

DECISÃO DE ARQUIVAMENTO
DE PROCESSO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

INFORMAÇÕES GERAIS

Ref. Interna: PRC-2015/07

Decisão a adotar: Decisão de Arquivamento

Origem: denúncia da PT Comunicações, S.A. (atualmente MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.)

Data de abertura de inquérito: 19.03.2015

Empresa investigada: GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, C.R.L.

Normas legais consideradas: (i) artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio; e (ii) artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

Natureza da eventual infração: abuso de posição dominante

Regulador Setorial: N.A.

DO PROCESSO

I. ORIGEM

1. Em 24.06.2014 e em 22.10.2014, a PT Comunicações, S.A. (PTC)¹ apresentou à Autoridade da Concorrência (AdC) denúncia contra a GDA – Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas, Intérpretes ou Executantes, C.R.L. (GDA) por eventual abuso de posição dominante ocorrido no domínio dos direitos conexos (ao direito de autor) dos artistas intérpretes ou executantes^{2,3}.
2. Em particular, a MEO considerou que esse abuso de posição dominante decorria da alegada “prática [pela GDA] de preços excessivos na exploração dos direitos conexos dos Artistas” e da alegada “[a]plicação [por parte da mesma entidade] de condições desiguais relativas à remuneração dos direitos conexos dos Artistas[, em particular, à] PTC [e] à ZON TV Cabo [Portugal, S.A. (ZON TV Cabo)]”^{4,5}.
3. Segundo a MEO, os comportamentos em causa traduziram-se, respetivamente, em “preços aplicados pela GDA à PTC não [...] razoáveis quando comparados com o valor económico da prestação [e], portanto, [não] equitativos” e num “sistema de remuneração dos direitos dos Artistas praticado pela GDA desde 2008 [que] colocou a PTC numa permanente posição de desvantagem competitiva face à ZON TV Cabo, seu principal concorrente [e que, e]m 2008 e

¹ Atualmente MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO). Assim, todas as referências à PTC constantes do presente documento devem considerar-se como sendo referências à MEO.

² Doravante designados “Direitos conexos dos artistas”.

³ Doravante designada “Denúncia da MEO”.

⁴ Atualmente NOS Comunicações, S.A. (NOS Comunicações). Assim, todas as referências à ZON TV Cabo constantes do presente documento devem considerar-se como sendo referências à NOS Comunicações.

⁵ Doravante designadas “Práticas denunciadas pela MEO”.

2009, para além dos efeitos típicos de qualquer discriminação, agravou [...] artificialmente as barreiras à entrada no mercado da televisão por subscrição”.

4. Para investigação da factualidade subjacente à denúncia da MEO, o conselho de administração da AdC, em 19.03.2015, determinou a abertura de inquérito em processo contraordenacional, tendo sido atribuída ao processo em causa a referência PRC-2015/07.

II. DILIGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO

5. No desenvolvimento da investigação, para apuramento da verdade material, foram realizadas pela AdC diversas diligências no âmbito do PRC-2015/07, designadamente:
 - (i) foram efetuados pedidos de elementos de informação à GDA, à MEO, à Cabovisão – Televisão por Cabo, S.A. (Cabovisão), à NOS Comunicações e à Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone); e
 - (ii) em 03.09.2015, foi realizada uma reunião entre representantes da AdC e representantes da GDA.

III. COMUNICAÇÃO DO SENTIDO PROVÁVEL DE DECISÃO DE ARQUIVAMENTO À DENUNCIANTE

6. Terminada a análise inicial, em 16.11.2015, a AdC, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, comunicou à MEO que se perspectivava o arquivamento do PRC-2015/07, uma vez que concluiu que: (i) os factos referentes às práticas que constituem o objeto do processo, sustentados nos elementos probatórios constantes dos respetivos Autos, não constituíam indícios suficientes de práticas de abuso de posição dominante, previsto e punido no artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio; e (ii) não estavam reunidas as condições de proibição estatuídas pelo artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
7. A AdC notificou ainda a MEO para que, querendo e no prazo máximo de 10 dias úteis, apresentasse as observações que considerasse adequadas.
8. Em 01.12.2015, a MEO apresentou à AdC um conjunto de observações, opondo-se ao arquivamento do PRC-2015/07 e referindo, adicionalmente, que “[n]ão [tendo sido] até à data possível à [MEO] obter acesso ao processo[, solicitado em 25.11.2015,] se reserva a faculdade de, após o conhecer, apresentar observações adicionais que tenha eventualmente por convenientes”.
9. Em 03.02.2016, a AdC, após ter remetido à MEO cópia da versão não confidencial do PRC-2015/07, concedeu-lhe um prazo adicional de 5 dias úteis para envio dessas eventuais observações, o que a empresa veio a efetuar em 08.02.2016.

DOS FACTOS

IV. VISADA

10. A GDA é uma entidade de gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas, sem fins lucrativos e cujo objeto é o exercício e a gestão dos direitos conexos dos artistas e, também, a gestão dos direitos (conexos ao direito de autor) dos administrados dessa entidade e dos membros de entidades congêneres estrangeiras com as quais a GDA tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade.
11. Nesse contexto, a GDA tem como principais atividades a cobrança das remunerações provenientes do exercício, em Portugal e no estrangeiro, dos direitos referidos no parágrafo

anterior e a distribuição dessas remunerações pelos titulares dos direitos em causa ou pelos seus sucessores.

12. Com vista a tal, a GDA procede, em particular, à celebração de contratos, acordos e/ou protocolos com as entidades interessadas na utilização do repertório das prestações dos seus membros, dos seus administrados e/ou dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a GDA tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade, após a respetiva negociação.

V. MERCADOS

A. Serviços

13. Os serviços a tomar em consideração no âmbito do PRC-2015/07 são, resumidamente:
- (i) o serviço grossista de comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas⁶, que integra a atividade de negociação entre as entidades coletivas de gestão desses direitos, que representam os respetivos titulares com vista à sua transmissão, e as entidades interessadas na utilização dos mesmos;
 - (ii) o serviço retalhista de disponibilização de ofertas de acesso ao sinal de televisão por subscrição; e
 - (iii) o serviço retalhista de disponibilização de ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas e, em particular, do acesso ao sinal de televisão por subscrição, do acesso fixo à *Internet* em banda larga e do serviço telefónico num local fixo (SFT).
14. A este propósito, é de referir que os direitos conexos dos artistas referem-se ao direito de cada artista de fazer ou autorizar:
- (i) a radiodifusão e a comunicação ao público da sua prestação;
 - (ii) a fixação da sua prestação que não tenha sido fixada;
 - (iii) a reprodução de fixação da sua prestação quando essa fixação não tenha sido autorizada, quando a reprodução em causa seja feita para fins diversos dos fins para os quais foi dado consentimento ou quando a primeira fixação tenha sido feita ao abrigo do regime de utilização livre da prestação e a respetiva reprodução vise fins diferentes dos previstos nesse regime; e
 - (iv) a colocação à disposição do público da sua prestação.

B. Oferta e procura de cada serviço

V.B.1. *Comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas*

15. No que respeita à comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas, a GDA, que resultou da fusão, em 28.11.1995, da CADA – Cooperativa de Administração dos Direitos dos Artistas (Intérpretes e Executantes), C.R.L. com a Associação Portuguesa de Actores, é – e tem sido, desde esse momento – a única entidade de gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas ativa em Portugal.

⁶ Doravante designado “serviço grossista em análise”.

16. Atualmente, a GDA tem mais de 4.000 membros e, adicionalmente, efetua a gestão dos direitos relativos às prestações artísticas de mais de 500.000 artistas de todo o mundo que tenham sido criadas, comercializadas e/ou utilizadas em Portugal⁷.
17. No momento presente, algumas das entidades interessadas na utilização do repertório das prestações dos membros da GDA, dos seus administrados e/ou dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a GDA tenha celebrado contratos de representação e/ou reciprocidade são: (i) os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição; (ii) os prestadores de atividades de rádio; (iii) os prestadores do serviço retalhista de transporte de passageiros; (iv) as entidades gestoras de centros comerciais; (v) os proprietários de estabelecimentos com instalações para dançar; e (vi) os estabelecimentos hoteleiros.

V.B.2. Acesso ao sinal de televisão por subscrição

18. O serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição consiste na prestação ao consumidor do serviço de transmissão do sinal de televisão e do respetivo conteúdo, correspondente a um conjunto de serviços de programas televisivos⁸, mediante o pagamento de um determinado valor. Esse conjunto de canais pode ser complementado por canais cujo visionamento se encontra condicionado ao pagamento de um valor específico e é efetuado mediante a utilização, em complemento ao equipamento terminal televisivo, de um equipamento terminal específico⁹.
19. Os meios utilizados para a transmissão do sinal de televisão por subscrição em Portugal são as redes de cabo coaxial, as redes de fibra, os sistemas de comunicações via satélite, os sistemas de acesso fixo via rádio e o protocolo *Internet*.
20. De acordo com a Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM)¹⁰, em 31.03.2015:
 - (i) 3.394.283 consumidores detinham o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição, o que representou um acréscimo de cerca de 5,75% face ao valor do mesmo indicador verificado em 31.03.2014;
 - (ii) a principal forma de comercialização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição eram as ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas, estimando-se que cerca de 84,8% dos consumidores que detinham o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição tivessem contratado uma dessas ofertas, o que representaria um crescimento de cerca de 13,3% do indicador em questão desde 31.03.2014;
 - (iii) o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição era detido por cerca de 57,3% dos alojamentos familiares clássicos¹¹ e por cerca de 83,5% das famílias clássicas¹²;
 - (iv) o Grupo NOS tinha a maior quota de mercado associada aos consumidores do serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição (cerca de 43,8%), seguido pela MEO, pela

⁷ Conforme acima referido (cf. parágrafos 11 e 12 do presente documento), GDA é a entidade responsável pela cobrança das remunerações associadas a direitos: (i) dos seus membros; (ii) dos membros de entidades congéneres estrangeiras com as quais a GDA tenha celebrado um contrato de representação e/ou reciprocidade; (iii) dos artistas nacionais de Estados-Membros da União Europeia; e (iv) de todos os artistas relativos à retransmissão por tecnologia de cabo, à radiodifusão, à comunicação ao público, à comercialização e à cópia privada das respetivas prestações.

⁸ Doravante designados “Canais”.

⁹ Doravante designados “Canais de acesso condicionado”.

¹⁰ Cf. Relatório intitulado “Serviço de televisão por subscrição: informação estatística – 1.º trimestre de 2015”, elaborado pela ANACOM.

¹¹ Em conformidade com o Instituto Nacional de Estatística, I.P. (INE), considera-se que um alojamento familiar clássico corresponde a um alojamento que: (i) normalmente, se destina a alojar apenas uma família e não é totalmente utilizado para outros fins no momento de referência; e (ii) é constituído por um conjunto de divisões e respetivos anexos localizados em um edifício de carácter permanente ou em uma parte estruturalmente distinta do edifício, devendo ter uma entrada independente que dê acesso direto ou através de um jardim ou terreno a uma via ou passagem comum no interior do edifício.

¹² Em conformidade com o INE, considera-se que uma família clássica corresponde a: (i) um conjunto de pessoas que residem no mesmo alojamento e que têm relações de parentesco (de direito ou de facto) entre si, podendo ocupar a totalidade ou parte do alojamento; e/ou (ii) uma pessoa independente que ocupe uma parte ou a totalidade de uma unidade de alojamento.

Vodafone e pela Cabovisão (com quotas de mercado de cerca de 41,9%, 8,3% e 6,0%, respetivamente); e

- (v) cerca de 68% dos lares com o serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição tinham acesso a mais de 80 canais, o que traduziu um acréscimo de cerca de 6,8% face ao valor do mesmo indicador registado em 31.03.2014.

V.B.3. Ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas

21. Quanto às ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas, os prestadores de serviços disponibilizam aos consumidores ofertas conjuntas de dois, três, quatro ou cinco desses serviços¹³, sendo as mesmas constituídas pelo serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição, pelo SFT, pelo serviço de acesso fixo à *Internet* em banda larga, pelo serviço telefónico móvel e/ou pelo serviço de acesso móvel à *Internet* em banda larga.

22. Segundo a ANACOM¹⁴, em 31.03.2015:

- (i) as ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas eram disponibilizadas aos consumidores (residenciais e empresariais) por 12 prestadores de serviços¹⁵, 8 dos quais disponibilizavam ofertas retalhistas conjuntas de mais do que dois serviços de comunicações eletrónicas;
- (ii) 3.012.664 consumidores tinham contratadas ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas, o que representou um acréscimo de cerca de 12% face a 31.03.2014, tendo essa evolução traduzido o crescimento verificado nos consumidores que tinham contratadas ofertas conjuntas de mais do que dois serviços de comunicações eletrónicas¹⁶;
- (iii) as ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas eram contratadas por cerca de 74,2% das famílias clássicas;
- (iv) as ofertas *triple-play* foram as ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas mais contratadas pelos consumidores (cerca de 46,5%), seguidas pelas ofertas *quintuple-play* e pelas ofertas *double-play* (cerca de 33,2% e 17,8%, respetivamente); e
- (v) a MEO tinha a maior quota de mercado associada aos consumidores que tinham contratadas ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas (cerca de 43,7%), seguida pelo Grupo NOS, pela Vodafone e pela Cabovisão (com quotas de mercado de cerca de 38,5%, 10,9% e 6,9%, respetivamente), tendo o Grupo NOS sido líder nos consumidores que tinham contratadas ofertas *double-play*, ofertas *triple-play* ou ofertas *quadruple-play*.

VI. COMPORTAMENTOS

23. Entre 2008 e 2014, a GDA disponibilizou três tarifários no âmbito do serviço grossista em análise, brevemente descritos na Tabela 1.

¹³ Doravante designadas “ofertas *double-play*”, “ofertas *triple-play*”, “ofertas *quadruple-play*” e “ofertas *quintuple-play*”, respetivamente.

¹⁴ Cf. Relatório intitulado “Pacotes de serviços de comunicações eletrónicas: informação estatística – 1.º trimestre de 2015”, elaborado pela ANACOM.

¹⁵ A Cabovisão, a Colt Technology Services, Lda., a Cyclop Net – Informática e Telecomunicações, Lda., a IPTV Telecom – Telecomunicações, Lda., a MEO, a NOS Açores Comunicações, S.A., a NOS Comunicações, S.A., a NOS Madeira Comunicações, S.A., a OniTelecom – Infocomunicações, S.A., a Sociedade de Telecomunicações do Vale do Sousa, S.A., a UnitelData – Telecomunicações, S.A. e a Vodafone.

¹⁶ Esses consumidores: (i) tinham, em 31.03.2015, um peso de 82,87% nos consumidores que tinham contratadas ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas; e (ii) entre 31.03.2014 e 31.03.2015, cresceram cerca de 19,66%.

Tabela 1. Tarifários disponibilizados pela GDA

| | Consumidor [CONF. – referente a condições de transação] a [CONF. – referente a condições de transação] | | | Consumidor [CONF. – referente a condições de transação] a [CONF. – referente a condições de transação] | | | Consumidor superior a [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação] | | |
|---------------------------|--|---|---|--|---|---|---|---|---|
| | T1 | T2 | T3 | T1 | T2 | T3 | T1 | T2 | T3 |
| 2008 | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | | | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | | | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | | |
| 2009 | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | | | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | | | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | | |
| 2010 | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |
| 2011 | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |
| 2012 | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |
| 2013 | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |
| 2014⁽¹⁾ | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |

⁽¹⁾ Os tarifários [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação] e [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação] foram aplicados pela GDA, de forma transitória, em 2014, durante o processo negocial entre essa entidade e os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição no âmbito do serviço grossista em análise a disponibilizar desde 01.01.2014 aos prestadores em causa.
Fonte: Comunicações da GDA, de 29.09.2015 e 30.06.2015.

24. Entre 2010¹⁷ e 2013¹⁸, a GDA aplicou, efetiva e simultaneamente, cada um desses tarifários e, como tal, verificaram-se diferenças entre os tarifários cobrados a diferentes prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, conforme apresentado na Tabela 2.

Tabela 2. Tarifários oferecidos pela GDA a cada prestador

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|-------------------------|--|--|--|--|--|--|
| MEO | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] |
| NOS Comunicações | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] |
| Cabovisão | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] |
| Vodafone | | | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] | [CONF. – referente a condições de transação] |

Fonte: Comunicações da GDA, de 29.09.2015 e 30.06.2015.

25. A esse propósito, é de destacar que a GDA aplicou o tarifário [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação] à MEO na sequência de um processo de arbitragem instaurado pela GDA contra a MEO, cujo acórdão final do Tribunal Arbitral¹⁹, de 10.04.2012, determina, em particular, que:

“

[CONFIDENCIAL – referente a termos específicos do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012]

¹⁷ Momento a partir do qual a GDA disponibilizou mais do que um tarifário no âmbito do serviço grossista em análise.

¹⁸ De um modo geral, a análise constante do presente documento não toma em consideração o ano de 2014, uma vez que os tarifários aplicados pela GDA em 2014 foram-no de forma transitória, durante o processo negocial entre essa entidade e os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, no âmbito do serviço grossista em análise a disponibilizar desde 01.01.2014.

¹⁹ Doravante designado “Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012”.

DO DIREITO: ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

26. A factualidade associada às práticas denunciadas pela MEO, brevemente descritas nos parágrafos 1 a 3 do presente documento, foi qualificada pela mesma como suscetível de consubstanciar um abuso de posição dominante pela GDA, nos termos do n.º 1 e das alíneas a) e c) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e das alíneas a) e c) do artigo 102.º do TFUE.
27. Com vista à formulação de um juízo crítico que permitisse confirmar ou infirmar as alegações da MEO na sua denúncia, foi desenvolvido, nos termos sintetizados nos capítulos VII e VIII do presente documento, um exercício de subsunção dos factos em causa no PRC-2015/07 aos elementos do respetivo tipo de ilícito, necessários para que possa qualificar-se uma prática como restritiva da concorrência.
28. Antes de mais, o preenchimento, por uma determinada prática, do ilícito qualificado na legislação da concorrência como abuso de posição dominante implica a prévia definição dos mercados relevantes em causa na mesma, com referência aos quais se determina a existência ou inexistência de uma posição dominante, analisando-se, de seguida, o carácter abusivo da prática em questão.

VII. MERCADOS RELEVANTES E DETERMINAÇÃO DE POSIÇÃO DOMINANTE

29. A GDA, desde o momento da sua criação (em 28.11.1995), constitui o único agente económico do lado da oferta no mercado grossista da comercialização coletiva dos direitos conexos dos artistas, conforme referido no parágrafo 15 do presente documento.
30. Como tal, a GDA tem sido monopolista nesse mercado, afigurando-se razoável considerar que continuará a ter essa posição, uma vez que, apesar de não haver qualquer impedimento legal à constituição de outras entidades de gestão coletiva dos direitos conexos dos artistas, a tendência crescente do número de artistas representados pela GDA traduz-se na diminuição constante dos incentivos para o início de atividade de entidades concorrentes à GDA.
31. A detenção de uma posição monopolista pela GDA no mercado relevante associado ao serviço grossista em análise permite, em princípio, concluir que a mesma detém uma posição dominante no mercado em causa.
32. Sem prejuízo, existem indícios de que os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição possuem algum poder negocial que poderá ser suscetível de contrabalançar o poder negocial da GDA.
33. Tal pode ser inferido, de entre outros elementos, com base nas comunicações trocadas entre a GDA e os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição com vista à determinação do tarifário a praticar, desde 01.01.2014, pela GDA a cada um destes no âmbito do serviço grossista em análise.
34. A esse propósito, é de salientar que a larga maioria dos proveitos auferidos pela GDA são provenientes dos prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição²⁰.
35. Sem prejuízo do que acaba de referir-se, e antecipando as conclusões decorrentes da análise constante do capítulo VIII do presente documento, é de notar que os concretos comportamentos objeto do PRC-2015/07 não se afiguram suscetíveis de preencher os (demais) elementos do tipo

²⁰ A título exemplificativo, em 2013 e 2014, os valores pagos à GDA pela MEO no âmbito do serviço grossista em análise representaram [CONFIDENCIAL – referente a peso de um determinado tipo de proveitos no total de proveitos entre 10 e 20]% e [CONFIDENCIAL – referente a peso de um determinado tipo de proveitos no total de proveitos entre 20 e 30]%, respetivamente, dos valores recebidos pela GDA de clientes.

de abuso de posição dominante alegadamente em causa, independentemente da determinação da detenção pela GDA de uma posição dominante no mercado relevante associado ao serviço grossista em análise.

VIII. COMPORTAMENTOS – APRECIÇÃO DO ALEGADO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A. Eventual prática de preços excessivos pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise

36. A MEO enquadrou a eventual prática de preços excessivos pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise no n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, nos termos dos quais pode ser considerada abusiva, nomeadamente, a adoção por uma entidade detentora de posição dominante em determinado mercado de comportamentos que se traduzam em “[i]mpor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas”.
37. O teor dessa disposição legal é idêntico ao teor da alínea a) do artigo 102.º do TFUE, nos termos da qual “[é] incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma [...] empres[a] explor[a]r de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em [i]mpor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas”.
38. Nesse contexto, a MEO alegou que a tendência de aumento dos preços cobrados pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise se afigura desprovida de fundamentação, uma vez que:
- (i) os aumentos verificados nesses preços chegaram a ser superiores a [CONFIDENCIAL – referente a evolução de preço]%; e
 - (ii) essa tendência, traduzida no crescimento das receitas da GDA, foi simultânea com a tendência de queda das receitas médias dos prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição associadas a esse serviço.
39. A esse propósito, destaca-se que, de acordo com a prática decisória comparada e a jurisprudência europeia em matéria do direito de autor e direitos conexos²¹, a análise do eventual carácter excessivo do preço aplicável a um determinado serviço deve ser efetuada com base nos preços de serviços paralelos no mercado nacional e nos preços do mesmo serviço praticados em outros países.
40. No caso do PRC-2015/07, é de salientar que os preços associados ao serviço grossista em análise que têm sido aplicados pela GDA são, de um modo geral, inferiores:
- (i) aos preços aplicáveis aos serviços grossistas de comercialização do direito de autor e dos direitos conexos de produtores e editores²² em Portugal, conforme decorre da Tabela 3; e
 - (ii) aos preços referentes ao mesmo serviço que têm sido praticados na Europa, conforme decorre da Tabela 4.

²¹ Cf., entre outros, os julgamentos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE) nos casos C-395/87, Ministère Public vs. Jean-Louis Tournier [1989]; C-110/88, C-241/88, C-242/88, Lucazeau vs. SACEM [1989]; C-245/00 SENA vs. NOS [2003]; e C-52/07, Kanal 5 vs. STIM [2008]; e diversas decisões de autoridades nacionais de concorrência, como as da *Comisión Nacional de la Competencia*: (i) a Resolución Expte. S/0430/12, de 06.11.2014; (ii) a Resolución Expte. S/0360/11, de 26.08.2013; (iii) a Resolución Expte. S/0220/10, de 03.07.2012; (iv) a Resolución Expte. S/0297/10, de 14.06.2012; (v) a Resolución Expte. S/0156/09, de 23.03.2011; (vi) a Resolución Expte. 651/08, de 23.07.2009; (vii) a Resolución Expte. 636/07, de 09.12.2008; (viii) a Resolución Expte. 593/05, de 13.07.2006; e (ix) a Resolución Expte. R 224/97, de 23.10.1997.

²² Doravante designados “Serviços paralelos ao serviço grossista em análise”.

Tabela 3. Preços médios aplicáveis ao serviço grossista em análise e aos serviços paralelos em Portugal

| | 2009 | 2010 | 2011 |
|---|--|---|---|
| Direito de autor | [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € | entre [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € e [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € | entre [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € e [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Direitos conexos de produtores de fonogramas e vídeos musicais | [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € | [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € | [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Direitos conexos de produtores e editores de videogramas | | | entre [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € e [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Direitos conexos dos artistas (GDA) | entre [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € e [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | entre [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € e [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € | entre [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € e [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |

Fonte: Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012.

Tabela 4. Comparação internacional de preços

| | Remuneração aproximada |
|-------------------|---|
| Eslováquia | cerca de [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Hungria | cerca de [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Lituânia | cerca de [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Portugal | cerca de [CONF. – referente a preço entre 0 e 5] € |
| Suíça | cerca de [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |
| Espanha | cerca de [CONF. – referente a elementos de informação constantes do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012] € |

Fonte: Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012 – “[r]emuneração mensal para 2011, para um pacote de 70 canais, por subscritor, pela retransmissão por cabo das prestações dos [Artistas]”.

41. Tais resultados não permitem concluir que, no momento presente, existam indícios de que os preços associados ao serviço grossista em análise aplicados pela GDA possuem um caráter excessivo, relevante do ponto de vista concorrencial.

B. Eventual prática de tarifários discriminatórios pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise

VIII.B.1. Análise da AdC

42. A MEO enquadrou a eventual prática de tarifários discriminatórios pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise no n.º 1 e na alínea c) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, nos termos dos quais pode ser considerada abusiva, nomeadamente, a adoção por uma entidade detentora de posição dominante em determinado mercado de comportamentos que se traduzam em “[a]plicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”.
43. O teor dessa disposição legal é idêntico ao teor da alínea c) do artigo 102.º do TFUE, nos termos da qual “[é] incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma [...] empres[a] explor[a]r de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste[, podendo e]stas práticas abusivas [...], nomeadamente, consistir em [a]plicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência”.
44. Nesse contexto, a MEO destacou que:
- (i) entre 2008 e 2009, a GDA aplicou o tarifário [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação] à MEO e à NOS Comunicações e tal traduziu-se num custo médio por consumidor

suportado pela NOS Comunicações correspondente a cerca de metade do respetivo custo suportado pela MEO, em virtude da diferença entre essas entidades ao nível do número de consumidores detentores do serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição;

- (ii) entre 2010 e 2013, na sequência do Acórdão do Tribunal Arbitral de 10.04.2012, a GDA, por vontade própria, aplicou à MEO o tarifário [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação], que era substancialmente menos vantajoso para a MEO do que o tarifário [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação], apesar de ter continuado a aplicar à NOS Comunicações o tarifário [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação];
- (iii) a existência de descontos de quantidade no âmbito do serviço grossista em análise aparentava não ser legítima, já que:
 - a NOS Comunicações teria sido o único prestador do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição a beneficiar do maior escalão de desconto subjacente ao tarifário [CONFIDENCIAL – referente a condições de transação] desde o início da aplicação do mesmo;
 - a GDA não teria incentivos para a partilha de eventuais diminuições dos seus custos, decorrentes de eventuais acréscimos das suas receitas resultantes da aplicação de tarifários com escalões de desconto, com os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição; e
 - a diminuição dos preços cobrados pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise não seria suscetível de causar um aumento da utilização desse serviço; e
- (iv) os tarifários disponibilizados pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise aparentavam não ter uma relação adequada com as prestações que lhes eram subjacentes e, nomeadamente, aparentavam não ser definidos de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade na legítima defesa dos interesses comerciais da GDA e/ou dos artistas.

45. Adicionalmente, a MEO considerou, resumidamente, que:

- (i) *“o sistema de remuneração dos direitos dos Artistas praticado pela GDA desde 2008 colocou a PTC numa permanente posição de desvantagem competitiva face à ZON TV Cabo, seu principal concorrente”;*
- (ii) *“[a] GDA falseou [...] a concorrência no mercado a jusante, na medida em que introduziu, nesse mercado, desigualdade de uns operadores relativamente aos outros no que toca à sua capacidade competitiva”, uma vez que “[a]s sucessivas exigências remuneratórias da GDA [...] tiveram como consequência o aumento dos custos incorridos pela PTC na sua oferta do serviço de televisão por subscrição[, que], mesmo que poupado ao subscritor, traduz-se necessariamente em perda de sustentabilidade e de competitividade e em redução dos níveis de investimento do operador[, tendo o]s efeitos na concorrência resulta[do] agravados pela circunstância de onerarem especialmente o principal concorrente da ZON TV Cabo, durante a fase de entrada no mercado e de procura de escala adequada à obtenção de lucro económico com o desempenho da atividade”;*
- (iii) *“[a] atuação da GDA teve] como consequência imediata um aumento dos custos operacionais da PTC que, a continuar, terão que ser repercutidos num aumento de preços dos seus serviços junto do consumidor final [e] contribui[ndo esse aumento de custos] necessariamente para minar a capacidade competitiva da PTC no imediato e a prazo ”; e*
- (iv) *“[a] MEO não repercutiu direta e autonomamente nos subscritores do seu serviço de televisão por subscrição os custos associados ao serviço grossista da GDA[,] opção [que] traduziu-se num esforço financeiro acrescido da MEO[, com vista a permitir à mesma] evit[ar] que os seus serviços se tornassem menos atractivos em termos de preço, [sem prejuízo de a opção em causa ter implicado a] limita[ção d]os recursos [...] para inovação [disponíveis para a MEO] e [a] restri[ção d]a sua capacidade de concorrência pelo preço”.*

46. A esse propósito, e antes de mais, é de destacar que, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e da alínea c) do artigo 102.º do TFUE, um dos requisitos

para que a eventual prática de tarifários discriminatórios pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise seja considerada abusiva é que a mesma cause uma distorção na concorrência entre os prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição, traduzida na colocação de uns em desvantagem competitiva face a outros.

47. Como tal, afigura-se pertinente avaliar o impacto da diferença entre os custos médios por consumidor (de televisão por subscrição) suportados pela MEO e pela NOS Comunicações nos custos suportados, proveitos auferidos e rentabilidade alcançada pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.
48. Em 23.06.2015, a MEO estimou que, entre 01.01.2010 e 31.12.2013, essa diferença assumiu valores situados entre [CONFIDENCIAL – referente a diferença entre preços] € e [CONFIDENCIAL – referente a diferença entre preços] €, conforme apresentado na Tabela 5.

Tabela 5. Custos médios por consumidor do serviço de acesso ao sinal de televisão por subscrição

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|-------------------------|---|---|---|---|
| MEO | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € |
| NOS Comunicações | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € | [CONFIDENCIAL – referente a preço entre 0 e 5] € |
| Diferença | [CONFIDENCIAL – referente a diferença entre preços] € | [CONFIDENCIAL – referente a diferença entre preços] € | [CONFIDENCIAL – referente a diferença entre preços] € | [CONFIDENCIAL – referente a diferença entre preços] € |

Fonte: Comunicação da MEO, de 23.06.2015.

49. Tal implicou que, no período de tempo em causa (4 anos), a MEO, conforme estimado com base em informação desta empresa de 24.06.2014, 23.06.2015 e 21.10.2015, suportou um custo no âmbito do serviço grossista em análise cerca de [CONFIDENCIAL – referente a custos] € superior ao respetivo custo que teria suportado caso a GDA lhe tivesse aplicado o preço médio suportado pela NOS Comunicações²³, conforme decorre da Tabela 6. Esse valor diminuiria para cerca de [CONFIDENCIAL – referente a custos] € caso a GDA tivesse aplicado à MEO o tarifário aplicado à NOS Comunicações, conforme igualmente resulta da Tabela 6.
50. Note-se que daqui decorre que sempre existiria uma diferença de custos, atento o diferente número de subscritores com reflexo no preço médio por subscritor.

Tabela 6. Diferença média anual entre os custos médios suportados pela MEO e pela NOS Comunicações

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | Total |
|--|---------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------------|---------------------------------------|
| Custo grossista adicional baseado no preço médio por subscritor suportado pela NOS Comunicações | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € |
| Custo grossista adicional baseado no tarifário grossista aplicado pela GDA à NOS Comunicações | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € | [CONFIDENCIAL – referente a custos] € |

Fonte: Comunicações da MEO, de 24.06.2014, 23.06.2015 e 21.10.2015.

²³ A possibilidade de a GDA aplicar à MEO o preço médio suportado pela NOS Comunicações (nos termos reclamados pela denunciante) avança-se por mero exercício de análise, sublinhando-se não ser, de todo, uma perspetiva consistente com a jurisprudência europeia consolidada relativa ao conceito de discriminação nos termos e para os efeitos do direito da concorrência. Na sua prática decisória, a AdC tem considerado, baseada na referida jurisprudência, que “[a]dmite-se que uma empresa em posição dominante possa conceder aos seus clientes descontos de quantidade, que sejam função do volume de compras efectuado” (cf., por exemplo, Acórdão do TJCE, de 09.11.1983, *Michelin/European Commission*, Proc. 322/81, ECR 1983, p. 03461, n.º 71), e que “faz parte da própria natureza de um sistema de descontos de quantidade que os maiores compradores de um determinado bem ou serviço beneficiem de preços médios unitários menores ou de taxas médias de redução superiores às concedidas aos adquirentes menos importantes desse bem ou serviço. Mesmo o facto de o resultado de um sistema de descontos de quantidade conduzir a que determinados clientes beneficiem, relativamente a determinadas quantidades, de uma taxa média de redução proporcionalmente maior que outros, por referência à diferença dos respetivos volumes de compras, não pode levar a que imediatamente se infira que o sistema é discriminatório” (cf., no mesmo sentido, o Acórdão do TJCE, de 29.03.2001, *República Portuguesa/Comissão Europeia*, §50, Proc. C-163/99, Coletânea de Jurisprudência 2001 p. I-02613, e ainda as Decisões da Comissão das Comunidades Europeias n.º 95/364/CE, de 28.06.1995 (Aeroportos Belgas), Jornal Oficial, L 216, de 12.09.1995; n.º 1999/198/CE, de 10.02.1999 (Aeroportos Portugueses), Jornal Oficial, L 69, de 16.03.1999; e n.º 2000/521/CE, de 26.07.2000 (Aeroportos Espanhóis), Jornal Oficial, L 208, de 18.08.2000).

51. Adicionalmente, com base em informação da MEO de 23.06.2015, representada na Tabela 7, conclui-se que, entre 01.01.2010 e 31.12.2013, a diferença média anual entre os custos médios suportados pela MEO e pela NOS Comunicações no âmbito do serviço grossista em análise²⁴ representou:

- (i) entre cerca de [CONF. – referente a peso de um tipo de custos no total de custos] % e cerca de [CONF. – referente a peso de um tipo de custos no total de custos] % dos custos suportados pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição;
- (ii) entre cerca de [CONF. – referente a peso de um tipo de custos nos proveitos] % e cerca de [CONF. – referente a peso de um tipo de custos nos proveitos] % dos proveitos auferidos pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição; e
- (iii) entre cerca de [CONF. – referente a peso de um tipo de custos na rentabilidade] % e cerca de [CONF. – referente a peso de um tipo de custos na rentabilidade] % da rentabilidade alcançada pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.

Tabela 7. Relevância da diferença entre os custos médios suportados pela MEO e pela NOS Comunicações no âmbito do serviço grossista em análise

| Peso do custo grossista adicional | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 |
|-----------------------------------|---|---|---|---|
| no custo total | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos no total de custos] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos no total de custos] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos no total de custos] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos no total de custos] % |
| no proveito retalhista | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos nos proveitos] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos nos proveitos] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos nos proveitos] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos nos proveitos] % |
| na rentabilidade | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos na rentabilidade] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos na rentabilidade] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos na rentabilidade] % | [CONFIDENCIAL – referente a peso de um tipo de custos na rentabilidade] % |

Fonte: Comunicação da MEO, de 23.06.2015.

52. Tais resultados não permitem concluir que a aplicação pela GDA dos tarifários subjacentes ao serviço grossista em análise, nos termos brevemente descritos nas Tabela 1 e Tabela 2, tenha tido efeitos restritivos sobre a concorrência, resultantes, nomeadamente, da eventual aptidão dessa prática para comprometer a posição concorrencial da MEO no mercado relevante associado ao serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição e no mercado relevante associado à disponibilização retalhista de ofertas conjuntas de serviços de comunicações eletrónicas, *maxime* de *triple-play*²⁵.

53. Aliás, considera-se que os resultados em causa não afastam a possibilidade de a MEO²⁶ ter capacidade de assimilar a diferença entre o custo suportado no âmbito do serviço grossista em análise e o respetivo custo suportado pela NOS Comunicações²⁷, uma vez que esses valores têm tido um peso significativamente reduzido nos custos incorridos, proveitos auferidos e rentabilidade alcançada pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.

54. A AdC conclui, assim, que ainda que se considerem verificadas as premissas para qualificar o comportamento em causa como traduzindo um tratamento desigual de prestações equivalentes, não se verificam as premissas para considerar que a referida prática é suscetível, no caso concreto e atendendo às respetivas circunstâncias individuais, de colocar determinado prestador do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição em situação de desvantagem competitiva.

VIII.B.2. Observações da denunciante sobre o sentido provável de decisão de arquivamento e apreciação da AdC

55. Nas observações apresentadas, em 01.12.2015, no âmbito do sentido provável de decisão que lhe foi comunicado, a MEO opôs-se ao arquivamento do PRC-2015/07, tendo apresentado, nomeada e sinteticamente, os seguintes argumentos para tal:

²⁴ Cf. Tabela 5, *supra*.

²⁵ Valores que contrastam com o que parece resultar do alegado, mas não demonstrado nem quantificado, pela MEO nos termos sintetizados no parágrafo 45 do presente documento.

²⁶ Bem como qualquer outro prestador do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição.

²⁷ Conforme, aliás, a própria empresa admite ter vindo a fazer, nos termos referidos na alínea (iv) do parágrafo 45 do presente documento.

- (i) “[n]ão existem [...] dúvidas de que as condições praticadas pela GDA colocam a MEO numa posição de desvantagem na concorrência com a NOS”, uma vez que:
- “[a] AdC constata [...] que a GDA aplicou condições desiguais a prestações equivalentes”;
 - “[n]ão resulta [...] que para a diferença de tarifários tenha sido adiantada pela GDA qualquer justificação objetiva”; e
 - “a AdC reconhece que os tarifários aplicáveis pela GDA à NOS e à MEO, sendo diferentes, acarretam custos médios por consumidor diferenciados para ambos os operadores”;
- (ii) “em lugar de ponderar a questão da “desvantagem na concorrência” a AdC aprecia o preenchimento de um requisito de “distorção na concorrência”, que “não tem suporte na lei e está em desconformidade, por mais exigente, com os critérios adotados no direito da União Europeia”, já que “[a] decisão de arquivamento que a AdC se propõe adoptar não se baseia [...] na inexistência de uma desvantagem, mas sim na ideia errada de que essa desvantagem tem de ser relevante, ou seja, tem de distorcer a concorrência o suficiente para comprometer a posição concorrencial do desfavorecido, o que não sucederia no caso concreto”, e “[e]sta leitura contraria [...] a posição do Tribunal de Justiça no caso *British Airways* [...] e [...] a jurisprudência posterior, designadamente a do Tribunal de Primeira Instância da União Europeia no processo *Clearstream*”, “[i]mporta[ndo] atentar ainda, nesta sede, às Conclusões da Advogada-Geral Kokott apresentadas em 14 de abril de 2011, no processo [...] *Solvay / Comissão*”, e, por fim, “a Comissão Europeia, na sua “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” (2009/C45/02)”;
- (iii) “[o] facto de os valores pagos à Visada pelo serviço grossista de comercialização colectiva dos direitos conexos dos artistas poderem ser diminutos na perspetiva da estrutura global de custos da MEO não invalida que esta tenha sido colocada, durante cinco anos, e continue a sê-lo, numa posição de permanente desvantagem concorrencial, ao ser forçada a pagar, por esse elemento essencial, um valor médio por subscritor superior em até 87% relativamente ao pago pela NOS”; e
- (iv) “[n]os termos [...] da Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C45/02), [...] a alegação por uma empresa com posição dominante de que o seu comportamento anticoncorrencial é justificado requer que a mesma demonstre que tal comportamento é objetivamente necessário e proporcional com base em fatores externos a própria empresa [...] ou que o mesmo é gerador de ganhos de eficiência substanciais capazes de compensar os efeitos restritivos da concorrência”, mas “[a] GDA [...] limita[-]se [...] a arguir [...] que a fixação e aplicação dos diferentes escalões de tarifas se deveram a circunstâncias históricas associadas à pressão negocial”.
56. No seguimento das conclusões da AdC constantes dos parágrafos 51 a 53 *supra*, e a propósito das observações da MEO sintetizadas no parágrafo anterior, salienta-se que a Advogada-Geral Juliane Kokott, citada pela denunciante, nas suas conclusões apresentadas, em 23.02.2006, no âmbito do Processo C-95/04 P²⁸, referiu que:
- (i) “a segunda parte do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE representa mais do que um simples complemento explicativo com valor declarativo [e, como tal, a] aplicação desta norma exige, por um lado, a determinação de que existe uma relação de concorrência entre os parceiros comerciais afectados da empresa em posição dominante [...] e, por outro [lado], a prova de que o comportamento da empresa em posição dominante é, em concreto, susceptível de falsear esta relação de concorrência, ou seja, de afectar a

²⁸ Doravante designado “Processo *British Airways*”.

posição concorrencial de uma parte dos parceiros comerciais da empresa em posição dominante relativamente aos outros [sublinhado AdC]; e

- (ii) “no âmbito do [artigo 82.º,] segundo parágrafo, alínea c), [CE,] a discriminação de parceiros comerciais [da empresa em posição dominante] que se encontram numa relação de concorrência pode ser logo considerada abusiva quando, atendendo às circunstâncias de cada caso individual, o comportamento da empresa em posição dominante seja susceptível, em concreto, de causar uma distorção da concorrência entre esses parceiros comerciais” [sublinhado AdC].
57. É certo que não se exige “que se prove a produção efectiva de um dano quantificável ou de uma deterioração efectiva e quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais da empresa em posição dominante”²⁹. Não obstante, o comportamento discriminatório tem de ser, em concreto, efetivamente suscetível de distorcer a concorrência no mercado, através da colocação de alguns concorrentes numa situação de desvantagem competitiva face a outros.
58. Ou seja, à verificação da existência de uma situação de discriminação, as normas em causa (no direito nacional e no direito europeu) fazem acrescer, para a qualificação do comportamento como abusivo, a exigência de demonstração concreta da suscetibilidade de colocação em desvantagem concorrencial, não decorrendo esta consequência, imediata e necessariamente, da mera existência da situação discriminatória³⁰.
59. Essa interpretação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, que, no seu acórdão, de 15.03.2007, no âmbito do Processo British Airways, determinou que:
- (i) “para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, é necessário concluir que o comportamento da empresa em posição dominante num mercado é não só discriminatório mas ainda susceptível de falsear [a] relação de concorrência [existente entre fornecedores ou entre clientes da mesma], ou seja, de afectar a posição concorrencial de parte dos parceiros comerciais da empresa em posição dominante relativamente aos outros” [sublinhado AdC]; e
- (ii) “nada impede que a discriminação de parceiros comerciais que se encontram numa relação de concorrência possa ser considerada abusiva a partir do momento em que o comportamento da empresa em posição dominante tenda, tomando em conta todas as circunstâncias do caso concreto, a causar uma distorção da concorrência entre esses parceiros comerciais [e, n]esta hipótese, não é preciso exigir ainda a prova de uma deterioração efectiva quantificável da posição concorrencial dos diferentes parceiros comerciais individualmente considerados”³¹ [sublinhado AdC].
60. Mais recentemente, nas conclusões apresentadas, em 14.04.2011, no âmbito do Processo C-109/10 P³², a Advogada-Geral Juliane Kokott voltou a referir a mesma jurisprudência europeia, salientando que:
- (i) “o artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE [...] prevê um exame em duas etapas [e a] formulação «colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência» tem um conteúdo autónomo e não apenas o carácter de um complemento explicativo com valor declarativo” [sublinhado AdC]; e
- (ii) “para que estejam reunidas as condições de aplicação do artigo 82.º, n.º 2, alínea c), CE, é necessário concluir que o comportamento da empresa em posição dominante num mercado é não só discriminatório mas ainda susceptível de falsear [a] relação de concorrência [existente entre fornecedores ou entre clientes da mesma], ou seja, de

²⁹ Cf. parágrafos 124 e 125 das Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 23.02.2006, no Processo C-95/04 P.

³⁰ Interpretação esta – de decorrência imediata e necessária – que parece resultar do teor das observações apresentadas pela MEO em resposta ao sentido provável de decisão de arquivamento que lhe foi comunicado.

³¹ Cf. parágrafos 144 e 145 do Acórdão do Tribunal de Justiça /Terceira Secção), de 15.03.2007, no Processo C-95/04 P. Ver, ainda, no mesmo sentido, parágrafos 192 e 193 do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção), de 09.09.2009, no Processo T-301/04, *Clearstream Banking AG e Clearstream International SA c. Comissão* (doravante designado “Processo Clearstream”).

³² Doravante designado “Processo Solvay”.

*afectar a posição concorrencial de parte dos parceiros comerciais da empresa em posição dominante relativamente aos outros*³³.

61. Mais concluiu a Advogada-Geral Kokott, no Processo Solvay, que, ainda que existam razões válidas para considerar que custos supostamente baixos associados a matéria-prima não podem, por si só, ser suscetíveis de pôr em causa o caráter discriminatório de determinada prática, designadamente porque benefícios concedidos relativamente a pequenos fatores de custo podem igualmente conferir vantagens em matéria de concorrência, o Tribunal Geral (bem como qualquer Autoridade de Concorrência) tem de explicar por que razão assim é³⁴.
62. Isto é, ainda que a criação de uma desvantagem ou distorção concorrencial não dependa exclusivamente dos parâmetros mais importantes da concorrência e que a aplicação da alínea c) do n.º 2 do artigo 102.º do TFEU não dependa necessariamente da gravidade da desvantagem criada, a conclusão em cada caso concreto de que a prática discriminatória gerou uma situação de desvantagem competitiva tem de ser fundamentada, não decorrendo forçosamente do caráter discriminatório da prática em causa³⁵.
63. Aliás, se assim não fosse, a mera prática de um comportamento discriminatório por parte de uma empresa em posição dominante implicaria automática e imediatamente uma violação da alínea c) do artigo 102.º do TFUE e, analogamente, do n.º 1 e da alínea c) do n.º 2 do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, o que contrariaria, sem qualquer dúvida, a jurisprudência e a prática decisória europeias.
64. Ora, inversamente ao defendido pela MEO nas suas observações, a análise efetuada pela AdC no contexto da eventual prática de tarifários discriminatórios pela GDA no âmbito do serviço grossista em análise, cujas conclusões constam dos parágrafos 51 a 53 do presente documento, é compatível com a jurisprudência europeia supracitada.
65. De facto, a AdC mais não fez nessa análise do que, em termos similares, em particular, ao acórdão do Tribunal de Justiça, de 15.03.2007, no âmbito do Processo British Airways, aferir se o comportamento da GDA tendeu, tomando em consideração todas as circunstâncias do PRC-2015/07, a causar uma distorção da concorrência entre a NOS Comunicações e a MEO, colocando esta última em desvantagem competitiva face àquela.
66. Nesse contexto, a AdC, com base, em particular, nas estruturas de custos, proveitos e rentabilidade do serviço retalhista em causa, concluiu que a capacidade dos prestadores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição de concorrerem entre si não foi suscetível de ser influenciada pelos preços associados ao serviço grossista em análise, conforme decorre dos parágrafos 52 a 55 do presente documento.
67. Sem prejuízo e adicionalmente, não deixa de se notar que as circunstâncias do Processo Solvay são significativamente diferentes das circunstâncias do PRC-2015/07 ao nível da relação entre a matéria-prima (ou o serviço grossista em análise) e o bem produzido (ou o serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição), já que:
 - (i) conforme referido na decisão da Comissão Europeia, de 13.12.2000, relativa ao Processo COMP/33.133-C (Carbonato de sódio – Solvay), “[n]o sector vidreiro (que representa a maioria do consumo do carbonato de sódio), o carbonato de sódio era, depois dos custos de combustível, a matéria-prima mais cara utilizada no processo de fabrico [e, a]inda que só representasse em peso 13% do produto acabado, representava até 70% dos custos das matérias-primas” e, de acordo com o Regulamento (CE) n.º 823/95³⁶, de 10.04.1995, “o custo do carbonato dissódico representa, no máximo, 8% do preço de uma tonelada de vidro (lote pós-reciclagem)”; e

³³ Cf. parágrafos 104 e 105 das Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 14.04.2011, no Processo C-109/10 P.

³⁴ Cf. parágrafos 116 a 120 das Conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott supracitadas.

³⁵ Aparenta ser também esse o caminho seguido pelo Tribunal de Primeira Instância no Processo Clearstream, ao concluir no parágrafo 194 do Acórdão supra citado 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”.

³⁶ Que instituiu um direito anti dumping provisório sobre as importações de carbonato dissódico originário dos Estados Unidos da América.

- (ii) com base em informação da MEO de 23.06.2015, conclui-se que, entre 01.01.2010 e 31.12.2013, os valores pagos, anualmente, à GDA pela MEO no âmbito do serviço grossista em análise representaram entre cerca de 0,71% e cerca de 2,34% dos custos suportados pela MEO no âmbito da disponibilização do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição e entre cerca de 0,03% e cerca de 0,08% dos proveitos auferidos pela MEO no âmbito da disponibilização do mesmo serviço retalhista.
68. Por fim, salienta-se que, de acordo com a ANACOM³⁷, a quota de mercado da MEO associada aos consumidores do serviço retalhista de acesso ao sinal de televisão por subscrição aumentou, no período considerado, isto é, entre 01.01.2010 e 31.03.2015, de um valor inferior a 25% para um valor superior a 40%, enquanto a respetiva quota de mercado do Grupo NOS diminuiu, no mesmo período de tempo, de um valor superior a 60% para um valor inferior a 45%, circunstâncias que contrastam com a alegação da MEO de colocação em desvantagem competitiva.

CONCLUSÃO

69. O PRC-2015/07 tem por objeto um eventual abuso de posição dominante por parte da GDA, ocorrido no domínio dos direitos conexos dos artistas e, em particular, do mercado relevante associado ao serviço grossista em análise, nos termos brevemente descritos nos parágrafos 1 a 3 do presente documento.
70. Tomando em consideração o exposto nos capítulos VII e VIII do presente documento, considera-se que os factos referentes aos comportamentos objeto do PRC-2015/07, sustentados nos elementos constantes dos respetivos Autos, não constituem indícios suficientes de práticas proibidas, em especial, pelo artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, não existindo fundamento e não estando reunidas as condições para, ao abrigo da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, proceder-se à abertura de instrução no âmbito do PRC-2015/07.
71. Do mesmo modo, considera-se, também, não estarem reunidas as condições de proibição estabelecidas pelo artigo 102.º do TFUE e, assim, não estar justificada a intervenção da AdC ao abrigo dessa disposição legal.
72. Caso surjam novos factos ou elementos que coloquem em causa os pressupostos do arquivamento do PRC-2015/07, a AdC procederá a nova análise das práticas denunciadas pela MEO, podendo, até, e caso tal seja justificado, reabrir o respetivo inquérito.

DECISÃO

73. Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da AdC decide:

Primeiro

Arquivar o processo de contraordenação com a referência PRC-2015/07, nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Segundo

Não intervir ao abrigo do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nos termos e para os efeitos do último parágrafo do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002.

³⁷ Cf. Relatório intitulado “Serviço de televisão por subscrição: informação estatística – 1.º trimestre de 2015”, elaborado pela ANACOM.

Lisboa, 3 de março de 2016

O conselho de administração da Autoridade da Concorrência,

António Ferreira Gomes
Presidente

Nuno Rocha Carvalho
Vogal

Maria João Melícias
Vogal