

## BASE DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

### DECISÕES NACIONAIS

<b>CASO</b>	<b>PTC Circuitos</b>		
<b>DECISÕES JUDICIAIS</b>	<b>Tribunal</b>		<b>Processo</b>
	Sentença	Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo	P.1232/08.9TYLSB
<b>ASSUNTO</b>	<b>Tipo de infração</b>	Abuso de Posição dominante	
	<b>Questões substantivas</b>	Posição dominante; preços discriminatórios; descontos afetação das trocas comerciais entre os Estados Membros.	
	<b>Questões processuais</b>	Efeito direto do Regulamento n.º 1/2003; poder-dever das autoridades nacionais na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE.	
<b>NORMAS EUROPEIAS</b>	Artigo 102.º do TFUE		
	Artigo 3.º e artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002		
<b>COMENTÁRIO</b>			

### SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

Em 29 de fevereiro de 2012, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“Tribunal do Comércio”) revogou a decisão da Autoridade da Concorrência (“AdC”) que condenava a PT Comunicações (“PTC”) numa coima de 2,1 milhões de euros pela prática de abuso de posição dominante, na forma de preços discriminatórios, e consequente violação do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei 371/93, do artigo 6.º, n.º 1, e n.º 3, alínea b), da Lei n.º 18/2003 e do artigo 82.º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) - atual artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Nos termos da decisão administrativa, a PTC gozava de uma posição dominante no mercado dos serviços grossistas de segmentos terminais e de segmentos de trânsito analógicos de circuitos alugados, tendo abusado da mesma ao praticar descontos no tarifário de aluguer de circuitos, entre 1 de março de 2003 e 7 de março de 2004, que favoreciam as empresas do Grupo PT, em detrimento dos concorrentes. Segundo a AdC, esta prática produziu efeitos não apenas nos mercados de circuitos alugados, impossibilitando as empresas concorrentes do Grupo PT de competir em igualdade de circunstâncias, mas também restringiu a concorrência no conjunto de mercados que utilizam os circuitos alugados como *input* para a prestação de serviços de comunicações eletrónicas, por exemplo: os serviços telefónicos fixos, os serviços de acesso em banda larga e os serviços de comunicações móveis. O Tribunal do Comércio absolveu a PTC da referida condenação, por não ter dado como provado o carácter discriminatório do abuso.

#### a) Posição Dominante

A questão da definição do mercado relevante não foi controvertida, tendo a AdC seguido a proposta do regulador setorial, ICP – ANACOM. Também a posição de domínio da PTC não foi contestada. O Tribunal além de basear a sua conclusão nas elevadas quotas de mercado fez referência ao carácter essencial da infraestrutura da PTC. Fê-lo, aliás, em termos semelhantes aos da Sentença sobre o caso da PT Conduas : «[r]esultou ainda assente que a infraestrutura da PTC é dificilmente replicável, exigindo elevados e morosos investimentos».

b) *Caráter discriminatório do abuso*

O Tribunal não considerou provado o caráter discriminatório dos descontos. Em relação aos descontos sobre a faturação mensal, a AdC defendia que o mesmo volume de faturação beneficiava de uma percentagem mais ou menos elevada conforme o volume total de faturação do cliente em causa, o que poderia ser evitado, nomeadamente com a adoção de um tarifário em que a taxa de desconto fosse aplicada de forma incremental. O Tribunal discordou: «[a]firmar que constitui um tratamento desigual atribuir a um cliente cuja faturação é de € 2.000.000,00 desconto diferente conferido a um cliente cuja faturação é de €249.500,00 não parece ser um raciocínio correto. (...) [N]ão podemos analisar o tarifário desligado do objetivo que move qualquer empresa – o lucro. Naturalmente, numa perspetiva económica, para qualquer vendedor não é indiferente que o seu cliente adquira 1000 ou 100, já que manter uma relação económica que mensalmente garante consumos de 1000 é substancialmente diferente daquela que apenas garante consumos de 100. Para a empresa, o primeiro cliente perspetiva uma segurança na manutenção e rentabilidade do seu negócio que o segundo não representa». O Tribunal também não concordou que a evolução em escada, por escalões sucessivamente maiores, fosse contrário ao que seria espetável numa indústria em que, os custos fixos são elevados e os custos marginais próximos de zero. O Tribunal seguiu o argumento da arguida, segundo o qual, o aumento das taxas de desconto é sucessivamente menor e compatível com os decréscimos do custo médio da curva típica da indústria de telecomunicações.

Em relação ao sistema de descontos sobre a faturação anual, a AdC defendeu que apenas as empresas do Grupo PT atingiam os escalões com maior taxa de desconto. Tal ocorrência era espetável tendo em conta: (i) a faturação das concorrentes no ano anterior ao da entrada em vigor do novo tarifário; e (ii) os previsíveis atrasos no lançamento do UMTS e da TDT. No entanto, de acordo com o Tribunal, tal argumentação não podia proceder porque o tarifário não tinha sido elaborado para ter uma vida curta, mas numa perspetiva de futuro, na qual o UMTS e a TDT eram realidades aguardadas.

c) *Falta de justificação económica*

Segundo o Tribunal, cabia à AdC demonstrar que o tarifário, que lhe merecia censura, não tinha justificação ao nível do negócio da arguida e que a sua elaboração, aprovação e vigência apenas podiam ser explicadas ao nível de uma prática anticoncorrencial.

d) *Limitação do controle da produção, da distribuição e do desenvolvimento técnico ou dos investimentos*

O tarifário previa, ainda, um prémio de permanência pela manutenção de contratos de 4 e 5 anos. Segundo a AdC, este prémio constituía um desincentivo ao investimento no desenvolvimento de rede própria e favorecia as empresas do Grupo PT em detrimento dos concorrentes no retalho e/ou dos potenciais concorrentes no grosso. O Tribunal discordou, afirmando que «enquanto não tivessem rede autónoma [os operadores] sempre teriam que utilizar outra existente, e, sendo a da PTC, durante esse tempo teriam um preço para a utilização de circuitos em que seria atendido, além do mais, o tempo de permanência na utilização, como contrapartida da fidelidade do cliente e da segurança que o mesmo transmita à arguida pela manutenção contratual e dos proveitos dela decorrentes». O Tribunal aceitou ainda o argumento da arguida de que não havia qualquer penalização, caso os operadores quisessem terminar a relação contratual com a PT.

e) *Alegados vícios processuais e inconstitucionalidades*

O Tribunal do Comércio considerou improcedentes os vícios processuais alegados pela PTC, designadamente: (i) a violação dos seus direitos de defesa; (ii) a ininteligibilidade da decisão recorrida; (iii) a omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade; (iv) a violação do princípio da não autoincriminação; (v) a falta de comunicação à



Comissão de um projeto de decisão; (vi) a falta de parecer da entidade reguladora setorial ICP- ANACOM sobre a medida da coima.

## TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A AdC recorreu da decisão do Tribunal de Comércio para o Tribunal da Relação de Lisboa ("Tribunal da Relação"), que até ao momento da realização deste trabalho, ainda não se tinha pronunciado.

## COMENTÁRIO

A Sentença do Tribunal do Comércio parece desconhecer a *ratio* da jurisprudência comunitária quanto à problemática dos descontos praticados por empresas em posição dominante. É um facto que, como diz o Tribunal do Comércio, «a atribuição de descontos de quantidade é uma prática comum, que funciona como um incentivo à aquisição de bens ou produtos e como um meio de fidelizar o cliente». É exatamente por ter este efeito de aumentar as vendas e fidelizar o cliente que tal prática pode ser abusiva quando praticada por uma empresa em posição dominante. Como, aliás, o Tribunal do Comércio o reconheceu as empresas em posição dominante têm uma responsabilidade acrescida na preservação da concorrência. No entanto o Tribunal do Comércio não soube aplicar este dever especial no caso concreto.

Por já deterem uma parte significativa do mercado, e por já operarem sem serem condicionadas pela atuação dos seus concorrentes, clientes e fornecedores; estas empresas não podem praticar descontos de quantidade que levem à fidelização e/ou 'aprisionamento' (*lock-in effect*), sob pena de limitarem ou eliminarem a (pouca) concorrência do mercado. Neste sentido, recorde-se o Tribunal de Justiça nos acórdãos Hoffman-La Roche e AKZO: «o facto de uma empresa que se encontra em posição dominante vincular compradores — ainda que seja a pedido destes - a uma obrigação ou promessa de abastecimento, da totalidade ou de uma parte considerável das suas necessidades, exclusivamente nessa empresa, constitui uma exploração abusiva desta posição, na aceção do artigo 86.º do Tratado CEE [atual 102 do TFUE] , quer a obrigação em questão seja estipulada sem mais, quer tenha a sua contrapartida na concessão de descontos»<sup>1</sup>.

Quanto ao caráter discriminatório dos descontos de quantidade, relembremos o acórdão do Tribunal de Justiça no caso Aeroportos Portugueses: «...importa observar que faz parte da própria essência de um sistema de reduções de quantidade que os maiores compradores ou utilizadores de um produto ou de um serviço beneficiem de preços médios unitários menores ou, o que é a mesma coisa, de taxas médias de redução superiores às concedidas aos adquirentes ou utilizadores menos importantes desse produto ou serviço. Importa igualmente observar que, mesmo em caso de progressão linear das taxas de redução de quantidade com um desconto máximo, a taxa média de redução aumenta (ou o preço médio diminui) matematicamente, num primeiro momento, em proporção superior ao aumento das compras e, num segundo momento, em proporção inferior ao aumento das compras, antes de se estabilizar na taxa mínima de redução. O simples facto de um sistema de redução de quantidade conduzir a que determinados clientes beneficiem, relativamente a determinadas quantidades, de uma taxa média de redução proporcionalmente maior que outros, por referência à diferença dos respetivos volumes de compra, faz parte deste tipo de sistema e daí não se pode inferir que o sistema seja discriminatório. Todavia, quando os limiares dos diferentes escalões de redução, conjugados com as taxas praticadas, conduzem a que as reduções, ou reduções suplementares, só beneficiem determinados parceiros comerciais, concedendo-lhes uma vantagem económica não justificada pelo aumento do volume de atividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar relativamente aos seus concorrentes, um sistema

<sup>1</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comissão*, proc. C-85/76, Colet.1979, p. 461, para. 89; e acórdão do Tribunal de Justiça, de 3 de julho de 1991, *AKZO c. Comissão*, proc.C-62/86, Colet. 1991, p. I-3359, para. 149.



de redução de quantidade acarreta a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes. Na falta de justificações objetivas, podem constituir indícios de um tal tratamento discriminatório um limiar de funcionamento do sistema elevado, que só pode interessar a alguns parceiros particularmente importantes da empresa em posição dominante, ou a inexistência de linearidade do aumento das taxas de redução com as quantidades<sup>2</sup> (sublinhado nosso).

Quanto à justificação objetiva da conduta (neste caso do sistema de desconto), sublinha-se que esta justificação não faz parte dos elementos do tipo. Porquanto, não é a autoridade administrativa quem tem o dever de a investigar. Cabe à empresa alega-la e demonstra-la. Só nesse caso tem a autoridade administrativa o dever de fundamentadamente se pronunciar sobre essa questão e aceitá-la, ou não<sup>3</sup>.

No que respeita ao prémio de permanência, e mais concretamente, à possibilidade dos clientes terminarem o contrato, recordem-se as palavras do Tribunal Geral no caso *British Gypsum*: «Quanto ao argumento baseado no facto de os revendedores disporem da faculdade de romper, em qualquer momento, as suas relações contratuais com a BG, ele é inoperante, já que o direito de rescisão de um contrato não constitui de modo algum obstáculo à sua aplicação efetiva, enquanto não se fizer uso da faculdade de rescisão. A este propósito, há que notar que uma empresa em posição dominante dispõe de um poder suscetível de lhe permitir impor aos seus clientes não só a celebração de tais contratos, mas também a sua manutenção, tornando assim, de facto, ilusória a possibilidade jurídica de rescisão»<sup>4</sup>.

Alexandra Amaro

<sup>2</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de março de 2001, *República Portuguesa c. Comissão*, no proc. C- 163/99, Colet. 2001, p.I-02613, para. 51-53.

<sup>3</sup> Acórdão do Tribunal Geral, de 17 de setembro 2007, *Microsoft c. Comissão*, no proc. T-201/04, Colet. 2007, p. II-3601, para. 688.

<sup>4</sup> Acórdão do Tribunal Geral, de 1 de abril de 1993, *BPB Industries e Plc e British Gypsum Ltd c. Comissão*, proc. T-65/89, Colet. 1993, p. II -389, para. 73.