Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 21 de maio de 2015 [1]

Processo C-23/14

Post Danmark A/S
contra
Konkurrencerådet

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sø- og Handelsretten (Dinamarca)]

«Concorrência — Abuso de posição dominante (artigo 82.º CE) — Prestação de serviços postais — Mercado dinamarquês da distribuição de envios postais em massa — Publicidade direta — Monopólio da antiga empresa pública de correios numa parte importante do mercado — Sistema de descontos — Efeito de exclusão — Inexistência de limiar ou nível de minimis — Critério do concorrente igualmente eficaz ('As-efficient-competitor' Test)»

I – **Introdução**

1. O presente processo de reenvio prejudicial dá ao Tribunal de Justiça de novo a oportunidade de precisar, no que respeita ao artigo 82.º CE, atual artigo 102.º TFUE, a sua jurisprudência, cujo início teve lugar há mais de 40 anos [2], sobre o caráter abusivo do sistema de descontos praticado por empresas em posição dominante.

2. Este litígio diz respeito à questão de saber se a empresa dinamarquesa Post Danmark A/S, nos anos 2007 e 2008, utilizou abusivamente a sua posição dominante no mercado da distribuição de envios postais em massa a destinatários na Dinamarca. No essencial, trata-se aqui de debater se a Post Danmark desenvolveu uma prática de exclusão abusiva ao conceder na distribuição de envios diretos descontos que iam até 16% desde que os seus clientes atingissem num período de referência de um ano determinadas quantidades tabeladas ou níveis de transações. Para isso, cada desconto dispunha de um efeito retroativo, isto é, abrangia todos os envios de publicidade direta distribuídos pelo respetivo cliente durante todo o período de referência.

3. O Tribunal de Justiça deve esclarecer neste caso, em particular, se para a apreciação da concorrência desleal de sistemas de descontos na aceção do artigo 82.º CE é, do ponto de vista jurídico, obrigatório proceder a uma análise dos preços-custos na qual a operação da empresa em posição dominante é comparada com um concorrente de igual eficiência (o chamado critério do «concorrente igualmente eficaz»). Além disso, coloca-se a questão de saber se o efeito de exclusão resultante do sistema de descontos de uma empresa em posição dominante deve ultrapassar algum tipo de limiar mínimo (limiar *de minimis*) para poder ser qualificado de anticoncorrencial.

1 — Língua original: alemão.

2 — V., designadamente, acórdãos Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174); Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313); British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166); Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221); e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250).

4. Numa altura em que no direito europeu da concorrência aumentam as exigências no sentido de uma abordagem orientada mais fortemente para o ponto de vista económico («more economic approach»), estas questões adquirem especial importância. Quanto à resposta a estas questões, que deverá ter um efeito muito para além do presente caso [3], o Tribunal de Justiça deveria, na minha opinião, não se deixar influenciar pelo espírito do tempo ou pelas tendências passageiras, mas sim, pelo contrário, retornar aos fundamentos jurídicos sobre os quais assenta a proibição do abuso de posição dominante no direito da União.

II – **Quadro jurídico**

5. O artigo 82.º CE (atual artigo 102.º TFUE) determina o quadro jurídico do direito da União deste caso. O direito dinamarquês contém no § 11 da Lei da concorrência [4] uma disposição nacional que – na parte que aqui interessa – corresponde ao artigo 82.º CE e que, segundo os trabalhos preparatórios, deve ser interpretada em conformidade com o artigo 82.º CE.

III – **Matéria de facto e processo principal**

6. O processo principal tem por base um litígio entre a Post Danmark e a autoridade da concorrência dinamarquesa, o Konkurrencerådet [5]. Por decisão de 24 de junho de 2009, o Konkurrencerådet tinha concluído que nos anos 2007 e 2008 a Post Danmark, através de um sistema de descontos para os envios diretos de publicidade, utilizou abusivamente a sua posição dominante no mercado dinamarquês da distribuição de envios postais em massa e, deste modo, violou o artigo 82.º CE, bem como o § 11 da Lei da concorrência. Por consequência, o Konkurrencerådet proibiu a empresa de continuar a aplicar o sistema de descontos.

7. No período controvertido, tanto o Estado dinamarquês como investidores privados detinham participações sociais na Post Danmark. A empresa estava sujeita à obrigação legalmente regulamentada de um serviço universal para determinados envios postais, entre os quais, também, o envio direto de publicidade, e estava obrigada em relação à totalidade do território do Estado dinamarquês a aplicar tarifas unitárias. Em contrapartida, dispunha de um monopólio legal para todos os envios de correio com peso inferior a 50 gramas. Deste modo, cerca de 70% do mercado da distribuição de envios postais em massa era abrangido pelo direito de exclusividade da Post Danmark.

8. O órgão jurisdicional de reenvio considera o mercado da distribuição de envios postais em massa na Dinamarca o mercado material e territorialmente relevante. A Post Danmark dispunha neste mercado no período em questão de uma quota de mercado de cerca de 95% do envio direto de publicidade, isto é, distribuição de publicidade direta enviada, ao mesmo tempo, a um grande número de destinatários, constituindo um segmento deste mercado dos envios postais em massa, na ordem de cerca de 12% do total do mercado para o ano de 2007 e de 7% para o ano de 2008. A parte da distribuição direta de publicidade que não era abrangida pelo monopólio da Post Danmark atingia no ano de 2007 cerca de 15% e no ano de 2008 cerca de 9% do mercado da distribuição de envios postais em massa.

9. A Bring Citymail Danmark A/S (a seguir «Bring Citymail Danmark»), uma filial da empresa pública norueguesa Posten Norge AS, propôs, a partir de 2007, em concorrência com a Post Danmark, o serviço de envio de correspondência comercial incluindo publicidade direta em Copenhaga e arredores e era, no período relevante, o único concorrente sério da Post Danmark no mercado

3 — No recurso pendente Intel/Comissão (C-413/14 P), também tem um papel relevante, nomeadamente, a questão da necessidade jurídica de aplicar o critério do «concorrente de eficiência igual» à análise do sistema de descontos.

4 — Konkurrencelov.

5 — Conselho da Concorrência.

dinamarquês dos envios postais em massa. No início de 2010, a Bring Citymail Danmark retirou-se do mercado dinamarquês devido a prejuízos muito elevados. As partes discutem se esta retirada se ficou a dever ao sistema de descontos que nessa altura era praticado pela Post Danmark para os envios de publicidade direta.

10. O referido sistema de descontos da Post Danmark era praticado desde 2003. Os descontos, que representavam entre 6% e 16% das despesas de portes normais [6], eram estandardizados e eram concedidos a todos os clientes nas mesmas condições conhecidas publicamente. Os descontos abrangiam um período de referência de um ano. Para a concessão do desconto eram tidos em consideração, durante um período de referência de um ano, todos os envios feitos através da Post Danmark a partir de um volume de, no mínimo, 3 000 cartas. A este respeito, o sistema de descontos não distinguia entre os envios abrangidos pelo monopólio da Post Danmark e o facto de no respetivo domínio atuar um concorrente.

11. O pressuposto para atingir o primeiro escalão do desconto, que previa uma redução do preço de 6%, era que o cliente durante o ano de referência enviasse para distribuição, no mínimo, 30 000 cartas ou que o montante do valor de portes dos seus envios atingisse um valor bruto de, no mínimo, 300 000 coroas dinamarquesas (DKK). A escala aplicada pela Post Danmark previa mais oito níveis de desconto [7]. Em relação aos primeiros sete níveis de desconto, a redução do preço aumentava em cada nível um ponto percentual, respetivamente, em relação aos dois últimos níveis de desconto dois pontos percentuais, respetivamente, até uma taxa de desconto máxima de 16%. O tabelamento dos descontos concedidos dirigia-se, principalmente, aos clientes médios, pois os grandes clientes, dado o seu volume de transações, atingiam normalmente, de qualquer modo, o nível de desconto mais elevado.

12. A aplicação prática do sistema de descontos era feita de modo que o preço para cada cliente era determinado, no início de cada ano de referência, provisoriamente com base no volume que o mesmo provavelmente utilizaria durante esse ano. Em seguida, no fim do ano de referência, tinha lugar – retroativamente – uma adaptação de todos os preços com base nas cartas efetivamente enviadas durante o ano por esse cliente. Isto podia conduzir a uma obrigação de reembolso do cliente face à Post Danmark quando o seu volume de transações efetivo era inferior ao que tinha sido previsto e, desse modo, o desconto calculado e acordado no início do ano era demasiado elevado.

13. O Konkurrencerådet viu na aplicação do sistema de descontos antes descrito um abuso de posição dominante. Através dessa forma de concessão de descontos, os clientes estavam fidelizados à Post Danmark e, assim, o mercado da distribuição de envios postais em massa estava encerrado em prejuízo de atuais ou potenciais concorrentes sem que isto gerasse vantagens de eficiência em benefício do consumidor que compensassem os efeitos que restringem a concorrência.

14. No quadro da sua apreciação, o Konkurrencerådet prescindiu de uma análise de preços-custos por meio do critério do «concorrente igualmente eficaz». No seu entender, este seria um critério de avaliação inadequado porque, com base nas características especiais do mercado dinamarquês do correio, não podia, em qualquer caso, existir um concorrente de igual eficiência. Com efeito, para justificar a sua tese de um abuso de posição dominante, o Konkurrencerådet apoiou-se na posição especial da Post Danmark no mercado relevante, que tornava essa empresa um parceiro obrigatório. Além do mais, o Konkurrencerådet remeteu, nomeadamente, para a existência de limitações à entrada no mercado, bem como para a estrutura concreta do sistema de descontos, em especial, para a sua natureza retroativa em relação a um período de referência de um ano, para o âmbito da redução do preço até 16% e para uma análise da posição efetiva dos clientes no quadro do tabelamento dos descontos.

6 — Segundo informações da Post Danmark, o desconto concedido atingia em média 10,6%.

7 — Os outros níveis de descontos situavam-se em 75 000, 150 000, 300 000, 500 000, 750 000, 1 000 000, 1 500 000 e 2 000 000 de envios ou num valor bruto de, no mínimo, 750 000 DKK, 1 500 000 DKK, 3 000 000 DKK, 5 000 000 DKK, 7 500 000 DKK, 10 000 000 DKK, 15 000 000 DKK e 20 000 000 DKK.

15. Por decisão de 10 de maio de 2010, a Konkurrenceankenævnet [8] confirmou a decisão do Konkurrencerådet. Em 1 de julho de 2010, a Post Danmark interpôs recurso desta decisão para o Sø- og Handelsretten [9], o órgão jurisdicional de reenvio. A Bring Citymail Danmark interveio no processo principal em apoio do Konkurrencerådet.

IV – **Pedido de decisão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça**

16. Por despacho de 8 de janeiro de 2014, que deu entrada em 16 de janeiro de 2014, o Sø- og Handelsretten submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões para decisão a título prejudicial:

«1) Que orientações devem ser utilizadas para decidir se a aplicação por parte de uma empresa em posição dominante de um [sistema] de descontos com um limiar quantitativo tabelado com as características referidas no […] pedido de decisão prejudicial constitui um abuso de posição dominante contrário ao artigo [82.° CE]?

Pede-se que, na sua resposta, o Tribunal de Justiça esclareça qual a relevância, para efeitos dessa apreciação, do facto de os limiares do [sistema] de descontos serem definidos de uma forma em que o [sistema] de descontos é aplicável à maioria dos consumidores no mercado.

Pede-se ainda que, na sua resposta, o Tribunal de Justiça esclareça se, e de que forma, os preços e custos da empresa em posição dominante são relevantes para a avaliação do referido [sistema] de descontos nos termos do artigo [82.° CE] (relevância do critério do 'concorrente igualmente eficaz').

Simultaneamente, pede-se que o Tribunal de Justiça esclareça que relevância têm a este respeito as características do mercado, nomeadamente se podem justificar que o efeito de [exclusão] seja provado através de outros exames e análises além do critério do 'concorrente igualmente eficaz' (v., a este respeito, n.º 24 da comunicação da Comissão [– intitulada 'Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo [82.° CE] a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante' (JO 2009, C 45, p. 7)].

2) Que nível de probabilidade e de gravidade deve ter o efeito anticoncorrencial de um [sistema] de descontos com as características referidas no […] pedido de decisão prejudicial para que o artigo [82.° CE] seja aplicável?

3) Atendendo às respostas à primeira e segunda questões, que circunstâncias concretas devem ser tidas em consideração pelo órgão jurisdicional nacional para apreciar se um [sistema] de descontos, em circunstâncias como as descritas no pedido de decisão prejudicial (características do mercado e do [sistema] de descontos), tem ou pode ter um efeito de [exclusão] no caso concreto de constituir um abuso nos termos do artigo [82.° CE]?

A este respeito, é necessário que o efeito de [exclusão] seja considerável?»

17. No processo de reenvio prejudicial perante o Tribunal de Justiça, apresentaram observações escritas, além da Post Danmark e da Bring Citymail, os Governos dinamarquês, alemão, a Comissão Europeia e o Órgão de Fiscalização da EFTA. Todos os intervenientes, com exceção do Governo alemão, intervieram na audiência de 26 de março de 2015.

8 — Comissão de Recurso em Matéria de Concorrência.

9 — Tribunal Marítimo e Comercial.

V – **Apreciação**

18. Com o seu abrangente catálogo de perguntas, o Sø- og Handelsretten deseja saber, no essencial, que critérios ou «orientações» devem ser aplicados, no âmbito do artigo 82.º CE, com o objetivo de apreciar os sistemas de descontos das empresas em posição dominante. Em particular, o órgão jurisdicional de reenvio solicita esclarecimentos sobre se a utilização do critério do «concorrente igualmente eficaz» para determinação de um abuso de posição dominante é juridicamente obrigatória e se existe um limiar mínimo (limiar *de minimis*) na apreciação do efeito de exclusão eventualmente resultante de um sistema de descontos.

19. Estas questões colocam-se no contexto de um sistema de descontos da Post Danmark, o qual, entre outras, apresenta as seguintes características:

— O sistema de descontos assentava no tabelamento e em condições aplicadas de forma geral, continha nove níveis de descontos com reduções de 6% a 16%, aplicava-se a um período de referência de um ano e tinha caráter retroativo.

— O sistema de descontos aplicava-se num mercado em que a Post Danmark tinha uma quota de 95% e em que mais de 70% das cartas a distribuir estavam abrangidas pelo monopólio legal dessa empresa; existiam elevadas limitações à entrada no mercado, a Post Danmark dispunha de vantagens estruturais e, no que respeita à Bring Citymail Danmark, tinha apenas de enfrentar durante algum tempo numa parte territorial do mercado um concorrente nitidamente mais pequeno.

20. Ao responder a este pedido de decisão prejudicial, há que recorrer à proibição do abuso de uma posição dominante na sua versão antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, uma vez que o objeto do processo principal é a aplicação de um sistema de descontos nos anos 2007 e 2008 e a decisão controvertida do Konkurrencerådet também foi proferida ainda em junho de 2009. É certo que as considerações que passo a tecer sobre o artigo 82.º CE podem ser aplicadas sem problema ao artigo 102.º TFUE, cujo conteúdo é idêntico.

21. Dado que as questões prejudiciais individualizadas, em grande parte, se sobrepõem umas às outras, parece conveniente responder às mesmas numa ordem diferente e assim analisar sucessivamente os diversos problemas jurídicos suscitados na decisão de reenvio.

A – *Critérios para a apreciação dos sistemas de descontos das empresas em posição dominante*

1. Em geral (primeira parte da primeira questão)

22. A primeira parte da primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio visa as orientações jurídicas gerais aplicáveis de acordo com o artigo 82.º CE na apreciação do sistema de descontos de uma empresa em posição dominante.

23. À primeira vista, pode parecer surpreendente considerar que descontos concedidos pelas empresas em posição dominante que constituem, apesar de tudo, uma vantagem em termos de preços para os seus clientes possam ser qualificados de abusivos na aceção do artigo 82.º CE.

24. No entanto, há que considerar que a concorrência no mercado relevante está enfraquecida precisamente devido à presença da empresa em posição dominante [10]. Por isso, incumbe a esta empresa – independentemente das causas da sua posição dominante no mercado – uma responsabilidade particular de não lesar pelo seu comportamento uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno [11].

25. Por consequência, a empresa em posição dominante está sujeita no âmbito de aplicação do artigo 82.º CE a determinadas limitações que, sob essa forma, não se aplicam a outras empresas. Uma prática que, em condições normais de concorrência, não seria censurável pode ser abusiva quando adotada por uma empresa em posição dominante [12]. Em particular, nem toda a concorrência através dos preços a que a empresa em posição dominante recorra pode ser considerada admissível [13].

26. Como foi corretamente observado pela Comissão, podem esconder-se atrás dos descontos concedidos pelas empresas em posição dominante práticas anticoncorrenciais que, só à primeira vista, são uma expressão de uma oferta especialmente vantajosa, mas que, quando examinadas com mais cuidado, se revelam, na realidade, pouco terem a ver com preços verdadeiramente baixos e que podem ser muito prejudiciais para a concorrência.

27. É certo que não se imputa ao sistema de descontos de empresas em posição dominante uma presunção geral de abuso que caberia a esta empresa refutar. No entanto, no caso desses descontos, a delimitação entre, por um lado, prestações que representam uma concorrência pelo mérito e, por outro lado, atuações comerciais anticoncorrenciais é, em regra, uma questão delicada que deve ser examinada muito cuidadosamente.

28. A jurisprudência [14] reconhece que simples descontos de quantidade que assentam exclusivamente no número de compras efetuadas não produzem, normalmente, quaisquer efeitos anticoncorrenciais, de modo que estes não são abusivos mesmo quando são concedidos por empresas dominantes. Em particular, quando o aumento da quantidade fornecida pela referida empresa se traduzir num custo inferior para o fornecedor, este tem o direito de fazer o seu cliente beneficiar dessa redução através de uma tarifa mais favorável. Abusivos na aceção do artigo 82.º CE são, pelo contrário, em regra, descontos de fidelidade ou descontos de objetivo, através dos quais as empresas em posição dominante procuram fidelizar a si mesmas os seus próprios clientes e atrair os clientes dos seus concorrentes.

29. Porém, de acordo com o artigo 82.º CE, não é, afinal, determinante para a apreciação do sistema de descontos de uma empresa dominante se este sistema pode ser incluído numa categoria tradicional, em particular, na dos descontos de quantidade ou dos descontos de fidelidade. Decisivo é, pelo contrário, apurar se esses descontos se destinam, através de uma vantagem que não assenta em nenhuma prestação económica que a justifique, a suprimir ou restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso ao mercado dos concorrentes ou a reforçar a

10 — Acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 91); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 70); e Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 17).

11 — Acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 57); v., neste sentido, acórdãos France Télécom/Comissão (C-202/07 P, EU:C:2009:214, n.º 105); Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 176); e TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 24).

12 — Acórdão Compagnie maritime belge transports e o./Comissão (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 131).

13 — Acórdãos AKZO/Comissão (C-62/86, EU:C:1991:286, n.º 70); France Télécom/Comissão (C-202/07 P, EU:C:2009:214, n.º 106); Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 177); e Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 25).

14 — Acórdãos Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, n.º 518); Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.ºs 89 e 90); Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 71); Portugal/Comissão (C-163/99, EU:C:2001:189, n.º 50); Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 70); e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.ºs 56 a 59).

posição dominante através de uma concorrência falseada [15]. Em suma, trata-se de saber se a empresa em posição dominante concede descontos suscetíveis de ter um efeito de exclusão no mercado relevante, para os quais não existe uma justificação económica, nomeadamente, para a transferência dos custos poupados para os clientes [16]. Além disso, especialmente, o artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE proíbe as empresas em posição dominante também de concederem descontos discriminatórios, através dos quais se aplicam relativamente a parceiros comerciais condições desiguais no caso de prestações equivalentes [17].

30. Não existem, no presente caso, quaisquer elementos que apontem no sentido de um caráter discriminatório do sistema de descontos praticados pela Post Danmark dado o caráter tabelado e geral das condições aplicáveis. Por isso, as autoridades nacionais que se ocuparam do litígio no processo principal dirigiram a sua atenção, com razão, para a questão de saber se podia resultar do sistema de descontos da Post Danmark um efeito de exclusão economicamente não justificado.

31. Se os descontos concedidos por uma empresa em posição dominante podem desenvolver o tal efeito de exclusão, deve ser analisado com base numa avaliação global de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto [18] (v., a este respeito, a seguir, as minhas considerações em 2 e 3).

32. Neste âmbito, percebe-se facilmente que nem o desejo da empresa dominante de realizar um maior número de transações nem o seu esforço para planear melhor os seus negócios podem ser considerados justificações económicas para a concessão de descontos quando estes são suscetíveis de produzir um efeito de exclusão [19].

2. Circunstâncias a considerar na apreciação do sistema de descontos (primeira parte da terceira questão e última parte da primeira questão)

33. Constitui objeto da primeira parte da terceira questão prejudicial e da última parte da primeira questão prejudicial a questão de saber quais são as circunstâncias a ter em consideração, em concreto, na apreciação do eventual efeito de exclusão de sistemas de descontos de empresas em posição dominante de acordo com o artigo 82.º CE.

34. Não é possível, devido à sua própria natureza, proceder a uma enumeração taxativa, válida de uma forma geral, de todas as circunstâncias a ter em consideração no âmbito do artigo 82.º CE, uma vez que cada mercado e cada sistema de descontos possuem as suas especificidades. No entanto, podem ser dadas ao órgão jurisdicional de reenvio, perante o contexto da situação de facto descrita na decisão de reenvio do processo principal, algumas indicações úteis que lhe possam facilitar a decisão.

15 — Acórdãos Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 73); British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 67); Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 71); e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 60).

16 — Acórdão British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.ºs 68 e 69).

17 — Acórdãos Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 73); British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 67); Portugal/Comissão (C-163/99, EU:C:2001:189, n.º 50); e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 60).

18 — Acórdãos Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 73); British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 67); Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.ºs 18 e 71); e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 60).

19 — Acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 85).

35. De acordo com jurisprudência constante, para a apreciação de um sistema de descontos segundo o disposto no artigo 82.º CE, devem ter-se em atenção, nomeadamente, os critérios e as modalidades da concessão dos descontos [20] [v., a este respeito, a seguir, a parte a)]. Contudo, como a formulação utilizada pelo Tribunal de Justiça –«nomeadamente» – permite reconhecer, podem, além disso, também ter influência outros fatores, em particular, as condições de concorrência existentes no mercado relevante e – intimamente ligada a estas – a posição da empresa dominante no respetivo mercado [v., *infra*, parte b)].

a) Critérios e modalidades da concessão dos descontos

36. No que respeita, em primeiro lugar, aos critérios e às modalidades da concessão dos descontos, aponta no sentido do caráter abusivo do sistema de descontos o facto de este – como é o caso do sistema de descontos da Post Danmark controvertido – não ter um efeito puramente progressivo, de modo que o atingir de um novo nível de descontos não só conduz a uma redução de preço para todos as encomendas adicionais como também é dotado de efeito retroativo e, por isso, também torna retroativamente mais baratas todas as encomendas já efetuadas durante o período de referência [21].

37. Assim, deste modo, mesmo alterações relativamente ligeiras – quer em alta quer em baixa – nas vendas de produtos da empresa em posição dominante têm um impacto desproporcionado sobre os cocontratantes [22]. Por consequência, um sistema de descontos deste tipo desenvolve, em regra, um efeito de fidelização, que também se pode designar por efeito de atração. Este facilita à empresa em posição dominante vincular a si os seus próprios clientes, bem como atrair os clientes dos seus concorrentes, e, por isso, finalmente, no mercado relevante canalizar a seu favor a parte disputável da procura [23].

38. Pela sua própria natureza, este efeito de atração é tanto maior quanto mais elevados são os descontos concedidos e quanto mais longo é o período de referência, sobre o qual retroagem os descontos para atingir cada novo nível de desconto. Se forem concedidos, como aqui é o caso, descontos relativamente elevados de 6% a 16%, e estes se aplicarem retroativamente sobre um período de referência relativamente longo de um ano [24], isto significa um forte efeito de atração. Este efeito de atração é ainda reforçado porque os descontos se aplicam, sem distinção, à parte disputável assim como à parte não disputável da procura, isto é, também, em particular, ao monopólio legal da Post Danmark que abrange as cartas até 50 gramas.

39. Se, além disso, puder ser demonstrada a intenção de exclusão por parte da empresa em posição dominante, isto constituirá um indício adicional do caráter abusivo do sistema de descontos por ela praticado [25]. Em todo o caso, uma tal intenção ou estratégia de exclusão não é nenhum pressuposto obrigatório para declarar verificada uma violação do artigo 82.º CE, isto porque a exploração abusiva de posição dominante no mercado é um conceito objetivo [26]. Por isso, a simples circunstância de que a Post Danmark, no presente caso, afirma não ter atuado com a intenção de expulsar não protege de todo a empresa da constatação de ter praticado um abuso na aceção do artigo 82.º CE.

20 — Acórdãos Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 73); British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 67); Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 71); e acórdão do Tribunal Geral Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 60).

21 — V., neste sentido, acórdãos Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 81); British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 73); e Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, em especial, n.º 75).

22 — Acórdão British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 73).

23 — Acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, em especial, n.º 79).

24 — Sobre a duração do período de referência, v., designadamente, acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 81).

25 — V., neste sentido, acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, em especial, n.ºs 20 e 21).

26 — Acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 91); AKZO/Comissão (C-62/86, EU:C:1991:286, n.º 69); TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 27); e Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.ºs 17 e 23).

40. É verdade que, se existir uma discriminação entre parceiros comerciais na aceção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea c), CE, é, nesse caso, particularmente manifesto o caráter abusivo dos descontos praticados pela empresa dominante. Porém, um sistema de descontos também pode ser abusivo na aceção do artigo 82.º CE quando, sem elementos discriminatórios, tiver como resultado efeitos de exclusão anticoncorrenciais no mercado [27]. A este propósito, o Órgão de Fiscalização da EFTA argumentou acertadamente, que importa menos diferenciar entre descontos individualizados e tabelados e muito mais examinar a aptidão concreta do sistema de descontos em causa para produzir efeitos de exclusão no mercado.

41. Por último, a faturação aos clientes com preços «negativos», isto é, a preços abaixo do preço de custo, *não* constitui uma condição prévia para que seja declarado o caráter abusivo de um sistema de descontos retroativo aplicado por uma empresa em posição dominante [28]. Com efeito, devido ao seu volume de transações muito mais elevado, a empresa em posição dominante pode, em regra, apesar da concessão de descontos consideráveis, ainda trabalhar cobrindo os custos. É-lhe, por isso, possível desenvolver, através dos seus descontos, um efeito de exclusão sem entrar ela própria, necessariamente, na zona de prejuízo.

b) Condições de concorrência prevalecentes no mercado relevante e posição da empresa em posição dominante neste mercado

42. No que respeita, portanto, às condições de concorrência prevalecentes e à posição da empresa dominante no mercado relevante, um eventual efeito de exclusão anticoncorrencial do sistema de descontos será tanto mais provável e importante quanto mais forte for a empresa dominante no mercado relevante e mais fraca for a posição dos seus concorrentes atuais ou potenciais. A este respeito, não há que ter em atenção apenas as quotas de mercado da empresa dominante e dos seus concorrentes, mas também a origem da posição dominante dessa empresa e um monopólio legal eventualmente existente de que a mesma beneficie para a totalidade do mercado ou para uma parte do mesmo [29].

43. No caso vertente, a Post Danmark dispunha, como empresa postal pública histórica, de acordo com as informações constantes da decisão de reenvio, de uma esmagadora quota de mercado de 95% no mercado dinamarquês dos envios postais em massa enquanto, em contrapartida, à Bring Citymail Danmark apenas cabiam cerca de 5%.

44. Uma diferença tão grande entre a quota de mercado da empresa dominante e a da concorrência é suscetível de reforçar a ocorrência de efeitos de exclusão, pois nestas condições é especialmente difícil para os concorrentes da empresa em posição dominante competir com descontos concedidos em função do volume total de vendas [30].

45. Além disso, 70% deste mercado era objeto do monopólio legal de que a Post Danmark dispunha, ou seja, do monopólio para a distribuição de cartas até 50 gramas, e não estava, por isso, logo à partida aberto à concorrência. Acresce que, a Bring Citymail Danmark, único concorrente sério da Post Danmark, apenas operava numa parte da zona geográfica do mercado, ou seja, na grande região de Copenhaga, ao passo que a Post Danmark dispunha de uma rede de distribuição eficaz em todo o território.

27 — Acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 65).

28 — Acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 73).

29 — V., neste sentido, acórdão Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 23, *in fine*).

30 — Acórdãos Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 82) e British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 75) e minhas conclusões apresentadas neste último processo (EU:C:2006:133, n.º 52).

46. Tudo isto indica que a Post Danmark, dada a sua posição preponderante no mercado, era um parceiro comercial obrigatório e que os descontos que praticava eram suscetíveis de produzir um efeito de exclusão importante [31]. Esta impressão é reforçada quando se examinam certos elementos estruturais do mercado relevante.

47. Como já foi referido, um mercado como o mercado dinamarquês da distribuição de envios postais em massa é caracterizado pelas prestações de serviços associadas à existência de uma rede. Para operar eficazmente e poder prestar os serviços esperados pelos clientes, o operador nesse mercado necessita de uma rede de distribuição o mais eficiente possível. Como foi igualmente referido na decisão de reenvio, o reverso da medalha é que, do ponto de vista económico, esse mercado se caracteriza por elevadas economias de escala e fortes limitações à entrada, que criam dificuldades aos concorrentes da empresa dominante para se estabelecerem no mercado e concorrerem com esta quanto à parte disputável da procura.

48. Além disso, para apreciar os eventuais efeitos de exclusão produzidos pelos sistemas de descontos de empresas em posição dominante, pode ser igualmente importante conhecer a versatilidade dos clientes no mercado relevante e que parte das suas necessidades estes poderiam ver satisfeitas pelos concorrentes da empresa dominante sem sofrerem perdas nos descontos.

49. Quanto a isto, foi demonstrado no processo principal que os clientes em causa não poderiam trocar a Post Danmark por outro operador postal senão perdendo o desconto sobre dois terços de envios de cartas acessíveis à concorrência. Isto significa que o sistema de descontos da Post Danmark era suscetível de produzir efeitos de exclusão importantes.

50. Por conseguinte, existem no presente caso, dadas as condições de concorrência no mercado relevante e a posição da empresa dominante neste mercado, indícios sérios no sentido de que um sistema de descontos como o praticado pela Post Danmark era suscetível de desenvolver efeitos de exclusão importantes.

3. Quanto ao impacto do sistema de descontos (segunda parte da primeira questão)

51. A segunda parte da primeira questão prejudicial refere-se ao impacto de um sistema de descontos como o praticado pela Post Danmark. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber qual a importância, para a apreciação jurídica nos termos do artigo 82.º CE, de o sistema de descontos, devido ao tabelamento dos seus diferentes escalões no sistema de descontos (qualificados de «quantidades-limiar» na decisão de reenvio), não estar concebido para responder às necessidades de clientes individuais, mas, pelo contrário, ser aplicável à maioria dos clientes no mercado.

52. Como o Tribunal de Justiça declarou há já muito tempo, o número dos contratos aos quais se aplicam os descontos concedidos por uma empresa em posição dominante – e assim, finalmente, o número dos clientes abrangidos – é irrelevante para a apreciação jurídica destes descontos de acordo com o artigo 82.º CE [32].

53. Por consequência, a simples circunstância de que muitos clientes, ou mesmo a maior parte dos clientes no mercado, são abrangidos por um sistema de descontos e que, desse modo, este sistema tem um grande impacto não dá qualquer indicação sobre o seu caráter abusivo na aceção do artigo 82.º CE.

31 — Em especial, sobre a necessidade de ter em consideração a posição de empresa dominante enquanto parceiro comercial obrigatório, v. acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 41) e Compagnie maritime belge transports e o./Comissão (C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 132).

32 — Acórdão Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, EU:C:1975:174, n.º 511).

54. Porém, no caso de esse sistema de descontos ser suscetível de produzir um efeito de atração em benefício da empresa em posição dominante, o facto de atrair um número importante de clientes e uma grande parte da procura disputável no mercado pode conduzir a que os efeitos de exclusão reais ou potenciais sejam mais graves do que no caso de sistemas de descontos com um impacto mais reduzido. Vários intervenientes no processo salientaram, justamente, este aspeto.

4. Conclusão intercalar

55. Em síntese, deve, portanto, concluir-se que:

O sistema de descontos praticado por uma empresa em posição dominante é abusivo na aceção do artigo 82.º CE quando do mesmo, com base na avaliação conjunta de todas as circunstâncias do caso concreto, resultar que os descontos são suscetíveis de produzir um efeito de exclusão não justificado economicamente, para o que devem ser tomados em consideração, em especial, os critérios e as modalidades da concessão dos descontos, as condições de concorrência existentes no mercado relevante e a posição da empresa dominante nesse mercado.

B – *Importância do critério do «concorrente igualmente eficaz» (*«As-efficient-competitor» *Test) (terceira parte da primeira questão)*

56. A terceira e última parte da primeira questão prejudicial é dedicada, em especial, ao critério do «concorrente igualmente eficaz». Com a utilização deste critério tenta-se, através de uma comparação de preços e custos [33], determinar se um concorrente tão eficaz como essa empresa em posição dominante pode concorrer com esta ou se, pelo contrário, a política de descontos da empresa em posição dominante conduz a efeitos de exclusão anticoncorrenciais no mercado relevante.

57. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a determinação do abuso de posição dominante no mercado, através de um sistema de descontos, exige, do ponto de vista jurídico, que seja aplicado o critério do «concorrente igualmente eficaz» e, em caso de resposta negativa, de que outras circunstâncias se pode eventualmente concluir que esse sistema de descontos é abusivo.

58. Estas subquestões devem ser analisadas tendo por base a Comunicação da Comissão de 2009 [34], na qual a Comissão, na sua qualidade de autoridade da concorrência, informou sobre as suas prioridades na aplicação do artigo 82.º CE. O órgão jurisdicional de reenvio refere-se aqui expressamente à mencionada comunicação sobre as prioridades.

33 — Trata-se de examinar os custos evitáveis médios da empresa dominante, os custos médios a longo prazo, bem como o preço que o concorrente de uma empresa dominante deve oferecer aos seus clientes para os compensar pela perda do desconto concedido por aquela empresa.

34 — Comunicação intitulada «Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante», apresentada em 24 de fevereiro de 2009 (JO C 45, p. 7, a seguir «comunicação sobre as prioridades»).

59. Na sua comunicação sobre as prioridades, a Comissão informou que, em princípio, só interviria contra comportamentos de exclusão abusivos relacionados com os preços quando o comportamento da empresa em posição dominante já tenha impedido ou seja suscetível de impedir a concorrência desenvolvida por empresas consideradas tão eficazes (em inglês: «as efficient competitors») como a empresa em posição dominante [35]. Para verificar isto, a Comissão obrigou-se a ela própria, em relação aos comportamentos de exclusão abusivos relacionados com o preço, a aplicar, em geral, o critério do concorrente igualmente eficaz.

60. No entanto, esta prática administrativa da Comissão não tem, como é óbvio, qualquer natureza vinculativa para as autoridades da concorrência e para os tribunais nacionais. Isto resulta, por um lado, do próprio teor da comunicação sobre as prioridades que «não pretende constituir doutrina jurídica» [36] e, por outro, da jurisprudência assente quanto às comunicações da Comissão [37]. Embora nada impeça as instituições nacionais de recorrer ao critério do «concorrente igualmente eficaz» seguindo o exemplo da Comissão, no entanto, do ponto de vista jurídico, estão vinculadas apenas pelas prescrições contidas no artigo 82.º CE. Incumbe ao Tribunal de Justiça desenvolver essas prescrições.

61. Do artigo 82.º CE não se pode, em minha opinião, deduzir nenhum dever jurídico de apoiar sempre a verificação do caráter abusivo de um sistema de descontos de uma empresa em posição dominante numa análise de preços-custos como o critério do «concorrente igualmente eficaz».

62. É certo que o Tribunal de Justiça, em relação a outras práticas relativas a preços que não sejam os descontos, exigiu ocasionalmente a aplicação do critério do «concorrente igualmente eficaz», na medida em que salientou que o artigo 82.º CE proíbe, *nomeadamente*, que uma empresa que detém uma posição dominante leve a cabo práticas que produzam efeitos de exclusão *dos seus concorrentes considerados tão eficazes como ela própria* [38].

63. No entanto, não se pode retirar desta jurisprudência uma exigência absoluta de recorrer sistematicamente ao critério do «concorrente igualmente eficaz» para apreciar, do ponto de vista do direito da concorrência, os comportamentos de exclusão relacionados com os preços. Por um lado, essa jurisprudência refere-se, em especial, às práticas de preços das empresas dominantes, como, por exemplo, uma política de preços baixos (por exemplo, a proposta de preços com prejuízo) ou a compressão das margens através da redução da *ratio* preço-custo, que logo pela sua natureza revelam uma estreita relação com a estrutura de custos da empresa em causa. Por outro lado, a formulação escolhida pelo Tribunal de Justiça «insbesondere» (em francês «notamment») [em português «nomeadamente»] [39] permite reconhecer claramente que o abuso de uma posição dominante não existe apenas quando um efeito de exclusão afeta empresas igualmente eficaz à empresa em posição dominante.

35 — N.º 23 da comunicação sobre as prioridades. A este respeito, permito-me a referência de que o teor da versão alemã desta passagem da comunicação sobre as prioridades, com a sua formulação «daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen» [tenha já impedido ou seja suscetível de impedir a concorrência] reproduz apenas de forma muito incompleta as prescrições jurídicas segundo as quais os efeitos anticoncorrenciais reais não necessitam de ser demonstrados (acórdãos British Airways/Comissão, C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 68, e Tomra Systems e o./Comissão, C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.os 68 e 79). Mais compatíveis com o quadro jurídico traçado pelo artigo 82.º CE (artigo 102.º TFUE) parecem ser a versão inglesa («has already been or is capable of hampering competition») e a versão francesa da comunicação sobre as prioridades («ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence»).

36 — N.º 3 da comunicação sobre as prioridades.

37 — Acórdãos Pfleiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, n.º 21) e Expedia (C-226/11, EU:C:2012:795, n.os 29 e 31).

38 — Acórdão Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 25); v., também, acórdãos Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, EU:C:2010:603, em especial, n.os 177, 183, 196, 203 e 254) e TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, em especial, n.os 67, 73 e 94); v., também, acórdão AKZO/Comissão (C-62/86, EU:C:1991:286, em especial, n.os 71 e 72), no qual se remete, entre outros, para uma análise de preços-custos.

39 — Acórdãos Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 25) e Deutsche Telekom/Comissão [(C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 177), no qual, na versão em língua alemã, é utilizada a expressão «u. a.» (entre outras) para o termo em francês «notamment» (nomeadamente)].

64. No que respeita, especificamente, ao sistema de descontos da empresa em posição dominante, o Tribunal de Justiça, até à data, ainda nunca fez depender a sua qualificação de abusivo na aceção do artigo 82.º CE de uma análise de preços-custos. Antes pelo contrário, decidiu relativamente a esses sistemas de descontos até há pouco tempo que a inexistência de uma comparação dos preços e dos custos não constituía qualquer erro de direito [40]. No caso em apreço, o Tribunal de Justiça deveria seguir este entendimento.

65. Seguramente, era concebível em teoria fazer depender a verificação de um comportamento de exclusão relacionado com os preços em geral de uma análise com base no critério do «concorrente igualmente eficaz» e prescrever, por isso, esta análise também em relação ao sistema de descontos das empresas dominantes. No entanto, em relação a um desenvolvimento destes da jurisprudência relativa ao artigo 82.º CE, tem-se levantado algum ceticismo por várias razões.

66. Por um lado, a mais-valia das análises económicas complexas não é sempre evidente e pode conduzir a uma desproporcionada utilização dos recursos das autoridades da concorrência e dos tribunais que, depois, farão falta noutros casos para a implementação eficaz das regras de concorrência. A metodologia aplicada pode – como as alegações da Post Danmark, da Bring Citymail Danmark e do Governo dinamarquês perante o Tribunal de Justiça demonstram de forma exemplar – dar lugar a diferenças de apreciação muito significativas [41]. Além disso, os dados disponíveis para fundamentar a análise nem sempre são fiáveis [42] e pressupõem a disponibilidade da empresa dominante para um trabalho de cooperação sincero com as autoridades da concorrência e com os tribunais o que, como o Governo alemão salientou, nem sempre está garantido.

67. Por outro lado, há que alertar para a ideia errada de que é possível dominar a problemática dos comportamentos de exclusão relacionados com preços, de forma simples e juridicamente segura, através de uma espécie de fórmula matemática unicamente com base nos elementos de preços e custos das empresas em causa. Como já foi dito, não é raro que os dados das empresas permitam interpretações muito diferentes.

68. No entanto, a verificação de um abuso no âmbito do artigo 82.º CE, bem como noutros contextos, pressupõe, em particular, sempre uma avaliação que tenha em conta todas as circunstâncias relevantes de cada caso concreto a qual não se deve limitar apenas a uma consideração dos elementos de preços e custos. Pelo contrário, podem ser relevantes, para se determinar a existência de um abuso, numerosos outros fatores, nomeadamente, o funcionamento concreto de um sistema de descontos, bem como determinadas características do mercado em que a empresa dominante opera; com efeito, podem mesmo ser muito mais elucidativos do que uma análise de preços-custos.

69. A remissão para todas as circunstâncias relevantes do caso concreto, bem como a possibilidade de uma justificação objetiva do comportamento da empresa dominante garante de forma suficiente que as exigências jurídicas para a determinação de um abuso na aceção do artigo 82.º CE não ignoram as realidades económicas [43].

70. Se o caráter abusivo do sistema de descontos de uma empresa dominante resultar, desde logo, de uma avaliação de conjunto das diferentes circunstâncias do caso concreto, como já anteriormente as referi [44], então não existe, do ponto de vista jurídico, qualquer necessidade de realização de uma análise de preços-custos do tipo do critério do «concorrente igualmente eficaz».

40 — Acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 80; v., também, n.º 73).

41 — Que o resultado do critério do «concorrente de eficiência igual» não é sempre claro é também admitido pela Comissão no n.º 25 da sua comunicação sobre as prioridades.

42 — Que os dados fiáveis para a aplicação do critério do «concorrente de eficiência igual» estejam à disposição é também salientado pela Comissão no n.º 25 da sua comunicação sobre as prioridades.

43 — V., a este respeito, as minhas conclusões apresentadas no processo Solvay/Comissão (C-109/10 P, EU:C:2011:256, n.º 80).

44 — V., a este respeito, n.ºs 33 a 54 das presentes conclusões.

71. Por maioria de razão, não pode existir, de acordo com o artigo 82.º CE, qualquer dever jurídico de utilizar o critério do «concorrente igualmente eficaz» quando, tendo em conta a estrutura do mercado, está excluído que qualquer outra empresa possa ser um concorrente igualmente eficaz à empresa dominante. Isto pode ser devido às condições de concorrência específicas do mercado relevante (por exemplo, porque este mercado se caracteriza – como aqui – por elevadas limitações à entrada, elevadas economias de escala e/ou prestações de serviços baseadas numa rede) ou ao facto de o nível de custos da empresa dominante depender precisamente da situação de vantagem competitiva na qual a posição dominante a coloca [45].

72. Nesses casos, não faria, desde logo, qualquer sentido determinar, por meio de uma qualquer análise de preços-custos, se o sistema de descontos da empresa em posição dominante desenvolve um efeito de exclusão em relação a um concorrente puramente hipotético considerado tão eficaz como ela própria. Com efeito, se não pode existir qualquer concorrente igualmente eficaz como a empresa dominante, então também não se pode retirar qualquer conclusão fiável do critério do «concorrente igualmente eficaz» sobre se no mercado podem ocorrer efeitos de exclusão.

73. Antes pelo contrário, num mercado em que a concorrência, tendo em conta a presença de uma empresa dominante, está de tal modo enfraquecida que concorrentes com eficiência igual já não podem sequer estabelecer-se, não deve ser considerada reduzida a pressão concorrencial resultante de empresas menos eficazes [46]. Conservar essa pressão concorrencial faz parte dos objetivos fundamentais prosseguidos pelo artigo 82.º CE. Com efeito, trata-se de impedir que a estrutura do mercado e as possibilidades de escolha dos clientes se deteriorem ainda mais com base no comportamento comercial da empresa dominante [47].

74. Por consequência, o artigo 82.º CE proíbe que se efetue uma análise à luz do critério do «concorrente igualmente eficaz» no mercado em que, dada a sua estrutura, está excluído que outra empresa possa ser tão eficaz como a empresa dominante.

75. Em síntese, deve, portanto, concluir-se que:

O artigo 82.º CE não exige que o caráter abusivo de um sistema de descontos praticado por uma empresa em posição dominante seja demonstrado através de uma análise de preços-custos do tipo do critério do «concorrente igualmente eficaz» («As-efficient-competitor» *Test*), se o caráter abusivo deste sistema de descontos já resultar de uma avaliação do conjunto das restantes circunstâncias do caso concreto.

No entanto, as autoridades e os tribunais que apreciam os processos de concorrência têm o direito de, no quadro de uma avaliação do conjunto de todas as circunstâncias do caso concreto, utilizarem essa análise de preços-custos, exceto se, tendo em conta a estrutura do mercado, estiver excluído que outra empresa possa ser tão eficaz como a empresa dominante.

45 — V., neste sentido, acórdão TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 45, *in fine*).

46 — V., neste sentido, também, n.º 24 da comunicação sobre as prioridades; v., também, acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 123, *in fine*).

47 — Acórdãos France Télécom/Comissão (C-202/07 P, EU:C:2009:214, n.º 105); Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.ºs 83 e 176), TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 24); e Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.ºs 20 e 23); v., neste sentido, acórdão British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 66).

C – Questão do caráter sensível de eventuais efeitos anticoncorrenciais do sistema de descontos (segunda questão e segunda parte da terceira questão)

76. Por último, com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber que nível de «probabilidade e de gravidade» deve ter o efeito anticoncorrencial de um sistema de descontos de uma empresa em posição dominante como a Post Danmark para que o artigo 82.º CE «seja aplicável». No mesmo sentido aponta também a segunda parte da terceira questão em que o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o «efeito de exclusão» desse sistema de descontos deve ser «considerável».

77. Em minha opinião, parece-me insuficiente como resposta a esta problemática remeter o órgão jurisdicional de reenvio apenas para a autonomia processual dos Estados-Membros em questões de prova [48]. Com efeito, trata-se aqui das exigências de *c*onteúdo que devem ser colocadas para a determinação de um abuso na aceção do artigo 82.º CE. Estas exigências provêm do direito da União e devem ser aplicadas uniformemente em toda a União de modo a assegurar a todas as empresas que operam no mercado interno um enquadramento em condições o mais possível uniformes quanto às regras de concorrência («level playing field») [49].

78. Parece conveniente examinar separadamente os dois aspetos evocados pelo órgão jurisdicional de reenvio, isto é, por um lado, a probabilidade de um efeito anticoncorrencial e, por outro, a gravidade deste efeito.

1. Quanto à probabilidade de existir um efeito anticoncorrencial

79. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta que nível de probabilidade deve ter o efeito anticoncorrencial de um sistema de descontos aplicado por uma empresa em posição dominante para constituir um abuso na aceção do artigo 82.º CE.

80. Quanto a isto, cumpre salientar que o efeito de exclusão que resulta de um tal sistema de descontos não pode ser de natureza puramente hipotético [50]. Por outras palavras, os descontos em causa devem ser suscetíveis, não apenas em abstrato mas também em concreto, de restringir ou mesmo suprimir o acesso ao mercado dos concorrentes da empresa em posição dominante e a possibilidade de os parceiros desta empresa escolherem entre várias fontes de abastecimento ou vários parceiros comerciais [51].

81. Contudo, para este efeito, não é necessária uma análise dos efeitos concretos dos descontos na concorrência, isto é, não tem de ser verificado se *efetivamente* se produziu um efeito de exclusão [52]. Com efeito, a proibição prevista pelo artigo 82.º CE abrange também formas de comportamento das empresas em posição dominante com um efeito anticoncorrencial potencial [53]. Por conseguinte, mesmo que a alegação da Post Danmark fosse exata no sentido de que o sistema de descontos controvertido não foi, afinal, a causa para a retirada da Bring Citymail Danmark do mercado dinamarquês, isto não exclui a verificação de um comportamento abusivo na aceção do artigo 82.º CE.

48 — V., a este propósito, quinto considerando 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 81.º e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1).

49 — Quanto ao conceito de «level playing field», v., designadamente, as minhas conclusões apresentadas nos processos Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão (C-550/07 P, EU:C:2010:229, n.º 169); Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.º 118); e Kone e o. (C-557/12, EU:C:2014:45, n.º 29).

50 — V., neste sentido, acórdãos Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 254) e TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.ºs 66 e 67).

51 — V., a este respeito, as minhas conclusões apresentadas no processo British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2006:133, n.º 73).

52 — Acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.ºs 68 e 79); v., no mesmo sentido, acórdão Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, EU:C:1996:436, n.º 44) e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 239).

53 — Acórdão TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 64); v., neste sentido, acórdão Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 44), onde se fala de «[expulsão] efetiva ou provável».

82. Segundo jurisprudência constante, é necessário, mas também suficiente, que os descontos em causa *possam* ter um efeito de exclusão [54]. É o caso, quando, com base numa avaliação conjunta de todas as circunstâncias do caso concreto, a ocorrência deste efeito de exclusão parece mais provável do que a sua não ocorrência [55].

83. Considero inadequado colocar demasiada alta a fasquia para considerar verificado um abuso incompatível com o artigo 82.º CE e exigir, por exemplo, que a ocorrência de um efeito de exclusão deva ser «muito provável» ou «especialmente provável» ou mesmo que se produzirá «sem margem para dúvidas razoáveis».

84. Uma empresa em posição dominante tem – independentemente das causas da sua posição dominante – uma responsabilidade particular de não lesar pelo seu comportamento uma concorrência efetiva e não falseada no mercado interno [56]. Desta responsabilidade resulta um certo dever de contenção no mercado. A empresa em posição dominante deve, por isso, omitir *todas* as práticas comerciais com um efeito de exclusão provável e não apenas aquelas em relação às quais é de considerar esse efeito como «muito provável» ou «especialmente provável» ou que se produzirá «sem margem para dúvidas razoáveis».

85. O grau de probabilidade da ocorrência dos efeitos de exclusão pode, quando muito, ter relevância quanto à medida de eventuais sanções, por exemplo, as coimas aplicáveis por uma autoridade da concorrência. O montante destas deve sempre respeitar as exigências de proporcionalidade (artigo 49.º, n.º 3, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003): isto é, quanto mais elevada for a probabilidade do efeito de exclusão e quanto maior for a importância desse efeito, mais severa deve ser a sanção. Porém, a problemática relativa às sanções não é objeto do presente processo de reenvio prejudicial.

2. Quanto à gravidade do prejuízo previsível para a concorrência

86. A seguir, o órgão jurisdicional de reenvio solicita informação sobre quão «grave» ou «considerável» deve ser o efeito prejudicial para a concorrência de um sistema de descontos para ser abrangido pela proibição de abuso de posição dominante prevista no artigo 82.º CE.

87. Com isto é feita, afinal, alusão à problemática do caráter sensível dos eventuais efeitos restritivos sobre a concorrência de sistemas de descontos da empresa dominante. Trata-se de determinar se a verificação de um abuso na aceção do artigo 82.º CE pressupõe que a restrição à concorrência resultante de um sistema de descontos ultrapassa um determinado nível estabelecido como *de minimis*.

54 — Acórdão British Airways/Comissão (C-95/04 P, EU:C:2007:166, n.º 68) e acórdão do Tribunal Geral, Michelin/Comissão (T-203/01, EU:T:2003:250, n.º 239).

55 — V., neste sentido, acórdão Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172), que fala «[d]os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência» (n.º 42) e de «[um]a [expulsão] efetiva ou provável (n.º 44).

56 — Acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão (322/81, EU:C:1983:313, n.º 57); v., no mesmo sentido, acórdão France Télécom/Comissão (C-202/07 P, EU:C:2009:214, n.º 105); Deutsche Telekom/Comissão (C-280/08 P, EU:C:2010:603, n.º 176); e TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 24).

88. Como vários intervenientes no processo salientaram, as dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio a este respeito devem resultar, provavelmente, de um problema terminológico no acórdão Post Danmark proferido em 2012. Com efeito, na versão dinamarquesa desse acórdão, que faz fé, são utilizadas para a expressão «efeito de [exclusão]» surpreendentemente as palavras «mærkbare virkninger» [57], o que significa qualquer coisa como «efeitos significativos». De forma semelhante, noutra parte do mesmo acórdão, refere-se «eliminerende virkning» [58], ou seja, «efeito de eliminação», o que também soa comparativamente forte.

89. Uma apreciação da versão francesa, língua em que esse acórdão foi redigido e discutido, revela que, obviamente, a escolha destas palavras em dinamarquês tem de constituir um erro de tradução. Assim, fala-se na versão francesa simplesmente de «effet[s] d'éviction», ou seja, de um «efeito de [exclusão]», o que está de acordo com a restante jurisprudência relativa ao artigo 82.º CE [59].

90. Tendo em conta o referido, as palavras «mærkbare virkninger» e «eliminerende virkning» utilizadas no acórdão Post Danmark de 2012 não devem ser mal compreendidas no sentido de que deve, de algum modo, ser aplicado um qualquer critério de sensibilidade ou um limiar *de minimis* ao sistema de descontos das empresas em posição dominante. Antes pelo contrário, são considerados abusivos, na aceção do artigo 82.º CE, todos os sistemas de descontos das empresas em posição dominante que podem ter um efeito de exclusão [60], e não apenas aqueles cujos efeitos na concorrência sejam ou possam ser «graves» ou «consideráveis».

91. Dado que o mercado relevante, nomeadamente devido à presença da empresa dominante, já está enfraquecido na sua estrutura concorrencial, qualquer restrição adicional dessa estrutura de concorrência pode, no âmbito de aplicação do artigo 82.º CE, ser suscetível de constituir uma utilização abusiva da posição da empresa dominante [61].

92. O Tribunal de Justiça declarou exatamente neste sentido – numa data muito próxima do acórdão Post Danmark de 2012 – que a determinação de um limiar preciso para lá do qual os descontos concedidos por uma empresa em posição dominante devem ser considerados abusivos não é necessária para a aplicação do artigo 82.º CE [62]. Com efeito, os clientes devem ter a possibilidade de aproveitar todo o grau possível de concorrência no mercado, e as empresas concorrentes devem poder concorrer, pelo seu mérito, em todo o mercado, e não apenas numa parte dele. Além disso, o papel da empresa dominante não é o de determinar qual o número de concorrentes viáveis autorizados a concorrer à parte da procura ainda suscetível de ser conquistada [63].

93. Um limiar *de minimis* para a apreciação dos efeitos de exclusão do comportamento negocial de uma empresa em posição dominante também não parece ser necessário por outras duas razões: por um lado, os efeitos de exclusão mencionados, como já foi acima referido [64], devem assentar numa apreciação concreta de todas as circunstâncias relevantes do caso concreto e ser mais provável a sua ocorrência do que a sua não ocorrência. Por outro lado, a proibição de abuso de posição dominante prevista no artigo 82.º CE abrange apenas aqueles comportamentos que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros.

57 — Acórdão Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 25).

58 — Acórdão Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, n.º 41); v., neste sentido, também, n.os 17, 22, 27, 29 e 44).

59 — V., a este respeito, n.º 29 das presentes conclusões.

60 — V., a este respeito, mais uma vez, n.º 82 das presentes conclusões.

61 — Acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 123, *in fine*).

62 — Acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.os 46 e 48); v., neste sentido, já acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 89), em que se salienta que o caráter abusivo de um desconto de fidelidade é «independente do maior ou menor volume» das compras em causa.

63 — Acórdão Tomra Systems e o./Comissão (C-549/10 P, EU:C:2012:221, n.º 42).

64 — V., novamente, n.os 31, 68 e 82 a 85 das presentes conclusões.

94. Cada um destes dois pontos de vista, considerado por si só, exclui de modo absolutamente suficiente que possam ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 82.º CE comportamentos cujos efeitos anticoncorrenciais sejam meramente hipotéticos ou completamente insignificantes.

3. Conclusão intercalar

95. Em síntese, deve, portanto, concluir-se que:

Para além da necessidade da afetação efetiva ou potencial do comércio entre Estados-Membros, o efeito de exclusão que o sistema de descontos praticado por uma empresa em posição dominante pode desenvolver não necessita de ultrapassar qualquer limiar significativo (limiar *de minimis*) para ser qualificado de abusivo na aceção do artigo 82.º CE. Basta que seja mais provável a ocorrência do efeito de exclusão do que a sua não ocorrência.

VI – **Conclusão**

96. Em face das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda de forma global às questões do Sø- og Handelsretten da forma seguinte:

«1) O sistema de descontos praticado por uma empresa em posição dominante é abusivo na aceção do artigo 82.º CE quando do mesmo, com base na avaliação conjunta de todas as circunstâncias do caso concreto, resultar que os descontos são suscetíveis de produzir um efeito de exclusão não justificado economicamente, para o que devem ser tomados em consideração, em especial, os critérios e as modalidades da concessão dos descontos, as condições de concorrência existentes no mercado relevante e a posição da empresa dominante nesse mercado.

2) O artigo 82.º CE não exige que o caráter abusivo de um sistema de descontos deste tipo seja demonstrado através de uma análise de preços-custos do tipo do critério do 'concorrente igualmente eficaz' ('As-efficient-competitor' *Test*), se o caráter abusivo deste sistema de descontos já resultar de uma avaliação do conjunto das restantes circunstâncias do caso concreto.

   No entanto, as autoridades e os tribunais que apreciam os processos de concorrência têm o direito de, no quadro de uma avaliação do conjunto de todas as circunstâncias do caso concreto, utilizarem essa análise de preços-custos, exceto se, tendo em conta a estrutura do mercado, estiver excluído que outra empresa possa ser tão eficaz como a empresa em posição dominante.

3) Para além da necessidade da afetação efetiva ou potencial do comércio entre Estados-Membros, o efeito de exclusão que um sistema de descontos praticado por uma empresa em posição dominante pode desenvolver não necessita de ultrapassar qualquer limiar significativo (limiar *de minimis*) para ser qualificado de abusivo na aceção do artigo 82.º CE. Basta que seja mais provável a ocorrência do efeito de exclusão do que a sua não ocorrência.»