



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Nona Secção alargada)

13 de dezembro de 2018\*

«Concorrência — Abuso de posição dominante — Mercado eslovaco dos serviços de telecomunicação de alto débito — Acesso por empresas terceiras ao “lacete local” do operador histórico neste mercado — Decisão que declara uma infração ao artigo 102.º TFUE e ao artigo 54.º do Acordo EEE — Infração única e continuada — Conceito de “abuso” — Recusa de acesso — Compressão das margens — Cálculo da compressão das margens — Critério do concorrente igualmente eficiente — Direitos de defesa — Imputação à sociedade-mãe da infração cometida pela sua filial — Influência determinante da sociedade-mãe sobre a política comercial da filial — Exercício efetivo — Ônus da prova — Cálculo do montante da coima — Orientações de 2006 para o cálculo do montante das coimas»

No processo T-851/14,

**Slovak Telekom, a.s.**, com sede em Bratislava (Eslováquia), representada por D. Geradin, advogado, e R. O’Donoghue, barrister,

recorrente,

contra

**Comissão Europeia**, representada inicialmente por M. Farley, L. Malferrari e G. Koleva e, em seguida, por M. Farley, M. Kellerbauer, L. Malferrari e C. Vollrath, na qualidade de agentes,

recorrida,

apoiada por:

**Slovanet, a.s.**, com sede em Bratislava, representada por P. Tisaj, advogado,

interveniente,

que tem por objeto um pedido baseado no artigo 263.º TFUE e, destinado a obter, a título principal, a anulação, na parte que respeita à recorrente, da Decisão C(2014) 7465 final da Comissão, de 15 de outubro de 2014, relativa a um processo nos termos do artigo 102.º TFUE e do artigo 54.º do Acordo EEE (processo AT.39523 - Slovak Telekom), conforme retificada pela Decisão C(2014) 10119 final da Comissão, de 16 de dezembro de 2014 e pela Decisão C(2015) 2484 final da Comissão, de 17 de abril de 2015, e, a título subsidiário, a redução do montante da coima aplicada à recorrente,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção alargada),

composto por: M. van der Woude, exercendo funções de presidente, S. Gervasoni, L. Madise, R. da Silva Passos (relator) e K. Kowalik-Bańczyk, juízes,

\* Língua do processo: inglês.

secretário: N. Schall, administradora,

vista a fase escrita do processo e após a audiência de 26 de abril de 2018,

profere o presente

## Acórdão<sup>1</sup>

### I. Antecedentes do litígio

- 1 A recorrente, Slovak Telekom a.s., é o operador histórico de telecomunicações na Eslováquia. A Deutsche Telekom AG, operador histórico de telecomunicações na Alemanha e sociedade que lidera o grupo Deutsche Telekom, deteve, desde 4 de agosto de 2000 e durante todo o período pertinente para o presente processo, uma participação de 51 % no capital da recorrente. A outra parte do capital da recorrente era detida pelo Ministério da Economia da República Eslovaca, em 34 %, e pelo Fundo do Património Nacional da República Eslovaca, em 15 %.
- 2 Em 15 de outubro de 2014, a Comissão Europeia adotou a Decisão C(2014) 7465 final, relativa a um processo nos termos do artigo 102.º TFUE e do artigo 54.º do Acordo EEE (processo AT.39523 - Slovak Telekom), retificada pela sua Decisão C(2014) 10119 final, de 16 de dezembro de 2014, e pela sua Decisão C(2015) 2484 final, de 17 de abril de 2015, dirigida à recorrente e à Deutsche Telekom (a seguir «decisão impugnada»). Em 24 de dezembro de 2014, a Deutsche Telekom interpôs um recurso em que pede igualmente a anulação da decisão impugnada (processo T-827/14).

#### A. Contexto tecnológico, factual e regulamentar da decisão impugnada

- 3 A recorrente, que sucedeu indiretamente à empresa pública dos correios e telecomunicações extinta em 1992, é o maior operador de telecomunicações e fornecedor de acesso em banda larga na Eslováquia. O monopólio legal de que beneficiava no mercado eslovaco das telecomunicações cessou em 2000. A recorrente oferece um leque completo de serviços de dados e de serviços vocais, e possui e explora redes fixas de cobre e de fibra ótica e uma rede móvel de telecomunicações. A rede de cobre e a rede móvel cobrem quase todo o território da Eslováquia.
- 4 A decisão impugnada é referente às práticas anticoncorrenciais no mercado eslovaco dos serviços de Internet de alto débito. Visa, em substância, as condições estabelecidas pela recorrente para o acesso desagregado de outros operadores ao lacete local de cobre, na Eslováquia, entre 2005 e 2010.
- 5 O lacete local é o circuito físico em pares de condutores metálicos entrançados (também designado «linha») que liga o ponto terminal da rede nas instalações do assinante ao repartidor principal ou a uma instalação equivalente da rede telefónica pública fixa.
- 6 O acesso desagregado ao lacete local permite aos novos operadores — designados habitualmente «operadores alternativos», por oposição aos operadores históricos das redes de telecomunicações — utilizarem a infraestrutura de telecomunicações já existente e pertencente a esses operadores históricos, para a oferta de vários serviços aos utilizadores finais, em concorrência com os operadores históricos. Entre os diferentes serviços de telecomunicações que podem ser prestados aos utilizadores finais através do lacete local, está incluída a transmissão de dados de alto débito para o acesso fixo à Internet e para aplicações multimédia a partir da tecnologia da linha de assinante digital (*Digital Subscriber Line* ou DSL).

<sup>1</sup> Apenas são reproduzidos os números do presente acórdão cuja publicação o Tribunal Geral considera útil.

- 7 A desagregação do lacete local foi regulada na União Europeia, designadamente, pelo Regulamento (CE) n.º 2887/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2000, relativo à oferta de acesso desagregado ao lacete local (JO 2000, L 336, p. 4), e pela Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (JO 2002, L 108, p. 33). O Regulamento n.º 2887/2000 exigia aos operadores com «poder de mercado significativo» que concedessem um acesso aos lacetes locais com acesso desagregado (*unbundled local loop* ou ULL) e publicassem uma oferta de desagregação de referência. Estas disposições foram implementadas na Eslováquia pela Zákon z 3. decembra 2003 č. 610/2003 Z.z. o elektronických komunikáciách, v znení neskorších predpisov (Lei n.º 610/2003, de 3 de dezembro de 2003, relativa às comunicações eletrónicas), conforme alterada, que entrou em vigor, salvo algumas exceções, em 1 de janeiro de 2004.
- 8 Em substância, este quadro regulamentar obrigava o operador designado pela autoridade reguladora nacional como operador de mercado dotado de um poder significativo no mercado (em geral, o operador histórico) a conceder aos operadores alternativos o acesso desagregado ao seu lacete local e aos serviços conexos em condições transparentes, equitativas e não discriminatórias e a manter atualizada uma oferta de referência para este acesso desagregado. A autoridade reguladora nacional era obrigada a assegurar que a tarifação do acesso desagregado ao lacete local, orientada em função dos custos, favorecesse o estabelecimento de uma concorrência leal e sustentável. Para o efeito, a autoridade reguladora nacional podia, nomeadamente, impor alterações à oferta de referência.
- 9 Na sequência de uma análise do mercado, a autoridade reguladora nacional eslovaca em matéria de telecomunicações (a seguir «TUSR») adotou, em 8 de março de 2005, a decisão de primeira instância n.º 205/14/2005, na qual designou a recorrente como o operador com um poder significativo de mercado no mercado grossista para o acesso desagregado ao lacete local, na aceção do Regulamento n.º 2887/2000. Consequentemente, a TUSR impôs à recorrente várias obrigações, entre as quais que lhe fosse apresentada uma oferta de referência no prazo de 60 dias. Esta decisão, contestada pela recorrente, foi confirmada pelo Presidente da TUSR em 14 de junho de 2005. Em aplicação desta decisão confirmativa, a recorrente era obrigada a conceder todos os pedidos de desagregação do seu lacete local considerados razoáveis e justificados, para permitir aos operadores alternativos a utilização deste lacete com vista à oferta dos seus próprios serviços no «mercado retalhista de massa (ou grande público)» dos serviços de banda larga em local fixo na Eslováquia. A decisão de 14 de junho de 2005 ordenou igualmente que a recorrente publicasse, com pelo menos 45 dias de antecedência, todas as alterações previstas para a oferta de desagregação de referência e as apresentasse à TUSR.
- 10 A recorrente publicou a sua oferta de referência em matéria de desagregação em 12 de agosto de 2005 (a seguir «oferta de referência»). Esta oferta, que foi alterada nove vezes entre esta data e o final do ano de 2010, define as condições contratuais e técnicas para o acesso ao lacete local da recorrente. No mercado grossista, a recorrente oferece um acesso aos lacetes locais com acesso desagregado num repartidor principal ou junto a um repartidor principal, em que o operador alternativo, que pretende um acesso, desenvolve a sua própria rede central.
- 11 Nos termos da decisão impugnada, a rede do lacete local da recorrente, suscetível de ser utilizada para a oferta de serviços de alto débito após a desagregação das linhas em causa deste operador, cobria 75,7 % do conjunto dos agregados familiares eslovacos no período compreendido entre os anos 2005 e 2010. Esta cobertura estendia-se a todos os lacetes locais situados na rede de acesso metálica da recorrente que podia ser utilizada para transmitir um sinal de alto débito. Todavia, durante este mesmo período, apenas alguns raros lacetes locais da recorrente viram o seu acesso desagregado, a partir de 18 de dezembro de 2009, e foram utilizados apenas por um único operador alternativo para a prestação de serviços de retalho de muito alto débito a empresas.

## **B. Processo na Comissão**

- 12 A Comissão abriu oficiosamente um inquérito que teve por objeto, nomeadamente, as condições de acesso desagregado ao lacete local da recorrente. Na sequência de pedidos de informações dirigidos, em 13 de junho de 2008, aos operadores alternativos e de uma inspeção inopinada nas instalações da recorrente entre 13 e 15 de janeiro de 2009, a Comissão decidiu, em 8 de abril de 2009, instaurar contra este operador um processo na aceção do artigo 2.º do seu Regulamento (CE) n.º 773/2004, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos [101.º TFUE] e [102.º TFUE] (JO 2004, L 123, p. 18).
- 13 O inquérito prosseguiu com pedidos de informações complementares dirigidos aos operadores alternativos e à TUSR e com uma inspeção anunciada nas instalações da recorrente em 13 e 14 de julho de 2009.
- 14 Nos vários documentos de reflexão dirigidos à Comissão entre 11 de agosto de 2009 e 31 de agosto de 2010, a recorrente referiu que não existia, em seu entender, nenhum fundamento para considerar que tinha violado o artigo 102.º TFUE no caso vertente.
- 15 No âmbito do inquérito, a recorrente opôs-se a facultar informações com data anterior a 1 de maio de 2004, data de adesão da República Eslovaca à União. Interpôs um recurso de anulação, por um lado, contra a Decisão C(2009) 6840 da Comissão, de 3 de setembro de 2009, relativa a um processo nos termos dos artigos 18.º, n.º 3, e 24.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º TFUE e 102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1), e, por outro, contra a Decisão C(2010) 902 da Comissão, de 8 de fevereiro de 2010, relativa a um processo nos termos dos artigos 18.º, n.º 3, e 24.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003. Por Acórdão de 22 de março de 2012, Slovak Telekom/Comissão (T-458/09 e T-171/10, EU:T:2012:145), o Tribunal Geral negou provimento aos recursos interpostos contra estas decisões.
- 16 Em 13 de dezembro de 2010, a Comissão, na sequência de pedidos de informação dirigidos à Deutsche Telekom, decidiu instaurar contra esta um processo na aceção do artigo 2.º do Regulamento n.º 773/2004.
- 17 Em 7 de maio de 2012, a Comissão dirigiu à recorrente uma comunicação de acusações. Esta comunicação de acusações foi enviada no dia seguinte à Deutsche Telekom. Nesta comunicação de acusações, a Comissão concluía, a título preliminar, que a recorrente podia ter potencialmente violado o artigo 102.º TFUE, devido a uma prática que conduziu à compressão das margens no que se refere ao acesso desagregado aos lacetes locais da sua rede e ao acesso grossista de alto débito nacional e regional aos seus concorrentes, e a uma recusa de acesso aos operadores alternativos a determinados produtos grossistas. Concluía igualmente, a título preliminar, que a Deutsche Telekom era potencialmente responsável por este comportamento infrator, na sua qualidade de sociedade-mãe da recorrente durante o período da infração.
- 18 Após ter obtido acesso ao *dossier* do inquérito, a recorrente e a Deutsche Telekom responderam, cada uma, à comunicação de acusações, em 5 de setembro de 2012. Seguidamente, uma foi organizada uma audição em 6 e 7 de novembro desse mesmo ano.
- 19 Em 21 de junho de 2013, a recorrente apresentou à Comissão uma proposta de compromissos destinados a responder às suas objeções do ponto de vista do direito da concorrência e pediu que esta adotasse uma decisão de aceitação de compromissos na aceção do artigo 9.º do Regulamento n.º 1/2003, em vez de uma decisão de proibição. Porém, a Comissão considerou esses compromissos insuficientes e, conseqüentemente, decidiu prosseguir a tramitação.

- 20 A Comissão dirigiu à recorrente e à Deutsche Telekom, respetivamente, em 6 de dezembro de 2013 e em 10 de janeiro de 2014, uma carta de exposição dos factos destinada a permitir-lhes apresentar observações sobre os elementos de prova adicionais recolhidos na sequência do envio da comunicação de acusações. A Comissão referiu que esses elementos de prova, a que recorrente e a Deutsche Telekom tiveram acesso a, poderiam ser utilizados numa eventual decisão final.
- 21 A recorrente e a Deutsche Telekom responderam, respetivamente, em 21 de fevereiro e em 6 de março de 2014, à carta de exposição dos factos.
- 22 A Comissão, nas reuniões realizadas com a recorrente, em 16 de setembro de 2014, e com a Deutsche Telekom, em 29 de setembro de 2014, forneceu a estas últimas informações sobre a decisão que tencionava adotar com fundamento no artigo 7.º do Regulamento n.º 1/2003.

### *C. Decisão impugnada*

- 23 Na decisão impugnada, a Comissão considera que a empresa formada pela recorrente e pela Deutsche Telekom cometeu uma infração única e continuada ao artigo 102.º TFUE e ao artigo 54.º do Acordo EEE, no que respeita aos serviços de alto débito na Eslováquia, durante o período compreendido entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010 (a seguir «período em causa»).

#### *1. Definição dos mercados relevantes e posição dominante da recorrente nestes*

- 24 Na decisão impugnada, a Comissão identifica dois mercados de produtos em causa, a saber:
- o mercado de massa retalhista (ou grande público) para os serviços de alto débito em posição fixa;
  - o mercado grossista de acesso aos lacetes locais cujo acesso é desagregado.
- 25 O mercado geográfico em causa abrange, segundo a decisão impugnada, a totalidade do território da Eslováquia.
- 26 A Comissão refere que, no período em causa, a recorrente ocupou uma posição de monopólio no mercado grossista para o acesso desagregado aos lacetes locais e que não existiam pressões diretas sob a forma de uma concorrência real ou potencial ou um poder de compra compensatório que limitassem o poder desta sociedade no mercado. A recorrente beneficiava, assim, de uma posição dominante neste mercado ao longo do período em causa. A Comissão refere, igualmente, que a recorrente beneficiava, neste período, de uma posição dominante no mercado de massa retalhista (ou grande público) para os serviços de alto débito em posição fixa.

#### *2. Comportamento da recorrente*

##### *a) Recusa de fornecimento de um acesso desagregado aos lacetes locais da recorrente*

- 27 A Comissão salienta, numa primeira parte da sua análise intitulada «Recusa de fornecimento», que, apesar de vários operadores alternativos terem tido um grande interesse em que lhes fosse concedido um acesso aos lacetes locais da recorrente para concorrer com esta no mercado retalhista dos serviços de alto débito, este operador fixou, na oferta de referência, modalidades e condições abusivas a fim de tornar esse acesso inaceitável. A recorrente atrasou, dificultou ou impediu assim a entrada neste mercado retalhista dos serviços de alto débito.

- 28 A este respeito, a Comissão sublinha que, em primeiro lugar, o acesso desagregado ao lacete local por um operador alternativo pressupõe que este obtenha previamente informações suficientes e adequadas sobre a rede do operador histórico. Estas informações devem permitir ao operador alternativo em causa avaliar as suas oportunidades comerciais e elaborar modelos económicos apropriados para os seus futuros serviços retalhistas baseados na desagregação do acesso ao lacete local. Ora, no caso vertente, a oferta de referência não preencheu esta exigência de informação dos operadores alternativos.
- 29 Assim, apesar das exigências fixadas pelo quadro regulamentar pertinente (v. n.ºs 7 e 8, *supra*), esta oferta de referência não fornece informações de base sobre a localização dos pontos de acesso físicos e sobre a disponibilidade dos lacetes locais em partes bem determinadas da rede. Os operadores alternativos apenas tiveram acesso a estas informações apenas a pedido, mediante o pagamento de uma taxa, nos cinco dias a contar da data de entrada em vigor de um acordo de confidencialidade com a recorrente, e somente após a constituição de uma garantia bancária. A Comissão considera, em substância, que estas exigências atrasaram indevidamente e dificultaram a comunicação das informações pertinentes aos operadores alternativos e, desta forma, dissuadiram os referidos operadores de aceder aos lacetes locais da recorrente.
- 30 Mesmo em caso de acesso mediante pedido, a Comissão considera que as informações comunicadas pela recorrente eram insuficientes. A recorrente não comunicava, designadamente, nenhuma informação sobre a disponibilidade dos seus lacetes locais, embora estas informações fossem fundamentais para permitir que os operadores alternativos elaborem atempadamente os seus modelos económicos e determinem o potencial comercial da desagregação. A Comissão considera que a recorrente devia ter comunicado não só a lista dos repartidores principais e dos recursos similares, mas também a descrição da sua cobertura geográfica, informações sobre as séries de números telefónicos servidos por essas centrais, a utilização efetiva dos cabos (em percentagem) para as tecnologias DSL, o grau de implantação do equipamento de modulação por código de pulso (*pulse code modulation* ou PCM) referente aos cabos ligados aos diferentes repartidores principais, os nomes ou funções dos repartidores e a forma como são utilizados nas regulamentações técnicas e metodológicas da recorrente, ou, ainda, os comprimentos máximos dos lacetes locais homogéneos. Aliás, a recorrente estava bem ciente do problema causado aos operadores alternativos por estas condições de acesso às informações e pelo âmbito limitado destas. A Comissão refere igualmente que, embora só em maio de 2009 é que a recorrente publicou o modelo referente aos pedidos de desagregação a apresentar pelos operadores alternativos, a oferta de referência em matéria de desagregação previa, desde a origem, a imposição de sanções financeiras caso o pedido de acesso fosse considerado incompleto.
- 31 Em segundo lugar, nos termos da decisão impugnada, a recorrente reduziu, de forma injustificada, o alcance da sua obrigação em matéria de acesso desagregado aos seus lacetes locais.
- 32 Assim, em primeiro lugar, a recorrente excluiu indevidamente desta obrigação as linhas «passivas», ou seja, as linhas que, embora existissem fisicamente, não eram utilizadas. Ao agir desta forma, a recorrente reservou para si uma quantidade significativa de potenciais clientes que ainda não subscreviam os seus serviços de alto débito, embora servidos pela sua rede, e isto, apesar de o quadro regulamentar pertinente não prever qualquer limitação da obrigação de desagregação às linhas ativas e este mercado estar em pleno crescimento. A limitação aplicada pela recorrente não era, segundo a Comissão, justificada por qualquer razão técnica objetiva.
- 33 Em segundo lugar, a recorrente excluiu, de forma injustificada, da sua obrigação em matéria de desagregação, os serviços que qualificou de «serviços em conflito», ou seja, os serviços que eram suscetíveis de serem por ela propostos e que podiam estar em conflito com o acesso de um operador alternativo ao lacete local. Além do próprio conceito de serviços em conflito ser vago, a lista de tais

serviços, estabelecida unilateralmente pela recorrente, era aberta e, por conseguinte, geradora de incerteza para os operadores alternativos. Esta limitação privou os operadores alternativos de um grande número de potenciais clientes, reservados à recorrente e, assim, retirados do mercado retalhista.

- 34 Em terceiro lugar, a Comissão salienta o carácter injustificado da regra imposta pela recorrente na oferta de referência, segundo a qual apenas 25 % dos lacetes locais contidos num cabo de múltiplos pares podem ser utilizados para a prestação de serviços de alto débito, a fim de evitar o parasitismo e as interferências. Esta regra não se justifica, na medida em que reveste um carácter geral e abstrato e não tem, assim, em conta as características dos cabos e a combinação concreta das técnicas de transmissão. A Comissão salienta, a este respeito, que a prática noutros Estados-Membros demonstra a existência de alternativas a estas limitações de acesso abstratas e a montante, tais como o princípio de uma utilização do cabo a 100 % com à gestão *a posteriori* de todos os problemas concretos resultantes das interferências de espetro. Por último, a recorrente aplicou a si própria uma regra de utilização máxima do cabo de 63 %, menos estrita do que a por ela imposta aos operadores alternativos.
- 35 Por último, em terceiro lugar, a recorrente fixou na oferta de referência várias cláusulas e condições não equitativas referentes ao acesso desagregado aos seus lacetes locais.
- 36 A este respeito, em primeiro lugar, nos termos da decisão impugnada, a recorrente fez constar na oferta de referência cláusulas e condições não equitativas referentes à partilha de locais, definida nesta oferta como «o fornecimento de um espaço e do equipamento técnico necessários à colocação adequada do equipamento de telecomunicações do fornecedor autorizado para a prestação de serviços aos utilizadores finais do fornecedor autorizado através de um acesso ao lacete local». O obstáculo assim criado aos operadores alternativos resultava, mais especificamente, dos seguintes elementos: i) as condições estabeleciam um exame preliminar das possibilidades de partilha de locais que não era objetivamente necessário; ii) os operadores alternativos apenas podiam contestar a determinação da forma de partilha de locais decidida pela recorrente mediante o pagamento de encargos suplementares; iii) o termo do período de reserva após a notificação ao operador alternativo do parecer referente ao resultado do exame preliminar ou do exame detalhado, sem que tenha havido acordo sobre a partilha de locais, implicava que o procedimento de exame preliminar ou de exame detalhado devesse ser integralmente retomado; iv) a recorrente não se encontrava vinculada a qualquer prazo em caso de exames detalhados suplementares decorrentes das negociações e tinha o direito de retirar, sem explicação e sem consequências jurídicas, uma proposta de acordo de partilha de locais durante o período de aceitação da proposta pelos operadores alternativos nos prazos estabelecidos; v) a recorrente não se comprometia em implementar a partilha de locais numa data específica; vi) a recorrente impunha unilateralmente tarifas desleais e não transparentes para a partilha de locais.
- 37 Em segundo lugar, a Comissão salienta que, nos termos da oferta de referência, os operadores alternativos tinham de remeter previsões de pedidos de qualificação do lacete local com doze meses de antecedência para cada espaço de partilha de locais, mês após mês, antes de poder apresentar um pedido de qualificação para o acesso ao lacete local correspondente. Ora, a Comissão considera que tal exigência impõe aos operadores alternativos a apresentação de previsões num momento em que não conseguem avaliar as suas necessidades em termos de acesso desagregado. Mais, denuncia o facto de o não cumprimento das condições de previsão implicar o pagamento de penalidades, assim como o carácter vinculativo da obrigação de previsão e a falta de prazo de resposta, para a recorrente, a um pedido de qualificação em caso de não conformidade de um tal pedido como o volume previsional.
- 38 Em terceiro lugar, a Comissão considera que o procedimento obrigatório de qualificação, que devia permitir aos operadores alternativos determinar se um lacete local específico convinha para a tecnologia DSL ou qualquer outra tecnologia de banda larga que poderiam tencionar utilizar antes de efetuar uma encomenda firme de desagregação, era tal que esses operadores eram dissuadidos a solicitar um acesso desagregado aos lacetes locais da recorrente. Assim, admitindo a necessidade de

verificar o caráter adequado dos lacetes locais para a desagregação ou as condições prévias essenciais para a desagregação de uma linha específica, a Comissão refere que a dissociação deste procedimento de qualificação do próprio pedido de acesso ao lacete local atrasou inutilmente a desagregação e originou custos adicionais para os operadores alternativos. Mais, vários aspetos examinados no âmbito do procedimento de qualificação apresentam um caráter supérfluo. A Comissão salienta ainda o caráter injustificado do prazo de validade limitado a dez dias da qualificação de um lacete local, após o qual um pedido de acesso já não podia ser apresentado.

- 39 Em quarto lugar, nos termos da decisão impugnada, a oferta de referência incluiu condições desvantajosas no que respeita às reparações, manutenção e conservação, devido, i) à falta de uma definição adequada dos «trabalhos planeados» e «não planeados», ii) à falta de clareza da distinção entre «trabalhos não planeados» e simples «defeitos», suscetível de dar lugar a comportamentos injustificados por parte da recorrente, iii) aos prazos muito curtos previstos para informar um operador alternativo de tais trabalhos e para transmitir esta informação junto dos seus clientes e, por último, iv) à transferência ao operador alternativo da responsabilidade pelas interrupções do serviço causadas por uma reparação quando este operador era considerado não cooperante.
- 40 Em quinto lugar, a Comissão considera desleais várias modalidades e condições em torno da garantia bancária exigida a qualquer operador alternativo que pretenda celebrar com a recorrente um acordo de partilha de locais e, no final, obter um acesso aos seus lacetes locais. Assim, antes de mais, a recorrente beneficia de uma margem de apreciação demasiada ampla para aceitar ou recusar uma garantia bancária e não está sujeita ao à observância de nenhum prazo a este respeito. Seguidamente, o montante da garantia, fixado em 66 387,84 euros, é desproporcionado em relação aos riscos e custos incorridos pela recorrente. Tanto mais que a oferta de referência permitia à recorrente exigir uma multiplicação dessa garantia quando a ela recorria, podendo o montante inicial da garantia bancária ser multiplicado até doze vezes. Além disso, a recorrente tinha a possibilidade de recorrer à garantia bancária para cobrir não só a falta de pagamento dos serviços efetivos por ela fornecidos, mas também qualquer pedido de indemnização que pudesse ser por ela apresentado. Acresce que a recorrente podia acionar a garantia bancária sem ter de comprovar que tinha antes pedido ao devedor que pagasse, não podendo o devedor, além disso, opor-se a esse acionamento da garantia. Por último, a Comissão sublinha que os operadores alternativos não beneficiam de nenhuma garantia comparável, embora possam sofrer perdas resultantes do comportamento da recorrente em matéria de acesso desagregado aos lacetes locais.
- 41 A Comissão conclui que estes aspetos do comportamento da recorrente, considerados conjuntamente, constituíram uma recusa por parte deste operador em fornecer um acesso desagregado aos seus lacetes locais.

*b) Compressão das margens dos operadores alternativos no âmbito do fornecimento de acesso desagregado aos lacetes locais da recorrente*

- 42 Na segunda parte da sua análise do comportamento da recorrente, a Comissão regista a existência de uma compressão das margens causada pelo comportamento deste operador relativamente ao acesso desagregado aos seus lacetes locais, constitutiva de uma forma autónoma de abuso de posição dominante. Assim, a diferença entre os preços praticados pela recorrente para a concessão de tal acesso a operadores alternativos e os preços praticados em relação aos seus próprios clientes era negativo ou insuficiente para permitir a um operador tão eficiente como a recorrente cobrir os custos específicos que esta devia suportar para fornecimento dos seus próprios produtos ou serviços no mercado a jusante, ou seja, o mercado retalhista.
- 43 Quanto a um cenário em que a carteira de serviços considerada inclui apenas os serviços de alto débito, a Comissão assinala que um concorrente igualmente eficaz teria sido capaz, através de um acesso desagregado aos lacetes locais da recorrente, de reproduzir a totalidade da oferta DSL a retalho



da recorrente tal como a mesma evoluiu ao longo do tempo. Ora, a abordagem designada «período a período» (ano a ano), para calcular as margens (ou seja, o cálculo das margens disponíveis para cada ano no período compreendido entre 2005 e 2010), demonstra que um concorrente tão eficaz como a recorrente apresentava margens negativas e não podia, assim, reproduzir de forma rentável a carteira de serviços de alto débito proposta pela recorrente no mercado retalhista.

- 44 Quanto a um cenário em que a carteira analisada inclui serviços de telefonia vocal para além dos serviços de alto débito através de um acesso total ao lacete local, a Comissão conclui igualmente que um concorrente tão eficaz como a recorrente não teria podido, devido aos preços por esta praticados no mercado a montante de acesso desagregado, exercer de forma rentável atividades no mercado retalhista relevante no período compreendido entre os anos de 2005 e 2010. Assim, um concorrente igualmente eficaz não teria podido reproduzir de forma rentável, nesse mesmo período, a carteira proposta pela recorrente. Acrescentar a esta carteira de referência serviços *multi-play*, disponíveis a partir do ano de 2007, não teria modificado esta conclusão.
- 45 Uma vez que nem a recorrente nem a Deutsche Telekom apresentaram, durante o procedimento administrativo, uma justificação objetiva quanto ao seu comportamento de exclusão, a Comissão conclui que o comportamento da recorrente, no período em causa, deve ser analisado como uma compressão abusiva de margens.

### *3. Análise dos efeitos anticoncorrenciais do comportamento da recorrente*

- 46 A Comissão considera que estes dois tipos de comportamentos da recorrente, a saber, a recusa de fornecimento de um acesso desagregado ao lacete local e a compressão das margens dos operadores alternativos, eram suscetíveis de impedir que os operadores alternativos se baseassem num acesso desagregado com vista a entrar no mercado retalhista de massa (ou grande público) na Eslováquia, para os serviços de alto débito em posição fixa. Esses comportamentos tornaram, nos termos da decisão impugnada, a concorrência menos efetiva neste mercado, uma vez que não existia uma alternativa real rentável para os operadores concorrentes a um acesso grossista de alto débito de tecnologia DSL baseada na desagregação dos lacetes locais. O impacto do comportamento da recorrente sobre a concorrência foi ainda mais acentuado pelo facto de o mercado retalhista dos serviços de banda larga apresentar um forte potencial de progressão durante o período em causa.
- 47 A Comissão acrescenta, em substância, que, em conformidade com o conceito de «escala de investimento», este bloqueio do acesso à desagregação do lacete local privou os operadores alternativos de uma fonte de rendimento que lhes teria permitido realizar outros investimentos na rede, designadamente desenvolvendo a sua própria rede de acesso a fim de ligar os seus clientes diretamente à rede.
- 48 A Comissão conclui que o comportamento anticoncorrencial da recorrente no mercado de massa (ou grande público) dos serviços de alto débito em posição fixa na Eslováquia era suscetível de ter efeitos negativos sobre a concorrência e, tendo em conta a sua cobertura geográfica correspondente à totalidade do território da Eslováquia, pôde afetar o comércio entre os Estados-Membros.

### *4. Destinatários da decisão impugnada e coimas*

- 49 Nos termos da decisão impugnada, a Deutsche Telekom, durante todo o período em causa, não só estava em condições de exercer uma influência determinante sobre a política comercial da recorrente, como exerceu efetivamente essa influência. Uma vez que a recorrente e a Deutsche Telekom fazem parte da mesma empresa, ambas são consideradas responsáveis pela infração única e continuada ao artigo 102.º TFUE, que é objeto da decisão impugnada.

- 50 No que respeita à sanção pela prática desta infração, a Comissão indica ter fixado o montante das coimas por referência aos princípios enunciados nas suas Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2, a seguir «Orientações de 2006»).
- 51 Em primeiro lugar, a Comissão calcula o montante de base da coima, retendo 10 % do volume de negócios realizado pela recorrente no mercado do acesso desagregado ao lacete local e de alto débito a retalho para os serviços fixos no último exercício completo da sua participação na infração, no caso vertente, o ano de 2010, e multiplicando o número assim obtido por 5,33 a fim de ter em conta a duração da infração (cinco anos e quatro meses). O montante de base obtido no fim deste cálculo ascende a 38 838000 euros. Trata-se da primeira coima aplicada pela infração em causa e em relação à qual a recorrente e a Deutsche Telekom são, nos termos do artigo 2.º, primeiro parágrafo, alínea a), da decisão impugnada, consideradas solidariamente responsáveis.
- 52 A seguir, a Comissão procede a um duplo ajustamento deste montante de base. Em primeiro lugar, a Comissão refere que, no momento em que foi cometida a infração em causa, a Deutsche Telekom já tinha sido considerada responsável por uma infração ao artigo 102.º TFUE, devido a uma compressão das margens no setor das telecomunicações, na sua Decisão 2003/707/CE, de 21 de maio de 2003, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º [CE] (processos COMP/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG) (JO 2003, L 263, p. 9), e que, na época em que esta decisão foi proferida, a Deutsche Telekom já detinha 51 % das ações da recorrente e podia exercer uma influência determinante sobre esta. Por conseguinte, a Comissão conclui que, para a Deutsche Telekom, o montante de base da coima deve ser aumentado de 50 % a título de reincidência. Em segundo lugar, a Comissão refere que o volume de negócios mundial da Deutsche Telekom ascendia, em 2013, a 60,123 mil milhões de euros e que, para conferir à coima aplicada à Deutsche Telekom um efeito suficientemente dissuasivo, há que aplicar ao montante de base um coeficiente multiplicador de 1,2. O produto deste duplo ajustamento do montante de base, ou seja, 31 070 000 euros, dá origem, em conformidade com o artigo 2.º, primeiro parágrafo, alínea b), da decisão impugnada, a uma coima distinta aplicada apenas à Deutsche Telekom.

##### *5. Dispositivo da decisão impugnada*

- 53 Os artigos 1.º e 2.º da decisão impugnada têm a seguinte redação:

###### *«Artigo 1.º*

1. A empresa constituída pela Deutsche Telekom AG e pela Slovak Telekom a.s. cometeu uma infração única e continuada ao artigo 102.º do Tratado e ao artigo 54.º do Acordo EEE.

2. A infração durou de 12 de agosto de 2005 a 31 de dezembro de 2010 e consistiu nas seguintes práticas:

- a) dissimulação aos operadores alternativos de informações relativas à rede necessárias para a desagregação dos lacetes locais;
- b) redução do âmbito de aplicação das suas obrigações referentes à desagregação dos lacetes locais;
- c) fixação de modalidades e condições não equitativas na sua oferta de desagregação de referência relativamente à partilha de locais, qualificação, previsões, reparações e garantias bancárias;
- d) aplicação de tarifas não equitativas que não permitem a um operador igualmente eficiente, através do acesso grossista aos lacetes locais desagregados da Slovak Telekom a.s., reproduzir sem incorrer perdas os serviços a retalho oferecidos pela Slovak Telekom a.s.

## *Artigo 2.º*

Para a infração referida no artigo 1.º, são aplicadas as seguintes coimas:

- a) uma coima de 38 838 000 euros à Deutsche Telekom AG e à Slovak Telekom a.s., solidariamente;
- b) uma coima de 31 070 000 euros à Deutsche Telekom AG.

[...]»

## **II. Tramitação processual e pedidos das partes**

*[Omissis]*

71 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

- anular os artigos 1.º e 2.º da decisão impugnada, na parte que diz respeito à recorrente;
- a título subsidiário, reduzir o montante da coima que lhe foi aplicada nos termos do artigo 2.º da decisão impugnada;
- condenar a Comissão nas despesas;
- se o Tribunal Geral julgar o recurso inadmissível ou improcedente, condenar cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas.

72 A Comissão e a interveniente concluem pedindo que o Tribunal Geral se digne:

- negar provimento ao recurso na íntegra;
- condenar a recorrente nas despesas.

## **III. Questão de direito**

*[Omissis]*

### ***B. Quanto ao mérito***

91 A recorrente invoca cinco fundamentos para sustentar tanto os seus pedidos principais, que visam a anulação da decisão impugnada, como os seus pedidos subsidiários, que visam a redução do montante da coima que lhe foi aplicada. O primeiro fundamento é relativo a erros manifestos de apreciação e de direito na aplicação do artigo 102.º TFUE no que diz respeito ao comportamento abusivo da recorrente, o segundo, à violação dos direitos de defesa da recorrente no que respeita à apreciação da prática que conduz à compressão das margens, o terceiro, a erros cometidos na determinação dessa prática, o quarto, a uma erro, cometido pela Comissão, quando esta concluiu que a recorrente e a Deutsche Telekom faziam parte de uma empresa única e que eram ambas responsáveis pela infração em causa, e o quinto, a erros na determinação do montante da coima.

*1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros manifestos de apreciação e de direito na aplicação do artigo 102.º TFUE no que respeita ao comportamento abusivo da recorrente*

- 92 Para sustentar o seu primeiro fundamento, a recorrente contesta, em substância, o critério jurídico aplicado pela Comissão na decisão impugnada para concluir que a prática da recorrente constituía um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE.
- 93 O primeiro fundamento contém, em substância, cinco alegações. A primeira alegação é referente à falta de aplicação, pela Comissão, do requisito do carácter indispensável do acesso à rede DSL de cobre da recorrente para exercer uma atividade no mercado retalhista dos serviços de alto débito na Eslováquia, na aceção do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). A segunda alegação é relativa a uma aplicação errada do Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão (T-301/04, EU:T:2009:317). A terceira alegação é referente à incoerência da decisão impugnada, em termos de política de concorrência, no que diz respeito à prova relativa à recusa total de acesso e a recusa implícita de acesso. A quarta alegação é relativa a erros de facto e de direito, bem como à falta de fundamentação, na justificação que visa derrogar os requisitos estabelecidos pelo Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). A quinta alegação é relativa à falta de demonstração de que o acesso ao lacete local da recorrente é indispensável para os concorrentes situados no mercado a jusante.
- 94 A Comissão e a interveniente contestam as referidas alegações e concluem pela improcedência do presente fundamento.

*a) Quanto à primeira e à quinta alegação*

- 95 No âmbito da primeira e da quinta alegação, a recorrente acusa a Comissão, em substância, de ter qualificado uma série de comportamentos da recorrente no período em causa, referidas na sétima parte da decisão impugnada (considerandos 355 a 821), de «recusa de fornecimento» de acesso ao seu lacete local, sem ter verificado o carácter indispensável de tal acesso, na aceção do n.º 41 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 96 Com a sua primeira alegação, a recorrente põe em causa as conclusões da Comissão constantes dos considerandos 361 a 371 da decisão impugnada, segundo as quais as circunstâncias do presente processo são diferentes das que deram origem ao Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). A recorrente sublinha que decorre deste acórdão que uma recusa de fornecimento de acesso viola o artigo 102.º TFUE quando, designadamente, esta recusa é referente a um produto ou um serviço cuja entrega ou fornecimento é indispensável para o exercício da atividade em causa (a seguir «requisito do carácter indispensável»). Ora, no caso em apreço, a Comissão omitiu erradamente a apreciação do carácter indispensável do acesso à rede da recorrente para exercer uma atividade no mercado retalhista dos serviços de alto débito na Eslováquia. Assim, a recorrente refuta a conclusão da Comissão segundo a qual decorre do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), que, em caso de recusa implícita de acesso, a Comissão não tem de demonstrar que são aplicáveis os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), nomeadamente o requisito do carácter indispensável (considerandos 359 e seguintes da decisão impugnada).
- 97 Para o efeito, resulta dos n.ºs 55 a 58 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), lidos em conjunto, que a prática que conduz a uma compressão das margens constitui um abuso autónomo tendo em conta o artigo 102.º TFUE, que não requer a prova prévia da existência de uma obrigação de venda que satisfaça os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Ora, uma vez que a Comissão considerou que o n.º 55 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83) não

abrangia apenas a prática que conduzia à compressão das margens, mas igualmente a recusa implícita de acesso como a que está em causa no presente caso, a Comissão tentou, erradamente, alargar consideravelmente o raciocínio estreito deste último acórdão.

- 98 Em especial, segundo a recorrente, embora resulte do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), que o requisito do caráter indispensável não é uma exigência para todos os abusos relacionados com as «condições comerciais» tendo em conta o artigo 102.º TFUE, isto não significa, porém, que este requisito não seja aplicável no caso de uma recusa de acesso. Com efeito, o Tribunal de Justiça não referiu em parte alguma no Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), nem em nenhum outro acórdão, que o requisito do caráter indispensável enunciado pelo Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), é limitado aos casos de recusa total de acesso. Pelo contrário, tal solução reduziria o efeito útil do artigo 102.º TFUE. Mesmo que o Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), verse sobre factos relativos a uma recusa total de fornecimento, o Tribunal de Justiça enunciou, nesse acórdão, os princípios gerais de uma obrigação de ajudar os concorrentes.
- 99 No que respeita aos acórdãos citados pela Comissão na defesa, a recorrente considera que esses acórdãos constituem uma nova abordagem em relação à decisão impugnada. De qualquer forma, em primeiro lugar, o Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), incorporou o Acórdão de 6 de março de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão* (6/73 e 7/73, EU:C:1974:18), do qual decorre que o caráter indispensável é um requisito jurídico prévio. Assim, esses dois acórdãos são compatíveis.
- 100 Em segundo lugar, a jurisprudência referida pela Comissão, a saber, os Acórdãos de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands e United Brands Continentaal/Comissão* (27/76, EU:C:1978:22), e de 16 de setembro de 2008, *Sot. Léloukas e o.* (C-468/06 a C-478/06, EU:C:2008:504), não se aplica ao caso vertente, dado que, em primeiro lugar, as acusações formuladas no âmbito destes processos não incidiam sobre uma recusa de venda, mas sobre o facto de tal recusa ser utilizada como meio para provocar uma outra restrição da concorrência. Em seguida, estes processos não são referentes à venda de um recurso a concorrentes num mercado a jusante, mas à entrega de um produto acabado com vista à sua distribuição ou à sua revenda. Por último, nestes processos, a empresa dominante tinha decidido pôr termo à entrega de produtos que ela fornecia anteriormente aos clientes em questão, ao passo que, no presente processo, como no processo que deu origem ao Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), os requerentes de acesso nunca foram abastecidos anteriormente pela empresa dominante.
- 101 Em terceiro lugar, a recorrente considera, em relação à jurisprudência referida pela Comissão, relativa à recusa de conceder uma licença sobre direitos de propriedade intelectual, ou seja, os Acórdãos de 5 de outubro de 1988, *Volvo* (238/87, EU:C:1988:477, n.º 8), de 6 de abril de 1995, *RTE e ITP/Comissão* (C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98, n.º 50), e de 29 de abril de 2004, *IMS Health* (C-418/01, EU:C:2004:257, n.º 35), que a mesma é conforme com o Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), uma vez que este acórdão faz referência ao Acórdão de 6 de abril de 1995, *RTE e ITP/Comissão* (C-241/91 P e C-242/91 P, EU:C:1995:98), também ele citado nos acórdãos posteriores. O facto de que requisitos mais estritos, nomeadamente, a exigência de que o recurso seja indispensável para fabricar um «produto novo», possam ser exigidos nos processos de propriedade intelectual não implica que a Comissão possa suprimir os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), nos processos que não tenham qualquer relação com este âmbito.
- 102 Em quarto lugar, a recorrente sustenta que, no que respeita à aplicação do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), não existe nenhuma razão para pensar que o Tribunal de Justiça quis limitar os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), às circunstâncias estritas desse processo. Com efeito, existe uma diferença entre o facto de declarar, como sucedeu no Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*

(C-52/09, EU:C:2011:83), que os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), não se aplicam a todos os processos relativos às «condições comerciais», e o de afirmar, como sustenta a Comissão, que os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), não deveriam aplicar-se a nenhum desses processos.

- 103 Em quinto lugar, as decisões citadas pela Comissão não permitem sustentar a sua tese, uma vez que a sua análise, na sua Decisão 2001/892/CE, de 25 de julho de 2001, relativa a um processo de aplicação do artigo 82.º [CE] (COMP/C-1/36.915 - Deutsche Post AG — Interceção de correio transfronteiriço) (JO 2001, L 331, p. 40), assenta no facto de que a rede de distribuição da Deutsche Post era indispensável para os expedidores estabelecidos no Reino Unido. O processo Polaroid/SSI Europe, citado como exemplo de recusa implícita de acesso abusivo, não é pertinente para o presente processo.
- 104 Com a sua quinta alegação, a recorrente alega que a decisão impugnada não demonstra que o acesso ao seu lacete local é indispensável para os concorrentes situados a jusante. A este respeito, decorre do Acórdão de 29 de abril de 2004, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, n.º 28), que não basta demonstrar que as soluções alternativas são menos vantajosas para os outros operadores, mas que é necessário demonstrar o carácter indispensável da rede em causa, na aceção do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). Com efeito, a obrigação de dar acesso a uma instalação surge quando a recusa de acesso tiver objetivamente um efeito suficientemente grave sobre a concorrência.
- 105 Além disso, são irrelevantes as questões examinadas pela Comissão, na secção 7.3 da decisão impugnada, nomeadamente nos considerandos 382 e 384 desta última, que consistem em saber, por um lado, se a rede de cobre da recorrente era importante e, por outro, se um acesso grossista eficiente à tecnologia DSL baseada no lacete local era importante para os operadores alternativos na Eslováquia. Deste modo, a Comissão cometeu um erro no que diz respeito à aplicação do critério do carácter indispensável. Com efeito, cabe à Comissão examinar se o acesso ao lacete local é indispensável para que os concorrentes da recorrente possam fazer concorrência no mercado retalhista a jusante, pelo que, na falta de tal acesso, essa concorrência seria impossível ou excessivamente difícil. Para tal, a grande maioria dos acessos em banda larga é baseada em tecnologias diferentes da rede de cobre da recorrente, pelo que esse acesso não é indispensável no sentido de que é impossível ou irrazoavelmente difícil.
- 106 A Comissão e a interveniente contestam esta argumentação.
- 107 A este respeito, segundo jurisprudência constante, incumbe à empresa que detém uma posição dominante uma responsabilidade especial de não lesar, através do seu comportamento, uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno (v. Acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 135 e jurisprudência referida), devendo, a este propósito, ser tida em conta a circunstância de tal posição ter a sua origem num antigo monopólio legal (Acórdão de 27 de março de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 23).
- 108 É por esta razão que o artigo 102.º TFUE proíbe, nomeadamente, que uma empresa que detenha uma posição dominante leve a cabo práticas que produzam efeitos de eliminação dos seus concorrentes considerados tão eficazes como ela própria, reforçando a sua posição dominante através do recurso a meios diferentes daqueles que decorrem de uma concorrência pelo mérito. Nesta perspetiva, nem toda a concorrência pelos preços pode ser considerada legítima (v. Acórdão de 6 de setembro de 2017, Intel/Comissão, C-413/14 P, EU:C:2017:632, n.º 136 e jurisprudência referida).
- 109 Foi decidido, a este respeito, que a exploração abusiva de uma posição dominante proibida pelo artigo 102.º TFUE é um conceito objetivo que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante que, num mercado em que, precisamente em consequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido, têm por efeito impedir, através do recurso a

mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal dos produtos ou dos serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência (v. Acórdãos de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão, C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 17 e jurisprudência referida, e de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão, T-301/04, EU:T:2009:317, n.º 140 e jurisprudência referida).

- 110 O artigo 102.º TFUE visa não só as práticas que causam um prejuízo imediato aos consumidores, mas igualmente aquelas que lhes causem prejuízo por obstarem ao jogo da concorrência (v., neste sentido, Acórdãos de 27 de março de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 20 e jurisprudência referida, e de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 171).
- 111 O efeito sobre a situação concorrencial referido no n.º 109, *supra*, não respeita necessariamente ao efeito concreto do comportamento abusivo denunciado. Para efeitos de determinação de uma violação do artigo 102.º TFUE, há que demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante se destina a restringir a concorrência ou, por outras palavras, que o comportamento é suscetível de ter tal efeito (Acórdão de 19 de abril de 2012, Tomra Systems e o./Comissão, C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 68; v., igualmente, Acórdãos de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão, T-301/04, EU:T:2009:317, n.º 144 e jurisprudência referida, e de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 268 e jurisprudência referida).
- 112 Por outro lado, relativamente ao carácter abusivo de uma prática que conduza à compressão das margens, há que referir que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE proíbe expressamente que uma empresa dominante imponha direta ou indiretamente preços não equitativos (Acórdãos de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 25, e de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 173). A lista das práticas abusivas constante do artigo 102.º TFUE não sendo, porém, taxativa, a enumeração das práticas abusivas contida nessa disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo direito da União (Acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, EU:C:1973:22, n.º 26; de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 26; e de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 173).
- 113 No caso em apreço, importa precisar que a argumentação apresentada pela recorrente no primeiro fundamento refere-se unicamente ao critério jurídico aplicado pela Comissão, na sétima parte da decisão impugnada (considerandos 355 a 821), com vista a qualificar uma série de comportamentos da recorrente ao longo do período em causa de «recusa de fornecimento». Em contrapartida, a recorrente não contesta a própria existência dos comportamentos constatados pela Comissão nesta parte da decisão impugnada. Conforme resulta dos considerandos 2 e 1507 da decisão impugnada, estes comportamentos, que contribuíram para a identificação pela Comissão de uma infração única e continuada ao artigo 102.º TFUE (considerando 1511 da decisão impugnada), consistiram, em primeiro lugar, numa dissimulação aos operadores alternativos de informações relativas à rede da recorrente, necessárias à desagregação do lacete local deste operador, em segundo lugar, numa redução pela recorrente das suas obrigações relativas à desagregação decorrente do quadro regulamentar aplicável e, em terceiro lugar, na fixação pelo referido operador de várias cláusulas e condições não equitativas na sua oferta de referência em matéria de desagregação.
- 114 Por outro lado, conforme foi confirmado pela recorrente na audiência, o primeiro fundamento não visa pôr em causa a análise do comportamento, que constitui uma compressão das margens, efetuada pela Comissão na oitava parte da decisão impugnada (considerandos 822 a 1045 da decisão impugnada). Com efeito, no seu recurso, a recorrente não contesta que este tipo de comportamento constitua uma forma autónoma de abuso diferente da recusa de fornecimento de acesso e cuja existência não está,

portanto, submetida aos critérios estabelecidos no Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) (v., neste sentido, Acórdão de 10 de julho de 2014, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 75 e jurisprudência referida). Assim, em substância, com a primeira e a quinta alegação, a recorrente acusa a Comissão de ter qualificado os comportamentos relembrados no n.º 113, *supra*, de «recusa de fornecimento» de acesso ao seu lacete local sem ter verificado o carácter «indispensável» de tal acesso, na aceção do terceiro requisito estabelecido no n.º 41 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).

- 115 Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça considerou efetivamente que, para que a recusa de uma empresa em posição dominante de conceder o acesso a um serviço possa constituir um abuso na aceção do artigo 102.º TFUE, é necessário que essa recusa seja de natureza a eliminar qualquer concorrência no mercado por parte de quem procura o serviço, que essa recusa não possa ser objetivamente justificada e que o serviço seja em si mesmo indispensável para o exercício da atividade de quem o procura (Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, n.º 41; v., igualmente, Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão, T-301/04, EU:T:2009:317, n.º 147 e jurisprudência referida).
- 116 Por outro lado, resulta dos n.ºs 43 e 44 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), que, para determinar se um produto ou um serviço é indispensável para permitir a uma empresa exercer a sua atividade num mercado determinado, há que averiguar se existem produtos ou serviços que constituam soluções alternativas, mesmo que sejam menos vantajosas, e se existem obstáculos técnicos, regulamentares ou económicos suscetíveis de tornar impossível, ou pelo menos irrazoavelmente difícil, para qualquer outra empresa que pretenda operar no referido mercado, a criação, eventualmente em colaboração com outros operadores, de produtos ou de serviços alternativos. Segundo o n.º 46 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), para poder admitir a existência de obstáculos de natureza económica, deve, pelo menos, provar-se que a criação desses produtos ou serviços não é economicamente rentável para uma produção a uma escala comparável à da empresa que controla o produto ou o serviço existente (Acórdão de 29 de abril de 2004, IMS Health, C-418/01, EU:C:2004:257, n.º 28).
- 117 Porém, no caso vertente, uma vez que a regulamentação relativa ao setor das telecomunicações define o quadro jurídico que lhe é aplicável e que, deste modo, contribui para determinar as condições de concorrência em que uma empresa de telecomunicações exerce as suas atividades nos mercados em causa, a referida regulamentação constitui um elemento pertinente para a aplicação do artigo 102.º TFUE aos comportamentos adotados por essa empresa, nomeadamente para apreciar o carácter abusivo destes comportamentos (Acórdão de 14 de outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 224).
- 118 Como a Comissão, acertadamente, alega, os requisitos relembrados no n.º 115, *supra*, foram estabelecidos e aplicados no âmbito de processos em que estava em causa a questão de saber se o artigo 102.º TFUE podia exigir à empresa em posição dominante que fornecesse a outras empresas o acesso a um produto ou a um serviço, na falta de qualquer obrigação regulamentar nesse sentido.
- 119 Esse contexto difere do do presente processo, em que a TUSR, por decisão de 8 de março de 2005, confirmada pelo diretor desta autoridade, em 14 de junho de 2005, impôs à recorrente de aceder a todos os pedidos de desagregação do seu lacete local considerados razoáveis e justificados, a fim de permitir aos operadores alternativos oferecerem, sobre essa base, os seus próprios serviços no mercado de massa retalhista (ou grande público) dos serviços de alto débito em posição fixa na Eslováquia (n.º 9, *supra*). Esta obrigação resultava da vontade das autoridades públicas de incentivar a recorrente e os seus concorrentes a investir e a inovar, assegurando, ao mesmo tempo, que a concorrência no mercado fosse preservada (considerandos 218, 373, 388, 1053 e 1129 da decisão impugnada).



- 120 Conforme exposto nos considerandos 37 a 46 da decisão impugnada, a decisão da TUSR, adotada ao abrigo da Lei n.º 610/2003, aplicava na Eslováquia a exigência de acesso desagregado ao lacete local dos operadores com poder significativo de mercado no mercado do fornecimento de redes telefónicas públicas fixas, prevista no artigo 3.º do Regulamento n.º 2887/2000. O legislador da União justificou esta exigência, no considerando 6 do referido regulamento, pela circunstância de que «[n]ão seria economicamente viável para os novos operadores duplicar toda a infraestrutura de acesso local em fio metálico do operador histórico num prazo razoável[, uma vez que as infraestruturas alternativas [...] não oferece de momento a mesma funcionalidade nem a mesma ubiquidade [...]».
- 121 Assim, uma vez que o quadro regulamentar pertinente reconhecia claramente a necessidade de um acesso ao lacete local da recorrente, com vista a permitir a emergência e o desenvolvimento de uma concorrência eficaz no mercado eslovaco dos serviços Internet de alto débito, a demonstração, pela Comissão, de que tal acesso apresentava efetivamente um carácter indispensável, na aceção do último requisito estabelecido no n.º 41 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), não era exigida.
- 122 Decorre do acima exposto que não se pode acusar a Comissão de ter omitido demonstrar o carácter indispensável do acesso à rede em causa.
- 123 Há que acrescentar que esta acusação tão pouco poderia ser oponível à Comissão caso se devesse considerar que a recusa implícita de acesso em causa era abrangida pelas considerações do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu que não se pode inferir dos n.ºs 48 e 49 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), que as condições necessárias para determinar a existência de uma recusa abusiva de fornecimento, que era objeto da primeira questão prejudicial examinada nesse último processo, devem necessariamente aplicar-se igualmente ao apreciar o carácter abusivo de um comportamento que consiste em sujeitar a prestação de serviços ou a venda de produtos a condições desvantajosas nas quais o adquirente poderia não estar interessado (Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 55). A este respeito, o Tribunal de Justiça salientou que tais comportamentos poderiam, em si, constituir uma forma autónoma de abuso diferente da recusa de fornecimento (Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 56).
- 124 O Tribunal de Justiça indicou, por outro lado, que uma interpretação diferente do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), equivaleria a exigir, para que qualquer comportamento de uma empresa dominante se possa considerar abusivo no que respeita às condições comerciais desta, que estejam sempre preenchidos os requisitos necessários para determinar a existência de uma recusa de fornecimento, o que reduziria indevidamente o efeito útil do artigo 102.º TFUE. (Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 58).
- 125 Sobre este ponto, a recorrente sublinha, com razão, que a prática em causa no processo principal examinada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), consistia unicamente, como resulta do n.º 8 desse acórdão, numa possível compressão das margens praticada pelo operador histórico sueco da rede de telefonia fixa com vista a desencorajar os pedidos de operadores alternativos de acesso ao seu lacete local. Contudo, daí não se pode inferir que a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça sobre o alcance dos requisitos estabelecidos no n.º 41 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), seja limitada apenas a essa forma de comportamento abusivo e não abranja práticas não estritamente tarifárias como as que são examinadas no caso em apreço pela Comissão, na sétima parte da decisão impugnada (v. n.ºs 27 a 41, *supra*).

- 126 Com efeito, impõe-se, ates de mais, constatar que, nos n.ºs 55 a 58 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), o Tribunal de Justiça não se referiu à forma particular de abuso que constitui a compressão das margens de operadores concorrentes num mercado a jusante, mas antes à «prestação de serviços ou [à] venda de produtos a condições desfavoráveis nas quais o adquirente poderia não estar interessado», bem como às «condições comerciais» fixadas pela empresa dominante. Esta redação sugere que as práticas de evicção a que se fazia assim referência diziam respeito não só a uma compressão das margens, mas também a outras práticas comerciais suscetíveis de produzir efeitos de evicção ilícitos de para concorrentes atuais ou potenciais, do tipo das que são qualificadas pela Comissão como recusa implícita de fornecimento de acesso ao lacete local da recorrente (v., neste sentido, considerando 366 da decisão impugnada).
- 127 Esta leitura do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), é corroborada pela remissão efetuada pelo Tribunal de Justiça, nesta parte da sua análise, para os n.ºs 48 e 49 do Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569). Estes números eram, efetivamente, consagrados à segunda questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça nesse processo e não eram referentes à recusa pela empresa dominante em causa no litígio no processo principal de dar acesso ao seu sistema de distribuição domiciliária ao editor de um jornal diário concorrente, analisada no âmbito da primeira questão, mas sim à eventual qualificação de abuso de posição dominante de uma prática que teria consistido, para essa empresa, em submeter um tal acesso à condição de o editor em causa lhe confiar, simultaneamente, a execução de outros serviços, tais como a venda nos quiosques ou a impressão.
- 128 Tendo em conta o acima exposto, há que concluir que a qualificação dos comportamentos da recorrente, examinados na sétima parte da decisão impugnada, de práticas abusivas na aceção do artigo 102.º TFUE não pressupunha que a Comissão estabelecesse que o acesso ao lacete local da recorrente era indispensável ao exercício da atividade dos operadores concorrentes no mercado retalhista dos serviços de alto débito fixo na Eslováquia, na aceção da jurisprudência acima referida no n.º 116.
- 129 Por conseguinte, há que julgar improcedentes a primeira e a quinta alegação do fundamento.

*b) Quanto à terceira alegação*

- 130 Com a sua terceira alegação, a recorrente sustenta que o facto de não aplicar, na hipótese de uma recusa implícita de fornecimento de acesso, os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), tem por resultado uma incoerência em termos de política de concorrência. Com efeito, nesta hipótese, é mais fácil demonstrar uma recusa implícita de fornecimento de acesso do que uma recusa pura e simples de fornecimento de acesso, o que tem por efeito que o abuso mais grave é tratado de forma menos severa do que o abuso menos grave. No caso vertente, pelo menos um dos concorrentes da recorrente teve acesso à rede desta última, de modo que a recusa de acesso não é total (considerando 408 da decisão impugnada). Ora, a recusa total de acesso é mais grave do que uma recusa de acesso implícita, ao passo que, segundo a abordagem da Comissão, os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569), aplicam-se à recusa total de acesso e não à recusa de acesso implícita.
- 131 Contudo, a Comissão não propõe nenhuma justificação para explicar, em geral, as razões por que a recusa de acesso implícita deve ser tratada mais severamente do que uma recusa total de acesso, nem, em especial, as razões por que já não é necessário que estejam preenchidos, no primeiro caso, os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, *Bronner* (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 132 A Comissão e a interveniente contestam esta argumentação.

133 A este respeito, basta referir que este argumento se baseia numa premissa errada, a saber, que a gravidade de uma infração ao artigo 102.º TFUE, que consiste na recusa de uma empresa dominante em fornecer um produto ou serviço a outras empresas, depende unicamente da sua forma. Ora, a gravidade de tal infração é suscetível de depender de numerosos fatores independentes do caráter explícito ou implícito da referida recusa, tais como a extensão geográfica da infração, o seu caráter intencional, ou ainda os seus efeitos no mercado. As Orientações de 2006 confirmam esta análise quando referem, no seu ponto 20, que a apreciação da gravidade de uma infração ao artigo 101.º ou 102.º TFUE é feita caso a caso para cada tipo de infração, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do caso.

134 Por último, importa recordar que, no n.º 69 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), o Tribunal de Justiça salientou que o caráter indispensável do produto grossista pode ser pertinente para apreciar os efeitos de uma compressão das margens. Todavia, no caso em apreço, impõe-se constatar que a recorrente invocou a obrigação da Comissão em demonstrar o caráter indispensável do acesso desagregado ao lacete local da recorrente apenas para sustentar a sua alegação segundo a qual a Comissão não aplicou o critério jurídico adequado quando da sua apreciação das práticas examinadas na sétima parte da decisão impugnada (v., por analogia, Acórdão de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 182), e não com vista a pôr em causa a apreciação pela Comissão dos efeitos anticoncorrenciais das referidas práticas, efetuada na nona parte da referida decisão (considerandos 1046 a 1109 da decisão impugnada).

135 Por conseguinte, há que julgar improcedente a terceira alegação

*c) Quanto à segunda alegação*

136 Com a sua segunda alegação, a recorrente sustenta que a falta de aplicação, na decisão impugnada, dos requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), é contrária ao Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão (T-301/04, EU:T:2009:317), designadamente, ao seu n.º 146, que, incidindo sobre uma recusa implícita de venda, referida no considerando 360 da decisão impugnada, aplica esses requisitos. A Comissão incorreu num erro, uma vez que, no processo Clearstream, a posição de monopólio de facto da sociedade em causa estava protegida pela lei, pelo que os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), estavam preenchidos. Contrariamente ao processo que deu origem ao Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão (T-301/04, EU:T:2009:317), a Comissão foi incapaz, no caso em apreço, de demonstrar o caráter indispensável da rede DSL da recorrente. É por esta razão que envidou tantos esforços para o distinguir dos processos Bronner e Clearstream.

137 A Comissão e a interveniente contestam esta argumentação.

138 A este respeito, saliente-se, como alega, com razão, a Comissão, que não há qualquer contradição entre o entendimento seguido pela Comissão no processo que deu origem ao Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão (T-301/04, EU:T:2009:317), e no presente processo, uma vez que, neste primeiro processo, não existia qualquer obrigação para a empresa dominante de fornecer o serviço em causa e a empresa dominante não tinha desenvolvido a sua posição comercial no âmbito de um monopólio legal.

139 Conforme resulta da jurisprudência acima referida no n.º 117, uma vez que a regulamentação relativa ao setor das telecomunicações define o quadro jurídico a este aplicável e que, desse modo, contribui para determinar em que condições de concorrência uma empresa de telecomunicações exerce as suas atividades nos mercados em causa, essa regulamentação constitui um elemento pertinente para a aplicação do artigo 102.º TFUE aos comportamentos adotados por esta empresa, nomeadamente, para apreciar o caráter abusivo desses comportamentos.

140 Por conseguinte, a segunda alegação deve ser julgada improcedente.

*d) Quanto à quarta alegação*

141 Com a sua quarta alegação, a recorrente sustenta que a decisão impugnada padece, no seu considerando 370, de erros de facto e de direito e de faltas de fundamentação. Nesse considerando, a Comissão invocou motivos para derrogar aos requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), ao afirmar que estes requisitos não se aplicavam a uma recusa de fornecimento de acesso devido, por um lado, a uma obrigação regulamentar, que recai sobre a recorrente, de dar acesso ao lacete local por força de regras anteriores e, por outro, ao desenvolvimento da rede da recorrente enquanto antigo monopólio de Estado.

142 Em primeiro lugar, relativamente aos erros de facto e de direito referentes a estes dois motivos, a recorrente começa por acusar a Comissão de ter cometido erros ao afirmar que havia que derrogar aos requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), devido a existência da obrigação de dar acesso ao lacete local, que decorria das regras anteriores.

143 A este respeito, a recorrente considera que tal obrigação não tem necessariamente implicações sobre os requisitos de aplicação do artigo 102.º TFUE, uma vez que os dois prosseguem objetivos diferentes. Com efeito, a Comissão cometeu um erro de direito ao não efetuar a distinção, que decorre do n.º 113 do Acórdão de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comissão (T-271/03, EU:T:2008:101), entre o papel de uma obrigação regulamentar *ex ante*, que visa reduzir o poder de mercado das empresas dominantes no mercado, e o do direito da concorrência *ex post*, ao abrigo do qual as autoridades se concentram nos comportamentos específicos das empresas e averiguam se estas utilizaram de forma abusiva o seu eventual poder no mercado.

144 Mais especificamente, quanto à obrigação de vender, esta poderia ser imposta por uma regulamentação *ex ante* nos casos em que a Comissão só teria o direito de impor tal obrigação por força do artigo 102.º TFUE, em circunstâncias excecionais. Ora, mesmo que resulte da jurisprudência que a regulamentação do setor das telecomunicações pode ser tida em conta para efeitos de aplicação do artigo 102.º TFUE aos comportamentos de uma empresa dominante (Acórdão de 14 de outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.ºs 224 e 227), a Comissão não considerou, simplesmente, na decisão impugnada, as obrigações impostas por força dessa regulamentação, mas baseou-se inteiramente, sem efetuar o mínimo exame, na apreciação realizada pela TUSR.

145 Segundo a recorrente, as considerações constantes do Acórdão de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comissão (T-271/03, EU:T:2008:101), de que decorre que a legislação derivada da União «pode» revelar-se pertinente tendo em conta o artigo 102.º TFUE, apenas são aplicáveis unicamente no contexto desse processo, uma vez que o Tribunal de Justiça foi levado a apreciar se a Comissão tinha cometido um erro ao referir a existência da obrigação regulamentar imposta por essa legislação. Não resulta desse acórdão, nem da existência de uma obrigação regulamentar, que a Comissão possa eludir os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).

146 Pelo contrário, a recorrente considera, e sublinhou na audiência, que o artigo 102.º TFUE e a referida legislação prosseguem objetivos diferentes, pelo que uma autoridade reguladora nacional pode decidir aumentar a concorrência no mercado, apesar de a obrigação de contratar só poder ser imposta com fundamento no artigo 102.º TFUE para suprir uma recusa abusiva de acesso.

147 Além disso, o artigo 21.º, n.º 3, da Lei n.º 610/2003, referido pela Comissão para sustentar que a TUSR efetuou uma ponderação de interesses, não foi citado nas decisões anteriores desta autoridade. De qualquer modo, a obrigação geral de uma ponderação, por força da legislação nacional, não significa que a Comissão possa desrespeitar os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner

(C-7/97, EU:C:1998:569). De qualquer forma, incumbe à Comissão demonstrar que, quando existe uma obrigação regulamentar anterior, os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) não se aplicam. A recorrente admite que, embora, na verdade, no processo que deu origem a esse acórdão, não houvesse uma obrigação regulamentar pertinente, isso não leva, porém, à conclusão que a Comissão procura retirar.

148 Em segundo lugar, relativamente à justificação segundo a qual a rede da recorrente foi desenvolvida no âmbito de um regime de monopolístico, a recorrente sustenta que a jurisprudência em que a Comissão se baseia, na decisão impugnada, não permite afastar esta segunda justificação. Com efeito, antes de mais, o n.º 109 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), referido pela Comissão, não é pertinente. Seguidamente, resulta do n.º 23 do Acórdão de 27 de março de 2012, Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), referido pela Comissão, que a existência de um antigo monopólio de Estado pode ser pertinente na tomada em consideração do comportamento de uma empresa. Assim, esse acórdão não permite afirmar que os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), não se aplicam.

149 A tese que consiste em defender que os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), não se aplicam quando a rede em causa tem historicamente as suas origens num monopólio de Estado é errada, uma vez que o artigo 102.º TFUE não prevê qualquer tratamento especial para um antigo monopólio de Estado. Pelo contrário, a Comissão declarou, no passado, que o caráter histórico de um monopólio é irrelevante para a apreciação atual de um abuso com fundamento no artigo 102.º TFUE.

150 A Comissão e a interveniente contestam esta argumentação.

151 A este respeito, para rejeitar estes argumentos, basta sublinhar que os elementos constantes dos n.ºs 117 a 121, *supra*, não assentam na premissa de que a obrigação da recorrente em conceder o acesso desagregado ao seu lacete local resulta do artigo 102.º TFUE, mas limitam-se a sublinhar, em conformidade com a jurisprudência referida no n.º 117, *supra*, que a existência de tal obrigação regulamentar constitui um elemento pertinente do contexto económico e jurídico no qual se impõe apreciar se as práticas da recorrente examinadas na sétima parte da decisão impugnada podiam ser qualificadas de práticas abusivas na aceção desta disposição.

152 Aliás, a referência feita pela recorrente ao n.º 113 do Acórdão de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comissão (T-271/03, EU:T:2008:101), com vista a sustentar o argumento reproduzido no n.º 143, *supra*, não tem pertinência. O Tribunal Geral salientou, na verdade, no referido n.º 113, que as autoridades reguladoras nacionais atuam em conformidade com o direito nacional, o qual pode ter objetivos que são diferentes dos da política da União em matéria de concorrência. Este ponto do raciocínio visava fundamentar a rejeição pelo Tribunal Geral do argumento da recorrente, invocado nesse processo, segundo o qual, em substância, o controlo *ex ante* das suas tarifas pela autoridade reguladora alemã das telecomunicações e correios excluía que o artigo 102.º TFUE pudesse ser aplicado a uma eventual compressão das margens resultante das suas tarifas para o acesso desagregado ao seu lacete local. Este ponto era, assim, alheio à questão de saber se a existência de uma obrigação regulamentar de acesso ao lacete local do operador dominante é pertinente para apreciar a conformidade da sua política de acesso com o artigo 102.º TFUE.

153 Por outro lado, resulta de jurisprudência constante que a existência de uma posição dominante que tem a sua origem num monopólio legal deve ser tida em conta no âmbito de aplicação do artigo 102.º TFUE (v., neste sentido, Acórdão de 27 de março de 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 23 e jurisprudência referida).

- 154 Por conseguinte, a quarta alegação, na parte referente aos pretensos erros de direito e de facto relativos às justificações adiantadas pela Comissão com vista a derrogar aos requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569) e relativa à obrigação da recorrente, que decorre das regras anteriores, de dar acesso ao lacete local e à existência de um regime monopolístico de Estado preexistente, deve ser julgada improcedente.
- 155 Em segundo lugar, a recorrente acusa a Comissão de falta de fundamentação relativamente à justificação adiantada por esta instituição com vista a derrogar aos requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), e que consiste na necessidade de tornar o acesso inicial obrigatório. Com efeito, a Comissão não procedeu a um exame sobre a existência de uma obrigação regulamentar anterior, nem analisou o seu conteúdo, nem apresentou um raciocínio sobre a referida justificação quanto à necessidade de tornar o acesso inicial obrigatório e à questão de saber por que razões a falta de tal acesso eliminaria toda e qualquer concorrência efetiva. A Comissão não apresentou qualquer prova para sustentar a sua apreciação, segundo a qual a regulamentação nacional tinha ponderado entre as incitações da recorrente em manter as suas infraestruturas para seu próprio uso e as incitações das empresas potencialmente desejosas em aceder ao lacete local. A decisão impugnada não demonstrou por que razão as obrigações regulamentares constituem um fundamento suficiente para não cumprir os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). A Comissão era obrigada a apresentar uma fundamentação particularmente clara, incontestável e pormenorizada que justificasse o facto de tornar o acesso inicialmente obrigatório e, conseqüentemente, as razões pelas quais o facto de não dar acesso eliminaria toda e qualquer concorrência efetiva.
- 156 Na réplica, em primeiro lugar, a recorrente acrescenta que os considerandos 36 a 49 da decisão impugnada contêm apenas uma descrição geral do quadro regulamentar e uma descrição sumária da obrigação de acesso anterior. Ora, esta fundamentação não versa sobre a questão de saber se esta obrigação permite inobservar os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 157 Em segundo lugar, a TUSR não fez referência às disposições regulamentares eslovacas relativas à ponderação quando impôs as obrigações anteriores. De qualquer forma, a ponderação baseada na regulamentação anterior é diferente da baseada no artigo 102.º TFUE. Acresce que um argumento baseado na ponderação alegadamente realizada pela TUSR não pode, segundo a recorrente, justificar a falta de qualquer fundamentação em relação aos outros requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569).
- 158 Em terceiro lugar, a Comissão, quando sustenta que os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), não se aplicavam no presente processo, confunde a questão do mérito da decisão com o dever de fundamentação.
- 159 Em quarto lugar, a recorrente alega que, no que respeita à referência na secção 9.3 da decisão impugnada relativa aos efeitos anticoncorrenciais, esta não permite fundamentar essa decisão. Com efeito, a recorrente sustenta que, primeiro, a eliminação de toda e qualquer concorrência efetiva é apenas um dos requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), ao passo que a falta de fundamentação se verifica quanto aos outros requisitos desse acórdão. Seguidamente, o exame dos efeitos anticoncorrenciais, no âmbito da decisão impugnada, não substitui a necessidade de apresentar fundamentos específicos a propósito do requisito do carácter indispensável. Por último, essa secção refuta o argumento da Comissão, na medida em que contém provas que demonstram a ausência de efeitos anticoncorrenciais.

- 160 Além disso, no que respeita à justificação relativa ao facto de a rede da recorrente ter sido desenvolvida no âmbito de um regime monopolístico, a recorrente alega que a fundamentação contida no considerando 373 da decisão impugnada não é suficiente para explicar as razões pelas quais a Comissão considera que a existência de um antigo monopólio de Estado é pertinente para examinar um abuso à luz do artigo 102.º TFUE.
- 161 Segundo a recorrente, uma vez que a Comissão está sujeita ao princípio da boa administração, incumbe-lhe apreciar os elementos específicos do antigo monopólio de Estado que pretende invocar para inobservar os requisitos do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), afigurando-se estes elementos eminentemente pertinentes. A recorrente considera igualmente que não podem ser qualificados de pormenores factuais sem pertinência particular os elementos referidos no considerando 891 da decisão impugnada, relativos aos investimentos da recorrente em ativos de banda larga no período compreendido entre 2003 e 2010. A recorrente entende que, pelo contrário, a Comissão deveria ter examinado a natureza e o impacto desses investimentos em relação à sua posição histórica. A recorrente conclui que, se a fundamentação contida na decisão impugnada se revelasse suficiente, isso implicaria, na prática, que nenhuma limitação era imposta à Comissão quando existiu um monopólio de Estado no passado.
- 162 A Comissão e a interveniente contestam esta argumentação.
- 163 A este respeito, a fundamentação exigida pelo artigo 296.º TFUE deve ser adaptada ao ato em causa e revelar, de forma clara e inequívoca, o raciocínio da instituição autora do ato, de modo a permitir aos interessados conhecerem justificações da medida adotada e defenderem os seus direitos e ao juiz exercer a sua fiscalização. No que respeita a uma decisão adotada em aplicação do artigo 102.º TFUE, esse princípio exige que a decisão impugnada faça menção dos factos de que dependem a justificação legal da medida e as considerações que levaram a tomar a decisão (Acórdão de 9 de setembro de 2010, Tomra Systems e o./Comissão, T-155/06, EU:T:2010:370, n.º 227).
- 164 Em primeiro lugar, a recorrente considera que a decisão impugnada não contém exame algum quanto à existência de uma obrigação regulamentar anterior, nem uma análise do seu conteúdo, nem qualquer prova que sustente a apreciação da Comissão segundo a qual a regulamentação nacional tinha ponderado entre as incitações da recorrente em manter as infraestruturas para o seu próprio uso e as das empresas potencialmente desejosas em aceder ao lacete local, nem refere por que razão as obrigações regulamentares teriam permitido abstrair dos requisitos de acesso de fornecimento decorrentes do Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569). No entanto, há que sublinhar que, por um lado, a Comissão expôs, na decisão impugnada, o quadro regulamentar relativo à desagregação do acesso ao lacete local na Eslováquia, nos considerandos 36 a 46 da decisão impugnada. Por outro lado, expôs o quadro jurídico relativo à avaliação de uma recusa de acesso abusivo nos considerandos 355 a 371 da decisão impugnada, explicando, mais especificamente, que entendia que o presente processo diferia das circunstâncias do processo que deu origem ao Acórdão de 26 de novembro de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), e que esse acórdão não se aplicava ao caso vertente. Por conseguinte, o argumento adiantado pela recorrente deve ser rejeitado.
- 165 Em segundo lugar, quanto à alegação da recorrente segundo a qual a Comissão era obrigada a apresentar uma fundamentação particularmente clara, convincente e pormenorizada sobre as razões pelas quais o facto de não dar acesso eliminaria toda e qualquer concorrência efetiva, há que referir que, no caso em apreço, a recorrente invocou o carácter indispensável do acesso desagregado ao seu lacete local unicamente para sustentar a sua alegação segundo a qual a Comissão não aplicava o critério jurídico adequado quando da sua apreciação das práticas examinadas na sétima parte da decisão impugnada (v., por analogia, Acórdão de 29 de março de 2012, Telefónica e Telefónica de España/Comissão, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 182), e não para pôr em causa a apreciação pela Comissão dos efeitos anticoncorrenciais das referidas práticas, efetuada na nona parte da referida

decisão (considerandos 1046 a 1109 da decisão impugnada). De qualquer forma, o raciocínio que figura nessa parte da decisão impugnada é claro e inequívoco no que respeita aos efeitos negativos sobre a concorrência do comportamento de exclusão da recorrente.

- 166 Em terceiro lugar, quanto à alegação da recorrente segundo a qual a fundamentação contida no considerando 373 da decisão impugnada não é suficiente para explicar as razões pelas quais a Comissão entende que a existência de um antigo monopólio de Estado seria pertinente para apreciar um abuso à luz do artigo 102.º TFUE, há que salientar que a Comissão expôs, antes de mais, nesse considerando, remetendo para as disposições específicas dos artigos 8.º e 12.º da Diretiva 2002/21 e do artigo 21.º, n.º 3, da Lei n.º 610/2003, que a obrigação de fornecimento da recorrente imposta pela decisão da TUSR tem em conta as incitações da recorrente e as dos seus concorrentes a investir e a inovar, assegurando, simultaneamente, que a concorrência no mercado seja preservada. A Comissão acrescentou, no referido considerando 373, que é possível que a imposição de uma obrigação de fornecimento ou de acesso não tenha qualquer incidência sobre as incitações ao investimento e à inovação, quando a posição da empresa dominante no mercado tinha sido desenvolvida sob a proteção de direitos especiais ou exclusivos, ou seja financiada por recursos estatais, como acontecia no caso em apreço. A Comissão remeteu, em seguida, para o n.º 23 do Acórdão de 27 de março de 2012, *Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172)*, do qual decorre que, quando a existência de uma posição dominante tiver origem num antigo monopólio legal, esta circunstância deve ser tida em conta, explicando que era o caso da recorrente no caso vertente. Por último, a Comissão teve o cuidado de explicar, no considerando 373 da decisão impugnada, que resultava do considerando 3 do Regulamento n.º 2887/2000 que uma das razões pelas quais a rede de acesso local continuava a ser um dos «segmentos menos concorrenciais do mercado de telecomunicações liberalizado» se devia ao facto de que os novos operadores não dispunham de qualquer infraestrutura de redes alternativas de grande cobertura, uma vez que, os operadores, como a recorrente, tinham durante muito tempo, alargado a sua infraestrutura de acesso local ao beneficiando da proteção de direitos exclusivos e que tinham podido financiar durante décadas as despesas de investimento graças a rendimentos de monopólio provenientes da prestação de serviços de telefonia vocal e de fundos públicos.
- 167 Por outro lado, a Comissão sublinhou, no considerando 370 da decisão impugnada, que decorre do n.º 109 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83)*, que a estrutura de um mercado resulta ainda, em larga medida, da antiga estrutura monopolista.
- 168 Tendo em conta o conjunto desses fundamentos, há que considerar que a Comissão fundamentou suficientemente a sua decisão, quando entendeu que o facto de a rede em causa ter sido desenvolvida ao abrigo de um regime monopolístico constituía um fator relevante que devia ser considerado no âmbito da apreciação por ela efetuada ao abrigo do artigo 102.º TFUE.
- 169 Por conseguinte, há que julgar também improcedente a quarta alegação no que se refere à violação do dever de fundamentação.
- 170 Resulta dos acima exposto que o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente.

*2. Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa da recorrente no que se refere à apreciação da prática conducente à compressão das margens*

- 171 O segundo fundamento tem por objeto os direitos de defesa da recorrente e divide-se em duas partes. A primeira parte é referente a erros processuais cometidos pela Comissão relativamente ao cálculo dos custos médios incrementais de longo prazo (a seguir «CMILP») da recorrente, isto é, os custos que este operador não teria suportado se não tivesse proposto os respetivos serviços. A segunda parte é relativa à impossibilidade, para a recorrente, de se pronunciar, durante o procedimento administrativo, sobre a abordagem de cálculo relativa vários períodos dos custos suportados pela recorrente para apreciar a existência de uma prática que conduz à compressão das margens.



a) Quanto à primeira parte, relativa a erros processuais cometidos pela Comissão no que se refere ao cálculo dos custos médios incrementais de longo prazo (CMILP)

- 172 A recorrente acusa a Comissão, por um lado, de ter alterado os métodos, os princípios e os dados para efetuar a análise dos CMILP e, por outro, de não ter comunicado, antes da adoção da decisão impugnada, as suas objeções relativas aos elementos que a recorrente lhe tinha submetido para proceder a esta análise. Com efeito, na comunicação de acusações, a Comissão utilizou apenas os dados provenientes do sistema interno de declaração dos custos da recorrente, ou seja, os dados ditos de «UCN» (účelové členenie nákladov, classificação de custos específicos) e as sínteses de rendibilidade apresentadas pela recorrente, uma vez que a recorrente não dispunha dos dados específicos relativos aos CMILP. Segundo a recorrente, esses dados «UCN» baseavam-se nos custos históricos inteiramente repartidos por ordem descendente. Esses dados assentam numa amortização linear que não permite a uma cobrança dos custos no tempo. Ora, na comunicação de acusações (n.º 1038), a própria Comissão reconheceu os limites desses dados para efeitos de apreciação da prática que conduziu à compressão das margens e considerou que estes eram insatisfatórios. Por esse motivo, após a comunicação de acusações, a recorrente apresentou novos dados, baseando-se no relatório de consultoria preparado no mês de fevereiro de 2013 e comunicado à Comissão em anexo à resposta à comunicação de acusações. Esses novos dados ajustaram, nomeadamente, os custos históricos. Assim, a Comissão aceitou a reavaliação do custo dos ativos e a amortização propostas pela recorrente (considerando 894 da decisão impugnada).
- 173 A recorrente sublinha que a Comissão, ao aceitar uma parte importante desses dados, considerou que o relatório de consultoria era credível. Do mesmo modo, a Comissão não suscitou objeções, no que respeita aos princípios, à metodologia e aos dados fornecidos pela recorrente, antes da adoção da decisão impugnada. Contudo, na decisão impugnada, rejeitou uma parte destes princípios, desta metodologia e destes dados (considerando 899 da decisão impugnada). A recorrente considera que a Comissão deveria ter comunicado, antes da adoção da decisão impugnada, as objeções detalhadas relativas aos princípios, à metodologia e aos dados por ela expostos nessa decisão. A ausência de tal comunicação constitui uma violação dos direitos de defesa. Com efeito, segundo a recorrente, a Comissão era obrigada a expor, na íntegra, o método, os princípios e os dados relativos aos custos nos quais tinha a intenção de se basear no âmbito da sua obrigação de provar a infração, e dar a conhecer o seu ponto de vista à recorrente. Por outro lado, a recorrente invocou, em vão, estas questões processuais junto do consultor auditor.
- 174 Além disso, a própria Comissão reconheceu que não dispunha, por ocasião da comunicação de acusações, de dados sobre os custos médios marginais a longo prazo, embora a decisão impugnada se baseia nesses custos, o que significa que a Comissão mudou de abordagem entre estes dois documentos. Ora, segundo a recorrente, uma vez que a Comissão mudou de abordagem após o envio da comunicação de acusações, incumbia-lhe dirigir à recorrente uma nova comunicação de acusações ou uma nova exposição dos factos.
- 175 Por outro lado, segundo a recorrente, os quadros relativos ao cálculo da compressão das margens, transmitidos pela Comissão na reunião sobre o estado do *dossier*, em 16 de setembro de 2014, não permitiram corroborar as passagens em causa da decisão impugnada, nem respeitar os seus direitos de defesa. Neste sentido, a recorrente sublinha o caráter superficial desses quadros, que apenas tinham quatro páginas e que não continham nenhuma explicação para sustentar os dados aí transcritos. Do mesmo modo, a recorrente salienta que os referidos quadros lhe foram comunicados pela Comissão unicamente na fase da reunião sobre o estado do *dossier* de 16 de setembro de 2014, ou seja, um mês antes da publicação da decisão impugnada, pelo que, nessa data, a posição da Comissão já se encontrava definida. Com efeito, a recorrente sublinhou na audiência que, nessa reunião, a Comissão referiu que estava a redigir uma decisão negativa a seu respeito. De qualquer forma, resulta da comunicação desses quadros que a Comissão se sentiu obrigada a comunicar, posteriormente a comunicação de acusações, um documento expondo o cálculo da compressão das margens.

- 176 A Comissão contesta esta argumentação.
- 177 Conforme resulta do considerando 862 da decisão impugnada, a Comissão pediu à recorrente que lhe comunicasse os dados necessários para calcular os custos relativos às entradas suplementares que são necessárias para transformar os seus serviços grossistas em serviços retalhistas. Antes da comunicação de acusações, a requerente remeteu à Comissão cálculos dos custos para os anos de 2003 a 2010, em quadros «UCN» e vários quadros de cálculo suplementares. Ora, no âmbito da primeira parte do seu segundo fundamento, a recorrente alega, em substância, uma violação dos seus direitos de defesa, na medida em que as objeções levantadas pela Comissão em relação à metodologia, aos princípios e aos dados que a recorrente apresentou foram adiantadas pela primeira vez nos considerandos 860 a 921 da decisão impugnada.
- 178 A este respeito, há que recordar que o respeito dos direitos de defesa na condução dos procedimentos administrativos em matéria de política da concorrência constitui um princípio geral do direito da União cujo respeito é assegurado pelos órgãos jurisdicionais da União (v. Acórdão de 18 de junho de 2013, ICF/Comissão, T-406/08, EU:T:2013:322, n.º 115 e jurisprudência referida).
- 179 Esse princípio exige que a empresa interessada tenha tido a possibilidade, durante o procedimento administrativo, de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre a realidade e a pertinência dos factos e das circunstâncias alegados, bem como sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infração às regras da concorrência. Neste sentido, o artigo 27.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003 prevê o envio às partes de uma comunicação de acusações. Essa comunicação deve enunciar, de forma clara, todos os elementos essenciais em que a Comissão se baseia nessa fase do procedimento (Acórdão de 5 de dezembro de 2013, SNIA/Comissão, C-448/11 P, não publicado, EU:C:2013:801, n.ºs 41 e 42).
- 180 Esta exigência é respeitada desde que a referida decisão não impute aos interessados infrações diferentes das referidas na comunicação de acusações e apenas considere factos sobre os quais os interessados tiveram oportunidade de se pronunciar no decurso do processo (v., neste sentido, Acórdãos de 24 de maio de 2012, MasterCard e o./Comissão, T-111/08, EU:T:2012:260, n.º 266, e de 18 de junho de 2013, ICF/Comissão, T-406/08, EU:T:2013:322, n.º 117).
- 181 Todavia, o enunciado dos elementos essenciais nos quais a Comissão se baseia na comunicação de acusações pode ser feito de modo sucinto e a decisão não tem necessariamente de constituir uma cópia da comunicação de acusações, pois esta comunicação constitui um documento preparatório cujas apreciações de facto e de direito são de carácter puramente provisório (v., neste sentido, Acórdãos de 17 de novembro de 1987, British American Tobacco e Reynolds Industries/Comissão, 142/84 e 156/84, EU:C:1987:490, n.º 70; de 5 de dezembro de 2013, SNIA/Comissão, C-448/11 P, não publicado, EU:C:2013:801, n.º 42 e jurisprudência referida; e de 24 de maio de 2012, MasterCard e o./Comissão, T-111/08, EU:T:2012:260, n.º 267). São, assim, admissíveis aditamentos à comunicação de acusações efetuados à luz da resposta das partes, cujos argumentos demonstram que efetivamente tiveram a possibilidade de exercer o seu direito de defesa. A Comissão pode também, atendendo ao procedimento administrativo, rever ou acrescentar argumentos de facto ou de direito em apoio das acusações que formulou (Acórdão de 9 de setembro de 2011, Alliance One International/Comissão, T-25/06, EU:T:2011:442, n.º 181). Consequentemente, até à adoção de uma decisão final, a Comissão pode, tendo nomeadamente em conta as observações escritas e orais das partes, abandonar algumas ou mesmo todas as acusações inicialmente formuladas contra elas, modificando a sua posição a favor das mesmas ou, pelo contrário, decidir acrescentar novas acusações, desde que permita que as empresas em causa tenham oportunidade de dar a conhecer o seu ponto de vista a esse respeito (v. Acórdão de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-191/98 e T-212/98 a T-214/98, EU:T:2003:245, n.º 115 e jurisprudência referida).

- 182 Decorre do carácter provisório da qualificação jurídica dos factos feita na comunicação de acusações que a decisão final da Comissão não pode ser anulada pelo único motivo de as conclusões definitivas extraídas desses factos não corresponderem, de forma precisa, à referida qualificação provisória (Acórdão de 5 de dezembro de 2013, SNIA/Comissão, C-448/11 P, não publicado, EU:C:2013:801, n.º 43). O facto de ser tomado em consideração um argumento avançado por uma parte no decurso do procedimento administrativo, sem que ela tenha podido exprimir-se a esse respeito antes da decisão final, não pode constituir, enquanto tal, uma violação do seu direito de defesa, quando essa tomada em consideração não altera a natureza das acusações que lhes são dirigidas (v., neste sentido, Despacho de 10 de julho de 2001, Irish Sugar/Comissão, C-497/99 P, EU:C:2001:393, n.º 24; Acórdãos de 28 de fevereiro de 2002, Compagnie générale maritime e o./Comissão, T-86/95, EU:T:2002:50, n.º 447; e de 9 de setembro de 2011, Alliance One International/Comissão, T-25/06, EU:T:2011:442, n.º 182).
- 183 Com efeito, a Comissão deve ouvir os destinatários da comunicação de acusações e, sendo caso disso, ter em conta as suas observações que visam responder às acusações formuladas, alterando a sua apreciação, precisamente, para respeitar os seus direitos de defesa. Assim, deve ser permitido à Comissão especificar essa qualificação na sua decisão final, atendendo aos elementos que resultam do procedimento administrativo, com o fim de abandonar as acusações que se tenham revelado infundadas ou para organizar e completar, quer de facto, quer de direito, a sua argumentação em apoio das acusações que admitiu, contanto que, porém, considere apenas os factos sobre os quais os interessados tiveram a oportunidade de se pronunciar e lhes tenha fornecido, no decurso do procedimento administrativo, os elementos necessários para a sua defesa (v. Acórdãos de 3 de setembro de 2009, Prym e Prym Consumer/Comissão, C-534/07 P, EU:C:2009:505, n.º 40 e jurisprudência referida, e de 5 de dezembro de 2013, SNIA/Comissão, C-448/11 P, não publicado, EU:C:2013:801, n.º 44 e jurisprudência referida).
- 184 Por último, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, há violação dos direitos de defesa quando, em razão de uma irregularidade cometida pela Comissão, existe uma possibilidade de o procedimento administrativo por ela conduzido tenha podido levar a um resultado diferente. Uma empresa recorrente demonstra que tal violação existiu quando demonstra de forma bastante não que a decisão da Comissão teria tido um conteúdo diferente, mas que efetivamente poderia ter assegurado melhor a sua defesa se não tivesse existido essa irregularidade, por exemplo, porque poderia ter utilizado em sua defesa os documentos cujo acesso lhe foi recusado durante o processo administrativo (v. Acórdãos de 2 de outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão, C-194/99 P, EU:C:2003:527, n.º 31 e jurisprudência referida, e de 24 de maio de 2012, MasterCard e o./Comissão, T-111/08, EU:T:2012:260, n.º 269 e jurisprudência referida; Acórdão de 9 de setembro de 2015, Philips/Comissão, T-92/13, não publicado, EU:T:2015:605, n.º 93).
- 185 No caso vertente, a Comissão recebeu, durante o inquérito, os dados relativos aos custos nos quadros «UCN», que constituem um instrumento contabilístico da recorrente, que representa, por serviço comercial e por categoria de serviços, os rendimentos totais, o total das despesas de exploração, o capital empregue, o custo total de capital, o lucro de exploração e o lucro económico (considerandos 863 e 864 da decisão impugnada). Resulta da decisão impugnada que os custos que figuram nos quadros «UCN» se baseiam nos custos históricos integralmente repartidos e são diferentes dos CMILP (considerando 875 da decisão impugnada). A Comissão obteve igualmente apresentações que indicam a forma como os custos eram agrupados, bem como quadros e descrições relativos aos custos para cada um dos serviços (considerandos 865 a 867 da decisão impugnada). A Comissão solicitou à recorrente o fornecimento dos dados de rendibilidade para os serviços de alto débito, recalculados utilizando a metodologia dos CMILP (considerandos 868 e 869 da decisão impugnada). Uma vez que a recorrente afirmou que não calculava os números de rendibilidade, no que respeita aos serviços de alto débito, segundo a metodologia dos CMILP, a Comissão utilizou, na fase da comunicação de acusações, os dados de que dispunha, ou seja, os dados «UCN» e as explicações relativas aos custos, adaptando os custos individuais (considerandos 870 a 875 da decisão impugnada). Segundo a Comissão, nessa fase, na falta de dados relativos aos CMILP, os valores constantes dos quadros «UCN» constituíam a melhor fonte disponível para efetuar os cálculos da compressão das margens (considerando 875 da

decisão impugnada). Partindo desta base, na comunicação de acusações, a Comissão determinou que um concorrente igualmente eficaz que tenha acesso ao lacete local da recorrente, teria apresentado margens negativas importantes se tivesse tentado reproduzir a carteira retalhista da recorrente nos anos de 2005 a 2010 (n.ºs 1203 e 1222 da comunicação de acusações).

- 186 Em primeiro lugar, quanto à alegação invocada pela recorrente segundo a qual esta não foi ouvida no que diz respeito aos princípios, à metodologia e aos dados relativos ao cálculo dos CMILP, há que referir que a recorrente teve ocasião de responder aos argumentos enunciados na comunicação de acusações e que utilizou plenamente essa possibilidade. Assim, na sua resposta à comunicação de acusações, baseando-se no relatório de consultoria, a recorrente apresentou um método que assenta na contabilidade de custos correntes, através da estimativa dos custos a jusante para o período compreendido entre 2005 e 2010, com base nos dados a partir do ano de 2011 (considerando 881 da decisão impugnada). Em especial, a recorrente sustentou, nessa resposta, que era necessário, quando do cálculo dos CMILP, por um lado, reavaliar os ativos e, por outro, ter em conta as ineficiências da sua rede para a oferta de alto débito. No que respeita, nomeadamente, à tomada em consideração dessas ineficiências, a recorrente propôs que se proceda a ajustes de otimização, a saber, em primeiro lugar, a substituição dos ativos existentes pelos seus equivalentes modernos, mais eficientes e menos onerosos (*modern asset equivalent*), em segundo lugar, a manutenção, tanto quanto possível, da coerência tecnológica e, em terceiro lugar, a diminuição dos ativos com base na capacidade atualmente utilizada por oposição à capacidade instalada (a seguir, em conjunto, «ajustes de otimização»).
- 187 Na decisão impugnada, a Comissão aceitou incluir, nomeadamente, a reavaliação dos ativos da recorrente na sua análise da compressão das margens e deduzir, no que respeita aos custos fixos específicos, as despesas associadas e comuns. Em contrapartida, rejeitou os ajustes de otimização (considerandos 894, 903, 904 e 910 da decisão impugnada). Assim, a Comissão, na decisão impugnada, identificou margens diferentes das calculadas na comunicação de acusações.
- 188 Todavia, há que referir que as alterações realizadas na decisão impugnada em relação à comunicação de acusações, referentes aos cálculos da compressão das margens, resultaram da tomada em consideração dos dados e dos cálculos fornecidos pela própria recorrente em resposta à comunicação de acusações. Assim, essa tomada em consideração aparece, designadamente, nos considerandos 910, 945, 963 e 984 da decisão impugnada. Por outro lado, resulta dos considerandos 946 (nota 1405) e 1000 da decisão impugnada que a Comissão teve em conta, quando da adoção da decisão, a atualização dos cálculos da compressão das margens fornecida pela recorrente na sua resposta à carta de exposição dos factos (n.º 21, *supra*).
- 189 Em segundo lugar, quanto à alegação invocada pela recorrente segundo a qual a Comissão alterou os princípios, os métodos e os dados relativos ao cálculo dos CMILP, sem ter ouvido a recorrente sobre este aspeto, antes de mais, resulta do exame da comunicação de acusações e da decisão impugnada que a Comissão não enunciou qualquer nova acusação na decisão impugnada, no que diz respeito à sua apreciação da compressão das margens. Com efeito, nestes dois documentos, a Comissão considerou que um concorrente igualmente eficaz que utilizasse o acesso ao lacete local no mercado grossista da recorrente apresentaria importantes margens negativas se propusesse a carteira dos serviços de alto débito da recorrente através do lacete local (n.º 1203 da comunicação de acusações e considerando 1023 da decisão impugnada). Nos dois documentos, a Comissão considerou que essa situação se manteria válida mesmo que fossem tidos em conta serviços suplementares de uma carteira a jusante, ou seja, os serviços vocais, os serviços de televisão pela Internet (IPTV) e os serviços *multi-play* (n.º 1222 da comunicação de acusações e considerando 1023 da decisão impugnada). Seguidamente, importa referir que o período da infração considerado pela Comissão é mais curto na decisão impugnada do que na comunicação de acusações. Com efeito, nos dois documentos, a data do início da infração é 12 de agosto de 2005. Em contrapartida, a data do fim da infração era 8 de maio de 2012 na comunicação de acusações (n.º 1546 da comunicação de acusações) e é fixada como sendo 31 de dezembro de 2010 na decisão impugnada (considerando 1516 da decisão impugnada). Por

último, no que respeita à metodologia do cálculo das margens, a Comissão baseou-se, em ambos os documentos, nos CMILP. Assim, tanto nos n.ºs 996 a 1002 da comunicação de acusações como nos considerandos 860 e 861 da decisão impugnada, a Comissão expôs os princípios orientadores para o cálculo dos custos com base nos CMILP.

- 190 Mais especificamente, no que respeita ao método de cálculo das margens, há que referir que a Comissão aplicou o mesmo método na fase da comunicação de acusações e da decisão impugnada. Com efeito, em primeiro lugar, os quadros 48 e 78 a 80 da comunicação de acusações e os quadros 21 a 24 da decisão impugnada indicam as taxas grossistas para o acesso ao lacete local. Há que referir que a Comissão teve, porém, o cuidado de explicar nos considerandos 935 a 938 da decisão impugnada os motivos pelos quais considera que existia uma diferença entre os números comunicados pela recorrente e os números apresentados nos cálculos por ela efetuados. Em segundo lugar, importa salientar que o quadro 81 da comunicação de acusações corresponde ao quadro 25 da decisão impugnada, ambos indicando os custos de rede. Esse quadro 25 baseia-se nos dados fornecidos na resposta da recorrente à comunicação de acusações. Em terceiro lugar, deve sublinhar-se que o quadro 82 da comunicação de acusações corresponde ao quadro 26 da decisão impugnada, que indica os custos ISP (*Internet Service Provider*) recorrentes. Os cálculos destes custos baseiam-se nos dados fornecidos pela recorrente. Além disso, a Comissão responde, nos considerandos 964 e 697 da decisão impugnada, aos argumentos da recorrente a este propósito, apresentados na sua resposta à comunicação de acusações. Em quarto lugar, há que salientar que o quadro 83 da comunicação de acusações e o quadro 27 da decisão impugnada tem por objeto, despesas de instalação do lacete local e são idênticos. Em quinto lugar, tanto o quadro 86 da comunicação de acusações como os quadros 29 e 30 da decisão impugnada são relativos às amortizações dos custos de aquisição de assinantes, uma vez que o quadro 29 tem em conta um período de amortização de três anos e o quadro 30 um período de amortização de quatro anos, seguindo a proposta da recorrente na sua resposta à comunicação de acusações. Em sexto lugar, impõe-se constatar que o quadro 87 da comunicação de acusações é idêntico ao quadro 31 da decisão impugnada relativo aos rendimentos dos serviços agrupados Acesso DSL e Internet DSL da recorrente. Em sétimo lugar, há que sublinhar que os resultados dos cálculos da compressão das margens são expostos no quadro 88 da comunicação de acusações e nos quadros 32 e 33 da decisão impugnada, baseando-se o quadro 32 numa amortização de três anos e o quadro 33 numa amortização de quatro anos.
- 191 Decorre do que precede que o método e os princípios aplicados pela Comissão para examinar as margens da recorrente eram, em substância, idênticos na comunicação de acusações e na decisão impugnada. Por conseguinte, a alegação invocada pela recorrente, segundo a qual a Comissão alterou esses métodos e esses princípios antes da adoção da decisão impugnada, sem ter ouvido a recorrente sobre esta matéria, deve ser rejeitada.
- 192 No que diz respeito, aos dados em que se baseiam os cálculos das margens, conforme explicado nos considerandos 875 a 877 da decisão impugnada, na fase da comunicação de acusações, estes cálculos baseavam-se sem dúvida nos quadros «UCN» que refletiam os custos integralmente alocados (*fully allocated costs*). Porém, conforme resulta dos considerandos 885 a 894 da decisão impugnada, a Comissão aceitou os ajustes efetuados pela recorrente no que diz respeito à contabilidade de custos correntes. A comissão teve, assim, em conta os ajustes propostos a este respeito pela recorrente e alterou os custos dos ativos de rede, a fim de que estes constituam uma estimativa mais precisa dos custos suportados por um concorrente igualmente eficaz. Esta tomada em consideração visou precisamente satisfazer as exigências referidas no n.º 183, *supra*, e o direito das partes a serem ouvidas durante o procedimento administrativo não requeria, portanto, que lhes fosse de novo concedida uma possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista sobre os cálculos das margens antes da adoção da decisão impugnada.
- 193 Tendo em conta o acima exposto, há que julgar improcedente a primeira parte relativa aos erros processuais no que respeita ao cálculo dos CMILP.

*b) Quanto à segunda parte, relativa à impossibilidade de tomar posição, durante o procedimento administrativo, sobre a abordagem do cálculo que incide sobre vários períodos (plurianual), dos custos suportados pela recorrente para apreciar a existência de uma prática que conduz à compressão das margens*

- 194 A recorrente sublinha que, na comunicação de acusações, a Comissão aplicou um método que consiste em anualizar os custos, sem ter em conta a margem positiva verificada durante o ano de 2005, ao passo que, na decisão impugnada, a abordagem adotada é a do exame que abrange vários períodos (plurianual). Ao não dar à recorrente a possibilidade de apresentar as suas observações sobre essa abordagem, a Comissão violou os seus direitos de defesa. A recorrente considera que, contrariamente ao que sustenta a Comissão, não se pode inferir da resposta à comunicação de acusações que tivesse ela própria proposto a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual). Pelo contrário, a recorrente propôs o método de atualização (ou «a análise dos fluxos de tesouraria atualizados»), que foi, de resto, aplicado pela Comissão na sua Decisão C(2007) 3196 final, de 4 de julho de 2007, relativa a um processo nos termos do artigo 82.º [CE] (processo COMP/38.784 - Wanadoo España/Telefónica). A análise dos fluxos de tesouraria atualizados justifica-se pelo período de duração de uma subscrição por cliente ou de um contrato.
- 195 A recorrente alega que, além disso, no âmbito da análise dos fluxos de tesouraria atualizados, a Comissão não devia ter começado a avaliação em 2005 e tê-la terminado em 2010, simplesmente, pelo facto de esse período corresponder ao período examinado no âmbito da abordagem dita de «período a período».
- 196 Concretamente, a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) adotado na decisão impugnada leva a verificar uma margem positiva para o ano de 2005 e a alargar o período do alegado abuso em relação ao que foi indicado na comunicação de acusações. A este respeito, segundo a recorrente, a Comissão não teve em conta essa margem positiva ao referir, no considerando 998 da decisão impugnada, que uma entrada durante quatro meses, no ano de 2005, não pode ser considerada uma entrada «numa base sustentável». A alteração do método entre a comunicação de acusações e a decisão impugnada teve por efeito a transformação, no decurso de um ano, de uma margem positiva numa margem negativa, ao selecionar os anos de rendibilidade ulteriores e ao concluir que a diferença aritmética líquida era globalmente negativa. Assim, a aplicação da abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) torna impossível, para uma empresa dominante, prever o resultado da aplicação dessa abordagem. Além disso, o método que incide sobre vários períodos (plurianual) conduz igualmente a uma arbitrariedade, tendo em conta que um ou vários períodos podem ter simultaneamente margens positivas e margens negativas, consoante os anos considerados no âmbito dessa abordagem.
- 197 A Comissão contesta os argumentos da recorrente e conclui pela improcedência da presente parte.
- 198 A este respeito, a recorrente acusa assim, em substância, a Comissão de ter utilizado a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) para alargar o período de infração indicado na comunicação de acusações, não tendo tal abordagem sido considerada na comunicação de acusações, e de ter violado os seus direitos de defesa, ao não lhe dar a possibilidade de apresentar as suas observações sobre essa abordagem.
- 199 Há que sublinhar que, no n.º 1012 da comunicação de acusações, a Comissão referiu inicialmente a sua intenção de adotar a abordagem dita de «período a período» (ano a ano) no que respeita ao exame das margens da recorrente. Os cálculos de compressão das margens constantes dos n.ºs 1175 a 1222 das comunicações de acusações foram assim realizados ano a ano durante o período em causa. Na decisão impugnada, para apreciar a eventual compressão das margens, a Comissão adotou a abordagem dita de «período a período» (ano a ano) que consiste em determinar os lucros ou as perdas sofridas por períodos equivalentes a um ano (considerando 851 da decisão impugnada). Há que referir que o

resumo dos resultados da análise consta dos considerandos 1007 a 1012 da decisão impugnada, do qual resulta que a Comissão baseia as suas conclusões na abordagem dita de «período a período» (ano a ano).

- 200 No n.º 1281 da sua resposta à comunicação de acusações, a recorrente opôs-se, porém, à utilização exclusiva da abordagem «período a período» (ano a ano), que tinha sido utilizada pela Comissão na comunicação de acusações. Com efeito, a recorrente alegou, em substância, que, no setor das telecomunicações, os operadores estudavam a sua capacidade em obter um rendimento razoável por um período mais longo do que um ano. Assim, sugeriu, designadamente, que o exame de uma compressão das margens fosse completado por uma análise sobre vários períodos, em que a margem total fosse avaliada sobre vários anos.
- 201 Ora, a Comissão decidiu, assim, utilizar, a título suplementar, como resulta do considerando 859 da decisão impugnada, uma abordagem sobre vários períodos (plurianual) para ter em conta essa objeção e para determinar se essa abordagem alterava a sua conclusão segundo a qual as tarifas praticadas pela recorrente junto dos operadores alternativos para o acesso desagregado ao seu lacete local conduziam a uma compressão das margens nos anos de 2005 a 2010.
- 202 No âmbito desse exame adicional, cujo resultado consta dos considerandos 1013 e 1014 da decisão impugnada, a Comissão identificou uma margem total negativa em relação a cada carteira de serviços, por um lado, para o período compreendido entre os anos de 2005 e 2010 (quadro 39 no considerando 1013 da decisão impugnada) e, por outro, para o período compreendido entre os anos de 2005 e 2008 (quadro 40 no considerando 1014 da decisão impugnada). A Comissão deduziu daí, no considerando 1015 da decisão impugnada, que a análise sobre vários períodos não alterava a sua conclusão quanto à existência de uma compressão das margens resultante de uma análise «período a período».
- 203 Decorre do acima exposto que, por um lado, com vista a determinar as margens da recorrente na decisão impugnada, a análise que abrange vários períodos (plurianual) se verificou na sequência da objeção, levantada pela recorrente, na sua resposta à comunicação de acusações, quanto ao método de cálculo das margens «período a período» (ano a ano). Por outro lado, a análise sobre vários períodos (plurianual) das margens para o acesso desagregado ao lacete local da recorrente teve, na decisão impugnada, por objetivo complementar a análise «período a período» (ano a ano). Além disso, a análise adicional sobre vários períodos (plurianual) levou a Comissão a consolidar a sua conclusão quanto à existência de uma compressão das margens no mercado eslovaco dos serviços Internet de alto débito entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010.
- 204 Por conseguinte, como sustenta, em substância, a Comissão, a análise sobre vários períodos (plurianual) não teve como consequência a imputação à recorrente de factos sobre os quais esta última não teve a oportunidade de se pronunciar durante o procedimento administrativo, alterando a natureza das acusações que lhe eram imputadas, mas apenas a realização de uma análise adicional da compressão das margens resultante das tarifas praticadas pela recorrente para o acesso desagregado ao seu lacete local, à luz de uma objeção levantada pela recorrente em resposta à comunicação de acusações.
- 205 Relativamente ao argumento segundo o qual a Comissão utilizou a análise que incide sobre vários períodos (plurianual) para determinar o período da infração e para substituir uma margem anteriormente positiva por uma margem negativa para o ano de 2005, há que referir que, no termo da análise «período a período» (ano a ano), a Comissão já tinha concluído que um concorrente tão eficaz como a recorrente não podia, entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010, reproduzir de modo rentável a carteira retalhista da recorrente que inclui os serviços de alto débito (considerando 1012 da decisão impugnada). Resulta nomeadamente do considerando 998 da decisão impugnada que, segundo a Comissão, a existência de uma margem positiva entre agosto e dezembro de 2005 não obsta a que esse período seja incluído no período de infração sob a forma de uma compressão das margens, dado que os operadores consideram a sua capacidade em obter rendimentos por um período mais

longo. Por outras palavras, a Comissão determinou a duração da prática que resultou na compressão das margens com base na abordagem «período a período» (ano a ano) e a abordagem sobre vários períodos (plurianual) foi utilizada apenas a título suplementar. De qualquer modo, impõe-se concluir que esse argumento visa, na realidade, contestar o mérito da referida abordagem e não pode, assim, ser considerado como sendo validamente invocado para sustentar uma pretensa violação dos direitos de defesa da recorrente. Na realidade, essa alegação é referente a uma discordância com a abordagem utilizada pela Comissão para concluir a existência de uma compressão das margens durante o período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005.

- 206 No que diz respeito ao argumento da recorrente segundo o qual o método de cálculo da compressão das margens aplicado pela Comissão no âmbito desse exame adicional não corresponde ao método proposto pela recorrente na sua resposta à comunicação de acusações e alegadamente baseado na prática decisória da Comissão, resulta dos n.ºs 1498 a 1500 da mesma que a recorrente propôs analisar os «lucros acumulados» por um período compreendido entre o ano de 2005 e o ano de 2008. A Comissão observou, contudo, que a análise sobre vários períodos (plurianual) proposta pela recorrente é diferente da análise retrospectiva dos fluxos de tesouraria atualizados, que se baseava em dados de entrada e numa metodologia diferentes (considerando 858 da decisão impugnada). No entanto, tomou nota da sugestão da recorrente referente a uma análise que abrange vários períodos (plurianual), ao proceder, de forma adicional, a uma apreciação que incide sobre vários períodos (plurianual), analisando, no considerando 1013 da decisão impugnada (quadro 39), os lucros acumulados para o período compreendido entre o ano de 2005 e o ano de 2010 e, no considerando 1014 dessa decisão (quadro 40), os lucros acumulados para o período compreendido entre o ano de 2005 e o ano de 2008.
- 207 Ora, decorre da jurisprudência referida no n.º 183, *supra*, que o respeito do direito da recorrente a ser ouvida impunha apenas que a Comissão tivesse em conta, com vista à adoção da decisão impugnada, a crítica referente ao método de cálculo das margens apresentada pela recorrente em resposta à comunicação de acusações. Em contrapartida, este direito não implica de forma alguma que a Comissão deva necessariamente chegar ao resultado que a recorrente aspira ao submeter essa crítica, ou seja, a verificação da inexistência de qualquer compressão das margens entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010.
- 208 Por último, relativamente ao documento que retoma os cálculos das margens transmitido pela Comissão na reunião sobre o estado dos autos, em 16 de setembro de 2014, a recorrente sustenta, em substância, por um lado, que o referido documento lhe foi entregue tardiamente, uma vez que a Comissão tinha anunciado que a decisão impugnada estava a ser elaborada e, por outro, que a Comissão se sentiu obrigada a divulgar os seus cálculos finais das margens antes de lhe remeter a decisão impugnada.
- 209 Todavia, pelos motivos expostos nos n.ºs 183 e 199 a 204, *supra*, a Comissão não era obrigada a divulgar os seus cálculos finais das margens antes de remeter a decisão impugnada à recorrente. Acresce que, o facto de ter agendado uma «reunião de balanço» sobre o estado do *dossier* não infirma esta apreciação. Com efeito, conforme alegou a Comissão nos seus articulados e na audiência, essas reuniões são agendadas entre a Comissão e as partes sujeitas a um inquérito em prol da boa administração e da transparência e para informá-las sobre o andamento do processo. Contudo, essas «reuniões de balanço» são distintas das reuniões formais impostas pelos Regulamentos n.ºs 1/2003 e 773/2004 e vêm complementá-las. Assim, o facto de ter agendado uma reunião sobre o estado dos autos, em 16 de setembro de 2014, não permite concluir que a Comissão era obrigada a deixar a recorrente apresentar, nessa ocasião, as suas observações no que se refere ao exame das margens, tanto mais que a recorrente foi informada de todos os elementos pertinentes sobre o cálculo das margens efetuado pela Comissão e foi-lhe concedida a possibilidade de apresentar as suas observações antes da adoção da decisão impugnada.



210 Daqui decorre que há que rejeitar a segunda parte do segundo fundamento e julgar improcedente este fundamento.

*3. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a erros cometidos na constatação da compressão das margens*

211 Com o seu terceiro fundamento, a recorrente alega, em substância, que a Comissão não apreciou corretamente a prática resultante na compressão das margens. Este fundamento divide-se em duas partes. A primeira parte é relativa à não consideração dos ajustes de otimização propostos pela recorrente no cálculo dos CMILP. A segunda parte é relativa ao erro de cálculo cometido pela Comissão no que diz respeito à compressão das margens, devido à consolidação das receitas e dos custos durante todo o período de infração e à violação do princípio da segurança jurídica.

*a) Quanto à primeira parte, relativa à não consideração dos ajustes de otimização no cálculo dos CMILP*

212 Para sustentar a primeira parte do seu terceiro fundamento, a recorrente contesta a decisão da Comissão por não ter aceitado, nos considerandos 895 e 903 da decisão impugnada, os ajustes de otimização para o cálculo da compressão das margens. Incluir estes ajustes de otimização teria tido como efeito a redução dos custos a montante utilizados no cálculo da compressão das margens. Consequentemente, os motivos desta recusa invocados pela Comissão nos considerandos 894, 900 a 902 da decisão impugnada são errados. Assim, a Comissão sobreavaliou os custos reais a jusante da recorrente, o que teve, portanto, consequências significativas sobre as conclusões referentes à compressão das margens, tendo em conta que não houve qualquer compressão das margens em 2005 e em 2007.

213 Segundo a recorrente, as suas propostas não eram ajustes adicionais, mas o seu cálculo dos CMILP. A abordagem da Comissão foi incoerente. Com efeito, por um lado, aceita a contabilidade de custos correntes e, por outro lado, recusa os ajustes de otimização, que são conformes aos cálculos dos CMILP. No que diz respeito aos ajustes dos custos da rede, a recorrente considera que estes ajustes, que são indispensáveis para avaliar os CMILP, tinham em conta um determinado nível de capacidade de reserva disponível dentro das exigências dos serviços retalhistas de alto débito.

214 Esta abordagem é corroborada pela jurisprudência. Baseando-se nos Acórdãos de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), e de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comissão (T-271/03, EU:T:2008:101), a recorrente recorda que, em determinadas circunstâncias, pode ser judicioso tomar em consideração os custos dos concorrentes em vez dos custos da empresa em posição dominante. Assim era, no caso vertente, uma vez que a recorrente não podia dispor facilmente de dados para determinar os CMILP.

215 A Comissão contesta esta argumentação da recorrente.

216 A recorrente acusa, em substância, a Comissão de ter cometido um erro no cálculo dos CMILP, ao recusar, nos considerandos 895 a 903 da decisão impugnada, ajustá-los ao nível dos custos incorridos por um operador eficiente que constrói uma rede ótima adaptada para satisfazer a procura atual e futura com base nas informações disponíveis no momento da apreciação efetuada pela Comissão.

217 Assim, conforme indicado no n.º 186, *supra*, na sua resposta à comunicação de acusações, baseando-se no relatório de consultoria, a recorrente propôs um método que assenta na contabilidade de custos correntes, através da estimativa dos custos a jusante para o período compreendido entre 2005 e 2010 com base nos dados a contar do ano de 2011 (considerando 881 da decisão impugnada). Em especial, a recorrente sustentou, nessa resposta, que era necessário, aquando do cálculo dos CMILP, por um

lado, reavaliar os ativos e, por outro, ter em conta as ineficiências da sua rede para a oferta de alto débito. No que diz respeito, nomeadamente, à tomada em consideração dessas ineficiências, a recorrente propôs os ajustes de otimização acima descritos no n.º 186.

- 218 Nos seus próprios cálculos dos CMILP, a recorrente ajustou assim o custo de capital dos ativos e os respetivos valores de amortização nos anos de 2005 a 2010, bem como as despesas de exploração dos referidos ativos, em função do fator de ajuste médio ponderado calculado pelo autor do relatório de consultoria para o ano de 2011 (considerando 897 da decisão impugnada). A recorrente alegou que os ajustes de otimização sugeridos refletiam a capacidade de reserva identificada nos elementos da referida rede, a saber, os ativos retirados desta última por não serem objeto de um uso produtivo, mas que ainda não tinham sido vendidos por esse operador (considerando 898 da decisão impugnada).
- 219 No entanto, a Comissão recusou proceder a estes ajustes de otimização na decisão impugnada.
- 220 Em primeiro lugar, no que respeita à substituição dos ativos existentes pelos seus equivalentes mais modernos, a Comissão referiu, no considerando 900 da decisão impugnada, que essa substituição não podia ser admitida, dado que equivaleria a ajustar os custos sem proceder a um ajuste adequado das amortizações. A Comissão remeteu nesta matéria para os considerandos 889 a 893 da decisão impugnada, nos quais manifestou dúvidas quanto ao ajuste, tal como tinha sido proposto pela recorrente, dos custos dos ativos para o período compreendido entre 2005 e 2010. Além disso, a Comissão considerou, no considerando 901 da decisão impugnada, que uma tal substituição dos ativos existentes não era conforme ao critério do concorrente igualmente eficaz. Com efeito, a jurisprudência confirmou que o caráter abusivo das práticas tarifárias de um operador dominante é, em princípio, determinado em relação à sua própria situação. Ora, no caso em apreço, o ajustamento dos CMILP sugerido pela recorrente era baseado num conjunto de ativos hipotéticos e não nos mesmos ativos que os detidos por este operador.
- 221 Em segundo lugar, relativamente à tomada em consideração da capacidade excedentária das redes com base na capacidade «atualmente» utilizada, a Comissão salientou, no considerando 902 da decisão impugnada, em substância, que, uma vez que os investimentos assentam numa previsão da procura, é inevitável que, no âmbito de uma análise retrospectiva, certas capacidades permaneçam por vezes inutilizadas.
- 222 Nenhuma das alegações formuladas pela recorrente contra esta parte da decisão impugnada pode ser acolhida.
- 223 Em primeiro lugar, é sem razão que a recorrente sustenta que existe uma contradição entre, por um lado, a recusa dos ajustes de otimização dos CMILP e, por outro, a aceitação, no considerando 894 da decisão impugnada, da reavaliação dos ativos por ela proposta. A recorrente nem tão-pouco pode alegar que a Comissão deveria ter aceitado os ajustes de otimização por ela propostos pelo facto de, como para a reavaliação dos ativos, a Comissão não dispor de custos históricos fiáveis no que se refere aos ajustes de otimização.
- 224 Com efeito, a reavaliação dos ativos era baseada nos ativos detidos pela recorrente em 2011. No que diz respeito a esta reavaliação e conforme resulta dos considerandos 885 a 894 da decisão impugnada, a Comissão sublinhou que não dispunha de dados que refletissem melhor os custos incrementais dos ativos de alto débito da recorrente para o período compreendido entre 2005 e 2010. Por esta razão, a Comissão incluiu, na análise da compressão das margens constante da decisão impugnada, a reavaliação dos ativos existentes da recorrente que esta propôs. Porém, a Comissão especificou que a referida reavaliação era suscetível de resultar numa subestimação dos custos dos ativos a jusante.
- 225 Em comparação, conforme resulta do considerando 895 da decisão impugnada, os ajustes de otimização propostos pela recorrente consistiam em corrigir os ativos ao nível aproximativo de um operador eficiente que constrói uma rede ótima adaptada para satisfazer uma futura procura baseada

nas informações «de hoje» e as previsões da procura. Estes ajustes assentavam numa projeção e num modelo de otimização de rede e não numa estimacão que reflita os custos incrementais dos ativos existentes da recorrente.

- 226 Daqui resulta que os ajustes de otimização, em geral, e a substituição dos ativos existentes pelos seus equivalentes mais modernos, em especial, tinham um objeto diferente da reavaliação dos ativos proposta pela recorrente. Por outro lado, a tomada em consideração, pela Comissão, da reavaliação dos ativos existentes proposta pela recorrente, devido à falta de outros dados mais fiáveis sobre os CMILP deste operador, não pressupunha de forma alguma que a Comissão aceitasse necessariamente os ajustes de otimização dos CMILP. A Comissão podia assim tratar de forma diferente, por um lado, a substituição dos ativos existentes pelos seus equivalentes mais modernos e, por outro, a reavaliação dos ativos proposta pela recorrente.
- 227 Em segundo lugar, não se pode acompanhar o entendimento da recorrente quando contesta a conclusão constante do considerando 901 da decisão impugnada, segundo a qual os ajustes de otimização levam a calcular os CMILP com base nos ativos de um concorrente hipotético e não em função dos seus próprios ativos.
- 228 A este respeito, há que recordar que, segundo jurisprudência constante, a apreciação da licitude da política de preços aplicada por uma empresa dominante, à luz do artigo 102.º TFUE, pressupõe, em princípio, fazer referência a critérios de preços baseados nos custos suportados pela empresa dominante e na sua estratégia (v. Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 41 e jurisprudência referida; Acórdão de 29 de março de 2012, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 190; v., igualmente, neste sentido, Acórdão de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comissão*, T-271/03, EU:T:2008:101, n.º 188 e jurisprudência referida).
- 229 Em especial, quanto a uma prática tarifária que conduza à compressão das margens, a utilização de tais critérios de análise permite verificar, em conformidade com o critério do concorrente igualmente eficaz acima referido no n.º 108, se essa empresa teria sido suficientemente eficiente para oferecer sem prejuízo as suas prestações retalhistas aos clientes finais, se tivesse previamente de pagar os seus próprios preços grossistas pelas prestações intermédias (Acórdãos de 14 de outubro de 2010, *Deutsche Telekom/Comissão*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 201; de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 42; e de 29 de março de 2012, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 191).
- 230 Essa abordagem é tanto mais justificada quanto está igualmente em conformidade com o princípio geral da segurança jurídica, uma vez que tomar em conta os custos da empresa dominante lhe permite, atendendo à especial responsabilidade que lhe incumbe por força do artigo 102.º TFUE, apreciar a legalidade dos seus próprios comportamentos. Com efeito, se uma empresa dominante conhece os seus próprios custos e tarifas, em princípio, não conhece os dos seus concorrentes (Acórdãos de 14 de outubro de 2010, *Deutsche Telekom/Comissão*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 202; de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 44; e de 29 de março de 2012, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 192).
- 231 O Tribunal de Justiça especificou, sem dúvida, nos n.ºs 45 e 46 do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83), que não é de excluir que os custos e os preços dos concorrentes possam ser pertinentes ao examinar a prática conducente à compressão das margens. Todavia, resulta desse acórdão que só quando não for possível, tendo em conta as circunstâncias, tomar como referência os preços e os custos da empresa dominante, se deverá examinar os dos concorrentes no mesmo mercado, o que não foi alegado pela recorrente no caso em apreço (v., por analogia, Acórdão de 29 de março de 2012, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, T-336/07, EU:T:2012:172, n.º 193).

- 232 No presente caso, por um lado, a substituição dos ativos existentes pelos seus equivalentes mais modernos visava ajustar os custos dos ativos, retendo o valor dos ativos «atuais», sem, contudo, proceder a ajustamentos adequados das amortizações (considerando 900 da decisão impugnada). Esta substituição levou a calcular a compressão das margens com base em ativos hipotéticos, isto é, ativos que não correspondem aos detidos pela recorrente. Os custos referentes aos ativos da recorrente foram assim subavaliados (considerandos 893 e 900 da decisão impugnada). Por outro lado, tomar em consideração a capacidade excedentária das redes em função da sua capacidade «atualmente» utilizada teria tido por resultado excluir os ativos da recorrente que não são objeto de um uso produtivo (v. n.º 218, *supra*).
- 233 Por conseguinte, à luz dos princípios acima referidos nos n.ºs 228 a 231, a Comissão pôde concluir, sem cometer qualquer erro, que os ajustes de otimização dos CMILP propostos pela recorrente teriam levado, no cálculo da compressão das margens, a se afastar dos custos incorridos por este operador entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010.
- 234 Por último, não se pode acompanhar o entendimento da recorrente quando sustenta que, na decisão impugnada, a Comissão violou o princípio segundo o qual o exame de uma compressão das margens deve basear-se num concorrente eficaz, quando referiu, em substância, que era inevitável que certas capacidades permanecessem por vezes inutilizadas (considerando 902 da decisão impugnada). Com efeito, resulta dos princípios acima referidos nos n.ºs 230 e 231 que a análise de uma prática tarifária conducente à compressão das margens consiste, em substância, em determinar se um concorrente tão eficaz como o operador dominante pode oferecer sem prejuízo os serviços em causa aos clientes finais. Assim, essa apreciação não se faz por referência a um operador perfeitamente eficaz perante as condições do mercado na altura dessa prática. Ora, se a Comissão tivesse aceitado os ajustes de otimização relacionados com as capacidades excedentárias, os cálculos dos CMILP da recorrente teriam refletido os custos relacionados com uma rede ótima correspondente à procura e imune às ineficiências da rede deste operador, ou seja, os custos de um concorrente mais eficaz do que a recorrente. Por conseguinte, no caso vertente, embora esteja assente que uma parte dos ativos pertinentes da recorrente tenha permanecido inutilizada entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010, a Comissão pôde, sem cometer qualquer erro, incluir esta parte dos ativos, isto é, a capacidade excedentária, no cálculo dos CMILP.
- 235 Foi com razão que a Comissão rejeitou os ajustes de otimização e baseou, assim, a sua análise relativa ao caráter abusivo das práticas tarifárias da recorrente, designadamente, em função dos custos desta.
- 236 Em terceiro lugar, contrariamente ao que alega a recorrente, o facto de rejeitar os ajustes de otimização não é contrário às considerações constantes dos Acórdãos de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), e de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comissão (T-271/03, EU:T:2008:101), segundo as quais pode ser judicioso tomar em consideração os custos dos concorrentes em vez dos custos da empresa em posição dominante.
- 237 Com efeito, por um lado, no que respeita ao processo que deu origem ao Acórdão de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom (T-271/03, EU:T:2008:101, n.º 210), os custos de desativação em causa constituíam taxas grossistas faturadas pela empresa dominante ao seu concorrente e faziam parte do custo total suportado por esse concorrente. Estas despesas deviam, assim, ser incluídas no cálculo dos custos de um concorrente igualmente eficaz. Ora, os referidos encargos eram diferentes de uma projeção e de um modelo de otimização de rede, que não refletiam os custos incrementais dos ativos existentes da recorrente (v. n.º 225, *supra*).
- 238 Por outro lado, no que diz respeito ao Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), conforme acima referido nos n.ºs 230 e 231, resulta desse acórdão que só quando não for possível, tendo em conta as circunstâncias, tomar como referência os preços e os custos da empresa dominante, se deverá examinar os dos concorrentes no mesmo mercado. Ora, tal

não sucede no caso vertente, uma vez que os custos dos ativos da recorrente podiam, com base numa reavaliação posterior, ser determinados e constituíam um indicador para avaliar os custos de um concorrente igualmente eficaz.

239 Resulta do acima exposto que a primeira parte do terceiro fundamento deve ser julgada improcedente.

*b) Quanto à segunda parte, relativa ao erro de cálculo no que respeita à compressão das margens, devido à consolidação das receitas e dos custos para o período em causa no seu conjunto e à violação do princípio da segurança jurídica*

240 A recorrente contesta o facto de a Comissão ter recorrido à abordagem que incide sobre vários períodos (método plurianual, exposto no considerando 1013 da decisão impugnada). A Comissão adotou essa abordagem, que não consta da comunicação de acusações, para converter as margens positivas em margens negativas. Com efeito, obteve margens positivas, durante o procedimento administrativo, adotando a abordagem dita «período a período» (ano a ano). No entanto, ao recorrer à abordagem que abrange vários períodos (plurianual), a Comissão alargou o período de infração. Em especial, essa abordagem dita «período a período» (ano a ano) resultou na verificação de margens negativas para cada ano durante o período compreendido entre 2005 e 2010. A margem negativa de 2005, referida na comunicação de acusações, foi, porém, transformada numa margem positiva na decisão impugnada. Por conseguinte, ao aplicar a abordagem dita «período a período» (ano a ano), não há, na realidade, qualquer prática que conduza à compressão das margens durante o ano de 2005. Com base num exemplo numérico, a recorrente conclui que, segundo a abordagem que abrange vários períodos (plurianual) utilizada pela Comissão, uma compressão das margens podia ser identificada para a totalidade do período, ao passo que tal não acontece quando cada ano é consolidado.

241 Por conseguinte, a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) é arbitrária e contrária ao princípio da segurança jurídica, tendo em conta que o período da infração depende inteiramente do período durante o qual as margens são cumuladas e comparadas.

242 A recorrente considera que, se estes erros fossem corrigidos, não haveria fundamento para declarar a prática que conduz à compressão das margens e a Comissão não teria cumprido a sua obrigação de provar a infração. O Anexo A.21 da petição de recurso demonstra a existência de um erro material na análise dos custos e das receitas realizada pela Comissão.

243 O argumento da Comissão segundo o qual uma prática que conduza à compressão das margens pode ser verificada, apesar da existência de uma margem positiva, é contrário à jurisprudência, uma vez que o critério jurídico, para determinar o carácter abusivo de uma prática tarifária que conduza à compressão das margens na aceção do artigo 102.º TFUE, é o de saber se a própria empresa, ou uma empresa tão eficiente como ela, teria sido capaz de oferecer sem prejuízo os seus serviços aos assinantes. A margem positiva não conduz necessariamente a um abuso. A condição *sine qua non* para a determinação de uma prática abusiva conducente à compressão das margens é a existência de uma margem negativa num concorrente igualmente eficaz, que não foi demonstrada no caso em apreço relativamente ao ano de 2005.

244 Além disso, é incorreta a afirmação da Comissão segundo a qual a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) foi proposta pela recorrente, uma vez que, na realidade, sugeriu o método de atualização referido no n.º 194, *supra*.

245 Em primeiro lugar, a Comissão refere que resulta dos considerandos 997 e 998 da decisão impugnada que a abordagem dita «período a período» (ano a ano) permitiu demonstrar que um concorrente igualmente eficaz que utilize, no mercado grossista, o acesso ao lacete local da recorrente apresenta margens negativas e não pode reproduzir de forma rentável a carteira retalhista de alto débito da recorrente. Esta conclusão não é infirmada pelo facto de a margem ser positiva nos últimos quatro

meses de 2005. Só após ter chegado a esta conclusão, a Comissão reforçou a sua análise pela abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual). Quanto aos argumentos relativos ao mérito dessa abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual), a Comissão remete para os argumentos que apresentou no âmbito da segunda parte do segundo fundamento.

- 246 Em segundo lugar, a Comissão alega que resulta do Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige* (C-52/09, EU:C:2011:83, n.ºs 74 e 75), que pode existir uma compressão abusiva, ainda que as margens se mantenham positivas, nos casos em que as práticas da empresa em posição dominante sejam suscetíveis de tornar pelo menos mais difícil, para os operadores em causa, o exercício das suas atividades no mercado, devido, por exemplo, a uma rentabilidade artificialmente reduzida, sempre que estas práticas não sejam justificadas no plano económico. Por conseguinte, o facto de a margem ser positiva nos últimos quatro meses de 2005 não significa automaticamente que a comportamento da recorrente não constitua um abuso durante este período. Pelo contrário, tal comportamento é, segundo a Comissão, constitutiva de um abuso se a política tarifária da recorrente for suscetível de ter um efeito de evicção, para os concorrentes pelo menos tão eficazes como ela, tornando mais difícil, até mesmo impossível, o acesso ao mercado em causa por estes concorrentes. Além disso, a fim de apreciar a licitude da política de preços aplicada por uma empresa em posição dominante, há que fazer referência à sua estratégia, que, no caso em apreço, revela que a recorrente sabia que fixava preços mais elevados do que os seus rendimentos médios, para o acesso grossista, ao nível do lacete local e que podia estar a praticar a compressão das margens.
- 247 Em terceiro lugar, no que respeita às críticas relativas à abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual), a Comissão reitera os seus argumentos segundo os quais o período da infração já tinha sido determinado aplicando a abordagem dita «período a período». Com efeito, baseando-se nessa abordagem, a Comissão concluiu que o período de infração se iniciou em 12 de agosto de 2005. O período definido pelo método que incide sobre vários períodos (plurianual) foi determinado através do período de infração que já tinha sido estabelecido no âmbito da abordagem dita «período a período». Além disso, a Comissão alega que, embora sendo sensível às fragilidades da abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual), essa abordagem foi proposta pela recorrente, nos n.ºs 1388 e 1389 da sua resposta à comunicação de acusações.
- 248 Por último, a tese da recorrente segundo a qual a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) poderia basear-se na duração da subscrição de um cliente ou de um contrato não encontra fundamento na jurisprudência, uma vez que, no processo *Telefónica*, como no caso em apreço, a análise que contempla vários períodos (plurianual) incidiu sobre cerca de cinco anos, que correspondem simultaneamente à duração da infração e à duração de vida dos ativos em causa.
- 249 A interveniente sublinha que a abordagem da Comissão, quando calculou a compressão das margens, foi prudente e favorável à recorrente, uma vez que não incluiu nos CMILP, a fim de evitar postulados puramente hipotéticos sobre estes custos, as despesas de partilha de locais, que constituíam, para os operadores alternativos, um montante desconhecido e, para a recorrente, uma parte importante dos custos associados ao lacete local.
- 250 Com a segunda parte do seu terceiro fundamento, a recorrente acusa a Comissão, em substância, de ter aplicado a abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual) unicamente com vista a alargar o período de infração aos quatro últimos meses de 2005, durante os quais, segundo a abordagem dita «período a período» (ano a ano), existia uma margem positiva. Assim, a Comissão conclui erradamente pela existência de uma compressão das margens durante o ano de 2005 e violado o princípio da segurança jurídica.
- 251 A este respeito, há que recordar que a Comissão concluiu, com base na abordagem dita «período a período» (ano a ano), que a recorrente levou a cabo práticas de compressão das margens desde 12 de agosto de 2005. Com efeito, resulta do considerando 997 da decisão impugnada que, com base numa análise que incide sobre cada ano durante o período em causa, um concorrente igualmente

eficaz que utilize o acesso grossista ao lacete local da recorrente apresenta margens negativas e não pode reproduzir de forma rentável a carteira retalhista de alto débito da recorrente. No considerando 998 da decisão impugnada, a Comissão especificou que o facto de ter havido uma margem positiva durante quatro meses em 2005 não infirma esta conclusão, dado que uma entrada durante quatro meses não pode ser considerada uma entrada numa base sustentável. Segundo a Comissão, os operadores consideram a sua capacidade em obter um rendimento razoável por um período mais longo, que se estende por vários anos (considerando 998 da decisão impugnada). Nesta base, a Comissão concluiu, no considerando 1012 da referida decisão, que, durante o período compreendido entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010, um concorrente tão eficaz como a recorrente não podia reproduzir de forma rentável a carteira retalhista deste operador.

- 252 Todavia, conforme foi referido no n.º 228, *supra*, para apreciar a licitude da política de preços aplicada por uma empresa dominante, há que, em princípio, fazer referência a critérios de preços baseados nos custos suportados pela empresa dominante e na sua estratégia.
- 253 Em especial, tratando-se de uma prática tarifária que conduza à compressão das margens, a utilização de tais critérios de análise permite verificar se esta empresa teria sido suficientemente eficaz para oferecer sem prejuízo as suas prestações retalhistas aos clientes finais, se tivesse previamente de pagar os seus próprios preços grossistas pelas prestações intermédias (v. n.º 229, *supra*, e jurisprudência referida).
- 254 Por um lado, essa abordagem é tanto mais justificada quanto está igualmente em conformidade com o princípio geral da segurança jurídica, uma vez que tomar em conta os custos da empresa dominante lhe permite, atendendo à especial responsabilidade que lhe incumbe por força do artigo 102.º TFUE, apreciar a legalidade dos seus próprios comportamentos. Com efeito, se uma empresa dominante conhece os seus próprios custos e tarifas, em princípio, não conhece os dos seus concorrentes. Por outro lado, um abuso de exclusão afeta igualmente os potenciais concorrentes da empresa dominante, que poderiam ser dissuadidos de fazerem a sua entrada no mercado pela perspectiva de uma falta de rentabilidade (v. n.º 230, *supra*, e jurisprudência referida).
- 255 Daqui decorre que, para determinar os elementos constitutivos da prática de compressão das margens, a Comissão considerou, com razão, no considerando 828 da decisão impugnada, o critério do concorrente igualmente eficaz, que assenta na demonstração de que a empresa dominante não poderia exercer atividades rentáveis a jusante baseando-se no preço grossista aplicado aos seus concorrentes a jusante e no preço retalhista aplicado pelo ramo a jusante desta empresa.
- 256 Ora, conforme resulta dos quadros 32 a 35 da decisão impugnada, a análise efetuada pela Comissão resultou, em todos os cenários considerados e como a própria admitiu no considerando 998 da referida decisão, numa margem positiva para o período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005.
- 257 Numa situação desse tipo, o Tribunal de Justiça já decidiu que, na medida em que a empresa que detém uma posição dominante fixa os seus preços a um nível que cobre o essencial dos custos imputáveis à comercialização do produto ou ao fornecimento da prestação de serviços em questão, um concorrente tão eficaz como essa empresa terá, em princípio, a possibilidade de concorrer com estes preços sem incorrer em perdas inportáveis a longo prazo (Acórdão de 27 de março de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 38).
- 258 Daqui decorre que, durante o período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005, um concorrente tão eficaz como a recorrente tinha, em princípio, a possibilidade de concorrer com ela no mercado retalhista dos serviços de alto débito, contanto que lhe fosse concedido um acesso desagregado ao lacete local, sem incorrer em perdas inportáveis a longo prazo.

- 259 O Tribunal de Justiça decidiu, sem dúvida, que, se uma margem for positiva, não é de excluir que a Comissão possa, no âmbito da apreciação do efeito de evicção de uma prática tarifária, demonstrar que a aplicação da referida prática podia, por exemplo, devido a uma redução da rentabilidade, tornar pelo menos mais difícil para os operadores em causa o exercício das suas atividades nesse mercado (v., neste sentido, Acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 74). Pode relacionar-se esta jurisprudência com o artigo 2.º do Regulamento n.º 1/2003, segundo o qual, em todos os processos de aplicação do artigo 102.º TFUE, o ónus da prova de uma violação deste artigo incumbe à parte ou à autoridade que a alega, ou seja, no caso vertente, à Comissão.
- 260 Todavia, no caso em apreço, impõe-se constatar que a Comissão não demonstrou na decisão impugnada que a prática tarifária da recorrente, no período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005, tenha produzido tais efeitos de evicção. Ora, essa demonstração impunha-se, mais especificamente, devido a presença de margens positivas.
- 261 A mera afirmação, no considerando 998 da decisão impugnada, de que os operadores consideram a sua capacidade em obter um rendimento razoável por um período mais longo, que se estende por vários anos, não pode constituir essa prova. Tal circunstância, admitindo que esteja demonstrada, assenta, com efeito, numa análise prospetiva de rendibilidade, necessariamente aleatória. Além disso, no presente processo, as referidas margens positivas surgem no início do período em causa, numa altura em que não se verificava ainda qualquer margem negativa. Nestas circunstâncias, há que considerar que o fundamento constante do considerando 998 da decisão impugnada não satisfaz a exigência resultante do princípio da segurança jurídica acima referida no n.º 230, segundo a qual uma empresa dominante deve poder apreciar a conformidade dos seus comportamentos com o artigo 102.º TFUE.
- 262 Pelo mesmo motivo, a verificação de margens negativas, pela aplicação da abordagem que incide sobre vários períodos (plurianual), não pode pôr em causa esta apreciação, uma vez que, no caso vertente, essa abordagem resultou nessa conclusão apenas por via de uma ponderação das margens positivas para o ano de 2005 com as margens negativas verificadas, respetivamente, para os anos de 2006 a 2010 (considerando 1013 da decisão impugnada) e os anos de 2006 a 2008 (considerando 1014 da decisão impugnada).
- 263 Além disso, no considerando 1026 da decisão impugnada, a Comissão considerou, com base em documentos de abril de 2005 elaborados pelo departamento jurídico da recorrente e referentes a uma estratégia de submissão da oferta de referência relativa ao acesso desagregado ao lacete local e aos preços do ULL, que esta última sabia, desde 12 de agosto de 2005, que os preços grossistas a nível do lacete local exerciam uma compressão das margens dos operadores alternativos.
- 264 No entanto, há que sublinhar que, tendo em conta a presença de margens positivas entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005, a Comissão tinha uma obrigação especial no que se refere a prova dos efeitos de expulsão da prática de compressão das margens imputada à recorrente durante este período (v. jurisprudência referida no n.º 259, *supra*).
- 265 Assim, a alegação da Comissão e os documentos invocados para sustentar a mesma não bastam para demonstrar o efeito de expulsão da prática de compressão das margens imputada à recorrente, e, por exemplo, uma redução da rentabilidade, suscetível de tornar pelo menos mais difícil para os operadores em causa o exercício das suas atividades no mercado em causa.
- 266 Aliás, os pontos 9 e 10 da decisão impugnada, consagrados aos efeitos anticoncorrenciais do comportamento da recorrente, não contêm qualquer análise dos efeitos da alegada prática de compressão das margens no período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005.
- 267 Por conseguinte, atendendo a uma jurisprudência assente segundo a qual a existência de uma dúvida no espírito do juiz deve aproveitar à empresa destinatária da decisão que declara uma infração (Acórdãos de 8 de julho de 2004, *JFE Engineering e o./Comissão*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e



T-78/00, EU:T:2004:221, n.º 177, e de 12 de julho de 2011, Hitachi e o./Comissão, T-112/07, EU:T:2011:342, n.º 58), há que considerar que a Comissão não fez prova de que a prática da recorrente conducente a uma compressão das margens teve início antes de 1 de janeiro de 2006. Uma vez que a decisão impugnada enferma, por conseguinte, de um erro de apreciação nesta matéria, não se mostra necessário analisar se este método viola também, conforme alega a recorrente, o artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003.

268 Tendo em conta o acima exposto, a segunda parte do terceiro fundamento invocado pela recorrente deve ser parcialmente julgada procedente e o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da decisão impugnada deve ser anulado, na medida em que declara que, no período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005, a recorrente aplicou tarifas não equitativas que não permitiam a um operador igualmente eficiente, através do acesso grossista aos lacetes locais desagregados da recorrente, reproduzir sem incorrer perdas os serviços retalhistas oferecidos pela recorrente.

[Omissis]

*5. Quanto ao quinto fundamento, invocado a título subsidiário, relativo a erros na determinação do montante da coima*

427 Com o seu quinto fundamento, invocado a título subsidiário, a recorrente alega que a Comissão cometeu erros na determinação do montante da coima aplicada à recorrente. Este fundamento subdivide-se em duas partes. A primeira parte é relativa a um erro manifesto de apreciação, ao ter sido considerado pela Comissão, para efeitos de cálculo do montante da coima, o volume de negócios da recorrente relativo ao exercício de 2010. A segunda parte é relativa a um erro manifesto de apreciação no que diz respeito à data do início do período da infração.

*a) Quanto à primeira parte, relativa a um erro manifesto de apreciação, ao ter sido considerado, para efeitos de cálculo do montante da coima, o volume de negócios da recorrente relativo ao exercício de 2010*

428 A recorrente entende que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar, nos termos do ponto 13 das Orientações de 2006, que o montante de base da coima devia ser calculado com base no volume de negócios do último ano completo da prática da infração, ou seja, designadamente, o volume de negócios realizado pela recorrente no ano de 2010, no mercado dos lacetes locais cujo acesso é desagregado e da rede fixa de banda larga.

429 Ao fazê-lo, a Comissão afastou-se da sua própria prática decisória, ou seja, a Decisão C(2011) 4378 final, de 22 de junho de 2011, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 102.º TFUE (processo COMP/39.525 — Telekomunikacja Polska) (a seguir «decisão Telekomunikacja Polska»). Com efeito, no considerando 896 dessa decisão, a Comissão referiu que devia ser utilizada a média das vendas anuais, devido, por um lado, ao aumento significativo das vendas nesse mercado durante o período em causa, especialmente as vendas grossistas e, por outro, ao facto de o mercado estar ainda em fase de desenvolvimento e, por conseguinte, progredir mais do que as taxas de crescimento normais de um mercado na altura da infração. Há que aplicar este entendimento ao caso em apreço, uma vez que a Comissão reconheceu, na decisão impugnada, que o volume de negócios da recorrente aumentou 133 % entre 2005 e 2010. Por conseguinte, sustentando-se nessa decisão, a recorrente considera que o montante de base da coima devia ser calculado com base na média dos cinco anos da prática da infração verificada pela Comissão.

430 Ora, o facto de se basear no último exercício teria por efeito, no caso em apreço, a aplicação pela Comissão à recorrente de normas mais estritas do que as aplicadas na decisão Telekomunikacja Polska. A recorrente acrescenta, a este respeito, que, embora a Comissão disponha de uma margem de apreciação para fixar o montante das coimas, não pode agir de forma arbitrária e incoerente.

- 431 A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta esta argumentação.
- 432 Antes de mais, há que relembrar que o artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 dispõe que, quando se determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração a gravidade e a duração da infração.
- 433 Mais, há que recordar que, por força do ponto 13 das Orientações de 2006, «[p]ara determinar o montante de base da coima a aplicar, a Comissão utilizará o valor das vendas de bens ou serviços, realizadas pela empresa, relacionadas direta ou indiretamente [...] com a infração, na área geográfica em causa no território do Espaço Económico Europeu ("EEE")» e que, para o efeito, «utilizará em princípio as vendas realizadas pela empresa durante o último ano completo da sua participação na infração».
- 434 Resulta, aliás, da jurisprudência que a parte do volume de negócios proveniente das mercadorias ou serviços objeto da infração é de natureza a proporcionar uma indicação correta da amplitude de uma infração no mercado em causa, uma vez que o volume de negócios realizado com os mesmos constitui um elemento objetivo que dá uma justa medida da nocividade dessa prática para o jogo normal da concorrência (v., neste sentido, Acórdão de 28 de junho de 2016, Portugal Telecom/Comissão, T-208/13, EU:T:2016:368, n.º 236 e jurisprudência referida).
- 435 O ponto 13 das Orientações de 2006 tem, assim, por objetivo, tratando-se de uma infração ao artigo 102.º TFUE, fixar como ponto de partida, para o cálculo do montante da coima aplicada à empresa em causa, um montante que reflita a importância económica da infração (v., neste sentido, Acórdãos de 11 julho de 2013, Team Relocations e o./Comissão, C-444/11 P, não publicado, EU:C:2013:464, n.º 76; de 12 de novembro de 2014, Guardian Industries e Guardian Europe/Comissão, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, n.º 57; e de 23 de abril de 2015, LG Display e LG Display Taiwan/Comissão, C-227/14 P, EU:C:2015:258, n.º 53).
- 436 Porém, há que salientar também que a autolimitação do poder de apreciação da Comissão resultante da adoção das Orientações de 2006 não é incompatível com a manutenção de uma margem de apreciação substancial desta instituição. Com efeito, as referidas orientações contêm diversos elementos de flexibilidade que permitem à Comissão exercer o seu poder de apreciação em conformidade com as disposições do Regulamento n.º 1/2003, tais como interpretadas pelos órgãos jurisdicionais da União (v., neste sentido, Acórdão de 11 de julho de 2013, Team Relocations e o./Comissão, C-444/11 P, não publicado, EU:C:2013:464, n.º 96 e jurisprudência referida), ou até mesmo com outras regras e princípios do direito da União. Em especial, o próprio ponto 13 das Orientações de 2006 especifica que a Comissão deve «em princípio» utilizar as vendas da empresa em causa durante o último ano completo da sua participação na infração para o cálculo do montante da coima de base (v., neste sentido, Acórdão de 9 de setembro de 2015, Samsung SDI e o./Comissão, T-84/13, não publicado, EU:T:2015:611).
- 437 No caso em apreço, resulta dos considerandos 1490 a 1495 da decisão impugnada que, para determinar o montante de base da coima aplicada solidariamente à recorrente e à Deutsche Telekom, a Comissão teve em conta as vendas realizadas pela recorrente durante o último exercício completo da sua participação na infração, ou seja, o volume de negócios realizado por este operador no mercado de acesso aos lacetes locais desagregados e do alto débito de retalho para os serviços fixos em 2010. A Comissão aplicou, assim, o ponto 13 das Orientações de 2006.
- 438 Ora, não se pode acompanhar o entendimento da recorrente quando sustenta que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao não se afastar desta regra no caso em apreço, a despeito do forte aumento do seu volume de negócios no período em causa.

- 439 Com efeito, por um lado, se a recorrente alega que, durante os anos de 2005 a 2010, o seu volume de negócios aumentou 133 %, passando de 31 184 949 euros para 72 868 176 euros, não apresenta, porém, qualquer elemento suscetível de demonstrar que este último volume de negócios, realizado no último ano civil completo da infração, não constituía, no momento em que a Comissão proferiu a decisão impugnada, uma indicação da sua verdadeira dimensão, do seu poder económico no mercado e da amplitude da infração em causa.
- 440 Por outro lado, não se pode acompanhar o entendimento da recorrente quando esta acusa a Comissão de ter ignorado a decisão Telekomunikacja Polska e de não ter, assim, observado a sua prática anterior e de ter imposto um critério diferente do previsto no ponto 13 das Orientações de 2006.
- 441 Com efeito, resulta de uma jurisprudência constante que a prática decisória anterior da Comissão não pode servir de quadro jurídico às coimas em matéria de concorrência e que as decisões relativas a outros processos têm caráter meramente indicativo no que diz respeito à eventual existência de uma violação do princípio da igualdade de tratamento, tendo em conta que é pouco verosímil que as circunstâncias propícias às mesmas, como os mercados, os produtos, as empresas e os períodos em causa, sejam idênticas (v. Acórdão de 24 de setembro de 2009, Erste Group Bank e o./Comissão, C-125/07 P, C-133/07 P e C-137/07 P, EU:C:2009:576, n.º 233 e jurisprudência referida; Acórdãos de 16 de junho de 2011, Heineken Nederland e Heineken/Comissão, T-240/07, EU:T:2011:284, n.º 347, e de 27 de fevereiro de 2014, InnoLux/Comissão, T-91/11, EU:T:2014:92, n.º 144).
- 442 Assim, as decisões anteriores da Comissão em matéria de coimas só podem ter relevância à luz do respeito do princípio da igualdade de tratamento se se demonstrar que os dados circunstanciais dos processos relativos a essas decisões, como os mercados, os produtos, os países, as empresas e os períodos em causa, são comparáveis com os do caso em apreço (v. Acórdãos de 13 de setembro de 2010, Trioplast Industrier/Comissão, T-40/06, EU:T:2010:388, n.º 145 e jurisprudência referida; de 29 de junho de 2012, E.ON Ruhrgas e E.ON/Comissão, T-360/09, EU:T:2012:332, n.º 262 e jurisprudência referida; e de 9 de setembro de 2015, Philips/Comissão, T-92/13, não publicado, EU:T:2015:605, n.º 204 e jurisprudência referida).
- 443 Ora, no caso em apreço, a recorrente não apresentou qualquer elemento suscetível de demonstrar que os dados circunstanciais do processo que deu origem à decisão Telekomunikacja Polska eram comparáveis aos do presente caso. A Comissão especificou nos seus articulados que, neste último processo, teve em conta a média do volume de negócios dos anos de 2005 a 2009, pelo facto de o volume de negócios relevante do período em causa ter conhecido um aumento exponencial, ou seja, um aumento de 2 800 % para o período de 2006 a 2007, um aumento de 370 % para o período de 2007 a 2008 e um aumento de 160 % para o período de 2008 a 2009. Ora, decorre destes números, cuja exatidão não é posta em causa pela recorrente, que, por um lado, a taxa de crescimento do volume de negócios era muito mais elevada no processo que deu origem à decisão Telekomunikacja Polska do que a do volume de negócios da recorrente no caso vertente e que, por outro, esse volume de negócios evoluiu de forma menos estável do que o volume de negócios observado no caso em apreço.
- 444 Resulta do acima exposto que, tendo em conta, no presente caso, o volume de negócios realizado pela recorrente no ano que terminou em 31 de dezembro de 2010, ou seja, o último ano completo de participação na infração, e dando, assim, cumprimento a regra que foi por ela estabelecida no ponto 13 das Orientações de 2006, a Comissão não excedeu os limites do seu poder de apreciação em matéria de fixação do montante das coimas.
- 445 A primeira parte do quinto fundamento deve, assim, ser julgada improcedente.

*b) Quanto à segunda parte, relativa a um erro manifesto de apreciação no que diz respeito à data do início do período da infração*

- 446 Com a segunda parte, a recorrente sustenta que a decisão impugnada enferma de um erro manifesto de apreciação, na medida em que conclui pela existência de uma infração a contar de 12 de agosto de 2005, data de publicação da oferta de referência. Sendo um contrato-quadro, esta oferta era destinada a evoluir, em especial, durante as negociações com terceiros na sequência dos conselhos das autoridades reguladoras nacionais.
- 447 Mais especificamente, a recorrente sublinha que, por um lado, a referida oferta foi a primeira por ela elaborada, o que tornava as clarificações e alterações através de negociações ainda mais necessárias.
- 448 Por outro lado, o entendimento da Comissão segundo o qual a infração tem início com a publicação da oferta de referência não se mostra conforme à sua prática decisória. Com efeito, a título de exemplo, na sua decisão C(2004) 1958 final, de 2 de junho de 2004 (processo COMP/38.096 - Clearstream) (a seguir «decisão Clearstream»), a Comissão concluiu que a Clearstream tinha abusado da sua posição dominante ao recusar fornecer, de forma dissimulada, à Euroclear serviços primários de compensação e liquidação de ações registadas. Porém, a Comissão reconheceu que era necessário dar algum tempo às partes para lhes permitir negociar os termos dos contratos (considerando 341 da decisão Clearstream). De igual modo, na decisão Telekomunikacja Polska, a Comissão não reteve como ponto de partida da infração a data da publicação da oferta de referência, mas o dia em que começaram as primeiras negociações com os outros operadores.
- 449 A recorrente considera que só após terem fracassado as negociações sobre o acesso, devido ao caráter não razoável das condições estabelecidas pelo detentor da rede, é que pode existir uma infração pela recusa de fornecimento. Ademais, segundo a recorrente, é sobre a Comissão que recai o ónus da prova do momento em que falharam as negociações devido às exigências não razoáveis da recorrente. Aliás, há que ter em conta o facto de que as negociações sobre o acesso são, por definição, longas e difíceis devido à complexidade da matéria.
- 450 A título subsidiário, a recorrente considera que a alegada recusa de acesso começa, ou no termo de um prazo razoável para a normal concessão do acesso pedido, tendo em conta os preparativos necessários a ambos os lados (considerando 341 da decisão Clearstream), ou no dia em que começaram as primeiras negociações sobre o acesso com os outros operadores (considerando 909 da decisão Telekomunikacja Polska).
- 451 A Comissão, apoiada pela interveniente, contesta esta argumentação.
- 452 A este respeito, é ponto assente que o presidente da TUSR, por decisão de 14 de junho de 2005, impôs à recorrente o fornecimento de um acesso desagregado ao seu lacete local em condições equitativas e razoáveis e que foi para cumprir esta obrigação que a recorrente publicou, em 12 de agosto de 2005, uma oferta de desagregação de referência (v. n.<sup>os</sup> 9 e 10, *supra*).
- 453 Por outro lado, a recorrente não contesta a descrição do teor da sua oferta de referência constante da secção 7.6 da decisão impugnada («Cláusulas e condições não equitativas de ST»), nos termos da qual a Comissão concluiu, no considerando 820 da referida decisão, que as cláusulas e condições desta oferta foram fixadas de forma a tornar o acesso desagregado ao lacete local inaceitável para os operadores alternativos.
- 454 Ora, resulta desta parte da decisão impugnada que as práticas abusivas que aí foram qualificadas pela Comissão de «recusa de fornecimento» resultavam, essencialmente, da própria oferta de referência.

- 455 Assim, no que diz respeito, em primeiro lugar, à dissimulação aos operadores alternativos de informações referentes à rede da recorrente, necessárias à desagregação do lacete local, resulta, antes de mais, do considerando 439 da decisão impugnada que a Comissão considerou que a oferta de referência não continha as informações de base sobre a localização dos pontos de acesso físico e a disponibilidade dos lacetes locais em partes bem determinadas da rede de acesso. Por outro lado, nos considerandos 443 a 528 da decisão impugnada, a Comissão examinou, sem dúvida, as informações relativas à rede, fornecidas pela recorrente a pedido de um operador alternativo, na perspetiva de uma desagregação. Porém, decorre também desta parte da decisão impugnada que as modalidades de acesso a tais informações, consideradas pela Comissão como não equitativas e, portanto, dissuasivas para os operadores alternativos, resultavam da própria oferta de referência. A Comissão criticou, designadamente, o facto de, em primeiro lugar, a oferta de referência não ter determinado o alcance exato das informações referentes à rede que a recorrente colocaria à disposição dos operadores alternativos, especificando as categorias de informação em causa (considerando 507 da decisão impugnada), em segundo lugar, a referida proposta apenas prever o acesso às informações provenientes de sistemas de informação não públicos após a conclusão do acordo-quadro sobre o acesso ao lacete local (considerando 510 da decisão impugnada) e, em terceiro lugar, a proposta subordinar esse acesso às informações referentes à rede da recorrente ao pagamento pelo operador alternativo de taxas elevadas (considerandos 519 e 527 da decisão impugnada).
- 456 Em segundo lugar, quanto à redução pela recorrente do alcance da sua obrigação regulamentar em matéria de acesso desagregado ao lacete local, resulta, antes de mais, dos considerandos 535 e 536 da decisão impugnada que a limitação desta obrigação apenas às linhas ativas (v. n.º 32, *supra*), imputada pela Comissão à recorrente, resulta do ponto 5.2 da parte introdutória da sua oferta de referência. Mais, resulta designadamente dos considerandos 570, 572, 577, 578 e 584 da decisão impugnada que é à luz do estipulado no anexo 3 da referida oferta de referência que a Comissão concluiu que a recorrente tinha excluído de forma injustificada os serviços em conflito da sua obrigação em matéria de acesso desagregado ao lacete local (v. n.º 33, *supra*). Por último, decorre do considerando 606 da decisão impugnada que a regra de limitação de utilização do cabo de 25 %, imposta pela recorrente para o acesso desagregado ao lacete local e considerada injustificada pela Comissão (v. n.º 34, *supra*), resulta do anexo 8 da oferta de referência.
- 457 Em terceiro lugar, quanto à fixação pela recorrente de condições não equitativas em matéria de desagregação relativamente à partilha de locais, previsões, reparação, manutenção, conservação, bem como à constituição de uma garantia bancária, resultaram todas, tal como demonstrado na secção 7.6.4 da decisão impugnada, da oferta de referência publicada por este operador em 12 de agosto de 2005. Assim, as cláusulas consideradas não equitativas pela Comissão constam dos anexos 4, 5, 14 e 15 da referida oferta para a partilha de locais (considerandos 653, 655 e 683 da decisão impugnada), dos anexos 12 e 14 para a obrigação de previsão pelos operadores alternativos (considerandos 719 e 726 a 728 da decisão impugnada), do anexo 5 para o procedimento de qualificação dos lacetes locais (considerandos 740, 743, 767, 768 e 774 da decisão impugnada), do Anexo 11 para as cláusulas e condições relativas às reparações, manutenção e conservação (considerandos 780, 781, 787, 790 e 796 da decisão impugnada) e dos anexos 5 e 17 para a garantia bancária exigida ao operador alternativo candidato ao acesso desagregado (considerandos 800, 802 a 807, 815 e 816 da decisão impugnada).
- 458 Daqui resulta que, mesmo admitindo que algumas destas modalidades de acesso pudessem ser passíveis de flexibilização no âmbito de negociações bilaterais entre a recorrente e os operadores candidatos ao acesso, o que a recorrente se limita a afirmar sem qualquer prova que o sustente, a Comissão concluiu com razão que a oferta de referência, publicada em 12 de agosto de 2005, podia ter dissuadido a contar desta data a apresentação de pedidos de acesso por operadores alternativos, devido às cláusulas e condições não equitativas constantes da mesma.
- 459 Nessas circunstâncias, a Comissão não cometeu qualquer erro ao considerar que a recorrente tinha, devido às modalidades de acesso constantes da sua oferta de referência publicada em 12 de agosto de 2005, comprometido a entrada de operadores alternativos no mercado retalhista de massa (ou grande

público) para os serviços de alto débito em posição fixa na Eslováquia, a despeito da obrigação que recaía sobre ela neste sentido por força da decisão da TUSR, e que este comportamento era assim suscetível de ter tais efeitos negativos na concorrência a contar desta data (v., nomeadamente, considerando 1048, 1050, 1109, 1184 e 1520 da decisão impugnada).

- 460 Esta conclusão não é contrariada pela alegação da recorrente, segundo a qual a Comissão violou a sua própria prática decisória, isto é, a abordagem retida na decisão Clearstream e na decisão Telekomunikacja Polska. Com efeito, basta referir que estas decisões foram tomadas num contexto diferente do do presente processo e, portanto, não permitem determinar que a Comissão se afastou na decisão impugnada da sua prática decisória anterior.
- 461 Assim, em primeiro lugar, relativamente à decisão Clearstream, basta sublinhar que esta decisão, contrariamente à decisão impugnada no caso em apreço, ocorreu num contexto caracterizado pela falta de qualquer obrigação regulamentar, para a empresa detentora da infraestrutura em causa, de conceder a outras empresas um acesso a esta infraestrutura e pela falta de obrigação imposta a esta empresa de publicar uma oferta de referência especificando as modalidades e condições de um tal acesso.
- 462 Por outro lado, o prazo de quatro meses, que o Tribunal Geral considerou corresponder ao prazo razoável para a prestação dos serviços primários de compensação e de liquidação pela Clearstream, foi determinado comparando os exemplos em que a Clearstream concedia o acesso ao seu sistema Cascade RS. Por conseguinte, importa referir que, nesse processo, existiam vários exemplos em que a Clearstream tinha concedido o acesso, que permitiram à Comissão, e mais tarde ao Tribunal Geral, chegar à conclusão de que o prazo de quatro meses era razoável para fornecer um tal acesso (Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão, T-301/04, EU:T:2009:317, n.º 151). Todavia, no presente processo, dado que a recorrente facultou o acesso aos seus lacetes locais a um único outro operador, em 18 de dezembro de 2009, não existia qualquer exemplo que pudesse servir de referência, pelo que não podia ser fixado um «prazo razoável» pela Comissão. Daqui resulta que as circunstâncias do presente processo não são em nada comparáveis às do processo que deu origem ao Acórdão de 9 de setembro de 2009, Clearstream/Comissão (T-301/04, EU:T:2009:317).
- 463 Em segundo lugar, relativamente à decisão Telekomunikacja Polska, é nela referido pela Comissão que o operador histórico em causa tinha abusado da sua posição dominante no mercado grossista polaco de acesso em alto débito e de acesso desagregado ao lacete local, ao recusar dar acesso à sua rede e fornecer produtos grossistas pertencentes a esses mercados para proteger a sua posição no mercado retalhista. Além disso, o contexto do processo Telekomunikacja Polska caracterizava-se por uma obrigação regulamentar de acesso análoga à que recai sobre a recorrente no presente processo e pela exigência imposta ao operador de telecomunicações polaco em causa de publicar uma oferta de referência para o acesso desagregado ao seu lacete local. No entanto, resulta de uma análise pormenorizada da decisão Telekomunikacja Polska que a abordagem seguida nesta decisão não apresenta qualquer contradição com a retida na decisão impugnada. Com efeito, na decisão Telekomunikacja Polska, a Comissão salientou que a estratégia anticoncorrencial do operador dominante se tinha, essencialmente, materializado apenas no decurso das negociações com os operadores alternativos candidatos à obtenção de um acesso desagregado ao lacete local e de um acesso grossista aos serviços de alto débito do operador dominante. Assim, as condições não razoáveis de acesso resultaram das propostas de contratos de acesso feitas, pelo operador dominante em causa, no âmbito das negociações com os operadores alternativos. Por outro lado, o atraso no processo de negociação dos acordos de acesso não pôde, hipoteticamente, ser identificado logo aquando da publicação da primeira oferta de referência do operador dominante. Além disso, a limitação do acesso, pelo operador dominante, à sua rede desenvolveu-se numa fase posterior à conclusão dos acordos de acesso grossista com os operadores alternativos. Ademais, a limitação do acesso efetivo às linhas de assinantes ocorreu após a obtenção, pelo operador alternativo em causa, de um acesso a um espaço de partilha de locais ou da autorização para a instalação de um cabo de correspondência. Por último, os problemas de acesso a informações gerais fiáveis e exatas, indispensáveis para os operadores

alternativos tomarem decisões em matéria de acesso, manifestaram-se em cada fase do processo de acesso à rede do operador dominante. Os comportamentos do operador dominante no processo Telekomunikacja Polska diferem, portanto, das práticas que são qualificadas de «recusa de fornecimento» pela Comissão na decisão impugnada, que, como decorre da análise constante dos n.ºs 455 a 459, *supra*, resultam, essencialmente, da oferta de referência para o acesso desagregado ao lacete local da própria recorrente. Estas diferenças justificam que, contrariamente à decisão Telekomunikacja Polska, em que o ponto de partida da infração ao artigo 102.º TFUE é fixado na data em que foram iniciadas as primeiras negociações de acesso entre o operador dominante em causa e um operador alternativo, isto é, vários meses após a publicação da primeira oferta de referência (considerando 909 e nota de rodapé 1259 da decisão impugnada), a Comissão reteve, no caso vertente, o 12 de agosto de 2005, ou seja, a data de publicação da oferta de referência, como data de início da recusa implícita de acesso ao lacete local.

- 464 Pelo mesmo motivo, há que rejeitar o argumento da recorrente segundo o qual a infração pela recusa de fornecimento apenas pode ser estabelecida após o fracasso das negociações sobre o acesso devido ao caráter não razoável das condições fixadas pelo titular da rede. Além disso, não é certo que as negociações teriam podido resultar na supressão das cláusulas e condições não equitativas constantes da oferta de referência.
- 465 No que diz respeito à alegação da recorrente segundo a qual recai sobre a Comissão o ónus da prova do momento em que as negociações falharam devido às exigências não razoáveis da recorrente, por um lado, pelos motivos acima indicados nos n.ºs 461 a 464, essa data não pode ser pertinente para determinar o início da infração. Por outro lado, como alega a interveniente, a data exata do fracasso das negociações não pode ser determinada de forma objetiva, pelo que a Comissão não tem de produzir tal prova.
- 466 Relativamente aos argumentos apresentados a título subsidiário, na parte em que a recorrente considera que a alegada recusa de acesso deve começar no termo de um prazo razoável para a normal concessão do acesso pedido, tendo em conta os preparativos necessários a ambos os lados (considerando 341 da decisão Clearstream), há que mencionar que esse prazo razoável não existe no caso em apreço, pelos motivos constantes dos n.ºs 460 a 462, *supra*. Por conseguinte, este argumento deve ser rejeitado. Na parte em que a recorrente pretende que a infração tenha início no dia das primeiras negociações sobre o acesso com os outros operadores (considerando 909 da decisão Telekomunikacja Polska), como foi considerado, em substância, nos n.ºs 463 e 464, *supra*, as negociações não têm relevância para determinar o início da infração no presente caso. Por conseguinte, este argumento também deve ser rejeitado.
- 467 A segunda parte, relativa a um erro cometido pela Comissão ao ter considerado que a recusa implícita de acesso ao lacete local teve início em 12 de agosto de 2005, deve, portanto, ser julgada improcedente.
- 468 Há que acrescentar que a recorrente não contesta a qualificação de infração única e continuada feita pela Comissão, no que se refere ao conjunto de práticas mencionadas no artigo 1.º, n.º 2, da decisão impugnada, a saber, a) a dissimulação aos operadores alternativos das informações sobre a rede necessárias para a desagregação dos lacetes locais; b) a redução do âmbito de aplicação das suas obrigações referentes à desagregação dos lacetes locais; c) a fixação de modalidades e condições não equitativas na sua oferta de desagregação de referência no que diz respeito à partilha de locais, qualificação, previsões, reparações e garantias bancárias; d) a aplicação de tarifas não equitativas que não permitem a um operador igualmente eficiente, através do acesso grossista aos lacetes locais desagregados da recorrente, reproduzir sem incorrer perdas os serviços retalhistas oferecidos pela recorrente.

469 Nestas circunstâncias, e na medida em que a segunda parte do presente fundamento, relativa a um erro cometido pela Comissão ao ter considerado que a recusa implícita de acesso ao lacete local teve início em 12 de agosto de 2005, foi julgada improcedente (v. n.º 467, *supra*), é com razão que a Comissão declarou que a infração única e continuada objeto da decisão impugnada teve início em 12 de agosto de 2005.

470 Por conseguinte, há que julgar improcedente na íntegra o quinto fundamento.

471 Resulta de tudo quanto precede que o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da decisão impugnada deve ser anulado, na medida em que refere que, no período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005, a recorrente aplicou tarifas não equitativas que não permitiam a um operador igualmente eficaz, através do acesso grossista aos seus lacetes locais desagregados, reproduzir sem incorrer perdas os serviços retalhistas por ela oferecidos (v. n.º 268, *supra*). Consequentemente, o artigo 2.º da referida decisão deve também ser anulado, na medida em que se refere à recorrente. Os pedidos de anulação da decisão impugnada devem, no mais, ser julgados improcedentes.

#### **IV. Quanto aos pedidos, formulados a título subsidiário, com vista à alteração do montante da coima**

472 A recorrente pede ainda ao Tribunal Geral, a título subsidiário, a redução do montante das coimas que lhe foram aplicadas pela decisão impugnada.

473 Há que referir, a este respeito, que, segundo jurisprudência constante, a fiscalização da legalidade prevista no artigo 263.º TFUE implica que o juiz da União exerça uma fiscalização, tanto de direito como de facto, da decisão impugnada à luz dos argumentos invocados pela recorrente e que este tenha o poder de apreciar as provas, de anular a referida decisão e de alterar o montante das coimas (v., neste sentido, Acórdãos de 3 de setembro de 2009, *Prym e Prym Consumer/Comissão*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, n.º 86 e jurisprudência referida; de 26 de janeiro de 2017, *Duravit e o./Comissão*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, n.º 30 e jurisprudência referida, e de 27 de março de 2014, *Saint-Gobain Glass France e o./Comissão*, T-56/09 e T-73/09, EU:T:2014:160, n.º 461 e jurisprudência referida).

474 A fiscalização da legalidade é completada pela competência de plena jurisdição que é reconhecida ao juiz da União no artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003, em conformidade com o artigo 261.º TFUE. Esta competência habilita o juiz, para além da simples fiscalização da legalidade da punição, a substituir a apreciação da Comissão pela sua própria apreciação e, deste modo, a suprimir, reduzir ou aumentar a coima ou a sanção pecuniária compulsória aplicada (Acórdãos de 8 de dezembro de 2011, *Chalkor/Comissão*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, n.º 63, e de 8 de dezembro de 2011, *KME Germany e o./Comissão*, C-389/10 P, EU:C:2011:816, n.º 130; v., igualmente, Acórdão de 26 de janeiro de 2017, *Duravit e o./Comissão*, C-609/13 P, EU:C:2017:46, n.º 31 e jurisprudência referida).

475 Ora, importa sublinhar que o exercício desta competência de plena jurisdição não equivale a um conhecimento oficioso e que o processo nos órgãos jurisdicionais da União é contraditório. Assim, com exceção dos fundamentos de ordem pública que o juiz tem o dever de suscitar oficiosamente, é à recorrente que compete, em princípio, suscitar fundamentos contra a decisão impugnada e apresentar elementos de prova que alicercem estes fundamentos (v., neste sentido, Acórdão de 10 de julho de 2014, *Telefónica e Telefónica de España/Comissão*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, n.º 213 e jurisprudência referida).

476 É à luz destes princípios que cumpre apreciar se o montante das coimas aplicadas pela Comissão na decisão impugnada deve ser alterado.



- 477 Conforme resulta dos n.ºs 267, 268 e 471, *supra*, a Comissão não provou que a prática que conduza a uma compressão das margens levada a cabo pela recorrente começou antes de 1 de janeiro de 2006 e, conseqüentemente, o artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da decisão impugnada deve ser anulado, na medida em que diz respeito à recorrente e inclui, na infração única e continuada, uma compressão das margens que teria sido praticada entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005.
- 478 Quanto à repercussão deste erro no montante de base da coima a que está obrigada solidariamente a recorrente, o Tribunal Geral entende, no exercício do seu poder de plena jurisdição, que se deve reduzir a proporção das vendas pertinentes da recorrente retida pela Comissão e fixá-la em 9,8 % em vez de 10 %. Tendo sido realizado pela recorrente, no último ano completo de infração, um volume de negócios pertinente de 72 868 176 euros, o montante que deve servir para o cálculo do montante de base da coima a que está obrigada solidariamente a recorrente é de 7 141 081,20 euros. O montante de base desta coima corresponde à multiplicação do referido montante por um coeficiente de 5,33, que reflete a duração da infração, e deve, assim, ser fixado em 38 061 963 euros. Quanto ao restante, o pedido da recorrente de redução do montante da coima é julgado improcedente.
- 479 No que diz respeito ao pedido da Comissão, apresentado, a título subsidiário, na audiência, de aumentar o montante da coima aplicada solidariamente à recorrente e à Deutsche Telekom, o Tribunal entende, sem que seja necessário pronunciar-se sobre a admissibilidade de tal pedido, que, atendendo às circunstâncias do presente caso, não se deve alterar o montante fixado no n.º 478, *supra*.

## V. Quanto às despesas

- 480 Por força do disposto no artigo 134.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Mais, nos termos do artigo 134.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, se as partes obtiverem vencimento parcial, cada uma das partes suporta as suas próprias despesas. No entanto, se tal se afigurar justificado tendo em conta as circunstâncias do caso, o Tribunal Geral pode decidir que, além das suas próprias despesas, uma parte suporte uma fração das despesas da outra parte. No caso em apreço, a Comissão e a interveniente foram parcialmente vencidas. Porém, a recorrente não requereu a condenação da interveniente nas despesas, mas apenas a condenação da Comissão.
- 481 Nestas circunstâncias, há que condenar a recorrente a suportar quatro quintos das suas próprias despesas e quatro quintos das despesas da Comissão e da interveniente, em conformidade com os seus pedidos. A Comissão suportará um quinto das suas próprias despesas e das da recorrente. A interveniente suportará um quinto das suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Nona Secção alargada)

decide:

- 1) O artigo 1.º, n.º 2, alínea d), da Decisão C(2014) 7465 final da Comissão, de 15 de outubro de 2014, relativa a um processo nos termos do artigo 102.º TFUE e do artigo 54.º do Acordo EEE (processo AT.39523 - Slovak Telekom), é anulado, na medida em que declara que, no período compreendido entre 12 de agosto e 31 de dezembro de 2005, a Slovak Telekom, a.s. aplicou tarifas não equitativas que não permitiam a um operador igualmente eficaz, através do acesso grossista aos seus lacetes locais desagregados, reproduzir sem incorrer perdas os serviços retalhistas por ela oferecidos.
- 2) O artigo 2.º da Decisão C(2014) 7465 final é anulado, na medida em que fixa o montante da coima a que é solidariamente obrigada a Slovak Telekom em 38 838 000 euros.

- 3) **O montante da coima a que é solidariamente obrigada a Slovak Telekom é fixado em 38 061 963 euros.**
- 4) **É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**
- 5) **A Slovak Telekom suportará quatro quintos das suas próprias despesas, quatro quintos das despesas da Comissão Europeia e quatro quintos das despesas da Slovanet, a.s.**
- 6) **A Comissão suportará um quinto das suas próprias despesas e um quinto das despesas apresentadas pela Slovak Telekom.**
- 7) **A Slovanet suportará um quinto das suas próprias despesas.**

Van der Woude  
da Silva Passos

Gervasoni

Madise  
Kowalik-Bańczyk

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de dezembro de 2018.

Assinaturas