

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentadas em 25 de Setembro de 2008¹

1. No presente recurso, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre o alegado abuso de posição dominante através da prática de preços predatórios, que se inclui na categoria das práticas de exclusão ou de «eliminação» utilizadas por empresas dominantes². Até hoje, a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de preços predatórios é constituída principalmente pelos acórdãos Akzo³ e Tetra Pak II⁴.

eXtense e Wanadoo ADSL⁶ (a seguir «serviços em causa»), preços predatórios que não lhe permitiram cobrir os seus custos variáveis até Agosto de 2001 nem os seus custos totais a partir de Agosto de 2001, no âmbito de uma estratégia destinada à apropriação do mercado de acesso à Internet de alta velocidade numa fase importante do seu desenvolvimento⁷. A Comissão ordenou-lhe que pusesse termo à infracção e aplicou-lhe uma coima de 10,35 milhões de euros⁸.

2. Na origem do presente recurso está uma decisão da Comissão, de 16 de Julho de 2003⁵, na qual a Comissão concluiu que a Wanadoo Interactive SA violou o artigo 82.º CE ao praticar, relativamente aos seus serviços

3. A decisão impugnada foi mantida pelo acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Janeiro de 2007, proferido no processo T-340/03⁹ (a seguir «acórdão recorrido»). No presente recurso, a France Télécom SA (a seguir «FT» ou «recorrente»), anteriormente Wanadoo Interactive SA (a seguir «WIN»), pede a anulação do acórdão recorrido.

1 — Língua original: inglês.

2 — A prática de preços predatórios é, por vezes, referida também como «cobrança de preços abaixo do custo».

3 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão, Colect., p. I-3359 (a seguir, «AKZO»).

4 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951 (a seguir, «Tetra Pak II»).

5 — Decisão da Comissão de 16 de Julho de 2003, relativa a um procedimento de aplicação do artigo [82.º, CE] (COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (a seguir, «decisão impugnada»).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line (*tecnologia de transmissão assimétrica de banda larga*).

7 — Artigo 1.º da decisão impugnada.

8 — Artigos 2.º e 4.º daquela decisão.

9 — Acórdão France Télécom SA/Comissão, Colect., p. II-00107.

I — Factos na origem do litígio

4. O Tribunal de Primeira Instância, nos n.ºs 1 a 11 do acórdão recorrido, resumiu os factos que deram origem ao litígio, nos seguintes termos:

«1 No contexto do desenvolvimento do acesso à Internet de alta velocidade, a Comissão decidiu, em Julho de 1999, abrir um inquérito sectorial na [UE] [10], que tinha por objecto, nomeadamente, o fornecimento de serviços relativos ao acesso ao lacete local e à utilização do lacete local para particulares. As informações recolhidas neste âmbito levaram a Comissão a analisar detalhadamente as condições tarifárias do fornecimento pela [WIN] de serviços de acesso à Internet de alta velocidade a particulares em França. Para este efeito, procedeu [oficiosamente] à abertura de um processo em Setembro de 2001.

2 A WIN era, na época em causa, uma sociedade do grupo France Télécom. A Wanadoo SA detinha 99,9% do seu capital. A participação da [FT] no capital da Wanadoo oscilou entre 70% e 72,2% durante o período em causa. O grupo

constituído pela Wanadoo e respectivas filiais [...] reunia todas as actividades do grupo [FT] relativas à Internet, bem como as actividades de edição de listas telefónicas. [...], a WIN assumia as responsabilidades operacionais e técnicas relativas aos serviços de acesso à Internet no território francês, incluindo os serviços ADSL [...].

3 Em 19 de Dezembro de 2001, a Comissão notificou à WIN uma primeira comunicação de acusações [...] e, em 9 de Agosto de 2002, uma comunicação de acusações complementar [...] às quais a WIN respondeu, respectivamente, em 4 de Março e 23 de Outubro de 2002.

4 Em 16 de Janeiro de 2003, a Comissão transmitiu à WIN um ofício descrevendo os factos [...] facultando-lhe a consulta do processo com base no qual o referido ofício foi redigido. A WIN consultou [...] o processo em 23 e 27 de Janeiro de 2003. Por carta de 26 de Fevereiro de 2003, a WIN pediu esclarecimentos à Comissão sobre vários pontos do ofício relativo à descrição dos factos. A Comissão respondeu por ofício de 28 de Fevereiro de 2003, de modo que a WIN apresentou uma resposta ao ofício relativo à descrição dos factos em 4 de Março de 2003.

10 — Ao abrigo dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

- 5 Pela [decisão impugnada] a Comissão concluiu que «[a WIN infringiu o artigo 82.º CE¹¹] ordenou-lhe que pusesse termo a esta infracção [...] e aplicou-lhe uma coima de 10,35 milhões de euros [...]».
- 6 A decisão define o mercado em causa como o mercado francês de acesso à Internet de alta velocidade para particulares. Os produtos a que a infracção se refere são os serviços de acesso à Internet de alta velocidade através da tecnologia ADSL (Wanadoo ADSL e eXtense).
- 7 De acordo com a decisão, no caso da Wanadoo ADSL, o assinante devia, na época em causa, pagar uma mensalidade à [FT] pela prestação do serviço e pela locação do modem ADSL pela [FT], bem como uma mensalidade à WIN na sua qualidade de fornecedor do acesso à Internet (a seguir «FAI»). No âmbito do serviço eXtense, o modem era comprado pelo utilizador, que pagava uma única mensalidade fixa à WIN correspondente ao serviço prestado pela [FT] e ao acesso ilimitado à Internet.
- 8 Depois da análise de diversos elementos, nomeadamente das quotas de mercado (considerandos 211 a 222 da decisão) e dos efeitos do «apoio» da [FT] (considerandos 223 a 228), a Comissão concluiu pela existência de uma posição dominante da WIN no mercado em causa. Procurou em seguida demonstrar que a prática tarifária inferior aos custos levada a cabo pela WIN se situava no âmbito de uma estratégia intencional predatória destinada à «apropriação» do mercado e, por essa razão, constituía um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE (considerando 254).
- 9 A decisão fixou o início do período da infracção em 1 de Março de 2001 e o respectivo termo em 15 de Outubro de 2002, data em que entrou em vigor a medida proposta pela [FT] para regularizar a situação em Março de 2002. Os custos variáveis não foram cobertos pelos preços praticados de Março a Agosto de 2001 e os custos totais não o foram a partir desta última data (artigo 1.º da decisão, v., n.º 5 supra).
- 10 Esta decisão foi notificada à WIN em 23 de Julho de 2003, [...]
- 11 Na sequência de uma operação de fusão efectuada em 1 de Setembro de 2004, a [FT] sucedeu à WIN.»

11 — V., n.º 2 das presentes conclusões.

II — Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

5. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 2 de Outubro de 2003, a WIN interpôs um recurso destinado a obter a anulação da decisão controvertida.

6. No acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso interposto pela recorrente.

7. Em apoio do seu pedido de anulação da decisão controvertida a WIN invocara quatro fundamentos, relativos (i) à violação dos direitos de defesa e de formalidades essenciais, (ii) à falta de fundamentação, (iii) à violação do princípio da individualização das penas e (iv) à violação do artigo 82.º CE¹².

8. Neste recurso¹³, está em causa apenas a segunda parte do quarto fundamento (respeitante à violação do artigo 82.º CE) — que trata da questão do abuso de posição dominante.

12 — Em apoio do seu recurso para o Tribunal de Primeira Instância, a WIN também deduziu, subsidiariamente, o pedido de anulação ou de redução da coima, alegando (i) violação dos princípios da individualização das penas e da existência de uma base legal adequada, (ii) inexistência de efeitos das práticas em causa, (iii) erro na fixação da duração da infração e (iv) violação do princípio da proporcionalidade.

13 — V., n.ºs 122 a 230 do acórdão recorrido.

Nessa parte, a WIN sustentou, no essencial, que a Comissão violara o artigo 82.º CE, na medida em que não conseguira fazer prova de que a WIN abusara da sua posição dominante ao praticar preços predatórios pelos serviços em causa, de Março de 2001 a Outubro de 2002 (a seguir «período em causa»).

9. Aquela alegação assentava em duas ordens de críticas relativas (i) ao critério da cobertura dos custos e (ii) à aplicação, pela Comissão, do critério das práticas predatórias.

10. Antes de mais, parece que as partes compartilham, no essencial, os seguintes pontos:

— Os serviços em causa correspondem a assinaturas de acesso à Internet e, por isso, são fornecidos durante um determinado período; e o período médio de duração de uma assinatura é de 48 meses;

— cada assinatura gera rendimentos recorrentes mensais;

— a estrutura de custos integra, por um lado, «custos de aquisição do assinante» ou «custos de conquista» tais como encargos publicitários ou promocionais, «pacotes de adesão» para clientes, etc. (que integram a categoria dos custos não recorrentes, uma vez que uma empresa tem que os suportar apenas uma vez para assegurar a celebração de um contrato de assinatura com um cliente) e, por outro lado, «custos de produção» e «custos de rede» (que integram a categoria dos custos recorrentes na medida em que dizem respeito ao fornecimento do serviço de assinatura e têm de ser suportados mensalmente pela empresa; podem ser custos variáveis, tais como custos de acesso à rede da FT, que esta cobra com base no número de assinantes, ou custos fixos, tais como os custos relacionados com a gestão da empresa).

11. Para calcular a cobertura de custos, a Comissão comparou, essencialmente, rendimentos mensais com a soma dos custos mensais recorrentes e da parte dos custos não recorrentes que, repartidos estes por um período de 48 meses, correspondia, nessa medida, a um mês. Em especial, a Comissão calculou a média do rácio daí resultante para quatro períodos consecutivos: de 1 de Janeiro de 2001 a 31 de Julho de 2001, de 1 de Agosto de 2001 a 15 de Outubro de 2001, de 15 de Outubro de 2001 a 15 de Fevereiro de 2002, de 15 de Fevereiro de 2002 a 15 de Outubro de 2002.

A — *Quanto às críticas relativas ao critério da cobertura dos custos*

12. O Tribunal de Primeira Instância notou¹⁴ que «[ao] aplicar este método, a Comissão considerou que os preços praticados pela WIN não lhe permitiam cobrir os seus custos variáveis até Agosto de 2001 nem os seus custos totais de Janeiro de 2001 a Outubro de 2002 [...], não havendo dúvidas quanto à não cobertura dos custos totais até Agosto de 2001 tendo em conta o nível de cobertura dos custos variáveis.»

13. Ao abordar a contestação da WIN quanto à escolha, pela Comissão, do método de cálculo da taxa de cobertura dos custos, o Tribunal de Primeira Instância recordou, a título preliminar, que, na medida em que tal escolha envolveu uma apreciação económica complexa por parte da Comissão, havia que lhe reconhecer um amplo poder de apreciação. A fiscalização do Tribunal de Primeira Instância devia, por isso, limitar-se à verificação da observância das regras processuais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos e da inexistência de erros manifestos de apreciação e de desvios de poder¹⁵.

14. Citando em seguida os acórdãos Akzo e Tetra Pak II¹⁶, o Tribunal de Primeira Instância salientou que, «por um lado, os preços inferiores à média dos custos variáveis

14 — V., n.º 138 do acórdão recorrido.

15 — V., n.º 129, recordando, neste sentido, o acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, Deere/Comissão, C-7/95 P, Colect., p. I-3111, n.º 34 e jurisprudência referida.

16 — Referidos, respectivamente, nas notas 3 e 4.

permitem presumir o carácter eliminatório de uma prática de preços e [...], por outro lado, os preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, devem considerar-se abusivos quando forem fixados no âmbito de um plano que tenha por objectivo eliminar um concorrente»¹⁷.

15. O Tribunal de Primeira Instância declarou que, no caso em apreço, a Comissão fundamentou a decisão impugnada numa análise da cobertura efectiva dos custos ajustados. Segundo o princípio da amortização das imobilizações, a Comissão tinha repartido os custos de angariação de clientela por 48 meses. Nesta base, examinara, separadamente, a cobertura dos custos variáveis ajustados e a dos custos totais ajustados¹⁸.

16. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou as alegações da WIN no sentido de que a Comissão procedera a um teste de cobertura de custos de carácter estático — sem considerar a adaptação dos custos recorrentes mensais no tempo, o que teria sido muito mais desfavorável à WIN. O Tribunal declarou que a Comissão integrara, para cada período de infracção analisado e para todos os assinantes, as sucessivas baixas de tarifas ocorridas ao longo desse mesmo período. A Comissão estruturara, inclusivamente, a sua análise em função dessas baixas¹⁹.

17. Acresce que o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a Comissão considerou correctamente que as receitas e os custos aplicáveis após Outubro de 2002 — e, por isso, posteriores à infracção — não podiam entrar em linha de conta na avaliação da taxa de cobertura dos custos durante o período considerado²⁰.

18. Por último, o Tribunal de Primeira Instância observou que, mesmo que a WIN demonstrasse o carácter apropriado, em certos aspectos, do método que preconiza (ou seja, o método dos cash-flows actualizados) tal não seria suficiente para provar a ilegalidade do método utilizado pela Comissão²¹.

19. A WIN afirmou ainda que a Comissão cometera erros na aplicação do seu próprio método de cálculo, nomeadamente no cálculo dos custos fixos e variáveis.

20. A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que, independentemente da admissibilidade daquele fundamento, o facto de a Comissão, fazendo uso do seu poder de apreciação, ter reconhecido que uma taxa de cobertura dos custos variáveis de 99,7% não

17 — V., n.º 130 do acórdão recorrido.

18 — V., n.º 132.

19 — V., n.ºs 140 a 143.

20 — V., n.º 152.

21 — V., n.º 153.

constituía uma infracção não pode obrigá-la a fazer o mesmo para uma taxa de 98% ou 99%, consoante o caso, dos custos totais. Consequentemente, havia que rejeitar esse fundamento por inoperante²².

B — Quanto às críticas relativas ao critério das práticas predatórias

21. O Tribunal de Primeira Instância indeferiu igualmente as denúncias da WIN relativas ao critério das práticas predatórias aplicado pela Comissão.

22. Em primeiro lugar, rejeitou os argumentos da WIN no sentido de que um operador teria o direito de acompanhar de boa fé os preços anteriormente praticados por um concorrente mesmo que fossem inferiores aos custos da empresa em causa.

23. Após recordar que nem a Comissão, na sua prática decisória, nem a jurisprudência dos órgãos jurisdicionais da Comunidade reconheceram que o direito de uma empresa dominante de acompanhar os preços da concorrência é absoluto, o Tribunal de Primeira Instância salientou que as empresas em posição dominante tinham certas obrigações especiais e poderiam ser privadas do direito de adoptar comportamentos ou de levar a cabo actos que não seriam, em si

mesmos, abusivos e que nem sequer seriam condenáveis se fossem adoptados ou praticados por empresas não dominantes²³.

24. O Tribunal de Primeira Instância concluiu que «a WIN não pode invocar um direito absoluto de acompanhar os preços dos seus concorrentes para justificar a sua actuação. Embora seja verdade que o facto de a empresa dominante acompanhar os preços dos concorrentes não é em si mesmo abusivo ou condenável, não se pode excluir que passe a sê-lo quando não se destine exclusivamente a proteger os seus interesses, mas tenha por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela»²⁴.

25. Em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância entendeu não acolher a crítica da WIN baseada na inexistência de uma estratégia de práticas predatórias e de redução da concorrência.

26. Segundo a WIN, a Comissão cometera uma grave violação do artigo 82.º CE ao concluir que tal estratégia existira. De facto, tal estratégia de práticas predatórias em caso algum poderia ser considerada racional nas condições de mercado existentes na altura, em especial tendo em conta os reduzidos obstáculos à entrada no mercado²⁵.

22 — V., n.º 165 a 169.

23 — V., n.º 186.

24 — V., n.º 187.

25 — V., n.º 188.

27. Reportando-se à jurisprudência comunitária, o Tribunal de Primeira Instância recordou que, relativamente às práticas em matéria de preços predatórios, se os preços fossem inferiores à média dos custos totais, seria necessário provar a existência de um plano de eliminação da concorrência e a intenção de eliminar a concorrência teria de ser provada com base em indícios sérios e concordantes²⁶. Afirmou ainda que as declarações a que a Comissão se referiu, que constavam de documentos internos da sociedade, constituíam um indício da existência de um plano de práticas predatórias e eram corroboradas por outros elementos. O Tribunal de Primeira Instância afirmou que, na sua petição, a WIN se limitou a fazer afirmações vagas que não permitiram que o Tribunal se pronunciasse, julgando-as, por isso, improcedentes. Concluiu que a Comissão apresentou indícios sérios e concordantes da existência de um plano de práticas predatórias durante todo o período da infracção²⁷.

28. Em terceiro lugar, a WIN alegou que a recuperação dos prejuízos era um elemento totalmente autónomo em relação ao critério das práticas predatórias e que a Comissão deveria fazer prova da sua existência. Assim, a Comissão cometera um grave erro de direito ao sustentar que a prova da recuperação dos prejuízos não era necessária. Além disso, a WIN alegou que a Comissão cometera um erro manifesto de apreciação, acrescido de um erro de direito, ao considerar que tinha feito prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos²⁸.

29. O Tribunal de Primeira Instância declarou que, na linha dos acórdãos Akzo e Tetra Pak II, a Comissão considerou correctamente que a prova da recuperação de prejuízos não era condição necessária para concluir pela existência de uma prática de preços predatórios. De acordo com a jurisprudência comunitária, a Comissão podia considerar abusivos os preços inferiores à média dos custos variáveis. Naquele caso, pressupôs-se a natureza eliminatória da prática daquele tipo de preços. No que diz respeito aos custos totais, a Comissão também devia fazer prova de que a prática de preços predatórios da WIN se inscrevia no âmbito de um plano destinado à «apropriação» do mercado. Em nenhum dos casos era necessário demonstrar, a título de prova suplementar, que a WIN tinha uma possibilidade real de recuperar os seus prejuízos²⁹.

III — Pedidos

30. A FT conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

- anular o acórdão recorrido e, em consequência
- remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância para que delibere novamente; ou

26 — V., n.ºs 195 to 198.

27 — V., n.ºs 199 a 215.

28 — V., n.ºs 219 a 223.

29 — V., n.ºs 224 a 229.

- decidir definitivamente, anulando a decisão recorrida, deferindo assim os pedidos da recorrente apresentados em primeira instância;

A — *Primeiro fundamento, relativo à falta de fundamentação*

- condenar a Comissão nas despesas.

33. O primeiro fundamento compõe-se de dois argumentos. No primeiro, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância não cumpriu a sua obrigação de fundamentar no que respeita à necessidade de provar a possibilidade de recuperação dos prejuízos.

31. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

34. No segundo argumento do primeiro fundamento, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância não cumpriu a sua obrigação de fundamentar no que respeita ao direito de uma empresa de acompanhar os preços praticados pelas empresas concorrentes, afastado pelo Tribunal de Primeira Instância sem explicações.

- negar provimento ao recurso;

35. Por razões de conveniência, irei abordar estes argumentos pela ordem inversa àquela pela qual foram apresentados.

- condenar a recorrente nas despesas.

1. Direito de acompanhar os preços praticados pelas empresas concorrentes

IV — Recurso

a) Principais argumentos das partes

32. A recorrente invoca sete fundamentos em apoio do seu recurso.

36. A recorrente contesta o facto de o Tribunal de Primeira Instância se ter limitado

a declarar, no n.º 187 do acórdão recorrido, que «[e]mbora seja verdade que o facto de a empresa dominante acompanhar os preços dos concorrentes não é, em si mesmo, abusivo ou condenável, não se pode excluir *que passe a sê-lo* quando não se destine exclusivamente a proteger os seus interesses, mas tenha por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela» (itálicos nossos)³⁰. A recorrente alega que esta declaração é puramente hipotética e que o Tribunal de Primeira Instância não especificou, de modo algum, se, no caso presente, a WIN pretendia reforçar ou abusar da sua posição dominante.

37. A Comissão alega que, perante o Tribunal de Primeira Instância, a recorrente se referiu apenas a uma «excepção de acompanhamento» ou a um «direito fundamental de acompanhar», do qual qualquer empresa, dominante ou não, beneficia, mesmo que os preços dos seus concorrentes a obriguem a praticar preços abaixo dos seus custos. Por isso, a Comissão afirma que o Tribunal de Primeira Instância decidiu bem ao excluir a existência de tal direito absoluto.

b) Apreciação

38. Nos n.ºs 176 a 182 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância (a seguir «TPI») abordou a questão do direito da WIN de acompanhar os preços da concorrência. O TPI declarou que não se pode afirmar que uma empresa dominante tenha um direito absoluto de acompanhar os preços

da concorrência. Essa posição foi reconhecida pela Comissão na sua prática decisória e pela jurisprudência.

39. Esta conclusão parece-me correcta.

40. Todavia, no n.º 185 do acórdão recorrido, o TPI fez uma alusão genérica à jurisprudência assente, de acordo com a qual, embora a existência de uma posição dominante não prive uma empresa colocada nessa posição do direito de salvaguardar os seus próprios interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados, e lhe deva ser reconhecida a faculdade, dentro dos limites do razoável, de praticar os actos que considerar apropriados para proteger os seus interesses, não podem, no entanto, admitir-se tais comportamentos quando tenham por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela³¹.

41. Em seguida, no n.º 186 do acórdão recorrido, o TPI recordou a sua própria jurisprudência, na qual declarou que resulta da natureza das obrigações impostas pelo artigo 82.º CE que, em circunstâncias específicas, as empresas em posição dominante

30 — V., n.º 187 do acórdão recorrido.

31 — Referindo-se ao acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão*, 27/76, Colect., p. 77, n.º 189, e aos acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, *BPB Industries e British Gypsum/Comissão*, T-65/89, Colect., p. II-389, n.º 117, e de 8 de Outubro de 1996, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão*, T-24/93 a T-26/93 e T-28/93, Colect., p. II-1201, n.º 104 acima, n.º 146.

podem ser privadas do direito de adoptar comportamentos ou levar a cabo actos que não são em si mesmos abusivos e que seriam mesmo não condenáveis se fossem adoptados ou praticados por empresas não dominantes³².

42. O TPI concluiu declarando que: «A WIN não pode invocar o direito absoluto de acompanhar os preços dos seus concorrentes para justificar a sua actuação. Embora seja verdade que o facto de a empresa dominante acompanhar os preços dos concorrentes não é em si mesmo abusivo ou condenável, não se pode excluir que passe a sê-lo quando não se destine exclusivamente a proteger os seus interesses, mas tenha por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela»³³.

43. O TPI parece ter tratado de um modo genérico a questão do direito da empresa dominante de acompanhar os preços dos seus concorrentes, sem, contudo, o aplicar aos factos do caso concreto que tinha de apreciar.

44. Por outras palavras, o TPI não analisou especificamente se a WIN acompanhou os preços com o objectivo de reforçar a sua posição dominante ou de abusar dela. Na

minha opinião, o TPI pura e simplesmente não abordou essa questão no caso em apreço.

45. A este respeito, é necessário averiguar se o TPI observou a obrigação formal de fundamentar imposta pelo artigo 36.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, aplicável ao TPI por força do artigo 53.º desse Estatuto. O artigo 36.º dispõe que os acórdãos devem ser fundamentados³⁴.

46. O advogado-geral Léger observou, nas suas conclusões no processo Acerinox, que «[p]ode considerar-se que a fundamentação de um acórdão deve [evidenciar] de forma clara e inequívoca o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da decisão tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional»³⁵.

34 — V., quanto às disposições homólogas do Estatuto CECA do Tribunal de Justiça, acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Setembro de 2003, Bélgica/Comissão, C-197/99 P, Colect., p. I-8461, n.º 63.

35 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 2005, Companhia española para la fabricación de aceros inoxidables SA (Acerinox)/Comissão, C-57/02 P, Colect., p. I-6689, n.º 32 das conclusões do advogado-geral referindo, a este propósito, os acórdãos de 14 de Maio de 1998, Conselho/De Nil e Impens, C-259/96 P, Colect., p. I-2915, n.º 32 a 34 e de 17 de Maio de 2001, IECC/Comissão, C-449/98 P, Colect., p. I-3875, n.º 70, bem como os despachos de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o., C-149/95 P (R), Colect., p. I-2165, n.º 58, de 14 de Outubro de 1996, SCK e FNK/Comissão, C-268/96 P(R), Colect., p. I-4971, n.º 52 e de 25 de Junho de 1998, Antilhas neerlandesas/Conselho, C-159/98 P(R), Colect., p. I-4147, n.º 70. V., igualmente, acórdão Acerinox, referido acima, n.º 36.

32 — Referindo-se ao acórdão de 17 de Julho de 1998, ITT Promedia/Comissão, T-111/96, Colect., p. II-2937, n.º 139.

33 — V. n.º 187 do acórdão recorrido.

47. Enquanto a Comissão, nos articulados que apresentou ao TPI, alegou que a faculdade de acompanhar os preços da concorrência deve ser recusada à empresa dominante quando implique a não cobertura dos custos do serviço em causa³⁶, já a resposta do TPI sobre esta questão parece ser um pouco mais subtil. Na verdade, da redacção do n.º 187 do acórdão recorrido parece poder deduzir-se que o TPI procurava deixar a porta aberta ao «argumento do acompanhamento dos preços da concorrência» em casos futuros, em que uma empresa dominante pratique preços abaixo dos custos.

48. Uma vez recordada a linha jurisprudencial do acórdão *United Brands*³⁷ e a jurisprudência em matéria de obrigações específicas impostas às empresas em posição dominante, o TPI, respondendo à questão por ele próprio colocada no n.º 184 do acórdão recorrido, adoptou uma formulação do que constitui um acompanhamento admissível dos preços da concorrência, o qual difere é ligeiramente do critério estabelecido pela Comissão e aplicado na decisão impugnada, tal como é descrito nos n.ºs 176 e 183 do acórdão recorrido.

49. Por isso, o TPI deveria ter apreciado se aquela (nova) formulação se aplicava ou não aos factos do caso em apreço, o que manifestamente não fez.

36 — Pode facilmente rebater-se esse argumento, uma vez que a Comissão não especifica que custos (variáveis ou totais, etc.) tem em consideração.

37 — V., acórdão do Tribunal de Justiça, *United Brands/Comissão*, já referido na nota 31, n.º 189; v., também, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, *BPB Industries e British Gypsum/Comissão*, já referido na nota 31, n.º 117, e *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão*, já referido na nota 31, n.º 146.

50. Em vez disso, concordo com o argumento da recorrente de que a declaração do TPI no n.º 187 do acórdão recorrido³⁸ é meramente hipotética e parece, *prima facie*, incompleta. A este respeito, não posso aceitar o argumento da Comissão de que aquela declaração é «completada» (e/ou a nova formulação do que se entende por acompanhamento admissível é aplicada aos factos do caso concreto) nos n.ºs 199 a 218 do acórdão recorrido, nos quais o TPI declarou que a Comissão fez prova dos elementos exigidos para que se considere demonstrada uma prática de preços predatórios inferiores aos custos médios totais. Em primeiro lugar, este argumento foi apresentado numa fase demasiado tardia do processo para ser admissível, ou seja, foi suscitado pela Comissão apenas na audiência e, como tal, era um argumento novo em relação aos articulados iniciais. Além disso, na minha opinião, este argumento assenta em pontos do acórdão recorrido que não têm relação com o n.º 187.

51. Por último, considero que a falta de fundamentação por parte do TPI e a deficiência na sua argumentação, referidas acima, são tanto mais graves quanto esta parece ter sido a primeira vez que os órgãos jurisdicionais comunitários abordaram directamente o argumento do acompanhamento dos preços numa situação como a do caso em apreço.

38 — Que, essencialmente, afirma que o acompanhamento dos preços pode tornar-se condenável quando não se destine exclusivamente a proteger os interesses da empresa dominante, mas tenha também por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela.

52. Daqui decorre que o Tribunal de Primeira Instância não cumpriu a sua obrigação de fundamentar e, além disso, cometeu um erro de direito.

53. Por conseguinte, merece acolhimento o segundo argumento do primeiro fundamento.

2. Prova da (possibilidade de) recuperação dos prejuízos

a) Principais argumentos das partes

54. A *recorrente* alega essencialmente que, no acórdão Tetra Pak II, o Tribunal de Justiça declarou que, *nas circunstâncias daquele caso em concreto*, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que uma empresa dominante tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas³⁹. No acórdão recorrido, o TPI decidiu transformar aquela declaração numa regra geral, mas não fundamentou essa opção. A recorrente acrescenta que as circunstâncias no caso Tetra Pak II eram totalmente diferentes das que estão em causa neste processo, uma vez que a Tetra Pak detinha o que se podia chamar posição super-dominante num mercado maduro. Por último, a

jurisprudência comunitária nunca afirmou que não era necessário fazer prova da possibilidade da recuperação dos prejuízos.

55. Na sua réplica, a *Comissão* remete para a sua resposta ao sétimo fundamento e, essencialmente, alega que a jurisprudência comunitária não indica que seja exigida a prova da recuperação dos prejuízos. Em alternativa, a Comissão alega que a decisão impugnada averiguou, de facto, de forma muito pormenorizada, se a recuperação era provável no caso presente, tendo concluído que sim.

b) Apreciação

56. No n.º 226 do acórdão recorrido, o TPI referiu-se ao n.º 44 do acórdão Tetra Pak II, onde se lê que «nas circunstâncias do presente caso, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a Tetra Pak tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas. Uma prática de preços predatórios deve poder ser penalizada quando exista o risco de eliminação dos concorrentes. Ora, esse risco foi verificado no presente caso pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.ºs 151 e 191 do seu acórdão [Tetra Pak II]. O objectivo pretendido, que é o de preservar uma concorrência não falseada, não permite aguardar que uma estratégia dessa natureza leve à eliminação efectiva dos concorrentes». Em seguida, o TPI considerou, nos n.ºs 227 e 228 do acórdão recorrido, que «[...] a Comissão podia considerar abusivos os preços inferiores à média dos custos variáveis. [Neste caso], o carácter eliminatório dessa

39 — Acórdão Tetra Pak II, citado na nota 4, n.º 44.

prática de preços presume-se [...]. No que diz respeito aos custos totais, a Comissão devia fazer prova de que a prática de preços predatórios da WIN se inscrevia no âmbito de um plano destinado à «apropriação» do Mercado. Em nenhum dos casos é necessário demonstrar, a título de prova suplementar, que a WIN tinha uma possibilidade real de recuperar os seus prejuízos [...] Assim, a Comissão considerou correctamente que a demonstração de uma recuperação de prejuízos não era um pressuposto da conclusão no sentido da existência de uma prática de preços predatórios⁴⁰.»

57. Tal como se afirmou acima em relação à denúncia respeitante ao direito de acompanhar os preços, a fundamentação de um acórdão deve [evidenciar] de forma clara e inequívoca o raciocínio do TPI, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da decisão tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional⁴¹.

58. Na minha opinião, o TPI não explicou por que razão considerou que, à luz dos factos específicos do caso em apreço, a demonstração da recuperação dos prejuízos não era necessária.

59. O TPI referiu-se a um acórdão que declarava sem ambiguidades não ser adequado, nas circunstâncias daquele caso em concreto, exigir a demonstração de que

uma empresa dominante tinha uma possibilidade real de recuperar os seus prejuízos. Considero que o TPI não deveria ter transformado, pura e simplesmente, aquela declaração, claramente assente nos factos específicos do processo Tetra Pak II, numa regra geral. Ao fazê-lo sem qualquer tipo de explicação, o TPI violou, manifestamente, o dever de fundamentação que lhe incumbe.

60. Por isso, concluo que o TPI cometeu um erro duplo. Em primeiro lugar, a leitura e aplicação incorrectas que fez do acórdão Tetra Pak II constitui uma utilização de uma regra incorrecta. Em segundo lugar, como ficou explicado acima, o TPI violou manifestamente o dever de fundamentação que lhe incumbe.

61. Posso acrescentar, além disso, que o TPI cometeu um erro por não ter respondido de forma precisa ao argumento suscitado pela WIN. A WIN não alegara que a Comissão tinha de provar a «efectiva» recuperação dos prejuízos. Pelo contrário, invocara que a Comissão deveria demonstrar que a WIN poderia «prever a possibilidade» de recuperar os seus prejuízos.

62. Na verdade, na medida em que o facto de o TPI não ter considerado certas partes das alegações da recorrente afecta o resultado do

40 — V. n.ºs 226 a 228 do acórdão recorrido.

41 — V., jurisprudência citada na nota 35.

processo e os interesses daquela de forma tão negativa, essa omissão pode também constituir uma violação do direito de ser ouvido⁴².

dade de recuperação dos prejuízos não era uma condição necessária para concluir pela existência de uma prática de preços predatórios.

63. O primeiro argumento do primeiro fundamento deve, por isso, ser também acolhido.

1. Principais argumentos das partes

64. Resulta das considerações anteriores que o Tribunal de Primeira Instância violou o dever de fundamentação que lhe incumbia, cometendo ainda um erro de direito, pelo que o acórdão recorrido deve ser anulado.

B — Primeiro argumento do sétimo fundamento, relativo à alegada violação do artigo 82.º CE — recuperação dos prejuízos — possibilidade de recuperação dos prejuízos como condição da conclusão da existência de uma prática de preços predatórios

66. A *recorrente* alega que a jurisprudência comunitária impõe a prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos, sem a qual não pode concluir-se pela existência de prática de preços predatórios, uma vez que, sem a expectativa da recuperação dos prejuízos, a prática de preços predatórios não é um comportamento económico racional. A *recorrente* sustenta que esta opinião é partilhada por vários órgãos jurisdicionais nacionais e autoridades de concorrência nacionais, bem como por grande parte da doutrina.

65. O sétimo fundamento do recurso é composto por dois argumentos. Através do primeiro, que abordarei em seguida, a *recorrente* alega que o TPI violou o artigo 82.º CE ao decidir que a demonstração da possibili-

67. A *Comissão* alega que a jurisprudência comunitária não impõe a prova autónoma da possibilidade de recuperação dos prejuízos. Ao contrário da abordagem no direito da concorrência dos EUA, a análise do abuso nos termos do artigo 82.º CE pressupõe a existência de uma posição dominante (v. acórdão

⁴² — V., acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1998, Schröder e o./Comissão, Colect., p. I-8255, n.º 24.

Hoffman-La Roche⁴³) que, em si mesma, é suficiente para concluir que a recuperação dos prejuízos é possível.

acórdão Tetra Pak II, o Tribunal de Justiça quis claramente evitar fazer uma declaração genérica⁴⁴ que tornasse desnecessário provar a possibilidade de recuperação dos prejuízos nos casos futuros de prática de preços predatórios⁴⁵.

2. Apreciação

68. Após fazer referência ao acórdão Tetra Pak II, o TPI concluiu, no n.º 228 do acórdão recorrido, que a Comissão considerou correctamente que a prova da recuperação dos prejuízos não era um pressuposto necessário para se concluir pela existência de uma prática de preços predatórios.

69. Entendo que a interpretação que o TPI — e, quanto a este aspecto, a Comissão — fez da jurisprudência do Tribunal de Justiça é incorrecta. Na minha opinião, aquela jurisprudência impõe que seja feita prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos.

70. Considero que, ao utilizar a expressão «nas circunstâncias do presente caso» no

71. Na verdade, como salientava acertadamente o advogado-geral Fennelly nas suas conclusões no processo *Compagnie Maritime Belge*⁴⁶, «[o] Tribunal de Justiça parece não ter ido tão longe quanto o advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer, que tinha recomendado [47] ao Tribunal que 'não estabelecesse a expectativa de recuperação dos prejuízos como um novo requisito para a determinação da existência dos preços eliminatórios, incompatíveis com o artigo [82.º CE]', nomeadamente, porque [na opinião do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer] 'a recu-

44 — Em sentido idêntico, ver, por exemplo, Whish, R., *Competition Law*, Butterworths, 4ª edição, 2001, p. 650; Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, p. 342; Korah, V., «The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II», *Current Legal Problems*, vol. 46, 1993, p. 172, e Kon, S., e Turnbull, S., «Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the NAPP Case», *E.C.L.R.* 24(2), 70 a 86, 2003, p. 75.

45 — Contudo, na minha opinião, resulta claramente do n.º 44 do acórdão Tetra Pak II que não é exigida prova da efectiva recuperação dos prejuízos. Isto decorre da declaração do Tribunal de Justiça naquele parágrafo: «[u]ma prática de preços predatórios deve poder ser penalizada quando exista o risco de eliminação dos concorrentes. O Tribunal de Primeira Instância verificou, nos n.os 151 e 191 do seu acórdão que, [naquele] caso, existia tal risco. O objectivo pretendido, que é o de preservar uma concorrência não falseada, não permite aguardar que uma estratégia dessa natureza leve à eliminação efectiva dos concorrentes».

46 — Acórdão do Tribunal do Tribunal de Justiça (Quinta Secção) de 16 de Março de 2000, *Compagnie maritime belge transports SA, C-395/96 P* e *C-395/96 P*, *Colect.*, p. I-1365.

47 — V., n.º 78 das suas conclusões no processo Tetra Pak II, referido na nota 4.

43 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão*, 85/76, *Colect.*, p. 461, *EE* p.217.

peração dos prejuízos é o resultado procurado pela empresa dominante, mas os preços predatórios constituem em si uma prática anticoncorrencial, independentemente de alcançarem ou não o seu objectivo'.»

72. Além disso, ao utilizar tal expressão, o Tribunal de Justiça afastou-se, claramente, da declaração categórica feita pelo TPI no acórdão Tetra Pak II, segundo a qual: «não é necessário provar, especificamente, que a empresa em causa podia razoavelmente esperar recuperar as perdas por essa forma aceites»⁴⁸.

73. Na minha opinião, decorre também dos acórdãos AKZO⁴⁹ e Hoffman-La Roche⁵⁰ que é necessário fazer prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos para concluir pela existência de predação nos termos do artigo 82.º CE⁵¹. A menos que exista uma possibilidade de recuperação dos prejuízos, é

provável que a empresa dominante esteja numa situação de concorrência normal⁵².

74. Numa tal situação, quando não exista possibilidade de recuperar os prejuízos, os consumidores e os seus interesses não serão, em princípio, afectados. Posso dizer que partilho da opinião do advogado-geral Jacobs, que, nas suas conclusões no processo Oscar Bronner, declarou que «o primeiro objectivo do artigo 82.º [CE] é impedir distorções de concorrência — e, em especial, proteger os interesses dos consumidores — mais do que proteger a posição de concorrentes especiais»⁵³.

75. Por último, aproveito a oportunidade para salientar que, para além da jurisprudência referida acima, a importância da prova

48 — V., acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak Internacional / Comissão, T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 150.

49 — Em especial, n.º 71 do acórdão.

50 — Em especial, n.º 91 do acórdão.

51 — Na minha opinião, a análise da possibilidade de recuperação dos prejuízos impõe uma apreciação *ex ante* ou prospectiva da estrutura do mercado após a exclusão, ou seja, da possibilidade de recuperação dos prejuízos tal como possa razoavelmente ser prevista pela empresa dominante no momento em que determina os preços a praticar. Na verdade, tal apreciação parece ser semelhante ao tipo de análise que é efectuada pela Comissão em matéria de controlo de concentrações. Cf., acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2005, Comissão/Tetra Laval, C-12/03 P, Colect., p. I-987, n.º 42 a 44. V. também, por exemplo, Ezrachi, A., *EC Competition Law*, Hart, 2008, p. 140; Papandropoulos, P., «Article 82 EC Reform», *Droit & économie*, Concurrences n.º 1 — 2008; e de la Mano, M., e Durand, B., «Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82», Documento de Trabalho do Gabinete do Economista Chefe, DG Concorrência, Comissão Europeia, 12 de Dezembro de 2005, p. 3.

52 — V., a este propósito, as conclusões do advogado-geral Fennelly no processo *Compagnie Maritime Belge*, referido na nota 46, n.º 136. Além disso, uma vez que a análise custo/preço que se impõe nos casos de prática de preços predatórios é necessariamente polémica e litigiosa (cf. acórdão AKZO, referido na nota 3; V. também Howarth, D., «Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC» in *EC Competition Law*, G. Amato and C. D. Ehlermann, ed) Hart, 2007, pp. 258-262), nomeadamente no que respeita a questões como a de saber que custos são variáveis, que custos são fixos, qual o período relevante, e assim por diante, seria vantajoso, em princípio, exigir que se faça prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos de modo a reduzir o custo de erros (em especial no caso de falsos positivos) em alegados casos de preços predatórios. Além disso, no que respeita à prova *ex ante* da possibilidade de recuperação dos prejuízos como critério útil e administrável, concordo que, em princípio, «é muito mais fácil concluir que a recuperação dos prejuízos é improvável a partir da estrutura do mercado do que apurar o custo em que um determinado produtor incorre». V., acórdão dos EUA A. A. Poultry Farms, Inc v Rose Acre Farms, Inc 881 F.2d 1396, (7th Cir. 1989), cert denied, 494 U.S. (1990). Tal análise da recuperação dos prejuízos «permite que um órgão jurisdicional evite envolver-se no domínio confuso da análise de custos, do exame de muitos números contabilísticos e da prova pericial contraditória sobre quais os custos que devem ser considerados». V., acórdão australiano Boral (2003) 195 ALR 609, n.º 292.

53 — Conclusões no processo Oscar Bronner, acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, C-7/97, Colect., p. I-7817, n.º 58.

da possibilidade de recuperação dos prejuízos foi trazida à discussão, *inter alia*, pelo Grupo Consultivo Económico para a Política de Concorrência (GCEPC)⁵⁴, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)⁵⁵ e pelo Grupo de Reguladores Europeu (ERG)⁵⁶.

76. Nas minhas observações finais sobre a questão da prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos gostaria de salientar que a argumentação da Comissão segundo a qual, na Europa e nos termos do artigo 82.º CE, a recuperação dos prejuízos decorre da posição dominante não me convence, quanto mais não seja porque a determinação da posição dominante assenta, frequentemente, em condições históricas de mercado, enquanto,

como expliquei acima, a prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos é, por natureza, prospectiva e *ex ante*, implicando a análise da estrutura de mercado tal como virá a ser no futuro⁵⁷.

77. Resulta das considerações que antecedem que o primeiro argumento do sétimo fundamento deve ser acolhido.

78. Na minha opinião, bastam as considerações que antecedem para justificar a anulação do acórdão recorrido. Além disso, considero que, as questões da prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos e do direito de acompanhamento dos preços são tão fulcrais no caso em apreço que justificam que este processo seja objecto de reexame na primeira instância.

54 — «In particular, the recoupment ability of the predator has to be carefully assessed» (em especial, a capacidade de recuperação da empresa predadora deve ser cuidadosamente avaliada), Relatório do GCEPC, que é um grupo de distintos académicos da área da Economia que aconselha a Direcção-Geral Concorrência da Comissão e o Comissário responsável pela Concorrência, «An economic approach to Article 82», Julho de 2005, p. 52, disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

55 — «The recoupment test should be routinely applied in predatory pricing cases», OCDE, «Predatory Foreclosure», Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2005)14, 15 de Março de 2005, p. 8 e segs., disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Para uma perspectiva geral recente de 35 sistemas jurídicos, v. The International Competition Network, Report on Predatory Pricing, elaborado pelo Unilateral Conduct Working Group, apresentado na 7ª Conferência Annual do ICN, Kyoto, Abril de 2008, disponível em: http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf.

56 — O Grupo de Reguladores Europeu para as redes e serviços de comunicações electrónicas, constituído pela Comissão, declara, na página 36 de um documento de consulta, de 21 de Novembro de 2003, sobre um «Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework» o seguinte: «A prática de preços predatórios tem, por isso, as seguintes características: (i) o preço cobrado é inferior aos custos, (ii) os concorrentes são afastados ou excluídos do mercado e (iii) a empresa tem capacidade para recuperar os prejuízos (itálicos nossos). Este documento está disponível em: http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf

57 — Cf., O'Donoghue, R. e Padilla, A.J., The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford, Hart, 2006, p.254: «Simultaneamente, porém, deve ter-se em conta que a prova da posição dominante não implica, necessariamente, que a empresa dominante venha a ser capaz de recuperar os seus prejuízos. Enquanto a prova da recuperação dos prejuízos significa que o monopólio da empresa dominante se manterá no futuro, é importante verificar se a fase deficitária e a fase de recuperação dos prejuízos não coincidem [...] O facto de uma empresa estar em posição dominante no momento em que vende abaixo do custo não significa que venha a ser capaz, no futuro, de recuperar os prejuízos incorridos através de uma subida dos preços: as condições concorrenciais podem muito bem ser diferentes no futuro [...] Em segundo lugar, as denúncias de prática de preços predatórios só tiveram sucesso, nos termos do artigo 82.º CE, quando a recuperação dos prejuízos ficou efectivamente provada ou foi dada como provável». V., igualmente, «Agencies should be mindful, though, that testing for dominance is not equivalent to doing a recoupment analysis», OCDE, já referido na nota 55, pp. 8 e segs.

C — Segundo fundamento, relativo à alegada violação do artigo 82.º CE — acompanhamento dos preços dos concorrentes

reacção da WIN à concorrência fora ou não «razoável» e «adequada».

79. Através do seu segundo fundamento, a recorrente sustenta que o TPI violou o artigo 82.º CE ao recusar à WIN o direito de acompanhar, de boa fé, os preços dos seus concorrentes.

1. Principais argumentos das partes

80. A *recorrente* alega que o TPI não pôs em causa que a WIN se tenha limitado a acompanhar os preços dos seus concorrentes. Contudo, o TPI não extraiu daí qualquer conclusão. Sem explicar porquê, o TPI limitou-se a afirmar que esse acompanhamento poderia «passar a ser» abusivo ou condenável. Por isso, o TPI não respeitou as condições de aplicação do artigo 82.º CE. Este direito de acompanhamento encontra-se consagrado na prática decisória da Comissão e na jurisprudência do Tribunal de Justiça, bem como na doutrina do direito da concorrência e na prática decisória da autoridade francesa da concorrência. Constitui, além disso, o único meio de que a recorrente dispõe para se manter competitiva no mercado. Por último, a recorrente alega que, na sequência da jurisprudência *United Brands*⁵⁸, o TPI deveria ter analisado se a

81. A *Comissão* afirma que a recorrente não invoca nem um erro de direito por parte do TPI em relação aos fundamentos respeitantes ao pretensão direito da WIN de acompanhar os preços, nem qualquer contradição no raciocínio do acórdão recorrido. Quanto aos argumentos respeitantes a uma reacção «razoável» e «adequada», a recorrente invoca-os, pela primeira vez, no recurso quando acusa a Comissão por não ter levado a cabo essa análise da proporcionalidade. Em qualquer caso, a recorrente limita-se a criticar um ponto isolado do acórdão recorrido (n.º 187)⁵⁹. A Comissão alega que a proibição do acompanhamento dos preços dos seus concorrentes por parte de uma empresa dominante, quando tal implique a fixação de preços abaixo do custo, é perfeitamente concordante com os princípios subjacentes ao artigo 82.º CE, de acordo com o qual uma empresa dominante tem uma «responsabilidade especial». A título subsidiário, a Comissão afirma que na decisão impugnada concluiu com base nos factos que a alegação da WIN de que se tinha limitado a acompanhar os preços dos seus concorrentes não tinha fundamento. O TPI não tinha de se pronunciar sobre estes factos.

58 — Referido na nota 37.

59 — Segundo o qual o facto de a empresa dominante acompanhar os preços dos concorrentes «passa a s[er] [abusivo ou condenável] quando [...] tenha por objectivo reforçar a posição dominante [da empresa dominante] e abusar dela».

2. Apreciação

82. Em primeiro lugar, como afirmei no n.º 39 das presentes conclusões, o TPI demonstrou correctamente, nos n.ºs 176 a 182 do acórdão recorrido, que a jurisprudência comunitária não reconhece a uma empresa dominante um direito absoluto de acompanhar os preços da concorrência.

83. No presente fundamento, contudo, a recorrente não refere o que torna incorrecto o referido raciocínio do TPI, nem alega que o TPI tenha cometido qualquer erro de direito.

84. Contudo, a recorrente alega, tal como fez perante o TPI, que o direito (absoluto) de qualquer operador de acompanhar, de boa fé, os preços praticados pelos seus concorrentes é reconhecido pela própria Comissão na sua prática decisória e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, e recebe apoio unânime da doutrina e da análise económica.

85. Resulta dos artigos 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça e 112.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça que um recurso deve indicar, de modo preciso, os elementos criticados no acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos

jurídicos que apoiam especificamente esse pedido. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, um recurso que se limita a repetir ou a reproduzir textualmente os fundamentos e os argumentos que já foram apresentados ao Tribunal de Primeira Instância não responde a esta exigência⁶⁰.

86. O advogado-geral Geelhoed referiu-se à jurisprudência relevante nesta matéria nas suas conclusões no processo Sumitomo Metal Industries Ltd e Nippon Steel/Comissão⁶¹: «[N]um acórdão extenso e esclarecedor, o Tribunal de Justiça concluiu que os fundamentos alegados devem referir-se à decisão do Tribunal de Primeira Instância [62] e que, sob pena de inadmissibilidade, devem ser referidos de forma clara quais os pontos da decisão do Tribunal de Primeira Instância que são ilegais [63]. Decorre desta exigência de precisão, designadamente, que a indicação de um fundamento sem o concretizar é insuficiente [64]».

60 — V., acórdão Schröder e o./Comissão, referido na nota 42, n.º 35. Um tal entendimento do âmbito de um recurso significaria, nada mais nada menos, do que uma tentativa de obter um novo julgamento, e não é admissível um novo julgamento pelo Tribunal de Justiça. V., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2005, *Biegi Nahrungsmittel e Commonfood/Comissão*, C-499/03 P, Colect., p. I-1751, n.º 37 a 38.

61 — Conclusões do advogado-geral Geelhoed no processo Sumitomo Metal Industries Ltd e Nippon Steel Corp./Comissão, acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2007, C-403/04 P e C-405/04 P, Colect., p. I-729.

62 — São inadmissíveis os fundamentos que se dirigem, essencialmente, contra a actuação ou a omissão da instituição (ou das instituições). A repetição destes fundamentos indicia tratar-se de um recurso «comum». V., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 1998, *Somaco/Comissão*, C-401/96 P, Colect., p. I-2587, n.º 49 e de 22 de Abril de 1999, *Kernkraftwerke Lippe-Ems/Comissão*, C-161/97 P, Colect., p. I-2057, n.º 76 e 77.

63 — V., nomeadamente, acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1998, *Schröder e o./Comissão*, referido na nota 42, n.º 35 e 38 a 42 e de 9 de Setembro de 1999, *Lucaccioni/Comissão* C-257/98 P, Colect., p. I-3251, n.º 61 e 62.

64 — V., acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Hercules/Comissão*, C-51/92 P, Colect., p. I-4235, n.º 113.

87. Por isso, na minha opinião, o segundo fundamento deve ser julgado inadmissível.

88. Para dar à recorrente o benefício da dúvida vamos, todavia, supor que, apesar das dúvidas que acima expressámos quanto à admissibilidade do presente fundamento, este era considerado admissível.

89. Na minha opinião, ao contrário do que a recorrente parece alegar, não há qualquer contradição nos fundamentos do acórdão recorrido na medida em que este não contém qualquer declaração no sentido de que «o TPI não poria em causa que a WIN se limitou a acompanhar os preços dos seus concorrentes».

90. Como concluí na apreciação que acima fiz do primeiro fundamento, o TPI não aplicou aos factos do caso em apreço a jurisprudência pertinente sobre o direito de acompanhamento dos preços.

91. De facto, no que respeita aos factos do caso em apreço, o TPI não analisou se a WIN tinha ou não, efectivamente, acompanhado de boa-fé os preços dos seus concorrentes. O problema é que agora, no recurso, as partes estão em desacordo quanto a esta questão de facto.

92. Contudo, os recursos para o Tribunal de Justiça só podem incidir sobre questões de direito, o que significa que só o TPI tem competência para chegar a conclusões relativamente a factos constantes do processo na primeira instância. Além disso, as partes não podem, em sede de recurso, apresentar provas sobre factos que não foram apreciados pelo TPI.

93. Na minha opinião, daqui decorre que o segundo fundamento é duplamente inadmissível.

94. Em qualquer caso, de acordo com o que já afirmei nas presentes conclusões, o acórdão recorrido deveria, na minha opinião, ser anulado e remetido ao Tribunal de Primeira Instância para reexame. Isto permitirá que o TPI se pronuncie sobre a questão de facto do acompanhamento dos preços dos concorrentes pela WIN⁶⁵.

95. Quanto à questão de princípio, não deixarei de aproveitar o ensejo para chamar a atenção para aspectos que me parecem pertinentes. Em primeiro lugar, há a jurisprudência em que se fundamentou o TPI nos n.ºs 185 e 186 do acórdão recorrido. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Tetra Pak II, que «o âmbito de aplicação material da responsabilidade particular que impende sobre uma empresa em posição dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfraquecimento

65 — Quando sejam necessários mais elementos de facto ou devam ser reapreciados aqueles elementos de facto que já foram tidos em conta, o Tribunal de Justiça remeterá o processo ao Tribunal de Primeira Instância. V., sobre esta questão, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1992, Moritz/Comissão, C-68/91 P, Colect., p. I-6849, n.ºs 41 e 42.

da concorrência»⁶⁶. Por conseguinte, a questão do acompanhamento dos preços num caso como este deve ser apreciado numa base casuística. Em terceiro lugar, na minha opinião, deve admitir-se que, em certas circunstâncias, uma empresa em posição dominante possa, excepcionalmente, demonstrar que a sua prática de preços abaixo do custo variável médio é justificada objectivamente⁶⁷.

a cobertura dos custos, o que conduziu a uma desvirtuação do critério de predação exigido pelo Tribunal de Justiça no acórdão AKZO. O método utilizado pela Comissão não permitiu concluir se os assinantes da WIN geraram lucro ou prejuízo para a empresa, durante o período de duração da sua assinatura.

D — Terceiro fundamento, relativo à alegada violação do artigo 82.º CE — desvirtuação do critério da predação

1. Principais argumentos das partes

96. Através do seu terceiro fundamento, a recorrente sustenta que o TPI violou igualmente o artigo 82.º CE ao não ter censurado o método utilizado pela Comissão para calcular

97. Quanto aos *custos variáveis*, a recorrente sustenta que, para considerar os preços abaixo dos custos variáveis como prática abusiva nos termos do artigo 82.º CE, o n.º 71 do acórdão AKZO impõe que o método utilizado para calcular a cobertura dos custos demonstre que os produtos ou serviços foram vendidos com prejuízo. O método utilizado só será compatível com o artigo 82.º CE se provar que, para alguns assinantes, a assinatura gerou prejuízo ao longo de um período de 48 meses. Contudo, uma vez que a WIN alegou no seu recurso de anulação que, durante praticamente todo o período em causa, cada assinante individual gerou lucro para a WIN, o TPI não poderia, sem violar o artigo 82.º CE, deixar de averiguar se a Comissão concluíra que, pelo menos alguns assinantes tinham, no cômputo geral, gerado um prejuízo para a WIN. Ainda assim, o TPI acolheu a análise da Comissão, que não dava uma imagem completa da rentabilidade de cada assinatura.

66 — V., acórdão Tetra Pak II, referido na nota 4, n.º 24.

67 — V., conclusões do advogado-geral Fennelly no processo *Compagnie Maritime Belge*, acórdão referido na nota 31, n.º 127. Cf., acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, *Tetra Pak International SA/Comissão*, T-83/91, já referido na nota 48, n.º 147: «[...] pode admitir-se que uma empresa em posição dominante pratique vendas com prejuízo em certas condições [...]». V., igualmente, entre outros, Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6.ª Ed., 2008, pp. 956-957, section 10.071: «Na medida em que [a jurisprudência *Akzo*] implique uma regra segundo a qual a fixação de preços inferiores aos custos variáveis médios...deve considerar-se uma prática predatória, parece muito rígida. A fixação de preços inferiores [aos custos variáveis médios] pode fazer-se de modo a favorecer a concorrência» Motta, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p. 453; Faull, J., e Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2007, p. 379, section 4.287; Ezrachi, A., já referido na nota 51, p. 136, documento da OCDE, referido na nota 55, p. 18: «Só porque uma empresa pratica preços abaixo do custo tal não significa, necessariamente, que o seu comportamento esteja a afectar a concorrência. Em certas circunstâncias, essa prática não só é benéfica mas é verdadeiramente pró-concorrencial. As autoridades para a concorrência devem investigar de forma aprofundada quaisquer justificações que as empresas alegadamente predadoras apresentam para os seus comportamentos em matéria de preços». Whish, R., referido na nota 44, p. 649; Jones e Sufrin, referido na nota 44, p. 339. L. Garzaniti, L. e Liberatore, F., «Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2», *E.C.L.R.* 25(4), 2004, p. 234-240.

98. Quanto aos *custos totais*, a *recorrente* remete para o seu argumento relativo aos custos variáveis e alega que o TPI desvirtuou o critério de predação ao não verificar se tinha sido feita prova de que os custos totais dos assinantes não tinham sido cobertos. De facto, não foi feita prova da existência de quaisquer assinantes cuja assinatura tenha causado prejuízo à WIN ao longo de um período de 48 meses.

não pode deixar de ser, igualmente, inferior a 100% também para a totalidade da duração média da assinatura, ou seja, 48 meses. A este propósito, a Comissão afirma que uma taxa de cobertura abaixo dos 100% não pode ultrapassar os 100% num período mais longo, a menos que a situação no período após a infracção permita à empresa obter, de forma duradoura, margens de lucro por assinante consideravelmente acima de um nível concorrencial.

99. A *Comissão* refuta aquelas alegações contrapondo, em primeiro lugar, que não só o método aplicado no presente processo é o mesmo que foi utilizado nos processos que originaram os acórdãos AKZO e Tetra Pak II — que considera os custos tal como são evidenciados pela contabilidade da empresa — como ainda, neste caso, a Comissão flexibilizou o método num sentido favorável à recorrente. Por exemplo, a Comissão não aplicou uma taxa de actualização nem imputou um custo de oportunidade aos custos tidos em conta nos cálculos.

2. Apreciação

101. A recorrente não especifica claramente que partes (ou seja, que números) do acórdão recorrido são postas em causa⁶⁸.

100. Quanto ao método de cálculo alternativo (o método dos cash-flows actualizados), o TPI declarou que a Comissão não cometera um erro manifesto de apreciação, e no presente recurso não se invoca que o TPI tenha cometido um erro de direito a esse respeito. Quanto à necessidade de considerar a totalidade do período de 48 meses de duração de uma assinatura, a Comissão afirma que, uma vez que a taxa de cobertura dos custos ficava abaixo dos 100% em todos os sucessivos sub-períodos analisados na decisão impugnada (totalizando, aproximadamente, um ano e meio), a taxa de cobertura dos custos

102. No articulado que apresentou ao Tribunal de Justiça, a recorrente alega que a Comissão aplicou um critério de cobertura dos custos de carácter estático, que, na verdade, se traduz em adicionar os custos de aquisição a 48 vezes o montante dos custos recorrentes mensais, tal como existiam à data da subscrição do contrato, e em comparar essa soma a 48 vezes os rendimentos mensais, tal como existiam na mesma data.

68 — A este respeito, de modo a evitar repetições, remeto para os n.ºs 85 a 86 das presentes conclusões, que são igualmente aplicáveis aqui.

103. No acórdão recorrido, o TPI declarou nos n.ºs 140 e 142 respectivamente, que: «contrariamente ao que alegou a WIN, a Comissão não procedeu a um teste de cobertura dos custos de carácter estático» e «contrariamente ao que afirma a WIN, o método de modo algum se traduz em adicionar os custos de aquisição a 48 vezes o montante dos custos recorrentes mensais, tal como existiam à data da subscrição do contrato, nem em comparar essa soma a 48 vezes os rendimentos mensais, tal como existiam na mesma data»⁶⁹.

104. Porém, para além de aparentemente pôr em causa no recurso a apreciação dos factos efectuada pelo TPI, a recorrente não aponta ao TPI qualquer erro de apreciação ou qualquer desvirtuação dos factos a este propósito e limita-se a repetir os mesmos argumentos que apresentou no TPI⁷⁰. Quanto aos argumentos relativos ao método dos cash-flows actualizados, o TPI declarou, nos n.ºs 153 a 155 do acórdão recorrido, que a Comissão não cometeu um erro de direito ao não optar por este método e a recorrente não alega que o TPI tenha cometido um erro de direito nesta matéria.

105. Por isso, entendo que isso é, em si, suficiente para julgar o terceiro fundamento

inadmissível e, em qualquer caso, improcedente.

E — Quarto fundamento, em que se alega que o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 82.º CE e a sua obrigação de fundamentar — custos e proveitos posteriores ao período em causa

106. Através do seu quarto fundamento, a recorrente alega que o TPI violou tanto o artigo 82.º CE como a sua obrigação de fundamentar ao decidir que os custos e os proveitos posteriores ao período da suposta infracção (isto é, após 15 de Outubro de 2002) não deviam ser tidos em conta. Foi com base nesta limitação temporal relativa aos custos e proveitos a ter em conta que a Comissão concluiu, erradamente, pela existência de uma infracção.

1. Principais argumentos das partes

107. A *recorrente* critica o TPI por ter dado acolhimento à análise da Comissão, que não teve em conta os custos e os proveitos posteriores a 15 de Outubro de 2002. O TPI não podia — sem se contradizer e sem violar o artigo 82.º CE — apoiar a abordagem da Comissão, que, por um lado, excluiu dos cálculos da taxa de cobertura os proveitos e os custos subsequentes à pretensa infracção mas que estavam dentro do período de 48 meses e, por outro lado, reconheceu que, no que respeita às assinaturas, os custos e proveitos

69 — V., n.ºs 143 a 151 do acórdão recorrido quanto ao raciocínio do TPI para chegar a estas conclusões.

70 — Um recurso de decisão de primeira instância não pode limitar-se a reproduzir os fundamentos e argumentos já apresentados ao TPI, sem adiantar argumentos destinados a provar que este teria cometido um erro de direito. V., Despacho do Tribunal de Justiça, de 5 de Fevereiro de 1998, no processo C-30/96 P, *Abello e o./Comissão*, C-30/96 P, Colect. p. I-377, n.º 45.

foram correctamente repartidos por 48 meses. Para satisfazer os requisitos do artigo 82.º CE, a taxa de cobertura só deveria ser calculada considerando um período de 48 meses.

108. A recorrente alega que, ao validar a posição da Comissão, o TPI entrou em contradição na sua fundamentação, na medida em que a decisão impugnada tinha concluído, de forma clara, que as condições de concorrência foram «repostas» a partir de 15 de Outubro de 2002⁷¹ e agora a Comissão admitia que nunca tinha tido em conta os proveitos posteriores à pretensa infração porque só teriam sido obtidos numa situação de concorrência enfraquecida.

109. Segundo a *Comissão*, este fundamento é, na verdade, um mero prolongamento do terceiro fundamento e resulta de um mal-entendido. Nunca esteve em causa permitir a repartição de todos os custos e proveitos de uma assinatura por um período de 48 meses. O método da Comissão, que foi aceite pelo TPI, permitia, isso sim — de acordo com o princípio da amortização das imobilizações — que uma determinada categoria de custos fosse repartida ao longo de um certo período, nomeadamente, custos variáveis não recorrentes («custos de conquista» ou «custos de aquisição de assinante») suportados no início de uma assinatura.

110. A Comissão alega que os custos recorrentes, contudo, não devem ser repartidos ao longo de um período de tempo. De acordo com a decisão impugnada, a empresa não conseguiria «atingir um nível de cobertura dos custos recorrentes (custos de rede e custos de produção) suficiente para que a margem liberta desses custos recorrentes cobrisse, num prazo de tempo razoável, os custos variáveis não recorrentes investidos no desenvolvimento comercial dos produtos em causa»⁷². Contudo, todos os custos e proveitos posteriores à alegada infração que a recorrente pretende que sejam considerados nos cálculos são recorrentes.

111. A Comissão afirma ainda que seria errado incluir nos cálculos projecções de futuras margens de lucro positivas resultantes de quebras nos custos futuros que seriam acessíveis a todos os concorrentes mas que não seriam acompanhadas de uma baixa nos preços. Tal resultado só poderia ser atingido no contexto de concorrência enfraquecida. A Comissão nota que, em qualquer caso, as extrapolações da recorrente não resultariam numa taxa de cobertura dos custos totais positiva e que, mesmo que se aceitassem as projecções apresentadas pela recorrente de margens de lucro extremamente altas ao longo dos 48 meses, tais margens só poderiam ser obtidas num contexto de concorrência enfraquecida. Por último, a Comissão alega que, ainda que se excluíssem os «custos de aquisição», os custos directos mensais de cada assinante para a WIN seriam maiores do que os proveitos decorrentes da assinatura.

71 — V., n.º 386 da decisão impugnada.

72 — V., considerando septuagésimo sexto da decisão impugnada e n.º 136 do acórdão recorrido.

112. Por último, a *Comissão*, alega que a abordagem (errada) da *recorrente* consiste em aceitar que os seus assinantes geram prejuízos mensais crescentes durante um ano e meio (período abrangido pela decisão impugnada), mas pressupondo, em seguida, a realização de uma margem positiva significativa nos anos seguintes à intervenção da Comissão, de modo que, no fim do período da assinatura, os assinantes acabavam por se revelar lucrativos.

2. Apreciação

113. Parece, *prima facie*, que o presente fundamento é um mero desenvolvimento do fundamento anterior e que a *recorrente* repete o argumento de que só um período de 48 meses teria permitido calcular a cobertura de custos de forma compatível com o disposto no artigo 82.º CE. Em primeiro lugar, o presente fundamento parece assentar no pressuposto errado de que o Tribunal de Primeira Instância reconheceu que «os custos e os proveitos são repartidos em 48 meses». O Tribunal nunca o fez no acórdão recorrido. Pelo contrário, o Tribunal de Primeira Instância confirmou o método da Comissão de repartir apenas uma categoria de custos, ou seja, os custos variáveis não recorrentes.

114. De qualquer modo, na análise que fiz dos n.ºs 129 a 156 do acórdão recorrido não detectei nada que possa pôr em causa a abordagem do TPI. Na minha opinião, o TPI não cometeu qualquer erro de direito e aplicou o artigo 82.º CE de forma correcta quando declarou que «a WIN não demonstrou que, ao utilizar os dados registados na sua

contabilidade, corrigindo-os de um modo que a favoreceu, de forma a ter em conta o contexto particular do mercado em causa, respeitando as exigências impostas pelo artigo 82.º CE, a Comissão tenha usado, no caso em apreço, um teste ilegal de cobertura dos custos» e que «não resulta da jurisprudência que o recurso ao método dos cash-flows actualizados se impunha no caso *sub judice* e, [...] a WIN não invocou nenhum argumento que demonstre que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação nesta matéria»⁷³.

115. Por último, lembraria que, de acordo com o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, o objecto do litígio perante o TPI não pode ser modificado no recurso. Contudo, o presente fundamento apresentado pela *recorrente* é significativamente diferente do fundamento suscitado no TPI, no qual a *recorrente* alegou que a Comissão cometeu um erro de direito ao recusar a utilização do método dos cash-flows actualizados ou do valor actual líquido (VAL) (que era, na opinião da *recorrente*, o único método pertinente). A petição apresentada pela *recorrente* ao Tribunal de Justiça, porém, já não faz referência a esse método.

116. Por conseguinte, o quarto fundamento deve, na minha opinião, ser julgado inadmissível e, em qualquer caso, improcedente.

73 — V. n.ºs 154 e 155. Em relação às discussões sobre a abordagem do valor actual líquido *v.*, por exemplo, no Reino Unido, o acórdão *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd c. Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT)*, No. 1001/1/1/01, de 15 de Janeiro de 2002, n.º 260.

F — *Quinto fundamento, em que se alega a violação do artigo 82.º CE e da obrigação de fundamentar — um preço pode ser predatório mesmo se acompanhado de uma diminuição importante da quota de mercado da empresa em causa*

de posição dominante e para pedir a redução da coima. Utiliza aquele argumento para contestar a existência de abuso pela primeira vez no recurso.

117. Através do seu quinto fundamento, a *recorrente* sustenta igualmente que o TPI violou o artigo 82.º CE e a obrigação de fundamentar que lhe incumbe, ao declarar que um preço pode ser predatório mesmo se for acompanhado de uma diminuição importante da quota de mercado da empresa em causa. Tal preço não pode ser considerado susceptível de conduzir à exclusão dos concorrentes.

1. Principais argumentos das partes

118. A *recorrente* afirma que o TPI, mesmo tendo reconhecido que a quota de mercado da WIN baixara a partir de Agosto de 2002, ainda assim concluiu que a alegada infracção se tinha prolongado até 15 de Outubro de 2002. Porém, a predação pressupõe uma redução significativa da concorrência, pelo que não pode verificar-se num contexto em que a concorrência aumenta.

119. A *Comissão* alega que, na primeira instância, a *recorrente* suscitara aquele argumento apenas para pôr em causa a existência

120. Quanto à questão de fundo, a informação de que a Comissão dispõe mostra que a quota de mercado da WIN cresceu continuamente até 31 de Agosto de 2002. Qualquer redução na sua quota de mercado durante o último mês e meio do período de infracção só poderia dever-se à baixa das tarifas de acesso à rede para o mercado grossista, operada pela FT, redução essa que a WIN — ao contrário dos seus concorrentes — optou por não reflectir nos seus preços, desse modo pondo termo à infracção em 15 de Outubro de 2002. A Comissão acrescenta, por preocupação de ser exaustiva, que tal redução na quota de mercado não poria em causa a legalidade da própria decisão mas poderia, quando muito, pôr em causa a duração da infracção. Isto não teria, porém, qualquer impacto no montante da coima, uma vez que, no recurso, não foi solicitado qualquer reexame daquele montante.

2. Apreciação

121. Como a Comissão acertadamente afirma, o presente recurso restringe-se à apreciação que o TPI efectuou do abuso de

posição dominante e a WIN invocou o argumento de uma alegada redução da sua quota de mercado na primeira instância apenas para contestar a existência de uma posição dominante⁷⁴ e para pedir uma redução da coima⁷⁵.

G — *Sexto fundamento, relativo à alegada desvirtuação de factos e violação do artigo 82.º CE — alegado plano de predação*

1. Desvirtuação de factos e elementos de prova

122. De acordo com jurisprudência assente, permitir a uma parte invocar no Tribunal de Justiça, pela primeira vez, um fundamento que não invocou no Tribunal de Primeira Instância equivaleria a permitir-lhe apresentar ao Tribunal de Justiça, cuja competência para julgar recursos em segunda instância é limitada, um litígio com um objecto mais lato do que o submetido ao Tribunal de Primeira Instância. Num recurso em segunda instância, a competência do Tribunal de Justiça está limitada à apreciação da solução legal dada aos fundamentos debatidos em primeira instância⁷⁶.

124. O sexto fundamento é composto por dois argumentos. Através do primeiro, a recorrente defende que, no que toca ao alegado plano de predação, o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os factos e os elementos de prova submetidos à sua apreciação.

a) Principais argumentos das partes

123. O quinto fundamento da recorrente deve, por isso, ser julgado inadmissível.

125. A *recorrente* afirma que o TPI desvirtuou os elementos de prova nos quais baseou a sua análise sobre a existência de um plano de predação. Apoiou-se exclusivamente nos documentos da WIN e deduziu a existência de um plano de predação dos termos neles utilizados tais, como «apropriação» e «apropriar-se». Contudo, esses documentos reflectiam apenas «objectivos comerciais bastante ambiciosos», para usar as palavras do próprio TPI⁷⁷.

74 — N.º 95 da petição apresentada pela WIN na primeira instância, no fundamento relativo à existência de posição dominante.

75 — N.º 272 da petição apresentada pela WIN na primeira instância, no fundamento relativo à coima.

76 — V., acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Outubro de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun UA/Comissão, C-68/05 P, Collect., p. I-10367, n.º 95 a 98 e jurisprudência aí referida.

77 — Trata-se de uma referência ao n.º 214 do acórdão recorrido.

126. A *Comissão* alega que a recorrente procura obter no recurso um reexame de um argumento já julgado inadmissível pelo TPI, sem, contudo, contestar aquela conclusão de inadmissibilidade. Em segundo lugar, a recorrente não apresentou qualquer argumento em apoio da alegada desvirtuação, cabendo apenas ao TPI apreciar o valor a atribuir aos elementos de prova que lhe são submetidos. A título complementar, a Comissão sustenta que o TPI não baseou a sua análise apenas em documentos que continham a expressão «apropriar-se» mas também em muitos outros documentos.

erro de direito⁷⁹. Na minha opinião, a recorrente não logrou contestar a conclusão de inadmissibilidade a que chegou o TPI.

129. Este argumento diz respeito a uma questão de facto e não apresenta argumentos convincentes em apoio de uma alegada desvirtuação dos factos.

b) Apreciação

127. A recorrente pretende obter um reexame de um argumento que foi rejeitado por inadmissível pelo TPI nos n.ºs 204 e 205 do acórdão recorrido.

128. Todavia, no presente recurso, a recorrente não pode suscitar de novo aquele fundamento. Pode apenas contestar, com base em razões específicas, a conclusão do TPI de que o fundamento apresentado na primeira instância é inadmissível⁷⁸ e, consequentemente, tem de invocar argumentos que permitam demonstrar que o TPI cometeu um

130. Resulta dos artigos 225.º CE e 58.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça que este não tem competência para apreciar a matéria de facto nem, em princípio, para examinar as provas que o Tribunal de Primeira Instância considerou determinantes no apuramento de tais factos. Com efeito, tendo as provas sido obtidas regularmente, e os princípios gerais de direito e as regras processuais em matéria de prova sido respeitados, compete exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância a apreciação do valor a atribuir aos elementos que lhe foram submetidos⁸⁰. Esta apreciação não constitui, por isso, excepto em caso de desvirtuação desses elementos, uma questão de direito sujeita, como tal, ao controlo do Tribunal de Justiça⁸¹.

79 — V., acórdão *Abello e o./Comissão*, referido na nota 70, n.º 45.

80 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlgewebe GmbH/Comissão*, C-185/9 P, *Colect.*, p. I-8417, n.º 24.

81 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 2002, *Glencore Grain Ltd e Compagnie Continentale (França) SA/Comissão*, C-24/01 e C-25/01 *Colect.*, p. I-10119, n.º 65 a 69. Essa desvirtuação deve resultar de forma manifesta dos elementos dos autos, sem que seja necessário proceder a uma nova apreciação dos factos e das provas. V., acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 2006, *General Motors/Comissão*, C-551/03 P, *Colect.*, p. I-3173, n.ºs 51, 52 e 54.

78 — V., *Lenaerts, K., Arts, D. e Maselis, I.*, *Procedural Law of the European Union*, 2ª edição, Londres, 2006, p. 464: «Isto pode ser inferido do acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Dezembro de 1993, *Eppe/Comissão*, C-354/92 P, *Colect.*, p. I-7027, n.º 13».

131. O primeiro argumento do sexto fundamento deve, por isso, ser julgado inadmissível.

134. A *Comissão* alega, em primeiro lugar, que o elemento intencional do abuso é necessariamente subjectivo e, em segundo lugar, que a jurisprudência comunitária não impõe que um plano de predação seja materializado pelo tipo de provas objectivas sugeridas pela recorrente.

2. Violação do artigo 82.º CE

132. Através do segundo argumento, a recorrente defende que o TPI violou o artigo 82.º CE. Este artigo exige que haja um plano de exclusão dos concorrentes objectivamente identificável e não pode, em caso algum, contentar-se com um critério subjectivo da noção de abuso de posição dominante.

b) Apreciação

135. Basta afirmar que, tal como em alguns dos fundamentos anteriores, a recorrente parece invocar os mesmos argumentos que invocou perante o TPI.

a) Principais argumentos das partes

133. A *recorrente* defende que o abuso de posição dominante é um conceito objectivo. Contudo, o TPI assentou a sua análise e a sua conclusão numa abordagem puramente subjectiva e não em qualquer prova objectiva como a existência de ameaças para os concorrentes, a prática de preços selectivos sobre os clientes dos concorrentes, a prática de preços discriminatórios, a realização de promoções ou a duração, a coerência e a dimensão das vendas com prejuízo.

136. Por isso, também o segundo argumento do sexto fundamento deve ser julgado inadmissível.

137. Quanto ao plano predação, na minha opinião, o TPI aplicou aqui a jurisprudência AKZO e Tetra Pak II de forma correcta e adequada.

138. Por isso, o sexto fundamento deve ser rejeitado por inadmissível e, em qualquer caso, por ser improcedente.

H — *Segundo argumento do sétimo fundamento, em que se alega a violação do artigo 82.º CE — recuperação dos prejuízos — prova feita pela empresa da impossibilidade de recuperar os prejuízos*

139. Através do segundo argumento do sétimo fundamento a recorrente alega que o TPI violou o artigo 82.º CE ao ter confundido a provada possibilidade de recuperação dos prejuízos feita pela Comissão e a provada impossibilidade de recuperar esses prejuízos, feita pela empresa.

1. Principais argumentos das partes

140. A *recorrente* afirma que a própria WIN forneceu provas de que a recuperação dos prejuízos era impossível. O TPI deveria, por isso, ter-se pronunciado sobre se a Comissão poderia ignorar as provas da impossibilidade de recuperação dos prejuízos fornecida pela empresa.

141. A *Comissão* afirma que a recorrente não invocou em primeira instância, qualquer fundamento sobre a possibilidade de a Comissão ignorar tais provas. Em qualquer caso, a Comissão afirma que o argumento é rejeitado implicitamente pelos n.ºs 103 a 121 e 261 a 267 do acórdão recorrido. Por último, a título complementar, Comissão alega que, de facto, tinha analisado a possibilidade de recuperação dos prejuízos na decisão impugnada e concluído que, no caso em apreço, tal recuperação era provável.

2. Apreciação

142. Na minha opinião, a recorrente não invocou, perante o TPI, qualquer argumento alegando que a recuperação dos prejuízos era impossível mas apenas alegou que a Comissão provou, na própria decisão impugnada, que a recuperação dos prejuízos era impossível, ao afirmar que «as condições de concorrência foram repostas».

143. Com efeito, a obrigação do TPI de fundamentar as suas decisões não pode ser interpretada no sentido de que implica que este é obrigado a responder em pormenor a cada argumento invocado pela recorrente, especialmente quando um argumento não é suficientemente claro e preciso e não assenta em elementos de prova detalhados⁸².

82 — V., acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão, C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.º 121 e Bélgica/Comissão, referido na nota 34, n.º 81.

144. Considero que o argumento que a WIN invocou na petição que apresentou ao TPI — no sentido de que a Comissão, na análise do mercado que efectuou, se contradisse a si própria — para provar que a recuperação dos prejuízos era impossível não pode ser considerado suficientemente claro e preciso. Também não equivale a sustentar que a Comissão não poderia ignorar elementos de prova da impossibilidade de recuperação dos prejuízos fornecidos pela empresa em causa.

n.ºs 103 a 121 e 261 a 267 do acórdão recorrido.

145. Em qualquer caso, tal prova parece estar implícita, mas forçosamente rejeitada, nos

146. Por isso, considero que o segundo argumento do sétimo fundamento deve ser julgado inadmissível, por ser um novo argumento ou fundamento não invocado perante o TPI, e, em qualquer caso, ser improcedente.

V — Conclusão

147. Por todos os motivos acima expostos proponho ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão recorrido.

Além disso, considero adequado que o Tribunal de Justiça remeta o processo ao Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 61.º, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, e reserve para final a decisão sobre as despesas.