comissão irá avaliar se o comportamento em questão é indispensável e proporcionado ao objetivo alegadamente pretendido pela empresa em posição dominante” (parágrafo 28).

Este entendimento corresponde também à prática jurisprudencial, tendo o TJ salientado, no acórdão Post Danmark que uma empresa em posição dominante

¹⁰⁶ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 175.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

“pode demonstrar, para esse efeito, que o seu comportamento é objetivamente necessário (v., neste sentido, acórdão de 3 de outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261, n.º 27) 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 (acórdãos de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colet., p. I-2331, n.º 86, e TeliaSonera Sverige, já referido, n.º 76)”.

Neste âmbito, a ideia de proporcionalidade tem assumido especial relevo, conforme já se havia salientado no acórdão United Brands, tendo-se aí exarado que “Mesmo sendo de aceitar a possibilidade de um contra-ataque, ele deve ser proporcional à ameaça, tendo em conta o poder económico respetivo das empresas em causa” (cfr. parágrafo 190).

O critério da proporcionalidade é também defendido por muitos autores, que exigem, para além disso, que o comportamento se destine a alcançar um fim legítimo. Quanto a este fim legítimo, no qual se inclui a defesa dos interesses comerciais da empresa, nomeadamente o lucro, salienta-se que “[n]ão basta, no entanto, alegar que uma dada prática foi adotada porque a empresa prossegue os seus interesses comerciais normais. Importa avaliar se a prossecução desse objetivo é feita de forma legítima e demonstrar que a conduta adotada faz sentido para a empresa dominante”¹⁰⁷.

Portanto, são estes, no essencial, os parâmetros gerais a aplicar para a determinação de uma justificação económica válida.

Dentro destes parâmetros, são aceites, em determinadas condições e em termos genéricos, justificações como: (i) a reação aos comportamentos dos concorrentes, desde que este direito de resposta seja adequado e proporcional ao ataque; (ii) realização de eficiências, desde que a eficiência seja consequência do comportamento, o comportamento seja indispensável para a concretização da

¹⁰⁷ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 119.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

eficiência, os ganhos de eficiência compensem o efeito negativo sobre os consumidores e o comportamento não elimine uma concorrência efetiva através da supressão de todas ou de parte das fontes atuais ou potenciais de concorrência; (iii) razões de ordem técnica; (iv) razões de saúde ou segurança relacionadas com a natureza do produto, sendo de salientar que a prova de que o comportamento abusivo é necessário deverá ter em consideração que compete normalmente às autoridades públicas definir e aplicar as normas de saúde e de segurança; (v) cumprimento de obrigações regulamentares, desde que as mesmas não lhe confiram “margem de manobra” para evitar a violação das regras da concorrência¹⁰⁸.

A propósito da recuperação de custos fixos, afirma-se, na decisão impugnada, que este argumento foi rejeitado pelos tribunais comunitários para justificar práticas comerciais abusivas, invocando-se os parágrafos 86 e 87 do acórdão *British Airways* (cfr. parágrafo 566). Considera-se que esta asserção não é inteiramente exata, pois essa questão foi analisada pelo TJUE, no referido aresto, na parte que incidiu sobre as práticas de exclusão e entendeu-se que os argumentos invocados pela recorrente relativos ao elevado nível dos custos fixos no sector dos transportes aéreos e à importância das taxas de ocupação dos aparelhos eram inadmissíveis, porque contestavam, na realidade, a apreciação dos factos e dos meios de prova realizada pelo Tribunal de Primeira Instância, não competindo ao Tribunal de Justiça, em sede de recurso, substituir pela sua própria apreciação dos dados de mercado e da situação concorrencial a apreciação que foi efetuada pelo Tribunal de Primeira Instância.

É entendimento da jurisprudência comunitária que “embora o ónus da prova quanto à existência das circunstâncias constitutivas de uma violação do artigo 82.º CE impenda sobre a Comissão, é, todavia, à empresa dominante em causa, e não à Comissão, que incumbe, se for o caso, antes do fim do procedimento administrativo, invocar uma eventual justificação objetiva e apresentar argumentos e

¹⁰⁸ Cfr. Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., págs. 120 e 125.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

elementos de prova a esse respeito. Compete, em seguida, à Comissão, se pretender concluir pela existência de um abuso de posição dominante, demonstrar que os argumentos e os elementos de prova invocados pela referida empresa não procedem e que, por conseguinte, a justificação apresentada não pode ser acolhida” (acórdão Clearstream, citando o acórdão Microsoft/Comissão).

O acolhimento desta posição no âmbito do direito nacional da concorrência não contende, na nossa perspetiva, com o princípio da presunção da inocência, consagrado no art. 32º/2, da CRP, pois a justificação económica atua num segundo momento, ou seja, após a verificação de todos os pressupostos da infração, evitando que o abuso de posição dominante se traduza numa proibição absoluta.

A discriminação de preços tem sido objeto de várias decisões pelas instâncias jurisdicionais comunitárias¹⁰⁹. Conforme sintetiza Ricardo Bordalo Junqueiro, algumas dessas decisões tinham subjacente uma integração vertical, incidindo sobre monopolistas legais ou de facto, que controlavam *inputs* indispensáveis à concorrência nos mercados a jusante. Outras tinham na sua base preocupações relacionadas com a ameaça que a discriminação representava para o projeto de construção europeia. Por fim, no terceiro conjunto de decisões, a discriminação de preços tinha elementos de exclusão de primeira linha¹¹⁰.

No que respeita à jurisprudência nacional, a AdC fez aplicação da figura do abuso de posição dominante em dois casos, caso *Banda Larga*, que acabou por prescrever, e no caso *Circuitos*, que foi apreciado pelo Tribunal de Comércio de Lisboa, na decisão já referida¹¹¹.

Por último, a imposição de condições de transação não equitativas está expressamente prevista no art. 102º/al a), do TFUE, e no art. 11º/2, al a), da atual lei

¹⁰⁹ Cfr. Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., págs. 320 a 344.

¹¹⁰ *Idem*, em particular as conclusões de fls. 344.

¹¹¹ *Idem*, págs. 344 a 353.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

da concorrência. Numa interpretação conforme ao direito da união é também possível reconduzi-la à cláusula geral do art. 6º/1, da Lei nº 18/2003.

A verificação deste tipo de abuso – que é um abuso de exploração – ocorre quando, em termos genéricos, uma empresa em posição dominante impõe condições contratuais cujos termos não seriam passíveis de ser impostos por uma empresa não dominante. Em termos mais específicos, é necessário considerar os seguintes parâmetros: (i) a cláusula tem de estar relacionada com o propósito do contrato e tem de ser necessária para garantir alguma eficiência gerada pelo contrato, podendo-se presumir o abuso quando a cláusula não comporta qualquer benefício para o consumidor; (ii) para ser censurável tem de causar prejuízo ao outro contraente, o que acontecerá normalmente se se traduzir na renúncia a um direito que o mesmo poderia ter obtido em condições concorrenciais; (iii) assumindo que se verifica a primeira condição, não estando presente a segunda, é necessário aplicar parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade, que serão decisivos¹¹².

Numa síntese elucidativa, pode-se entender por condições de transação não equitativas “todas aquelas em que a contrapartida fornecida pela empresa dominante seja desproporcionada aos bens e serviços transacionados, ou seja, quando o equilíbrio do contrato se encontre rompido por não haver equilíbrio nos contravalores da transação”¹¹³.

Na prática das instituições comunitárias encontramos alguns exemplos desta figura típica de um abuso de posição dominante.

Assim, no caso BRT c SABAM, “o TJ considerou que a exigência feita por parte de uma sociedade de gestão coletiva de direitos de autor aos seus membros, no sentido de, como condição para a sua inscrição, estes terem que incluir todos os seus direitos, presentes e futuros, no mandato de gestão a conferir à sociedade e autorizar a sociedade, para além disso, a exercê-los pelo prazo de cinco anos subsequentes à

¹¹² Cfr. Robert O’Donoghue and A. Jorge Padilla, págs. 646 a 658.

¹¹³ Carlos Alberto Caboz Santana, ob. cit., pág. 169.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

sua eventual saída da sociedade, era abusiva, porque excedia o necessário à prossecução dos seus objetivos”¹¹⁴.

No caso Tetra Pak II, “a Comissão considerou como abusiva a cláusula pela qual a empresa Tetra Pak obrigava os seus clientes a pagar uma renda inicial pelo aluguer de equipamento de montante quase equivalente ao do próprio valor do equipamento, dado que os clientes eram obrigados a pagar quase o mesmo montante que pagariam se adquirissem o equipamento mas ficavam privados do respetivo direito de propriedade”¹¹⁵.

No caso Alsatel, “o TJ considerou abusivas certas cláusulas contratuais que conferiam à empresa o direito de determinar unilateralmente o preço de reparações a efetuar nos equipamentos de telefone alugados a clientes no quadro de contratos com a duração de 15 anos sujeitos a uma cláusula de exclusividade por parte da Alsatel no que respeitava à realização de manutenção dos equipamentos. A prorrogação automática do contrato por 15 anos no caso de o valor da renda aumentar 25% foi igualmente considerada abusiva”¹¹⁶.

No plano subjetivo, verifica-se que, no âmbito do direito comunitário da concorrência, é entendimento consolidado que o abuso de posição dominante tem natureza objetiva, ou seja, exige-se apenas a verificação do facto sem que se requeira a demonstração de qualquer dimensão subjetiva do mesmo. Trata-se de jurisprudência pacífica do TJUE¹¹⁷, sendo elucidativa a seguinte passagem do acórdão *Clearstream* do Tribunal Geral: “o comportamento de uma empresa em posição dominante pode considerar-se abusivo, na aceção do artigo 82.º CE, independentemente de qualquer culpa” (cfr. parágrafo 141), concluindo-se de seguida que “Por conseguinte, o argumento das recorrentes, segundo o qual não prosseguiram qualquer objetivo anticoncorrencial, é irrelevante para a qualificação

¹¹⁴ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 174.

¹¹⁵ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., págs. 174-175.

¹¹⁶ Miguel Mendes Pereira, ob. cit., pág. 175.

¹¹⁷ Ricardo Bordalo Junqueiro, ob. cit., pág. 90.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

jurídica dos factos”. Isso não significa que a existência de uma intenção anticoncorrencial seja de todo irrelevante. Conforme resulta também do acórdão *Clearstream*, a existência de uma intenção anticoncorrencial “pode reforçar a conclusão da existência de um abuso de posição dominante” (cfr. parágrafo 142), ou seja, pode ser útil enquanto evidência/indício da existência de um abuso de posição dominante.

No plano do direito nacional, é necessário que se verifique o dolo, nos termos gerais (cfr. art. 8º/1, do RGCO, e 14º, do CP, *ex vi* art. 41º/1, do RGCO), ou a negligência (cfr. art. 43º/6, da Lei nº 18/2003, e 68º/3, da Lei atual), sendo certo, quanto à negligência, que a mesma encontra fundamento suficiente na especial responsabilidade que recai sobre as empresas dominantes de não atentarem, pelo seu comportamento, contra uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum.

As pessoas coletivas são responsáveis pela prática desta infração, quando os factos tiverem sido praticados, no exercício das respetivas funções ou em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores – cfr. art. 47º/1 e 2, da Lei nº 18/2003. Na lei atual, as pessoas coletivas continuam a ser responsáveis pelas contraordenações cometidas em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança (órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da atividade) e por quem atue sob a autoridade destas pessoas em virtude da violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem – art. 73º/1 a 3, da Lei nº 19/2012. Considera-se aplicável a estes normativos o entendimento exarado no Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 11/2013, publicado no Diário da República, 2ª série, nº 178, de 16.09.2013, a propósito do art. 7º/2, do RGCO, no sentido de que os preceitos adotam a responsabilidade autónoma da pessoa coletiva, “pelo que não é necessária a identificação concreta do agente singular que cometeu a infração para que a mesma seja imputável à pessoa coletiva”.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Expostos os parâmetros gerais aplicáveis, é necessário subsumi-los aos factos.

Começando pela conduta prevista nos arts. 4º/1, al c), *ex vi* art. 6º/3, al a), da Lei nº 18/2003, 11º/1, al b), da Lei nº 19/2012, e 102º, al b), do TFUE, importa recordar que – sem considerar, neste momento, os abusos de exploração que contêm elementos de discriminação e que a jurisprudência comunitária reconduz ao referido normativo – a sua verificação pressupõe a demonstração positiva dos factos concretizadores da conduta típica, já referida.

Ora, no caso concreto, constata-se que a decisão impugnada não contém factos que permitam concluir que a conduta da arguida limitou ou controlou a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos dos operadores de televisão por subscrição. Efetivamente, o que se apurou é que os operadores de televisão por subscrição pagaram, pelos canais Sport TV, preços diferentes. Ficou igualmente provado que essas diferenças de preços foram também aplicadas em função das tecnologias utilizadas, tendo sido superiores em relação às tecnologias mais recentes no mercado. Também ficou demonstrado que, durante o período de referência, vários operadores do mercado televisão por subscrição saíram do mercado.

Contudo, não consta nenhum facto concreto na decisão impugnada (e como tal também não poderia ser aditado, nesta fase, sob pena de consubstanciar uma alteração substancial de factos) demonstrativo de que essas diferenças de preços provocaram, efetivamente, uma limitação ou controlo da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos dos operadores de televisão por subscrição atingidos e que a saída dos referidos operadores teve alguma relação com a conduta da arguida. As considerações tecidas na decisão impugnada a propósito desta conduta, designadamente nos parágrafos 636 a 638, são conclusivas.

Por conseguinte, nesta parte, considera-se que assiste razão à arguida, não se podendo reconduzir a sua conduta aos preceitos supra indicados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Analisemos, agora, a conduta da arguida no âmbito da discriminação.

A matriz factual da conduta da arguida, sob escrutínio, radica no sistema remuneratório que aplicava aos seus clientes, os operadores de televisão por subscrição e que está descrito nos factos provados.

Tal sistema remuneratório tinha, por base, a multiplicação de dois fatores, designadamente: (i) o preço; (ii) e o número de subscritores a remunerar em cada mês. Se o preço não sofresse variações, sendo igual para todos os operadores, e se o número de subscritores a remunerar em cada mês correspondesse sempre ao número de subscritores reais de cada operador, o sistema remuneratório da arguida, por contraposição a um preço único e fixo, igual para todos os seus clientes, não suscitaria qualquer preocupação concorrencial. Efetivamente, neste cenário, os operadores de televisão por subscrição estariam nas mesmas condições, pois o preço retalhista é fixado por subscritor e o preço de aquisição por subscritor seria o mesmo para todos os retalhistas.

Sucede que os dois fatores sofriam variações relevantes. Assim, o preço era calculado pela multiplicação do preço de venda recomendado pela Sport TV para o cliente final (PVR) por um fator de desconto, fixado por escalões que variavam em função do número de subscritores a remunerar e que não eram retroativos. Por sua vez, o número de subscritores a remunerar podia não corresponder ao número de subscritores reais, devido à introdução de uma taxa de penetração mínima (TPM), distinto em função da tecnologia, ou de um número absoluto mínimo (NAM). Eram estes dois elementos do sistema remuneratório – por um lado, os escalões de desconto e, por outro lado, a TPM e o NAM – que conduziam a que, independentemente dos critérios de determinação da remuneração serem, em termos gerais, iguais para todos os operadores de televisão por subscrição – estes acabassem por pagar preços médios diferentes por subscritor, gerando uma discriminação de preços.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Conforme expusemos, no âmbito dos parâmetros gerais, a discriminação de preços pode ser de primeira linha ou de segunda linha, sendo os critérios de aplicação destas duas modalidades substancialmente distintos. Recorde-se que a discriminação de primeira linha, independentemente dos traços específicos que a conduta assuma, (i) destina-se a produzir efeitos nos concorrentes da empresa em posição dominante que se encontrem no mesmo mercado ou num mercado relacionado onde se encontre verticalmente integrada, (ii) efeitos esses que se traduzem em impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência e (iii) que podem ser potenciais, prováveis ou efetivos.

Analizada a decisão impugnada, verifica-se que, pese embora a asserção de que a arguida é uma empresa que se encontra verticalmente integrada no Grupo ZON (cfr. parágrafos 482 e 486) e a referência a efeitos de exclusão associados à sua conduta, para efeitos de verificação do critério da suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros (cfr. parágrafo 731), a verdade é que a AdC aprecia a factualidade apurada dentro do enquadramento específico da discriminação de segunda linha (ainda que pressupondo um conceito de discriminação de segunda linha ligeiramente diverso daquele que aqui se adota). Inclusive se refere expressamente, no parágrafo 549, que “*o comportamento da Sport TV não é suscetível de gerar um efeito de exclusão de um concorrente na medida em que a Sport TV não tem concorrentes no mercado relevante*”.

O que, aliás, não poderia deixar de ser de outro modo, pois não existem elementos suficientes que permitam direcionar a conduta da arguida para uma prática de exclusão.

Efetivamente, conforme se apurou na determinação da posição dominante, a arguida não tinha concorrência atual ou potencial no mercado relevante dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

No que respeita ao mercado a jusante, o mercado retalhista da televisão por subscrição e especificamente a alegada integração vertical no Grupo ZON, considera-se que, podendo-se falar ou não de uma integração vertical, a participação que a ZON Multimédia detinha não era suficiente, só por si e sem elementos adicionais, para se concluir que a atuação da Sport TV era e estava circunscrita, de forma determinante e decisiva, à vontade e satisfação dos interesses específicos daquela acionista.

Isso não significa que não existisse objetivamente uma relação especial entre a arguida e a ZON TV Cabo. Contudo, este elemento, que se traduz em concreto numa participação acionista de 50% (pela ZON Multimédia) a par de outro acionista com igual participação e interesses diferentes, não é suficiente, só por si, para sustentar a premissa de que a arguida tinha, sequer, incentivos suficientemente fortes para impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado retalhista da televisão por subscrição ou o desenvolvimento desta concorrência.

Neste cenário e face à ausência de outros indicadores, não se pode concluir pela adequabilidade da conduta da arguida para atingir o efeito referido, o que conduz ao afastamento preliminar de uma discriminação de primeira linha, ou seja, de um abuso de exclusão.

Analisemos, então, a sua conduta à luz dos parâmetros da discriminação de segunda linha.

Já concluímos pela existência de condições desiguais, designadamente discriminação de preços, gerada especificamente por dois fatores do sistema de remuneração: (i) os escalões de desconto; (ii) e a TPM (diferente em função da tecnologia) e o NAM. Pese embora estes dois fatores tenham sido aplicados conjuntamente e os efeitos globais da conduta da arguida sejam um produto dos dois, a verdade é que é possível individualizar o seu modo de funcionamento e os efeitos específicos que lhes estão associados, pelo que devem ser analisados separadamente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

No que respeita aos escalões de desconto, já concluímos que o fator quantidade, que está subjacente aos mesmos, é suscetível de diferenciar as prestações, mesmo que estas, como sucede no caso, seja iguais em termos de características e a quantidade não tenha um reflexo direto em poupanças de custos. Importa, assim, recordar que o que importa é a demonstração da falta de adequação dos descontos de quantidade para atingirem os efeitos pró-competitivos que, em geral, lhe estão associados.

Neste âmbito, a decisão impugnada, antes de entrar na análise das justificações concretamente apresentadas pela arguida, conclui pela existência de discriminação abusiva com fundamento, no essencial, nas seguintes constatações de facto: as taxas de desconto obtidas pelos operadores são bastante diferentes, salientando, a título de exemplo, [confidencial] (parágrafo 511); os limiares dos diferentes escalões de redução, conjugados com as taxas praticadas, beneficiaram, no período de 2006 a 2010 o maior operador no mercado da televisão por subscrição, a ZON TV Cabo, concedendo-lhe uma clara vantagem económica relativamente aos demais operadores (parágrafo 515); este efeito é percecionado pelos operadores de menor dimensão (parágrafo 516); não está demonstrada a existência de economias de escala na disponibilização dos canais Sport TV aos operadores no mercado de televisão por subscrição suscetível de justificar o tratamento discriminatório, bem como qualquer outra justificação económica objetiva (parágrafo 519); facto este que também é percecionado pelos diversos operadores (parágrafo 521); e o sistema de descontos implica que uma só empresa, no caso a ZON TV Cabo reúna os requisitos para beneficiar deste, alcançando o sétimo escalão (parágrafo 524).

Em termos de enquadramento jurídico, a decisão impugnada apoia-se, no essencial, no acórdão do TJUE dos Aeroportos Portugueses, considerando aplicáveis ao caso os parâmetros aí expostos e concluindo que: *“a existência de um sistema de descontos cujas condições implicam que uma só empresa, de acordo com os dados*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

da faturação disponíveis, esteja em condições de reunir os requisitos exigíveis para poder vir a beneficiar dele, não pode deixar de valorar-se como demonstrativo de um tratamento discriminatório e, conseqüentemente, não equitativo quanto às condições aplicadas aos restantes clientes” (parágrafo 506).

A AdC analisou também os argumentos apresentados pela arguida, salientando-se, quanto ao argumento de que os escalões de descontos consubstanciam um incentivo para a expansão das vendas dos clientes grossistas, o que facilita a cobertura dos custos fixos elevados, que o mesmo tem sido rejeitado pela jurisprudência comunitária, invocando o acórdão do TJUE British Airways. Corrobora este entendimento com a alegação de que um regime de descontos deve ser considerado abusivo quando não apresenta qualquer relação com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter tais vantagens, sendo que, no caso, não se pode considerar que os escalões de desconto aplicados pela arguida sejam a única forma de cobrir os custos fixos. Mais acrescenta que é indiferente para a arguida qual o operador de televisão a quem presta o serviço ou o número de subscritores de um dado operador, pois isso não altera o serviço prestado, o que vai de encontro ao entendimento exarado no acórdão do TJUE Aeroportos Portugueses (cfr. parágrafos 566 a 569).

Em contrapartida, a arguida alega, entre o mais e para além de outros argumentos já analisados no âmbito dos parâmetros gerais de aplicação, que a AdC erra ao considerar que o sistema de descontos foi construído para beneficiar a ZON TV Cabo, quando foi demonstrado que estes dependem, exclusivamente, do número total de subscritores que cada operador tem, sendo remunerados de forma igual o mesmo número de subscritores de todos os operadores.

Mais alega que os escalões de desconto constituem um incentivo para a angariação de subscritores adicionais dos canais SPORT TV por parte dos operadores de televisão por subscrição, contribuindo para o aumento do universo de subscritores, o que, por sua vez, permite suportar os custos fixos elevados da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

atividade da arguida (que implica avultados investimentos e constantes elevados graus de risco na própria aquisição dos conteúdos a transmitir e, também, que é caracterizado por uma fortíssima volatilidade da procura), tornando esta atividade economicamente viável.

Acrescenta que a AdC procedeu a uma interpretação errada da jurisprudência comunitária (nomeadamente dos casos Aeroportos Portugueses e British Airways) ao considerar que a necessidade de assegurar o financiamento dos custos fixos não é admitida pelo TJUE enquanto argumento que integra a justificação da prática de descontos de quantidade.

Considera ainda que AdC errou ao considerar a factualidade subjacente ao caso em apreço equiparável ao caso Aeroportos Portugueses. Errou, em especial, ao desconsiderar o motivo pelo qual a justificação económica apresentada pela República Portuguesa falhou naquele caso e, nessa medida, errou ao transpor, diretamente, a decisão ali proferida para o caso em apreço.

Analizados os fundamentos da decisão impugnada, aceitam-se determinados parâmetros, designadamente que os escalões de desconto praticados pela arguida não tinham como contrapartida um aumento do volume de atividade ou economias de escala. Efetivamente, em termos gerais, a atividade da arguida e os custos inerentes não sofriam variações em função do número de subscritores, pois, conforme a própria admite, na ótica do serviço prestado por si, *“fornecer o serviço dos canais SPORT TV para 5 pessoas ou para 500.000 pessoas é praticamente o mesmo ao nível dos custos de produção daquele serviço”*. No entanto, já concluímos que esta característica não é suficiente para considerar que os descontos de quantidade consubstanciam uma discriminação abusiva.

É também verdade que, durante o período de referência, apenas um operador, a ZON TV Cabo, beneficiou do escalão máximo. Contudo, este fator não tem o mesmo significado e importância que assumiu, no acórdão Aeroportos Portugueses, o facto do sistema de reduções ter beneficiado apenas as transportadoras aéreas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

portuguesas. Com efeito, conforme se concluiu, isto sucedia pela razão de que as taxas de redução mais elevadas apenas estavam ao alcance dos operadores económicos que se encontravam estabelecidos nos aeroportos em causa e os utilizavam em qualquer caso. Não é o que sucede no caso, pois, em termos gerais, nada impede que a ZON TV Cabo perca subscritores dos canais Sport TV, ou seja, não há nenhum fator adicional que garanta, à partida, a permanência da ZON TV Cabo no último escalão e que impeça outro operador (nomeadamente a PTC) de atingir o último escalão.

No que respeita ao “limiar de funcionamento do sistema”, alega a AdC, nas suas contra-alegações, que, no caso concreto, *“para que um operador de televisão por subscrição conseguisse alcançar escalões de desconto que se aproximassem do escalão máximo (apenas alcançado pelo maior operador), não lhe bastava lograr uma elevada taxa de penetração de clientes de canais Sport TV na sua base de clientes de televisão por subscrição. Uma análise à evolução dos diferentes operadores, em termos do seu número de clientes, mostra que o sistema de descontos da Sport TV tendia, clara e inequivocamente, a confinar cada um dos operadores ao respetivo escalão, em razão da dificuldade em ascender ao escalão seguinte. O único operador que conseguiu ascender a outro escalão foi a PTC, em virtude de vantagens [particulares], que se podem considerar irrepetíveis para os restantes operadores. Em todo o caso, não obstante o seu crescimento acelerado nos últimos anos, a PTC tão-pouco conseguiu atingir o escalão máximo de desconto (cfr. gráfico 31 e tabela 36, da Decisão). Assim, este esquema de escalões de desconto, ao compensar apenas com descontos máximos os operadores com um elevado número de clientes de canais Sport TV e, indiretamente, com um enorme número total de clientes de televisão por subscrição, acaba por penalizar os pequenos operadores de televisão por subscrição. Com efeito, estes operadores até poderiam ter capacidade de fazer crescer a taxa de penetração de clientes de canais Sport TV, mediante eventuais campanhas promocionais, mas não tinham, na*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

prática, capacidade de fazer crescer a sua base de clientes de televisão por subscrição, o que limitava, à partida, a sua capacidade para angariar novos subscritores dos canais Sport TV, acabando assim por pagar um preço médio por cliente Sport TV muito elevado” (parágrafos 110 a 115).

O que se retira desta argumentação é, no essencial, a asserção de que o universo de subscritores Sport TV de cada operador está dependente do seu universo total de subscritores, ou seja, da sua dimensão e que, na prática, os operadores não tinham capacidade para aumentar a sua dimensão. Por conseguinte, o que se verificaria, no caso, não seriam verdadeiros escalões de desconto de quantidade, destinados a incentivar a conquista de subscritores adicionais, uma vez que os respetivos patamares eram demasiado elevados para a dimensão dos operadores, mas preços diferentes em função da dimensão do operador.

Este enquadramento da questão seria incontornável se existissem dados seguros que pudessem atestar um “elevado limiar de funcionamento do sistema”, ou seja, se pudéssemos concluir que o mercado de televisão por subscrição está próximo do seu potencial máximo e, por isso, a possibilidade de crescimento dos operadores passaria pela conquista das respetivas quotas de mercado. Não há, contudo, elementos seguros nesse sentido, conforme demonstra a evolução do mercado. Por conseguinte, não há razões para se aceitar, à partida, que os operadores de televisão com menor dimensão e os demais não vão conseguir crescer e que, nesse processo de crescimento, a suscetibilidade de aumentarem as suas receitas *premium*, nomeadamente através dos escalões de desconto dos canais Sport TV, não seja um incentivo. Por conseguinte, não podemos, só com base na relação entre o universo de subscritores Sport TV e a dimensão do operador, considerar que os escalões de desconto aplicados pela arguida eram estanques e de todo desadequados para produzir o efeito referido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Acresce que, conforme salientou o TCL, a segurança na manutenção e rentabilidade do negócio que um operador com mais de 240.000 subscritores gera é diferente da segurança inerente a um operador com menos de 7.500 subscritores.

No que respeita à diferença entre as taxas aplicadas, os escalões de desconto aplicados poderiam ser problemáticos se criassem obstáculos à progressão dos operadores eficientes, designadamente através de margens de comercialização que não fossem suficientes para compensar os custos com a angariação de subscritores adicionais. Isto não se considera demonstrado. [confidencial]. É certo também que não se demonstrou que os escalões de desconto incentivassem os demais operadores a promoverem os canais Sport TV. No entanto, o que se impunha, neste âmbito, face aos parâmetros aplicáveis e já definidos, era a demonstração do contrário. E o que sucede é que a decisão impugnada não contém factos relativos aos demais operadores, sendo certo que as suas reclamações em relação aos escalões de desconto assentam essencialmente na discriminação. Por conseguinte, só com base na posição assumida [confidencial] não é possível concluir pela falência dos escalões de desconto.

É verdade também que a própria arguida invoca a “*insuficiência do modelo de escalões diferenciados em função do número de subscritores para garantir a existência de níveis mínimos-de receita, bem como níveis mínimos de incentivo para os operadores conquistarem subscritores dos canais SPORT TV*”. Contudo, fá-lo para justificar a TPM e o NAM, não se considerando como tal uma confissão, sem reservas, de que os escalões de desconto não eram adequados a produzir os efeitos referidos.

Por todo exposto, considera-se que, relativamente, aos escalões de desconto não se pode concluir pela verificação dos pressupostos da infração imputada, designadamente pela aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes.

A conclusão é incontornavelmente distinta no que respeita à TPM e ao NAM. Vejamos porquê.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

A TPM [confidencial], cuja aplicação conduz a preços médios efetivos distintos daqueles que resultam da simples atendibilidade dos escalões de desconto, consoante o operador atinja ou não esse valor. Se não atingir, a arguida é remunerada por subscritores fictícios.

O NAM é um número absoluto mínimo, [confidencial]. Produz o mesmo efeito da TPM, ou seja, conduz a preços médios efetivos distintos daqueles que resultam da simples atendibilidade dos escalões de desconto, consoante o operador atinja ou não esse valor e este seja superior à TPM e ao número real de subscritores. Se não atingir, a arguida é remunerada por subscritores fictícios.

Vejamos se estes fatores introduzem diferenças no contexto transacional.

No que respeita às tecnologias, as mesmas não têm repercussão nos custos, na qualidade ou não forma como a prestação da arguida é efetuada. Também no que respeita à oferta dos canais Sport TV aos consumidores finais, não há evidência de qualquer diferença relevante, designadamente nas suas preferências. Mesmo que existissem tais diferenças, associadas ou não ao facto de serem tecnologias recentes, as mesmas teriam repercussão na quantidade de subscritores, que é o fator de diferenciação que está subjacente aos escalões de desconto. Por conseguinte, considera-se que as diferentes tecnologias não são suscetíveis de diferenciarem os contextos transacionais entre os vários operadores.

Ainda que assim se não entenda, a verdade é que os preços médios efetivos distintos aplicados às diferentes tecnologias têm subjacentes TPM distintas, pelo que o que importa é analisar este fator e bem assim o NAM, designadamente apreciar se atingir ou não a TPM ou se atingir ou não o NAM é um elemento que diferencie o contexto transacional de forma a explicar os preços médios distintos de operador para operador que resultam da sua aplicação.

O parecer CRA, apresentado na sequência do parecer de Paula Sarmento, responde positivamente a esta questão, salientando o seguinte: “na página 59, parágrafo 1, consta uma sugestão de que o sistema de preços da Sport TV implicou



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

condições de preço diferentes para níveis equivalentes de serviços prestados pelos distribuidores. Isto não é correto. Níveis equivalentes de serviços prestados pelos distribuidores significaria esforços equivalentes de promover e vender os canais Sport TV, que, se fossem realmente iguais, conduziriam a equivalente penetração dos canais Sport TV na plataforma de cada distribuidor e a condições de preços equivalentes (i. e., neste caso, todos os distribuidores de um determinado tipo de plataforma alcançariam os mínimos TPM e os preços médios pagos pelos distribuidores equivaleriam aos preços sob desconto). Os distribuidores que fizeram relativamente menos em termos de promoção e venda dos canais Sport TV alcançaram, em consequência, percentagens inferiores de penetração do que a média para aquele tipo de plataforma e, em resultado, pagaram preços médios mais elevados” (fls. 17805).

Não se partilha este entendimento, porque a TPM e o NAM introduzem um nível de esforço individualizado para cada operador. No caso da TPM, esse nível de esforço é proporcional ao universo de subscritores, tendo por referência a média de mercado. No caso do NAM, esse nível de esforço é exigido apenas aos novos operadores e é diferente em função das suas previsões. Ou seja, basicamente do que se trata é de estabelecer, para cada operador, um objetivo e diferenciar a sua remuneração em função do nível de esforço desenvolvido para atingir esse objetivo. Sucede que, independentemente da proporcionalidade desse objetivo, o que importa efetivamente é o universo total de subscritores, pelo que o nível de esforço dos operadores na promoção dos canais Sport TV apenas é suscetível de os diferenciar ou de diferenciar os respetivos contextos transacionais se se traduzir em contributos distintos para esse universo total, ou seja, em quantidades diferentes. É este fator que justifica a diferenciação de prestações, quando o nível de esforço não se repercute em poupanças de custos especificamente relacionadas com o mesmo ou não existem outros elementos diferenciadores, como é o caso.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Este fator está presente nos descontos de quantidade, em que se aceita que a transação com um operador que apresenta 240.000 subscritores é diferente da transação com um operador que apresenta 7.500 subscritores. Contudo, a TPM e o NAM desvirtuam esta relação de equivalência, pois são suscetíveis de conduzir a preços médios efetivos próximos em relação a operadores com um número de subscritores muito distinto e vice-versa.

O caso específico da [confidencial] é flagrante. Efetivamente, este operador, em dezembro de 2010, tinha [confidencial] subscritores reais e pagou um preço médio efetivo de [confidencial] euros. Por sua vez, a [confidencial] tinha [confidencial] subscritores reais e pagou um preço médio efetivo de [confidencial] euros. Ou seja, operadores com um número de subscritores substancialmente diferente pagaram um preço médio efetivo aproximado. Em contrapartida, verifica-se que no mês de agosto de 2008, a [confidencial] [confidencial] tinha [confidencial] subscritores reais e pagou um preço médio efetivo por subscritor de [confidencial]. Nesse mês, a [confidencial] tinha um número aproximado de subscritores reais, designadamente [confidencial] e pagou um preço médio efetivo de [confidencial] por subscritor.

Se o nível de esforço na promoção dos canais Sport TV (proporcional ao universo de cada operador, tendo por referência a média do mercado ou as suas previsões), fosse um fator de diferenciação relevante, então teríamos de concluir que para a arguida era igual que, por exemplo, a [confidencial] tivesse [confidencial] subscritores ou [confidencial], desde que atingisse a TPM e os NAM ou, dito de outra forma, que era indiferente para a Sport TV que a [confidencial] tivesse [confidencial] subscritores e a [confidencial]. É evidente que não é indiferente e não é, por causa da quantidade, que é o único fator diferenciador possível neste caso.

Dir-se-á, para contrariar estas asserções, que a quantidade interfere na equação, por via da aplicação dos escalões de desconto. Sucede que essa interferência perde toda a relevância em face dos resultados produzidos no preço



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

médio efetivo decorrentes da aplicação da TPM e dos NAM e é desvirtuada por estes fatores. Conforme bem salientou Paula Sarmiento, “a aplicação de restrições de mínimos como a que decorre do sistema de remuneração da Sport TV, contraria a própria essência dos descontos crescentes com a quantidade. O objetivo dos descontos de quantidade é premiar as empresas que vendem maiores quantidades o que, neste caso, não se verifica em todas as situações”¹¹⁸.

Dir-se-á também, como contra-argumento, que para a arguida não é indiferente que a [confidencial] tivesse [confidencial] subscritores ou [confidencial], que era o número de subscritores correspondentes à TPM. É certo. Contudo, a PTC não é o único operador a quem a arguida vende o seu produto e do que se trata, neste âmbito, é de fatores de diferenciação entre os vários operadores.

Considera-se, assim, não existir qualquer fundamento para os operadores serem diferenciados no preço pelo nível de esforço na promoção e venda dos canais Sport TV, proporcional ao universo de cada um, tendo por referência a média de mercado ou as suas previsões.

Por conseguinte, no que respeita à TMP e aos NAM, a arguida aplicou condições desiguais a prestações equivalentes.

Analisemos, agora, o objeto ou efeito da conduta da arguida, recordando-se que: (i) esse objeto ou efeito consiste em “falsear a concorrência” ou criar uma desvantagem competitiva; (ii) pode ser potencial, provável ou efetivo; (iii) não é necessária “a prova de uma deterioração efetiva quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais individualmente considerados”.

Está demonstrado que a arguida detinha um monopólio de facto relativamente a um produto que era crucial para os operadores de televisão por subscrição. Razão pela qual, pese embora as margens de comercialização referidas, todos os operadores adquiriram os canais Sport TV durante o período de referência.

¹¹⁸ Fls. 17459.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Está também provado que, na comercialização desse produto, os operadores obtiveram margens de comercialização com diferenças muito significativas. Efetivamente, conforme salienta Paula Sarmiento, a “Zon registou valores sempre positivos e entre [confidencial]por subscritor. A Cabovisão apresenta quase sempre valores positivos (apenas em 2005 e 2006 foram registados alguns valores negativos), mas que raramente ultrapassam [confidencial]. A PTC até agosto de 2009 apresenta quase sempre margens de comercialização negativas, e a partir dessa data margens positivas mas que raramente ultrapassam [confidencial] por subscritor. Nos [confidencial] meses em que a PTC registou margens positivas o valor médio da margem foi cerca [confidencial]por subscritor. A Vodafone registou quase sempre margens negativas [confidencial], chegando a registar um prejuízo por subscritor de [confidencial]. Nos raros meses com margem positiva [confidencial] registou uma margem superior a [confidencial]por subscritor) e o valor médio da margem foi de 1,9 euros por subscritor. A Optimus registou quase sempre margens negativas [confidencial] e com prejuízos muito elevados que chegaram a atingir os [confidencial] por subscritor. Nos meses com margem positiva o valor médio da margem de comercialização foi [confidencial] por subscritor. Finalmente, a AR Telecom registou também quase sempre margens negativas [confidencial], chegando o prejuízo por subscritor a atingir [confidencial], e nos meses em que a margem foi positiva nunca ultrapassou [confidencial]”¹¹⁹.

Estas diferenças são muito relevantes pois, como também evidencia Paula Sarmiento no parecer, as “margens de comercialização são de extrema relevância para o desenvolvimento de qualquer negócio de retalho” e para “aferir do lucro do retalhista será ainda necessário subtrair à margem de comercialização os restantes custos da atividade de retalho, que dependerão do grau de eficiência com que cada retalhista desenvolve a sua atividade”. Conclui que “com exceção da Zon, os restantes operadores não conseguiram registar margens de comercialização

¹¹⁹ Fls. 17460 e 17461.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

razoáveis e além disso, com exceção da Cabovisão, registaram durante períodos de tempo bastante longos margens de comercialização negativas. A título de referência sobre o que poderá ser considerado uma margem de comercialização razoável subjacente aos valores indicados pela Sport TV repare-se na relação existente entre o PVR de 2010 e o menor desconto presente na tabela de descontos da Sport TV. [confidencial]o que significa que um operador que obtivesse o desconto mínimo de acordo com a tabela de descontos da Sport TV deveria ter uma margem de comercialização [confidencial], aproximadamente”.

Refere-se, no parecer CRA (junto na sequência do parecer apresentado por Paula Sarmento), que “não há qualquer sustento para a sugestão do parecer de que a “margem razoável” a auferir pelos distribuidores com os canais Sport TV isoladamente teria sido de [confidencial]” (fls. 17793 e 17794). Não se concorda com esta afirmação, pois a explicação apresentada por Paula Sarmento é clara e fundamentada, baseando-se no próprio sistema remuneratório aplicado pela arguida. Acresce que se trata de um valor de referência mínimo.

Ora, é evidente que as margens de comercialização tiveram reflexo nos ganhos e custos dos respetivos operadores. Efetivamente, os operadores que tiveram margens de comercialização mais reduzidas, sendo que, em vários períodos negativas e abaixo do limiar de razoabilidade, ficaram numa posição mais desvantajosa do que aquela que teriam se tivessem comercializado o produto com margens superiores, nomeadamente positivas e acima do referido limiar de razoabilidade. Em relação à ZON TV Cabo verificou-se o inverso, tendo necessariamente alcançado uma posição mais vantajosa do que aquela que teria se tivesse comercializado o produto com as margens aplicadas aos demais operadores, nomeadamente abaixo do referido limiar ou negativas.

Considera-se, assim, ser incontornável a conclusão de que a arguida falseou a concorrência no mercado a jusante, na medida em que introduziu, nesse mercado, um fator com expressão, desigual de uns operadores para os outros, na capacidade



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

competitiva de cada um dos operadores. E é disto que se trata na discriminação abusiva (pura), ou seja, da introdução por uma empresa em posição dominante de fatores de desequilíbrio – porque desiguais – que interferem com a capacidade competitiva dos operadores e não, conforme já se explicitou, da suscetibilidade da conduta da arguida para alterar a estrutura do mercado a jusante, designadamente impedindo a manutenção ou o desenvolvimento da concorrência.

Não significa isto que os operadores de televisão por subscrição têm de estar todos em condições de igualdade. Certamente que são diferentes entre si, sendo vários os fatores que, conforme a arguida alega, caracterizam a concorrência existente entre os mesmos. Contudo, o que se considera que a lei não admite é que essas condições, que interferem com a capacidade competitiva dos concorrentes, sejam provocadas por uma empresa em posição dominante, que explorou essa posição, ao aplicar condições desiguais a prestações equivalentes. Ora, isto é falsear a concorrência.

Dir-se-á, então, que sempre que há discriminação por uma empresa em posição dominante há desvantagem competitiva e, consequentemente, abuso de posição dominante. Não necessariamente, porque a discriminação não tem de incidir sobre o preço e mesmo quando o preço é distinto e suscetível de gerar desvantagem pode existir um fator de diferenciação que afaste a equivalência das prestações, conforme se concluiu a propósito dos escalões de desconto. Dir-se-á também que, sendo assim, não há uma diferença significativa em relação às práticas restritivas do comércio que assentam em diferenças de preços. Também não é verdade, pois a diferença significativa está designadamente na posição dominante.

Por conseguinte, considera-se que a conduta da arguida produziu um efeito anti-concorrencial, de falsear a concorrência, efeito esse, não apenas potencial ou provável, mas efetivo. Pode-se é discutir se essa desvantagem era maior ou menor, mais significativa ou menos significativa, conforme se nos afigura que é efetuado no parecer Compass Lexecon.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Efetivamente, alega a arguida, com base no referido parecer, que “os descontos de volume e os números mínimos de subscritores aplicados pela Sport TV não eram suscetíveis de conferir uma vantagem concorrencial significativa à ZON TV Cabo, conforme é incorretamente presumido pela ADC: Primeiro, com risco de referir o que é óbvio, os descontos de volume da Sport TV e os números mínimos de subscritores são aplicados a todos os clientes e não são subjetivos. Estão ao dispor de todos os clientes que aumentam a sua base de subscritores dos canais Sport TV. Qualquer vantagem obtida pela ZON TV Cabo poderia ser colmatada ao longo do tempo desde que os seus concorrentes tivessem as alavancas necessárias para o efeito. Conforme explicado infra, tais "alavancas" estavam, de facto, à disposição dos concorrentes da ZON TV Cabo; Segundo, os operadores de televisão por subscrição competem ao nível de várias dimensões: preços de subscrição, números de canais, acesso a conteúdo premium, serviços de clube de vídeo, etc. Uma vantagem concorrencial numa dessas dimensões é incapaz de influenciar o mercado porque os concorrentes podem compensá-la através da oferta de melhores termos e condições ao nível de outras dimensões em concorrência; Terceiro, ainda que os canais de conteúdo desportivo premium da Sport TV possam facilitar a conquista e fidelização de subscritores, a escolha do operador não é determinada exclusivamente pelo oferta de canais Sport TV. Isto porque (a) trata-se de subscritores que podem ter preferências por outros conteúdos premium, tal como canais premium de cinema ou canais de séries televisivas; (b) os canais Sport TV não são os únicos canais disponíveis em Portugal que transmitem conteúdo desportivo premium; e (c) um número alargado de competições desportivas, como os Jogos Olímpicos, a UEFA EURO, UEFA Champions League, UEFA Europe League, FIFA World Cup, Liga Portuguesa do Futebol, e muitas outros só também transmitidos pelos canais portugueses de sinal aberto que estão à disposição em todos os pacotes sem qualquer custo adicional. Quarto, a Sport TV forneceu os seus conteúdos a todos concorrentes da ZON TV Cobo. A maioria destes concorrentes



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

são empresas de grande, dimensão e financeiramente saudáveis que (a) não têm a necessidade de transferir os custos acrescidos dos canais Sport TV para os seus clientes, (b) podem adotar políticas de preços dinâmicas com vista a aumentar a sua base de clientes e beneficiar da política de preços da Sport TV. Quinto, a prestação de serviços de televisão por subscrição não é a única nem a principal atividade comercial da maior parte dos clientes, da Sport TV. A maior parte deles aplica tecnologias que podem ser usadas para prestar muitos outros serviços. É o caso do cabo, da fibra e das tecnologias de IPTV. As empresas que usam estas tecnologias também prestam serviços telefónicos e de acesso à internet. Estas empresas combinam as suas ofertas de televisão por subscrição com outros serviços com vista a maximizar a sua base de clientes. (...) Exceto no caso da tecnologia DTH, os operadores portugueses de televisão por subscrição combinam a televisão com outros serviços em diversas formas e o número de canais de televisão varia significativamente em função dos vários operadores e tecnologias. Além disso, cada operador oferece diferentes pacotes de canais de televisão. Consequentemente, os concorrentes da ZON TV Cabo poderiam anular qualquer vantagem concorrencial obtida por força da política de preços da Sport TV usando as suas ofertas multi-produto. Isto é, poderiam ter anulado a alegada vantagem da ZON TV Cabo oferecendo melhores termos e condições nos seus outros produtos”.

Apreciando estes argumentos, importa recordar que, conforme resulta da jurisprudência comunitária, a quantificação da desvantagem competitiva não tem de ser calculada, ou seja, não é necessária a prova de uma deterioração efetiva quantificável.

Em todo o caso, admite-se que o balanço referido pela arguida pudesse ser efetuado se a desvantagem incidisse sobre um fator de desequilíbrio pouco significativo. Não é o caso, pois, conforme se referiu, a desvantagem reconduziu-se aos ganhos e custos decorrentes da aquisição de um produto que os operadores de televisão por subscrição tinham de incluir na sua oferta. Para além disso, não se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

traduziu apenas em margens de comercialização menos razoáveis, mas, em determinados períodos, em margens de comercialização negativas, que afetaram, em particular, os operadores de menor dimensão. E, mesmo que se aceite, conforme sugere a arguida, que o impacto do modelo remuneratório aplicado por si, se limitaria a [confidencial] dos clientes dos operadores de televisão por subscrição, não se considera que este valor seja pouco significativo. É certo que, em geral, os demais operadores (com exceção daqueles que foram incorporados pela ZON TV Cabo, que não fazem parte da análise dos efeitos da conduta da arguida), apesar de continuarem a ser mais pequenos do que a ZON TV cabo, aumentaram a sua quota de mercado. Contudo, isso não significa que a desvantagem introduzida pela arguida não fosse significativa, designadamente que, caso a mesma não se tivesse verificado, estes não pudessem ter aumentado ainda mais a sua quota de mercado. É certo também que a ZON TV Cabo diminuiu a sua quota de mercado. Contudo, continua a ser o maior operador.

Tratando-se de um fator de desequilíbrio relevante, a questão essencial não é analisar se os restantes operadores de televisão poderiam ter anulado a referida vantagem, mas do que se trata é que esta vantagem (para a ZON TV Cabo) ou desvantagem (para os demais operadores) não deveria ter existido *ab initio*.

Toda a restante defesa da arguida, com relevo nesta matéria, está direcionada para os efeitos típicos dos abusos de exclusão, que, conforme se referiu, não são os efeitos que estão em causa.

Ainda no plano dos efeitos, importa recordar que a discriminação de segunda linha é um abuso de exploração, que comporta um prejuízo direto para os consumidores. No caso, os consumidores afetados foram os consumidores intermédios, designadamente os operadores de televisão por subscrição (Cabovisão, PTC, Vodafone, Optimus e AR Telecom) que, por via da aplicação da TPM e dos NAM, adquiram os produtos Sport TV com margens de comercialização significativamente inferiores às margens obtidas pela ZON TV Cabo. Considera-se



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

que esse prejuízo corresponde aos montantes que excederam a remuneração que seria devida se tivessem pago apenas em função dos subscritores reais e, por conseguinte, com as variações decorrentes dos escalões de desconto. É certo que a ZON TV Cabo também pagou por subscritores fictícios. Contudo, esses subscritores representaram, entre dezembro de 2007 e dezembro de 2010, [confidencial] do seu parque médio, nas tecnologias DTH e Cabo, respetivamente, o que teve uma expressão reduzida nas suas margens de comercialização.

Não se diga que os operadores referidos ganharam, com a oferta dos canais Sport TV, algum valor acrescentado que compensasse a desvantagem competitiva que essas diferenças de preços provocaram. Conforme bem salienta Paula Sarmiento, no seu parecer, “num contexto em que todos os operadores oferecem Sport TV em condições idênticas, um distribuidor individual não oferecer Sport TV é diferenciador dos concorrentes pela negativa, mas oferecer Sport TV não é diferenciador pela positiva”¹²⁰. Por conseguinte, a oferta dos canais Sport TV não permitiu aos operadores obter benefícios superiores aos dos operadores concorrentes que compensassem a desvantagem competitiva sofrida.

No que respeita aos consumidores finais (considerando quer a discriminação abusiva, quer a aplicação de condições não equitativas), concorda-se também com a análise efetuada por Paula Sarmiento, no seu parecer, designadamente que “em termos gerais, o preço do consumidor final não aumentou de forma acentuada (o preço final teve aumentos próximos dos da inflação ou ligeiramente superiores, embora o preço da televisão por subscrição em geral tenha diminuído), a diversidade de conteúdos aumentou bem como a qualidade global do serviço (...). Todavia, como não se dispõe de um contra factual quantitativo não é possível afirmar se os consumidores estariam numa situação melhor ou pior no caso de ter sido implementado outro sistema de remuneração”¹²¹.

¹²⁰ Fls. 17485.

¹²¹ Fls. 17488.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Refere-se, sobre esta questão, no parecer CRA, a fls. 14585 e 14586, “que os consumidores beneficiaram duma intensa concorrência no retalho, sem quaisquer prejuízos visíveis do sistema de preços da Sport TV. Além disso, dado que esse sistema foi especificamente concebido para incentivar os distribuidores a investirem na promoção dos canais Sport TV, consideramos provável que o número de subscrições da Sport TV, em Portugal, no final do período considerado, foi maior do que seria se o sistema de preços da Sport TV não tivesse estado em vigor e se todos os distribuidores tivessem sido confrontados com preços por subscritor idênticos ou fixos. Além disso, é provável que a qualidade dos canais Sport TV também seja maior, dado que a Sport TV teve mais recursos para investir em conteúdos. Isto sugere que, em vez de ter sido prejudicado, é provável que o bem-estar dos consumidores tenha melhorado devido ao sistema de preços da Sport TV”.

Sucede que há indicadores em sentido contrário. Efetivamente, a AR Telecom salientou que “a obtenção de uma margem inferior impossibilita, assim, a AR Telecom, de competir com um tarifário mais baixo e um posicionamento *low cost* na oferta conjunta”. Por sua vez, a Vodafone salientou que “as taxas constituem uma barreira à entrada no mercado da televisão por subscrição e limita a possibilidade de diferenciação de oferta pela necessidade de cumprimento dos mínimos e da concentração de esforços que o mesmo implica”. Em suma, sem mais dados, não é possível concluir que existiu ou que não existiu prejuízo para o consumidor, sendo certo que a verificação do abuso de posição dominante não exige a demonstração do prejuízo para o consumidor final.

Recorde-se, por fim, que o abuso de exploração pressupõe o escopo de obtenção de vantagens para a empresa em posição dominante que, na ausência de tal poder de mercado, ela não poderia auferir. Trata-se necessariamente de um juízo que pressupõe um cenário hipotético, mas que é possível de ser formulado, sem discricionariedade, considerando parâmetros gerais de razoabilidade e normalidade característicos de um mercado concorrencial.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

A pressão concorrencial conduz as empresas a recearem que um preço elevado as leve a perder clientes para os demais concorrentes, pelo que, neste contexto, o que é normal e expetável é que, pelo menos, o fornecedor cobre ao seu cliente pelos produtos que efetivamente vende. Um comportamento diferente sai fora desta lógica e só é compreensível se existir alguma razão ou elemento diferenciador. Concorde-se, assim, com os esclarecimentos prestados, neste sentido, por Paula Sarmento¹²².

Ora, no caso, a arguida não seguia este padrão de comportamento, uma vez que cobrava por subscritores fictícios. O único elemento diferenciador passível de explicar este sistema reconduzia-se ao facto dos canais Sport TV, no âmbito dos canais de acesso condicionado com conteúdos desportivos *premium*, não terem concorrentes, sendo evidente que, caso os operadores dispusessem de fornecedores alternativos que cobrassem por subscritores reais (o que corresponde ao padrão normal), optariam pelos mesmos.

Alguns dos preços pagos por subscritor, por alguns operadores, são suficientemente ilustrativos das conclusões precedentes. Veja-se, por exemplo, o caso da AR Telecom que chegou a pagar, por subscritor, os seguintes preços: € [confidencial]. Ou o caso da Optimus, que pagou os seguintes preços por subscritor: [confidencial]; etc. Ou o caso da Vodafone, que pagou por subscritor [confidencial], etc.

Por conseguinte, considera-se que a arguida obteve vantagens, designadamente as receitas geradas pela aplicação da TPM e dos NAM, que afetaram significativamente as margens de comercialização dos operadores Cabovisão, Ar Telecom, Optimus, Vodafone e PTC (que perfaz o total de € [confidencial] – cfr. pontos 230) a 234) dos factos provados) e que com toda a probabilidade, não teria obtido num mercado em que sofresse pressão concorrencial.

¹²² Fls. 18360.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Refere-se no parecer CRA, a fls. 17800, que “mesmo que tenha havido uma “transferência” de receitas, não é evidente como é que transferências de receitas entre *players* de diferentes níveis da cadeia de distribuição representariam uma teoria de prejuízo para a concorrência entre os distribuidores ou para os consumidores finais. Queremos enfatizar este aspeto, visto que a Sport TV tem o direito de obter um retorno dos seus investimentos significativos em direitos exclusivos de transmissão de competições de desporto. Para o fazer terá de receber uma grande parte das receitas geradas no mercado. Isto não invoca qualquer problema *per se* desde que os preços não sejam excessivos, mas isso não é a alegação que foi feita.”.

Não se concorda com esta argumentação, porquanto, conforme se referiu, a categoria típica dos preços excessivos que o parecer invoca não é o único tipo de abuso de exploração. A discriminação também é, pelo que falece o pressuposto que sustenta o entendimento supra reproduzido.

Refere-se também no parecer CRA, a fls. 17798, que “Qualquer teoria do prejuízo neste caso de abuso de posição dominante deveria comparar o resultado atual no mercado com o que poderia ter ocorrido se a Sport TV tivesse utilizado um sistema de preços diferente. Fazer referência, em vez disso, a um contrafactual no qual a Sport TV tivesse menos poder de mercado (...), apenas seria relevante se a Sport TV fosse acusada de ilegitimamente adquirir ou defender a sua posição de mercado contra a entrada [de concorrentes] ao nível da venda por grosso”.

Não se partilha este entendimento, porque, no âmbito de um abuso de exploração, do que se trata é justamente do exercício direto do poder de mercado decorrente da posição dominante. Por conseguinte, a comparação deve ser efetuada entre a conduta adotada pela empresa em posição dominante e aquela que seria expectável num mercado em que sofresse pressão concorrencial.

Mais se procura demonstrar no referido parecer CRA, a fls. 17799, que “a concorrência no mercado grossista não conduziria a tipos de contratos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

consideravelmente diferentes” e, por conseguinte, que “é simplesmente incorreto sugerir que, porque alguns distribuidores alegadamente pagaram por subscritores que não tinham, ficariam numa situação melhor ao abrigo de outro sistema de preços”. A argumentação aí explanada não é convincente, pois, conforme também se refere no parecer, “os canais desportivos desenhariam os seus sistemas de preço com vista a maximizar o valor global da sua oferta, assim tornando possível conceder melhores condições aos distribuidores que, ao mesmo tempo, fossem também rentáveis para o fornecedor”.

Ora, é justamente considerando que, num mercado onde existisse concorrência, os interesses dos distribuidores seriam um fator de pressão e, por isso, o grossista preocupar-se-ia em conceder-lhe melhores condições para o atrair, que não é normal, nem razoável admitir que os distribuidores pagassem por subscritores fictícios, sobretudo se isso implicasse margens de comercialização abaixo do limiar de razoabilidade ou negativas, se tivessem fornecedores alternativos que cobrassem por subscritores reais, sendo certo que este é o padrão de comportamento normal e expectável.

Importa, por último, analisar a conduta da arguida à luz das condições de transação não equitativas. A decisão impugnada inclui os factos também nesta figura de abuso de posição dominante com os seguintes fundamentos: “*Verifica-se ainda que a diferença entre o montante pago por cada operador (AR Telecom, Cabovisão, Optimus, PTC e Vodafone) numa base anual, de 2005 a 2010, e o montante que teria sido pago se este tivesse remunerado a Sport TV (i) para um número de subscritores igual ao se parque médio (i. e., sem o efeito da aplicação da TPM e da NAM, quando aplicável) e (ii) ao preço mensal pago pela ZON TV Cabo (i. e. sem o efeito dos escalões de desconto), totalizando, para estes 5 operadores [confidencial] (...), 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.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

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 consequente inexistência de alternativas para os operadores nacionais de televisão por subscrição, permitiu à Sport TV cobrar tais montantes àqueles cinco operadores (AR Telecom, Cabovisão, Optimus, PTC e Vodafone)” (parágrafo 644).

Isto corresponde, no essencial, ao escopo de obtenção de vantagens para a empresa em posição dominante que, na ausência de tal poder de mercado, ela não poderia auferir, que é inerente a qualquer abuso de exploração e que analisámos a propósito da discriminação abusiva. Conclui-se, assim, que a discriminação abusiva absorve o sentido de ilicitude do caso concreto.

Chegados a este ponto, importa, então, analisar e decidir se a arguida tinha uma justificação económica para a TPM e para os NAM.

*

a.4. Justificação económica:

As justificações económicas apresentadas pela arguida, especificamente dirigidas aos mínimos aplicados, são as seguintes: (i) um incentivo à angariação de novos clientes por parte dos operadores de televisão por subscrição, facilitando a cobertura dos custos fixos elevados da atividade da arguida; (ii) a adequação (e necessidade) dos referidos mínimos para incentivar os operadores de televisão por subscrição (que detêm o controlo sobre os subscritores) para combaterem, de forma apropriada, o fenómeno da pirataria; (iii) e para combater o fenómeno do *free-riding* (aproveitamento gratuito da imagem dos canais SPORT TV).

Analisando o primeiro argumento, vamos admitir, como premissa de análise, que a necessidade de cobrir os custos fixos elevados da atividade é uma defesa legítima dos interesses comerciais da arguida. Contudo, atendendo aos parâmetros que balizam a justificação económica, já enunciados, esta defesa pressupõe, a necessidade e a proporcionalidade do meio utilizado, ou seja, tem de ser



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

demonstrado que não existiam outros meios menos lesivos da concorrência e que a conduta se limitou ao mínimo necessário para atingir o fim referido.

Neste âmbito, aceita-se que a arguida tenha custos fixos elevados e que o seu negócio tenha peculiaridades e que, por conseguinte, necessite de uma base alargada de subscritores. Admite-se também, em termos gerais e conforme salienta Paula Sarmento, que “para qualquer fornecedor é importante que os distribuidores do seu produto tenham fortes incentivos para promoverem o produto e a marca. Além disso, como são os distribuidores que estão mais próximos do consumidor final, muitas vezes é vantajoso para o fornecedor reforçar estes incentivos dos distribuidores”¹²³. Não se exclui também a possibilidade da aplicação de mínimos poder ter esse efeito.

Contudo, existem outros mecanismos, menos lesivos, que também são suscetíveis de incentivar os distribuidores a promoverem o produto e a marca do fornecedor, desde logo os descontos de quantidade.

Repare-se que a arguida utiliza o mesmo argumento para justificar os escalões de desconto. Ora, os escalões de desconto, sem a aplicação dos mínimos, pressupõem uma remuneração em função dos subscritores reais, pelo que não produzem os efeitos da TPM e dos NAM.

Considera-se também lógico que “garantir aos retalhistas uma margem de comercialização suficiente para estes desenvolverem campanhas de promoção destinadas a angariar clientes” é certamente, pelo menos, uma “forma de resolver o problema do nível de promoções abaixo do desejável pelo fornecedor”¹²⁴.

Neste contexto, a aplicação da TPM e dos NAM, para consubstanciarem uma defesa legítima dos interesses comerciais da arguida, teriam de implicar, pelo menos, a falência desses mecanismos.

A alegação da arguida vai nesse sentido no que respeita aos escalões de desconto, sobretudo aos escalões de desconto mais baixos. Salienta, a propósito e

¹²³ Fls. 17740.

¹²⁴ Cfr. parecer de Paula Sarmento, fls. 17473.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

com apoio no parecer CRA, que “é necessário complementar descontos de volume estandardizados com fatores determinantes do preço individualizados que proporcionem incentivos especificamente adequados à dimensão concreta de cada rede. Esta é a função económica da TPM. Na ausência de tais incentivos complementares, as plataformas mais pequenas poderão não ter incentivos suficientes para promover a Sport TV”.

Compreende-se esta linha de argumentação, porque, de facto, fazer assentar um sistema remuneratório em escalões de desconto em função da quantidade e depois introduzir mínimos que desvirtuam os efeitos desses escalões, só pode ser razoavelmente explicado com base na falência deste fator.

Há alguns indicadores que vão de encontro à tese da arguida, designadamente [confidencial]. Para além disso, [confidencial]. No entanto, tal como se referiu, a propósito da análise dos escalões de desconto aplicados pela arguida, não se pode concluir pela falência dos escalões de desconto aplicados para atingirem os efeitos pretendidos.

Efetivamente, não está demonstrado que os demais operadores tiveram um comportamento semelhante [confidencial]. Por outro lado, [confidencial] e não está demonstrada a sua relação direta com a eliminação dos mínimos.

Acresce que, mesmo que se concluísse, em face do exemplo da [confidencial]e, que a margem de comercialização decorrente do primeiro ou de outros escalões de desconto não era suficiente para compensar a angariação de novos clientes e para incentivar os operadores, não se considera demonstrado que a solução tinha de ser necessariamente a introdução de mínimos, que produzissem o efeito de incluir subscritores fictícios na remuneração, mas nomeadamente reponderar os escalões e taxas respetivas, considerando a dimensão dos operadores existentes no mercado.

Para além disso, a verdade também é que a arguida, por via da necessidade de [confidencial] (e não apenas daquelas que os operadores utilizavam para alavancar



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

outros produtos), introduzia uma restrição à promoção dos canais Sport TV. É certo que tal procedimento era, conforme salienta Paula Sarmiento, “coerente com o objetivo de posicionamento de marketing da Sport TV e com o seu modelo de negócio”¹²⁵. Contudo, em termos gerais, retirava “aos distribuidores um instrumento de promoção, ainda que pontual, dos canais Sport TV tendo em vista aumentar o número de subscritores” – cfr. parecer de Paula Sarmiento, fls. 17471. É certo que os operadores dispunham de outros meios [confidencial]. É verdade também que não se pode concluir que a referida restrição tenha sido a razão pela qual os operadores não conseguiram atingir os mínimos. Contudo, também não se pode afirmar o contrário, sendo certo que tais campanhas eram um instrumento adicional de promoção dos canais e não está demonstrado que os operadores apenas estavam interessados neste tipo de campanhas para promoverem o pacote-base, garantindo a fidelização do subscritor.

Analisemos, agora, a questão da proporcionalidade.

Em primeiro lugar, verifica-se que a TPM, devido ao facto de ser calculada por referência aos dados do mês de dezembro, [confidencial]), poderia implicar um mês ou meses, ao longo do ano, em que essa média não seria atingida, devido à sazonalidade que caracteriza o negócio.

Em segundo lugar, salienta a arguida que, na maior parte dos anos do período em referência, as receitas provenientes dos subscritores não foram suficientes para cobrir os custos operacionais e de atividade. São factos verdadeiros. Contudo, dado que se trata de obter receitas mínimas para cobrir os custos fixos considera-se que devem ser levadas em linha de conta as receitas obtidas pela arguida que não provinham apenas dos subscritores. O que se verifica é que a arguida obteve sempre resultados líquidos de exercício positivos, que não eram garantidos apenas pelos subscritores fictícios, sendo significativamente superiores (cfr. pontos 230) a 235) dos factos provados e 281)).

¹²⁵ Fls. 17471.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Dir-se-á, para contrariar este argumento, que foram os mínimos que conduziram ao aumento dos subscritores reais. Ora, conforme resulta da análise precedente, não se considera demonstrado que, sem os mínimos e com taxas de remuneração compensatórias, os operadores não teriam atingido o mesmo número de subscritores ou não teriam atingido um número de subscritores suficiente para cobrir os custos fixos elevados suportados pela arguida e para garantir receitas mínimas, viabilizando o negócio.

Salienta ainda a arguida que os acionistas não recuperaram o seu investimento, não tendo havido distribuição de dividendos. Este argumento não afasta as conclusões supra exaradas. Efetivamente, não está demonstrado que os acionistas, caso pretendessem alienar a sua parte, não conseguissem recuperar o investimento, uma vez que teria de ser levado em conta o valor da empresa, conforme salienta Paula Sarmiento no seu parecer. Neste âmbito, afigura-se evidente que, mesmo com resultados descendentes desde 2010, é manifestamente improvável que o valor da empresa, face aos resultados obtidos, seja nulo.

Ainda neste plano da proporcionalidade, note-se que [confidencial], aumentou, após a eliminação dos mínimos, o universo de subscritores Sport TV. Este aumento pode não ter sido proporcional ao aumento do seu universo de clientes. Contudo, não há uma relação direta entre o número de subscritores necessário para a arguida conseguir cobrir os seus custos fixos e obter receitas mínimas, por um lado, e que o aumento do número de subscritores Sport TV tenha de ser proporcional ao aumento do universo de subscritores de *pay-tv*, por outro lado.

Analiseemos o segundo argumento – combate à pirataria.

Alega a arguida que a necessidade de garantir níveis mínimos de subscritores (e, conseqüentemente, receita) tornou-se ainda mais premente em virtude do fenómeno da pirataria que teve o seu auge em 2005 e 2006, e que apenas poderia ser eficazmente controlado pelos operadores.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Também este argumento não é procedente, desde logo porque não tem substrato fático de suporte. Efetivamente, apenas se provou que a pirataria atingiu o seu auge em 2005 e que prejudicou as receitas da Sport TV. Contudo, desconhece-se a sua incidência nos anos subsequentes e o grau de permeabilidade das tecnologias utilizadas pelos operadores de televisão por subscrição. E não se diga também, conforme alega a arguida, que não dispunha de meios eficazes para o efeito. Poderia fazê-lo, como aliás sucedeu com a digitalização, incentivando a adoção, pelos operadores, de tecnologias mais robustas. Também podia negociar cláusulas contratuais que envolvessem os operadores no controlo da fraude e que não tivessem efeitos potenciais tão penalizadores como os mínimos. Por conseguinte, não se pode concluir pela necessidade e proporcionalidade da aplicação de mínimos para combater esse problema.

Invoca ainda a arguida o argumento do parasitismo, alegando que “*a existência dos canais SPORT TV na oferta dos operadores de televisão por subscrição tem um efeito apelativo significativo sobre muitos clientes (incluindo aqueles que não são subscritores dos canais SPORT TV, mas poderão decidir vir a sê-lo, no futuro). O que significa que, na ausência de mínimos, os operadores de televisão por subscrição beneficiarão do valor da imagem dos canais SPORT TV sem que esteja garantida uma qualquer contrapartida para a arguida. Desta realidade decorre ainda um incentivo para os operadores de televisão por subscrição serem free riders do valor, da imagem e reputação da SPORT TV, assim como dos investimentos levados a cabo pela arguida com a aquisição dos direitos de transmissão dos conteúdos desportivos em causa. Somente através da imposição de mínimos (relativos) é que foi possível combater este fenómeno, garantindo que, em contrapartida do benefício retirado do valor da imagem dos canais SPORT TV e enquanto o mercado ainda não se apresentava suficientemente maduro e competitivo, os números de subscritores destes canais não era, na base de clientes do operador em concreto, muito inferior à percentagem que era normal e adequada*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

para o mercado. Por outro lado, a dificuldade, manifestada pelos operadores de televisão por subscrição para cumprir a TPM, que rondava os 20% - isto é correspondia à exigência de que apenas 1/5 dos clientes de cada operador subscrevessem, igualmente, os canais SPORT TV - é revelador de que o fenómeno de free-riding também era um problema real”.

Não se concorda com esta última afirmação. Desde logo, porque ficou demonstrado que os conteúdos desportivos são considerados cruciais, pela maior parte dos operadores de televisão, para a angariação de receitas *premium*. Afigura-se também que se um produto comportar margens de comercialização atrativas e suficientes para compensar a angariação de clientes adicionais, não haverá razões para um fenómeno de *free-riding*. Note-se ainda, conforme salienta Paula Sarmiento, o caso da PTC, que “[a]pesar do notável aumento do número de subscritores Sport TV, ... não conseguiu alcançar margens de comercialização razoáveis. A PTC registou um aumento muito pronunciado no número de subscritores Sport TV efetivos: no prazo de 5 anos, entre 2007 e 2011, passou de uma quota de mercado nula para [confidencial], sendo em 2011 o segundo maior operador no mercado. Porém, nem com este rápido e intenso acréscimo no número de subscritores Sport TV, a PTC conseguiu cumprir os mínimos de quantidade estabelecidos pela Sport TV o que se refletiu nas margens de comercialização registadas”¹²⁶. Por conseguinte, não se pode considerar que o facto dos operadores não terem alcançado os mínimos seja revelador da existência de um problema de *free-riding*, não sendo o exemplo da Vodafone suficientemente ilustrativo da realidade que existia e passível de justificar os mínimos aplicados.

No que respeita ao valor da imagem e da marca Sport TV, considera-se que é de sufragar a argumentação expandida por Paula Sarmiento, no sentido de que “o regime de remuneração deverá ser configurado de forma permitir a remuneração da

¹²⁶ Fls. 17474.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Sport TV por todos os seus ativos e ainda a permitir que operadores eficientes registem remunerações razoáveis.

Relativamente a valores intangíveis envolvidos no mercado em análise é ainda relevante mencionar que, uma vez que a Sport TV não pode vender os seus canais diretamente aos consumidores finais, as redes de distribuição disponibilizadas pelos operadores à Sport TV para vender os canais Sport TV incorporam também ativos intangíveis de elevado valor como, por exemplo, o valor da marca dos operadores, a sua base de clientes, o valor da rede, etc. Seguindo a argumentação da Sport TV poder-se-ia defender que a Sport TV deveria pagar aos operadores este valor. Contudo, e em coerência com o referido anteriormente, consideramos este argumento desprovido de sentido. O valor, certamente elevado, que as redes de distribuição dos operadores têm para a Sport TV, deve estar refletido na remuneração dos operadores”.

Alega ainda a arguida que a TPM tem constituído prática normal no mercado de conteúdos de televisão por subscrição com vista a fomentar e aumentar a penetração de canais *premium* através dos operadores. Este facto não ficou demonstrado e mesmo que tivesse ficado, não é uma justificação económica válida.

Sustenta também que a TPM foi um meio eficaz para fazer face à inexistência de barreiras fixas e absolutas à entrada de novos operadores. Se o interesse da arguida é aumentar o número de subscritores, não se compreende em que medida a existência de barreiras iria ultrapassar os requisitos de necessidade e proporcionalidade exigíveis para que a TPM fosse uma justificação válida.

Sustenta a arguida também que “o *NAM* funcionou, ainda, como incentivo para os operadores de televisão por subscrição cumprirem as suas previsões relativas ao número de subscritores a angariar, bem como um incentivo para fornecerem previsões realistas”. Compreende-se que a arguida tenha interesse em saber as previsões dos operadores e que o alcance destas previsões seja desejável do ponto de vista do aumento da receita e dos lucros da arguida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Contudo, analisado este argumento desligado do fim de incentivar os operadores a aumentarem o número de subscritores para obter receitas mínimas, que corresponde ao primeiro argumento já apreciado, não se encontra nenhuma razão válida para que as previsões dos operadores tenham de ter repercussão na remuneração a pagar e, para além disso, o meio utilizado é inequivocamente desproporcional para o efeito pretendido. Por tais razões, também se considera que o argumento da arguida, no sentido de que a remuneração em função dos NAM é imputável aos próprios operadores, que indicaram previsões demasiado otimistas, é desprovido de fundamento. Efetivamente, conforme bem esclareceu Paula Sarmento, quando confrontada com este facto, “a questão que era importante colocar é de saber se tem algum sentido fazer depender o preço que os operadores vão pagar das suas previsões sobre a procura”¹²⁷. Acrescentou ainda, concordando-se com a sua argumentação, que “a questão era colocada no início, saber qual é a racionalidade de fazer depender o preço e o montante total que cada operador vai pagar, das suas previsões da atividade, eventualmente quando se trata do primeiro ano até podia haver uma justificação, não havia dados históricos e, portanto, os valores eram calculados com base numa previsão, que faria sentido corrigir quando se conhecessem valores efetivos, mas quando há histórico, parece-me estranho ter esta dependência de valores previsionais”¹²⁸.

Por último, a arguida alega que os “*mínimos (TPM e NAM) constituem um complemento aos escalões de quantidade, partilhando dos efeitos pró-concorrenciais dos mesmos, o que foi igualmente desconsiderado pela AdC*”. Os efeitos pró-concorrenciais que a arguida alega a propósito dos escalões de desconto e que ainda não foram analisados são os seguintes: (i) constituem um mecanismo eficaz de combate ao fenómeno de "dupla marginalização"; (ii) são um meio apropriado de compensação dos operadores de televisão por subscrição pelos custos

¹²⁷ Fls. 18193.

¹²⁸ Fls. 18193 e 18194.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

despendidos com a angariação de subscritores adicionais; (iii) são um mecanismo eficaz no alinhamento dos incentivos dos fornecedores e dos seus clientes ao nível da promoção dos canais SPORT TV; (iv) contribuem para a resolução dos denominados "problemas de estagnação", incentivando os operadores" de televisão por subscrição a angariar clientes adicionais; e (vi) permitem a redução dos custos unitários por subscritor redução essa que também pode ser passada para os clientes finais.

Quanto à dupla marginalização, a sua alegação sustenta-se nos pareceres CRA (cfr. parágrafos 72, 73, 122, 124) e Compass Lexecon (cfr. fls. 14693, versão confidencial para terceiros), salientando-se que este segundo parecer aborda essencialmente a questão em termos genéricos.

Esclarece-se, neste parecer, que os *"problemas de dupla marginalização verificam-se no contexto de relações fornecedor / retalhista. Quando um fornecedor tem poder de mercado, o seu preço por grosso para o retalhista situa-se acima do nível competitivo. Se o retalhista também tiver algum poder de mercado, assumirá o preço por grosso ao seu custo e acrescentará a sua própria margem a esse custo"* nota de rodapé nº 25), o que redundará num preço para o consumidor final mais elevado. É esta efetivamente a definição do conceito que se extrai da doutrina e que surgiu devido à perceção, pelos economistas, de que "pior do que um monopólio é uma sucessão de monopólios"¹²⁹. Trata-se de um argumento mais utilizado para justificar as restrições verticais¹³⁰, conforme se salienta na decisão impugnada.

Partindo da definição transcrita e dos parâmetros enunciados no parágrafo antecedente, considera-se evidente que este argumento é desajustado ao caso concreto. Com efeito, para que exista dupla marginalização é necessário que os retalhistas tenham poder de mercado. Este pressuposto não se verificava, conforme

¹²⁹ Gunnar Niels, Helen Jenkins e James Kavanagh, ob. cit., pág. 312.

¹³⁰ Neste sentido, veja-se a obra citada na nota antecedente que aborda a dupla marginalização no âmbito das restrições verticais.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

se retira do facto dos operadores terem respeitado, em regra, o preço de venda recomendado pela arguida e da maior parte dos operadores terem, em determinados períodos, vendido os canais Sport TV com margens de comercialização negativas.

Quanto ao segundo argumento referido, não se ajusta aos mínimos, pois, conforme se retira do parecer CRA, que serviu de base à alegação da arguida, tal fundamento destina-se a justificar, sobretudo, os escalões de desconto mais elevados.

No que respeita ao argumento relativo ao alinhamento dos incentivos dos fornecedores e dos seus clientes ao nível da promoção dos canais SPORT TV, concorda-se com a argumentação expandida por Paula Sarmento, no sentido de que a “argumentação da Sport TV sobre [este] problema ... equivale a garantir que fornecedores e distribuidores devem ter o interesse comum de aumentar o número de subscritores da Sport TV. Julga-se que se os distribuidores tiverem margens de comercialização razoáveis que lhes permitam, caso sejam eficientes, obter resultados atrativos, o alinhamento de interesses estará garantido e não constituirá um problema. Nesta situação, o aumento do número de subscritores *ceteris paribus*, aumenta o lucro dos operadores.”¹³¹.

No que respeita aos “problemas de estagnação”, é um argumento invocado no parecer Compass Lexecon para justificar, em termos genéricos, os escalões de desconto, pelo que do mesmo não se retira qualquer justificação económica específica para os mínimos.

No que concerne à redução dos custos unitários por subscritor redução essa que também pode ser passada para os clientes finais, é um efeito do aumento do número de subscritores, que também pode ser obtido através dos escalões de desconto, não estando demonstrada a sua falência para atingir esse desiderato.

Em face de todo o exposto, conclui-se pela inexistência ou falta de demonstração de qualquer justificação económica para a TPM e para os NAM.

¹³¹ Fls. 17479 e 17480.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

*

a.5. Critérios de jurisdição que determinam a aplicação do art. 102º, do TFUE:

Conforme já referido, a aplicação do direito comunitário da concorrência está dependente da verificação dos seguintes requisitos: (i) é necessário que a prática seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados Membros e (ii) que a posição dominante seja detida no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Quanto ao primeiro requisito, “resulta de jurisprudência assente que, para um acordo entre empresas ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, deve ser possível prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, que tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros (v., neste sentido, designadamente, acórdão Dalmine/Comissão, já referido, n.º 90)” – acórdão do TJ, de 23.04.2009, AEPI Elliniki Etaireia pros Prostasian tis Pnevmatikis Idioktisias AE, v Comissão.

Essa influência ou impacto nos fluxos comerciais entre Estados-Membros é mais evidente nos casos em que o abuso cobre ou está implantado em vários Estados-Membros. Contudo, um abuso que cobre apenas um Estado-Membro é igualmente capaz de produzir esse impacto, sendo jurisprudência comunitária igualmente assente que “as práticas restritivas que se estendem a todo o território de um Estado membro têm por efeito, pela sua própria natureza, consolidar uma compartimentação dos mercados a nível nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo tratado” (acórdão Remia BV e Outros c. Comissão, de 11.07.1985). Trata-se, no entanto, de uma presunção, que pode ser ilidida, conforme se retira do acórdão do TJ, de 24.09.2009, Erste Group AG v. Comissão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Este requisito exige ainda que a afetação seja sensível. Conforme esclarece a Comissão, na Comunicação com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81º e 82º do Tratado (2004/C 101/07), trata-se de um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito comunitário a práticas suscetíveis de produzir efeitos de certa magnitude. Não se inscrevem no âmbito de aplicação do art. 102º as práticas que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afetam o mercado de forma não significativa. A avaliação do carácter sensível é função das circunstâncias específicas de cada caso, nomeadamente da natureza da prática, da natureza dos produtos abrangidos e da posição de mercado das empresas em causa.

No que respeita especificamente às práticas abusivas de exploração como a discriminação de preços e a fixação de preços excessivamente elevados, que abrangem um único Estado-Membro, a Comissão entendeu, a propósito, que a discriminação de preços entre clientes nacionais não afetará normalmente o comércio entre os Estados-Membros. Contudo, pode afetá-lo se os compradores forem, simultaneamente, exportadores e a discriminação dos preços os colocar em situação de desvantagem ou se esta prática for utilizada para limitar as importações (parágrafo 95).

A Comissão esclarece ainda que uma “empresa dominante pode dificultar consideravelmente o comércio se adotar um comportamento abusivo nas zonas ou em relação aos clientes em princípio mais visados pelos concorrentes de outros Estados-Membros. Tal pode ser o caso, por exemplo, de um canal de distribuição que constitua um meio particularmente importante para aceder a vastas categorias de consumidores. A criação de obstáculos ao acesso a estes canais pode ter um impacto considerável no comércio entre os Estados-Membros. Na avaliação do carácter sensível deve ser igualmente tido em conta o facto de a existência de uma empresa dominante em todo o território de um Estado-Membro poder bastar, por si só, para dificultar a penetração no mercado. Qualquer prática abusiva que dificulte a entrada



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

no mercado nacional deve, por conseguinte, ser considerada como afetando sensivelmente o comércio” (parágrafo 96).

Quanto ao segundo critério de jurisdição, a sua função é sobretudo a de garantir que o art. 102º, do TFUE, apenas é aplicável aos casos com uma dimensão mínima. Para o efeito, conforme resulta do acórdão *Suker Unie*, o que releva não é a dimensão geográfica do mercado relevante, mas a sua importância económica, sendo elucidativa a seguinte passagem: “[p]ara determinar se um determinado território reveste uma importância suficiente para constituir «uma parte substancial do mercado comum» nos termos do artigo [102º TFUE], é necessário tomar em consideração, nomeadamente, a estrutura e o volume da produção e do consumo do referido produto, assim como os hábitos e as possibilidades económicas dos vendedores e dos compradores”. Com base nestes critérios, as instituições comunitárias têm considerado partes substanciais do mercado interno Estados-Membros, mesmo os de pequena dimensão. Assim, neste sentido, o TG, no acórdão *Irish Sugar*, entendeu que apesar do mercado irlandês do açúcar representar apenas 1,4% do mercado comunitária “o mercado geográfico em causa constituía uma parte substancial do mercado comum (...) visto que corresponde ao território de um Estado-Membro”.

Fazendo a aplicação destes parâmetros ao caso concreto, verifica-se que a AdC considera que se verifica o primeiro requisito devido, no essencial, a dois fatores: à “inequívoca posição de domínio da arguida na totalidade do território nacional” (cfr. parágrafo 728); ao facto da sua conduta ser apta a obstaculizar a entrada de novos operadores no mercado nacional de televisão por subscrição, designadamente oriundos de outros países comunitários, consolidando barreiras de carácter nacional e reforçando a segmentação dos mercados numa base nacional (cfr. parágrafos 731 e 732).

A arguida entende que não se verifica este requisito, no essencial, porque o mercado geográfico relevante circunscreve-se ao território português, os clientes da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

arguida são operadores de televisão por subscrição nacionais e o interesse por estes canais circunscreve-se aos subscritores residentes no território nacional, atendendo aos conteúdos transmitidos através dos canais SPORT TV, à limitação territorial prevista [confidencial]. Salienta ainda a arguida que nunca limitou o acesso de qualquer operador aos canais SPORT TV e que não há qualquer restrição à entrada de qualquer empresa que visasse concorrer com a arguida no mercado português, pois os direitos de transmissão dos conteúdos desportivos são adquiridos no mercado livre e sem quaisquer prerrogativas, podendo, por isso, ser igualmente adquiridos por qualquer outra empresa que estivesse interessada no mercado. De igual forma, os operadores de televisão por subscrição, que apenas celebram contratos de duração anual, não estão vinculados à SPORT TV por quaisquer acordos de exclusividade, pelo que estão em plenas condições de adquirir conteúdos ou canais desportivos a outras empresas. Evidencia ainda que, como resulta bem patente da recente entrada da Benfica TV neste mercado, o acesso ao mercado depende, sobretudo, do acesso aos conteúdos desportivos *premium* que ocorre no mercado a montante.

Considera-se que assiste razão à arguida. É certo que a arguida detém uma posição dominante sobre todo o território nacional e o mercado em questão permite o acesso a vastas categorias de consumidores, sendo, por isso, atrativo. No entanto, estamos perante um abuso de exploração. Abuso este que incide sobre clientes nacionais, que não são exportadores dos canais Sport TV. A conduta da arguida também não limita as importações e não se traduz especificamente na criação de barreiras à entrada. Efetivamente, o que poderia suceder era desincentivar a entrada de novos operadores. Contudo, neste âmbito, não se pode deixar de levar em conta o facto de, durante o período de referência, terem entrado novos operadores no mercado afetado (ainda que nacionais) e a circunstância de se tratar de um mercado competitivo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Conjugando todos estes fatores, considera-se que a presunção decorrente do facto da prática abranger todo o território nacional se mostra ilidida, não sendo possível, no caso concreto, prever com um grau suficiente de probabilidade que a prática adotada pela arguida tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros.

Por conseguinte, o art. 102º, do TFUE, não é aplicável ao caso.

*

a.6. Conclusões:

Em face de todas as considerações precedentes, conclui-se que a conduta da arguida violou o disposto no art. 6º/1 e 4º/1, al e), *ex vi* art, 6º/3, al a), ambos da Lei nº 18/2003, e bem assim o art. 11º/1 e 2, al c), da Lei nº 19/2012, existindo identidade típico-normativa entre a lei antiga e a lei nova.

No plano subjetivo, ficou demonstrado o dolo e a consciência da ilicitude (cfr. ponto 279) dos factos provados), o que afasta a questão do erro sobre a ilicitude invocada pela arguida.

Quanto à alegada concorrência de culpas com a AdC, por não ter intervindo em momento anterior, independentemente da correção ou não do substrato de facto deste argumento, é evidente que não afasta a responsabilidade da arguida. A sua conduta preenche todos os elementos objetivos e subjetivos da lei, tendo contribuído de forma decisiva para o facto e a falta de intervenção da entidade reguladora não tendo teve efeitos concretos sobre a culpa da arguida.

Importa, por último, referir que é evidente que a conduta é imputável à arguida, pois a aplicação dos critérios de remuneração dos clientes pressupõe, pela sua natureza, a anuência e conhecimento, das pessoas que nela têm autoridade para exercer o controlo da atividade e o interesse da sociedade.

Em face de todo o exposto, conclui-se que a arguida praticou uma contraordenação, previstas e punida pelos 6º/1 e 4º/1, al e), *ex vi* art, 6º/3, al a) (em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

concurso aparente), ambos da Lei nº 18/2003, e bem assim o art. 11º/1 e 2, al c) (em concurso aparente), da Lei nº 19/2012.

*

b) Sanções:

No caso concreto, estamos perante uma sucessão de leis no tempo, que conduz à aplicação do princípio da lei mais favorável (cfr. art. 3º/2, do RGCO).

Operando o confronto entre os dois regimes legais aplicáveis verifica-se que a contraordenação praticada pela arguida é punida com coima, a fixar dentro dos seguintes limites:

- no âmbito da Lei nº 18/2003 e considerando o disposto no art. 43º/1, al a) e a jurisprudência sobre a matéria¹³², a coima pode ir do limite mínimo de 3,74 (cfr. art. 17º/1, do RGCO) até 10% do volume de negócios da arguida, no último ano em que cessou a prática ilícita, o que, no caso, corresponde a € 14.926.415,00;

- na Lei atual e por força do art. 69º/2, a coima pode ir do limite mínimo referido e não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no ano imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela AdC, o que, no caso, corresponde a € 13.937.159,10.

Neste plano, verifica-se que o regime atual é mais favorável.

Contudo, importa ainda considerar as sanções acessórias aplicáveis, designadamente aquela na qual a arguida foi condenada.

Assim, a Lei nº 18/2003, na redação dada pelo DL nº 18/2008, de 29.01, previa a possibilidade de publicação no Diário da República e num jornal nacional de expansão nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante em que a prática proibida produziu os seus efeitos, a expensas do infrator, da decisão de condenação proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justificassem (art. 45º/1, al a), da Lei nº 18/2003).

¹³² Pág. 705.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

A Lei atual prevê a mesma sanção acessória, mas com duas particularidades relevantes (cfr. art. 71º/1, al a), da Lei nº 19/2012). Em primeiro lugar, prevê, no máximo, a publicação de um extrato da decisão de condenação, após o trânsito em julgado, e não de toda a decisão. Em segundo lugar, refere expressamente que esta sanção apenas é aplicável no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da Lei nova, ou seja, cujo inquérito seja aberto após a sua entrada em vigor (cfr. art. 100º/al a), da Lei nº 19/2012). Isto significa, no caso concreto, que esta sanção não pode ser aplicada, se se concluir que a Lei nova é concretamente mais favorável para a arguida.

No que respeita aos critérios de determinação da medida da coima, os preceitos da lei antiga (cfr. art. 44º, da Lei nº 18/2003) e da lei atual (cfr. art. 69º/1, da Lei nº 19/2012) não são inteiramente coincidentes. Contudo, ambas as normas não são taxativas, pelo que, neste âmbito, considera-se que não há diferenças de relevo.

Importa ainda referir que o regime da prescrição não é inteiramente coincidente (cfr. arts. 48º, da Lei nº 18/2003, e 74º, da Lei nº 19/2012). Contudo, esta questão não será levada em conta, uma vez que não se coloca neste momento.

Em face da análise precedente, conclui-se que a lei atual é concretamente mais favorável à arguida.

Contudo, importa ainda apreciar a questão de inconstitucionalidade invocada pela arguida, uma vez que, a verificar-se, conduz à desaplicação do art. 43º/1, da Lei nº 18/2003. O que nos remeteria para o RGCO, designadamente art. 17º/1 e 2, que é concretamente mais favorável para a mesma.

Considera, em concreto, a arguida que o referido preceito é inconstitucional, por violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1 e 3 da CRP), nomeadamente por violação da proibição de medidas privativas ou restritivas da liberdade com duração ilimitada ou indefinida (artigo 30º. n.º 1, CRP) e, ainda, por violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, e da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

indisponibilidade de competências, ambos previstos no artigo 111.º, n.º 1 e 2 da CRP. Para além disso, ao prever, como critério de determinação do máximo aplicável, o volume de negócios, o artigo 43.º, n.º 1 da LdC viola, ainda, o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP.

Sem questionar a aplicação dos referidos princípios ao ilícito de mera ordenação social, verifica-se que o Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta matéria, designadamente no que respeita à violação do princípio da legalidade, na vertente referida, e do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania e da indisponibilidade de competências, se bem que a propósito de normas distintas e com limites diferentes. Assim, no acórdão do TC n.º 574/95, considerou-se que uma contraordenação, prevista e punida pelo art. 670º, do Código dos Valores Mobiliários, com uma coima com a moldura entre 500.000\$00 e 300.000.000\$00 não violava os princípios referidos. Por sua vez, no acórdão n.º 547/2001, o TC entendeu o contrário em relação à mesma norma. Já no acórdão n.º 41/2004, o TC pronunciou-se sobre o art. 211º, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, que previa uma coima entre 200.000\$00 e 200.000.000\$00.

Estas decisões analisaram essencialmente a questão relativa à amplitude entre os limites mínimo e máximo. Ponderados os argumentos aduzidos nos referidos arestos, concorda-se com o juízo de inconstitucionalidade firmado nos acórdãos n.º 574/95 de 41/2004, pois, conforme se exarou neste segundo aresto, “não se pode deixar de reconhecer que, em sectores do ordenamento jurídico como este, em que o distanciamento entre os níveis da ilicitude das concretas condutas e, por via dela, os da culpa dos respetivos agentes, bem como a sua situação económica, são enormes, os limites mínimo e máximo das coimas não podem deixar de estar muito distantes entre si, tanto em termos absolutos, como em termos relativos”. Estas asserções têm plena aplicação ao regime das práticas restritivas da concorrência. Considera-se também que o legislador, ao fixar limites tão amplos “não transferiu para os operadores jurídicos competências que são suas”, pois, na ponderação dos limites,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

considerou a extensão da realidade subjacente, sendo certo que a delimitação da concreta realidade do caso, dentro dos referidos limites, é a competência específica do juiz, mediante a aplicação dos critérios legais de determinação da medida da coima, legalmente fixados, às particularidades da situação de facto.

No que respeita à indeterminação do limite máximo, que a arguida também questiona, alega que *“o próprio agente, na auto-determinação da sua conduta, não tem cabal conhecimento das consequências da mesma, já que (embora lhe seja possível supor ou estimar, sem segurança), não terá completa noção desse volume de negócios que será a base de cálculo, em especial quando, como nota a AdC, é prática decisória desta entidade considerar como último ano o ano da cessação da conduta. Opção que, pese embora o suporte jurisprudencial (abstratamente) invocado pela AdC na decisão impugnada, não corresponde sequer, necessariamente, à letra da lei, mais contribuindo para a insegurança na determinação”*. Não se concorda com a arguida, pois a fixação do limite máximo em 10% do seu volume de negócios, qualquer que seja o ano de referência, não lhe permite saber, antecipadamente, o montante máximo exato, mas a proporção máxima que a coima poderá representar na sua atividade e, nessa medida, considera-se que a lei lhe fornece elementos suficientes para se autodeterminar.

As considerações precedentes são igualmente aplicáveis ao art. 69º/2, da Lei nº 19/2012.

No que respeita ao princípio da igualdade, alega a arguida que o critério a atender deveria ser o lucro e não o volume de negócios, uma vez que é o lucro que traduz o eventual benefício efetivamente obtido com a prática da conduta ilícita e o primeiro critério não considera os custos, que inclusive podem ter aumentado devido à prática ilícita. Também não se partilha este entendimento, pois o abuso de posição dominante pode não se traduzir em lucro para a empresa em posição dominante. Com efeito, conforme referido, pese embora a discriminação de preços possa constituir um instrumento de maximização do lucro do monopolista mediante a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

segmentação da procura (na discriminação de segundo e terceiro graus), tal “não impede, contudo, que o abuso possa ocorrer mesmo sem a existência de uma vantagem direta para a empresa dominante”. Em contrapartida, o volume de negócios é um fator mais representativo da dimensão da empresa e do potencial efeito lesivo da sua conduta. Para além disso, garante o efeito dissuasor da sanção, caso não exista uma vantagem direta. Considera-se, assim, que a existência ou não de lucro é um fator relevante na determinação da medida da coima, mas não é um fator de igualdade, face aos interesses tutelados e aos efeitos pretendidos com a aplicação da coima.

Improcede, assim, a questão da inconstitucionalidade invocada pela arguida, pelo que é aplicável o regime atual, por ser concretamente mais favorável. Isto significa que não é aplicável a sanção acessória, mas apenas a coima.

A coima funciona como uma “mera «admonição», como mandato ou especial advertência conducente à observância de certas proibições ou imposições legislativas”¹³³. Por conseguinte, devem ser estranhas à aplicação e determinação da medida da coima exigências de “retribuição ou expiação de uma culpa ética”¹³⁴, bem como de ressocialização do agente¹³⁵, pelo que esta sanção “desempenha uma função geral negativa e de prevenção especial negativa”¹³⁶.

Estes fins devem ser alcançados em função, nomeadamente, dos critérios enunciados no normativo legal já citado e que são os seguintes: a gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional; a natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração; a duração da infração; o grau de participação do visado pelo processo na infração; as vantagens de que haja beneficiado o visado pelo processo em consequência da infração, quando as mesmas

¹³³ Figueiredo Dias, O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social, *in* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol. I, Problemas Gerais, Coimbra Editora, 1998, pág. 30.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Idem*. No mesmo sentido, veja-se Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Regime ..., pág. 84.

¹³⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, *ob. cit.*, pág. 84.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

sejam identificadas; o comportamento do visado pelo processo na eliminação das práticas restritivas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência; a situação económica do visado pelo processo; os antecedentes contraordenacionais do visado pelo processo por infração às regras da concorrência; a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento.

São ainda de considerar todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo, deponham a favor ou contra a arguida, nos termos previstos no art. 71º/2, do CP, *ex vi* art. 32º, do RGCO.

Assim, ponderando as circunstâncias que determinam a gravidade da conduta, considera-se que a mesma não pode ser qualificada de muito elevada, porque se consubstanciou num abuso de exploração de consumidores intermédios, sem qualquer evidência de afetação dos consumidores finais (ou do contrário).

Contudo, isso não significa que a gravidade da conduta seja despicienda. Não é, pois incidiu sobre um mercado de âmbito nacional. A prática perdurou, de forma permanente durante cinco anos. A arguida praticou os factos enquanto autora, com dolo direto e obteve vantagens decorrentes do exercício do seu poder de mercado, designadamente receitas que, não fosse a sua posição dominante, não teria alcançado e que totalizaram o montante de [confidencial].

No plano da culpa, considera-se que é elevada, pois a arguida tem um monopólio de facto, pelo que, na nossa perspetiva, com uma responsabilidade acrescida na evitação da conduta praticada.

O facto da sua conduta ter sido monitorizada pela AdC e desta entidade ter em seu poder todos os contratos e aditamentos celebrados pela arguida e bem assim informações sobre os componentes do sistema remuneratório, podendo eventualmente ter intervindo mais cedo mediante a recolha de mais informação, não diminui a gravidade e a censurabilidade da conduta da arguida. Efetivamente, a existência de fatores exógenos na determinação da medida da coima é relevante se ficar demonstrada a sua influência na conduta do agente, o que não é o caso.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Com relevo para a determinação da coima importa ainda considerar a sua situação económico-financeira, que no ano de 2012 se cifrou num resultado líquido de exercício de € 2.619.953,00, sendo que o capital próprio era de € 65.525.292.

No plano específico das exigências de prevenção especial reclamadas pelo caso, há que considerar, por um lado e em benefício da arguida, que não tem antecedentes contraordenacionais, cessou a conduta, por sua iniciativa, quando a AdC manifestou dúvidas sobre a legalidade da TPM e dos NAM e colaborou, de forma relevante, para a recolha de dados, facilitando a investigação e com sacrifício interno. Por outro lado, não se pode deixar de levar em conta que a arguida permanece em atividade e com uma posição dominante.

No que respeita às exigências de prevenção geral negativas, considera-se que são relevantes, dada a evidente notoriedade da arguida no contexto nacional, cuja conduta pode servir de referência.

Conjugando todos estes fatores, considera-se que a coima tem de ser mais próxima do limite mínimo do que do limite máximo, de molde a ser proporcional à gravidade da conduta da arguida e a respeitar também a medida da culpa, que é condicionada pelo grau de ilicitude dos factos.

Contudo, atendendo aos demais fatores de gravidade evidente da ilicitude dos factos, supra enunciados (conduta com repercussão no mercado nacional, reiterada e durante cinco anos, dolo direto e vantagens no montante referido), e às exigências de prevenção especial negativas associadas ao caso, decorrentes do facto da arguida manter uma posição dominante, e de prevenção geral negativa referidas, afigura-se evidente que a coima tem de ser expressiva, sob pena de não ser suscetível de produzir os efeitos dissuasores reclamados pelo caso.

Neste âmbito, considera-se que uma coima inferior a € 2.700.000,00 não seria adequada, nem suficiente para produzir esses efeitos. Uma coima superior também não se considera necessária, atendendo aos demais fatores favoráveis à



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

arguida referidos, designadamente a ausência de antecedentes contraordenacionais nesta matéria, cessação da conduta e colaboração.

O montante indicado não é desajustado à situação económica da arguida, pois, pese embora, seja ligeiramente superior ao resultado líquido de exercício de 2012, é bastante inferior ao capital próprio desse ano (cfr. ponto 203) dos factos provados).

Dispositivo

Em face de todo o exposto, julgo parcialmente procedente o recurso nos seguintes termos:

- I. Julgo improcedentes todas as questões prévias e nulidades invocadas pela arguida;**
- II. Julgo não aplicável o art. 102º do TFUE, à conduta da arguida;**
- III. Julgo não aplicável o art. 4º/1, al c), *ex vi* art. 6º/3, al a), ambos da Lei nº 18/2003, de 11.06 (atualmente art. 11º/1 e 2, als a) e b), da Lei nº 19/2012, de 08.05), à conduta da arguida;**
- IV. Revogo a sanção acessória aplicada;**
- V. Condeno a arguida pela prática de uma contraordenação, prevista e punida, à data dos factos, pelos arts. 6º/1, e 4º/1, al e), *ex vi* art. 6º/3, al a) e 1, e 43º/1, al a), todos da Lei nº 18/2003, de 11.06, e, atualmente, pelos arts. 11º/1 e 2, al c), e 68º/1, al a), ambos da Lei nº 19/2012, de 08.05, numa coima no montante de dois milhões e setecentos mil euros (€ 2.700.000,00).**

Custas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

Custas pela arguida, fixando-se a taxa de justiça no máximo legal – cfr. arts. 8º/7, e tabela III anexa ao Regulamento das Custas Processuais e arts. 93º/3 e 94º/3, ambos do RGCO.

Proceda-se ao depósito da sentença – cfr. art. 373º/2, do CPP, *ex vi* art. 41º/1, do DL nº 433/82.

Comunique a presente sentença à autoridade administrativa – cfr. art. 70º/4, do RGCO, na redação dada pelo DL nº 244/95.

D.s.

(A presente sentença será assinada manualmente)