

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

F. G. JACOBS

apresentadas em 28 de Maio de 1998 *

1. Neste processo, o Oberlandesgericht Wien, actuando no âmbito da sua competência como Kartellgericht (tribunal competente em matéria de cartéis), coloca ao Tribunal de Justiça a questão de saber se o facto de um grupo de imprensa que detém uma parte importante do mercado de jornais diários recusar a admissão ao seu sistema de distribuição ao domicílio a um editor de um jornal concorrente, ou de apenas o permitir se este comprar ao grupo determinados serviços complementares, constitui um abuso de posição dominante contrário ao artigo 86.º do Tratado.

tenverlag GmbH Co. KG, edita os jornais diários «Neue Kronen Zeitung» e «Kurier», e assegura a distribuição e o negócio de publicidade desses jornais por intermédio das suas filiais, das quais possui 100% do capital, a Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, respectivamente as segunda e terceira demandadas no processo principal. Em 1994, estes dois jornais detinham em conjunto uma parte do mercado de 46,8% da tiragem total e de 42% do total da publicidade. Para além disso, atingiram uma percentagem de difusão de 53,3% pelas pessoas maiores de 14 anos que vivem em economia familiar e de 71% de todos os leitores de jornais diários.

Os factos e as questões do órgão jurisdicional nacional

2. A Oscar Bronner GmbH & Co. KG (a seguir «Bronner») edita o jornal diário «Der Standard». Em 1994, este jornal detinha no mercado dos jornais diários austríacos uma parte de 3,6% relativamente à tiragem, e uma parte de 6% quanto à publicidade.

3. A primeira demandada no processo principal, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschrif-

4. Através da acção interposta com base no § 35 da Kartellgesetz austríaca (lei sobre cartéis), a Bronner pede que o grupo Mediaprint (a seguir «Mediaprint») seja condenado a pôr fim ao abuso da sua posição dominante e a conceder-lhe, em contrapartida de um preço razoável, a admissão no seu sistema nacional de distribuição domiciliária de jornais diários. Verifica-se que, embora exista um certo número de sistemas regionais e locais, o de Mediaprint é o único que possui uma dimensão nacional na Áustria. A Bronner defende que a distribuição domiciliária é o único sistema que garante a entrega do jornal diário ao assinante de manhã cedo; a entrega pelo correio, que em regra se faz apenas no fim da manhã, não representa uma alternativa equivalente. Atendendo ao pequeno número

* Língua original: inglês.

dos seus assinantes, não seria rentável para a Bronner organizar o seu próprio sistema de distribuição domiciliária. A Bronner invoca também que a Mediaprint cometeu uma discriminação a seu respeito ao incluir outro jornal diário, o «Wirtschaftsblatt», não editado pela Mediaprint, no seu sistema de distribuição domiciliária.

5. A Mediaprint sustenta que constituiu o seu sistema de distribuição domiciliária com grandes investimentos administrativos e financeiros. Mesmo enquanto empresa com posição dominante, não é obrigada a promover os seus concorrentes. A situação do «Wirtschaftsblatt», que a Mediaprint incluiu no seu sistema, não é comparável à do «Der Standard», uma vez que o proprietário do «Wirtschaftsblatt» encarregou igualmente a Mediaprint da impressão e da comercialização; a distribuição domiciliária representa apenas uma parte de um conjunto de outras prestações. Além disso, o «Wirtschaftsblatt» não é um concorrente directo dos jornais diários da Mediaprint, uma vez que não contém partes importantes (desporto, cultura, televisão) de um jornal diário normal. Finalmente, a abertura do sistema de distribuição domiciliária a todos os proprietários de jornais diários austríacos excederia a sua capacidade.

6. O órgão jurisdicional nacional considera que a sua competência se limita à aplicação das regras de concorrência nacionais, sem que lhe seja permitido aplicar directamente as regras do Tratado. Todavia, de acordo com a sua fundamentação, se o comportamento de um operador económico no mercado for abrangido pelo artigo 86.º do Tratado, deve admitir-se que também constitui um abuso

de posição dominante na acepção do § 35 da Kartellgesetz, cujo conteúdo é idêntico. Um comportamento proibido pelo direito comunitário não pode ser tolerado, em razão da prevalência de princípio do direito comunitário, pelo direito nacional. Salientando que a aplicabilidade do artigo 86.º do Tratado pressupõe que pelo comportamento abusivo possa ser afectado o comércio entre Estados-Membros, o órgão jurisdicional nacional evoca os receios expressos pela Bronner, segundo os quais a sua não admissão ao sistema de distribuição domiciliária da Mediaprint o afastaria do mercado dos jornais diários e ameaçaria a sua existência. Considerando que a Bronner, enquanto proprietária de um jornal diário nacional que também é vendido no estrangeiro, participa no comércio internacional, o órgão jurisdicional nacional conclui que existe um efeito no comércio intracomunitário.

7. Assim, solicita que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre as seguintes questões:

- «1) Deve o artigo 86.º do Tratado CE ser interpretado no sentido de que integra uma exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, sob a forma de impedimento abusivo do acesso ao mercado, o facto de uma empresa que se dedica à edição, produção e distribuição de jornais diários, que detém, com os seus produtos, uma posição dominante no mercado austríaco de jornais diários (nomeadamente com 46,8% de todo o mercado da edição, 42% da publicidade nos jornais e 71% do número de exemplares dos jornais diários) e que possui o único sistema de distribuição domiciliária a assinantes, de âmbito supra-regional, existente na Áustria, recusar uma proposta escrita e vinculativa de outra empresa, que igualmente se dedica

à edição, produção e distribuição de um jornal diário na Áustria, de inclusão deste jornal diário no seu sistema de distribuição domiciliária, tendo ainda em consideração que a esta segunda empresa não é possível, por causa do pequeno volume da edição e do correspondente pequeno número de assinantes, criar, quer sozinha quer em colaboração com as demais empresas que editam jornais diários no mesmo mercado, um sistema de distribuição domiciliária próprio que tenha custos suportáveis e seja rentável?

Admissibilidade

9. A Mediaprint e a Comissão defendem que o pedido é inadmissível. Com efeito, na sua opinião, o órgão jurisdicional nacional é uma autoridade nacional em matéria de concorrência que apenas tem competência para aplicar o direito nacional na matéria.
10. Contudo, parece claro que o *Kartellgericht* é um órgão jurisdicional nacional e que actua nessa qualidade no processo principal. Deve, portanto, ter competência para aplicar o artigo 86.º
11. O facto de ser um órgão de natureza jurisdicional e actuar nessa qualidade é confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto às características que um órgão deve apresentar para ser considerado um «órgão jurisdicional de um Estado-Membro» na acepção do artigo 177.º do Tratado. O Tribunal de Justiça tem em conta um conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, a sua permanência, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência¹. O órgão deve, além disso, actuar enquanto órgão jurisdicional. Será o caso «se perante ele se encontrar pendente um litígio e se for chamado a pronunciar-se no âmbito de um processo que
- 2) Existe abuso, na acepção do artigo 86.º do Tratado CE, quando, nas circunstâncias precisadas na questão 1), o proprietário de um sistema de distribuição domiciliária de jornais diários faz depender o estabelecimento de relações comerciais com o editor de um produto concorrente da condição de este o encarregar não só da distribuição domiciliária, mas também de outras prestações (por exemplo, distribuição através de postos de venda, impressão), no âmbito de um negócio global?»
8. Foram apresentadas observações escritas pela Bronner, pela Mediaprint e pela Comissão, tendo todas igualmente estado representadas na audiência.

1 — V., por exemplo, acórdão de 17 de Setembro de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Colect., p. I-4961).

deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdiccional...»².

12. A Mediaprint e a Comissão não afirmam que o Kartellgericht não preenche essas condições. De facto, o Oberlandesgericht Wien foi instituído pela Kartellgesetz como tribunal permanente da concorrência na Áustria³. É composto por um juiz, que actua como presidente, e por dois assessores⁴, cujas competências técnicas e independência são garantidas⁵ (os processos urgentes são despachados apenas pelo presidente⁶). Tem por atribuições aplicar a Kartellgesetz de acordo com os processos que aí são estabelecidos⁷.

13. Se alguns processos são mais de natureza administrativa do que judicial (por exemplo, o registo dos cartéis), o processo principal neste caso é manifestamente de natureza judicial. Foi iniciado por uma parte contra outra com base no § 35 da Kartellgesetz, nos termos da qual o Kartellgericht ordena a uma empresa, com base num pedido, que ponha fim ao abuso de uma posição dominante. Resulta claramente da formulação desta disposição, em especial, dos termos «hat auf Antrag... aufzutragen» («ordena com base num pedido...»), que ela institui um direito

de recurso que não deixa qualquer poder discricionário ao Kartellgericht quanto à possibilidade de admitir a acção. Ao apreciar a acção, o Kartellgericht aplica as normas e os conceitos estabelecidos nos §§ 34 e 35 da Kartellgesetz, em especial, os conceitos de domínio e de abuso.

14. Assim, parece não haver dúvida que é necessário considerar o Kartellgericht como um órgão jurisdiccional. Tendo o artigo 86.º do Tratado um efeito directo, um particular deve, portanto, em princípio, ter a possibilidade de o invocar num processo perante o Kartellgericht⁸. Esta possibilidade é-lhe proporcionada não obstante o facto de poder igualmente invocar os direitos resultantes deste artigo perante os órgãos jurisdicionais ordinários. O princípio do efeito útil do direito comunitário exige que qualquer órgão jurisdiccional que tenha competência para apreciar uma acção sobre factos relativamente aos quais é aplicável uma norma comunitária possa aplicar essa norma⁹.

15. É surpreendente que a Comissão faça referência ao acórdão BRT e SABAM para justificar a tese contrária. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que mesmo os órgãos jurisdicionais especialmente competentes para aplicar a legislação nacional sobre a concorrência ou fiscalizar a legalidade dessa aplicação pelas autoridades administrativas não estão dispensados de aplicar o artigo 86.º do Tratado, sempre que perante eles este seja invocado¹⁰.

2 — Acórdão de 19 de Outubro de 1995, Job Centre (C-111/94, Collect., p. I-3361, n.º 9).

3 — § 88.

4 — § 89, n.º 1.

5 — § 94.

6 — § 92.

7 — V., em especial, o § 43.

8 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1974, BRT e SABAM (127/73, Collect., p. 33, n.ºs 19 e 20).

9 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1976, Simmenthal (35/76, Collect., p. 747).

10 — N.ºs 19 e 20.

16. Poderia, contudo, defender-se, que o acórdão BRT e SABAM não resolve o problema, visto que o órgão jurisdicional de reenvio era na realidade um órgão jurisdicional cível que apreciava uma acção cível ordinária e não um tribunal especializado em processos de concorrência. Na sua comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE ¹¹, a Comissão reconhece que as autoridades de alguns Estados-Membros são exclusivamente competentes para aplicar as regras nacionais não dispondo dos meios processuais necessários para aplicar os artigos 85.º e 86.º Sendo entendido que estes artigos destinam-se mais às empresas do que aos Estados-Membros e que a Comissão foi designada como a principal autoridade competente para a sua aplicação, sucede que os Estados-Membros não são obrigados a confiar às suas autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência (na medida em que são diferentes dos órgãos jurisdicionais) as funções de velar pela sua aplicação. Daí que a única obrigação desses órgãos seja aplicar as regras de concorrência nacionais de uma forma que não contrarie os artigos 85.º e 86.º

17. Se esta tese for correcta, poderá considerar-se que um órgão jurisdicional nacional pode alargar a fiscalização das decisões proferidas por essas autoridades à não aplicação ou à aplicação errada de disposições comunitárias. Assim, nesses casos, poderá ser necessário considerar o órgão jurisdicional como um prolongamento do

órgão apenas competente para a aplicação do direito nacional da concorrência.

18. Contudo, não é necessário prosseguir sobre esta questão. Nenhum problema se coloca quando, como no caso em apreço, um Estado-Membro organiza o seu sistema de tal forma que o órgão especialmente competente em matéria de concorrência é ele próprio um órgão jurisdicional e o processo em causa tiver natureza contraditória e judicial. Nessas circunstâncias, o princípio do efeito útil do direito comunitário e o efeito directo do artigo 86.º exigem que o órgão jurisdicional tenha a possibilidade de aplicar directamente o artigo 86.º ao processo que lhe é submetido, afastando assim a necessidade de introduzir uma acção distinta, baseada no direito comunitário, perante outro órgão jurisdicional.

19. Também não é necessário, no presente processo, examinar se cabe ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre o artigo 86.º do Tratado com o fundamento de que este não é aplicável enquanto tal, mas que uma decisão nesse sentido poderia ser útil ao órgão jurisdicional para aplicar a sua legislação nacional. Esta questão pôr-se-ia se o órgão jurisdicional nacional não tivesse competência para aplicar o artigo 86.º; o pedido, aliás, foi apresentado ao Tribunal de Justiça nesse pressuposto.

20. Pode perguntar-se se seria adequado o Tribunal de Justiça pronunciar-se a este

11 — JO 1997, C 313, p. 3.

respeito. Como salienta a Comissão, as disposições austríacas relativas à concorrência não são directamente baseadas no direito comunitário da concorrência e não fazem referência a este. O direito austríaco dá da posição dominante uma definição completamente diferente da do direito comunitário. Um abuso apenas é proibido quando o Kartellgericht tenha ordenado que lhe seja posto fim. Além disso, a posição dominante no sector dos *media* é objecto de medidas especiais. O presente processo é, portanto, diferente daqueles em que existe um laço directo entre o direito nacional e o direito comunitário, como aqueles em que a legislação nacional consiste numa transposição directa do direito comunitário ¹².

21. Poderá, todavia, defender-se que o domínio do direito da concorrência apresenta características especiais que deveriam levar o Tribunal de Justiça a pronunciar-se pelo menos nos processos em que o comércio intracomunitário é afectado. No estado actual do direito comunitário, as regras de concorrência comunitárias e nacionais são aplicadas em conjunto nos processos abrangidos pelo âmbito de aplicação dos artigos 85.º e 86.º ¹³. Assim, apesar de no processo principal o órgão jurisdicional de reenvio propor a aplicação do direito nacional, a situação que lhe foi apresentada — e o contexto em que pediu ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse — é regulada pelo artigo 86.º

22. Os limites que o direito comunitário fixa à aplicação divergente do direito nacional nos processos abrangidos pelo âmbito de aplicação dos artigos 85.º e 86.º permanecem incertos ¹⁴, e chegou-se a propor, tendo em conta as dificuldades em definir esses limites de forma coerente, rever o próprio princípio da aplicação conjunta ¹⁵. Na prática, verifica-se que a incerteza neste domínio é parcialmente compensada por uma estreita cooperação entre a Comissão e as autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência, cooperação cuja importância foi sublinhada pela Comissão ¹⁶. Nestas condições, compreende-se que, apesar de apenas ser competente para aplicar a sua legislação nacional, um órgão jurisdicional desejaria obter, em especial quando o comércio entre Estados-Membros é afectado, esclarecimentos sobre a posição do direito comunitário, tendo em vista, na medida do possível, chegar a um resultado análogo em aplicação das regras nacionais. Embora o órgão jurisdicional nacional possa não estar sujeito, nos termos do direito comunitário ou do direito nacional, a qualquer obrigação que lhe imponha a aplicação do acórdão do Tribunal de Justiça, este pode ser determinante nesse caso. Esse caso é, assim, completamente diferente do caso da utilização do pedido prejudicial como simples exercício de direito comparado ¹⁷.

23. Existem, assim, considerações contraditórias que exigiriam uma solução se fosse

12 — Acórdãos de 17 de Julho de 1997, *Leur-Bloem* (C-28/95, *Colect.*, p. I-4161), e *Giloy* (C-130/95, *Colect.*, p. I-4291).

13 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, *Wilhelm e o.* (14/68, *Colect.*, p. 1).

14 — V. acórdão *Wilhelm e o.* (referido na nota 13), acórdão de 10 de Julho de 1980, *Giry e Guerlain e o.* (253/78, 1/79, 2/79 e 3/79, *Recueil*, p. 2327), as conclusões do advogado-geral *Lesauero* relativas ao acórdão de 24 de Outubro de 1995, *Volkswagen e VAG Leasing* (C-266/93, *Colect.*, p. I-3477), e a comunicação da Comissão referida na nota 11, n.º 16 a 22.

15 — *Walz, Robert: «Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law», 1996, EL Rev.*, vol. 21, p. 449.

16 — V., de forma geral, a comunicação da Comissão referida na nota 11.

17 — V. acórdão de 28 de Março de 1995, *Kleinwort Benson* (C-346/93, *Colect.*, p. I-615).

necessário chegar a uma conclusão sobre esta questão. A discussão acima referida parece-me contudo hipotética, uma vez que é claro que um órgão jurisdicional nacional ao apreciar um recurso como o do processo principal deve, como já vimos, poder aplicar directamente o artigo 86.º O facto desta disposição não ter sido invocada no processo principal perante o órgão jurisdicional nacional não põe em causa a competência do Tribunal de Justiça para proferir o acórdão solicitado. O órgão jurisdicional nacional pediu uma decisão sobre o artigo 86.º e pode ter necessidade de o aplicar uma vez determinada a sua competência nesta matéria.

24. A Mediaprint e a Comissão defendem igualmente que, contrariamente à afirmação do órgão jurisdicional, a exigência de uma afectação do comércio entre Estados-Membros não se verificou. A conclusão segundo a qual o «Der Standard» seria expulso do mercado é inverosímil, e, se fosse verdade, uma eventual afectação do comércio pouco se sentiria face ao fraco número de exemplares vendidos no estrangeiro.

25. Todavia, o órgão jurisdicional nacional declarou liminarmente que a exigência de afectação do comércio estava preenchida e colocou as questões partindo desse pressuposto. É o suficiente para tornar o pedido admissível. O argumento que a Mediaprint sustenta nas suas observações, segundo o qual os exemplares do «Standard» vendidos no estrangeiro representam uma mínima parte das vendas totais poderia, se isso se verificasse, lançar a dúvida quanto à fundamentação do órgão jurisdicional nacional, mas isso não é suficiente para levar o Tribunal de Justiça a concluir que as questões do

órgão jurisdicional nacional não têm manifestamente relação com o litígio que lhe foi submetido.

26. Por outro lado, como reconhece a Comissão, as conclusões do órgão jurisdicional nacional poderia apoiar-se noutra fundamentação. Se a recusa da Mediaprint de abrir o seu sistema tivesse por efeito tornar difícil o acesso ao mercado austríaco, poderia ter por efeito fechar esse mercado à concorrência de editores (originários) de outros Estados-Membros, que desejariam editar ou vender jornais na Áustria e, portanto, perturbar o desenvolvimento das trocas comerciais na Comunidade. O argumento da Comissão sobre o carácter pouco plausível desse efeito, em virtude da existência de outros modos de distribuição, é uma questão de fundo. Se a recusa da Mediaprint de admissão ao seu sistema de distribuição fosse declarada abusiva pelos seus efeitos no mercado austríaco dos jornais diários, o comércio intracomunitário seria também potencialmente afectado com base na análise acima referida.

27. Concluo, assim, pela admissibilidade do pedido.

Primeira questão

28. Para verificar se uma empresa abusou, em violação do artigo 86.º, de uma posição dominante no mercado, é conveniente, em primeiro lugar, definir o mercado relevante, depois, determinar se a empresa em questão é dominante no mercado assim definido e, finalmente, no caso afirmativo, verificar se o seu comportamento é ou não constitutivo de um abuso dessa posição dominante.

Mercado em causa

29. As questões do órgão jurisdicional nacional parecem presumir que o mercado relevante é o mercado dos jornais diários, considerando o sistema de distribuição altamente desenvolvido da Mediaprint como um elemento da apreciação da questão de saber se este é dominante nesse mercado. Tal como a Bronner e a Comissão, parece-me, contudo, mais apropriado, no caso em apreço, definir o mercado relevante como sendo não o dos jornais enquanto tal, mas o da distribuição, ou uma parte deste. Uma empresa pode ser dominante no mercado de um determinado produto, sem que por isso controle a distribuição, ou inversamente. O alegado abuso é a recusa de admissão ao sistema de distribuição da Mediaprint, ou a sujeição dessa admissão a condições não razoáveis. Assim, o pedido reporta-se a um exercício, pretensamente abusivo por parte da Mediaprint, do

poder económico que tem no sector da distribuição de jornais, com vista a eliminar a concorrência no mercado conexo dos jornais.

30. Para além do sistema nacional da Mediaprint, parece que existe, na Áustria, um certo número de sistemas locais ou regionais; existem, além disso, outros meios de distribuição, tais como a entrega pelo correio, os armazéns, os quiosques, os vendedores de jornais, os distribuidores automáticos, etc. Nestas condições, há que verificar se o mercado relevante é: a) a distribuição de jornais diários em geral; b) a distribuição domiciliária regional ou nacional de jornais diários, ou c) a distribuição domiciliária nacional de jornais diários. A este respeito, a questão essencial é a medida em que a distribuição nacional ao domicílio é intersubstituível com serviços de distribuição local ou regional, ou com outros modos de distribuição. A distribuição nacional ao domicílio constituirá um mercado separado se apresentar um grau de intersubstituibilidade limitado com outras formas de distribuição. A medida em que apresenta características específicas que influenciam a escolha dos clientes, assim como o grau de elasticidade cruzada da procura entre o serviço e outros tipos de distribuição, revestem uma importância especial¹⁸.

31. Todavia, não é aqui necessário desenvolver esta questão. Como explicarei adiante,

18 — V. acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão* (27/76, *Colect.*, p. 77, n.º 22 a 35). V., igualmente, a comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5).

mesmo adoptando a definição mais estreita do mercado relevante, isto é, a distribuição domiciliária nacional de jornais diários, a recusa da Mediaprint de admissão ao seu sistema não é constitutiva de um abuso contrário ao artigo 86.º

Abuso

Posição dominante

32. Segundo a análise tradicional, a etapa seguinte seria determinar se a Mediaprint detém uma posição dominante no mercado em causa. No acórdão *United Brands/Comissão*, o Tribunal de Justiça definiu posição dominante como «uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe dá o poder de entravar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa conferindo-lhe a possibilidade de comportamentos independentes apreciáveis em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores¹⁹». O resultado pode, assim, variar em função da determinação do mercado relevante pelo órgão jurisdicional nacional. Todavia, não é necessário considerar aqui as diversas possibilidades porque, como se verificará, é conveniente, no actual contexto, examinar a questão do domínio em conjunto com a do abuso.

33. O problema essencial que suscita a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio é o de saber se uma empresa colocada na posição da Mediaprint comete um abuso ao recusar abrir o seu sistema nacional de distribuição ao domicílio a um concorrente. Referindo-se ao que se acordou designar como a doutrina das «essential facilities» (infra-estruturas essenciais), a Bronner considera que a Mediaprint deve conceder essa admissão com o fundamento de que se trata de uma condição prévia para que haja uma concorrência efectiva no mercado dos jornais diários.

34. Segundo esta doutrina, uma empresa que goza de uma posição dominante no fornecimento de infra-estruturas que são essenciais para o fornecimento de bens ou serviços noutra mercado abusa da sua posição dominante ao recusar, sem justificação objectiva, conceder o acesso às referidas infra-estruturas. Assim, em certos casos, uma empresa dominante não deve apenas abster-se de qualquer comportamento anti-concorrencial, mas deve ainda promover activamente a concorrência concedendo a concorrentes potenciais o acesso às infra-estruturas que desenvolveu.

19 — N.º 65.

35. O Tribunal de Justiça ainda não se referiu à doutrina das «essential facilities» na sua jurisprudência. Todavia, pronunciou-se num certo número de processos quanto à recusa de fornecer bens ou serviços. Em dois processos antigos, o Tribunal de Justiça indicou claramente que a cessação de fornecimentos a um cliente podia constituir um abuso. No acórdão Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão²⁰, declarou que o detentor de uma posição dominante quanto à produção de uma matéria-prima não pode recusar o fornecimento a um cliente, que também é produtor de derivados dessa matéria-prima, apenas por ter decidido iniciar ele próprio a produção de tais derivados e desejar eliminar o seu antigo cliente do mercado.

36. De modo análogo, no processo United Brands/Comissão²¹, uma empresa (UBC) detentora de uma posição dominante na produção de bananas, que comercializava sob a marca «Chiquita», tinha deixado de fornecer um distribuidor dinamarquês quando este, na sequência de um desentendimento com a UBC, tinha iniciado a promoção de bananas de um concorrente, dando uma atenção menor ao distribuidor de bananas da UBC.

«uma empresa detentora de uma posição dominante quanto à distribuição de um produto — beneficiando do prestígio de uma marca conhecida e apreciada pelos consumidores — não pode cessar os seus fornecimentos a um cliente e respeitando os usos comerciais, quando as encomendas desse cliente não apresentam qualquer carácter anormal»²².

37. Nos acórdãos CBEM²³ e GB-Inno-BM²⁴, o Tribunal de Justiça afirmou o princípio de que «constitui um abuso na acepção do artigo 86.º o facto de uma empresa detentora de uma posição dominante num dado mercado reservar para si própria, sem necessidade objectiva, uma actividade auxiliar que poderia ser exercida por uma terceira empresa no quadro das actividades desta num mercado próximo, embora distinto, com o risco de eliminar toda a concorrência por parte desta empresa»²⁵. No processo Télémaking, considerava-se que uma empresa de teledifusão abusava da sua posição dominante no mercado da teledifusão ao exigir dos anunciantes que utilizassem os serviços da sua filial especializada em *telemarketing*. O laço estabelecido entre os dois serviços era considerado como uma recusa de fornecer os serviços da estação a qualquer outra empresa de *telemarketing*, eliminando, assim, toda a concorrência num mercado auxiliar em benefício da sua filial.

22 — N.º 182.

23 — Acórdão de 3 de Outubro de 1985 (311/84, Colect., p. 3261, a seguir «acórdão Télémaking»).

24 — Acórdão de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941).

25 — Acórdão GB-Inno-BM, n.º 18.

20 — Acórdão de 6 de Março de 1974 (6/73 e 7/73, Colect., p. 119, a seguir «acórdão Commercial Solvents»).

21 — Já referido na nota 18.

38. Referindo-se ao acórdão *Télémarketing*, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão GB-Inno-BM, que constitui violação do artigo 86.º do Tratado o facto de uma empresa que detém o monopólio no mercado do estabelecimento e da exploração de uma rede de telecomunicações reservar para si própria, sem necessidade objectiva, um mercado próximo, mas distinto, na ocorrência o da importação, comercialização, ligação, colocação em funcionamento e manutenção dos aparelhos destinados a serem ligados a essa rede, eliminando assim toda a concorrência por parte de outras empresas.

39. Finalmente, em dois outros processos, o Tribunal de Justiça examinou a questão de saber se a recusa de fornecer era constitutiva de um abuso em situações que não revelam a existência de nenhum outro elemento, tais como a cessação de fornecimentos a um cliente ou o estabelecimento de um laço entre prestações não conexas. No seu acórdão *Volvo* ²⁶, o Tribunal declarou que o facto de um produtor de automóveis, titular de modelos industriais registados referentes a painéis de carroçaria, recusar a concessão a terceiros de uma licença para o fornecimento de peças sobressalentes necessárias à reparação de veículos não constitui um abuso de posição dominante. O Tribunal de Justiça declarou:

«É importante acentuar, em seguida, que a faculdade de o titular de um modelo industrial protegido impedir terceiros de fabricar, bem como de vender ou importar, sem o seu consentimento, produtos integrantes do modelo industrial constitui a própria essência

do seu direito exclusivo. Daqui resulta que impor ao titular do modelo industrial protegido a obrigação de conceder a terceiros, mesmo com *royalties* razoáveis em compensação, uma licença para o fornecimento de produtos integrantes do modelo industrial teria por consequência privar aquele titular de parte essencial do seu direito exclusivo, e que, por isso, a recusa de concessão de semelhante licença não pode constituir, sem mais, um abuso de posição dominante.

Há que salientar, porém, que o exercício o direito exclusivo pelo titular de um modelo industrial relativo a painéis de carroçaria de veículos automóveis pode ser proibido pelo artigo 86.º se der origem, por parte de uma empresa em posição dominante, a certos comportamentos abusivos, tais como a recusa arbitrária de fornecer peças sobressalentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobressalentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobressalentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular, desde que esses comportamentos possam afectar o comércio entre Estados-Membros» ²⁷.

40. Mais recentemente, no processo RTE e ITP/Comissão ²⁸, o Tribunal de Justiça confirmou, todavia, a constatação do Tribunal de Primeira Instância segundo a qual as empresas de teledifusão abusavam da sua posição dominante, invocando as disposições nacionais sobre o direito de autor que detinham

26 — Acórdão de 5 de Outubro de 1988 (238/87, Colect., p. 6211).

27 — N.ºs 8 e 9; v também acórdão de 5 de Outubro de 1988, CICRA e Maxicar (53/87, Colect., p. 6039).

28 — Acórdão de 6 de Abril de 1995 (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, a seguir «acórdão Magill»).

sobre os programas das emissões televisivas a fim de impedir a publicação por um terceiro de guias semanais de televisão que concorriam com os que cada estação publicava abrangendo exclusivamente os seus programas. O Tribunal de Justiça salientou:

«As recorrentes — que eram, pela força das coisas, as únicas fontes da informação em bruto sobre a programação, matéria-prima indispensável para criar um guia semanal de televisão — não deixavam assim ao telespectador que pretendesse informar-se das ofertas de programas para a semana seguinte outra possibilidade senão a de comprar os guias semanais de cada estação emissora e deles retirar ele próprio os dados úteis para fazer comparações.

A recusa das recorrentes de fornecerem as informações em bruto, invocando as disposições nacionais sobre o direito de autor, constitui, assim, um entrave ao lançamento de um produto novo, um guia semanal completo dos programas de televisão, que as recorrentes não ofereciam, e para o qual existia uma procura potencial por parte dos consumidores, o que constitui um abuso nos termos do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea b), do Tratado»²⁹.

41. O Tribunal de Primeira Instância teve em conta o acórdão Magill no processo

Tiercé Ladbroke/Comissão³⁰. Neste processo, a Comissão tinha rejeitado a queixa que a recorrente tinha apresentado contra a recusa que as empresas que detinham os direitos sobre as imagens televisivas e os comentários sonoros das corridas francesas, bem como contra a empresa que detinha os direitos exclusivos de explorar essas imagens na Alemanha e na Áustria, tinham oposto ao pedido que tinha apresentado com vista a obter a concessão do direito de retransmitir as imagens e comentários sonoros nas suas agências hípicas na Bélgica. Confirmando a decisão da Comissão, o Tribunal considerou, em primeiro lugar, que esta tinha correctamente definido o mercado do produto relevante como sendo o da retransmissão de sons e imagens das corridas hípicas em geral e o mercado geográfico como sendo o mercado belga. Examinando de seguida a questão do abuso, o Tribunal salientou que as empresas ainda não tinham concedido qualquer licença para o território belga; a sua recusa de conceder uma licença à requerente não constituía, assim, uma discriminação entre os operadores no mercado belga. Por outro lado, na medida em que o mercado geográfico se dividia em mercados distintos, essa recusa não comportava qualquer compartimentação dos mercados.

42. Finalmente, o Tribunal considerou que a recusa de conceder uma licença não constituía, na ausência desses elementos, um abuso na aceção do acórdão Magill. Ao contrário do acórdão Magill, no qual a recusa de conceder uma licença ao recorrente o impedia de entrar no mercado dos guias gerais de televisão, no caso em apreço, a recorrente não apenas estava presente, mas ocupava a maior parte do mercado das corridas hípicas sobre

29 — N.º 53 e 54.

30 — Acórdão de 12 de Junho de 1997 (I-504/93, Colect., p. II-923), pendente de recurso.

o qual o produto em causa, isto é, os sons e as imagens, era proposto aos consumidores, enquanto que os titulares dos direitos estavam ausentes. A supor mesmo que a presença das sociedades de corridas no mercado belga dos sons e imagens não era, no caso em apreço, um elemento determinante, o artigo 86.º não seria aplicável neste caso:

«Com efeito, a recusa oposta à recorrente só pode ser atingida pela proibição do artigo 86.º se disser respeito a um produto ou a um serviço que se apresenta como essencial para o exercício da actividade em causa, no sentido de que não existe qualquer sucedâneo real ou potencial, ou como um produto novo cujo aparecimento seria entravado, apesar de uma procura potencial específica constante e regular por parte dos consumidores...»³¹.

43. Resulta claramente dos referidos acórdãos que uma empresa dominante comete um abuso quando cessa, sem justificação, os fornecimentos de bens ou serviços a um cliente ou elimina a concorrência num mercado conexo, ligando bens e serviços separados. Todavia, parece igualmente constituir um abuso a simples recusa de conceder uma licença quando essa recusa impede um novo produto de entrar, num mercado vizinho, em

concorrência com o próprio produto da empresa dominante nesse mercado.

44. A Comissão debruçou-se diversas vezes sobre casos de recusa de venda numa longa série de processos examinados face aos artigos 85.º e 86.º Citam-se como exemplos o corte, pela IBM, da venda de computadores e de *software* de base, bem como a recusa de fornecer certos programas destinados a ser utilizados em computadores não produzidos pela IBM³², a recusa de fornecer película de desenvolvimento instantâneo, sem qualquer garantia quanto ao local de revenda da película³³, a recusa de fornecer açúcar industrial a um produtor de açúcar refinado reduzindo a diferença de preço entre o açúcar vendido a retalho e o açúcar industrial ao ponto de deixar apenas uma margem insuficiente para um produtor independente de açúcar a retalho³⁴, a recusa de uma companhia aérea em admitir a uma companhia concorrente ter acesso a um sistema informático de reservas a fim de fazer pressão sobre essa companhia para que aumente as suas tarifas ou abandone a exploração de uma rota³⁵, a recusa de *interline*, isto é, de emitir bilhetes por conta de outra companhia, quando outra companhia entrou

32 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão (60/81, Recueil, p. 2639).

33 — Polaroid/SSI, *Décimo Terceiro Relatório sobre a Política de Concorrência* (1984), p. 99.

34 — Decisão 88/518/CEE da Comissão, de 18 de Julho de 1988, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/30.178 — Napier Brown — British Sugar) (JO L 284, p. 41).

35 — Decisão 88/589/CEE da Comissão, de 4 de Novembro de 1988, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/32.318, *London European — Sabena*) (JO L 317, p. 47).

31 — N.º 131.

em concorrência numa rota ³⁶, cláusulas inseridas em acordos de distribuição e de venda com vista a proibir supermercados de armazenarem especiarias com as marcas de outros fornecedores ³⁷, bem como restrições estabelecidas para o acesso às condutas subterrâneas utilizadas para o abastecimento de aviões num aeroporto ³⁸. Além disso, a Comissão exigiu, como condição de isenção, que o acesso a determinadas instalações ou estruturas, tais como sistemas informatizados de reservas para o transporte aéreo ³⁹ e de faixas horárias de aterragem e de descolagem nos aeroportos ⁴⁰, fosse acordado numa base não discriminatória.

45. Alguns comentadores viram nos acórdãos *Télémarketing* e sobretudo no acórdão *Magill* uma adesão do Tribunal de Justiça à doutrina das «essential facilities» que a Comissão utiliza cada vez mais nas suas decisões. Tendo esta doutrina origem na legis-

lação *antitrust* dos Estados Unidos, pode ser útil fazer um breve resumo do direito americano na matéria.

46. O direito dos Estados Unidos considera a liberdade de contratar ou de não contratar um aspecto fundamental da liberdade do comércio. No essencial, a legislação *antitrust* americana, consagrada na secção 2 do *Sherman Act 1890*, destina-se mais a proteger a concorrência, proibindo a aquisição ou a manutenção de um poder monopolístico, do que a regulamentar os actos das empresas detentoras de uma posição dominante. Os tribunais americanos concluíram, contudo, pela existência de uma obrigação de contratar nos casos de aplicação da doutrina das «essential facilities», ou quando uma empresa exerce num mercado um poder monopolístico para dominar outro por meios anticoncorrenciais («leveraging»), ou que uma recusa de contratar tenha por objectivo eliminar a concorrência e estabelecer um monopólio. O detentor de um monopólio terá o direito de recusar contratar quando a sua intenção se limita a escolher os clientes da empresa ou a melhorar a eficácia. A sua recusa não será lícita se conduzir a limitar a concorrência ou a aumentar os preços, ou se diminuir de qualquer modo a qualidade do serviço ou dos bens em relação ao preço facturado ao consumidor.

47. A doutrina americana das «essential facilities» exige actualmente de uma empresa que detenha um poder monopolístico que contrate com um concorrente, desde que estejam preenchidas cinco condições ⁴¹. Em primeiro

36 — Decisão 92/213/CEE da Comissão, de 26 de Fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE (IV/33.544 — *British Midland contra Aer Lingus*) (JO L 96, p. 34), e *Lufthansa contra Air Europe*, *Vigésimo Relatório sobre a Política de Concorrência* (1991), p. 98.

37 — Decisão 78/172/CEE da Comissão, de 21 de Dezembro de 1977, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/29.418: especiarias) (JO 1978, L 53, p. 20).

38 — *Disma*, *Vigésimo Terceiro Relatório sobre a Política de Concorrência* (1994), p. 153.

39 — Regulamento (CE) n.º 3652/93 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1993, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos entre empresas respeitantes aos sistemas informatizados de reserva para serviços de transporte aéreo (JO L 333, p. 37).

40 — Regulamento (CEE) n.º 1617/93 da Comissão, de 25 de Junho de 1993, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos, decisões e práticas concertadas que têm por objecto o planeamento e coordenação conjuntos dos horários, as operações conjuntas, as consultas sobre as tarifas de passageiros e de frete dos serviços aéreos regulares e a atribuição das faixas horárias nos aeroportos (JO L 155, p. 18), e Regulamento (CEE) n.º 95/93 do Conselho, de 18 de Janeiro de 1993, relativo às normas comuns aplicáveis à atribuição de faixas horárias nos aeroportos da Comunidade (JO L 14, p. 1).

41 — *V. MCI Communications/ATT*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 US 891 (1983).

lugar, que uma infra-estrutura essencial seja controlada pelo detentor de um monopólio. Considera-se que uma infra-estrutura é considerada essencial quando o acesso a ela é indispensável para entrar em concorrência no mercado com a empresa que a controla. Foram, por exemplo, consideradas infra-estruturas essenciais: pontes ferroviárias que servem a cidade de St Louis ⁴²; uma rede local de telecomunicações ⁴³; uma rede local de electricidade ⁴⁴. Em segundo lugar, é impossível para um operador, de um ponto de vista prático ou razoável, reproduzir a infra-estrutura essencial. O facto de a reprodução ser difícil ou custosa não é suficiente, mas não se exige que seja absolutamente impossível ⁴⁵. Em terceiro lugar, a utilização da infra-estrutura ser negada a um concorrente. Esta condição parece incluir a recusa de contratar em condições razoáveis ⁴⁶. Em quarto lugar, a infra-estrutura poder ser disponibilizada. Em quinto lugar, não existir razão profissional legítima para recusar o acesso à infra-estrutura. Uma empresa detentora de uma posição dominante e que controla uma infra-estrutura essencial pode justificar a sua recusa de contratar por razões técnicas ou profissionais legítimas ⁴⁷. É igualmente possível recusar contratar por razões de eficácia ⁴⁸.

48. A Comissão referiu-se expressamente pela primeira vez à doutrina das «essencial

facilities» em duas decisões relativas à adopção de medidas provisórias respeitantes ao porto de Holyhead, a saber, B & I Line plc/Sealink Harbours Ltd. e Sealing Stena Ltd. ⁴⁹, bem como Sea Containers/Stena Sealink ⁵⁰. No segundo destes processos, a Comissão concluiu que, ao recusar a um potencial concorrente no mercado de serviços *ferry* o acesso ao porto de Holyhead em condições razoáveis e não discriminatórias Sealink, na qualidade de operador do porto, tinha abusado da sua posição dominante no mercado dos serviços portuários. Reiterando e tornando extensivas as declarações que tinha feito na primeira decisão, a Comissão afirmou nesta decisão:

«Uma empresa que tem uma posição dominante no fornecimento de uma infra-estrutura essencial e por ela própria utilizada (isto é, instalações ou uma infra-estrutura, sem cujo acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes) e que recusa ou apenas concede o acesso a essa infra-estrutura a outras empresas sem justificação ou em condições menos favoráveis do que as reservadas aos seus próprios serviços, infringe o artigo 86.º, caso sejam preenchidas as restantes condições do referido artigo. Uma empresa numa posição dominante não pode discriminar em benefício das suas próprias actividades num mercado conexo. O proprietário de uma infra-estrutura essencial que utiliza o seu poder

42 — United States/Terminal Railroad Association of St Louis, 224 US 383 (1912).

43 — MCI Communications /AT & T, já referido na nota 41.

44 — Otter Tail Power Co./United States, 410 US 366 (1973).

45 — V., por exemplo, Fishman/Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

46 — Eastman Kodak Co./Southern Photo Materials Co., 273 US 359 (1927).

47 — V., por exemplo, Byars/Bluff City News Co., 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979).

48 — R. H. Bork: *The Antitrust Paradox*, 1978 (reeditado em 1993), p. 346. Aspen Skiing Co./Aspen Highlands Skiing Corp., 427 US 585 (1985).

49 — Decisão da Comissão de 11 de Junho de 1992 (1992) 5 CMLR 255.

50 — Decisão 94/14/CE da Comissão, de 21 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CE (IV/34.689 — Sea Containers contra Stena Sealink — Medidas provisórias) (JO 1994, L 15, p. 8)

num mercado no intuito de proteger ou reforçar a sua posição noutro mercado conexo, nomeadamente ao recusar o acesso ao concorrente ou ao conceder o acesso em condições menos favoráveis do que as dos seus próprios serviços, impondo assim uma desvantagem competitiva ao mesmo, infringe o artigo 86.º»⁵¹.

49. A Comissão fundamentou esta apreciação jurídica nos acórdãos do Tribunal de Justiça Commercial Solvents⁵², Télémárketing⁵³, GB-Inno-BM⁵⁴, ERT⁵⁵, bem como no acórdão do Tribunal de Primeira Instância Magill⁵⁶. Acrescentou a seguir: «Este princípio é aplicável sempre que o concorrente que pretende o acesso a infra-estruturas essenciais seja um operador recente no mercado relevante»⁵⁷.

50. É, portanto, claro, que a Comissão considera que recusar a um concorrente o acesso a uma infra-estrutura essencial pode, por si só, constituir um abuso, mesmo na ausência de outros elementos, tais como o facto de vincular as vendas, de discriminar outro concorrente independente, de cessar os fornecimentos a clientes, ou de agir conscientemente com vista a prejudicar um concorrente (notar-se-á, todavia, que grande número de processos tramitados apresentam, em maior

ou menor medida, esses elementos suplementares). Uma infra-estrutura essencial pode ser um produto, tal como uma matéria-prima, ou um serviço, que pode igualmente consistir em facultar o acesso a um local, como um porto ou um aeroporto, ou a um sistema de distribuição, como uma rede de telecomunicações. Em numerosos casos, a relação é vertical, no sentido de que a empresa dominante reserva o produto ou o serviço às actividades que ela própria exerce a jusante, ou comete uma discriminação em seu benefício, em detrimento dos concorrentes presentes no mercado a jusante. Contudo, pode ser horizontal, assumindo a forma de uma união de vendas respeitantes a produtos ou serviços conexos mas distintos.

51. Ao apreciar se uma infra-estrutura é essencial, a Comissão procura avaliar a extensão da desvantagem e determinar se ela é permanente ou apenas temporária. Um comentador definiu o teste a aplicar como tendo por objecto verificar «se a desvantagem resultante da recusa de acesso pode, de forma razoável, tornar as actividades dos concorrentes no mercado em causa impossíveis, ou duradoura, grave e inevitavelmente não rentáveis»⁵⁸. O teste aplicado é um teste objectivo que envolve os concorrentes em geral. Assim, um concorrente específico não poderá invocar a sua vulnerabilidade especial.

51 — Ponto 66 da decisão.

52 — Já referido na nota 20.

53 — Já referido na nota 23.

54 — Já referido na nota 25.

55 — Acórdão de 18 de Junho de 1991 (C-260/89, Colect., p. I-2925).

56 — Acórdão de 10 de Julho de 1991, RTE/Comissão (I-69/89, Colect., p. II-485).

57 — Ponto 67 da Decisão 94/19 da Comissão.

58 — Temple Lang, J.: «Defining legitimate competition: Companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities», *Fordham International Law Journal*, vol. 18 (1994), 245 a 284 e 285.

52. Verifica-se, portanto, que o conceito de infra-estruturas essenciais desempenha um papel importante na prática da Comissão relativa aos processos que têm por objecto uma recusa de venda.

53. As legislações de todos os Estados-Membros consideram a liberdade de contratar como um elemento essencial da liberdade de comércio. As regras de concorrência de alguns Estados-Membros prevêm, contudo, expressamente que uma recusa injustificada de contratar pode constituir um abuso de posição dominante. É o caso em Espanha⁵⁹, na Finlândia⁶⁰, na França⁶¹, na Grécia⁶² e em Portugal⁶³. No que diz respeito, em especial, às infra-estruturas essenciais, disposições legislativas específicas de alguns Estados-Membros proíbem as empresas que as controlam de recusar celebrar contratos respeitantes ao acesso a essas infra-estruturas. É o caso da Finlândia, no que diz respeito à rede telefónica⁶⁴, à rede de transporte de electricidade⁶⁵ e aos correios⁶⁶, e, da Áustria, quanto à rede ferroviária⁶⁷, à produção e distribuição de energia⁶⁸, bem como aos serviços de carros eléctricos e de autocarros⁶⁹. Noutros Estados-Membros, o con-

ceito de infra-estrutura essencial começou a desenvolver-se a partir de princípios mais gerais para impor às empresas que controlam essas infra-estruturas que não recusem conceder o acesso sem justificação. Na Dinamarca, anteriormente à entrada em vigor de uma nova lei⁷⁰, este conceito tinha sido utilizado no que se refere ao porto de Elseneur e à rede de transporte de electricidade de Sjælland⁷¹. Em França, este conceito foi aplicado a propósito de um heliódromo⁷². Um processo espanhol, tendo por objecto o acesso a fornecimentos de tabaco⁷³, deu origem a inúmeras referências à doutrina das «essential facilities», tal como tinha sido desenvolvida na decisão da Comissão relativa ao processo Sea Containers/Stena Sealink⁷⁴.

Apreciação dos problemas

54. Face a este contexto, examinemos o problema suscitado pela primeira questão do órgão jurisdicional nacional. Note-se que, apesar de uma das acusações da Bronner ser a de que ao recusar-lhe o acesso ao seu sistema de distribuição ao domicílio, a Mediaprint a discriminou em relação a outro editor, o órgão jurisdicional de reenvio não apresentou uma questão a este respeito. A primeira questão do órgão jurisdicional nacional tem em vista verificar se, na ausência de

59 — Artigo 6.º da Lei n.º 16/1989 sobre a concorrência, de 17 de Julho de 1989, Defensa de la Competencia (BOE n.º 170, 18 de Julho de 1989); processo 350/94, 3C Communications España/Telefónica de España (Teléfonos en Aeropuertos), Decisão do Tribunal de la Defensa de la Competencia de 1 de Fevereiro de 1995.

60 — Artigo 7.º da Laki Kilpailunrajoituksesta 27.5.1992/480.

61 — Artigo 8.º da Ordonnance n.º 86-1243 de 1 de Dezembro de 1986, code de commerce, *Dalloz* (ed.) (1990-91), p. 523.

62 — Artigo 2.º, alínea c) da Lei n.º 703/1977.

63 — Artigo 3.º, n.º 4 e 2.º alíneas f) e g) do Decreto-Lei n.º 371/93.

64 — Artigo 15.º da Telemarkkinalaki 30.04.1997/396.

65 — Artigos 9.2 e 10.1 da Sähkömarkkinalaki 17.3.1995/386.

66 — Ponto 4.2 da Postitoimintalaki 29.10.1993/907.

67 — Artigo 3.º da Eisenbahnbeförderungsgesetz 1988, *BGBI*: 180/1988.

68 — Artigos 6.º e 8.º da Elektrizitätswirtschaftsgesetz 1975, *BGBI*: 260/1975.

69 — Artigo 8.º, n.º 2, da KraftfahrLinienverkehrsgesetz 1952, *BGBI*: 84/1952.

70 — Lei n.º 384 de 10 de Junho de 1997.

71 — Konkurrencerådet Dokumentation 1996-1, p. 60.

72 — Decisão 96-D-51, de 3 de Setembro de 1996, do Conseil de la concurrence, SARL Héli-Inter Assistance, *BOCC*, 8 de Janeiro de 1997, p. 3.

73 — Processo 21/97, MacLane España/Tabacalera, decisão do Tribunal de la Defensa de la Competencia de 26 de Maio de 1997.

74 — Já referido no n.º 48.

qualquer outro elemento, como a cessação de fornecimentos, o facto de vincular as vendas ou a prática de uma discriminação entre clientes independentes, uma empresa na posição da Mediaprint comete um abuso ao recusar a outro editor de jornais a admissão ao sistema de distribuição que criou para as necessidades da sua própria actividade de imprensa.

55. Resulta claramente da discussão acima descrita que esta questão suscita um problema de carácter geral, susceptível de ocorrer num conjunto de contextos diferentes. Embora não seja apropriado, no caso em apreço, tentar explicar exaustivamente este problema, é necessário apresentar um certo número de aspectos gerais antes de examinar especificamente o presente processo.

56. Em primeiro lugar, verifica-se que o direito de escolher os seus parceiros contractuais e de dispor livremente da sua propriedade são princípios universalmente consagrados nos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, assumindo por vezes uma natureza constitucional. As intervenções nestes direitos necessitam ser cuidadosamente justificadas.

57. Em segundo lugar, no plano da política da concorrência, a justificação de uma ingerência na liberdade de contratar de uma empresa dominante exige com frequência que se proceda a uma ponderação cuidadosa de considerações divergentes. A longo prazo, é de um modo geral favorável à concorrência

e, no interesse dos consumidores, permitir que uma empresa reserve para utilização própria as infra-estruturas que desenvolveu para as necessidades da sua actividade. Por exemplo, se o acesso a uma infra-estrutura de produção, de compra ou de distribuição fosse facilmente acordado, um concorrente não seria incitado a criar infra-estruturas concorrentes. Assim, a concorrência aumentaria a curto prazo, mas reduzir-se-ia a longo prazo. Além disso, uma empresa dominante seria menos estimulada a investir em infra-estruturas eficazes se os seus concorrentes pudessem, a seu pedido, partilhar os benefícios. Assim, o simples facto de uma empresa manter uma vantagem sobre um concorrente, reservando para si a utilização de uma infra-estrutura, não poderia justificar que se exigisse o acesso a ela.

58. Em terceiro lugar, é importante não perder de vista, analisando este problema, que o primeiro objectivo do artigo 86.º é impedir distorções de concorrência — e, em especial, proteger os interesses dos consumidores, mais do que proteger a posição de concorrentes especiais. Por exemplo, no caso em que um concorrente pede o acesso a uma matéria-prima a fim de poder competir com a empresa dominante num mercado a jusante sobre um produto acabado, pode ser pouco satisfatório concentrar-se exclusivamente no poder económico que tem a empresa dominante no mercado a montante e concluir que o seu comportamento, que consiste em reservar o mercado a jusante, constitui automaticamente um abuso. Tal comportamento não terá um efeito negativo nos consumidores, a menos que o produto final da empresa dominante esteja suficientemente ao abrigo da concorrência para lhe conferir um poder no mercado.

59. Note-se que, no processo Commercial Solvents, o advogado-geral, chegando à mesma conclusão que o Tribunal de Justiça, examinou igualmente a posição no mercado a jusante:

«Seja como for, não creio que a questão de saber se o mercado das matérias-primas para o fabrico de um composto particular é ou não o mercado a ter em consideração pode ou não ser logicamente separada da questão de saber se o mercado desse composto é também o mercado a ter em consideração. Afinal, ao consumidor apenas interessam os produtos finais e é o prejuízo, directo ou indirecto, que é causado ao consumidor que visa o artigo 86.^o»⁷⁵.

60. O composto em questão era etambutol, medicamento antituberculoso. Quanto aos factos, o advogado-geral considerou que a Comissão tinha legitimamente concluído que o mercado do etambutol podia ser considerado como um mercado próprio, visto que esse produto era utilizado em combinação com outros medicamentos antituberculosos e constituía, sobretudo, um dos seus componentes e não um produto concorrente.

61. Por outro lado, é claro que a recusa de acesso pode, em certos casos, ter por efeito

eliminar ou reduzir substancialmente a concorrência, tanto a curto prazo como a longo prazo, em detrimento dos consumidores. Será o caso quando o acesso a uma infra-estrutura constitui uma condição prévia da concorrência num mercado conexo para bens ou serviços que apresentam um grau limitado de interpermutabilidade.

62. Ao apreciar os interesses em conflito, é conveniente prestar especial atenção quando os bens ou serviços ou infra-estruturas às quais é pedido o acesso resultam de um investimento substancial. Pode ser esse o caso, em especial, no que refere à recusa de conceder uma licença sobre os direitos de propriedade intelectual. Conceder direitos exclusivos por um período limitado implica, por si só, comparar o interesse que apresenta a livre concorrência e o que há em estimular a investigação e o desenvolvimento, bem como a criatividade. Assim, é com justa razão que o Tribunal de Justiça declarou que, na ausência de outros elementos, a concessão de uma licença não constitui, por si só, um abuso⁷⁶.

63. O acórdão Magill⁷⁷ pode, na minha opinião, explicar-se pelas circunstâncias especiais desse processo, que fizeram pesar a balança a

75 — P. 148.

76 — Acórdão Volvo, já referido na nota 26.

77 — Já referido na nota 28.

favor da obrigação de conceder uma licença. Em primeiro lugar, os produtos em causa, ou seja, guias semanais individuais próprios de cada estação, eram inadequados, nomeadamente em comparação com os guias de que dispõem os telespectadores de outros países. O exercício dos direitos de autor impedia, assim, um novo produto, para o qual as necessidades eram importantes, de aparecer no mercado. Em segundo lugar, a protecção dos direitos de autor relativa às grelhas de programas dificilmente se podia justificar pelo facto de querer compensar ou estimular o esforço criativo. Em terceiro lugar, e uma vez que a vida útil dos guias de televisão é relativamente curta, o exercício dos direitos de autor constituía um entrave permanente ao aparecimento do novo produto no mercado. Saliente-se, acessoriamente, que as regras nacionais em matéria de propriedade intelectual impõem elas próprias limites em certas circunstâncias, através de disposições que exigem a concessão de licenças.

64. Enquanto o exercício de direitos de propriedade intelectual geralmente apenas tem por efeito restringir a concorrência por um período limitado, o monopólio que uma empresa dominante exerce sobre um produto, serviço ou infra-estrutura pode, em certos casos, conduzir à eliminação permanente da concorrência num mercado conexo. Assim, só será possível garantir a concorrência sujeitando a empresa dominante à obrigação de fornecer o produto ou serviço, ou conceder o acesso à infra-estrutura. Todavia, se se impuser esta obrigação à empresa, é conveniente, em meu entender, compensá-la amplamente, permitindo-lhe ao mesmo tempo afectar uma parte apropriada dos seus

custos de investimento a esse fornecimento e rentabilizar de forma adequada o seu investimento pelo risco em que incorreu. Deixo em aberto a questão de saber se é adequado, em certos casos, permitir que a empresa mantenha o seu monopólio durante um período limitado.

65. Parece-me que uma intervenção desta natureza, quer seja entendida como uma aplicação da doutrina das «essential facilities» ou, de forma mais tradicional, como uma resposta à recusa de fornecer bens ou serviços, só pode justificar-se, no plano da política de concorrência, nos casos em que a empresa dominante tem, verdadeiramente, à mercê o mercado conexo. Isso poderá suceder, por exemplo, quando é impossível ou extremamente difícil reproduzir a infra-estrutura, devido a constrangimentos físicos, geográficos ou legais, ou quando essa reprodução não for desejável por razões de ordem pública. Não basta que o controlo que a empresa exerce sobre a infra-estrutura lhe confira uma vantagem na concorrência.

66. Não excluo a possibilidade de o custo ligado à reprodução da infra-estrutura constituir, por si só, um obstáculo inultrapassável para o acesso ao mercado. Esta situação poderá, especialmente, verificar-se nos casos em que a infra-estrutura foi criada em condições de não concorrência, graças em parte a subsídios públicos, por exemplo. Contudo, em meu entender, o critério deve apresentar

um carácter objectivo: por outras palavras, para que a recusa de acesso seja constitutiva de um abuso, é necessário que a concorrência seja extremamente difícil, não apenas para a empresa que procura o acesso ao mercado, mas para qualquer outra empresa. Por conseguinte, se o custo provocado pela reprodução da infra-estrutura é, por si só, um obstáculo no acesso ao mercado, ele deve ser de natureza a dissuadir qualquer empresa prudente de entrar no mercado. A este respeito, parece-me necessário examinar todas as circunstâncias, incluindo a medida em que a empresa dominante, tendo em conta o grau de amortização do seu investimento e os custos de manutenção, é obrigada a repercutir os custos de investimento ou de manutenção nos preços facturados no mercado conexo (sabendo que o concorrente, que tendo reproduzido a infra-estrutura, deve concorrer no mercado conexo, terá elevadas amortizações iniciais mas, possivelmente, baixas despesas de manutenção).

67. É claro, em meu entender, que não podia haver, no caso em apreço, obrigação para a Mediaprint de conceder a Bronner o acesso ao seu sistema nacional de distribuição domiciliária. Embora a Bronner possa não ter ela própria condições para reproduzir o sistema da Mediaprint, dispõe de numerosas soluções alternativas — embora menos cómodas — para efectuar a distribuição. Esta conclusão é corroborada pelas próprias afirmações do «Standard», segundo as quais «o “Standard” beneficia de um crescimento espectacular tanto do ponto de vista dos novos assinantes (aumento de 15%) como das publicações de anúncios publicitários (aumento de 30%, em

comparação com o ano anterior)»⁷⁸. Essas afirmações não parecem compatíveis com a tese segundo a qual o sistema de distribuição ao domicílio da Mediaprint é essencial ao «Standard» para lhe permitir concorrer no mercado dos jornais.

68. Além disso, seria necessário estabelecer que o nível de investimento exigido para instituir um sistema nacional de distribuição ao domicílio era de natureza a dissuadir um empresário editor de aceder ao mercado, que estaria convencido da existência de um mercado para outro grande jornal diário. Compreende-se, como indica a Bronner, que não seja rentável instituir um sistema nacional para um jornal com uma fraca difusão. A curto prazo, seriam previsíveis perdas, exigindo um certo nível de investimento. Mas a constituição de um sistema nacional concorrencial teria por objectivo permitir-lhe concorrer com armas iguais com os jornais da Mediaprint, e aumentar substancialmente a cobertura geográfica, bem como a difusão.

69. Admitir a pretensão da Bronner levaria as autoridades e órgãos jurisdicionais comunitários e nacionais a proceder a uma regulamentação pormenorizada dos mercados comunitários, abrangendo a fixação de preços e condições de distribuição em vastos sectores da economia. Intervir em semelhante escala seria não apenas impraticável, mas igualmente anticoncorrencial a mais longo

78 — Exemplar de 28 de Fevereiro de 1997, anexo às observações da Mediaprint.

prazo, e, na verdade, não seria compatível com uma economia de mercado.

70. Em meu entender, o presente processo deve incluir-se no tipo de situação em que poderá ser adequado sujeitar uma empresa dominante à obrigação de admitir o acesso a uma infra-estrutura que ela criou para a sua própria utilização.

Segunda questão

71. A segunda questão do órgão jurisdicional nacional tem em vista estabelecer se uma empresa na situação da Mediaprint abusa da sua posição dominante ligando o acesso ao seu serviço de distribuição domiciliária ao fornecimento de outros serviços, tais como a comercialização em postos de venda e a impressão.

72. A segunda questão não está expressamente limitada à eventualidade de uma resposta afirmativa à primeira questão. Parece-me, contudo, que ela apenas se põe nessa hipótese.

73. É verdade que, em princípio, a segunda questão pode pôr-se mesmo na hipótese de uma resposta negativa à primeira questão. Mesmo quando a recusa de uma empresa dominante de admitir o acesso ao seu sistema de distribuição não é por si só abusivo, esta empresa pode, contudo, cometer um abuso se, sem justificação, fazer depender esse acesso do fornecimento de outros serviços, e procurar, assim, estender o seu poder económico num mercado conexo. Todavia, nas circunstâncias do caso em apreço, essa questão seria puramente hipotética. Mediaprint recusou à Bronner o acesso ao seu sistema de distribuição quaisquer que fossem as condições. Não pretendeu nas suas relações com a Bronner fazer depender o acesso do fornecimento de outros serviços.

74. Assim, a segunda questão tem sobretudo por objecto estabelecer se, na hipótese de a recusa de acesso ao sistema nacional de distribuição ao domicílio constituir um abuso, a Mediaprint poderá, concedendo esse acesso, impor à Bronner que adquira determinados serviços. Poderá ser o caso, por exemplo, se puder demonstrar-se que, devido aos prazos apertados a que estão sujeitos os jornais diários, seria impossível confiar as funções de impressão e de distribuição a empresas distintas. Por outras palavras, o órgão jurisdicional nacional, na hipótese de uma resposta afirmativa à primeira questão, pretende conhecer as condições que seriam necessárias para ordenar o acesso.

75. Devendo a primeira questão ter, em meu entender, uma resposta negativa, a segunda questão não se coloca.

Conclusão

76. Considero, portanto, que deve dar-se a seguinte resposta às questões apresentadas pelo Oberlandesgericht Wien:

«Não constitui um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado CE, o facto de uma empresa que detém uma parte muito importante do mercado dos jornais diários num Estado-Membro e que gere o único sistema de distribuição domiciliária a assinantes recusar o acesso ao referido sistema ao editor de um jornal concorrente.»