



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
NILS WAHL
apresentadas em 20 de dezembro de 2017¹

Processo C-525/16

**MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA
contra
Autoridade da Concorrência**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
(Portugal)]

«Reenvio prejudicial — Posição dominante — Concorrência — Abuso de posição dominante —
Artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE — Conceito de “desvantagem na concorrência” —
Preços discriminatórios no mercado a jusante — Gestão de direitos conexos aos direitos de autor —
Televisão paga»

1. As autoridades responsáveis pela concorrência podem subsumir ao artigo 102.º TFUE a aplicação de preços diferenciados por parte de uma determinada entidade e, em caso afirmativo, em que condições? A constatação, nesse contexto, de um abuso de posição dominante na aceção deste artigo implica um limite *de minimis*?
2. Estas são, no essencial, as questões apresentadas pelo presente pedido de decisão prejudicial, que tem mais exatamente por objeto a interpretação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, nos termos do qual podem designadamente constituir práticas abusivas de uma posição dominante o facto de se «[a]plicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência».
3. Esse pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA (a seguir «MEO») à Autoridade da Concorrência (Portugal) (a seguir «AdC»), relativo a uma decisão, adotada por esta última, de arquivamento de uma denúncia da MEO contra a GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes (Portugal) (a seguir «GDA») em razão de um alegado abuso de posição dominante no domínio dos direitos conexos ao direito de autor dos artistas intérpretes ou executantes.
4. Em minha opinião, o processo proporciona a oportunidade de precisar que, independentemente da existência de uma prática de diferenciação de preços, que, considerada isoladamente, não é problemática do ponto de vista da concorrência, é efetivamente o facto de tal comportamento falsear a concorrência ou afetar a posição concorrencial dos parceiros comerciais que é constitutivo de um abuso de posição dominante. Não se pode, portanto, presumir que as práticas de diferenciação de preços geram uma «desvantagem concorrencial», sem um exame de todas as circunstâncias do caso em análise, especialmente quando está em causa uma discriminação dita de «segunda linha».

¹ Língua original: francês.

Quadro jurídico

Direito da União

5. O artigo 3.º, n.º 1, última frase, do Regulamento (CE) n.º 1/2003² dispõe que, «[s]empre 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

6. O artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, alínea c), do Novo Regime Jurídico da Concorrência³ tem o mesmo teor que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação processual no Tribunal de Justiça

7. 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 representados e dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a GDA tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade.

8. Neste contexto, a GDA tem como principal atividade a cobrança das remunerações provenientes do exercício dos direitos conexos e a distribuição desses montantes aos titulares. Apesar de não deter um monopólio legal, é atualmente o único organismo encarregado da gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas ativo em Portugal.

9. Entre as empresas que utilizam o repertório dos membros da GDA, ou mesmo 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 e do respetivo conteúdo ao consumidor, mediante pagamento de um determinado montante.

10. A recorrente no processo principal, a MEO, é um desses prestadores de serviços e cliente da GDA.

11. Entre 2008 e 2014, a GDA aplicou três tarifários diferentes aos referidos fornecedores, no âmbito do serviço grossista. Entre 2010 e 2013, a GDA aplicou esses tarifários em simultâneo.

12. Resulta dos autos apresentados ao Tribunal de Justiça que o tarifário aplicado à MEO foi o resultado de uma decisão adotada em 10 de abril de 2012, em conformidade com o direito aplicável, por um tribunal arbitral⁴.

13. Em 24 de junho e 22 de outubro de 2014, a PT Comunicações SA, antecessor jurídico da MEO, apresentou à AdC uma denúncia contra a GDA por alegado abuso de posição dominante. A MEO argumentava que esse abuso decorria do facto de a GDA praticar preços excessivos no que respeita à aplicação dos direitos conexos dos artistas intérpretes e executantes e de, além disso, aplicar condições desiguais à MEO e a outro cliente, a NOS Comunicações SA (a seguir «NOS»).

² Regulamento do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO 2003, L 1, p. 1).

³ Aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de maio de 2012.

⁴ Segundo os artigos 7.º, n.º 3, e 9.º do Decreto-Lei n.º 333/97, de 27 de novembro, na falta de acordo na negociação dos direitos, as partes estão obrigadas a recorrer à arbitragem.

14. Em 19 de março de 2015, a AdC abriu um inquérito, que conduziu ao arquivamento do processo, por decisão de 3 de março de 2016, com o fundamento de que os factos referentes ao objeto do processo não continham indícios suficientes de um abuso de posição dominante.

15. A AdC indicou designadamente que, mesmo que a GDA detivesse efetivamente uma posição dominante no mercado em causa e que o seu comportamento fosse considerado um tratamento desigual de prestações equivalentes, a diferenciação dos tarifários aplicados aos diferentes prestadores do serviço retalhista de acesso ao serviço de televisão e dos custos médios suportados pela MEO e pela NOS no âmbito do serviço grossista em causa não permitia concluir que existisse um efeito restritivo da concorrência, resultante, em especial, de uma deterioração da posição concorrencial da MEO.

16. Segundo a AdC, não se pode considerar que um prestador do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão tenha sofrido uma desvantagem competitiva relativamente 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, designadamente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

17. A MEO interpôs recurso da decisão de arquivamento da AdC, alegando designadamente que esta decisão interpretou erradamente o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, visto que, em vez de apreciar o critério da desvantagem na concorrência, conforme interpretado na jurisprudência do Tribunal de Justiça, analisou se ocorrera uma distorção significativa e quantificável da concorrência.

18. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a decisão de arquivamento da AdC baseou-se no facto de a diferença de tarifários relativamente ao custo médio ser diminuta, pelo que os referidos tarifários não eram suscetíveis de comprometer a posição concorrencial da MEO e esta tinha capacidade para assimilar a diferença. Aliás, a MEO teve um aumento da sua quota de mercado no serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição durante esse período⁵.

19. O órgão jurisdicional de reenvio observa que, no âmbito do processo principal, a MEO apresentou números relativos aos custos suportados, respetivamente, pela MEO e pela NOS. Essas tabelas indicam, por um lado, o custo total e o custo médio por consumidor, suportados, respetivamente, pela MEO e pela NOS e, por outro, o lucro e a rentabilidade da MEO durante o período em causa, concretamente de 2010 a 2013⁶.

20. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, não está excluído que a capacidade concorrencial da MEO tenha sido afetada em razão desta diferenciação dos preços. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que certos comportamentos discriminatórios de parceiros comerciais podem implicar intrinsecamente uma desvantagem concorrencial. O órgão jurisdicional de reenvio considera, no entanto, que o Tribunal de Justiça não se pronunciou, de modo firme, sobre o conceito de «desvantagem na concorrência» para efeitos da aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

21. Nestas condições, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal) 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

5 Segundo a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) (Portugal), a quota de mercado da MEO, no período considerado, isto é, entre 1 de janeiro de 2010 e 31 de março de 2015, passou de um valor inferior a 25% para um valor superior a 40%, enquanto a quota de mercado do Grupo NOS diminuiu, no mesmo período de tempo, de um valor superior a 60% para um valor inferior a 45%.

6 Estes números não constam da decisão de reenvio na medida em que constituem dados confidenciais.

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 indície, 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, n.ºs 146 a 148, 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* [...]?»

22. Foram apresentadas observações escritas pela MEO, pela GDA, pelos Governos português e espanhol e pela Comissão Europeia.

23. Em 5 de outubro de 2017, realizou-se uma audiência na qual participaram a MEO, a GDA, o Reino de Espanha e a Comissão.

Resumo das observações submetidas ao Tribunal de Justiça

24. De modo geral, as partes interessadas consideraram que as questões prejudiciais deviam ser tratadas conjuntamente. As referidas partes concentraram-se na questão de saber se, para a verificação da existência de uma «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, se pode presumir que uma diferenciação de preços é suscetível de falsear a concorrência ou se, em contrapartida, incumbe à autoridade da concorrência demonstrar que a capacidade concorrencial da empresa desfavorecida ficou reduzida na sequência do comportamento impugnado. No âmbito dessa análise, discutem-se, por um lado, os elementos que devem ser tidos em conta e, por outro, a necessidade de o efeito (potencial ou real, consoante os respetivos pontos de vista das partes) na concorrência ser significativo.

25. No que respeita ao conceito de «desvantagem na concorrência», as partes interessadas estão de acordo quanto ao facto de que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a existência de uma eventual afetação da concorrência deve, de maneira geral, ser apreciada casuisticamente e de que não existe um limite ou uma regra fixa para determinar essa afetação.

26. No entanto, as posições divergem quanto à questão de saber se, e em que medida, deve ser demonstrado um efeito anticoncorrencial concreto ou se, em contrapartida, a existência de tal desvantagem deve ser provável no caso de uma empresa em posição dominante aplicar tarifários diferenciados aos seus parceiros comerciais no mercado a jusante.

27. Por um lado, a GDA e o Governo português consideram que deve ser tido em conta o efeito concreto dos preços diferenciados na capacidade concorrencial da MEO.

28. Resulta tanto da abordagem preconizada pela Comissão, conforme manifestada em vários dos seus relatórios e comunicações a partir de 2003, como da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral da União Europeia que é preciso tomar em conta os efeitos anticoncorreciais no mercado de comportamentos alegadamente abusivos. Para que uma prática tarifária seja qualificada de abusiva, é necessário que haja, efetivamente, uma distorção da concorrência entre os prestadores do serviço em causa e que, devido a essa distorção, alguns prestadores sofram uma desvantagem concorrencial. Assim, uma «simples» prática de preços discriminatórios não basta, em si mesma, para constituir um abuso na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

29. Por outro lado, o Governo espanhol⁷ e a MEO inclinam-se para uma interpretação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE segundo a qual, apenas com ligeiras diferenças, o facto de uma entidade de gestão em situação de monopólio, como a GDA, favorecer, mediante condições mais vantajosas, um utilizador relativamente aos seus concorrentes no mesmo mercado a jusante, pode gerar uma desvantagem ou uma distorção da concorrência.

30. No que respeita aos elementos a tomar em consideração para determinar se um comportamento como o da GDA no processo principal é suscetível de produzir um efeito anticoncorrencial, a MEO alega que a GDA detém uma posição de monopólio e que os prestadores de serviços de televisão estão obrigados a passar pela GDA para obter licenças que permitam a distribuição de obras protegidas. Devido a tal facto, a posição negocial da GDA é forte. Segundo a MEO, uma empresa em posição de monopólio de facto tem uma especial responsabilidade no que respeita à aplicação de condições iguais aos seus parceiros comerciais. Esta responsabilidade implica, segundo a MEO, a obrigação de a GDA justificar o seu comportamento, o que esta não fez. Por último, segundo a MEO, importa tomar em consideração a duração da discriminação.

⁷ O Governo espanhol indica que a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Comissão Nacional dos Mercados e da Concorrência, Espanha) considerou sistematicamente a aplicação de tarifários discriminatórios como uma infração, no caso de a entidade de gestão dos direitos de autor e dos direitos conexos não ser capaz de os justificar.

31. A este propósito, o Governo espanhol salienta que, em casos como o em análise, a desvantagem resulta designadamente de as licenças concedidas pelas entidades de gestão constituírem um elemento essencial à prestação dos serviços finais pelos utilizadores em causa.

Análise

32. As questões prejudiciais, conforme formuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio, suscitam, em minha opinião, uma resposta global, na medida em que se prendem principalmente com a questão de saber se o conceito de «desvantagem na concorrência», referido no artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, implica um exame dos efeitos de um comportamento e/ou da gravidade de uma aplicação diferenciada de preços na posição concorrencial da empresa afetada.

33. Antes de abordar esta problemática, gostaria, *em primeiro lugar*, de formular algumas interrogações que, apesar de relativas a aspetos não expressamente abordados pelo órgão jurisdicional de reenvio, incidem sobre a aplicabilidade, no caso em apreço, do disposto no artigo 102.º TFUE.

34. *Em seguida*, efetuari uma exposição preliminar das considerações essenciais que, em minha opinião, devem guiar a análise de uma prática de diferenciação de preços alegadamente constitutiva de um abuso de posição dominante. Nesse contexto, indicarei se, e em que condições, uma prática de discriminação tarifária de «segunda linha» pode recair no âmbito de aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE. Especificarei as razões pelas quais não se pode presumir que tal prática constitui, pela sua natureza, um abuso de posição ou que, pelo contrário, é preciso demonstrar concretamente os efeitos concorrenciais de tal comportamento.

35. À luz de todas estas considerações, debruçar-me-ei, *por último*, sobre a questão de saber em que medida a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes por uma empresa que alegadamente detém uma posição dominante pode gerar uma desvantagem na concorrência.

Observações gerais sobre a aplicabilidade do artigo 102.º TFUE ao caso em análise

36. Importa salientar que o presente processo se prende com uma constelação factual específica, que pode ser descrita da maneira que se segue.

37. A MEO, um prestador de serviços de televisão no mercado português, impugnou perante o órgão jurisdicional de reenvio a decisão da AdC que arquiva a sua denúncia. Esta denúncia tinha por objeto o comportamento alegadamente abusivo da GDA, cooperativa de gestão dos direitos conexos aos direitos de autor, que consistiu na aplicação, entre 2010 e 2013, de tarifários diferenciados para a obtenção de licenças.

38. Na opinião da MEO, a NOS, empresa que concorre diretamente com a MEO, beneficiou de tarifários mais vantajosos durante esse período. Assim, a denúncia apresentada pela MEO à AdC tinha por objeto um alegado abuso de posição dominante decorrente dos tarifários discriminatórios praticados pela GDA no mercado a jusante relativo aos serviços de comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas intérpretes e executantes.

39. Não obstante, e como salientou o órgão jurisdicional de reenvio, apoiado em dados numéricos, observa-se que a desvantagem alegadamente sofrida pela MEO quanto aos montantes pagos para a utilização das obras protegidas pelo direito de autor e direitos conexos não deu lugar a uma diminuição da sua quota de mercado. Pelo contrário, a quota detida pela MEO aumentou e, entre 2010 e 2013, passou de cerca de 25% para um nível superior a 40%. Por sua vez, a quota detida pela NOS, durante o mesmo período, diminuiu, passando de um nível superior a 60% para um nível inferior a 45%.

40. É igualmente importante salientar que esta fixação dos preços foi efetuada, em conformidade com o direito nacional aplicável, por uma decisão arbitral, na medida em que a GDA e a MEO não tinham conseguido chegar a acordo.

41. No caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio parece ter partido do postulado de que se colocava unicamente a questão de saber se, para concluir pela existência de um abuso de posição dominante resultante da aplicação de preços diferentes para serviços equivalentes, era preciso pronunciar-se em concreto sobre os efeitos concorrenciais da prática controvertida ou se, pelo contrário, se podia presumir que tal prática é contrária ao artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

42. Neste sentido, o órgão jurisdicional de reenvio parece ter considerado que estavam reunidas as outras condições de aplicação do artigo 102.º TFUE. Em particular, considera adquirido que, primeiro, a GDA é uma entidade em posição dominante e que, segundo, aplicou a parceiros comerciais condições desiguais para «prestações equivalentes».

43. Ora, à luz dos autos apresentados ao Tribunal de Justiça, parece-me haver reservas tanto quanto à existência, no presente caso, de uma posição dominante da GDA no mercado efetivamente relevante como quanto à realidade de uma imposição de preços desiguais para «prestações equivalentes».

44. As dúvidas manifestadas a este respeito poderiam tornar hipotéticas as questões prejudiciais submetidas, que respeitam unicamente à identificação de uma «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

45. Em primeiro lugar, considero que é permitido interrogar-se sobre a questão de saber se a *GDA está efetivamente em posição dominante* no mercado relevante do serviço grossista em causa no presente processo.

46. Quanto a este ponto, observe-se que a GDA contestou precisamente a premissa segundo a qual detinha uma posição dominante no mercado relevante, apesar de ser, de facto, a única entidade em Portugal a gerir os direitos conexos do direito de autor.

47. A este respeito, a GDA alegou que não pode exercer pressão negocial sobre os seus parceiros principais, a MEO e a NOS. Antes de mais, estas empresas constituem um «duopólio» pujante. Depois, a formação dos tarifários é condicionada pela lei nacional, que obriga as partes a recorrer à arbitragem em caso de desacordo. Por último, dado que não está verticalmente integrada, a GDA não tem interesse nos mercados a montante ou a jusante. Pelo contrário, a exclusão do mercado da MEO ou um comprometimento da sua posição concorrencial relativamente à NOS ser-lhe-ia desvantajoso. Nestas circunstâncias, não havia posição dominante e muito menos um abuso da mesma.

48. Recorde-se que a GDA é uma entidade de gestão de direitos coletivos dos artistas, sem fins lucrativos, cujo objeto é o exercício e a gestão dos direitos conexos aos direitos de autor dos seus representados e dos membros de entidades congêneres estrangeiras. Entre os seus principais clientes estão os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição em Portugal, entre os quais a MEO e a NOS, que, no período relevante, constituíam, em conjunto, um duopólio.

49. Nesse contexto, parece que a GDA depende, em grande parte, das remunerações dos serviços que presta a essas duas empresas.

50. Por outro lado, conforme resulta dos autos e como a AdC salientou na sua decisão, existem indícios de que os prestadores do serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição possuem algum poder negocial que poderá contrabalançar o poder negocial da GDA. Esses indícios, que, no meu entendimento dos autos, não foram contestados pela MEO⁸, consistem, designadamente, em comunicações entre a GDA e os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, para determinar o tarifário que a GDA lhes iria aplicar a partir de 1 de janeiro de 2014 no âmbito do serviço grossista em análise.

51. Do mesmo modo, apesar de, atualmente, a GDA ser a única entidade em Portugal que gere os direitos coletivos dos artistas intérpretes ou executantes, tal circunstância não significa que se encontre efetivamente em posição dominante, dado que não dispõe de um poder de mercado que lhe permita agir independentemente dos seus parceiros comerciais.

52. Ora, é ponto assente que o artigo 102.º TFUE visa controlar o poder de mercado detido por uma empresa. Para que a posição de uma empresa seja qualificada de dominante, não basta tomar como referência a quota que esta detém num mercado bem definido, sendo igualmente necessário ter em conta o poder económico que detém em razão da sua posição.

53. A posição dominante é, assim, definida como a situação de poder económico que dá a uma ou a várias empresas a possibilidade de adotar comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, aos consumidores⁹. Uma posição deste tipo ocorreria normalmente sempre que uma empresa ou grupo de empresas detivesse uma importante quota da oferta num dado mercado específico, desde que outros fatores tomados em consideração na análise (como, por exemplo, entraves de acesso, capacidade de reação por parte dos clientes, etc.) apontassem para a mesma conclusão¹⁰.

54. Além disso, pode-se questionar qual o interesse para a GDA, do ponto de vista concorrencial, em impor preços discriminatórios para excluir ou enfraquecer a posição concorrencial de um dos seus clientes. Uma vez que não tem interesse próprio em se defender no mercado a jusante onde operavam a MEO e a NOS, o seu único interesse parece residir no facto de dinamizar as suas receitas através da fixação de preços negociados individual e bilateralmente com esses prestadores.

55. Se há uma entidade que, no caso em apreço, deve beneficiar, do ponto de vista concorrencial, de uma eventual discriminação efetuada no mercado a jusante, essa entidade é o operador que beneficiou de preços supostamente inferiores, no caso a NOS. Em contrapartida, tenho dificuldade em perceber de que modo essa diferenciação poderia beneficiar direta ou indiretamente a GDA. Abordarei mais pormenorizadamente este último aspeto nos desenvolvimentos posteriores.

56. Em segundo lugar, pergunto-me, no seguimento das considerações precedentes, se o presente processo trata realmente do fornecimento de «prestações equivalentes» em «condições desiguais», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE — e, logo, de uma «discriminação» em vez de uma «diferenciação» objetiva —, no âmbito das prestações à MEO e à NOS relativas aos direitos conexos.

8 V. elementos documentais juntos ao processo nacional e mencionados na decisão da AdC.

9 Esta definição foi adotada muito cedo pelo Tribunal de Justiça (v. acórdãos de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands y United Brands Continental/Comissão*, 27/76, EU:C:1978:22, n.º 65, e de 13 de fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão*, 85/76, EU:C:1979:36, n.º 38). Foi constantemente recordada pela jurisprudência, designadamente a mais recente (v., designadamente, acórdãos 14 de outubro de 2010, *Deutsche Telekom/Comissão*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 170, e de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.ºs 23 e 79).

10 V. Comunicação 97/C 372/03 da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5).

57. Segundo resulta da jurisprudência, a equivalência das transações deve ser determinada tendo em conta o conjunto das condições prevalentes no mercado¹¹. Essas condições incluem designadamente um aspeto de ordem temporal, na medida em que o preço fixado para a prestação de um determinado serviço pode variar ao longo do tempo, atendendo às *condições do mercado e aos critérios utilizados para a sua formação*. Noutros termos, o facto de prestações serem efetuadas em momentos diferentes pode tornar as transações não equivalentes¹².

58. Além disso, decorre dos elementos apresentados ao Tribunal de Justiça que a formação dos preços e das outras condições contratuais relativas aos direitos conexos que a GDA comercializa é condicionada pela lei, que obriga as partes, na falta de acordo, a recorrer à arbitragem. Em tal hipótese, como aconteceu com os preços faturados à MEO, a GDA limita-se a aplicar os preços fixados pela decisão arbitral. Em minha opinião, os preços aplicados pela GDA, respetivamente, à MEO e à NOS foram, portanto, fixados em condições *a priori* diferentes.

59. Em definitivo, verifica-se que o processo principal se caracteriza por algumas incertezas quanto à aplicabilidade do artigo 102.º TFUE, que vão além da mera questão da identificação de uma «desvantagem na concorrência». Afigura-se, designadamente, muito delicado punir uma empresa por ter abusado da sua alegada posição dominante devido a uma diferenciação dos preços aplicados aos seus parceiros situados no mercado a jusante, apesar de não operar nesse mercado e de beneficiar diretamente da concorrência entre esses parceiros. Estas incertezas justificam uma maior prudência na análise das práticas controvertidas de diferenciação de preços.

Uma prática de diferenciação de preços só é constitutiva de um abuso de posição se causar uma desvantagem concorrencial, o que implica um exame concreto dos efeitos da prática à luz de todas as circunstâncias relevantes

60. Mesmo supondo, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, que se pode inferir dos factos do caso em apreço, por um lado, que a GDA detém uma posição dominante no mercado grossista em causa e, por outro, que o comportamento controvertido deve ser considerado um tratamento desigual de prestações equivalentes, impõe-se que a autoridade da concorrência constatare que alguns parceiros comerciais, devido a esta distorção, sofrem uma *desvantagem na concorrência*. A existência dessa desvantagem não pode, em caso algum, presumir-se, mas implica, em todos os casos e, designadamente, perante uma discriminação tarifária de «segunda linha», um exame dos efeitos das práticas controvertidas à luz de todas as circunstâncias do caso em análise.

11 V., designadamente, acórdãos de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão (T-301/04, EU:T:2009:317, n.ºs 169 a 190), e de 7 de outubro de 1999, Irish Sugar/Comissão (T-228/97, EU:T:1999:246, n.º 64).

12 V., designadamente, neste sentido, O'Donoghue, R., e Padilla, J., *The Law and Economics of article 102 TFEU*, 2.ª edição, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 795; Geradin, D., e Petit, N., «Price discrimination under EC competition law», *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Konkurrenteriket, 2005, p. 23 (www.konkurrenteriket.se/en/research/seminars/the-pros-and-cons/price-discrimination).

Uma prática de discriminação tarifária não é, em si mesma, problemática do ponto de vista do direito da concorrência

61. De maneira geral, importa recordar que a discriminação, incluindo a discriminação na aplicação de preços, não é, em si mesma, problemática do ponto de vista do direito da concorrência. A razão disso é que a discriminação de preços não é sempre prejudicial à concorrência. Antes pelo contrário, como testemunham designadamente as (vãs) tentativas oficiais de voltar a aplicar nos Estados Unidos a disposição que proíbe tal discriminação constante do *Robinson-Patman Act* de 1936¹³, proibir pura e simplesmente as discriminações tarifárias pode revelar-se nefasto do ponto de vista da eficiência económica e do bem-estar do consumidor.

62. Com efeito, é pacífico que uma prática de discriminação, designadamente de diferenciação de preços, produz efeitos ambivalentes do ponto de vista da concorrência. Tal prática pode ter por consequência o reforço da eficiência económica e, assim, do bem-estar dos consumidores, objetivos que, em minha opinião, não se devem perder de vista quando se trata de aplicar as regras de concorrência e que se distinguem, em qualquer caso, de considerações atinentes à equidade. Como reiteradamente decidiu o Tribunal de Justiça, as regras de concorrência visam proteger a concorrência e não os concorrentes¹⁴.

63. Tanto na perspetiva do direito dos cartéis como na dos abusos de posição dominante, as discriminações tarifárias só deveriam poder ser punidas se produzissem um efeito anticoncorrencial atual ou potencial. A identificação de tal efeito não se confunde com a desvantagem imediata sentida, ou mesmo sofrida, pelos operadores a quem foram aplicados os preços mais elevados para a aquisição de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, o facto de se aplicar a uma empresa um preço para a aquisição de um bem ou serviço superior ao aplicado a uma ou a várias empresas concorrentes pode ser qualificado de desvantagem, mas isso não implica necessariamente uma «desvantagem concorrencial».

64. Assim, mesmo que a uma empresa tenham sido aplicados tarifários superiores aos aplicados a outras empresas e que, por esse facto, esta seja (ou se considere) discriminada, esse comportamento só pode ser abrangido pelo âmbito de aplicação desta disposição se se demonstrar que é suscetível de restringir a concorrência e prejudicar o bem-estar dos consumidores.

65. No direito dos abusos de posição dominante, uma prática de discriminação tarifária permite designadamente a uma empresa que detenha essa posição oferecer os seus produtos e serviços a um maior número de consumidores, como os que dispõem de menor poder de compra. No mesmo sentido, o cliente de uma empresa, mesmo dominante, será, em princípio, incentivado a vender mais para beneficiar de um desconto «de fidelização» e, para tal, será, por sua vez, encorajado a diminuir os seus preços e, portanto, a reduzir a sua margem, o que acaba por se repercutir positivamente no consumidor. Neste contexto, há que salientar que a capacidade de os operadores utilizarem o seu poder negocial para obter as melhores condições tarifárias e reduzir os seus custos é um importante parâmetro de concorrência¹⁵. Em última análise, a diferenciação dos preços pode ser um vetor importante de estímulo da concorrência.

13 V., designadamente, US Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, 2007, capítulo IV.a: «The Robinson-Patman Act», disponível em http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Em 2007, a US Antitrust Modernization Commission (Comissão Americana de Modernização do Antitrust, Estados Unidos) propôs igualmente, sem êxito, voltar a aplicar a referida disposição. Para uma análise mais recente, v., igualmente, Kirkwood, J. B., «Reforming the Robinson-Patman Act to Serve Consumers and Control Powerful Buyers», *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, n.º 4, 2015, pp. 358 a 383).

14 V., neste sentido, quanto às práticas de desconto, as minhas conclusões apresentadas no processo Intel Corporation/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2016:788, n.º 41).

15 Por conseguinte, a obrigação, imposta a uma entidade, de tratar todos os seus parceiros comerciais de maneira igual pode conduzir a resultados anticoncorrenciais (v. Bulmash, H., «An Empirical Analysis of secondary line price discrimination motivations», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 361 a 397).

66. No que respeita, mais especificamente, à questão de saber se uma prática de discriminação dos preços aplicados por uma empresa aos seus «parceiros comerciais», que, a maior parte das vezes, são os seus clientes situados no mercado a jusante, é suscetível de constituir um abuso de posição dominante, recorro que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE proíbe expressamente as empresas em posição dominante de aplicar, relativamente a esses parceiros, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, «colocando-os [...] em desvantagem na concorrência».

67. Contrariamente ao que uma análise superficial poderia sugerir, o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE não exige aos detentores de um monopólio ou de uma posição dominante que apliquem tarifas uniformes aos seus parceiros comerciais.

68. Resulta, assim, da própria letra da referida disposição que a discriminação tarifária imposta por uma empresa dominante aos seus parceiros comerciais pode recair no âmbito da proibição dos abusos de posição dominante *se e unicamente se a concorrência que se exerce entre esses parceiros for falseada por esta discriminação*.

69. Em última análise, uma aplicação rigorosa desta disposição exige, por um lado, que se verifique que existe uma relação de concorrência entre os parceiros comerciais da empresa dominante e, por outro, que se demonstre que o comportamento desta empresa é, em concreto, suscetível de falsear a concorrência entre as empresas em causa¹⁶. Retomarei esta questão nas considerações que se seguem.

Uma prática de discriminação tarifária de segunda linha só pode recair no âmbito de aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE na sequência de um exame da mesma à luz de todas as circunstâncias do caso em análise

70. Impôs-se progressivamente, tanto na prática decisória das autoridades da concorrência como na jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça¹⁷, que, quando se deve analisar um comportamento empresarial na perspetiva do artigo 102.º TFUE, não se pode presumir a existência de uma restrição da concorrência. Para concluir que tal restrição existe, há que proceder, em todos os casos, a um exame dos efeitos reais ou potenciais da medida contestada, à luz de todas as circunstâncias do caso em análise.

71. Quando está em causa uma prática de discriminação tarifária, a análise que se deve efetuar difere substancialmente consoante esteja em causa uma discriminação de «primeira linha» ou de «segunda linha».

72. Por *discriminação de primeira linha* entende-se, esquematicamente, a que é efetuada relativamente aos concorrentes da empresa dominante. A maioria das vezes, tem por objeto práticas de discriminação tarifária que se destinam a atrair determinados clientes de operadores concorrentes, como preços predatórios, descontos diferenciados ou ainda comportamentos de compressão de margens. Respeita, em geral, a todas as práticas de preços que visam excluir ou enfraquecer a posição concorrencial de operadores presentes no mesmo mercado e no mesmo nível (no plano vertical) que aquele em que opera a empresa dominante.

73. Devido aos efeitos de exclusão que podem produzir, estas práticas de discriminação tarifária de primeira linha são as de que as autoridades responsáveis pela concorrência e os tribunais são, em geral, chamados a conhecer.

¹⁶ V., neste sentido, conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2006:133, n.ºs 104 e 105).

¹⁷ V., designadamente, acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 133 a 147).

74. A *discriminação de segunda linha*, a que se refere principalmente o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, é a que afeta os «parceiros comerciais» no mercado a jusante ou a montante dessa empresa. Abrange, designadamente, o caso em que uma empresa dominante decide aplicar preços diferentes aos seus clientes, isto é, a entidades que não mantêm uma relação de concorrência direta com ela. Esta disposição pretende impedir que o comportamento comercial da empresa em posição dominante falseie a concorrência num mercado situado a montante ou a jusante, ou seja, a concorrência entre fornecedores ou entre clientes desta empresa. Os outros contratantes da referida empresa não devem ser favorecidos ou desfavorecidos no âmbito da concorrência exercida entre si¹⁸.

75. No que respeita a este último tipo de discriminação, o efeito de exclusão e de restrição do processo concorrencial não é sempre evidente. Antes pelo contrário, uma empresa que opera a montante retira, em princípio, pleno benefício da concorrência exercida no mercado a jusante.

76. Em minha opinião, e conforme salientado num número significativo de estudos doutriniais, no exame da discriminação tarifária para efeitos da aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, como a que está em causa no processo em análise, deve distinguir-se desde logo entre as empresas verticalmente integradas, que, portanto, têm interesse em suplantar os concorrentes no mercado a jusante, e as que não têm esse interesse.

77. Quando uma empresa está verticalmente integrada, a aplicação, pela empresa dominante, de preços discriminatórios no mercado a montante ou a jusante assemelha-se, na realidade, a uma discriminação de primeira linha que afeta indiretamente os concorrentes dessa empresa. Essa discriminação pode ter por efeito fragilizar os concorrentes da empresa dominante no mercado a jusante.

78. O processo que deu origem ao acórdão *Deutsche Bahn/Comissão*¹⁹ constitui um bom exemplo do efeito restritivo da concorrência que pode gerar uma discriminação tarifária, tanto de primeira linha como de segunda linha, efetuada por uma empresa verticalmente integrada. Ao aplicar tarifários diferentes aos transportadores de contentores que operavam nos trajetos ditos do Oeste para prestações equivalentes relativas à utilização das infraestruturas ferroviárias, a Deutsche Bahn AG aplicou, inevitavelmente, aos seus parceiros comerciais ativos uma *desvantagem na concorrência face a ela própria e à sua filial*²⁰.

79. Em contrapartida, quando a empresa em posição dominante não está integrada verticalmente, e excluída a hipótese de comportamentos de entidades públicas que produzem, mais ou menos diretamente, um efeito de compartimentação geográfica ou de discriminação em razão da nacionalidade²¹, é lícito questionar o benefício que esta empresa pretende retirar de uma discriminação cujo objetivo é prejudicar um dos seus parceiros comerciais no mercado a jusante. Com efeito, essa empresa tem todo o interesse em que este último mercado seja muito concorrencial, para manter o seu poder negocial na qualidade de vendedor dos produtos ou dos serviços em causa. Caso, como no processo principal, uma empresa em posição dominante não esteja em concorrência com os seus clientes no mercado a jusante, não é fácil determinar que outros motivos poderiam levar esta empresa a aplicar preços discriminatórios, sem ser a exploração direta dos seus clientes. Parece, portanto, pouco racional que esta reduza a pressão concorrencial existente entre os seus parceiros comerciais no mercado a jusante.

18 V. acórdão de 15 de março de 2007, *British Airways/Comissão* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 143).

19 Acórdão de 21 de outubro de 1997 (T-229/94, EU:T:1997:155), confirmado pelo despacho de 27 de abril de 1999, *Deutsche Bahn/Comissão* (C-436/97 P, EU:C:1999:205).

20 Acórdão de 21 de outubro de 1997, *Deutsche Bahn/Comissão* (T-229/94, EU:T:1997:155, n.º 93).

21 V., neste sentido, acórdãos de 29 de março de 2001, *Portugal/Comissão* (C-163/99, EU:C:2001:189, n.ºs 46 e 66), e de 17 de maio de 1994, *Corsica Ferries* (C-18/93, EU:C:1994:195, n.ºs 43 a 45).

80. É, com toda a certeza, o que explica que sejam extremamente raros os processos, como o processo principal, relativos às *discriminações de segunda linha* «puras», ou seja, situações em que a empresa dominante (não verticalmente integrada) não tem, à primeira vista, nenhum interesse em excluir os seus parceiros no mercado a jusante²².

81. Impõe-se, além disso, salientar que, no âmbito da apreciação dos processos de que o Tribunal de Justiça foi chamado a conhecer, as considerações relativas à aplicabilidade do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE são particularmente lacónicas e não permitem, em todo o caso, extrair linhas interpretativas claras quanto à identificação de uma «desvantagem na concorrência», na aceção dessa disposição.

82. O acórdão Kanal 5 e TV 4²³, que é relativo a uma situação muito semelhante à do presente caso, merece ser mencionado a este respeito. Esse processo tinha por objeto um litígio que opunha a Kanal 5 Ltd e a TV 4 AB à Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Organismo de Gestão Coletiva dos Direitos de Autor relativos à Música, Suécia) a respeito da tabela de taxas relativas à teledifusão de obras musicais protegidas pelo direito de autor por esta aplicada.

83. Chamado a determinar se o facto de um organismo de gestão coletiva dos direitos de autor calcular de forma diferente as taxas cobradas a título da remuneração devida pela teledifusão de obras musicais protegidas pelo direito de autor, consoante se trate de sociedades privadas de teledifusão ou de sociedades de serviço público, constitui uma infração ao artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE [atual artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE], o Tribunal de Justiça, em bom rigor, não se pronunciou sobre o nexo entre essa discriminação tarifária e a desvantagem concorrencial eventualmente observada no mercado a jusante. Recordou, de resto, que incumbia ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar um determinado número de verificações para efeitos da aplicação dessa disposição.

84. A este propósito, cumpre igualmente salientar que a abordagem adotada pela Comissão e pelos órgãos jurisdicionais da União Europeia conduz frequentemente à aplicação desta disposição a uma situação de discriminação de primeira linha, ou seja, a uma situação em que não está demonstrado haver uma «desvantagem concorrencial», o que suscitou certas críticas doutrinárias tendo em vista uma aplicação mais rigorosa das condições expressamente decorrentes da redação dessa disposição²⁴. Alguns comentadores defendem, assim, uma abordagem mais estrita das discriminações tarifárias referidas no artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE ou preconizam, neste contexto, um exame casuístico de todas as circunstâncias pertinentes²⁵.

85. Por outro lado, chamado a precisar o alcance das exigências relativas à verificação da existência de uma desvantagem na concorrência na aceção dessa disposição, o Tribunal de Justiça, no processo British Airways/Comissão²⁶, que constitui o acórdão de referência para efeitos da análise das práticas de discriminação tarifária na perspetiva do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, salientou o que se segue, isto é, que, «para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo [102.º], segundo parágrafo, alínea c), [TFUE], é necessário concluir 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 da empresa em posição dominante relativamente aos outros».

22 V. processos referidos na nota 21. V., igualmente, acórdão de 11 de dezembro de 2008, Kanal 5 e TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:703).

23 Acórdão de 11 de dezembro de 2008 (C-52/07, EU:C:2008:703).

24 V., designadamente, Perrot, A., «Towards an effects-based approach of price discrimination», *The Pros and Cons of Price Discrimination*, op. cit., designadamente pp. 166 e segs.

25 V. artigo referido na nota anterior. V., igualmente, Geradin, D., e Petit, N., «Price Discrimination under EC competition law: The Need for a case-by-case approach», *Global Competition Law Centre Working Paper 07/05*, pp. 45 e 46.

26 Acórdão de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 144).

86. Embora, como especificou o Tribunal de Justiça, nada impeça que a discriminação de parceiros comerciais que não se encontram numa relação de concorrência possa ser considerada abusiva, é ainda necessário determinar que o comportamento da empresa em posição dominante tende, «tomando em conta todas as circunstâncias do caso concreto», a causar uma distorção da concorrência entre esses parceiros comerciais²⁷.

87. Noutros termos, o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE não pode ser interpretado no sentido de que impõe a uma empresa que se encontre em posição dominante num determinado mercado que, em todas as circunstâncias e independentemente de uma análise dos efeitos do comportamento impugnado na concorrência, aplique preços uniformes aos seus parceiros comerciais.

88. A necessidade de tomar em conta «todas as circunstâncias do caso concreto» mostra-se, portanto, fundamental no âmbito da apreciação de uma prática tarifária discriminatória. Não se pode, em caso algum, deduzir do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE que tal prática conduz, em todos os casos, a uma situação de «desvantagem na concorrência».

89. No que respeita ao acórdão Clearstream/Comissão²⁸, a que se refere explicitamente o órgão jurisdicional de reenvio na redação das suas questões prejudiciais, saliente-se que, nesse acórdão, o Tribunal Geral decidiu limitar o seu exame ao caso em análise que alegadamente lhe tinha sido submetido. Como resulta do n.º 192 do referido acórdão, o Tribunal Geral recordou o princípio segundo o qual, «para que os requisitos de aplicação do artigo [102.º], segundo parágrafo, alínea c), [TFUE] sejam preenchidos, há que verificar que o comportamento da empresa em posição dominante num dado mercado não somente é discriminatório, *mas também tende a falsear esta relação de concorrência*» (o sublinhado é meu).

90. Em quaisquer circunstâncias, mesmo supondo que se possa inferir deste acórdão do Tribunal Geral que este último estabeleceu uma presunção de que uma discriminação tarifária é suscetível de gerar essa desvantagem, há que observar que o referido acórdão do Tribunal Geral, que, de resto, não foi confirmado pelo Tribunal de Justiça por não ter sido objeto de recurso, está um pouco ultrapassado.

91. Em minha opinião, o mesmo acórdão respeita a um período em que a natureza da abordagem — isto é, pelo objeto (formal) ou pelos efeitos — que devia ser seguida na análise dos comportamentos das empresas alegadamente constitutivos de um abuso de posição dominante podia ainda ser objeto de debate.

92. Por último, parece-me importante precisar que a demonstração da existência de uma desvantagem concorrencial é distinta da avaliação da probabilidade de um comportamento de uma empresa, intrinsecamente suscetível de gerar efeitos de exclusão, induzir uma restrição da concorrência e, em particular, produzir os efeitos de exclusão contestados²⁹. Para efeitos da aplicação do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, esta exigência visa garantir, em concreto, que uma prática de discriminação tarifária seguida por uma empresa relativamente aos seus parceiros comerciais, que não pode, em si mesma, ser problemática do ponto de vista da concorrência, leva à criação de uma desvantagem concorrencial.

27 Acórdão de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 145).

28 Acórdão de 9 de setembro de 2009 (T-301/04, EU:T:2009:317, n.º 194). O Tribunal Geral decidiu que, «[n]o caso em apreço, a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma contínua durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro».

29 V., a este propósito, acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.ºs 138 a 141).

93. Como já tive ocasião de salientar³⁰, de maneira geral, o exame das práticas de discriminação tarifária na perspetiva do artigo 102.º TFUE presta-se dificilmente ao formalismo e à sistematização. Em particular, a análise da questão de saber se uma discriminação tarifária por uma empresa em posição dominante num dado mercado pode ter um impacto concreto na concorrência exercida num mercado situado a montante ou a jusante é e deve continuar a ser um exercício eminentemente casuístico.

A verificação da existência de uma desvantagem concorrencial exige que, além da discriminação eventualmente sofrida, seja demonstrada em concreto a existência de uma desvantagem concorrencial

94. Contrariamente ao que parece sugerir a posição defendida pela MEO no âmbito do presente processo, considero que uma discriminação tarifária não é necessariamente acompanhada de uma «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE.

95. Em minha opinião, tal apreciação procede de uma confusão entre a avaliação da existência de uma «desvantagem na concorrência» e a existência de «desvantagens entre os concorrentes», ou mesmo de uma desvantagem pura e simples.

96. Para que se verifique a existência de uma «desvantagem na concorrência», na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, a prática em questão deve, além da desvantagem causada pela discriminação tarifária considerada isoladamente, ter um efeito específico na posição concorrencial da empresa alegadamente discriminada.

97. Noutros termos, é preciso que a desvantagem sofrida seja suficientemente significativa para ter consequências na posição concorrencial da empresa discriminada. É, portanto, necessário comprovar que os preços discriminatórios têm tendência a falsear a relação de concorrência entre os parceiros comerciais no mercado a jusante.

98. Uma tal análise exige que a autoridade da concorrência tome em consideração todas as circunstâncias do caso que lhe é submetido. Uma prática de preços discriminatórios coloca os clientes de uma sociedade em posição dominante numa situação de desvantagem na concorrência, quando, em concreto, é suscetível de afetar negativamente a concorrência no mercado em que os seus clientes operam. Para efeitos da identificação de uma distorção da concorrência neste contexto, não é, portanto, possível limitar-se a avaliar o impacto da prática discriminatória ao nível de um parceiro comercial específico.

99. Em particular, há que examinar se a discriminação tarifária controvertida é suscetível de afetar negativamente a capacidade de os parceiros comerciais desfavorecidos exercerem uma pressão concorrencial efetiva sobre os parceiros comerciais favorecidos.

100. É certo que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não se exige que seja apresentada a prova de que a conduta da empresa dominante causou uma deterioração efetiva quantificável da posição concorrencial de um ou de vários parceiros comerciais³¹, ou ainda que se comprove que o efeito anticoncorrencial no mercado em que os parceiros comerciais estão em concorrência é «sensível» — não se justificando a fixação de um limiar de sensibilidade (*de minimis*) para determinar uma exploração abusiva de uma posição dominante³².

30 V., designadamente, as minhas conclusões apresentadas no processo Intel Corporation/Comissão (C-413/14 P, EU:C:2016:788, n.º 73 e segs.).

31 V. acórdão de 15 de março de 2007, British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 145).

32 V. acórdão de 6 de outubro de 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, n.º 73).

101. É igualmente certo que, exceto se se desrespeitarem as condições claramente enunciadas no artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, a simples «desvantagem» decorrente da própria discriminação não pode ser confundida com a «desvantagem na concorrência», que se deve materializar no mercado em que os parceiros comerciais da empresa dominante operam, no caso, o mercado a jusante dos direitos conexos ao direito de autor.

102. A este propósito, considero que se deve distinguir entre os comportamentos anticoncorrenciais que, atendendo ao seu intrínseco carácter nocivo, implicam uma restrição da concorrência e os comportamentos, como as práticas de diferenciação tarifárias de segunda linha seguidas por uma empresa dominante não verticalmente integrada, que carecem de um exame mais aprofundado das suas repercussões concretas para se poder concluir que existe tal restrição.

103. Não se trata de efetuar aqui uma arbitragem entre as restrições de concorrência consoante estas sejam menores ou não — que justificaria a fixação de um limiar *de minimis* em princípio excluído no âmbito do artigo 102.º TFUE. Trata-se antes de identificar a presença de uma restrição efetiva de concorrência que é, de facto, distinta da discriminação tarifária e que deve acrescer a esta última.

104. Em consequência, o facto de a um desses parceiros comerciais ser imposto um preço superior pode, quando muito, ter impacto nos custos suportados por essa empresa e, muito hipoteticamente, na rentabilidade e nos lucros esperados por essa mesma empresa. Isso não implica, no entanto, que o nível de concorrência no mercado a jusante seja afetado pela discriminação tarifária controvertida. Como salientou, adequadamente, a GDA nas suas observações escritas, a rentabilidade e a competitividade são dois elementos muito distintos.

105. Daí resulta, em minha opinião, que eventuais diferenças de tratamento que não tenham impacto na concorrência, ou que tenham efeitos menores, não podem ser constitutivas de um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE³³.

106. A existência de uma desvantagem na concorrência deve ser determinada examinando os efeitos reais ou potenciais da prática contestada à luz de *todas as circunstâncias relevantes* relacionadas tanto com as transações em causa como com as características do mercado em que operam os parceiros comerciais da empresa dominante.

107. Para analisar o efeito de distorção ou de exclusão de práticas de discriminação tarifária, deve, antes de mais, prestar-se particular atenção à realidade e à importância relativa da diferenciação tarifária controvertida.

108. Em seguida, deve igualmente dar-se relevo à análise da importância dos custos dos produtos ou dos serviços prestados pela empresa dominante relativamente aos custos totais suportados pelo ou pelos parceiros alegadamente desfavorecidos.

109. No caso de o preço imposto pela empresa dominante representar uma parte significativa dos custos totais suportados pelo cliente desfavorecido, a discriminação dos preços poderia ter um impacto não só na rentabilidade da atividade desse cliente mas igualmente na sua posição concorrencial³⁴.

³³ V., neste sentido e com o objetivo de conciliar as diferentes perspetivas que se opõem neste domínio, O'Donohue, R., e Padilla J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 802 e 803.

³⁴ V., designadamente, a análise da Comissão na sua Decisão Soda-Ash/Solvay [Decisão 91/299/CEE da Comissão, de 19 de dezembro de 1990, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/33.133-C: Carbonato de sódio — Solvay) (JO 1991, L 152, p. 21, n.º 64)], na qual se tinha constatado que a discriminação controvertida dos preços tinha tido um efeito importante na posição concorrencial das empresas afetadas, uma vez que o produto em questão podia representar até 70% do custo da mistura das matérias-primas para o fabrico do vidro. O preço suportado para a aquisição dessa matéria afetava, pois, a rentabilidade e a competitividade dos vidreiros.

110. Em contrapartida, no caso de o peso relativo dos preços impostos pela empresa dominante ser irrisório, estes não podem afetar a posição concorrencial do cliente desfavorecido.

111. Retomando o caso em análise, a AdC constatou que esses custos não eram significativos. Com efeito, o n.º 67 da decisão de arquivamento da AdC indica que, com base em informação da MEO de 23 de junho de 2015, se concluiu que, entre 1 de janeiro de 2010 e 31 de dezembro de 2013, os valores pagos, anualmente, à GDA pela MEO no âmbito do serviço grossista em causa representaram uma reduzida percentagem dos custos suportados pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição e uma ínfima parte dos proveitos auferidos pela MEO no âmbito da disponibilização do mesmo serviço retalhista. Dado que, na opinião da AdC, o peso relativo do preço dos direitos conexos que a GDA pratica é insignificante, afigura-se difícil determinar em que medida a diferenciação dos tarifários aplicados pela GDA era, com base na sua importância, suscetível de afetar a posição concorrencial da MEO e, consequentemente, de criar uma desvantagem na concorrência.

Observações finais sobre o papel da autoridade da concorrência quando conhece de uma denúncia

112. No caso em apreço, e embora, em última análise, incumba exclusivamente ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, atendendo a todas as circunstâncias do caso em apreço, em que medida a diferenciação tarifária controvertida criou uma desvantagem concorrencial, parece-me que a AdC não cometeu nenhum erro ao analisar se, do ponto de vista económico, a diferenciação dos tarifários aplicados à MEO e à NOS podia influenciar a capacidade concorrencial da MEO relativamente à NOS.

113. Por outro lado, e em jeito de observações finais, parece-me importante recordar que, quando é submetida à autoridade da concorrência uma denúncia alegando a existência de um abuso de posição dominante resultante designadamente de uma discriminação tarifária de segunda linha, como a que está em causa no processo principal, o papel dessa autoridade consiste em examinar atentamente *os elementos de facto e de direito trazidos ao seu conhecimento pelo autor da denúncia*, para decidir, em princípio num prazo razoável, se deve dar início ao procedimento de declaração de infração, rejeitar a denúncia sem iniciar o procedimento ou proceder ao seu arquivamento³⁵.

114. Num tal contexto, a decisão de arquivar uma denúncia deve ser fundamentada pela rejeição dos elementos especificamente submetidos à autoridade. Em contrapartida, esta não pode ser acusada de identificar em absoluto, e na falta de elementos concretos que atestem designadamente a existência de uma restrição da concorrência, as razões pelas quais o comportamento impugnado pode eventualmente ser constitutivo de um abuso.

Conclusão

115. Atendendo a todas estas considerações, propõe-se que se responda do seguinte modo às questões prejudiciais submetidas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal):

Na falta de qualquer justificação objetiva, a aplicação de preços superiores, por uma empresa em posição dominante, a alguns dos seus titulares de licença, em comparação com os preços aplicados a outros titulares, constitui um abuso na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE se e apenas se essa prática infligir aos primeiros uma desvantagem na concorrência relativamente aos outros titulares com quem estão em concorrência.

³⁵ V., por analogia, no que respeita ao papel que incumbe à Comissão, acórdão de 19 de maio de 2011, Ryanair/Comissão (T-423/07, EU:T:2011:226, n.º 53).

Os parceiros comerciais de uma empresa dominante sofrem uma desvantagem na concorrência na aceção do artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea c), TFUE, quando a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes prejudica a posição concorrencial de alguns desses parceiros comerciais relativamente a outros e quando, por conseguinte, falseia a concorrência entre os parceiros comerciais favorecidos e os parceiros comerciais desfavorecidos.

A verificação da existência de uma desvantagem na concorrência implica que se constate a existência de uma distorção da concorrência entre as partes afetadas no mercado relevante, distinta da simples diferença de tratamento eventualmente constatada. A análise preconizada não se deve resumir a um mero exercício formal de dedução automática, baseado em presunções de facto ou de direito, implicando antes um exame concreto de todas as circunstâncias do caso em análise. Podem, designadamente, mas não exclusivamente, tomar-se em consideração a natureza e a importância da diferenciação tarifária controvertida e a estrutura de custos das empresas afetadas.