



Tribunal de Justiça no Luxemburgo defende que discriminação de preços não está sujeita a regime de proibição absoluta no processo iniciado pela PT contra a Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas

# Acórdão do Tribunal de Justiça do Luxemburgo não dá razão à MEO

Nuno Calaim Lourenço

No passado dia 19 de abril de 2018, o Tribunal de Justiça (TJ, que faz parte do Tribunal de Justiça da União Europeia) proferiu o seu acórdão no processo MEO c. Autoridade da Concorrência (C-525/16), oferecendo importantes coordenadas de análise quanto aos elementos constitutivos do abuso de posição dominante por discriminação, ao abrigo do regime do art. 102<sup>o</sup> do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), e avançando com a proposição de que este ilícito não está sujeito a uma regra de proibição *per se*. Segundo o TJ, é a desvantagem concorrencial efetiva que resulta da discriminação, e que deve ser demonstrada por referência às circunstâncias concretas do caso, incluindo o impacto sobre a estrutura de custos, de lucros e rentabilidade da parte afetada — e não a prática discriminação considerada em abstrato e em si mesmo — que constitui o critério aferidor da existência de um abuso.

O processo teve a sua origem numa queixa da PT, em junho de 2014, contra a Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes (GDA). Apesar de não deter um monopólio legal, a GDA é atualmente o único organismo encarregado da gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas ativo em Portugal. Entre as empresas que utilizam

o repertório dos membros da GDA, figuram os prestadores do serviço de distribuição do sinal de televisão, incluindo a MEO. Entre 2008 e 2014, a GDA aplicou três tarifários diferentes. No entendimento da MEO, a GDA teria cometido um abuso de posição dominante também por aplicar condições desiguais à MEO e a outro cliente, a NOS. Por decisão de março de 2016, a Autoridade da Concorrência arquivou o processo, por considerar não existir um efeito restritivo da concorrência. Inconformada, a MEO interpôs recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que, em apreciação, de-

**Não basta que o operador afetado sofra desvantagem imediata por ser forçado a pagar um tarifário mais elevado**

ciuiu dirigir ao TJ (pela primeira vez, desde a data da sua criação em 2013) um conjunto de questões prejudiciais relacionadas com o conceito de desvantagem concorrencial.

O acórdão do TJ avança com as seguintes principais proposições: (i) a discriminação por uma empresa dominante só é abusiva quando coloca o parceiro comercial numa posição de “desvantagem concorrencial”. A simples presença de uma desvantagem imediata que afeta as empresas a quem foram aplicados preços superiores não significa que a concorrência seja falseada; (ii) a existência de efeitos anticoncorrenciais deve ser analisada “tomando em conta todas as circunstâncias do caso”, devendo ser considerados “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 os seus concorrentes”; (iii) não é necessária a prova de deterioração efetiva e quantificável da posição dos parceiros comerciais. Basta que se demonstre que o tratamento diferencial exerceu uma influência relevante sobre os interesses económicos da parte afetada (sobre os seus custos, lucros, rentabilidade ou qualquer outro interesse relevante) com impacto sensível sobre a sua posição concorrencial.

O TJ concluiu que os montantes dos tarifários cobrados à MEO representavam uma percentagem residual

dos custos totais por si suportados e que a discriminação teria tido um impacto limitado sobre os seus lucros e rentabilidade. Também não resultou provado que a GDA tivesse prosseguido qualquer estratégia para excluir a MEO do mercado. A GDA teria apenas aplicado o tarifário previamente fixado por decisão arbitral.

A decisão representa um novo e significativo passo de consolidação da chamada *effects based approach*. O acórdão deixa manifesto que a abordagem Intel tem implicações bem abrangentes e que o critério do “concorrente igualmente eficiente” pode, afinal, vir a emergir na jurisprudência europeia como critério transversal à generalidade dos abusos de exclusão. A implicação mais imediata que se extrai é que a discriminação não pode ser considerada *per se* proibida. Neste sentido, não basta que o operador afetado sofra uma desvantagem imediata por ser forçado a pagar um tarifário mais elevado. É necessário impacto tangível e sensível. O acórdão cria um *framework* de análise que proporciona às empresas dominantes a possibilidade de conduzirem uma avaliação das suas políticas de preço e implementarem tarifários mais eficientes a clientes de maior dimensão, para quem o produto ou serviço fornecido represente uma porção menos significativa dos seus custos totais.

A SRS Advogados representou a GDA junto do Tribunal de Justiça.

Advogado da SRS Advogados