

BASE DE DADOS DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA

DECISÕES NACIONAIS

CASO	PTC Condutas			
DECISÕES JUDICIAIS	Tribunal		Processo	Data
	Sentença	Tribunal do Comércio de Lisboa, 2.º Juízo	1065/07.0TYLSB	02.03.2010
	Acórdão	Tribunal da Relação de Lisboa, 5.ª Secção	1065/07.0	20.12.2010
ASSUNTO	Tipo de infração	Abuso de Posição dominante		
	Questões substantivas	Posição dominante; recusa a contratar; infraestruturas essenciais; afetação das trocas comerciais entre os Estados Membros.		
	Questões processuais	Efeito direto do Regulamento n.º 1/2003; poder-dever das autoridades nacionais na aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFEU.		
NORMAS EUROPEIAS	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			
COMENTÁRIO				

SENTENÇA DO TRIBUNAL DO COMÉRCIO DE LISBOA

Em 2 de março de 2010, o Tribunal do Comércio de Lisboa (“Tribunal de Comércio” ou “Tribunal”) revogou a decisão da Autoridade da Concorrência (“AdC”) que condenava a PT Comunicações (“PTC”) numa coima de 38 milhões de euros pela prática de abuso de posição dominante, na forma de recusa de acesso às suas condutas no subsolo, e consequente violação do artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 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 do acesso a infraestruturas para efeitos de passagem de cabos e infraestruturas de redes de comunicações eletrónicas, tendo abusado da mesma, ao recusar o seu acesso a dois dos seus concorrentes (Cabovisão e TVTel) nos mercados a jusante: do serviço de televisão por subscrição; da oferta a retalho de internet de banda larga; e da oferta a retalho de telefonia fixa. Segundo a AdC, não só as referidas condutas constituíam infraestruturas essenciais para o desenvolvimento das atividades nos mercados a jusante, como a recusa da PTC não era objetivamente justificada e tinha um caráter discriminatório face à CATVP – TV Cabo Portugal, empresa maioritariamente detida pelo Grupo PT, que atuava nos referidos mercados a jusante. O Tribunal do Comércio absolveu a PTC da referida condenação por não ter dado como provados todos os elementos do tipo contraordenacional.

a) Recusa de acesso

O Tribunal concordou com a definição de mercado relevante defendida pela AdC, assim como concluiu que a PTC tinha uma posição dominante no mercado de acesso a infraestruturas para efeitos de passagem de cabos e infraestruturas de redes de comunicações eletrónicas; uma vez que era a única empresa que detinha uma rede de cobertura nacional com as características necessárias para construir uma rede nacional de comunicações eletrónicas, não sendo economicamente viável replicar esta rede na sua totalidade.



Não obstante, o Tribunal não deu como provados nem o carácter essencial das infraestruturas cujo acesso era requerido, nem o carácter injustificado e/ou discriminatório da recusa. Quanto ao primeiro, o Tribunal concluiu que a AdC não fez prova da irreplicabilidade das referidas infraestruturas locais, tendo apenas demonstrado a inviabilidade económica da replicação da rede à escala nacional. Mais, de acordo com o Tribunal, mesmo que tivesse feito prova da irreplicabilidade das condutas em causa, a AdC teria, ainda e sempre, de demonstrar que não existiam alternativas aos exatos troços de rede cujo acesso a PTC recusou. Porquanto, concluiu o Tribunal, que ao não demonstrar que as operadoras só podiam atuar nos mercados a jusante se construíssem a sua rede na infraestrutura da PTC, a AdC não demonstrou que as concretas recusas da PTC limitaram o desenvolvimento e expansão das redes das referidas operadoras e consequentemente causaram um dano, ou seriam aptas a causar um dano, à concorrência nesses mercados. Por último, o Tribunal acrescentou que mesmo que o requisito da essencialidade estivesse preenchido, só haveria abuso, se a recusa fosse injustificada, o que o Tribunal não concedeu.

Quanto ao carácter discriminatório da recusa, nomeadamente aos atrasos nas respostas aos operadores TvTel e Cabovisão, o Tribunal defendeu que esses atrasos só constituiriam uma recusa, na medida em que as operadoras pretendessem construir a sua rede logo que obtivessem a resposta da PTC. Só então, a falta de resposta as impedia de exercer a sua atividade, causando-lhes prejuízos. Segundo apurado pelo Tribunal, nem sempre a construção tinha início logo que concedido o acesso, e por vezes os operadores desistiam da construção. Por último, o Tribunal acrescentou que a AdC também não fez prova de que as recusas foram intencionais, isto é, que ao recusar o acesso às condutas a PTC pretendia impedir a construção de rede dos concorrentes da CATVP, ou pretendia permitir que esta construísse a sua rede em primeiro lugar.

b) Alegada inaplicabilidade do regime da concorrência

O Tribunal do Comércio não aceitou a tese da PTC, segundo a qual, esta não estava sujeita ao regime da concorrência por ser concessionária do serviço público de telecomunicações e necessitar das referidas infraestruturas para o prestar, cumprindo-se assim as exceções previstas no artigo 3.º, n.º 2, da Lei 18/2003 e do artigo 106.º, n.º 2, do TFUE. O Tribunal concluiu que a gestão das infraestruturas não se insere no serviço concessionado, por um lado; e que estando a PTC obrigada a assegurar a utilização da rede básica por todos os operadores em igualdade de condições de concorrência estava sujeita ao direito da concorrência, por outro.

c) Alegados vícios processuais e inconstitucionalidades

O Tribunal do Comércio considerou improcedentes os vícios processuais alegados pela PTC, designadamente: a violação dos seus direitos de defesa; (ii) a falta de notificação da decisão da AdC à entidade reguladora setorial ANACOM e à Comissão Europeia; (iii) a falta de notificação aos mandatários; (iv) a falta de indicação do prazo para a impugnação judicial da decisão no respetivo texto; (v) a impossibilidade de aplicação de coima pela infração ao artigo 82.º do Tratado pela ausência de previsão legal na Lei da Concorrência. O Tribunal também considerou improcedente a alegada inconstitucionalidade dos artigos 50.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e do artigo 26.º, n.º 1 e n.º 4, da Lei n.º 18/2003.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A AdC interpôs recurso da sentença do Tribunal do Comércio alegando: (i) nulidade da sentença por terem sido valoradas provas cuja valoração estava proibida; (ii) contradição insanável entre a fundamentação e a decisão; (iii) erro notório na apreciação da prova; (iv) erro na determinação e interpretação das normas jurídicas aplicáveis. O Tribunal da Relação considerou todas estas alegações improcedentes, e concluiu que os argumentos aduzidos pelo Tribunal do Comércio para fundamentar a absolvição da PT Comunicações não lhe mereciam qualquer censura, antes merecendo total concordância e elogiando a sua profundidade e seriedade.



No seu recurso, por considerar que o Tribunal do Comércio fez uma interpretação errada da prática decisória e jurisprudência europeias a respeito da chamada teoria das infraestruturas essenciais, a AdC solicitou, também, ao Tribunal da Relação de Lisboa (“Tribunal da Relação”)¹ que, nos termos do artigo 267.º do TFUE, suscitasse a pronúncia prévia do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as seguintes questões: (i) “é compatível com o disposto no artigo 102.º do TFUE a interpretação de que, para se concluir que uma infraestrutura é essencial, a Autoridade nacional tem de conseguir fazer a prova da inexistência de alternativas técnicas à infraestrutura cujo acesso haja sido requerido, bem como da impossibilidade de replicação da infraestrutura?; (ii) é compatível com o disposto no artigo 102.º do TFUE a interpretação de que, no caso de uma infraestrutura de rede, é suficiente, para que se considere a mesma não essencial, a possibilidade de demonstrar que havia alternativas ou que era possível replicar segmentos dessa rede?; (iii) o facto de a infraestrutura ter tido origem em monopólio legal ou financiamento público altera os pressupostos do teste da essencialidade da infraestrutura?”. O Tribunal da Relação não se pronunciou sobre este pedido e, com base neste facto, a AdC arguiu a nulidade do Acórdão.

Em 6 de março de 2012, o Tribunal da Relação decidiu sobre a reclamação. Em primeiro lugar, reconheceu que a falta de pronúncia constituía uma nulidade, procedendo ao seu saneamento. Em seguida, o Tribunal concluiu que apesar de ser o tribunal de última instância nestas matérias, não era obrigado a fazer o pedido prejudicial, uma vez que as questões colocadas não eram pertinentes, nem sérias, para a solução do litígio. Segundo o Tribunal da Relação, as questões controvertidas prendiam-se com matéria de facto e não com questões de direito, nomeadamente com a interpretação de conceitos jusconcorrenciais do direito da União Europeia.

COMENTÁRIO

Este foi o primeiro caso em que se aplicou o conceito de recusa de acesso a infraestrutura essencial previsto no n.º 3 do artigo 6.º, n.º 1, al. b) da Lei n.º 18/2003². Este conceito tem a sua génese na jurisprudência europeia sobre a recusa de venda, e mais concretamente no caso *Commercial Solvents*³, segundo o qual, a recusa de venda de um bem necessário à atividade de um concorrente, num mercado relacionado àquele em que a empresa tem posição dominante, constitui um abuso quando leva à eliminação da concorrência por parte desse concorrente nesse mercado relacionado. Neste sentido, o conceito de infraestrutura essencial tem suficiente suporte tanto na cláusula geral de abuso do artigo 102.º do TFUE, como no exemplo previsto na respetiva alínea b). Sublinhe-se, ainda, que o raciocínio económico que suporta a recusa de venda é o mesmo que suporta a doutrina das infraestruturas essenciais: uma empresa detém um *input* que é necessário para que um concorrente possa competir no mercado a jusante. A primeira referência a “infraestrutura essencial” foi feita pela Comissão na decisão *Sealink* sobre medidas cautelares: “*uma empresa dominante que ao mesmo tempo que detém a propriedade, ou controlo, utiliza uma infraestrutura essencial - isto é, uma infraestrutura ou uma instalação, sem o acesso à qual os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes -, e que recusa esse acesso ou apenas o concede em condições menos favoráveis do que as reservadas aos seus próprios serviços, colocando os seus concorrentes em situação de desvantagem, infringe o artigo 86.º, caso estejam preenchidas as restantes condições deste artigo*”⁴. A noção “essencial” foi mais tarde explicitada pelos Tribunais da União. No caso *European Night Services*, o Tribunal Geral referiu que “*um produto ou serviço só pode considerar-se essencial ou*

¹ Nos termos do artigo 52.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 (e do atual artigo 89.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012), o Tribunal da Relação decide em última instância.

² Correspondente ao atual artigo 11.º n.º 1 alínea e) da Lei n.º 19/2012.

³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de março de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Comissão Europeia*, nos proc. ap. 6/73 e 7/73, Colet. 1974, p.223.

⁴ Decisão da Comissão, de 9 de junho 1992, no proc. IV/34.174, *Sealink/B&I Holyhead*, para. 41(tradução nossa).



*indispensável se não existir qualquer alternativa real ou potencial*⁵. Em *Oscar Bronner*, o Tribunal de Justiça esclarece que deve ser impossível ou desrazoavelmente difícil replicar a infraestrutura por razões de ordem técnica, regulamentar ou económica⁶. O Tribunal fez, contudo, uma interpretação restrita sobre os obstáculos de natureza económica. A inviabilidade económica deve ser apreciada objetivamente e não no sentido da rentabilidade para o concorrente que pede o acesso⁷. Esta linha de argumentação vem ao encontro da outra faceta do carácter essencial da infraestrutura (já explorado pelo Tribunal Geral em *Ladbroke*⁸): o acesso tem de ser indispensável, e não conveniente ou mais proveitoso, para o concorrente que o solicita. Cumpre-nos, ainda, aqui, fazer referência à definição de infraestrutura essencial proposta pela Comissão especialmente para o setor das telecomunicações: “[a] expressão *infraestrutura essencial* é utilizada para descrever as instalações ou infraestruturas que sejam essenciais para alcançar os clientes e/ou permitir aos concorrentes exercer as suas atividades e que não possam ser duplicadas de forma viável”⁹. Sobre o conceito “essencial” a Comissão refere também: “[n]ão basta que a posição da empresa que solicita o acesso passe a ser mais vantajosa no caso de ser facultado o mesmo, sendo necessário que a sua recusa torne as atividades propostas impossíveis ou inviáveis do ponto de vista económico”¹⁰.

Não obstante, refira-se que, mesmo naqueles setores da economia que têm sido abertos à concorrência, como é o caso das telecomunicações, poderão surgir situações de abuso quando a recusa de acesso não incide sobre uma infraestrutura essencial, mas quando, por exemplo, a recusa tem um caráter discriminatório, ou equivale a uma suspensão do fornecimento¹¹. Por último, sobre a recusa de acesso, há que ter em atenção dois aspetos, que são aliás comuns às restantes figuras do abuso. Primeiro, o conceito de abuso é um conceito objetivo, ou seja, a conduta pode ser abusiva mesmo quando a empresa dominante não tinha intenção de prejudicar um concorrente, cliente ou fornecedor¹². Segundo, a (eventual) justificação objetiva da conduta (que é subsumível ao artigo 102.º do TFUE), não só não integra os elementos do tipo, como tem de ser alegada pela empresa dominante, cabendo, então, à autoridade administrativa ou judicial aceitar, ou não, essa alegação de forma fundamentada¹³.

Quanto à possibilidade de se aplicar o regime da concorrência em situações reguladas *ex ante* por legislação setorial, recorde-se o Tribunal de Justiça no acórdão *Deutsche Telekom*: “segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os artigos 81.º CE e 82.º CE só não são aplicáveis se às empresas for imposto um comportamento anticoncorrencial por uma legislação nacional, ou se essa legislação criar um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte. Com efeito, numa situação deste tipo, (...) a limitação da concorrência não é causada por comportamentos autónomos das empresas. Em contrapartida, os artigos 81.º CE e 82.º CE podem ser aplicáveis se se verificar que a lei nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência suscetível de ser

⁵ Acórdão do Tribunal Geral, de 15 de setembro de 1998, *European Night Services Ltd, Eurostar Ltd, Union internationale des chemins de fer, NV Nederlandse Spoorwegen e Société nationale des chemins de fer français c. Comissão*, nos proc. ap. T-374, 375, 384 e 388/94, Colet. 1998, p. II-03141, para. 208.

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 1998, *Oscar Bronner GmbH c. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH*, no proc. C-7/97, Colet. 1998, p. I-7791, para. 44.

⁷ *Idem*, para. 45 e 46.

⁸ Acórdão do Tribunal Geral, de 12 de junho de 1997, *Tiercé Ladbroke c. Comissão*, no proc. T-504/93, Colet. 1997, p. II-923.

⁹ Comunicação da Comissão (98/C 265/02) sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações, de 22.08.1998, para. 68.

¹⁰ *Idem*, para. 91 alínea a).

¹¹ A respeito do caráter discriminatório, veja-se a Decisão da Comissão de 22.06.2011, no proc. COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska S.A.* Veja-se ainda a referida Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no setor das telecomunicações, para. 85 e 86 (caráter discriminatório) e para. 99 e 100 (suspensão de fornecimento).

¹² Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche c. Comissão*, no proc. 85/76, Colet. 1979, p. 461, para. 91.

¹³ Acórdão do Tribunal Geral, de 17 de setembro de 2007, *Microsoft c. Comissão*, no proc. T-201/04, Colet. 2007, p. II-3601, para. 688.



impedida, restringida ou falseada por comportamentos autónomos das empresas. (...). [E]stá assente que [a] regulação [setorial] em nada privou a recorrente da possibilidade de alterar os seus preços de retalho pelos serviços de acesso aos utilizadores finais e, portanto, de adotar um comportamento autónomo sujeito ao artigo 82.º CE, uma vez que as normas da concorrência previstas no Tratado CE completam, pelo exercício de uma fiscalização ex post, o quadro regulamentar adotado pelo legislador da União com vista à regulação ex ante dos mercados das telecomunicações¹⁴ (sublinhado nosso).

Alexandra Amaro

¹⁴ Acórdão do Triunal de Justiça, de 14 de outubro de 2010, *Deutsche Telekom c. Comissão*, no proc. C-280/08 P, Colet. 2010, p. I-09555, para. 80 e 92.