

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

19 de abril de 2018 (*)

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Abuso de posição dominante — Artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE — Conceito de “desvantagem na concorrência” — Preços discriminatórios no mercado a jusante — Sociedade de gestão de direitos conexos aos direitos de autor — Taxa devida pelos prestadores nacionais do serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo»

No processo C-525/16,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal), por decisão de 13 de julho de 2016, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 13 de outubro de 2016, no processo

MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA

contra

Autoridade da Concorrência,

sendo interveniente:

GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: M. Ilešič, presidente de secção, A. Rosas, C. Toader, A. Prechal (relator) e E. Jarašiūnas, juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 5 de outubro de 2017,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA, por M. Couto, S. de Vasconcelos Casimiro e P. Castro e Sousa, advogadas, e por N. Mimoso Ruiz e A. Norinho de Oliveira, advogados,

- em representação da GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL, por O. Castelo Paulo, G. Gentil Anastácio, L. Seifert Guincho e P. Guerra e Andrade, advogados, e por A. R. Gomes de Andrade, advogada,
 - em representação do Governo português, por L. Inez Fernandes, M. Figueiredo, S. Carvalho Sousa e M. Caldeira, na qualidade de agentes,
 - em representação do Governo espanhol, por M. A. Sampol Pucurull e A. Gavela Llopis, na qualidade de agentes,
 - em representação da Comissão Europeia, por P. Costa de Oliveira, A. Dawes, H. Leupold e T. Christoforou, na qualidade de agentes,
- ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 20 de dezembro de 2017,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (a seguir «MEO») à Autoridade da Concorrência (Portugal) a propósito de uma decisão de arquivamento, adotada por esta última, de uma denúncia da MEO contra a GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes, CRL (Portugal) (a seguir «GDA»), em razão de um alegado abuso de posição dominante que consiste, designadamente, na discriminação no montante da taxa aplicada pela GDA à MEO na sua qualidade de prestador do serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo.

Quadro jurídico

Direito da União

- 3 Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, último período, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º] e [102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1):

«Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo [102.º TFUE], devem aplicar igualmente o artigo [102.º TFUE].»

Direito português

- 4 O artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), do Novo Regime Jurídico da Concorrência tem o mesmo teor que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 5 A GDA é uma cooperativa de gestão coletiva dos direitos dos artistas e intérpretes, sem fins lucrativos, que gere os direitos conexos aos direitos de autor dos seus membros e dos membros de organismos de gestão estrangeiros com os quais tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade. No âmbito desta missão, a GDA tem como principal atividade a cobrança das remunerações provenientes do exercício dos direitos conexos e a distribuição desses montantes aos titulares.
- 6 Atualmente, esta cooperativa é o único organismo encarregado da gestão coletiva dos direitos conexos em Portugal.
- 7 Entre as empresas que utilizam o repertório dos membros da GDA e dos membros dos organismos análogos estrangeiros com os quais a GDA celebrou contratos de representação ou reciprocidade figuram os prestadores do serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo. A recorrente no processo principal, a MEO, é um desses prestadores de serviços e, conseqüentemente, cliente da GDA.
- 8 Entre 2010 e 2013, no âmbito do serviço grossista, a GDA aplicou três tarifários em simultâneo, impondo, assim, tarifários diferentes aos vários prestadores do serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo.
- 9 Resulta dos autos apresentados ao Tribunal de Justiça que a GDA aplicou à MEO um tarifário que tinha sido fixado por uma decisão arbitral de 10 de abril de 2012. Com efeito, o direito nacional em vigor impõe que, na falta de acordo na negociação dos direitos, as partes estão obrigadas a recorrer à arbitragem.
- 10 Em 24 de junho e 22 de outubro de 2014, a PT Comunicações SA, antecessor jurídico da MEO, apresentou à Autoridade da Concorrência uma denúncia contra a GDA por alegado abuso de posição dominante. Este abuso decorria do facto de a GDA praticar preços excessivos no que respeita à aplicação dos direitos conexos aos direitos de autor e também de a GDA aplicar condições desiguais à MEO e a outro prestador do serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo, a NOS Comunicações SA (a seguir «NOS»).
- 11 Em 19 de março de 2015, a Autoridade da Concorrência abriu um inquérito, que conduziu ao arquivamento do processo, por decisão de 3 de março de 2016, com o fundamento de que não existiam indícios suficientes de um abuso de posição dominante.
- 12 A Autoridade da Concorrência constatou que, entre 2009 e 2013, a GDA tinha aplicado tarifários diferentes a determinados clientes. Contudo, baseando-se, designadamente, na estrutura de custos, de lucros e de rentabilidade do serviço retalhista de transmissão do sinal de televisão e do respetivo conteúdo, esta autoridade considerou que essa diferenciação tarifária era desprovida de efeito restritivo na posição concorrencial da MEO.
- 13 De acordo com a referida autoridade, para provar a existência de uma infração ao artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, a eventual discriminação de preços deve ser efetivamente suscetível de falsear a concorrência no mercado, implicando para uma ou mais empresas concorrentes uma desvantagem concorrencial face aos outros. A interpretação segundo a qual um simples comportamento discriminatório por parte de uma empresa em posição dominante implica, *ipso facto*, uma violação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE contraria a jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 14 A MEO interpôs recurso no Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal), o órgão jurisdicional de reenvio, da decisão de arquivamento de 3 de março de 2016 da Autoridade da Concorrência, alegando que esta decisão está viciada por um erro de direito, visto que, em vez de apreciar o critério da desvantagem na concorrência, conforme interpretado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, esta autoridade analisou se tinha havido uma

- distorção significativa e quantificável da concorrência. Ora, segundo a MEO, nos termos da referida jurisprudência, a Autoridade da Concorrência deveria ter analisado se o comportamento em causa era suscetível de falsear a concorrência.
- 15 O órgão jurisdicional de reenvio refere que o monopólio de facto que a GDA detém no mercado relevante permite, em princípio, considerar que esta tem uma posição dominante. No entanto, realça igualmente que existem indícios de que os prestadores de um serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo beneficiam, não obstante, de uma margem de negociação considerável perante a GDA.
- 16 Segundo esse órgão jurisdicional, a decisão de arquivamento de 3 de março de 2016 baseia-se no facto de a diferença entre os tarifários cobrados pela GDA, respetivamente, à MEO e à NOS ser diminuta em relação ao custo médio, de modo que esta diferença não era suscetível de comprometer a posição concorrencial da MEO, uma vez que esta tinha capacidade para assimilar a referida diferença. O referido órgão jurisdicional menciona, a este respeito, que a quota de mercado da MEO no serviço de transmissão do sinal de televisão por subscrição e do respetivo conteúdo aumentou no período em que a GDA aplicava tarifários diferentes à MEO e à NOS.
- 17 No âmbito do processo principal, a MEO apresentou números relativos aos custos total e médio por consumidor, suportados, respetivamente, pela MEO e pela NOS. A MEO apresentou igualmente os dados relativos aos seus lucros e à rentabilidade da sua empresa durante o período em causa, ou seja, de 2010 a 2013.
- 18 Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, não está excluído que a capacidade concorrencial da MEO tenha sido afetada em razão desta diferenciação tarifária.
- 19 Segundo esse órgão jurisdicional, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que determinados comportamentos discriminatórios para com os parceiros comerciais podem, pela sua própria natureza, implicar uma desvantagem concorrencial. Além disso, resulta desta jurisprudência que, na presença de comportamentos discriminatórios de primeira linha, que produzem efeitos nos concorrentes diretos que operam no mesmo mercado relevante, basta demonstrar que estes comportamentos são suscetíveis de restringir a concorrência. Tratando-se de uma discriminação no mercado a jusante, como a que está em causa no processo principal, também não é, *a priori*, necessário apreciar concretamente os efeitos na situação concorrencial das empresas afetadas.
- 20 No entanto, o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou claramente sobre a relevância dos efeitos concretos na concorrência de um eventual abuso de posição dominante, a fim de demonstrar a presença de uma «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.
- 21 Nestas condições, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:
- «[1)] Caso sejam provados ou estejam indiciados, num processo sancionatório, factos relativos aos efeitos de eventual prática de tarifários discriminatórios por parte de uma empresa em posição dominante em relação a uma das empresas retalhistas e que prejudicam esta face aos seus concorrentes, a qualificação do comportamento como *colocação em desvantagem na concorrência* nos termos da alínea c)[, segundo paragrafo,] do artigo 102.º do TFUE depende de um juízo acrescido de gravidade, relevância ou importância desses efeitos na posição concorrencial e/ou na capacidade concorrencial da empresa afetada, nomeadamente quanto à capacidade de assimilar a diferença dos custos suportados no âmbito do serviço grossista?

- [2]) Caso se prove ou indicie, num processo sancionatório, um *peso significativamente reduzido* nos custos incorridos, proveitos auferidos e rentabilidade alcançada da empresa retalhista afetada, decorrente da prática de tarifários discriminatórios por parte de uma empresa em posição dominante, a interpretação conforme da alínea c)[, segundo parágrafo,] do artigo 102.º do TFUE e da jurisprudência dos acórdãos [de 15 de março de 2007, *British Airways/Comissão* (C-95/04 P, EU:C:2007:166), e de 9 de setembro de 2009, *Clearstream/Comissão* (T-301/04, EU:T:2009:317)] é compatível com um juízo de inexistência de indícios de abuso de posição dominante e práticas proibidas?
- [3]) Ou, pelo contrário, tal não é suficiente para afastar a qualificação do comportamento como abuso de posição dominante e como prática proibida nos termos da alínea c)[, segundo parágrafo,] do artigo 102.º do TFUE, relevando apenas para efeitos da medida da responsabilidade ou do sancionamento da empresa infratora?
- [4]) O segmento *colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência* da alínea c)[, segundo parágrafo,] do artigo 102.º do TFUE deve ser interpretado como correspondendo à exigência de que a vantagem sofrida em virtude da discriminação corresponda, por sua vez, a uma percentagem mínima da estrutura de custos da empresa afetada?
- [5]) O segmento *colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência* da alínea c)[, segundo parágrafo,] do artigo 102.º do TFUE deve ser interpretado como correspondendo à exigência de que a vantagem sofrida em virtude da discriminação corresponda, por sua vez, a uma diferença mínima entre os custos médios suportados pelas empresas concorrentes no serviço grossista em análise?
- [6]) O segmento *colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência* da alínea c)[, segundo parágrafo,] do artigo 102.º do TFUE pode ser interpretado como correspondendo à exigência de que a vantagem sofrida em virtude da discriminação corresponda, no âmbito do mercado e serviço em análise, a valores superiores às diferenças assinaladas nas mencionadas Tabelas 5, 6 e 7 e para efeitos de qualificação do comportamento como prática proibida?
- [7]) Em caso de resposta afirmativa a alguma das questões ([quarta]) a ([sexta]), como deverá ser definido tal limiar mínimo de relevância da desvantagem relativamente à estrutura de custos ou aos custos médios suportados pelas empresas concorrentes no serviço retalhista em análise?
- [8]) Sendo tal limiar mínimo definido, o não preenchimento do mesmo em cada ano permite afastar a presunção do acórdão [de 9 de setembro de 2009, *Clearstream/Comissão* (T-301/04, EU:T:2009:317),] nos termos do qual se deve considerar que *a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma contínua durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro?»*

Quanto às questões prejudiciais

- 22 Com as suas questões, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o conceito de «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, deve ser interpretado no sentido de que exige uma análise dos efeitos concretos de uma aplicação de preços diferenciados por uma empresa em posição dominante sobre a situação concorrencial da empresa afetada e, sendo caso disso, se há que ter em conta a gravidade desses efeitos.

- 23 Nos termos do artigo 102.º, primeiro parágrafo e segundo parágrafo, alínea c), TFUE, é proibido às empresas com uma posição dominante no mercado interno, ou numa parte substancial deste último, aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência, na medida em que isto poderá afetar o comércio entre Estados-Membros.
- 24 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a proibição específica da discriminação prevista no artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE tem por objetivo garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno. O comportamento comercial da empresa em posição dominante não deve falsear a concorrência num mercado situado a montante ou a jusante, isto é, a concorrência entre fornecedores ou entre clientes desta empresa. Os outros contratantes da referida empresa não devem ser favorecidos ou prejudicados no domínio da concorrência entre si (Acórdão de 15 de março de 2007, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 143). Assim, não é necessário que o comportamento abusivo produza efeitos na posição concorrencial da própria empresa dominante, no próprio mercado onde opera e em relação aos seus eventuais próprios concorrentes.
- 25 Para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, é necessário constatar que o comportamento da empresa em posição dominante num mercado é não só discriminatório mas ainda suscetível de falsear esta relação de concorrência, ou seja, de afetar a posição concorrencial de parte dos parceiros comerciais desta empresa relativamente aos outros (Acórdão de 15 de março de 2007, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 144 e jurisprudência referida).
- 26 A fim de determinar se uma discriminação de preços praticada por uma empresa em posição dominante face aos seus parceiros comerciais tende a falsear a concorrência no mercado a jusante, como o advogado-geral salientou, em substância, no n.º 63 das suas conclusões, a simples presença de uma desvantagem imediata que afeta os operadores a quem foram aplicados preços superiores aos tarifários aplicáveis aos seus concorrentes para uma prestação equivalente não significa que a concorrência seja falseada ou seja suscetível de o ser.
- 27 Com efeito, só quando o comportamento da empresa em posição dominante tenda, tomando em conta todas as circunstâncias do caso, a causar uma distorção da concorrência entre estes parceiros comerciais é que a discriminação de parceiros comerciais que se encontram numa relação de concorrência pode ser considerada abusiva. Nesta hipótese, porém, não se pode exigir a prova de uma deterioração efetiva e quantificável da posição concorrencial dos parceiros comerciais individualmente considerados (Acórdão de 15 de março de 2007, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 145).
- 28 Por conseguinte, como salientou o advogado-geral no n.º 86 das suas conclusões, há que efetuar uma apreciação de todas as circunstâncias pertinentes, a fim de determinar se uma discriminação de preços produz ou é suscetível de produzir uma desvantagem concorrencial, na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.
- 29 No que diz respeito à questão de saber se, para efeitos da aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, é necessário ter em conta a gravidade de uma eventual desvantagem concorrencial, importa salientar que não se justifica a fixação de um limiar de sensibilidade (*de minimis*) para determinar uma exploração abusiva de uma posição dominante (v., neste sentido, Acórdão de 6 de outubro de 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, n.º 73).
- 30 No entanto, para ser suscetível de criar uma desvantagem na concorrência, é necessário que a discriminação de preços referida no artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE afete os interesses do operador económico a quem foram aplicados tarifários superiores aos dos seus concorrentes.
- 31 Quando procede à apreciação concreta referida no n.º 28 do presente acórdão, a Autoridade da Concorrência ou o órgão jurisdicional nacional competente deverá tomar em consideração todas as circunstâncias do caso que lhe foi submetido. Essa autoridade ou órgão jurisdicional pode analisar, neste contexto,

- a posição dominante da empresa, o poder negocial quanto aos tarifários, às condições e às modalidades de imposição dos mesmos, à sua duração e ao seu montante, bem como a eventual existência de uma estratégia destinada a excluir do mercado a jusante um dos seus parceiros comerciais pelo menos tão eficaz como os seus concorrentes (v., por analogia, Acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 139 e jurisprudência referida).
- 32 No caso em apreço, no que respeita, em primeiro lugar, à posição dominante e ao poder negocial quanto à imposição dos tarifários no mercado a jusante, resulta dos autos submetidos ao Tribunal de Justiça que a MEO e a NOS são os principais clientes da GDA. A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio observa que existem indícios de que possuem algum poder negocial perante a GDA.
- 33 Além disso, decorre dos elementos apresentados ao Tribunal de Justiça, ainda que caiba ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se é esse o caso, que a formação dos preços pela GDA está condicionada pela lei que obriga as partes a recorrer à arbitragem na falta de acordo. Nessa situação, como aconteceu — pelo menos a partir de um dado momento no período em causa no processo principal — com os preços faturados à MEO, a GDA limitou-se a aplicar os preços fixados pela decisão arbitral.
- 34 Em segundo lugar, quanto ao período de aplicação e ao montante dos tarifários em causa no processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio precisa, por um lado, que os tarifários diferenciados foram aplicados entre 2010 e 2013. Por outro lado, no que respeita aos montantes que a MEO pagou anualmente à GDA, resulta dos dados constantes da decisão de arquivamento de 3 de março de 2016 da Autoridade da Concorrência, cuja exatidão pode ser verificada pelo órgão jurisdicional de reenvio, que os referidos montantes representaram uma percentagem relativamente pequena dos custos totais suportados pela MEO no âmbito do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição e que a diferenciação tarifária teve um impacto limitado nos lucros da MEO neste contexto. Ora, como salientou o advogado-geral no n.º 104 das suas conclusões, quando o impacto de uma diferenciação tarifária nos custos suportados pelo operador que se considere lesado ou ainda na rentabilidade e nos lucros desse operador não for significativo, pode eventualmente inferir-se deste facto que esta diferenciação tarifária não é suscetível de ter qualquer efeito na posição concorrencial do referido operador.
- 35 Há que salientar, em terceiro lugar, que, numa situação como a que está em causa no processo principal, em que a aplicação de tarifários diferenciados apenas incide no mercado a jusante, a empresa em posição dominante não tem, em princípio, nenhum interesse em excluir do mercado a jusante um dos seus parceiros comerciais. Em todo o caso, os autos submetidos ao Tribunal de Justiça não contêm indícios de que a GDA tenha prosseguido tal objetivo.
- 36 Incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio determinar, à luz das considerações precedentes, se a diferenciação tarifária no processo principal era suscetível de causar uma desvantagem na concorrência em detrimento da MEO.
- 37 Atendendo às considerações precedentes, há que responder às questões submetidas que o conceito de «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, deve ser interpretado no sentido de que, no caso em que uma empresa dominante aplica preços discriminatórios a parceiros comerciais no mercado a jusante, visa a situação em que esse comportamento pode ter por efeito uma distorção da concorrência entre estes parceiros comerciais. A constatação dessa «desvantagem na concorrência» não exige a prova de uma deterioração efetiva e quantificável da posição concorrencial, mas deve basear-se numa análise do conjunto das circunstâncias pertinentes do caso concreto que permita concluir que o referido comportamento tem influência nos custos, nos lucros, ou noutra interesse relevante de um ou vários desses parceiros, de modo que esse comportamento seja suscetível de afetar a referida posição.

Quanto às despesas

38 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

O conceito de «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, deve ser interpretado no sentido de que, no caso em que uma empresa dominante aplica preços discriminatórios a parceiros comerciais no mercado a jusante, visa a situação em que esse comportamento pode ter por efeito uma distorção da concorrência entre estes parceiros comerciais. A constatação dessa «desvantagem na concorrência» não exige a prova de uma deterioração efetiva e quantificável da posição concorrencial, mas deve basear-se numa análise do conjunto das circunstâncias pertinentes do caso concreto que permita concluir que o referido comportamento tem influência nos custos, nos lucros, ou noutro interesse relevante de um ou vários desses parceiros, de modo que esse comportamento seja suscetível de afetar a referida posição.

Ilešič

Rosas

Toader

Prechal

Jarašiūnas

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 19 de abril de 2018.

O Secretário

O Presidente da Segunda Secção

A. Calot Escobar

M. Ilešič

* Língua do processo: português.