



Exmo(a) Senhor(a) Juiz de Direito
Autoridade da Concorrência
Avenida de Berna, Nº19
1050-037 Lisboa

77/16.7YUSTR

Processo: 77/16.7YUSTR	Recurso (Contraordenação)	Referência: 204858 Data: 12-06-2018
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia S.A. e outro(s)...		

Assunto: Envio de certidão de sentença

Com referência aos V/autos acima indicados, junto envio a V. Ex^a, certidão da sentença proferida nos presentes autos.

Com os melhores cumprimentos,

Por ordem do(a) Mm^{o(a)} Juiz de Direito,
O/A Escrivão Auxiliar,

Carolina Barreiro



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

Processo: 77/16.7YUSTR	Recurso (Contraordenação)	204856
------------------------	---------------------------	--------

CERTIDÃO

Carolina Barreiro, Escrivão Auxiliar, do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - 1º Juízo:

CERTIFICO que por este Tribunal, correm uns autos de **Recurso (Contraordenação)**, registados sob o n.º 77/16.7YUSTR, em que são:

Recorrido: Autoridade da Concorrência

Recorrente: Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia S.A. e outro(s)...

e atesto nos termos do n.º 1, do art.º 387 do Código Civil, que as fotocópias que se seguem, e que vão devidamente numeradas, rubricadas e autenticadas com o selo branco em uso neste Tribunal, são cópias fiéis do original da sentença destes autos.

MAIS CERTIFICO que a sentença ora certificada foi proferida no dia 09/06/2018.

É quanto me cumpre certificar em face dos autos e a que me reporto em caso de dúvida, destinando a presente certidão a ser remetida à Autoridade Administrativa.

Santarém, 11-06-2018.

O/A Escrivão Auxiliar,

Carolina Barreiro



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 77/16.7YUSTR

Recurso (Contraordenação)

203901

CONCLUSÃO - 30-05-2018

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Hélder Roseiro)

=CLS=

DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO

I. RELATÓRIO.

1. Em 24-06-2014 e em 22-10-2014, a **PT Comunicações, S.A. (PTC ou MEO**, actualmente **MEO — Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.)** apresentou à **Autoridade da Concorrência (AdC)** denúncia contra a **GDA — Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, C.R.L. (GDA)** por eventual abuso de posição dominante ocorrido no domínio dos direitos conexos (ao direito de autor) dos artistas intérpretes ou executantes.

2. Em 19 de Março de 2015, a **AdC** determinou a abertura de inquérito em processo contra-ordenacional, por considerar que o abuso de posição dominante decorria da alegada prática, pela **GDA**, de preços excessivos na exploração dos direitos conexos dos Artistas e da alegada aplicação por parte da mesma entidade de condições desiguais relativas à remuneração dos direitos conexos dos Artistas, em particular, à **PTC** e à **ZON TV Cabo Portugal, S.A. (ZON TV Cabo)**.

3. Em 16 de Novembro de 2015, a **AdC** comunicou à denunciante **MEO** o sentido provável de decisão do inquérito de arquivamento do processo.

4. Em 3 de Março de 2016, a **AdC** proferiu decisão de arquivamento do processo de contra-ordenação com a referência **PRC-2015/07**, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 3 do artigo 24.º Regime Jurídico da Concorrência (**RJC**), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, concluindo que os factos referentes ao objecto do processo não constituem indícios suficientes de práticas proibidas, em especial, pelo art.º 11.º do **RJC**.

5. **A AdC utilizou os seguintes fundamentos para o arquivamento:**

- Relevando os tarifários disponibilizados pela denunciada GDA e aplicados no período de 2009 a 2013 (cfr. tabela 1 da decisão); verificaram-se diferenças entre os tarifários cobrados a diferentes prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição (cfr. tabela 2 da decisão) e diferenças entre os



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 77/16.7YUSTR

custos médios suportados pela **MEO** e pela **NOS Comunicações** no âmbito do serviço grossista em análise (cfr. tabela 2 da decisão);

- Tais resultados não permitem concluir que a aplicação pela **GDA** dos tarifários subjacentes ao serviço grossista em análise, nos termos brevemente descritos nas Tabela 1 e Tabela 2, tenha tido efeitos restritivos sobre a concorrência, resultantes, nomeadamente, da eventual aptidão dessa prática para comprometer a posição concorrencial da **MEO** no mercado relevante associado ao serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição e no mercado relevante associado à disponibilização retalhista de ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas, maxime de tripleplay (cfr. ponto 52 da decisão);

- Os resultados em causa não afastam a possibilidade de a **MEO** ter capacidade de assimilar a diferença entre o custo suportado no âmbito do serviço grossista em análise e o respectivo custo suportado pela **NOS Comunicações**, uma vez que esses valores têm tido um peso significativamente reduzido nos custos incorridos, proveitos auferidos e rentabilidade alcançada pela **MEO** no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição (cfr. ponto 53 da decisão);

- Ainda que se considerem verificadas as premissas para qualificar o comportamento em causa como traduzindo um tratamento desigual de prestações equivalentes, não se verificam as premissas para considerar que a referida prática é susceptível, no caso concreto e atendendo às respectivas circunstâncias individuais, de colocar determinado prestador do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição em situação de desvantagem competitiva (cfr. ponto 53 da decisão);

- É certo que não se exige “que se prove a produção efectiva de um dano quantificável ou de uma deterioração efectiva e quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais da empresa em posição dominante”;

- Não obstante, a comportamento discriminatório tem de ser, em concreto, efectivamente susceptível de distorcer a concorrência no mercado, através da colocação de alguns concorrentes numa situação de desvantagem competitiva face a outros (cfr. ponto 57 da decisão);

- À verificação da existência de uma situação de discriminação, as normas em causa (no direito nacional e no direito europeu) fazem crescer, para a qualificação do comportamento como abusivo, a exigência de demonstração concreta da susceptibilidade de colocação em desvantagem concorrencial, não decorrendo esta consequência, imediata e necessariamente, da mera existência da situação discriminatória (cfr. ponto 58 da decisão);

- Essa interpretação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, que, no seu acórdão, de 15.03.2007, no âmbito do Processo *British Airways* (cfr. ponto 59 da decisão);

- Ainda que a criação de uma desvantagem ou distorção concorrencial não dependa exclusivamente dos parâmetros mais importantes da concorrência e que a aplicação da alínea c) do n.º 2 do artigo 1.º do TFEU não dependa necessariamente da gravidade da desvantagem criada, a conclusão em cada caso concreto de que a prática discriminatória gerou uma situação de desvantagem competitiva tem de ser fundamentada, não decorrendo forçosamente do carácter discriminatório da prática em causa (cfr. ponto 62 da decisão);



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

Proc. n.º 77/16.7YUSTR

- *Se assim não fosse, a mera prática de um comportamento discriminatório por parte de uma empresa em posição dominante implicaria automática e imediatamente uma violação da alínea c) do artigo 102.º do TFUE e, analogamente, do n.º 1 e da alínea c) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, o que contrariaria, sem qualquer dúvida, a jurisprudência e a prática decisória europeias (cfr. ponto 63 da decisão);*

- *A AdC, com base, em particular, nas estruturas de custos, proveitos e rentabilidade do serviço retalhista em causa, concluiu que a capacidade dos prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição de concorrerem entre si não foi susceptível de ser influenciada pelos preços associados ao serviço grossista em análise, conforme decorre dos parágrafos 52 a 55 (cfr. ponto 66 da decisão).*

6. A denunciante, aqui recorrente, **MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia S.A.**, veio apresentar recurso (cfr. fls. 1709 a 1728) de decisão de arquivamento da **Autoridade da Concorrência - AdC** proferida em processo sancionatório n.º PRC-2015/07 relativo a práticas restritivas, nos termos e para os efeitos do art.º 24.º, n.º 3 al. b) e n.º 5 do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, pedindo, em consequência que a decisão de arquivamento seja revogada e emitida nota de ilicitude, ou caso assim não se entenda, que seja ordenado à AdC que emita nota de ilicitude, com abertura da fase de instrução, mediante notificação da nota de ilicitude à visada GDA com o objectivo de ser adoptada, no termo desta fase, uma decisão final de condenação que reconheça que a conduta da visada traduz um abuso de posição dominante.

7. Invocou, em síntese, os seguintes fundamentos vertidos nas suas conclusões:

- *Ao longo da sua decisão, a AdC admite que a factualidade preenche todos os elementos do tipo do artigo 11.º, n.º 1 e 2 alínea c) do RJC e do artigo 102.º, alínea c) do TFUE, a que acresce o facto da visada não ter cumprido o ónus de prova de que o seu comportamento anticoncorrencial seria justificado;*

- *Encontram-se demonstrados factos suficientes para indiciar a prática do ilícito contra-ordenacional de abuso de posição dominante;*

- *A AdC fez uma incorrecta interpretação do Direito aplicável, pois, em lugar de ponderar o critério da desvantagem na concorrência, aprecia o preenchimento de um alegado requisito de "distorção [significativa] da concorrência" que se afigura, em desconformidade, por mais exigente, com o Direito da União Europeia, não tendo qualquer apoio na letra da lei nacional e da União Europeia, nem tão pouco na interpretação que tem sido feita na jurisprudência dos Tribunais da União Europeia e na prática administrativa da Comissão Europeia;*



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

- O critério estabelecido na jurisprudência dos tribunais da União Europeia para a apreciação de casos de discriminação por uma empresa em posição dominante é o da mera demonstração da susceptibilidade ou tendência da prática para falsear a relação de concorrência ou, noutros termos, para colocar um parceiro comercial da empresa dominante em desvantagem concorrencial, sem quantificar qualquer limiar mínimo para essa desvantagem:

- O standard de análise do requisito da "desvantagem da concorrência" definido pela AdC no presente processo resulta, na prática, num regime menos restritivo para abusos de posição dominante em Portugal, ao considerar como legítimas práticas que, à luz do direito da União Europeia, seriam, com toda a probabilidade, proibidas, atenta a desvantagem que infligem e a sua duração:

- A decisão não respeitou o critério legal que determina a abertura da instrução sempre que exista "possibilidade de vir a ser proferida uma decisão condenatória".

8. Subsidiariamente aos pedidos de revogação da decisão de arquivamento e de emissão de nota de ilicitude com abertura da fase da instrução com o objectivo de ser adoptada uma decisão final de condenação da visada **GDA -Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes**, a denunciante veio suscitar o mecanismo de reenvio prejudicial para resolução das dúvidas de interpretação do Direito da União Europeia relativas ao art.º 102 al. c) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE) e ao conceito de *desvantagem na concorrência* (cfr. questões de fls. 1727, 5.º volume, C).

9. A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 87.º, n.º 1 e 2 do RJC.

10. Invocou, em síntese, as seguintes contra-alegações vertidas nas suas conclusões:

- Tanto a denunciante **MEO** como a AdC estão de acordo na existência de desigualdade de tarifários praticados pela visada **GDA**;

- Com a AdC concluiu que tal desigualdade de tarifário nunca se traduziria nessa desvantagem concorrencial, considerou-se ser despidendo calcular o valor exacto assumido pela diferença entre os custos médios por consumidor (de televisão por subscrição) suportados pela denunciada **MEO** e pela **NOS Comunicações**;

- A adopção pela **GDA** da estrutura tarifária definida no acórdão do Tribunal Arbitral de 10-04-2012 implicaria sempre a existência de uma diferença entre a **MEO** e a **NOS Comunicações** ao nível dos custos suportados por cada uma dessas entidades no âmbito do serviço grossista em análise (preço médio por

3
✓

4



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

Proc. n.º 77/16.7YUSTR

subscriber), devido à diferença verificada entre as mesmas ao nível de consumidores que contrataram o serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição;

- Para a aferição da eventual “desvantagem na concorrência” da MEO em relação à NOS Comunicações é a relação entre a diferença entre os custos médios por consumidor (de televisão por subscrição) suportados por cada uma dessas entidades e a rentabilidade alcançada pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, uma vez que a capacidade competitiva de um determinado agente económico depende, em larga medida, da rentabilidade auferida pelo mesmo;

- Os valores assumidos pela diferença entre os custos médios por consumidor (de televisão pro subscrição) suportados pela MEO e pela NOS Comunicações têm tido um peso significativamente reduzido na rentabilidade alcançada (bem como nos custos incorridos e proveitos auferidos) pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição;

- A diferença em causa não é susceptível de influenciar a capacidade competitiva da MEO e, como tal, impossibilita de ser considerada como uma “desvantagem na concorrência” da MEO em relação à NOS Comunicações para efeitos do preenchimento do tipo de ilícito jusconcorrencial em causa;

- A susceptibilidade de colocação em “desvantagem concorrencial” equivale a uma distorção da concorrência entre prestadores que, naturalmente, deve ser uma distorção atendível, ou relevante;

- Para a AdC e para o TJUE a distorção relevante não é um “plus” relativamente à colocação em desvantagem concorrencial; esta desvantagem concorrencial constitui um modo de distorção da concorrência;

- Qualquer distorção, ou qualquer desvantagem deverá ser relevante, no sentido de ter algum impacto no mercado e não ser desprezível, insignificante.

11. O Ministério Público apresentou os autos a juízo (cfr. fls. 1885).

12. Por despacho de 19-04-2016, considerando que o art.º 87.º, n.º 1 e 2 do NRJC deve ser interpretado e aplicado no sentido em que, tendo sido apresentado recurso, pelo denunciante, de decisão de arquivamento da AdC proferida em processo sancionatório relativo a práticas restritivas, nos termos e para os efeitos do art.º 24.º, n.º 3 al. b) e n.º 5 do NRJC, o visado dispõe de legitimidade e interesse em pronunciar-se sobre o recurso, em igualdade de armas com os demais sujeitos e intervenientes processuais, determinou-se a notificação da visada GDA do recurso apresentado pela denunciante MEO, com expressa advertência de que podia, no prazo de 30 dias uteis, juntar alegações e outros elementos ou informações que considere relevantes para a decisão da causa, bem como oferecer meios de prova, sem prejuízo do disposto no artigo 70.º do R.G.CO.

5



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

13. A GDA - Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes Ou Executantes, C.R.L. veio juntar contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 87.º, n.º 1 e 2 do NRJC e do despacho proferido em 19-04-16.

Invocou, em síntese, as seguintes contra-alegações vertidas nas suas conclusões:

- A AdC seguiu a jurisprudência definida pelo Tribunal de Justiça, reafirmando que o alegado comportamento discriminatório tem de ser susceptível, atendendo às circunstâncias do caso concreto, de distorcer a concorrência no mercado e colocar um concorrente numa situação de desvantagem competitiva;

- Não só a GDA representa uma proporção reduzida na estrutura de custos da MEO como nos últimos anos se tem observado um crescimento da MEO no mercado;

- A GDA não diferencia tarifários – não consegue é negociar valores uniformes e em simultâneo (em grande parte pela persistência e litigância de operadores como a MEO).

14. A AdC e a visada GDA vieram opor-se ao reenvio prejudicial por inexistência de dúvida interpretativa.

15. Em 15-06-2016, foi proferido despacho a admitir o presente recurso de recurso de decisão de arquivamento proferida no processo PRC-2015/07, interposto pela denunciante MEO, em harmonia com o disposto nos artigos 24.º, n.º 5 e 87.º, ambos do NRJC.

16. Compulsando os termos da motivação do recurso e atendendo ao objecto da decisão de arquivamento em causa – interpretação conforme da alínea c) do n.º 2 do art.º 11.º do NRJC com o art.º 102.º, al. c) do TFUE e definição do conceito de desvantagem na concorrência para efeito de preenchimento da tipicidade sancionatória de práticas restritivas de abuso de posição dominante, afigura-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, notificou-se a denunciante, a visada, o Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de que, nada dizendo, se tenha por manifestada a respectiva concordância e com expressa advertência de que o Tribunal conhecerá do reenvio prejudicial nos termos do art.º 267.º § 2 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

17. Em 13-07-2016, foi proferido despacho a determinar a formulação de pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE ou

4
✓

6



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

TJ) para saber se o art.º 102.º, alínea c) do TFUE é conforme com a interpretação e alcance do conceito de desvantagem na concorrência ou de distorção na concorrência veiculados pela AdC na decisão de arquivamento proferida no processo sancionatório.

18. Foram formuladas as seguintes questões ao Tribunal de Justiça da União Europeia para efeitos de reenvio prejudicial, nos termos do art.º 267.º do TFUE:

(i) Caso sejam provados ou estejam indiciados, num processo sancionatório, factos relativos aos efeitos de eventual prática de tarifários discriminatórios por parte de uma empresa em posição dominante em relação a uma das empresas retalhistas e que prejudicam esta face aos seus concorrentes, a qualificação do comportamento como *colocação em desvantagem na concorrência* nos termos da alínea c) do artigo 102.º do TFUE depende de um juízo acrescido de gravidade, relevância ou importância desses efeitos na posição concorrencial e/ou na capacidade concorrencial da empresa afectada, nomeadamente quanto à capacidade de assimilar a diferença dos custos suportados no âmbito do serviço grossista?

(ii) Caso se prove ou indície, num processo sancionatório, um *peso significativamente reduzido* nos custos incorridos, proveitos auferidos e rentabilidade alcançada da empresa retalhista afectada, decorrente da prática de tarifários discriminatórios por parte de uma empresa em posição dominante, a interpretação conforme da alínea c) do artigo 102.º do TFUE e da jurisprudência dos Acórdãos *British Airways* e *Clearstream* é compatível com um juízo de inexistência de indícios de abuso de posição dominante e práticas proibidas?

(iii) Ou, pelo contrário, tal não é suficiente para afastar a qualificação do comportamento como abuso de posição dominante e como prática proibida nos termos da alínea c) do artigo 102.º do TFUE, relevando apenas para efeitos da medida da responsabilidade ou do sancionamento da empresa infractora?

(iv) O segmento *colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência* da alínea c) do artigo 102.º do TFUE deve ser interpretado como correspondendo à exigência de que a desvantagem¹ sofrida em virtude da discriminação corresponda, por sua vez, a uma percentagem mínima da estrutura de custos da empresa afectada?

(v) O segmento *colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência* da alínea c) do artigo 102.º do TFUE deve ser interpretado como correspondendo à exigência de que a desvantagem² sofrida em virtude da discriminação corresponda, por sua vez, a uma diferença mínima entre os custos médios suportados pelas empresas concorrentes no serviço retalhista em análise?

(vi) O segmento *colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência* da alínea c) do artigo 102.º do TFUE pode ser interpretado como correspondendo à exigência de que a vantagem sofrida em virtude da discriminação corresponda, no âmbito do mercado e serviço em análise, a valores superiores às diferenças

¹ Lapso de escrita, rectificado no processamento do reenvio.

² Lapso de escrita, rectificado no processamento do reenvio.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

assinaladas nas mencionadas Tabelas 5, 6 e 7 e para efeitos de qualificação do comportamento como prática proibida?

(vii) Em caso de resposta afirmativa a alguma das questões (iv) a (vi), como deverá ser definido tal limiar mínimo de relevância da desvantagem relativamente à estrutura de custos ou aos custos médios suportados pelas empresas concorrentes no serviço grossista em análise?

(viii) Sendo tal limiar mínimo definido, o não preenchimento do mesmo em cada ano permite afastar a presunção do Acórdão *Cleastrean* nos termos do qual se deve considerar que “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”?

19. Atento o reenvio prejudicial acima deferido nos termos e para os efeitos do art.º 267.º do TFUE, ao abrigo do disposto no art.º 272.º, nº1 do novo Código de Processo Civil, aplicável por via dos artigos 83.º do RJC, 41.º do R.G.CO. e 4.º do Código de Processo Penal em conformidade com os princípios da economia processual e da boa cooperação entre os sujeitos processuais e o Tribunal, **foi determinada a suspensão da instância até à resolução das questões prejudiciais pelo TJUE.**

20. Cumprida a regularidade da tramitação do pedido de reenvio prejudicial com a apresentação e notificação de observações escritas (cfr. ofícios de 24-02-2017 e de 18-04-2017); com a realização de audiência de alegações (cfr. ofício de 14-07-2017); com a apresentação das conclusões do advogado geral em audiência pública (cfr. ofício de 04-01-2018), o TJUE proferiu o Acórdão de 19 de Abril de 2018, no processo C-525/16 de reenvio prejudicial (cfr. ofício de 26-04-2016) declarando que: “O conceito de «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, deve ser interpretado no sentido de que, no caso em que uma empresa dominante aplica preços discriminatórios a parceiros comerciais no mercado a jusante, visa a situação em que esse comportamento pode ter por efeito uma distorção da concorrência entre estes parceiros comerciais. A constatação dessa «desvantagem na concorrência» não exige a prova de uma deterioração efetiva e quantificável da posição concorrencial, mas deve basear-se numa análise do conjunto das circunstâncias pertinentes do caso concreto que permita concluir que o referido comportamento tem influência nos custos, nos lucros, 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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

noutro interesse relevante de um ou vários desses parceiros, de modo que esse comportamento seja suscetível de afetar a referida posição”.

21. Declarada cessada a suspensão da instância, considerando a relevância e utilidade das questões prejudiciais suscitadas por este Tribunal para o conhecimento do objecto do presente recurso, considerando a não oposição à prolação de decisão por simples despacho, considerando que o Acórdão proferido pelo TJUE de 19 de Abril de 2018 configura um elemento processual novo, **determinou-se a notificação da denunciante, da visada, do Ministério Público e da AdC para que, em 10 dias e querendo, se pronunciem sobre a referida pronúncia do TJUE para o conhecimento do objecto do presente recurso.**

22. A visada **GDA** veio apresentar o requerimento de pronúncia de 15-05-2018 (ref.ª 32691), defendendo a improcedência do presente recurso.

23. A **AdC** veio apresentar o requerimento de pronúncia de 18-05-2018 (ref.ª 32754), defendendo a improcedência do presente recurso.

24. A denunciante **MEO** veio apresentar o requerimento veio apresentar o requerimento de pronúncia de 23-05-2018 (ref.ª 32823), defendendo, em síntese, que a AdC não ponderou todas as circunstâncias pertinentes, nomeadamente a natureza da posição dominante da **GDA**, a ausência de contestabilidade do mercado; as razões da efectiva existência do poder negocial dos operadores de televisão e das diferenças de tarifários e as razões de evolução das quotas de mercado da NOS.

25. O Ministério Público veio apresentar o requerimento veio apresentar o requerimento de pronúncia de 28-05-2018 (ref.ª 32894), defendendo a improcedência do presente recurso.

* * *

*

II. MATÉRIA DE FACTO.

26. Da tramitação administrativa do PRC-2015/07 e respectivas diligências, com interesse para a decisão de controlo do arquivamento, resultou suficientemente indiciada, por admissão expressa e por falta de impugnação dos documentos e peças processuais, constantes do processo de investigação e juntas pela AdC, e por via do seu



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

alcance probatório, a seguinte factualidade relativa aos serviços relevantes e aos comportamentos das partes envolvidas:

A. A **GDA** é uma entidade de gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas, sem fins lucrativos e cujo objecto é o exercício e a gestão dos direitos conexos dos artistas e, também, a gestão dos direitos (conexos ao direito de autor) dos administrados dessa entidade e dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a **GDA** tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade.

B. Nesse contexto, a **GDA** tem como principais actividades a cobrança das remunerações provenientes do exercício, em Portugal e no estrangeiro, dos direitos referidos e a distribuição dessas remunerações pelos titulares dos direitos em causa ou pelos seus sucessores.

C. A **GDA** procede, em particular, à celebração de contratos, acordos e/ou protocolos com as entidades interessadas na utilização do repertório das prestações dos seus membros, dos seus administrados e/ou dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a **GDA** tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade, após a respectiva negociação.

D. Os serviços a tomar em consideração são:

(i) o serviço grossista de comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas, que integra a actividade de negociação entre as entidades coletivas de gestão desses direitos, que representam os respectivos titulares com vista à sua transmissão, e as entidades interessadas na utilização dos mesmos;

(ii) o serviço retalhista de disponibilização de ofertas de acesso ao sinal de televisão por subscrição; e

(iii) o serviço retalhista de disponibilização de ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas e, em particular, do acesso ao sinal de televisão por subscrição, do acesso fixo à Internet em banda larga e do serviço telefónico num local fixo (SFT).

E. Os direitos conexos dos artistas referem-se ao direito de cada artista de fazer ou autorizar:

(i) a radiodifusão e a comunicação ao público da sua prestação;

(ii) a fixação da sua prestação que não tenha sido fixada;

6

V

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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

(iii) a reprodução de fixação da sua prestação quando essa fixação não tenha sido autorizada, quando a reprodução em causa seja feita para fins diversos dos fins para os quais foi dado consentimento ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do regime de utilização livre da prestação e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse regime;

e (iv) a colocação à disposição do público da sua prestação.

F. No que respeita à comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas, a ODA, que resultou da fusão, em 28.11.1995, da CADA — Cooperativa de Administração dos Direitos dos Artistas (Intérpretes e Executantes), C.R.L. com a Associação Portuguesa de Actores, é — e tem sido, desde esse momento — a única entidade de gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas activa em Portugal.

G. Actualmente, a **GDA** tem mais de 4.000 membros e, adicionalmente, efectua a gestão dos direitos relativos às prestações artísticas de mais de 500.000 artistas de todo o mundo que tenham sido criadas, comercializadas e/ou utilizadas em Portugal.

H. No momento presente, algumas das entidades interessadas na utilização do repertório das prestações dos membros da **GDA**, dos seus administrados e/ou dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a **GDA** tenha celebrado contratos de representação e/ou reciprocidade são:

- (i) os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição;
- (ii) os prestadores de actividades de rádio;
- (iii) os prestadores do serviço retalhista de transporte de passageiros;
- (iv) as entidades gestoras de centros comerciais;
- (v) os proprietários de estabelecimentos com instalações para dançar;
- e (vi) os estabelecimentos hoteleiros.

I. O serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição consiste na prestação ao consumidor do serviço de transmissão do sinal de televisão e do respectivo conteúdo, correspondente a um conjunto de serviços de programas televisivos, mediante o pagamento de um determinado valor.

J. Esse conjunto de canais pode ser complementado por canais cujo visionamento se encontra condicionado ao pagamento de um valor específico e é efectuado mediante a

11



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

utilização, em complemento ao equipamento terminal televisivo, de um equipamento terminal específico.

K. Os meios utilizados para a transmissão do sinal de televisão por subscrição em Portugal são as redes de cabo coaxial, as redes de fibra, os sistemas de comunicações via satélite, os sistemas de acesso fixo via rádio e o protocolo internet.

L. Em 31-03-2015 e de acordo com a **Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)**³:

(i) em 31-03-2015, 3.394.283 consumidores detinham o serviço de acesso ao **sinal de televisão por subscrição**, o que representou um acréscimo de cerca de 5,75% face ao valor do mesmo indicador verificado em 31.03.2014;

(ii) a principal forma de comercialização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição eram as ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas, estimando-se que cerca de 84,8% dos consumidores que detinham o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição tivessem contratado uma dessas ofertas, o que representaria um crescimento de cerca de 13,3% do indicador em questão desde 31.03.2014;

(iii) o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição era detido por cerca de 57,3% dos alojamentos familiares clássicos e por cerca de 83,5% das famílias clássicas;

(iv) o **Grupo NOS** tinha a maior quota de mercado associada aos consumidores do serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição (cerca de 43,8%), seguido pela **MEO**, pela **Vodafone** e pela **Cabovisão** (com quotas de mercado de cerca de 41,9%, 8,3% e 6,0%, respectivamente;

e (v) cerca de 68% dos lares com o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição tinham acesso a mais de 80 canais, o que traduziu um acréscimo de cerca de 6,8% face ao valor do mesmo indicador registado em 31.03.2014.

M. Quanto às **ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas**, os prestadores de serviços disponibilizam aos consumidores ofertas conjuntas de dois, três, quatro ou cinco desses serviços, sendo as mesmas constituídas pelo serviço de acesso ao sinal

³ Cfr. Relatório intitulado “Pacotes de serviços de comunicações electrónicas: informação estatística – 1.º trimestre de 2015”, elaborado pela ANACOM.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

de televisão por subscrição, pelo SFT, pelo serviço de acesso fixo à Internet em banda larga, pelo serviço telefónico móvel e/ou pelo serviço de acesso móvel à Internet em banda larga.

N. Em 31-03-2015⁴:

(i) as ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas eram disponibilizadas aos consumidores (residenciais e empresariais) por 12 prestadores de serviços, 8 dos quais disponibilizavam ofertas retalhistas conjuntas de mais do que dois serviços de comunicações electrónicas;

(ii) 3.012.664 consumidores tinham contratadas ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas, o que representou um acréscimo de cerca de 12% face a 31-03-2014, tendo essa evolução traduzido o crescimento verificado nos consumidores que tinham contratadas ofertas conjuntas de mais do que dois serviços de comunicações electrónicas;

(iii) as ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas eram contratadas por cerca de 74,2% das famílias clássicas;

(iv) as ofertas triple-play foram as ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas mais contratadas pelos consumidores (cerca de 46,5%), seguidas pelas ofertas quintuple-play pelas ofertas double-play (cerca de 33,2% e 17,8%, respectivamente);

e (v) a **MEO** tinha a maior quota de mercado associada aos consumidores que tinham contratadas ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas (cerca de 43,7%), seguida pelo **Grupo NOS**, pela **Vodafone** e pela **Cabovisão** (com quotas de mercado de cerca de 38,5%, 10,9% e 6,9%, respectivamente), tendo o **Grupo NOS** sido líder nos consumidores que tinham contratadas ofertas double-play, ofertas triple-play ou ofertas quadruple-play.

O. Entre 2008 e 2014, a **GDA** disponibilizou três tarifários no âmbito do serviço grossista em análise, descritos na **Tabela 1⁵**:

	Consumidor	Consumidor	Consumidor superior a
--	------------	------------	-----------------------

⁴ Cfr. Relatório intitulado “Pacotes de serviços de comunicações electrónicas: informação estatística – 1.º trimestre de 2015”, elaborado pela ANACOM.

⁵ Os tarifários [CONFIDENCIAL] foram aplicados pela **GDA**, de forma transitória, em 2014, durante o processo negocial entre essa entidade e os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição no âmbito do serviço grossista em análise a disponibilizar desde 01.01.2014 aos prestadores em causa - fonte: Comunicações da **GDA** de 29.09.2015 e 30.06.2015.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

	[CONFIDENCIAL]			[CONFIDENCIAL]			[CONFIDENCIAL]		
	T1	T2	T3	T1	T2	T3	T1	T2	T3
2008	[CONFIDENCIAL]			[CONFIDENCIAL]			[CONFIDENCIAL]		
2009	[CONFIDENCIAL]			[CONFIDENCIAL]			[CONFIDENCIAL]		
2010	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2011	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2012	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2013	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2014	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

14

P. Entre 2010 e 2013, a **GDA** aplicou, efectiva e simultaneamente, cada um desses tarifários, verificando-se diferenças entre os tarifários cobrados a diferentes prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, conforme apresentado na **Tabela 2⁶**:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
MEO	T1	T1	T2	T2	T2	T2
NOS	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

⁶ Fonte: comunicações da **GDA** de 29.09.2015 e 30.06.2015.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

CABOVISÃO	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
VODAFONE			[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

Q. A GDA aplicou o tarifário [CONFIDENCIAL] à MEO na sequência de um processo de arbitragem instaurado pela GDA contra a MEO, cujo acórdão final do Tribunal Arbitral, de 10-04-2012, determina, em particular, que: [CONFIDENCIAL].

R. A maioria dos proveitos auferidos pela GDA é proveniente dos prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.

S. Os preços associados ao serviço grossista em análise que têm sido aplicados pela GDA são, de um modo geral, inferiores: (i) aos preços aplicáveis aos serviços grossistas de comercialização do direito de autor e dos direitos conexos de produtores e editores em Portugal, conforme decorre da Tabela 3⁷:

	2009	2010	2011
Direito de autor	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Direitos conexos de produtores de fonograma e vídeos musicais	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Direitos conexos de produtores e editores de videogramas			[CONFIDENCIAL]
Direitos conexos dos artistas (GDA)	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

T. ... (ii) aos preços referentes ao mesmo serviço que têm sido praticados na Europa, conforme decorre da Tabela 4⁸:

	Remuneração aproximada
Eslováquia	Cerca de 0,0665€
Hungria	Cerca de 0,288€

⁷ Fonte: Acórdão do Tribunal Arbitral de 10-04-2012.

⁸ Fonte: Acórdão do Tribunal Arbitral de 10-04-2012 - "remuneração mensal para 2011, para um pacote de 70 canais, por subscrito pela retransmissão por cabo das prestações dos [Artistas]".



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

Lituânia	Cerca de 0,0203€
Portugal	Cerca de 0,088€
Suíça	Cerca de 0,284€
Espanha	Cerca de 0,167€

U. Entre 01-01-2010 e 31-12-2013, a diferença entre a **MEO** e a **NOS** quanto aos custos médios por consumidor no serviço de acesso ao sinal por televisão por subscrição apresentou valores situados entre [CONFIDENCIAL], conforme apresentado na **Tabela 5⁹**:

	2010	2011	2012	2013
MEO	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
NOS Comunicações	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Diferença	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

16

V. No período de tempo em causa (4 anos), a **MEO** suportou um custo no âmbito do serviço grossista em análise cerca de [CONFIDENCIAL] superior ao respectivo custo que teria suportado caso a **GDA** lhe tivesse aplicado o preço médio suportado pela **NOS Comunicações**, conforme decorre da **Tabela 6¹⁰**:

	2010	2011	2012	2013	Total
Custo grossista adicional baseado no preço médio por subscritor suportado pela NOS Comunicações	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Custo grossista adicional baseado no tarifário grossista aplicado pela GDA à NOS Comunicações	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

⁹ Fonte: comunicação da **MEO** de 23-06-2015.

¹⁰ Fonte: comunicações da **MEO** de 24-06-2014, 23-06-2015 e 21-10-2015



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

s					
---	--	--	--	--	--

W. Esse valor diminuiria para cerca de [CONFIDENCIAL] caso a **GDA** tivesse aplicado à **MEO** o tarifário aplicado à **NOS Comunicações**, conforme igualmente resulta da **Tabela 6**.

X. Entre 01-01-2010 e 31-12-2013, a diferença média anual entre os custos médios suportados pela **MEO** e pela **NOS Comunicações** no âmbito do serviço grossista em análise representou: (i) entre cerca de [CONFIDENCIAL] dos custos suportados pela **MEO** no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição; (ii) entre cerca de [CONFIDENCIAL] dos proveitos auferidos pela **MEO** no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição; e (iii) entre cerca de [CONFIDENCIAL] da rentabilidade alcançada pela **MEO** no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, conforme **Tabela 7¹¹**:

17

Peso do custo grossista adicional	2010	2011	2012	2013
No custo total	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
No proveito retalhista	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Na rentabilidade	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

Y. A quota de mercado da **MEO** associada aos **consumidores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição aumentou**, no período considerado, isto é, entre 01.01.2010 e 31.03.2015, de um valor inferior a 25% para um valor superior a 40%, enquanto a respetiva quota de mercado do **Grupo NOS** diminuiu, no mesmo período de tempo, de um valor superior a 60% para um valor inferior a 45%, circunstâncias que contrastam com a alegação da **MEO** de colocação em desvantagem competitiva.

* * *

*

¹¹ Fonte: comunicação da **MEO** de 23-06-2015.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

III. ENQUADRAMENTO JURÍDICO.

27. O juiz *deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “*ex vi*” arts.º 4.º, do CPP; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

28. Impõe o presente recurso de impugnação judicial da decisão de arquivamento que se apreciem as seguintes questões:

(i) Âmbito, natureza e alcance do controlo jurisdicional da decisão de arquivamento do art.º 24.º, n.º 3 al. b) e n.º 5 do Novo Regime Jurídico da Concorrência;

ii) Qualificação jurídica da prática restritiva imputada e fundamentos da decisão de arquivamento proferida no PRC-2015/07;

iii) Interpretação conforme do Direito da União Europeia na aplicação do conceito de distorção relevante ou desvantagem na concorrência;

iv) Conformidade da decisão de arquivamento proferida no PRC-2015/07.

* *

Do âmbito, natureza e alcance do controlo jurisdicional da decisão de arquivamento do art.º 24.º, n.º 3 al. b) e n.º 5 do Novo Regime Jurídico da Concorrência: entre a discricionariedade e a plena jurisdição da instância da comprovação judicial.

29. A denunciante e recorrente pretende a sindicância da decisão de arquivamento de denúncia proferida pela Ré AdC tramitada sob a referência PRC-2015/07, proferida pelo Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência em **3 de Março de 2016**, à luz do regime jurídico aplicável por referência ao novo regime jurídico da concorrência (doravante NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

30. Nos termos e para os efeitos do art.º 17.º, n.º 1 do NRJC a AdC *procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei ou pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, oficiosamente ou na sequência de denúncia, respeitando o disposto no artigo 7.º relativo às prioridades da Adc no exercício da sua missão, devendo promover as diligências de*

10
✓

18



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova (n.º 2).

31. Conforme se expõe no art.º 24.º, n.º 3 do NRJC e terminado o inquérito no prazo, sempre que possível no prazo ordinatório de 18 meses (n.º 1), a AdC decide: a) *Dar início à instrução, através de notificação de nota de ilicitude ao visado, sempre que conclua, com base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória;* b) *Proceder ao arquivamento do processo, quando as investigações realizadas não permitam concluir pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória;* c) *Pôr fim ao processo, por decisão condenatória, em procedimento de transacção;* d) *Proceder ao arquivamento do processo mediante imposição de condições.*

32. *Caso o inquérito tenha sido originado por denúncia, a Autoridade da Concorrência, quando considere, com base nas informações de que dispõe, que não existe a possibilidade razoável de vir a ser proferida decisão condenatória, informa o denunciante das respetivas razões e fixa prazo razoável, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações – art.º 24.º, n.º 4 do NRJC, e, nesse caso, se o denunciante apresentar as suas observações dentro do prazo fixado e a Autoridade da Concorrência considerar que as mesmas não revelam, direta ou indiretamente, uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, o processo é arquivado mediante decisão expressa, da qual cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão - art.º 24.º, n.º 5 do NRJC.*

*

33. Tendo presente as circunstâncias relativas à tramitação processual do **PRC-2015/07**, melhor expostas nos pontos 1) a 5) do ponto I) desta decisão, importará proceder à **definição do objecto do controlo judicial da decisão de arquivamento e do dever legal de agir pela abertura da instrução e notificação de nota de ilicitude.**

34. O objecto da presente acção de impugnação deverá analisar os motivos jurídicos do arquivamento consignados na decisão de arquivamento proferida ao abrigo do art.º 24.º, n.º 3 al. b) do NRJC e que dizem respeito, em síntese, à **inexistência de indícios de práticas restritivas da concorrência com relevância sancionatória.**

19



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

35. Por outro lado, a recorribilidade das decisões de arquivamento proferidas pela AdC e o sequente controlo judicial terão que apreciar o *stato quo* do processo da denúncia e das diligências efectuadas no processamento da denúncia, situando o conhecimento judicial da legalidade administrativa no preciso momento em que a decisão foi tomada.

36. Ou seja, **nesta acção administrativa o Tribunal não se pronunciará sobre a efectiva existência de práticas restritivas da concorrência por violação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE¹²) nem do regime jurídico da concorrência, mas tão-somente sobre a conformidade legal da decisão de arquivamento, sempre sem prejuízo do conhecimento das questões suscitadas pelas partes e sobre os termos do controlo de mérito da decisão.**

37. Esta posição rudimentar merece melhor elucidação, tangente com a definição do objecto do controlo judicial da decisão de arquivamento e do dever legal de agir pela abertura da fase da instrução, prevista nos artigos 24.º, n.º 3 al. a) e 25.º do NRJC.

38. **O regime de processamento de denúncias do NRJC, em sentido lato e previsto seminalmente nos artigos 8.º e 24.º do mesmo regime, mercê da sua estrutura normativa e por confronto com o processo sancionatório, merece algumas considerações de índole descritiva e normativa.**

39. O registo da denúncia previsto no art.º 8.º, n.º 1 do NRJC é um **acto totalmente vinculado, em sentido estrito**, prevendo-se expressamente a audição do denunciante, sendo que não resulta do regime legal e subsidiário qualquer exigência de forma ou limitação do direito de petição.

40. A abertura de processo de contra-ordenação ou de supervisão corresponde o acto administrativo de procedência de denúncia, pelo que se rege pelas normas do procedimento administrativo.

41. **A abertura de processo de contra-ordenação é um acto vinculado, em sentido lato**, aos princípios de actuação administrativa definidos no art.º 7.º do NRJC, em especial no n.º 2.

¹² Com efeitos desde de 1 de Dezembro de 2009, os artigos 81.º e 82.º o do Tratado CE passaram a ser, respectivamente, os artigos 101.º e 102.º do TFUE.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

42. A recorribilidade da declaração de denúncia sem fundamento relevante está expressamente prevista no art.º 8.º, n.º 4 do NRJC.

43. O legislador tratou separadamente a decisão de arquivamento e a declaração de denúncia sem fundamento relevante após audição do denunciante.

44. **A decisão de arquivamento de denúncias é processualmente diferente da decisão de arquivamento do processo prevista no art.º 24.º, n.º 1 e n.º 3 al. b) do NRJC¹³.**

45. A decisão de arquivamento do processo corresponde a uma decisão final do processo sancionatório, após abertura de inquérito (cfr. art.º 17.º do NRJC).

46. A decisão de arquivamento do processo, correspondente a uma decisão final do processo sancionatório, **está vinculada a uma conclusão pela falta de probabilidade razoável de condenação, prevendo-se expressamente a audição do denunciante.**

47. A recorribilidade da decisão de arquivamento do processo, correspondente a uma decisão final do processo sancionatório, originado por denúncia, está expressamente prevista no art.º 24.º, n.º 5, parte final, do NRJC.

48. Se o art.º 24.º *“regula o derradeiro acto processual”* do inquérito do processo sancionatório previsto no NRJC a adoptar num de *quatro sentidos possíveis*, e em que a decisão de arquivamento incondicional representa o único dos sentidos em que a conclusão da AdC se apresenta mais neutral quanto aos supostos efeitos restritivos da concorrência indiciados pela denúncia, a decisão de abertura da instrução *“corresponde, mais propriamente, à decisão de acusar o visado e de lhe dar possibilidade de se defender”*, e a *“acto procedimental interlocutório e preparatório da decisão final no termo da instrução, que deverá ser adoptado pela AdC nos termos do art.º 29.º”* – CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 247 e 248.

49. Sobre o conceito determinativo da abertura da instrução e do pólo diametral do arquivamento incondicional, o art.º 24.º, n.º 3 al. a) do NRJC reflecte uma concretização do regime precedente, alterando a fórmula de indícios suficientes de infracção para a referência directa a *possibilidade razoável de decisão condenatória*, o qual deve ser lida num sentido

¹³ Para melhor diferenciação discursiva, propomos que o arquivamento previsto no art.º 8.º, n.º 4 do NRJC seja tratado como arquivamento liminar, por oposição à decisão final de arquivamento incondicional prevista no mencionado art.º 24.º, n.º 1 e n.º 3 al. b) do NRJC.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

próximo ao critério do processo penal para a determinação da decisão de deduzir acusação no processo penal e prevista no art.º 283.º, n.º 1 e 2 do Código de Processo Penal, o que consubstancia um requisito de *“maior clareza quanto ao pressuposto processual da respectiva decisão”* (neste sentido CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), ob. cit., pág. 253¹⁴).

50. Esta solução de *“equiparação dos pressupostos de abertura de instrução no âmbito da LdC aos da dedução de acusação em processo penal”* afigura-se-nos adequada, pois que *“apenas autoriza a acusação do visado na medida em que os factos descobertos e as provas recolhidas no decurso do inquérito criem no espírito da AdC a convicção de que existe uma possibilidade razoável, de acordo com um juízo de probabilidade, de que venha a ser adoptada uma decisão final condenatória”*, sem que a circunstância da concentração de poderes de investigação e decisão possa justificar a *“diminuição do nível e exigência para a adopção da decisão de abertura de instrução”* - CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), ob. cit., pág. 253 e 254.

51. No mesmo sentido, *“notamos uma certa dificuldade na conciliação esta norma com o artigo 7.º, n.º 1 e 2, do RJC”*, pois que o critério da probabilidade razoável *“implica (apenas) que a AdC esteja convencida da aparência de uma infracção e da probabilidade de reunir elementos de prova suficientes para fundamentar, devidamente, uma decisão condenatória – uma realidade mais próxima do princípio de legalidade familiar ao nosso ordenamento jurídico”*, por contraste com o art.º 7.º do mesmo regime - MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e MIGUEL SOUSA FERRO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 75.

52. Neste conspecto, **cabe discutir se o art.º 24.º reconhece alguma margem de discricionariedade à AdC para escolher uma das quatro opções previstas no seu n.º 3, à semelhança da margem de decisão no processamento preliminar das denúncias ínsita à decisão de arquivamento liminar.**

¹⁴ Sublinhando, todavia, a posição adversativa de Leones Dantas, que critica a apropriação do conceito do processo penal para a instrução do processo sancionatório do NRJC, mercê dos níveis de exigência completamente diversos, autónomos e que separam o resultado processual da submissão do processo penal a julgamento e a prossecução do processo contra-ordenacional para o interrogatório do visado.

12
✓

22



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

Proc. n.º 77/16.7YUSTR

53. Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que o *“princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração e que tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração, deve-se sempre assinalar que os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP”*., cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar *“da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.)”* – Ac. TCAN de 01-10-2010, proc. n.º 00514/08.4BEPNF, Relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt., nosso destacado.

54. A génese desta dinâmica relacional entre poder administrativo e judicial encontra-se no espaço de livre valoração e conformação do interesse público pelas entidades administrativas e, especialmente, no preenchimento de conceitos indeterminados: *“O domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder. No juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subsuntiva passível de controlo*

23



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

judicial. No juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária” – Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, Relator CRISTINA DOS SANTOS, disponível em dgsi.pt;

55. Tal vale por dizer que, em respeito pela discricionariedade técnica da administração, por princípio, não compete ao juiz actuar como um decisor administrativo, com repetição da decisão discricionária, mas somente como instância de controlo e fiscalização da juridicidade da decisão, nos pontos axiais da apreciação da violação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e de legalidade insitos à actuação administrativa¹⁵.

56. Ultrapassada qualquer pretensão de caracterização do poder discricionário como possibilidade de arbitrariedade, valendo antes *como um poder de resolver, de decidir pelo discernimento sem vínculos estreitos*, qualquer acto administrativo está subordinado à lei, nos termos do princípio da legalidade, sendo que *umas vezes a regulamentação legal é precisa (vinculação) e noutras é imprecisa (discricionariedade)*¹⁶.

¹⁵ No que respeita à articulação entre actos administrativos de conteúdo discricionário e condenação jurisdicional à prática do acto devido, importa relevar que *“as acções administrativas especiais de condenação à prática do acto devido destinam-se a obter a condenação da entidade competente à prática de um acto administrativo que o autor reputa ter sido ilegalmente omitido ou recusado, visando a sua condenação na prolação de um acto que, substituindo aquele que é sindicado, emita pronúncia sobre o caso concreto ou dê satisfação à pretensão deduzida, sendo, por isso, desnecessária a dedução de pedido de anulação, declaração de nulidade ou inexistência do acto de indeferimento sindicado, já que da pronúncia condenatória resulta directamente a eliminação desse acto da ordem jurídica¹⁵, por isso, o pedido de condenação à prática do acto devido não se basta com a apreciação da legalidade do acto administrativo sindicado, impondo ao Tribunal a análise da legalidade da pretensão do interessado aferida no momento em que é proferida a decisão final da acção” – Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 16-01-2013, proc. n.º 0232/12, relator FRANCISCO ROTHES, acessível em dgsi.pt, nosso destacado.*

Todavia, *“a dedução duma pretensão condenatória à prolação de acto devido não se reconduz unicamente àquelas situações em que o “acto devido” é um acto cujo conteúdo se mostra legalmente “pré-determinado” por exercido ao abrigo de poderes estritamente vinculados, mas também às situações em que a Administração age no âmbito de poderes discricionários” – Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 28-09-2006, proc. n.º 00121/04.0BEPRT, relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt.*

¹⁶ A variação da amplitude da discricionariedade depende, pois, do conteúdo da habilitação legal para a administração decidir de entre várias soluções possíveis em adequação ao interesse público, sendo certo que *não existem poderes totalmente vinculados ou poderes totalmente discricionários já que os actos administrativos são quase sempre uma mistura ou combinação, em doses variadas, entre exercício de poderes vinculados e 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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

57. Primacial é a distinção entre controlo judicial da legalidade (dimensões discricionárias da decisão) e controlo judicial de mérito (dimensões vinculadas da decisão): *“Nas acções administrativas especiais de condenação à prática de acto devido do que se trata é de apreciar a pretensão material do interessado e não a legalidade do acto da Administração; estamos perante um processo de plena jurisdição, no qual o Tribunal aprecia o mérito dessa pretensão”* – Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 11-06-2015, proc. n.º 06459/10, relator CONCEIÇÃO SILVESTRE, em dgsi.pt.

58. Neste caminho, *“no plano dos princípios, a recente evolução do direito administrativo tende a valorizar o princípio da plena jurisdição dos tribunais administrativos, que exerceram demasiado tempo uma jurisdição de poderes limitados, inclusive no plano dos poderes de condenação que lhe são conferidos, de onde reveste especial importância o novo poder de condenarem a Administração à prática de actos administrativos ilegalmente omitidos ou recusados, que o CPTA regula nos artigos 66º e seguintes”* - Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 21-02-2013, proc. n.º 06303/10, relator COELHO DA CUNHA, disponível em dgsi.pt.

59. **Ou seja, a discricionariedade dos elementos da decisão e o controlo judicial que sobre os mesmos seja possível efectuar não devem afastar, per se, a existência de um dever legal de agir e da admissibilidade processual de condenação à prática do acto quando, da conformação daqueles elementos, sobrestar uma conclusão pela inevitabilidade jurídica da prática do acto como resultado vinculado da apreciação casuística.**

exercício de poderes discricionários, pelo que a “discricionariedade na Administração está ou pode ser limitada de duas formas.

- Uma primeira por intermédio de limites legais, nos quais se incluem: a) a adequabilidade subjectiva do comportamento escolhido à realização do fim legal (o interesse público como meta padrão da escolha discricionária) (cfr. art. 266.º, n.º 1 da CRP); b) o princípio da justiça que se traduz no dever da Administração harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afectados (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP); c) o princípio da imparcialidade (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP).

- Uma segunda por força dos limites decorrentes da auto-vinculação que a Administração, no âmbito estrito das suas competências, cria com a elaboração de regulamentos externos pelos quais limita a sua própria discricionariedade, sendo que, no entanto, tal auto-vinculação só é legítima e válida quando não impeça a Administração Pública da ponderação do caso concreto enquanto liberdade concedida pela lei para discricionariamente prosseguir o interesse público” (Ac. TCAN, acima citado).



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

60. A tutela adjectiva conferida pela acção administrativa de condenação à prática do acto devido, prevista nos artigos 66.º e seguintes do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, não deve ser delimitada por uma qualificação jurisprudencial apriorística incidente sobre o poder administrativo discricionário e sequente da circunscrição dos poderes de cognição e controlo por parte do Tribunal, pelo que a determinação do sentido e alcance de conceitos eminentemente valorativos (discricionariedade de previsão) não equivale, apodictamente, a escolha discricionária (discricionariedade de estatuição);

61. Esta qualificação - *várias soluções possíveis vs uma solução legalmente possível* - pode ser cerceadora da própria tutela jurisdicional reclamada pelo caso concreto e enquadrada pelo direito de acção e, como vimos, não é sequer assertiva perante a coexistência de domínios de discricionariedade e vinculação na decisão administrativa.

62. Mais depurada nos parece ser a distinção entre *discricionariedade na autonomia administrativa de conformação do sentido da decisão* e *discricionariedade na autonomia administrativa de valoração e prognose* ou *discricionariedade de margem de apreciação* pela qual é conferida à Administração um poder jurídico de avaliação subjectiva sobre *propriedades não jurídicas de certo componente da decisão a regular*, de modo a que o resultado corresponda a uma adequada prossecução dos interesses públicos tutelados pela norma (neste sentido, cfr. JOÃO CAUPERS, *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo judicial*, Cadernos da Justiça Administrativa n.º 70, 2008, pág. 42-45).

63. Por conseguinte, **entendemos que o art.º 24.º vem afastar qualquer dúvida a esse respeito, uma vez que “a alínea a) do n.º 3 impõe à AdC a abertura de instrução sempre que conclua que existe probabilidade razoável de vir a ser proferida decisão condenatória”, estando a decisão “vinculada ao princípio da legalidade, sem que haja lugar a qualquer juízo de oportunidade” como aquele que se encontra nos critérios previstos dos artigos 7.º, n.º 2 e 8.º, n.º 2 e 4 do NRJC para a possibilidade de arquivamento liminar¹⁷ - CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), ob. cit., pág. 254 e 255, os quais, perante a decisão de abertura de inquérito, devem ser subtraídos para efeitos das decisões previstas no art.º 24.º, n.º 3 al. a) e b) do NRJC.**

¹⁷ Na sentença proferida no âmbito do processo n.º 11/15.1YQSTR tivemos oportunidade de defender diferentes intensidades do poder discricionário em função dos critérios previstos nestes normativos.

14
✓

26



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

64. Ao contrário do regime de processamento de denúncias previsto nos artigos 7.º e 8.º do NRJC, a decisão final de arquivamento do inquérito não se fundamenta em critérios de oportunidade ou de interesse público de promoção e defesa da concorrência de dimensão discricionária.

65. *“A reconciliação destas normas [art.ºs 7.º e 8.º vs 24.º do NRJC] implica entender-se que o princípio previsto no artigo 7.º se aplica apenas à decisão de abertura do inquérito, mas que já não se aplica na fase subsequente, em que se estipula um princípio diferente neste n.º 3 (ou n.º 4) [do art.º 24.º] - MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e MIGUEL SOUSA FERRO, ob. cit., pág. 76, nosso destacado.*

66. Na verdade, o controlo judicial da decisão de arquivamento, ao incidir necessariamente sobre as dimensões vinculadas da decisão da AdC - *densificação dos conceitos jurídicos, determinação e averiguação dos indícios relevantes, apreciação dos elementos de prova e qualificação jurídica dos factos* - esgotará o próprio objecto dessa decisão final, confrontando a fundamentação da AdC com a fundamentação tida como adequada ao Direito da Concorrência.

67. Ora, no controlo judicial da decisão de condenação o Tribunal dispõe de competência jurisdicional plena no âmbito da fase judicial do processo sancionatório sobre as mesmas dimensões vinculadas.

68. Neste conspecto, o controlo judicial da decisão de arquivamento corresponderá a uma decisão de comprovação judicial incidente sobre os indícios recolhidos no inquérito e sobre o sentido vinculado da decisão final.

69. Por outro lado, **entre o controlo judicial da decisão e arquivamento e o controlo judicial da decisão de condenação o que varia é o objecto e a intensidade do juízo sobre a probabilidade da conduta investigada configurar conduta típica contra-ordenacional.**

70. Assim *“a AdC apenas poderá adotar decisão de arquivamento nas seguintes hipóteses: caso, no termo do inquérito, tenha recolhido prova bastante de não ter ocorrido infracção aos artigos 9.º, 11.º e 12.º da LdC ou de os visados não terem cometido a infracção investigada; caso se apure a inadmissibilidade legal do procedimento; ou ainda se, após a realização de uma investigação diligente e imparcial, as provas recolhidas não permitirem*

27



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

razoavelmente enquadrar a conduta em causa num das proibições da LdC ou imputar tal conduta aos visados” - CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), ob. cit., pág. 255.

71. A partir do momento em que o controlo judicial da decisão de arquivamento incide *nevrálgicamente* sobre a existência de indícios da prática de infracções ao Direito da Concorrência, nacional ou da União Europeia, o princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva exige que o Tribunal não se detenha num mero controlo marginal ou de juridicidade sobre os limites da actividade administrativa, pois que a decisão final procedimental do inquérito de *dar início à instrução vs de arquivamento o processo* não depende de especiais conhecimentos técnicos, de uma avaliação complexa ou de juízos de prognose administrativa, mas antes da aplicação de critérios dogmáticos de subsunção dos indícios recolhidos aos tipos contra-ordenacionais, num controlo vinculado sobre a subsunção dos factos ao Direito.

72. Afigura-se-nos igualmente que esta interpretação é conforme à jurisprudência do TJUE, nomeadamente no entendimento vertido no Acórdão de 03-05-2011, processo C-375/09, *Tele2 Polska*, relativo ao art.º 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e à competência das autoridades da concorrência dos Estados-Membros para declarar a inexistência de violação do artigo 102.º TFUE, segundo o qual “*o artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma autoridade nacional da concorrência possa tomar uma decisão que conclua pela inexistência de violação do artigo 102.º TFUE, quando, a fim de aplicar o referido artigo, verifica se estão preenchidas as condições de aplicação desse artigo e, após este exame, considera não ter ocorrido uma prática abusiva*” – cfr. ponto 1) do dispositivo.

73. À luz deste entendimento, a decisão final no art.º 24.º, n.º 3 al. b) do NRJC está mais próxima de uma discricionariedade de *conformação do sentido da decisão*, do que de uma discricionariedade de *valoração e prognose*, incidente sobre os elementos da decisão, no sentido em que o conteúdo do acto administrativo em sindicância – *arquivamento vs abertura de instrução perante probabilidade razoável de condenação* – oferece reduzida amplitude de conformação no seu resultado caso se conclua pela verificação de indícios da prática de uma infracção ao Direito da Concorrência.

15
V

28



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

74. E esta reduzida amplitude de conformação, balizada pelas quatro soluções finais previstas no artigo 24.º, n.º 3 do NRJC, deve ser compreendida para efeitos de procedência da impugnação judicial e quanto à condenação da prática do acto devido, visto que, neste aspecto, subsiste, ainda, uma discricionariedade de *conformação do sentido da decisão*.

75. Ou seja, neste processo o Tribunal pronunciar-se-á sobre a comprovação judicial da decisão de arquivamento, mas não deverá substituir-se à AdC na sua liberdade administrativa de, perante factos com relevância contra-ordenacional, arquivar com condições ou condenar em procedimento de transacção, soluções alternativas à notificação da nota de ilicitude.

76. **Em síntese final, concluída a investigação e a recolha de indícios na fase do inquérito, fora dos casos de transacção e de arquivamento condicional, a decisão final só pode ser uma de duas: positiva de tramitação processual de abertura de instrução ou negativa de arquivamento do processo, devendo o Tribunal proceder a um controlo de plena jurisdição sobre os fundamentos da decisão de arquivamento.**

* * *

*

Da qualificação jurídica da prática restritiva imputada e fundamentos da decisão de arquivamento: objecto da decisão de arquivamento do PRC-2015/07 enquanto tese interpretativa no Direito da Concorrência sobre o requisito de desvantagem na concorrência.

77. Os comportamentos denunciados e indiciados nos **pontos O), P), U), V) e W)** da matéria de facto indiciada referem-se à aplicação pela visada **GDA**, no período de 2010 a 2013, de diferentes tarifários a diferentes prestadores de serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.

78. Nos termos do art.º 11.º, n.º 1 do NRJC *é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, podendo ser considerado abusivo: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar*



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos; e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infraestruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade – n.º 2.

79. Apesar de não conter qualquer disposição que defina os conceitos de mercado relevante e posição dominante, deve entender-se que “a definição de mercado relevante assume um carácter instrumental em face da definição de posição dominante, a qual simultaneamente delimita o âmbito material da análise jusconcorrencial”, exigindo a “análise tripartida dos seguintes factores: (i) a substituibilidade do lado da procura, (ii) a substituibilidade do lado da oferta, e (iii) a concorrência potencial” - CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), Lei da Concorrência Anotada, Almedina, pág. 247 e 248.

80. Já o conceito de posição dominante envolve manifesta *margem de discricionariedade* na “linha do recurso a conceitos vagos e indeterminados que caracteriza o Tratado de Roma”, valendo a fórmula referencial do Acórdão TJ de 14-02-1978, *United Brands/Comissão*, processo n.º 27/76¹⁸, segundo a qual, sopesando a distinção face ao conceito de monopólio, a “existência de uma posição dominante não depende da demonstração da exclusão de toda e qualquer concorrência: apenas que a pressão concorrencial existente é insuficiente para garantir uma concorrência efectiva, permitindo à empresa que se comporte de forma relativamente independente face à reacção dos concorrentes, clientes, fornecedores e dos consumidores” – MIGUEL MOURA E SILVA, Direito da Concorrência, 2018, AAFDL, pág. 881 e 882, aportando critérios para a definição casuística de posição dominante.

¹⁸ “A posição dominante a que se refere esse artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva 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” – considerando 65.

16
✓

30



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telcf: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. nº 77/16.7YUSTR

81. O teor do art.º 11.º, n.º 1 e 2 alínea c) do NRJC é idêntico ao teor do art.º 102.º, alínea c) do TFUE, pelo que, nos termos do art.º 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, devidamente adaptado, *sempre que as autoridades dos Estados- -Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82.º do Tratado, devem aplicar igualmente o art.º 102 do TFUE.*

82. Se uma empresa discrimina quando aplica condições desiguais a prestações equivalentes ou condições iguais a prestações diferentes¹⁹, essa discriminação ocorrerá, prototipicamente, ao nível do preço, sem prejuízo de ocorrer também quanto a outras condições da transacção, nomeadamente quanto a prazos, modalidade e outras condições de entrega, transporte e pagamento, sem justificação atendível no custo de fornecimento ou de serviço.

83. A discriminação abusiva pelo preço consistirá na “cobrança de preços distintos por diferentes unidades de um bem ou serviço e/ou a clientes diferentes” – *Report by the EAGCP An economic approach to Article 82*, pág. 29, acessível em http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf, na formulação traduzida de RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, *Abusos de Posição Dominante*, 2012, Almedina, pág. 306.

84. A discriminação abusiva pelo preço pode, então, assumir várias formas e diferentes conteúdos, nomeadamente, pode ser *explícita* quando são cobrados preços diferentes a diferentes consumidores com fundamento em elementos idiossincráticos ou outras características do consumidor (idade, estatuto civil ou educacional, geografia), e pode ser *implícita* quando a todos os consumidores são oferecidas as mesmas opções de preço de acordo com certas condições, mas, *de facto*, tais condições só podem ser cumpridas por determinados consumidores, os quais acabarão por pagar um melhor preço (descontos em função do volume ou da quantidade) – neste sentido *Report by the EAGCP An economic approach to Article 82*, pág. 30 e 31.

¹⁹ Cfr. quanto a esta interpretação sobre prestações equivalentes, o Acórdão TJUE de 17-07-1963, processo n.º 13/63, *Itália/Comissão*, acessível em curia.europa.eu.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

85. Todavia, “a evolução do pensamento económico permitiu demonstrar que a discriminação origina efeitos ambíguos sobre o bem-estar, mesmo quando empreendida por empresas dominantes, existindo hoje um amplo consenso quanto à necessidade de a avaliar casuisticamente, de modo a determinar se os seus efeitos são, no caso concreto, pró ou anticompetitivos” - RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 308²⁰.

86. Como elementos típicos, o abuso de posição dominante, por discriminação abusiva pelo preço, previsto no art.º 11.º, n.º 1 e 2 alínea c) do NRJC e do art.º 102.º, alínea c) do TFUE, exige os seguintes requisitos: **i) detenção de uma posição dominante; ii) desigualdade de condições; iii) equivalência das prestações; iv) criação de uma desvantagem competitiva; v) inexistência de uma posição objectiva.**

87. “O espírito e letra destas disposições exibem um âmbito bastante claro: para que configure uma discriminação abusiva, um determinado comportamento deve ser levado a cabo por uma entidade detentora de posição dominante, não ter justificação objectiva, e traduzir-se: na aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes, de que resulte uma desvantagem na concorrência num mercado diferente daquele onde foi operada a discriminação” - RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 309.

²⁰ No mesmo sentido, cfr. *Report by the EAGCP An economic approach to Article 82*, pág. 31, nosso destacado: “Antitrust policy and jurisdiction have traditionally been very strict about price discrimination, sometimes even treating it as a per se offense against the law. Price was, and is, seen as a tool by which the dominant firm exploits its power to earn more profits. Price discrimination is also considered to be unfair because some people have to pay more for the good in question than others. This latter point, in particular, resonates in public discussions about pricing. Economic analysis has also long put a lot of weight on the exploitative effects of price discrimination allowing the dominant firm to earn more profits. Economic analysis has also stressed that the distribution of output across consumers tends to be inefficient if different consumers pay different prices and presumably put different valuations on the last units they purchase. These arguments imply that any price discrimination which reduces (or barely increases) total output is necessarily detrimental for total welfare and even more so for consumer welfare. However, more recently economic analysis has also shown that, in some circumstances, price discrimination can increase total welfare and even consumer welfare. In particular, this is likely to be the case if price discrimination permits a significant expansion of output. This might happen, for instance, because additional offerings at lower prices permit the firm to serve additional customer segments. Moreover, if the firm has significant sunk investments, the greater profits which the firm obtains from price discrimination may be necessary to provide a return on these investments. These returns may also encourage the firm to invest more, providing additional pro-competitive effects in the future. In all these cases, price discrimination is likely to benefit consumers, sometimes even those who pay the higher prices: Even though they pay more than other consumers, they benefit from the fact that the firm invests and makes its output available to them. Such considerations have led economists to be skeptical about using the simple notion of fairness or unfairness to assess price discrimination. In the examples given, prohibiting price discrimination on the grounds of unfairness to those consumers who have to pay a higher price may end up making these very consumers worse off”.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

88. Ainda assim, a aferição do âmbito da proibição da discriminação abusiva deve ser indissociável da relação entre o tipo de discriminação e os comportamentos imputáveis à empresa dominante, sendo que a prática decisória das autoridades nacionais, da Comissão e dos respectivos Tribunais tem variado, em grau, intensidade e escopo, conforme o objecto e natureza da discriminação - *discriminações em função da nacionalidade, da residência ou de ordem geográfica que geram tensões com a política de integração europeia*, ou conforme o alcance dos efeitos produzidos, seja nos concorrentes da empresa dominante ou nos concorrentes no mercado a jusante, com ou sem integração vertical, em que “*a prática discriminatória dá, com maior frequência, origem a efeitos anticoncorrenciais*”²¹.

89. Daí que, *se, em concorrência perfeita, o equilíbrio de mercado traduz-se na existência de um único preço*, uma estrita análise jurídica, fundamentada na premissa apriorística de que em igualdade de circunstâncias a cobrança de preços indiferenciados é injustificável, pode redundar numa subversão formalista do Direito da Concorrência entendida na asserção económica de que a discriminação de preços pode promover a eficiência concorrencial e beneficiar os consumidores mesmo quando a empresa aufere de posição dominante.

90. A procura e contribuição de critérios económicos e elementos casuísticos de análise da prática discriminatória pode, com os limites de uma exposição argumentativa dificilmente contrafactual, auxiliar esta *frequente*, quiçá meramente aparente e circunstancial, *contradição* entre juristas e economistas.

91. “*O critério do bem-estar usado para avaliar o carácter anticoncorrencial de práticas empresariais é aqui fundamental. Caso o critério adotado seja o do bem-estar total, então a discriminação de preços só será prejudicial se levar a perdas globais de bem-estar que excedam os seus benefícios. Se, por outro lado, como sucede na generalidade dos ordenamentos jusconcorrenciais, prevalecer o critério do bem-estar do consumidor, tais práticas só poderão ser aceites caso os ganhos de eficiência sejam pelo menos iguais à perda de bem-estar e tais ganhos possam chegar aos consumidores – o que pressupõe uma*

²¹ Neste sentido, cfr. RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 310.



18
✓

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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

concorrência efectiva que, por princípio, já está posta em causa pela existência de uma posição dominante” - MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pág. 1100.

92. A doutrina distingue²², a partir desta análise económica, três tipos de discriminação de preços: i) **discriminação de primeiro grau** ou *discriminação perfeita*, que “*ocorre quando o produtor determina um preço diferente para cada consumidor e cada unidade por ele adquirida, igual ao preço de reserva de cada consumidor para cada unidade*”, significando que o produtor se apropria da totalidade do excedente do consumidor; ii) **discriminação de segundo grau**, “*em que o preço por unidade varia em função da quantidade adquirida*”, típico nos casos de serviços ou produtos em que existe um custo fixo, pelo que o preço médio dependerá da quantidade consumida, diluindo o custo fixo no preço médio, eliminando-se os clientes incapazes de suportar o último custo marginal, e em que “*apesar de não conseguir apropriar-se de todo o excedente do consumidor, o monopolista consegue transferir para si parte substancial deste*”; e iii) **discriminação de terceiro grau** que “*supõe a capacidade do produtor de segregar os consumidores por grupos em função da sua disponibilidade para pagar, praticando preços diferentes aos vários grupos*” - MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit., pág. 1097 e 1098, com referência à tipologia de ARTHUR CECIL PIGOU, *The Economics of Welfare*.

34

93. Outra classificação relevante é aquela que distingue os efeitos restritivos em função do mercado onde o efeito anticoncorrencial se produz, pois que, apesar da discriminação ocorrer formalmente no mercado onde a empresa com posição dominante actua ou presta os seus serviços, os seus efeitos podem visar os concorrentes dessa empresa dominante no mercado relevante, ou podem, por outro lado, ter efeitos no mercado a jusante onde os seus clientes operam com distorção da concorrência entre estes clientes.

94. “*Na discriminação de primeira linha ou horizontal a empresa dominante discrimina entre os seus clientes com vista a atingir os seus concorrentes directos, no mercado onde actua. Tipicamente, uma empresa dominante beneficia determinados clientes,*

²² RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 313, fala também em três diferentes graus, em que no primeiro a empresa dispõe de um conhecimento preciso da capacidade do cliente, no segundo a empresa disponibiliza aos clientes opções de compra, e no terceiro a empresa faz uso de informação relativa a características dos seus 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.superviso@tribunais.org.pt

Proc. nº 77/16.7YUSTR

mais expostos à concorrência, de forma a tornar mais difícil aos seus concorrentes diretos disputá-los”.

95. *“Por seu turno, na discriminação de segunda linha ou vertical o efeito dá-se num mercado a montante ou a jusante, respectivamente sobre os fornecedores ou clientes da empresa dominante, que são discriminados ficando, por esse facto, numa situação de desvantagem na concorrência entre eles” - RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 315, nosso destacado.*

96. Depois, entre a discriminação de primeira linha e a discriminação de segunda linha, convém alcançar se existe ou não integração vertical entre a empresa com posição dominante e as empresas no mercado a jusante (ou a montante no caso de fornecedores).

97. Sendo a realidade sempre mais rica do que o alcance dos enquadramentos, obviamente que nada impede que os efeitos discriminatórios se sobreponham e se cumulem com outras práticas restritivas.

98. Estas distinções são sobremaneira pertinentes pois que os incentivos da empresa dominante para determinar comportamentos discriminatórios terão de ser necessariamente distintos, com consequências directas nos efeitos jusconcorrenciais desses comportamentos e no sequente enquadramento jurídico.

99. De acordo com o mesmo autor, *“a distinção entre a discriminação em segundo grau e em terceiro grau reside no facto de, na discriminação de segundo grau os clientes serem confrontados com o mesmo tarifário, pagando preços médios diferentes consoante o consumo; na discriminação em terceiro grau os clientes são divididos em grupos e cada grupo tem preços diferentes” – pág. 1098.*

100. *Vertendo o Direito aos factos*, considerando que a impugnação da decisão de arquivamento não veio suscitar tergiversão atendível quanto à definição do mercado relevante de produto, do mercado relevante geográfico, quanto à definição do mercado a montante e a jusante ou quanto à posição dominante da visada – cfr. **pontos A) a N) dos factos indiciados**, os comportamentos imputados podem consubstanciar a prática de discriminação abusiva pela visada **GDA**, enquanto empresa com posição dominante (por funcionamento de presunção judicial ilidível decorrente da sua posição exclusiva) no serviço grossista de comercialização

35



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

coletiva dos direitos conexos dos artistas, pela cobrança de diferentes tarifários a diferentes prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.

101. Efectivamente e para o que importa à luz dos factos indiciados quanto à determinação dos tarifários em causa, a **GDA** detém presumivelmente uma **posição dominante** no serviço grossista de comercialização colectiva dos direitos conexos dos artistas, e de efeito vertical no mercado a jusante e em empresas não integradas - *serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição*, no qual a **MEO** e a **NOS** são concorrentes entre si, tendo a **GDA** procedido, entre 2008 a 2014, à aplicação de diferentes tarifários à mesma prestação de serviço, tendo essa prática resultado na aplicação de diferentes tarifários à **MEO** e à **NOS** – **pontos O) e P) dos factos indiciados**.

102. Por conseguinte, dos factos indiciados e em acordo com a decisão de arquivamento, resultaram preenchidos os pressupostos típicos da detenção de uma posição dominante no mercado a montante; da desigualdade de condições de preço e da equivalência das prestações assumidas pelos concorrentes no mercado a jusante.

103. Se a detenção de posição dominante pela **GDA** não envolve, num exame perfunctória, suficiente reserva intelectual perante o enquadramento factual primário de caracterização do mercado relevante, a AdC não deixou de proceder à análise de todos os elementos disponíveis sobre os requisitos da desigualdade das condições de preço e da equivalência das prestações, decompondo, de modo suficiente, as características funcionais, a natureza, custos, quantidade e volume do serviço prestado pela **GDA**.

104. Efectivamente, a AdC, após identificar o objecto do processo, as diligências de investigação e a demais tramitação – pontos 1 a 9 da decisão, versou narração proficiente sobre a visada – pontos 11 a 12, sobre os mercados em causa, incluindo serviços, características da oferta e procura de cada serviço – pontos 13 a 22; sobre os comportamentos denunciados e apurados – pontos 23 a 25, passando ao enquadramento jurídico sobre o abuso de posição dominante – pontos 26 e seguintes.

105. Neste particular, a AdC faz corresponder a posição monopolista da **GDA** no mercado relevante associado ao serviço grossista a uma posição dominante, apesar de reconhecer poder negocial aos prestadores no serviço retalhista e notar que os seus

19

✓

36



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

rendimentos provêm, em larga medida, dos prestadores de serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição – pontos 29 a 35 da decisão.

106. Após afastar a eventual prática de preços excessivos pela **GDA** no âmbito do serviço grossista em análise, a enquadrar nos termos do art.º 11.º, n.º 2, al. a) do NRJC e 102.º al a) do TFUE por referência aos factos indiciados nos **pontos S) e T) dos factos provados**, a AdC analisou a eventual prática de tarifários discriminatórios pela **GDA** no âmbito do serviço grossista em análise – pontos 42 e seguintes da decisão.

107. Ora, neste segmento, a AdC, sempre com referência factual, sustenta que, para a percepção do conceito de distorção na concorrência e perante os elementos descritos nos **pontos U) a W) dos factos provados**, “*sempre existira uma diferença de custos, atento o diferente número de subscritores com reflexo no preço médio por consumidor*” – cfr. ponto 50 da decisão.

108. Prossegue a AdC com a análise da relevância da diferença entre os custos médios suportados pela **MEO** e pela **NOS** no período de 2010 e 2013, concluindo que inexistente aptidão do comportamento discriminatório para comprometer a posição concorrencial da **MEO**, ou seja, para o colocar em desvantagem competitiva – pontos 51 a 54 da decisão.

109. O problema a resolver de subsunção dos factos ao Direito nesta instância de comprovação judicial coloca-se, pois então, quanto aos dois últimos pressupostos, situando-se a divergência entre a posição da AdC e a posição da denunciante e recorrente **MEO** na interpretação do conceito de desvantagem na concorrência.

110. Deste modo, em acordo com os **pontos Q) a Y) da matéria de facto indiciada**, a decisão de arquivamento fundamentou-se nos seguintes pressupostos de análise do impacto concorrencial no mercado a jusante: **i)** valor diminuto da diferença entre os custos médios suportados e os resultados do custo grossista adicional - *custo total, proveito retalhista e rentabilidade*, **ii)** inadequação desses valores para comprometer a posição concorrencial da denunciante **MEO**, **iii)** capacidade desta denunciante para *assimilar a diferença*, assinalando-se o aumento da quota de mercado no serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição durante o mesmo período.

111. A decisão de arquivamento recorreu às conclusões apresentadas pela Exma. Advogada-Geral Kokott no processo C-95/04, *British Airways* e no processo C-109/10,

37



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

Solvay, sublinhando que a exigência de prova de susceptibilidade de o comportamento a sancionar ser capaz de falsear a concorrência ou de afectar a posição concorrencial dos parceiros comerciais e a susceptibilidade de provocação, em concreto, de distorção na concorrência configuram elementos de análise e interpretação confirmados pelo TJUE naqueles arestos – pontos 55 a 64 da decisão.

112. Ora, a AdC não deixa de concluir que no presente caso ficou indiciariamente demonstrada a concreta afectação da posição concorrencial da denunciante **MEO** no serviço retalhista através de concretas consequências do comportamento discriminatório da visada **GDA** no serviço grossista.

113. Todavia, preenchidos os requisitos da posição dominante e da discriminação entre concorrentes a jusante pelo preço, a inexistência de possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória verifica-se, segundo a AdC, pela resolução da dúvida interpretativa sobre o conceito de colocação em desvantagem ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102.º, alínea c) do TFUE, no sentido em que se afasta um critério de mera susceptibilidade de efeito concorrencial e se assume um critério de impacto económico no concorrente afectado para aferição da existência de prática proibida.

114. Por conseguinte, o preenchimento do critério normativo da desvantagem concorrencial representou, na decisão de arquivamento, um elemento absolutamente necessário, útil e pertinente e decisivo para a decisão final do presente processo, nomeadamente quanto à inexistência de indícios de práticas restritivas da concorrência por abuso de posição dominante, sancionadas nos termos do art.º 11.º, n.º 1 e 2 alínea c) do NRJC.

115. Em suma, a AdC proferiu uma decisão de arquivamento porque os factos indiciados não revelaram a ocorrência de um efeito de desvantagem concorrencial juridicamente suficiente para sustentar uma provável decisão de condenação da GDA por discriminação abusiva pelo preço.

* * *

*

Da interpretação conforme do Direito da União Europeia na aplicação do conceito de desvantagem na concorrência: precedentes decisórios e contributo jurisprudencial do reenvio prejudicial.

20
✓

38



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

116. Se assinalámos a ambiguidade e a diversidade dos efeitos da discriminação abusiva pelo preço que obsta a uma proibição *per se* da discriminação, “*a grande frequência das práticas discriminatórias nos mercados e a diversidade dos seus propósitos recomenda uma avaliação dos efeitos a nível casuístico*”, pois que as respectivas características “*tornam muito difícil identificar uma regra geral que permita distinguir eficazmente a discriminação com efeitos negativos da discriminação com efeitos negativos e utilizá-la como instrumento de política de concorrência*” - RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 314.

117. A prática decisória ou os precedentes judiciais a relevar devem ser percebidos em acordo com a correspondência factual do caso *decidendo*.

118. No que aqui tange, a pertinência dos precedentes decisórios em casos de discriminação abusiva de segunda linha - em que o efeito ocorre no mercado a jusante - servirão de melhor mapeamento para o juízo de comprovação judicial da decisão de arquivamento, havendo posteriormente que antever dos incentivos casuísticos para discriminar em função da integração vertical e dos efeitos do comportamento anticoncorrencial.

119. No Acórdão TJ de 15-03-2007, proc. C-95/04, *British Airways/Comissão*²³, estava em causa uma discriminação de segunda linha com efeitos horizontais, sem integração vertical.

120. Sobre as concretas exigências de constatação de uma desvantagem concorrencial para os efeitos do art.º 82.º, segundo parágrafo, alínea c), actual art.º 102.º, alínea c) do TFUE, o TJ foi suficientemente directo ao improceder o argumento da BA no sentido em que

²³ Referente à celebração, pela empresa British Airways, a maior companhia aérea do Reino Unido, de acordos com agências de viagens estabelecidas no território deste Estado-Membro e reconhecidas pela International Air Transport Association (IATA) que lhes conferiam direito a uma comissão de base sobre as vendas de bilhetes de transporte para os voos organizados pela British Airways realizadas por estas agências e que compreendiam igualmente três regimes distintos de incentivos financeiros: os acordos de marketing, os acordos globais e, posteriormente, o regime de prémios de resultados, tendo a Comissão decidido que, ao aplicar os acordos comerciais e o novo regime de prémios de resultados às agências de viagens estabelecidas no Reino Unido, a British Airways abusou da posição dominante que detém, neste Estado-Membro, no mercado dos serviços das agências de viagens aéreas. Afirmou que, ao recompensar a fidelidade das agências de viagens e ao efectuar uma discriminação entre elas, este comportamento abusivo tinha por objecto e efeito excluir concorrentes da British Airways dos mercados do transporte aéreo do Reino Unido. Acessível em curia.europa.eu. assim como os demais infra referidos.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

seria necessária a produção de prova concreta sobre a desvantagem além da constatação da mera aptidão do comportamento para falsear a concorrência.

121. Para tanto, sublinhando as circunstâncias tomadas em linha de conta pelo Tribunal de 1.ª instância, o TJ utiliza um critério de susceptibilidade da produção do efeito anticoncorrencial: *“é necessário concluir que o comportamento da empresa em posição dominante num mercado é não só discriminatório mas ainda susceptível de falsear esta relação de concorrência, ou seja, de afectar a posição concorrencial de parte dos parceiros comerciais da empresa em posição dominante relativamente aos outros”* (parágrafo 144 com referência ao Acórdão Suiker Unie) e que *“nada impede que a discriminação de parceiros comerciais que se encontram numa relação de concorrência possa ser considerada abusiva a partir do momento em 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. Nesta hipótese, não é preciso exigir ainda a prova de uma deterioração efectiva quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais individualmente considerados”* - parágrafo 145.

122. No Acórdão TJ de 25-10-2011, proc. C-109/10 P, *Solvay/Comissão*²⁴, estava em causa, também uma discriminação de segunda linha, sem integração vertical.

123. Apesar do TJ ter anulado o Acórdão do Tribunal Geral (de 17-12-2009) e a Decisão 2003/6/CE da Comissão, de 13-12-2000, pela procedência de questões processuais incidentes sobre o direito de defesa, importa neste precedente, precisamente, a posição do Tribunal Geral (TG) e da sequente adversativa da Exma. **Advogada-Geral Kokkot**.

124. Assim, o TG terá considerado que a relação entre a discriminação abusiva e a desvantagem competitiva provocada no mercado de produção de vidro seria irrelevante, pelo que o requisito estaria sempre satisfeito mesmo quando as empresas em causa não concorriam no mesmo mercado: *“Quanto ao argumento da recorrente de existência de um mercado diferente para os produtores de vidro côncavo e de vidro plano, há que lembrar que o mercado em causa é o do carbonato de sódio e não o do vidro. Consequentemente, não há*

²⁴ Referente ao suposto abuso de posição dominante pela empresa belga Solvay no mercado do carbonato de sódio, matéria-prima utilizada para o fabrico de vidro, através de preços discriminatórios, os quais eram instrumentais a comportamentos discriminatórios de descontos condicionais.

21
V

40



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

que fazer uma distinção nos produtores de vidro, entre os clientes dos produtores de carbonato de sódio” – parágrafo 400.

125. Perante esta posição, as conclusões da Exma. Advogada-Geral Kokkot imputavam ao Tribunal um erro de Direito, no sentido em que a discriminação abusiva pelo preço e o preenchimento do art.º 102.º, alínea c) do TFUE exigem, além do comportamento discriminatório, que a concorrência seja falseada no mercado a jusante (clientes) ou a montante (fornecedores), **de tal modo que a posição concorrencial destes parceiros seja afectada na respectiva relação de concorrência.**

126. No Acórdão TJ de 24-02-1978, proc. 27/76, *United Brands/Comissão*, estava em causa discriminação abusiva por empresa sem integração vertical²⁵.

127. Não sendo a questão da desvantagem competitiva central neste caso, o TJ considerou que os preços discriminatórios praticados, que variavam de acordo com as circunstâncias prevaletentes nos Estados-membros, constituíam *“outros tantos obstáculos à livre circulação de mercadorias e o seu efeito é acentuado pela cláusula que proíbe a revenda de bananas verdes e pela limitação do fornecimento das quantidades encomendadas”*, criando-se *“desse modo, uma separação rígida dos mercados nacionais no que respeita aos níveis dos preços, que são artificialmente diferentes, o que colocou certos distribuidores-amadurecedores em desvantagem, sendo assim falseada a concorrência em relação ao que poderia ser a sua evolução normal”* – parágrafos 232 e 233.

128. Sobre outra casuística de precedentes decisórios sobre discriminações abusivas em que inexistia integração vertical, cfr. Acórdão TJ de 17-04-1994 (reenvio prejudicial), proc. n.º C-18/93, *Corsica Ferries Itália srl/Corpo dei piloti del Porto di Génova*, (reenvio prejudicial); Acórdão TJ de 24-10-2002, proc. n.º C-82/01P, *Aéroports de Paris/Comissão* (mercado de serviços de gestão de aeroporto fornecidos aos prestadores de actividades de assistência em aeroportos, com diferenciação de taxas comerciais entre empresas que prestavam serviços de auto-assistência e empresas de assistência a terceiros, com desvantagem concorrencial para estas e também para as empresas de transporte aéreo que

²⁵ A empresa UBC gozava de uma posição dominante no mercado das bananas, tendo sido imputados comportamentos discriminatórios abusivos pela cobrança de preços distintos a distribuidores grossistas em função do Estado-Membro de destino da distribuição.



22
✓

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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

recorriam a serviços externos) e **Acórdão TJ de 29-03-2001, proc. n.º C163/99, Portugal/Comissão**²⁶ (mercado da gestão exclusiva de aeroportos portugueses com aplicação de taxas de aterragem discriminatórias e que favoreciam empresas e voos domésticos através de um sistema de descontos de quantidade considerados sem razão objectiva).

129. No **Acórdão Tribunal de Primeira Instância (TPI) de 09-09-2009, proc. n.º T-T301/04, Clearsteam**²⁷, estavam em causa práticas de discriminação abusiva por empresa com integração vertical nos mercados a montante através de empresas subsidiárias²⁸ que eram concorrentes de outros clientes que prestavam serviços secundários.

130. O entendimento da Comissão, vertido na decisão condenatória de 02-06-2004, proc. COMP/38.096, foi confirmado pelo TPI por recurso à jurisprudência *British Airways* e no sentido em que o comportamento discriminatório tem de ser tendente a falsear a relação de concorrência entre os concorrentes no mercado a jusante e de modo que sejam favorecidos ou prejudicados pela discriminação abusiva: *“o comportamento comercial da empresa em posição dominante não deve falsear a concorrência no mercado situado a montante ou a jusante, isto é a concorrência entre fornecedores ou entre clientes desta empresa. (...) Por conseguinte, para que os requisitos de aplicação do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE sejam preenchidos, há que verificar que o comportamento da empresa em posição dominante num dado mercado não somente é discriminatório, mas também tende a falsear esta relação de concorrência, isto é a entrar a posição concorrencial de uma parte dos parceiros comerciais desta empresa em relação às outras”* – parágrafo 192.

42

131. Mais assertivamente, *“nada obsta a que a discriminação de parceiros comerciais que se encontrem numa relação de concorrência possa ser considerada abusiva a partir do momento em que o comportamento da empresa em posição dominante, analisadas todas as circunstâncias do caso concreto, conduz a uma distorção da concorrência entre estes*

²⁶ Decisão da Comissão de 10-02-1999, proc. n.º IV/35.703, *Aeroportos Portugueses*.

²⁷ Referente ao suposto abuso de posição dominante pela empresa belga Solvay no mercado do cabornato de sódio, matéria-prima utilizada para o fabrico de vidro, através de preços discriminatórios, os quais eram instrumentais a comportamentos discriminatórios de descontos condicionais.

²⁸ Não obstante estar em causa também recusa de fornecimento, a empresa *Clearstream* detinha o monopólio exclusivo na prestação de serviços primários de liquidação e compensação de valores mobiliários a várias entidades (Centrais de Depósito de títulos -CDT, Centrais internacionais de Depósito de títulos - CIDT e Bancos na qualidade de intermediários), que operavam em diferentes mercados relevantes, operando a empresa *Clearstream* também como CDT e CIDT.



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

Proc. n.º 77/16.7YUSTR

parceiros comerciais. Numa tal situação, não seria exigível que se apresentasse também a prova de uma deterioração efectiva quantificável da posição concorrencial dos parceiros comerciais considerados individualmente” – parágrafo 193.

132. Sobre outra casuística de precedentes decisórios sobre discriminações abusivas por empresas verticalmente integradas, cfr. **Acórdão TG de 21-10-1997, proc. n.º T-229/94 e Acórdão TJ de 27-04-1999, proc. n.º C-436/97P, Deutsche Bahn/Comissão**, (mercado do transporte de contentores marítimos por via terrestre, com aplicação de preços vantajosos para subsidiária da Deutsche Ban relativamente a empresa que operava em diferente trajecto terrestre); **Acórdão TG de 07-10-1999, proc. n.º T-228/97, Irish Sugar/Comissão** (mercado da produção de açúcar de beterraba na Irlanda necessária para a produção de açúcar industrial para revenda a retalho, imputando-se à *Irish Sugar* práticas discriminatórias relativas à concessão de descontos por localização geográfica, à concessão de descontos em função da actividade de exportação e à recusa na concessão de descontos a empresas que concorriam contra si no mercado na embalagem de açúcar).

43

133. No que respeita à prática nacional, os precedentes são de menor valor referencial, visto que a **decisão AdC de 28-08-2009, proferida no PRC 05/03²⁹, Banda Larga**, que condenou a Portugal Telecom por alegadas práticas de discriminação abusiva através de patamares de descontos (e de compressão de margens) no mercado grossista de oferta de rede necessárias para disponibilizar serviços retalhistas de acesso à internet, no qual a PT também operava, foi declarado extinto pelo decurso do prazo prescricional.

134. Por outro lado, a sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 29-02-2012, proc. n.º 1232/08TYLSB³⁰ julgou procedente o recurso de impugnação judicial interposto pela arguia PT Comunicações, S.A. da **decisão AdC de 28.08.2008, proferida no PRC 01/04, Circuitos**, absolvendo a arguida da imputação de abuso de posição dominante nos mercados grossistas de aluguer de circuitos por adopção de tarifário diferenciado e não linear para a oferta grossista com descontos sobre a facturação, fundamentando, em síntese, que não

²⁹Versão não confidencial acessível em

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Documents/DecisaoPRC200305.pdf.

³⁰ Referenciada em RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., e em MIGUEL MOURA E SILVA, ob. cit..



23
✓

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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

ficou provada qualquer discriminação e que a AdC incumpriu o ónus de prova da AdC quanto à inexistência de justificação atendível.

135. No recente **processo n.º 204/13.6YUSTR.L1**, objecto do Acórdão RL de 11-03.2015, relator CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA (acessível em dgsi.pt), a sentença de 04-06-2014 proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de Santarém foi confirmada, sendo que julgou parcialmente procedente o recurso de impugnação judicial interposto pela arguida Sport TV Portugal, S.A. da decisão AdC de 14.06.2013, proferida no **PRC 2010/02, Sport**, tendo condenado a arguida pela prática de uma contra-ordenação prevista e punida pelos artigos 6.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), 4.º, n.º 1, alínea e), e 43.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, numa coima no valor de 2.700.000€, estando em causa a imputação de abuso de posição dominante no mercado dos operadores de televisão por subscrição através da definição e aplicação, nos respectivos contratos celebrados com os operadores para distribuição dos canais desportivos *premium*, de um sistema de remuneração discriminatório.

44

136. Quanto à existência de descontos de quantidade, o Tribunal fundamentou, em síntese, que tal não geraria, *per se*, efeitos anticoncorrenciais ainda que a aplicação destes diferencie sem justificação factual os clientes da Sport TV Portugal, S.A., pois que o acesso ao último escalão dependeria, na falta de evidência em contrário, da eficiência do concorrente.

137. Desta breve resenha dos precedentes decisórios, podemos avançar nas seguintes conclusões do *stato quo* quanto ao proposto tema da aferição do conceito de desvantagem concorrencial tendente à proibição de discriminação abusiva pelo preço:

i. Nos Acórdãos *British Airways* e *Solvay*, o TJ não procedeu a qualquer avaliação jurídica sobre determinados e concretos efeitos discriminatórios, pois que estes não resultaram factualmente demonstrados, bastando-se com um critério de aptidão ou susceptibilidade de distorção da concorrência;

ii. Nos Acórdãos *British Airways* e *Solvay*, o TJ não se pronunciou sobre o requisito acrescido ou adicional de demonstração concreta da susceptibilidade de colocação em desvantagem concorrencial para efeitos de qualificação do comportamento como abusivo nos termos do art.º 102.º, alínea c) do TFUE, deixando apenas a formulação negativa que a imputação não exige a prova de *uma deterioração efectiva quantificável*;



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

iii. Nos Acórdãos *British Airways* e *Solvay*, as questões concorrenciais verificavam-se quanto aos efeitos horizontais e no sentido em que, apesar de ficar ali evidente que a relação de concorrência no mercado a jusante teria de ficar afectada, o que se visou foi atender à posição desfavorável de outros concorrentes de entrarem ou permanecerem no mercado da empresa com posição dominante;

iv. A jurisprudência *British Airways*, *Solvay* e *Clearsteam* discutiu a susceptibilidade de ocorrência de desvantagem competitiva em termos de aptidão etiológica de determinados comportamentos de discriminação de parceiros comerciais, sem se pronunciar sobre concretos efeitos concorrenciais;

v. Os pressupostos de facto do presente caso são integralmente correspectivos dos casos dos acórdãos *British Airways* e *Solvay*, no sentido em que neste processo foram dados como indiciados concretos comportamentos discriminatórios com concretos efeitos concorrenciais restritivos e factualmente determinados para a denunciante MEO;

vi. No presente caso ficou indiciariamente demonstrada a concreta afectação da posição concorrencial da denunciante MEO no serviço retalhista através de concretas consequências do comportamento discriminatório da visada GDA no serviço grossista;

vii. Neste sentido, a jurisprudência *British Airways* e *Solvay* não serve, *per se*, ao teste factual que os factos indiciados neste processo permitem com proficiente amplitude, mormente no que respeita à posição concorrencial da MEO no contexto da discriminação pelo preço praticada pela GDA;

viii. Neste sentido, a jurisprudência *British Airways*, *Solvay* e *Clearsteam* não se pronunciou, de modo firme, sobre o conceito de colocação em desvantagem ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102.º, alínea c) do TFUE quando estão indiciados efeitos negativos concretos na concorrência susceptíveis de não influenciar a capacidade concorrencial da empresa afectada, sendo certo que o art.º 102.º, alínea c) do TFUE não distingue, para efeitos da definição de prática restritiva, qualquer gravidade, contexto ou efeitos práticos da desvantagem ou distorção concorrencial para a qualificação do comportamento como abuso de posição dominante;

ix. Se, na discriminação de segunda linha o que importa é o efeito da distorção na concorrência, a jurisprudência do TJUE parece abdicar da demonstração factual, para efeitos

45



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

da qualificação do comportamento como abuso de posição dominante, da avaliação concreta do impacto concorrencial nas empresas afectadas;

x. A fundamentação do arquivamento objecto dos autos representa um desenvolvimento interpretativo da jurisprudência do *British Airways, Solvay e Clearsteam* quanto ao conceito de colocação em desvantagem na concorrência ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102.º, alínea c) do TFUE;

xi. Nos casos de discriminação por empresas verticalmente integradas, no qual se inclui o Acórdão *Clearsteam*, da casuística referida parece resultar que a posição dominante decorria ou de monopólios legais ou de monopólios de facto com barreiras à entrada muito elevadas e em que as empresas em posição dominante “controlavam inputs indispensáveis à concorrência nos mercados a jusante” sendo “legítimo questionar se em cenários de integração vertical em que não estejam em causa inputs com tal natureza poderá facilmente ser instruído um caso de discriminação abusiva” - RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 330 e 331;

xii. Nos casos de discriminação por empresas não verticalmente integradas, a defesa do Direito da Concorrência através do sancionamento pelo art.º 102.º, alínea c) do TFUE teve presente especiais circunstâncias factuais de contexto e enquadramento do comportamento discriminatório, as quais seriam capazes de afectar a integração do mercado europeu (Acórdão *United Brands*) e/ou de implicar determinados benefícios a empresas nacionais (*Corsica Ferries e Aeroportos Portugueses*)³¹;

xiii. Nos casos de discriminação por empresas não verticalmente integradas, mas cuja prática discriminatória teve efeitos horizontais, o problema da exigência de um *standard* jurídico de discriminação ou da demonstração do impacto efectivo no mercado tem de ser relacionado, precisamente, com as preocupações concorrenciais em causa que se situam prevalentemente na primeira linha, admitindo-se que “fica a percepção de que, sem os primeiros [efeitos concorrenciais de primeira linha], muito dificilmente teria havido intervenção ao abrigo das normas de concorrência apenas para combater os segundos

³¹ Neste sentido RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit., pág. 310 e 338.

24
V

46



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

[efeitos concorrenciais de segunda linha] - RICARDO BORDALO JUNQUEIRO, ob. cit.,
pág. 344.

*

138. É neste ambiente de *case law* precedente que surge a pronúncia do TJUE no **Acórdão de 19 de Abril de 2018, no processo C-525/16 de reenvio prejudicial**.

139. As conclusões do Exmo. **Advogado-Geral Wahl**³², apresentadas em 20 de Dezembro de 2017, merecem atenção por representarem, quanto ao caso concreto, um elemento interpretativo qualificado.

140. O que nos afigura assaz decisivo é a repisada necessidade de atentar no substrato factual concreto conjugado com as características dos efeitos discriminatórios e do contexto das empresas: *“Não se pode, portanto, presumir que as práticas de diferenciação de preços geram uma «desvantagem concorrencial», sem um exame de todas as circunstâncias do caso em análise, especialmente quando está em causa uma discriminação dita de «segunda linha».”* – parágrafo 4³³, acertando que que *“uma prática de diferenciação de preços só é constitutiva de um abuso de posição se causar uma desvantagem concorrencial, o que implica um exame concreto dos efeitos da prática à luz de todas as circunstâncias relevantes”*

47

³² Lendo-se na sua síntese que. *“Na falta de qualquer justificação objetiva, a aplicação de preços superiores, por uma empresa em posição dominante, a alguns dos seus titulares de licença, em comparação com os preços aplicados a outros titulares, constitui um abuso na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE se e apenas se essa prática infligir aos primeiros uma desvantagem na concorrência relativamente aos outros titulares com quem estão em concorrência. Os parceiros comerciais de uma empresa dominante sofrem uma desvantagem na concorrência na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, quando a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes prejudica a posição concorrencial de alguns desses parceiros comerciais relativamente a outros e quando, por conseguinte, falseia a concorrência entre os parceiros comerciais favorecidos e os parceiros comerciais desfavorecidos. A verificação da existência de uma desvantagem na concorrência implica que se constate a existência de uma distorção da concorrência entre as partes afetadas no mercado relevante, distinta da simples diferença de tratamento eventualmente constatada. A análise preconizada não se deve resumir a um mero exercício formal de dedução automática, baseado em presunções de facto ou de direito, implicando antes um exame concreto de todas as circunstâncias do caso em análise. Podem, designadamente, mas não exclusivamente, tomar-se em consideração a natureza e a importância da diferenciação tarifária controvertida e a estrutura de custos das empresas afectadas”*.

³³ No segmento *Observações gerais sobre a aplicabilidade do artigo 102.º o TFUE ao caso em análise*, o Exmo. **Advogado-Geral Wahl** avança criticamente, à luz dos factos indiciados, sobre a eventual falta de verificação dos requisitos da existência de posição dominante e da aplicação condições desiguais para prestações equivalentes, manifestando reservas, dúvidas e interrogações quanto ao seu preenchimento no caso concreto, bem esgrimindo acerca da posição negocial da **GDA**, do **duopólio pujante da MEO** e da **NOS** no serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição em Portugal, das condições legais de fixação dos preços, e da eventual situação de diferenciação objectiva contraposta à definição vigente de prestações equivalentes em condições desiguais – cfr. parágrafos 43 a 59.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

– inítróito parágrafo 60, e que “uma prática de discriminação tarifária de segunda linha só pode recair no âmbito de aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE na sequência de um exame da mesma à luz de todas as circunstâncias do caso em análise” – inítróito parágrafo 70.

141. Reitera depois que *“é pacífico que uma prática de discriminação, designadamente de diferenciação de preços, produz efeitos ambivalentes do ponto de vista da concorrência”* – parágrafo 62, havendo razão para o sancionamento *“se se demonstrar que é suscetível de restringir a concorrência e prejudicar o bem-estar dos consumidores”* – parágrafo 64, pois que, *“contrariamente ao que uma análise superficial poderia sugerir, o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE não exige aos detentores de um monopólio ou de uma posição dominante que apliquem tarifas uniformes aos seus parceiros comerciais”*, resultando que *“da própria letra da referida disposição que a discriminação tarifária imposta por uma empresa dominante aos seus parceiros comerciais pode recair no âmbito da proibição dos abusos de posição dominante se e unicamente se a concorrência que se exerce entre esses parceiros for falseada por esta discriminação”* – parágrafos 67 e 68, asseverando sempre que *“não se pode, em caso algum, deduzir do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE que tal prática conduz, em todos os casos, a uma situação de «desvantagem na concorrência»* – parágrafos 88.

142. Assinalando sempre os cuidados a ter, remata o Exmo. **Advogado-Geral Wahl** que *“a simples «desvantagem» decorrente da própria discriminação não pode ser confundida com a «desvantagem na concorrência», que se deve materializar no mercado em que os parceiros comerciais da empresa dominante operam, no caso, o mercado a jusante dos direitos conexos ao direito de autor”* – parágrafo 101, havendo que *“distinguir entre os comportamentos anticoncorrenciais que, atendendo ao seu intrínseco caráter nocivo, implicam uma restrição da concorrência e os comportamentos, como as práticas de diferenciação tarifárias de segunda linha seguidas por uma empresa dominante não verticalmente integrada, que carecem de um exame mais aprofundado das suas repercussões concretas para se poder concluir que existe tal restrição”* – parágrafo 102.º, concluindo que *“eventuais diferenças de tratamento que não tenham impacto na concorrência, ou que*

25
f

48



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

tenham efeitos menores, não podem ser constitutivas de um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE” – parágrafo 105.

143. Neste seguimento, o **Acórdão de 19 de Abril de 2018, no processo C-525/16**, cerce ao que importa, recupera a jurisprudência *British Airways*, clarificando que “*não é necessário que o comportamento abusivo produza efeitos na posição concorrencial da própria empresa dominante, no próprio mercado onde opera e em relação aos seus eventuais próprios concorrentes*” – parágrafo 24, e sublinhando que não basta a demonstração da discriminação ou a “*simples presença de uma desvantagem imediata que afeta os operadores a quem foram aplicados preços superiores aos tarifários aplicáveis aos seus concorrentes para uma prestação equivalente*” – parágrafo 26.

144. Sobre os critérios de aferição em concreto da gravidade ou da susceptibilidade de afectação da posição concorrencial, o TJUE salienta que “*não se justifica a fixação de um limiar de sensibilidade (de minimis) para determinar uma exploração abusiva de uma posição dominante*” – parágrafo 29, e que “*é necessário que a discriminação de preços (...) afete os interesses do operador económico a quem foram aplicados tarifários superiores aos dos seus concorrentes*”.

145. O TJUE remete a Autoridade da Concorrência ou o órgão jurisdicional nacional competente para a análise da posição dominante da empresa, do poder negocial quanto aos tarifários, das condições e das modalidades de imposição dos mesmos, da sua duração e do seu montante, bem como da eventual existência de uma estratégia destinada a excluir do mercado a jusante um dos seus parceiros comerciais pelo menos tão eficaz como os seus concorrentes – parágrafo 31, sem deixar de atentar na posição privilegiada da **MEO** e da **NOS** como principais clientes da **GDA**, nas circunstâncias inerentes à formação do preço na falta de acordo, nos reduzidos custos suportados pela **MEO**, no reduzido impacto nos lucros e nas preocupações concorrenciais subjacentes - parágrafos 32 a 36.

146. O TJUE termina a sua exposição argumentativa, afirmando que: “*o conceito de «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, deve ser interpretado no sentido de que, no caso em que uma empresa dominante aplica preços discriminatórios a parceiros comerciais no mercado a jusante, visa a situação em que esse comportamento pode ter por efeito uma distorção da concorrência entre estes*



26
✓

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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

parceiros comerciais. A constatação dessa «desvantagem na concorrência» não exige a prova de uma deterioração efetiva e quantificável da posição concorrencial, mas deve basear-se numa análise do conjunto das circunstâncias pertinentes do caso concreto que permita concluir que o referido comportamento tem influência nos custos, nos lucros, ou noutra interesse relevante de um ou vários desses parceiros, de modo que esse comportamento seja suscetível de afetar a referida posição» – parágrafo 37.

* * *

*

Da conformidade da decisão de arquivamento proferida no PRC-2015/07: síntese argumentativa de um resultado anunciado.

147. Como vimos, atenta a diversidade de diferentes tipos de abuso em função objecto e natureza da discriminação, ter-se-á por certo que não é a discriminação de *per se* que implicará o efeito anticoncorrencial, como parece entender a denunciante MEO.

148. A *natureza ambígua* ou a *ubiquidade* dos efeitos concorrenciais inerentes à discriminação pelo preço têm levado a jurisprudência e a doutrina de referência a assumirem cuidados especiais na conformação e aplicação do art.º 102.º, alínea c) do TFUE, evitando-se, como já dissemos, a análise apriorística de que qualquer comportamento discriminatório abusivo encerra um efeito ilícito e, portanto, a sancionar pelo Direito da Concorrência.

149. Daí que se deva chamar à colação uma análise, avaliação ou abordagem baseada nos efeitos - *effects-based approach*, que identifique o tipo de efeito excludente envolvido e as consequências concorrenciais para os clientes afectados no respectivo mercado, ao invés de uma abordagem formalista ou aparente, especialmente nos mercados em que a discriminação pelo preço é um elemento central, recorrente ou de normalidade funcional – cfr. neste sentido *Report by the EAGCP An economic approach to Article 82*, pág. 34.

150. À *míngua de outra vinculação normativa do tipo de minimis* e afastada **qualquer solução de proibição de *per se***, esses cuidados devem ser assumidos através de uma metodologia da análise económica dos efeitos concorrenciais que deve partir, necessariamente, dos elementos casuísticos disponíveis, e de modo a permitir a formulação de um juízo juridicamente objectivável e incidente sobre o preenchimento dos pressupostos

50



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

típicos, ainda que se recorra, inevitavelmente, a conceitos normativos de conteúdo não taxativo, como seja o conceito de desvantagem na concorrência ou distorção concorrencial.

151. Pensamos, se nos permitem a liberdade de glosa, que o maior contributo deste processo reenvio e da provocada pronúncia do TJUE será menos conceptual e mais destacável pela afirmação insuperável de que o julgador e as autoridades nacionais devem perceber as circunstâncias económicas irrepetíveis de cada caso concreto ao invés de reclamar soluções universais, apodícticas ou de subsunção meramente lógica.

152. Ora, para o que nos traz aqui, os elementos de contexto e enquadramento casuístico demandam, efectivamente, uma abordagem modelada e circunstanciada em função das características do produto e dos concorrentes que deverão presidir à compreensão e alcance do preenchimento do pressuposto da desvantagem concorrencial.

153. A justificação para este compasso metodológico é quase imediata ou, pelo menos, de fácil acolhimento perante os factos indiciados.

154. Neste conspecto, na discriminação de segunda linha ou de segundo grau sem integração vertical, para efeitos do art.º 102.º, alínea c) do TFUE, a discriminação pelo preço tem de partir da premissa de que a actuação de uma determinada empresa dominante, não presente no mercado relevante onde os efeitos se produzem, relativamente aos seus clientes, não adquire nenhuma vantagem competitiva sobre um concorrente através da discriminação. Ou seja, à partida não deve haver preocupação concorrencial bastante porque inexistente incentivo objectivo à discriminação abusiva.

155. Partir da asserção contrária, como uma presunção judicialmente operante, consubstanciaria um erro grosseiro de análise, facilitador do juízo subsuntivo mas propiciador de uma visão formalista do Direito da Concorrência.

156. No entanto, esse comportamento não deixará de poder assumir, em abstracto, a finalidade subjacente de distorcer a concorrência entre clientes dessa empresa dominante ou de falsear a concorrência entre empresas no mercado relevante, diferentes da empresa infractora.

157. Para tal, se a inexistência presumida de incentivos à distorção concorrencial não pode ser ignorada, configurando um elemento de contexto e enquadramento decisivo, a discriminação abusiva deve exigir um *plus racional e jusconcorrencial argumentativo* na

51



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

27
✓

Proc. nº 77/16.7YUSTR

percepção de que um determinado equilíbrio concorrencial no mercado a jusante foi efectivamente comprometido através do teste da aptidão ou da susceptibilidade trazido pelos casos *British Airways*, *Solvay* e *Clearstream*.

158. O que distingue esses casos deste caso **MEO-GDA**, ultrapassada a questão prejudicial na interpretação do art.º 102.º, alínea c) do TFUE sobre o conceito de distorção ou desvantagem, é a proficiência com que o teste da aptidão ou da susceptibilidade podem ser efectuados, precisamente porque os elementos de facto recolhidos negam, com evidência, o resultado positivo a esse teste.

159. Assim, **colhidas as devidas perspectivas e contributos bastantes³⁴ e feitas as perguntas radicais, cumpre secundar a decisão da AdC, confirmando judicialmente a decisão de arquivamento através de um juízo de síntese a que o Exmo. Advogado-Geral Wahl apostrofou de *exercício eminentemente casuístico*:**

52

i. A detenção de uma posição monopolista pela **GDA**, tendencialmente permanente, estável e constante no mercado relevante associado ao serviço grossista em análise permite, em princípio e de modo perfunctório, concluir que a mesma detém uma posição dominante no mercado em causa;

ii. A quota de mercado da **MEO** e da **NOS** no serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição associada aos consumidores do serviço e às quotas dos outros concorrentes (e bem assim no serviço retalhista de disponibilização de ofertas conjuntas de serviços de comunicações electrónicas), conjugada com a natureza jurídica da **GDA** (entidade de gestão de direitos colectivos dos artistas sem fins lucrativos) e a sua reduzida margem de imposição unilateral de tarifários por sujeição a procedimentos de arbitragem (como foi o caso do tarifário aplicado à **MEO**), permite antever um equilíbrio nas posições negociais que infirma a sujeição das empresas no mercado a jusante a um suposto poder abusivo por parte da **GDA**;

iii. A possibilidade da **GDA** adoptar comportamentos independentes de exercício de poder económico sobre os seus clientes não surge minimamente evidenciada pelos factos indiciados;

³⁴ Certamente mais haveriam a indicar para proveito de leitura insone se bem não nos achássemos cingidos ao tempo razoável de uma decisão.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

iv. De modo preclaro, apesar de a **NOS**, principal concorrente da **MEO**, ter beneficiado de tarifários mais vantajosos durante o período em causa praticados pela **GDA** no mercado a jusante, a desvantagem alegadamente sofrida pela **MEO** quanto aos montantes pagos para a utilização das obras protegidas pelo direito de autor e direitos conexos, foi acompanhada por um aumento da sua quota de mercado entre 2010 e 2013, correspectivo da diminuição da quota de mercado da concorrente **NOS**;

v. A **GDA** não está integrada verticalmente nem pode estar presente no mercado a jusante, pelo que qualquer finalidade de distorção na concorrência representaria um interesse dificilmente imputável a uma estratégia negocial abusiva de exclusão ou enfraquecimento concorrencial dos seus clientes.

vi. Pelo contrário, os interesses negociais da **GDA** tendem, perfunctoriamente, a beneficiar da presença nos mercados a jusante de concorrentes efectivos, designadamente da **MEO** e da **NOS** em efectiva concorrência e que são os seus principais clientes no serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, sendo aparentemente legítimo o proveito de maximização das suas receitas através de preços negociados individualmente ou bilateralmente com os respectivos prestadores retalhistas;

vii. Dos factos indiciados não se deslinda qualquer motivação racional da **GDA** em promover a deterioração concorrencial da **MEO** ou de falsear a concorrência que se verifica no mercado a jusante;

viii. Dos factos indiciados não se afigura que os preços cobrados à **MEO** e à **NOS** tenham sido fixados em condições não equivalentes, visto que o processo negocial não depende unilateralmente da **GDA**;

ix. No presente caso, inexistente qualquer efeito de compartimentação geográfica ou de discriminação susceptível de interferir com o mercado único que reclame uma especial ponderação das preocupações jusconcorrenciais ou de outras finalidades externas aos objectivos típicos da política de concorrência;

x. O comportamento da **GDA** não se revela, intrínseca ou extrinsecamente, capaz de gerar efeitos de exclusão ou de induzir uma restrição da posição concorrencial da **MEO**;

xi. Os valores pagos pela **MEO** à **GDA** no âmbito do serviço grossista em causa representaram uma reduzida percentagem dos custos suportados pela **MEO** no âmbito da

53



28
✓

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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, e uma igualmente reduzida percentagem na rentabilidade associada, com valores inferiores, respectivamente, a [CONFIDENCIAL] no custo total médio, a [CONFIDENCIAL] no proveito retalhista ao longo e a [CONFIDENCIAL] na rentabilidade média ao longo dos 4 anos.

xii. Dos factos indiciados resulta que os indicadores concorrenciais e casuísticos, recolhidos e valorados pela AdC no período entre 01-01-2010 e 31-12-2013, sobre a posição concorrencial da **MEO** no âmbito do serviço grossista em análise, demonstram que o efeito discriminatório da diferenciação tarifária foi manifestamente residual, seguramente marginal e negocialmente ineficiente para afectar a capacidade concorrencial da mesma **MEO**;

xiii. A AdC procedeu a um juízo casuístico e fundado nas especiais circunstâncias do caso concreto quanto à gravidade, relevância ou importância dos efeitos discriminatórios na posição concorrencial e/ou na capacidade concorrencial da empresa afectada, nomeadamente quanto à capacidade de assimilar a diferença dos custos suportados no âmbito do serviço grossista.

54

160. Posto isto, dado que o peso relativo do preço dos direitos conexos que a **GDA** pratica se revelou insignificante para a afectação da posição concorrencial efectiva da **MEO** no mercado a jusante, afigura-se difícil determinar em que medida a diferenciação dos tarifários aplicados pela **GDA** era, com base na sua importância, insusceptível de falsear, limitar ou restringir a posição concorrencial da **MEO** e, conseqüentemente, de criar uma desvantagem na concorrência juridicamente relevante para o preenchimento de um comportamento ilícito de discriminação abusiva pelo preço.

161. A análise jusconcorrencial efectuada pela AdC dos factos indiciados é conforme à inexistência de probabilidade de condenação da **GDA** por abuso de posição dominante.

162. O peso significativamente reduzido nos custos incorridos, proveitos auferidos e rentabilidade alcançada da **MEO**, enquanto empresa retalhista afectada, decorrente da prática de tarifários discriminatórios por parte da **GDA**, enquanto empresa em posição dominante, é compatível com a interpretação conforme da alínea c) do artigo 102.º do TFUE e com o juízo de inexistência de indícios de abuso de posição dominante e práticas proibidas.



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

Proc. nº 77/16.7YUSTR

163. Impõe-se, por tudo, uma decisão de improcedência do presente recurso de impugnação judicial, validando-se a decisão da AdC de arquivamento, proferida a 3 de Março de 2016 no PRC-2015/07, nos termos e para os efeitos do art.º 24.º, n.º 2 al. b) do NRJC e que concluiu que os factos referentes ao objecto do processo não constituíam indícios suficientes de práticas proibidas, previstas, em especial, pelo art.º 11.º, n.º 2 al. a) e al. c) do NRJC, por referência ao art.º 102.º, alínea c) do TFUE.

* * *

*

IV. DECISÃO.

164. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar totalmente improcedente o recurso de impugnação judicial, interposto pela denunciante, aqui recorrente, MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia S.A., da decisão de arquivamento da Autoridade da Concorrência - AdC proferida no processo sancionatório n.º PRC-2015/07 relativo a práticas restritivas, nos termos e para os efeitos do art.º 24.º, n.º 3 al. b) e n.º 5 do Novo Regime Jurídico da Concorrência.

165. Mais se condena a recorrente em custas processuais, em função do decaimento e complexidade das questões suscitadas, fixando-se a taxa de justiça em 3UC, nos termos do art.º 93.º, n.º 3 e 4 do R.G.CO. e art.º 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais, por remissão sucessiva do art.º 83.º do NRJC.

166. Notifique de acordo com as versões disponibilizadas e deposite.

167. Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, com envio de certidão judicial.

168. Consigna-se que foram disponibilizadas à secção 4 versões (versão confidencial integral, versão para a visada, versão para a recorrente e versão para terceiros) do presente despacho em formato *word* e de acordo com o índice de confidencialidade do processo, ficando no sistema CITIUS a versão não confidencial para terceiros.

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 09-06-2018

O Juiz de Direito,

Alexandre Leite Baptista

55