



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

139740

CONCLUSÃO - 11-07-2016

(Termo electrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Manuela Augusta Rosa)

=CLS=

I. DO REENVIO PREJUDICIAL.

A denunciante, aqui recorrente, **MEO - Serviços de Comunicações e Multimédia S.A.** -**MEO**, 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.

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).

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

*

Consultados os intervenientes processuais e submetida a questão ao devido contraditório; **considerando** que o teor do art.º 11.º, n.º 1 e 2 alínea c) do Regime Jurídico da Concorrência (doravante RJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, é idêntico ao teor do art.º 102, alínea c) do TFUE;

considerando que os comportamentos denunciados se referem 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;

considerando que a **AdC** concluiu que, no período de tempo em causa, a denunciante **MEO** suportou um custo no âmbito do serviço grossista em análise de cerca de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 77/16.7YUSTR

[CONFIDENCIAL] superior ao respectivo custo que teria suportado caso a visada GDA lhe tivesse aplicado o preço médio suportado pela concorrente Nos Comunicações, S.A.,

considerando que a decisão de arquivamento se fundamentou no valor diminuto da diferença entre os custos médios suportados e pelos resultados do custo grossista adicional (custo total, proveito retalhista e rentabilidade), na inadequação desses valores para comprometer a posição concorrencial da denunciante MEO e na 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;

considerando que a decisão de arquivamento recorreu às conclusões apresentadas pela Advogada-Geral Juliane Kokott no processo C-95/04 P (Processo *British Airways*) e no processo C-109/10 P (Processo *Solvay*);

considerando que as conclusões citadas referem-se apenas à 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 à susceptibilidade de provocação, em concreto, de distorção na concorrência;

considerando que a decisão de arquivamento referiu que o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) confirmou essa interpretação no Processo *British Airways*;

considerando que o TJUE no acórdão *British Airways* não procedeu a qualquer avaliação jurídica sobre determinados e concretos efeitos discriminatórios;

considerando que o TJUE no acórdão *British Airways* 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, alínea c) do TFUE;

considerando que os pressupostos de facto do presente caso são parcialmente diferentes do caso do acórdão *British Airways*¹, no sentido em neste processo foram dados como

¹ Em causa estava a 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 BA (a seguir «bilhetes BA») 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



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

indiciados concretos comportamentos discriminatórios com concretos efeitos concorrenciais restritivos para a denunciante MEO;

considerando que a jurisprudência comunitária no acórdão *British Airways* 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;

considerando 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;

considerando que a fundamentação do arquivamento representa um desenvolvimento interpretativo da jurisprudência do acórdão *British Airways* quanto ao **conceito de colocação em desvantagem na concorrência ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102, alínea c) do TFUE**;

considerando que a resolução da dúvida interpretativa sobre o conceito de colocação em desvantagem ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102, alínea c) do TFUE representa um elemento absolutamente necessário, útil e pertinente para a decisão final do presente processo, nomeadamente quanto à existência 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 RJC (neste sentido cfr. Acórdão *Cilfit*, de 06.10.82, Processo n.º 283/81 e Acórdão *Foto-Frost*, de 22.10.87, Processo 314/85);

considerando que o TJUE 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, alínea c) do TFUE quando estão indiciados efeitos negativos concretos na concorrência susceptíveis de não influenciar a capacidade concorrencial da empresa afectada (cfr. Acórdão *Cilfit*);

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 BA dos mercados do transporte aéreo do Reino Unido



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

considerando que não existe jurisprudência consolidada sobre o conceito de colocação em desvantagem ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102, alínea c) do TFUE (cfr. Acórdão *Cilfit*);

considerando que os elementos de facto do caso são susceptíveis de criar dúvidas sobre o conceito de colocação em desvantagem ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102, alínea c) do TFUE (cfr. Acórdão *Cilfit*);

considerando que, atenta a diversidade de diferentes tipos de abuso em função da natureza da discriminação, a doutrina (cfr. Robert O'Donoghue and A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, págs. 203 e 204) trata de um conceito de discriminação de segunda linha em que para efeitos do art.º 102, alínea c) do TFUE, a discriminação traduz-se pela actuação de uma determinada empresa dominante, não presente no mercado relevante onde os efeitos se produzem, relativamente aos seus clientes e que, por conseguinte, não adquire nenhuma vantagem competitiva sobre um concorrente através da discriminação, sendo que a preocupação subjacente é a distorção da concorrência entre clientes da empresa dominante, ou seja, é falsear a concorrência entre empresas no mercado relevante, diferentes da empresa infractora;

considerando que o art.º 102, 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;

considerando que, em casos de comportamentos discriminatórios de primeira linha (discriminação por parte de uma empresa dominante que produz efeitos nos concorrentes directos e presentes no mesmo mercado relevante) o TJUE pronunciou-se no sentido em que basta a demonstração da existências de restrições ou susceptibilidade de restrições da concorrência, desmerecendo qualquer relevância quanto aos concretos efeitos concretos (neste sentido Acórdão *Tomra v. Comissão*, de 19-04-2012 e Acórdão *AstraZeneca v. Comissão*, de 06-12-2012);

considerando que, perante a inexistência de uma convergência inequívoca da jurisprudência comunitária quanto à exigência de efeitos prováveis ou concretos, afigura-se-nos que a visão clássica do Direito Comunitário para efeitos do art.º 102, alínea c) do TFUE



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

apenas exige a demonstração de efeitos prováveis ou a demonstração da adequabilidade da conduta para produzir os efeitos anticoncorrenciais associados à mesma;

considerando que a lei actual e o direito comunitário da concorrência não fazem expressa referência expressa à exigência de que conduta a sancionar tenha por objecto ou efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, mas exigem *“para a verificação da discriminação abusiva, um pressuposto adicional, designadamente a colocação dos parceiros comerciais, devido à discriminação, em desvantagem na concorrência”* (neste sentido, cfr. sentença proferida no processo n.º 204/13.6YUSTR);

considerando que, se na discriminação de segunda linha o que importa é o efeito da distorção na concorrência, a jurisprudência do TJUE parece abdicar, para efeitos da qualificação do comportamento como abuso de posição dominante, da avaliação concreta do impacto concorrencial nas empresas afectadas;

considerando que, neste sentido, o acórdão *British Airways* expressamente reconhece que *a este respeito* [condições de aplicação do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE], *“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”* (cfr. considerando 145);

considerando que este entendimento foi inteiramente reiterado pelo acórdão *Clearstream* do Tribunal de Primeira Instância, de 9-09-2009, o qual, em relação ao caso concreto apreciado, concluiu pela verificação do efeito de distorção na concorrência repetindo o parágrafo 145 do acórdão *British Airways*, aduzindo que *“no caso em apreço, a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma contínua durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro”* (cfr. parágrafos 194 e 195);



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

considerando que, nesta sequência, é razoável duvidar que a fundamentação da decisão de arquivamento é inovadora quanto ao conceito de colocação em desvantagem ou distorção concorrencial relevante para aplicação e subsunção ao art.º 102, alínea c) do TFUE, ou que, pelo menos, não surge directamente apoiada pela jurisprudência dos acórdãos *British Airways* e *Clearstream*;

considerando que o presente processo sancionatório não assume qualquer natureza urgente (neste sentido, cfr. Acórdão *Morson/Holanda*, de 27.10.82, Processo Apensos 35/82);

considerando que os factos relevantes já se encontraram indiciariamente assentes para efeitos da decisão final do inquérito em sede de processo sancionatório e não subsistem problemas de Direito nacional por resolver (cfr. Acórdão *Foto-Frost*);

considerando que, nos termos do art.º 267.º, alínea a) do TFUE, o TJUE é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação do Tratado, podendo qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-membros, sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante si, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa; **determino a formulação de pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia para saber se o art.º 102, 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.**

* * *

*

II. DO PEDIDO E DA COLOCAÇÃO DE QUESTÕES AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

2.1. Identificação do processo e dos intervenientes processuais.

Em 24-06-2014 e em 22-10-2014, a **PT Comunicações, S.A. (PTC**, 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.



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 MEO considerou que esse 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)**.

Em 19 de Março de 2015, a AdC determinou a abertura de inquérito em processo contra-ordenacional.

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

Em 3 de Março de 2016, a AdC proferiu decisão de arquivamento do processo de contra-ordenação com a referência PRC-201 5/07, 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.

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 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



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 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 acrescer, 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 102.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);

- 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).

*

A denunciante, aqui recorrente, Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia S.A., veio apresentar recurso 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 RJC, 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



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

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.

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;

- 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 aa ser proferida uma decisão condenatória”.

*

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.

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 despidiendo calcular o valor exacto assumido pela diferença entre os custos



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

médios por consumidor (de televisão por subscrição) suportados pela denunciada MEO e pela NOS Comunicações;

- A adoção 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 subscritor), 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.

*

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 RJC 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;



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 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).

* *

2.2. Dos factos relativos, dos mercados e dos comportamentos objecto do reenvio.

1. 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.

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

3. 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 respetiva negociação.

4. Os serviços a tomar em consideração no âmbito do PRC-2015/07 são, resumidamente:

(i) o serviço grossista de comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas⁶, que integra a atividade 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).



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

5. 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; (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.

6. 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.

7. 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.

8. 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.

9. 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.

10. 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



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.

11. 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.

12. De acordo com a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM): (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 clássicos¹ 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.

13. 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 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.

14. Segundo a ANACOM, em 31-03-2015: (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



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

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.

15. Entre 2008 e 2014, a GDA disponibilizou três tarifários no âmbito do serviço grossista em análise, brevemente descritos na **Tabela 1**²:

	Consumidor [CONFIDENCIAL]			Consumidor [CONFIDENCIAL]			Consumidor superior a [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]

² 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

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]

16. Entre 2010 e 2013, a GDA aplicou, efectiva e simultaneamente, cada um desses tarifários e, como tal, verificaram-se diferenças entre os tarifários cobrados a diferentes prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, conforme apresentado na **Tabela 2**³:

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

17. 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].

³ 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

18. A detenção de uma posição monopolista pela GDA no mercado relevante associado ao serviço grossista em análise permite, em princípio, concluir que a mesma detém uma posição dominante no mercado em causa.

19. Sem prejuízo, existem indícios de que os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição possuem algum poder negocial que poderá ser susceptível de contrabalançar o poder negocial da GDA.

20. Tal pode ser inferido, de entre outros elementos, com base nas comunicações trocadas entre a GDA e os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição com vista à determinação do tarifário a praticar, desde 01.01.2014, pela GDA a cada um destes no âmbito do serviço grossista em análise.

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

22. 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 editores²² em Portugal, conforme decorre da **Tabela 3**⁴:

	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 vídeos			[CONFIDENCIAL]
Direitos conexos dos artistas (GDA)	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

23. ...ii) aos preços referentes ao mesmo serviço que têm sido praticados na Europa, conforme decorre da **Tabela 4**⁵:

⁴ Fonte: Acórdão do Tribunal Arbitral de 10-04-2012.

⁵ 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

	Remuneração aproximada
Eslováquia	[CONFIDENCIAL]
Hungria	[CONFIDENCIAL]
Lituânia	[CONFIDENCIAL]
Portugal	[CONFIDENCIAL]
Suíça	[CONFIDENCIAL]
Espanha	[CONFIDENCIAL]

24. Em 23-06-2015, a MEO estimou que, entre 01-01-2010 e 31-12-2013, essa diferença assumiu valores situados entre [CONFIDENCIAL], conforme apresentado na **Tabela 5⁶**:

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

25. No período de tempo em causa (4 anos), a MEO, conforme estimado com base em informação desta empresa de 24-06-2014, 23-06-2015 e 21-10-2015, 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 6⁷**:

	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	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]

⁶ Fonte: comunicação da MEO, de 23-06-2015

⁷ Fonte: comunicações da MEO, d 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

tarifário grossista aplicado pela GDA à NOS Comunicações					
--	--	--	--	--	--

26. 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**.

27. Com base em informação da MEO de 23.06.2015, conclui-se que, 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] e 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] e 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] e 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 7**⁸:

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]

28. De acordo com a ANACOM⁹, a quota de mercado da MEO associada aos consumidores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição aumentou,

⁸ 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

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.

* *

2.3. Questões a formular 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 indicie, 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

⁹ Fonte: Cf. Relatório intitulado “Serviço de televisão por subscrição: informação estatística — 1.0 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

que a vantagem 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 vantagem sofrida em virtude da discriminação corresponda, por sua vez, a uma diferença mínima entre os custos médios suportados pelas empresas concorrentes no serviço grossista 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 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 retalhista em análise?

(viii) Sendo tal limiar mínimo definido, o não preenchimento do mesmo em cada ano permite afastar a presunção do Acórdão *Cleostream* 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*”?

* * *

*

III. DA SUSPENSÃO DO PROCESSO.

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



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

sujeitos processuais e o Tribunal, **determino a suspensão da instância até à resolução das questões prejudiciais pelo TJUE.**

*

Notifique de acordo as respectivas versões disponibilizadas, e, uma vez transitado em julgado o presente despacho de reenvio, extraía-se certidão do mesmo; do recurso de impugnação de fls. 1709 a 1728, das contra-alegações da AdC de fls. 1839 a 1889, das contra-alegações da GDA de fls. 1984 a 2011, e da decisão de arquivamento de fls. 1614 a 1630 (versão confidencial integral, versão para a visada, versão para a recorrente e versão para terceiros); extraíam-se igualmente fotocópias do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, e remetam-se aquela certidão e estas fotocópias ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com informação dos nomes e moradas dos advogados dos sujeitos processuais e dos próprios sujeitos processuais, dando cumprimento ao disposto no artigo 23.º do protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia.

*

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, 13-07-2016

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista