

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

17 de Fevereiro de 2011 *

No processo C-52/09,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo Stockholms tingsrätt (Suécia), por decisão de 30 de Janeiro de 2009, entrado no Tribunal de Justiça em 6 de Fevereiro de 2009, no processo

Konkurrensverket

contra

TeliaSonera Sverige AB,

sendo interveniente:

Tele2 Sverige AB,

* Língua do processo: sueco.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano (relator), presidente de secção, A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan e M. Berger, juízes,

advogado-geral: J. Mazák,
secretário: C. Strömholm, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 18 de Março de 2010,

vistas as observações apresentadas:

- em representação do Konkurrentsverket, por C. Zackari, C. Landström e S. Martinsson, na qualidade de agentes, assistidos por U. Öberg, advokat,
- em representação da TeliaSonera Sverige AB, por E. Söderlind e C. Mailund, advokater,
- em representação da Tele2 Sverige AB, por C. Wetter e P. Forsberg, advokater,
- em representação do Governo polaco, por M. Dowgielewicz, na qualidade de agente,

- em representação do Governo finlandês, por A. Guimaraes-Purokoski, na qualidade de agente,

- em representação da Comissão Europeia, por L. Parpala, E. Gippini Fournier e K. Mojzesowicz, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 2 de Setembro de 2010,

profere o presente

Acórdão

- ¹ O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação do artigo 102.º TFUE no que diz respeito aos critérios de acordo com os quais se deve considerar que uma prática tarifária de compressão de margens constitui um abuso de posição dominante.

- ² Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio entre o Konkurrentsverket (autoridade sueca da concorrência) e a TeliaSonera Sverige AB (a seguir «TeliaSonera») a propósito de um pedido da referida autoridade no sentido de que a TeliaSonera fosse condenada a pagar uma coima por ter violado as normas nacionais em matéria de concorrência e o artigo 82.º CE.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

- 3 No fim dos anos 90 e no princípio do presente decénio, muitos utilizadores finais suecos de serviços de Internet começaram a trocar o sistema de ligação através de linha telefónica, com baixa velocidade de transmissão, por diferentes tipos de ligação em banda larga, com uma velocidade de transmissão consideravelmente mais elevada. Nessa altura, as formas mais comuns de ligação em banda larga eram as ligações através de linha digital assimétrica [«asymetric (bit rate) digital subscriber line» a seguir «ADSL»)]. Essas ligações utilizavam uma rede telefónica fixa, uma rede de televisão por cabo, ou ainda uma rede local («local area network»).
- 4 A TeliaSonera, anteriormente denominada Telia AB, é o operador histórico sueco da rede telefónica fixa e era titular de direitos exclusivos. Ela é, desde há muito tempo, proprietária da rede de acesso local constituída por cabos metálicos que chegava a quase todas as casas suecas. Em particular, era proprietária do lacete local, isto é, da parte da linha telefónica, constituída por pares de fios de cobre, que ligava cada casa individual à central de telecomunicações.
- 5 A TeliaSonera oferecia a outros operadores o acesso ao lacete local, segundo duas modalidades. Por um lado, oferecia esse acesso por desagregação, em conformidade com as obrigações a que estava sujeita por força do 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 L 336, p. 4).
- 6 Por outro lado, a TeliaSonera oferecia aos operadores, sem estar sujeita a nenhuma obrigação regulamentar nesse sentido, um produto ADSL destinado a prestações intermédias. Esse produto permitia aos referidos operadores prestar os seus serviços de ligação em banda larga aos clientes finais.

- 7 Ao mesmo tempo, a TeliaSonera oferecia serviços de ligação em banda larga directamente aos clientes finais.
- 8 O Konkurrensverket afirma que, entre o mês de Abril de 2000 e o mês de Janeiro de 2003, a TeliaSonera abusou da sua posição dominante ao ter aplicado uma política tarifária em consequência da qual a diferença entre os preços de venda dos produtos ADSL destinados a prestações intermédias e os preços de venda dos serviços oferecidos aos clientes finais era insuficiente para cobrir os custos que a própria TeliaSonera devia suportar para a prestação dos seus serviços aos referidos clientes finais.
- 9 Com base neste fundamento, o Konkurrensverket intentou uma acção no Stockholms tingsrätt, pedindo a condenação da TeliaSonera no pagamento de uma coima pela violação das normas nacionais relativas à concorrência, entre o mês de Abril de 2000 e o mês de Janeiro de 2003, bem como do artigo 82.º CE, durante o período compreendido entre 1 de Janeiro de 2001 e o mês de Janeiro de 2003.
- 10 Resulta da decisão de reenvio que, embora as partes no processo principal não estejam de acordo sobre uma série de elementos de facto, como os eventuais efeitos da prática em causa nas trocas comerciais entre os Estados-Membros, a definição do mercado relevante no qual a TeliaSonera ocupava uma posição dominante ou a própria existência de tal posição, o órgão jurisdicional de reenvio está obrigado a apresentar, já nesta fase, o seu pedido de decisão prejudicial, por força das regras de processo nacionais. Estas regras prevêem, relativamente a pedidos como o do processo principal, que o tingsrätt deve realizar a apreciação das provas e das questões de direito ao mesmo tempo que a deliberação do acórdão.
- 11 De qualquer modo, o órgão jurisdicional de reenvio precisa que, se, após ter apreciado os elementos de prova, tiver de concluir que a prática em questão não é susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, a interpretação pelo Tribunal de Justiça do artigo 102.º TFUE continuaria a ser necessária, atendendo ao facto

de que a legislação sueca em matéria de concorrência se inspira no direito da União e a sua interpretação tem em conta esse direito.

- 12 Nestas condições, o Stockholms tingsrätt decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Em que circunstâncias há violação do artigo [102.º TFUE] em razão da diferença entre o preço praticado por uma empresa dominante verticalmente integrada na venda de produtos de revenda para ADSL a concorrentes no mercado grossista e o preço praticado pela mesma empresa no mercado dos [clientes] finais?
- 2) Na apreciação da primeira questão, os preços praticados pela empresa dominante junto dos [clientes] finais são os únicos relevantes ou também devem ser tomados em consideração os preços praticados pelos concorrentes no mercado dos [clientes] finais?
- 3) O facto de a empresa dominante não estar sujeita a uma obrigação regulamentar de fornecimento no mercado grossista, mas, por sua própria iniciativa, ter decidido proceder a tal fornecimento, influencia a resposta à primeira questão?
- 4) Para que a prática descrita na primeira questão seja considerada um abuso, é necessário que produza efeitos restritivos na concorrência e, em caso afirmativo, de que modo devem ser apurados esses efeitos?

- 5) O grau de domínio de mercado de que goza a empresa dominante influencia a resposta à primeira questão?
- 6) Para que a prática descrita na primeira questão seja considerada um abuso, é necessário que a empresa que a adoptou tenha uma posição dominante tanto no mercado grossista como no mercado dos [clientes] finais?
- 7) Para que a prática descrita na primeira questão seja considerada um abuso, é necessário que [o produto ou o serviço] fornecid[o] pela empresa dominante [seja indispensável]?
- 8) A circunstância de se tratar de fornecimentos a um novo cliente influencia a resposta à primeira questão?
- 9) Para que a prática descrita na primeira questão seja considerada um abuso, é necessário que a empresa dominante tenha a [probabilidade] de recuperar os prejuízos sofridos?
- 10) A circunstância de estar em causa uma mudança tecnológica num mercado com grandes necessidades de investimento, tendo em conta, por exemplo, os custos razoáveis de estabelecimento e a eventual necessidade de vender com prejuízo na fase de estabelecimento, influencia a resposta à primeira questão?»

Quanto à admissibilidade do pedido

- ¹³ O órgão jurisdicional de reenvio reconhece que, por força das regras de processo aplicáveis ao litígio no processo principal, não pode fornecer ao Tribunal de Justiça vários elementos de facto. Em particular, ainda não foi definido nenhum mercado relevante e, por conseguinte, não foi apurado se a TeliaSonera detinha efectivamente uma posição dominante. Do mesmo modo, ainda não foi possível determinar se o comportamento da TeliaSonera afectou as trocas comerciais entre os Estados-Membros nem se o artigo 82.º CE era efectivamente aplicável ao litígio no processo principal.
- ¹⁴ A este respeito, o Governo polaco defendeu, nas suas observações escritas, que as práticas de operadores como a TeliaSonera afectam, em princípio, as trocas comerciais entre os Estados-Membros e que, por isso, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões submetidas. No entanto, o referido governo acrescentou que, se, na situação em análise, as trocas comerciais entre os Estados-Membros não foram afectadas pelo comportamento da TeliaSonera, o Tribunal de Justiça não é competente dado que, nesse caso, seria aplicável apenas o direito nacional.
- ¹⁵ Ora, há que recordar a este respeito que, segundo jurisprudência assente, no âmbito do processo instituído pelo artigo 267.º TFUE, é da competência exclusiva do juiz nacional, a quem foi submetido o litígio e que deve assumir a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, apreciar, tendo em conta as especificidades do processo, tanto a necessidade de uma decisão prejudicial para poder decidir o caso como a pertinência das questões que submete ao Tribunal de Justiça. Consequentemente, desde que as questões colocadas sejam relativas à interpretação do direito da União, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a pronunciar-se (v., designadamente, acórdãos de 22 de Dezembro de 2008, Magoora, C-414/07, Colect., p. I-10921, n.º 22; de 8 de Setembro de 2010, Stoß e o., C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 e C-410/07, Colect., p. I-8069, n.º 51; e de 12 de Outubro de 2010, Rosenbladt, C-45/09, Colect., p. I-9391, n.º 32).

- 16 O Tribunal de Justiça só se pode recusar a responder a um pedido de decisão prejudicial formulado por um órgão jurisdicional nacional quando for manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou com o objecto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas (acórdãos de 7 de Junho de 2007, van der Weerd e o., C-222/05 a C-225/05, Colect., p. I-4233, n.º 22; Magoora, já referido, n.º 23; e Stoß e o., já referido, n.º 52).
- 17 No caso em apreço, o facto de o órgão jurisdicional de reenvio não ter comprovado elementos de facto, como a existência de uma posição dominante ocupada pela TeliaSonera ou de elementos que permitam considerar que as trocas comerciais entre os Estados-Membros foram afectadas pelos comportamentos desta, não pode, por si só, impedir o Tribunal de Justiça de responder utilmente às questões submetidas pelo Stockholms tingsrätt. Com efeito, a resposta às questões submetidas pode, tendo em conta, em particular, as considerações tecidas no n.º 10 do presente acórdão, ser necessária para permitir a esse órgão jurisdicional decidir o litígio no processo principal. Além disso, é claro que o presente pedido de decisão prejudicial se refere a normas do direito da União.
- 18 Nestas condições, o pedido de decisão prejudicial deve ser considerado admissível.

Quanto às questões prejudiciais

- 19 Com as suas questões, que devem ser apreciadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pede ao Tribunal de Justiça, no essencial, que esclareça em que circunstâncias a diferença entre, por um lado, os preços grossistas para as prestações ADSL intermédias aos operadores e, por outro, os preços retalhistas das prestações de ligação em banda larga destinadas aos clientes finais, resultante da prática tarifária aplicada

por uma empresa de telecomunicações verticalmente integrada, pode constituir, na acepção do artigo 102.º TFUE, um abuso da posição dominante ocupada por esta empresa. O órgão jurisdicional de reenvio pede que se esclareça, a este respeito, em particular:

- se importa ter em conta unicamente os preços retalhistas para as prestações de ligação em banda larga destinadas aos clientes finais aplicados por essa empresa ou também os que são praticados por outros operadores;
- que incidência pode ter o facto de a referida empresa não estar sujeita a uma obrigação regulamentar de fornecer as prestações ADSL intermédias;
- se é necessário verificar a existência de efeitos restritivos da concorrência e, em caso de resposta afirmativa, de que modo devem ser apurados esses efeitos;
- se é relevante o grau de domínio de mercado de que goza a empresa dominante;
- se a empresa em questão ocupa uma posição dominante unicamente no mercado grossista das prestações ADSL intermédias ou também no mercado de retalho das prestações aos clientes finais;
- se o produto ou serviço oferecido por esta empresa deve ser indispensável;

- se é relevante a circunstância de se tratar de prestações a um novo cliente;
- se é necessário que a empresa em posição dominante tenha a possibilidade de recuperar os prejuízos causados pela prática em questão; e
- se é relevante a circunstância de, nesses mercados, se estar em presença de uma nova tecnologia, que exige elevados investimentos.

²⁰ Para responder a estas questões, há que observar desde logo que o artigo 3.º, n.º 3, TUE precisa que a União Europeia estabelece um mercado interno, o qual, de acordo com o Protocolo n.º 27, relativo ao mercado interno e à concorrência, anexo ao Tratado de Lisboa (JO 2010, C 83, p. 309), inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja falseada.

²¹ Ora, o artigo 102.º TFUE conta-se entre as regras de concorrência que, como as visadas no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), TFUE, são necessárias ao funcionamento do referido mercado interno.

²² Com efeito, essas regras têm precisamente por finalidade evitar que a concorrência seja falseada em detrimento do interesse geral, das empresas individuais e dos consumidores, contribuindo, deste modo, para o bem-estar na União (v., neste sentido, acórdão de 22 de Outubro de 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, Colect., p. I-9011, n.º 42).

23 Neste contexto, a posição dominante referida no artigo 102.º TFUE diz respeito a uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores (acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 38, e de 14 de Outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, C-280/08 P, Colect., p. I-9555, n.º 170).

24 Assim, o artigo 102.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se refere não apenas às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores (v., neste sentido, acórdãos de 16 de Setembro de 2008, Sot. Lélouche e o., C-468/06 a C-478/06, Colect., p. I-7139, n.º 68, e Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 180) mas também àquelas que lhes causam prejuízo por falsearem o jogo da concorrência. Se, com efeito, o artigo 102.º TFUE não proíbe que uma empresa conquiste, pelos seus próprios méritos, a posição dominante num mercado, e se, por maioria de razão, a constatação da existência de tal posição não implica, em si, qualquer censura à empresa em causa (v., neste sentido, acórdãos de 9 de Novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.º 57, e de 16 de Março de 2000, Compagnie maritime belge transports e o./Comissão, C-395/96 P e C-396/96 P, Colect., p. I-1365, n.º 37), não deixa de ser verdade que, segundo jurisprudência assente, incumbe à empresa que ocupa uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interior (v., neste sentido, acórdão de 2 de Abril de 2009, France Télécom/Comissão, C-202/07 P, Colect., p. I-2369, n.º 105 e jurisprudência aí referida).

25 No que respeita ao carácter abusivo de uma prática tarifária como a que está em causa no processo principal, refira-se que o artigo 102.º, segundo parágrafo, alínea a), TFUE proíbe expressamente que uma empresa dominante imponha directa ou indirectamente preços não equitativos.

- 26 Acresce que a lista das práticas abusivas constante do artigo 102.º TFUE não é taxativa, de modo que a enumeração das práticas abusivas contida nessa disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo direito da União (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 173 e jurisprudência aí referida).
- 27 Com efeito, a exploração abusiva de uma posição dominante proibida por essa disposição é um conceito objectivo, que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante que, num mercado no qual, 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 de produtos ou de serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 174 e jurisprudência aí referida).
- 28 Para determinar se a empresa em posição dominante explorou de forma abusiva esta posição ao aplicar as suas práticas tarifárias, é preciso analisar a globalidade das circunstâncias, e apurar se essa prática tende a suprimir ou a restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso dos concorrentes ao mercado, a aplicar a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes, ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 175 e jurisprudência aí referida).
- 29 É à luz destes princípios que o órgão jurisdicional de reenvio deve examinar a prática tarifária em causa no litígio no processo principal, a fim de apurar se ela constitui uma exploração abusiva da posição dominante eventualmente ocupada pela TeliaSonera.

- ³⁰ Em particular, após ter verificado se as outras condições de aplicação do artigo 102.º TFUE estão preenchidas no caso vertente – designadamente, a existência da posição dominante da TeliaSonera e o facto de as trocas comerciais entre os Estados-Membros terem sido afectadas pelo comportamento desta empresa –, compete ao órgão jurisdicional de reenvio examinar, no essencial, se a prática tarifária aplicada pela TeliaSonera reveste um carácter não equitativo, na medida em que comprime efectivamente as margens dos seus concorrentes no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais.
- ³¹ Na verdade, é a compressão de margens que, atendendo ao efeito eliminatório que é susceptível de criar para os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa dominante, poderia, de *per se*, na falta de qualquer justificação objectiva, constituir um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 183).
- ³² Ora, no caso vertente, tal compressão de margens existiria, designadamente, se a diferença entre os preços grossistas das prestações ADSL intermédias e os preços retalhistas para as prestações de ligação em banda larga aos clientes finais fosse negativa ou insuficiente para cobrir os custos específicos das referidas prestações ADSL intermédias, que a TeliaSonera devia suportar para fornecer as suas próprias prestações retalhistas aos clientes finais, de modo que esta diferença não permitiria a um competidor tão eficiente como a referida empresa entrar em concorrência com ela para realizar as referidas prestações aos clientes finais.
- ³³ Com efeito, nesse caso, embora os concorrentes sejam tão eficientes como a empresa em posição dominante, correm o risco de só poderem operar no mercado retalhista com prejuízos ou a taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas.

- ³⁴ Aliás, há que precisar que, estando o carácter não equitativo, na aceção do artigo 102.º TFUE, de tal prática tarifária relacionado com a própria existência da compressão de margens e não com a sua diferença precisa, não é necessário demonstrar que os preços grossistas para as prestações ADSL intermédias aos operadores ou os preços retalhistas para as prestações de ligação em banda larga aos clientes finais são, em si mesmos, abusivos pelo seu carácter excessivo ou predatório, consoante o caso (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, n.ºs 167 e 183).
- ³⁵ Por outro lado, como sustenta a TeliaSonera, para que se possa entender que a diferença entre os preços das referidas prestações comprime as margens dos concorrentes da empresa dominante, há que ter em conta apenas os preços de prestações fornecidas aos concorrentes que sejam comparáveis às prestações a que a própria TeliaSonera recorre para aceder ao mercado retalhista, bem como os preços de prestações comparáveis fornecidas aos clientes finais no mercado retalhista pela TeliaSonera e pelos seus concorrentes. De modo semelhante, a comparação deve ser feita entre os preços concretamente praticados pela TeliaSonera e os seus concorrentes durante o mesmo período de tempo.
- ³⁶ Atendendo às circunstâncias particulares, recordadas no n.º 10 do presente acórdão, nas quais o presente pedido de decisão prejudicial foi submetido, não é possível fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio elementos precisos quanto ao litígio no processo principal. Do mesmo modo, há que entender que os mercados descritos por esse órgão jurisdicional são os mercados relevantes, sem prejuízo, bem entendido, da sua correcta definição, que compete a esse órgão jurisdicional fornecer.
- ³⁷ Todavia, tratando-se dos critérios cuja interpretação é solicitada pelo referido órgão jurisdicional para poder apreciar correctamente se a TeliaSonera violou, efectivamente, o artigo 102.º TFUE por ter cometido um abuso de posição dominante sob a forma de uma compressão de margens, importa esclarecer o seguinte.

Quanto aos preços a ter em conta

- ³⁸ O Stockholms tingsrätt pergunta-se, em primeiro lugar, sobre se, para esse fim, importa ter em conta unicamente os preços retalhistas para as prestações aos clientes finais praticados pela empresa dominante ou também os que são aplicados pelos concorrentes para essas mesmas prestações.
- ³⁹ A este respeito, importa recordar que o Tribunal de Justiça já precisou que o artigo 102.º TFUE proíbe, nomeadamente, que uma empresa em posição dominante utilize práticas tarifárias que eliminem os seus concorrentes com o mesmo grau de eficiência, existentes ou potenciais (v., neste sentido, acórdão *Deutsche Telekom/Comissão*, já referido, n.º 177 e jurisprudência aí referida).
- ⁴⁰ Explora, assim, de modo abusivo a sua posição dominante uma empresa que aplica uma política de preços visando eliminar do mercado concorrentes talvez tão eficientes como ela, mas que, devido à sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é feita (v., neste sentido, acórdão *Deutsche Telekom/Comissão*, já referido, n.º 199).
- ⁴¹ Ora, a fim de apreciar a licitude da política de preços aplicada por uma empresa dominante, importa, em princípio, fazer referência a critérios de preços baseados nos custos suportados pela empresa dominante e na sua estratégia (v., neste sentido, acórdãos de 3 de Julho de 1991, *AKZO/Comissão*, C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 74, e *France Télécom/Comissão*, já referido, n.º 108).

- 42 Em particular, quando se trata de uma prática tarifária que dá lugar à compressão de margens, a utilização de tais critérios de análise permite verificar 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 (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 201).
- 43 Ora, se a referida empresa só pudesse oferecer as suas prestações retalhistas com prejuízo, isto significaria que os concorrentes susceptíveis de serem eliminados pela aplicação da prática tarifária em questão não poderiam ser considerados menos eficientes que a empresa em posição dominante e que, portanto, o risco da sua eliminação seria devido a uma concorrência falseada. Com efeito, tal concorrência não se basearia unicamente nos méritos respectivos das empresas em causa.
- 44 De resto, esse critério justifica-se tanto mais quanto está também em conformidade com o princípio geral da segurança jurídica, uma vez que tomar em conta os custos e preços da empresa dominante permite a esta apreciar a legalidade do seu próprio comportamento, atendendo à responsabilidade particular que, como foi recordado no n.º 24 do presente acórdão, lhe incumbe por força do artigo 102.º TFUE. Com efeito, se uma empresa dominante conhece os seus próprios custos e tarifas, ela não conhece, em princípio, os dos seus concorrentes (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 202).
- 45 Dito isto, não é de excluir que os custos e os preços dos concorrentes possam ser pertinentes ao examinar a prática tarifária em causa no processo principal. Este poderia ser o caso, designadamente, quando a estrutura dos custos da empresa dominante não pode ser identificada de modo preciso por razões objectivas ou quando a prestação fornecida aos concorrentes consiste na simples exploração de uma infra-estrutura cujo custo de produção já foi amortizado, pelo que o acesso a tal infra-estrutura já não

representa um custo para a empresa dominante que seja economicamente comparável ao custo que os seus concorrentes devem suportar para aceder a ela ou quando as condições de concorrência específicas de mercado o exijam, por exemplo, pelo facto de o nível de custos da empresa dominante depender precisamente da situação de vantagem competitiva na qual a posição dominante a coloca.

- ⁴⁶ Por conseguinte, importa concluir que, ao apreciar o carácter abusivo de uma prática tarifária que resulta na compressão de margens, há que ter em conta, em princípio e prioritariamente, os preços e os custos da empresa em causa no mercado das prestações retalhistas. Só quando não for possível, atendendo às circunstâncias, fazer referência a esses preços e custos é que devem ser examinados os dos concorrentes que operam nesse mercado.

Quanto à falta de qualquer obrigação regulamentar de fornecimento

- ⁴⁷ Decorre da decisão de reenvio que, contrariamente ao processo que deu origem ao acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, a TeliaSonera, como foi recordado no n.º 6 do presente acórdão, não estava sujeita a nenhuma obrigação regulamentar de fornecer as prestações ADSL intermédias aos operadores.
- ⁴⁸ Por isso, o Stockholms tingsrätt interroga-se, em segundo lugar, sobre se a falta de qualquer obrigação regulamentar de fornecer tais prestações no mercado grossista tem incidência no que respeita ao carácter abusivo da prática tarifária em causa no processo principal.

- 49 A este respeito, importa lembrar que o artigo 102.º TFUE se refere apenas a comportamentos anticoncorrenciais adoptados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se às empresas é imposto, por uma legislação nacional, um comportamento anticoncorrencial, ou se esta legislação cria um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial por sua parte, o artigo 102.º TFUE não é aplicável. Numa situação deste tipo, como resulta da referida norma, a limitação da concorrência não é causada por comportamentos autónomos das empresas (v., neste sentido, acórdão de 11 de Novembro de 1997, Comissão e França/Ladbroke Racing, C-359/95 P e C-379/95 P, Colect., p. I-6265, n.º 33 e jurisprudência aí referida).
- 50 Em contrapartida, o artigo 102.º TFUE pode ser aplicável se se verificar que a lei nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência susceptível de ser impedida, restringida ou falseada por comportamentos autónomos das empresas (v. acórdão Comissão e França/Ladbroke Racing, já referido, n.º 34).
- 51 Assim, o Tribunal de Justiça precisou que, apesar de tal legislação, se uma empresa em posição dominante verticalmente integrada dispõe de margem de manobra para modificar mesmo apenas os seus preços retalhistas, isto é suficiente para que a compressão de margens lhe possa ser imputada (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 85).
- 52 Resulta do exposto que, por maioria de razão, quando uma empresa dispõe de autonomia plena ao escolher o seu modo de comportamento no mercado, o artigo 102.º TFUE deve ser-lhe aplicado.
- 53 Com efeito, a responsabilidade especial que incumbe a uma empresa em posição dominante de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado interno refere-se precisamente a comportamentos

(actos ou omissões) que esta empresa decide adoptar, por sua própria iniciativa (v., neste sentido, despacho de 28 de Setembro de 2006, Unilever Bestfoods/Comissão, C-552/03 P, Colect., p. I-9091, n.º 137).

- 54 A TeliaSonera sustenta, a este respeito, que, para proteger precisamente a iniciativa económica das empresas em posição dominante, estas devem permanecer livres de fixar as suas condições comerciais, salvo se essas condições forem tão desfavoráveis para os seus co-contratantes que seja possível considerar, aplicando os critérios enunciados para este fim no acórdão de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791), que implicam uma recusa de fornecimento.
- 55 Tal interpretação decorre de uma leitura errada desse acórdão. Em particular, não se pode deduzir dos seus n.ºs 48 e 49 que as condições necessárias para determinar a existência de uma recusa abusiva de fornecimento devem ser necessariamente aplicadas também ao apreciar o carácter abusivo de um comportamento que consiste em sujeitar a prestação de serviços ou a venda de produtos a condições desfavoráveis nas quais o adquirente poderia não estar interessado.
- 56 Com efeito, tais comportamentos poderiam, por si mesmos, constituir uma forma autónoma de abuso diferente da recusa de fornecimento.
- 57 De resto, importa constatar que o Tribunal de Justiça, nos números indicados do acórdão Bronner, já referido, tendo sido chamado, no essencial, a interpretar o artigo 86.º do Tratado CE (que passou a artigo 82.º CE, que, por sua vez, passou a artigo 102.º TFUE) quanto às condições nas quais uma recusa de fornecimento pode ser abusiva, não se pronunciou sobre a questão de saber se o facto de uma empresa recusar o acesso ao seu sistema de distribuição domiciliária ao editor de um jornal diário concorrente se este não lhe confiar, simultaneamente, a execução de outros

serviços, como a venda nos quiosques ou a impressão, constitui um abuso de posição dominante como, por exemplo, a aplicação de vendas ligadas.

- 58 Por outro lado, a interpretação contrária do acórdão Bronner, já referido, preconizada pela TeliaSonera equivaleria, como alega a Comissão Europeia, a exigir que, para que se possa considerar abusivo todo o comportamento de uma empresa dominante relativamente às condições comerciais desta, 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.
- 59 Resulta do exposto que a falta de uma obrigação regulamentar de fornecer as prestações ADSL intermédias no mercado grossista não tem nenhuma incidência no que respeita ao carácter abusivo da prática tarifária em causa no processo principal.

Quanto à necessidade da existência de efeitos restritivos e ao carácter indispensável do produto oferecido pela empresa dominante

- 60 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em terceiro lugar, sobre se o carácter abusivo da prática tarifária em questão depende da existência de efeitos restritivos concretos sobre a concorrência e, em caso de resposta afirmativa, como é possível determinar esses efeitos. Além disso, interroga-se sobre se o produto oferecido pela TeliaSonera no mercado grossista deve ser indispensável para aceder ao mercado retalhista.
- 61 Há que observar, a este respeito, que, tendo em conta o conceito de exploração abusiva de uma posição dominante, recordado no n.º 27 do presente acórdão, o Tribunal de Justiça já excluiu que a mera existência de uma prática tarifária de uma empresa dominante que conduza à compressão das margens dos seus concorrentes pelo menos

tão eficientes possa constituir uma prática abusiva na acepção do artigo 102.º TFUE, sem necessidade da prova de um efeito anticoncorrencial (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.ºs 250 e 251).

⁶² A jurisprudência precisou ainda que o efeito anticoncorrencial se deve referir aos eventuais entraves que uma prática tarifária desse tipo possa causar ao desenvolvimento da oferta no mercado retalhista das prestações a clientes finais e, portanto, ao grau de concorrência nesse mercado (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 252).

⁶³ Assim, a prática em questão, adoptada por uma empresa dominante, constitui um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE, uma vez que, ao produzir efeitos de eliminação de concorrentes pelo menos tão eficientes como ela, através da compressão das suas margens, pode dificultar ou mesmo impossibilitar o acesso dos referidos concorrentes a esse mercado (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 253).

⁶⁴ Logo, para determinar o carácter abusivo de tal prática, o efeito anticoncorrencial desta sobre o mercado deve existir, mas não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial, susceptível de eliminar os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa em posição dominante.

⁶⁵ Com efeito, quando uma empresa dominante segue, efectivamente, uma prática tarifária que resulta na compressão de margens dos seus concorrentes pelo menos igualmente eficientes, com o objectivo de os eliminar do mercado em causa, o facto de,

afinal, não ter sido atingido o resultado esperado não afasta a qualificação de abuso, na aceção do artigo 102.º TFUE.

- ⁶⁶ Contudo, não se registando qualquer efeito na situação concorrencial dos concorrentes, uma prática tarifária como a que está em causa no processo principal não pode ser qualificada de prática eliminatória quando a penetração destes últimos no mercado em nada é dificultada por essa prática (v., neste sentido, acórdão *Deutsche Telekom/Comissão*, já referido, n.º 254).
- ⁶⁷ No caso vertente, incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio examinar se a prática tarifária da TeliaSonera era susceptível de entravar o exercício das actividades dos concorrentes pelo menos tão eficientes como ela própria no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais.
- ⁶⁸ No âmbito desse exame, o referido órgão jurisdicional deve tomar em consideração todas as circunstâncias específicas do processo.
- ⁶⁹ Em particular, importa, em primeiro lugar, analisar as relações funcionais entre os produtos grossistas e os produtos retalhistas. Por conseguinte, ao apreciar os efeitos da compressão das margens, pode ser pertinente o carácter indispensável do produto grossista.
- ⁷⁰ Com efeito, quando o acesso ao fornecimento do produto grossista é indispensável para a venda do produto retalhista, os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa que domina o mercado grossista, como só podem operar no mercado retalhista com prejuízo ou, de qualquer modo, em condições de rentabilidade reduzida, sofrem uma desvantagem concorrencial nesse mercado susceptível de impedir ou

restringir o seu acesso a este mercado ou o exercício das suas actividades neste último (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 234).

- 71 Nesse caso, é provável o efeito anticoncorrencial, pelo menos potencial, de uma compressão de margens.
- 72 Todavia, tendo em conta a posição dominante da empresa em causa no mercado grossista, importa precisar que não se pode excluir que, apenas por o produto grossista não ser indispensável para o fornecimento do produto retalhista, uma prática tarifária que resulta na compressão de margens não possa produzir nenhum efeito anticoncorrencial, mesmo potencial. Logo, incumbe ainda ao órgão jurisdicional de reenvio assegurar-se de que, mesmo que o produto grossista não tenha carácter indispensável, a prática possa criar efeitos anticoncorrenciais nos mercados em causa.
- 73 Em segundo lugar, importa examinar o nível da compressão de margens dos concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa dominante. Com efeito, se a margem é negativa, isto é, no caso vertente, o preço grossista para as prestações ADSL intermédias é superior ao preço de retalho para as prestações aos clientes finais, o efeito eliminatório pelo menos potencial é provável, tendo em conta o facto de que, nessa situação, os concorrentes da empresa dominante, mesmo que tenham um grau de eficiência idêntico ou ainda superior, estarão obrigados a vender com prejuízo.
- 74 Se, ao invés, essa margem se mantiver positiva, haverá que demonstrar que a aplicação da referida prática tarifária podia, por exemplo, devido a uma redução da rentabilidade, tornar pelo menos mais difícil para os operadores em causa o exercício das suas actividades nesse mercado.

- 75 Após esta observação, importa recordar que uma empresa continua a ter a possibilidade de demonstrar que a sua prática tarifária, embora produza um efeito eliminatório, está economicamente justificada (v., neste sentido, acórdãos de 15 de Março de 2007, *British Airways/Comissão*, C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 69, e *France Télécom/Comissão*, já referido, n.º 111).
- 76 A apreciação da justificação económica de uma prática tarifária susceptível de produzir um efeito eliminatório aplicada por uma empresa em posição dominante efectua-se com base no conjunto das circunstâncias do caso concreto (v., neste sentido, acórdão *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão*, já referido, n.º 73). A este respeito, é necessário determinar se o efeito eliminatório que resulta deste regime, que é nefasto para a concorrência, pode ser compensado ou mesmo superado por ganhos de eficiência susceptíveis de beneficiar também o consumidor. Se o efeito eliminatório desta prática não está relacionado com vantagens para o mercado e os consumidores ou vai para além do que é necessário para obter essas vantagens, tal prática deve ser considerada abusiva (acórdão *British Airways/Comissão*, já referido, n.º 86).
- 77 Deve, por isso, concluir-se que, para determinar o carácter abusivo de uma prática tarifária que resulta na compressão de margens, é necessário demonstrar que, tendo em conta, em particular, o carácter indispensável do produto grossista, essa prática tem um efeito anticoncorrencial, pelo menos potencial, no mercado retalhista, sem que isso esteja economicamente justificado.

Quanto à importância do poder de mercado

- 78 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em quarto lugar, sobre se o grau de domínio de um mercado pela empresa em causa é pertinente para apurar se a prática tarifária em questão constitui um abuso.

- 79 Como foi recordado no n.º 23 do presente acórdão, a posição dominante visada no artigo 102.º TFUE refere-se a uma situação de poder económico detido por uma empresa que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, conferindo-lhe a possibilidade de se comportar com um grau apreciável de independência em face dos seus concorrentes, dos seus clientes e, finalmente, dos consumidores.
- 80 Assim, esta disposição, como salientou o advogado-geral no n.º 41 das suas conclusões, não inclui no conceito de posição dominante uma distinção nem um grau. Logo, quando uma empresa dispõe de um poder económico como o exigido pelo artigo 102.º TFUE, para verificar se ela ocupa uma posição dominante num mercado determinado, há que apreciar o seu comportamento à luz desta disposição.
- 81 Naturalmente, isto não significa que o poder de uma empresa não seja pertinente para apreciar a legalidade do comportamento dessa empresa no mercado, à luz do artigo 102.º TFUE. O próprio Tribunal de Justiça baseou as suas análises na circunstância de uma empresa ocupar uma posição superdominante ou quase monopolística (v., neste sentido, acórdãos de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.º 31, e *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão*, já referido, n.º 119). Não obstante, o grau de poder de mercado tem, em princípio, consequências no alcance dos efeitos do comportamento da empresa em questão, mais do que na existência do abuso como tal.
- 82 Daqui resulta que a aplicação, por uma empresa, de uma prática tarifária que resulta na compressão de margens é susceptível de constituir um abuso de posição dominante quando essa empresa ocupa tal posição, sem que seja, em princípio, pertinente, a este respeito, o grau de domínio do mercado em causa.

Quanto ao alcance da posição dominante

- ⁸³ O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em quinto lugar, sobre se a circunstância de a empresa em causa ocupar uma posição dominante apenas no mercado grossista das prestações ADSL intermédias é suficiente para considerar que a prática em questão tem carácter abusivo ou se é necessário, para o efeito, que essa empresa ocupe tal posição igualmente no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais.
- ⁸⁴ Importa sublinhar, a este respeito, que o artigo 102.º TFUE não contém nenhuma indicação explícita sobre as exigências atinentes à localização do abuso nos mercados dos produtos. Assim, o âmbito de aplicação material da responsabilidade particular que impende sobre uma empresa dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfraquecimento da concorrência (acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, n.º 24).
- ⁸⁵ Logo, podem ser qualificados de abusivos certos comportamentos em mercados distintos dos mercados dominados e que têm efeitos quer sobre estes últimos, quer sobre os próprios mercados não dominados (v., neste sentido, acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, n.º 25).
- ⁸⁶ Com efeito, se a aplicação do artigo 102.º TFUE pressupõe a existência de uma relação entre a posição dominante e o comportamento alegadamente abusivo, relação essa que normalmente não se verifica quando um comportamento num mercado distinto do mercado dominado produz efeitos nesse mesmo mercado, não é menos certo que, tratando-se de mercados distintos, mas conexos, a existência de circunstâncias especiais pode justificar a aplicação do artigo 102.º TFUE a um comportamento verificado

no mercado conexo, não dominado, e que produz efeitos nesse mesmo mercado (v., neste sentido, acórdãos de 3 de Outubro de 1985, CBEM, 311/84, Recueil, p. 3261, n.º 26, e Tetra Pak/Comissão, já referido, n.º 27).

⁸⁷ Tais circunstâncias podem existir quando o comportamento de uma empresa verticalmente integrada que ocupa uma posição dominante num mercado a montante consiste em tentar eliminar os concorrentes pelo menos tão eficientes no mercado a jusante, designadamente através da compressão das margens destes últimos. Um comportamento desse tipo é, com efeito, susceptível de enfraquecer a concorrência no mercado a jusante, devido designadamente aos laços estreitos entre os mercados em causa.

⁸⁸ De resto, nessa situação, na falta de outra justificação económica objectiva, tal comportamento só pode ser explicado pela intenção de a empresa dominante impedir o desenvolvimento da concorrência no mercado a jusante e de reforçar a sua posição, ou mesmo de conquistar nele uma posição dominante através do recurso a meios diferentes dos seus méritos próprios.

⁸⁹ Por conseguinte, o carácter abusivo de uma prática tarifária aplicada por uma empresa verticalmente integrada em posição dominante no mercado grossista das prestações ADSL intermédias e que resulta na compressão de margens dos concorrentes dessa empresa no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais não depende da existência de uma posição dominante dessa empresa neste último mercado.

Quanto à pertinência da circunstância de se tratar de um fornecimento a um novo cliente

- ⁹⁰ O Stockholms tingsrätt interroga-se, em sexto lugar, sobre se a circunstância de a prática tarifária em questão ser aplicada a um novo cliente ou a um cliente existente da empresa dominante é pertinente para apreciar o carácter abusivo.
- ⁹¹ A este respeito, basta recordar que o carácter abusivo de uma prática tarifária que resulta na compressão de margens dos concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa em posição dominante reside, no essencial, no facto de que, como foi salientado no n.º 32 do presente acórdão, tal prática é susceptível de entravar o jogo normal da concorrência num mercado vizinho do mercado dominado por essa empresa, na medida em que pode ter por efeito eliminar desse último mercado os concorrentes da empresa.
- ⁹² A este respeito, como a Comissão indica, acertadamente, não é pertinente a circunstância de os operadores em causa serem clientes existentes ou novos da empresa dominante.
- ⁹³ Também não deve ser pertinente a circunstância de se tratar de clientes novos, que ainda não operam no mercado em causa.
- ⁹⁴ Com efeito, importa notar que o carácter abusivo de uma prática tarifária como a que está em causa no processo principal deve ser apreciado atendendo não apenas à possibilidade de essa prática vir a eliminar do mercado relevante operadores com o mesmo grau de eficiência já activos nele mas igualmente aos eventuais entraves que

ela possa criar a operadores potenciais com o mesmo grau de eficiência, que ainda não estão presentes no mercado (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 178).

- 95 Por conseguinte, a circunstância de a prática tarifária em questão ser susceptível de eliminar do mercado em causa clientes existentes da empresa dominante ou novos clientes desta não é, em princípio, pertinente para apreciar o seu carácter abusivo.

Quanto à possibilidade de recuperar os prejuízos

- 96 O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, em sétimo lugar, sobre se, para que a prática tarifária em questão possa ser considerada abusiva, é necessário que a empresa que ocupa uma posição dominante tenha a possibilidade de recuperar os prejuízos causados por esta prática.
- 97 A este respeito, importa recordar que, como foi precisado no n.º 31 do presente acórdão, é a compressão de margens que, na falta de justificação objectiva, é susceptível de, em si mesma, constituir um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE.
- 98 Ora, a compressão de margens resulta da diferença entre os preços para as prestações grossistas e os preços para as prestações retalhistas e não do nível desses preços como tais. Em particular, essa compressão pode resultar não só de um preço anormalmente baixo no mercado retalhista mas também de um preço anormalmente elevado no mercado grossista.

- 99 Por consequência, uma empresa que aplica uma prática tarifária que resulta na compressão de margens dos seus concorrentes não sofre necessariamente prejuízos.
- 100 De qualquer modo, mesmo supondo que, para comprimir as margens dos seus concorrentes, a empresa dominante sofra prejuízos, não se pode exigir que se faça a prova da possibilidade de recuperar esses prejuízos eventuais para poder determinar a existência de um abuso.
- 101 Com efeito, a possibilidade de os concorrentes serem eliminados do mercado não depende da circunstância de a empresa dominante sofrer prejuízos nem de que esta empresa possa recuperar tais prejuízos, mas depende unicamente da diferença entre os preços praticados nos mercados em questão pela empresa dominante, que pode, eventualmente, causar prejuízos não à própria empresa dominante, mas aos seus concorrentes.
- 102 Por último, na hipótese de a empresa em posição dominante aplicar, não obstante, no mercado retalhista um preço tão baixo que as vendas lhe causem prejuízos, para além de tal comportamento ser susceptível de constituir uma forma autónoma de abuso consistente na aplicação de preços predatórios, o Tribunal de Justiça já excluiu, de qualquer modo, que, mesmo nesse caso, a prova da possibilidade de recuperação dos prejuízos sofridos em consequência da aplicação, por uma empresa em posição dominante, de preços inferiores a um determinado nível de custos constitua uma condição necessária para demonstrar o carácter abusivo dessa política de preços (v., neste sentido, acórdão *France Télécom/Comissão*, já referido, n.º 110).
- 103 Daqui decorre que, para verificar se a prática tarifária em questão é abusiva, não é necessário saber se a empresa dominante tem a possibilidade de recuperar os prejuízos eventualmente sofridos ao aplicar essa mesma prática.

Quanto à pertinência da circunstância de nesses mercados se estar em presença de uma nova tecnologia

- ¹⁰⁴ O Stockholms tingsrätt interroga-se, em oitavo e último lugar, sobre se, para esses mesmos efeitos, é pertinente a circunstância de os mercados em causa estarem em forte crescimento e em presença de uma nova tecnologia que exige elevados investimentos.
- ¹⁰⁵ Note-se antes de mais, a este respeito, que o artigo 102.º TFUE não efectua nenhuma distinção entre o grau de desenvolvimento dos mercados afectados pela exploração da posição dominante de uma empresa.
- ¹⁰⁶ Além disso, num mercado em forte crescimento, a vantagem competitiva decorrente de uma posição dominante num segundo mercado vizinho é susceptível de falsear o jogo da concorrência no primeiro mercado, atendendo à circunstância de que, nesse primeiro mercado, os operadores, como é sustentado pela própria TeliaSonera, se podem ver obrigados a operar, durante certo tempo, com prejuízo ou contando com taxas de rentabilidade reduzidas.
- ¹⁰⁷ Ora, é precisamente nessas circunstâncias que a redução ulterior da rentabilidade da actividade de um operador resultante da compressão das suas margens, imposta pela prática tarifária em questão, é susceptível de impedir o estabelecimento ou o desenvolvimento de condições normais de concorrência no mercado em causa.
- ¹⁰⁸ Além disso, atendendo ao objectivo das regras de concorrência, recordado no n.º 22 do presente acórdão, a sua aplicação não pode depender da circunstância de o mercado em questão já ter atingido um certo grau de maturação. Com efeito, particularmente num mercado em forte crescimento, o artigo 102.º TFUE exige que se intervenha tão

cedo quanto possível, para evitar que se estabeleça e se consolide, nesse mercado, uma estrutura concorrencial falseada pela estratégia abusiva de uma empresa em posição dominante nesse mercado ou num mercado vizinho estreitamente ligado, isto é, que se intervenha antes que os efeitos anticoncorrenciais dessa estratégia se produzam.

- ¹⁰⁹ Isto é válido, por maioria de razão, no âmbito de um mercado, como o do fornecimento de prestações de acesso de banda larga à Internet, que está estreitamente ligado a outro mercado, como o de acesso ao lacete local no sector das telecomunicações. Com efeito, este último mercado não é, de modo algum, novo nem emergente, mas a sua estrutura concorrencial resulta ainda, em larga medida, da antiga estrutura monopolista. Assim, a possibilidade de as empresas explorarem a sua posição dominante neste último mercado, entravando o desenvolvimento da concorrência num mercado vizinho em forte crescimento, exige que não seja admitida nenhuma derrogação à aplicação do artigo 102.º TFUE.
- ¹¹⁰ Finalmente, há que lembrar que, se uma empresa em posição dominante num mercado não pode invocar os investimentos que efectuou para penetrar num mercado vizinho, tentando eliminar os seus concorrentes com o mesmo grau de eficiência, existentes ou potenciais, não é menos certo que as condições de concorrência no mercado dominado e, em particular, os custos de estabelecimento e de investimento da empresa que ocupa nele uma posição dominante devem ser tomados em consideração na análise dos custos dessa empresa que, como foi precisado nos n.ºs 38 a 46 do presente acórdão, deve ser efectuada para apurar se existe uma compressão de margens.
- ¹¹¹ Por conseguinte, a circunstância de os mercados em causa estarem em forte crescimento e em presença de uma nova tecnologia que exige elevados investimentos não é, em princípio, pertinente para apurar se a prática tarifária em questão constitui um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE.

- 112 Em face do exposto, importa responder às questões submetidas que, na falta de justificação objectiva, pode constituir um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE o facto de uma empresa verticalmente integrada, que ocupa uma posição dominante no mercado grossista das prestações ADSL intermédias, aplicar uma prática tarifária tal que a diferença entre os preços praticados nesse mercado e os praticados no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais não seja suficiente para cobrir os custos específicos que esta empresa deve suportar para aceder a este último mercado.
- 113 Ao apreciar o carácter abusivo de tal prática, importa ter em conta todas as circunstâncias de cada caso concreto. Em particular:
- há que ter em consideração, em princípio e prioritariamente, os preços e os custos da empresa em causa no mercado das prestações retalhistas. Só quando, atendendo às circunstâncias, não for possível fazer referência a esses preços e custos é que cabe examinar os dos concorrentes que operam nesse mesmo mercado; e
 - é necessário demonstrar que, tendo em conta, em especial, o carácter indispensável do produto grossista, esta prática tem um efeito anticoncorrencial pelo menos potencial no mercado retalhista, sem que isso seja minimamente justificado do ponto de vista económico.
- 114 Para efeitos da referida apreciação, não é, em princípio, pertinente:
- o facto de a empresa em causa não estar sujeita a uma obrigação regulamentar de fornecer as prestações ADSL intermédias no mercado grossista no qual ocupa uma posição dominante;

- o grau de domínio do mercado por parte dessa empresa;
- a circunstância de a referida empresa não ocupar uma posição dominante igualmente no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais;
- a circunstância de os clientes aos quais tal prática tarifária se aplica serem clientes novos ou existentes da empresa em causa;
- a impossibilidade, para a empresa dominante, de recuperar os prejuízos que a aplicação de tal prática tarifária lhe possa causar; nem
- o grau de maturação dos mercados em questão e a presença nestes de uma nova tecnologia, que exige elevados investimentos.

Quanto às despesas

- ¹¹⁵ Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

Na falta de justificação objectiva, pode constituir um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE o facto de uma empresa verticalmente integrada, que ocupa uma posição dominante no mercado grossista das prestações através de linha digital assimétrica intermédias, aplicar uma prática tarifária tal que a diferença entre os preços praticados nesse mercado e os praticados no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais não seja suficiente para cobrir os custos específicos que esta empresa deve suportar para aceder a este último mercado.

Ao apreciar o carácter abusivo de tal prática, importa ter em conta todas as circunstâncias de cada caso concreto. Em particular:

- há que ter em consideração, em princípio e prioritariamente, os preços e os custos da empresa em causa no mercado das prestações retalhistas. Só quando, atendendo às circunstâncias, não for possível fazer referência a esses preços e custos é que cabe examinar os dos concorrentes que operam nesse mesmo mercado; e**
- é necessário demonstrar que, tendo em conta, em especial, o carácter indispensável do produto grossista, esta prática tem um efeito anticoncorrencial pelo menos potencial no mercado retalhista, sem que isso seja minimamente justificado do ponto de vista económico.**

Para efeitos da referida apreciação, não é, em princípio, pertinente:

- **o facto de a empresa em causa não estar sujeita a uma obrigação regulamentar de fornecer as prestações através de linha digital assimétrica intermédias no mercado grossista no qual ocupa uma posição dominante;**
- **o grau de domínio do mercado por parte dessa empresa;**
- **a circunstância de a referida empresa não ocupar uma posição dominante igualmente no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais;**
- **a circunstância de os clientes aos quais tal prática tarifária se aplica serem clientes novos ou existentes da empresa em causa;**
- **a impossibilidade, para a empresa dominante, de recuperar os prejuízos que a aplicação de tal prática tarifária lhe possa causar; nem**
- **o grau de maturação dos mercados em questão e a presença nestes de uma nova tecnologia, que exige elevados investimentos.**

Assinaturas