ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

2 de Abril de 2009 *

No processo C-202/07 P,

que tem por objecto um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, interposto em 10 de Abril de 2007,

France Télécom SA, com sede em Paris (França), representada por J. Philippe, H. Calvet, O.W. Brouwer e T. Janssens, avocats,

recorrente,

sendo a outra parte no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por E. Gippini Fournier, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

* Língua do processo: francês.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: P. Jann, presidente de secção, M. Ilešič, A. Tizzano (relator), A. Borg Barthet e J.-J. Kasel, juízes,

advogado-geral: J. Mazák,
secretário: M.-A. Gaudissart, chefe de unidade,

vistos os autos e após a audiência de 3 de Abril de 2008,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 25 de Setembro de 2008,

profere o presente

Acórdão

1 Com o seu recurso, a France Télécom SA (a seguir «France Télécom») pede ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 30 de Janeiro de 2007, France Télécom/Comissão (T-340/03, Colect., p. II-107, a seguir «acórdão recorrido»), pelo qual foi negado provimento ao recurso de anulação da decisão da Comissão de 16 de Julho de 2003, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 82.º CE (processo COMP/38.233 — Wanadoo Interactive, a seguir «decisão controvertida»).

Antecedentes do litígio, tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão recorrido

2 A Wanadoo Interactive SA (a seguir «WIN»), à época dos factos controvertidos, era uma sociedade do grupo France Télécom, que operava em França no sector dos serviços de acesso à Internet, incluindo os serviços ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line; tecnologia de transmissão assimétrica de banda larga).

3 No artigo 1.º da decisão controvertida, a Comissão das Comunidades Europeias concluiu que, de Março de 2001 a Outubro de 2002, a WIN «infringiu o artigo [82.º CE] ao praticar, relativamente aos seus serviços eXtense e Wanadoo ADSL, preços predatórios que não lhe permitiram cobrir os seus custos variáveis até Agosto de 2001 nem os seus custos totais a partir de Agosto de 2001, no âmbito de uma estratégia destinada à apropriação do mercado de acesso à Internet de alta velocidade numa fase importante do seu desenvolvimento». No artigo 2.º desta decisão, a Comissão ordenou-lhe que pusesse termo a esta infracção e, no artigo 4.º da referida decisão, aplicou-lhe uma coima de 10,35 milhões de euros.

4 Em 2 de Outubro de 2003, a WIN, a quem a France Télécom sucedeu, na sequência de uma operação de fusão efectuada em 1 de Setembro de 2004, interpôs no Tribunal de Primeira Instância um recurso de anulação da decisão controvertida. Foi negado provimento a este recurso pelo acórdão recorrido.

5 No seu recurso de anulação, a WIN invocou, em particular, um fundamento relativo à violação do artigo 82.º CE pela Comissão. Numa das partes deste fundamento, a WIN sustentou que a Comissão não conseguira fazer prova do abuso de posição dominante cometido pela mesma sob a forma de aplicação de preços predatórios para os serviços em causa, de Março de 2001 a Outubro de 2002, e que cometera uma série de erros de direito.

6 A parte em questão compunha-se de dois grupos de argumentos relativos, respectivamente, ao método seguido pela Comissão para o cálculo da taxa de cobertura dos custos e à aplicação por esta do critério de práticas predatórias.

7 Quanto aos argumentos relativos ao método de cálculo da taxa de cobertura dos custos, o Tribunal de Primeira Instância, a título liminar, recordou, nos n.os 129 e 130 do acórdão recorrido, o amplo poder de apreciação reconhecido à Comissão nas apreciações económicas complexas, bem como os critérios elaborados pela jurisprudência para considerar um preço como predatório.

8 Referindo-se, designadamente, aos acórdãos de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359), e de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão, C-333/94 P, Colect., p. I-5951), o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 130 do acórdão recorrido, recordou que, «por um lado, os preços inferiores à média dos custos variáveis permitem presumir o carácter eliminatório de uma prática de preços e que, por outro, os preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, devem considerar-se abusivos quando forem fixados no âmbito de um plano que tenha por objectivo eliminar um concorrente».

9 Posto isto, o Tribunal de Primeira Instância assinalou, antes de mais, que, no caso em apreço, a Comissão, para calcular a taxa de cobertura dos custos, tinha escolhido o método de cálculo dos custos ajustados. Este método é descrito no n.º 132 do acórdão recorrido nos seguintes termos:

«[…] Segundo o princípio da amortização das imobilizações, a Comissão analisou a hipótese de um escalonamento dos custos de angariação de clientela em 48 meses. Nesta base, examinou separadamente a cobertura dos custos variáveis ajustados e a dos custos totais ajustados, afirmando que o Tribunal de Justiça prevê dois testes de cobertura de custos, consoante as actuações da empresa dominante se inscrevam ou não no âmbito de um plano destinado a afastar concorrentes. […]»

10 Ao aplicar o referido método dos custos ajustados, a Comissão concluiu, como referiu o Tribunal de Primeira Instância no n.º 138 do acórdão recorrido, o seguinte:

«[…] os preços praticados pela WIN não lhe permitiam cobrir os seus custos variáveis até Agosto de 2001 nem os seus custos totais de Janeiro de 2001 a Outubro de 2002 […], não havendo dúvidas quanto à não cobertura dos custos totais até Agosto de 2001 tendo em conta o nível de cobertura dos custos variáveis».

11 Em seguida, julgando improcedentes as alegações da WIN que visavam demonstrar que o método escolhido pela Comissão era estático e não tinha em conta as variações dos custos durante o período considerado de 48 meses, o Tribunal de Primeira Instância observou, no n.º 143 do acórdão recorrido, que a Comissão integrou, para cada período da infracção em causa e para todos os assinantes, as sucessivas baixas de tarifas ocorridas ao longo do período durante o qual a infracção se prolongou e estruturou a sua análise em função dessas baixas.

12 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância declarou, no n.º 152 do acórdão recorrido, que a Comissão considerou correctamente que as receitas e os custos posteriores a Outubro de 2002, e, portanto, posteriores à infracção, não podiam entrar em linha de conta para avaliar a taxa de cobertura dos custos durante o período considerado.

13 Por último, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 153 do acórdão recorrido, considerou que, mesmo supondo, como sustentou a WIN, que fosse apropriado aplicar no caso em apreço um outro método de cálculo, em particular o que visa calcular o valor actualizado líquido dos assinantes, esta circunstância não seria suficiente para provar a ilegalidade do método que acabou por ser utilizado pela Comissão.

14 A WIN contestou igualmente em primeira instância a tomada em consideração pela Comissão de determinados elementos errados, no âmbito da aplicação do método escolhido para a determinação da taxa de cobertura dos custos.

15 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 165 e 169 do acórdão recorrido, considerou que, independentemente da admissibilidade deste argumento, mesmo sem ter em conta os referidos elementos errados, as receitas geradas pelos serviços em causa, como a própria WIN admitiu, foram em qualquer caso inferiores aos custos totais destes. Esta circunstância permitiu por si só julgar o referido argumento inoperante.

16 Quanto aos argumentos relativos ao critério de práticas predatórias, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou, em primeiro lugar, nos n.os 182 a 186 do acórdão recorrido, os argumentos invocados pela WIN relativamente à existência de um direito absoluto de um operador económico alinhar de boa fé os seus preços pelos anteriormente praticados por um dos seus concorrentes quando estes preços são inferiores aos custos do referido operador.

17 Com efeito, após ter assinalado que nem a Comissão na sua prática decisória nem a jurisprudência reconhecem a uma empresa em posição dominante esse direito absoluto, o Tribunal de Primeira Instância recordou que as empresas dominantes têm obrigações específicas e, por conseguinte, podem ser privadas do direito de adoptar comportamentos que não são em si mesmos abusivos e que seriam admissíveis se fossem adoptados por uma empresa não dominante.

18 O Tribunal de Primeira Instância concluiu, no n.º 187 do acórdão recorrido, o seguinte:

«A WIN não pode invocar um direito absoluto de acompanhar os preços dos seus concorrentes para justificar a sua actuação. Embora seja verdade que o facto de a empresa dominante acompanhar os preços dos concorrentes não é em si mesmo

abusivo ou condenável, não se pode excluir que passe a sê-lo quando não se destine exclusivamente a proteger os seus interesses, mas tenha por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela.»

19 Em segundo lugar, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou a alegação da WIN segundo a qual esta não tinha uma estratégia de práticas predatórias e de redução da concorrência.

20 Segundo a WIN, a Comissão cometeu uma violação grave do artigo 82.º CE ao concluir pela existência de um plano de eliminação dos seus concorrentes. Com efeito, este plano não poderia ser considerado racional nas condições do mercado em causa, designadamente atendendo à debilidade das barreiras à entrada nele.

21 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância recordou, antes de mais, nos n.os 195 a 198 do acórdão recorrido, que, segundo a jurisprudência, a Comissão, para concluir pela existência de uma prática de preços predatórios, é obrigada a apresentar indícios sérios da existência de uma estratégia de «apropriação» do mercado quando os preços aplicados por uma empresa em posição dominante não são suficientes para cobrir os seus custos completos. Em seguida, após ter concluído que a Comissão tinha fornecido estes indícios, o Tribunal de Primeira Instância considerou, no n.º 204 desse acórdão, que a petição da WIN invocava elementos demasiado vagos para lhe permitir pronunciar-se sobre este argumento, tendo-o julgado, por isso, improcedente. A título acessório, o Tribunal de Primeira Instância entendeu, nos n.os 206 a 215 do referido acórdão, que os indícios em que a Comissão se tinha baseado eram suficientemente sérios e apoiados por outros elementos de facto, pelo que esta podia legitimamente concluir pela existência de uma estratégia de «apropriação» do mercado durante todo o período da infracção.

22 Em terceiro lugar, segundo a WIN, a Comissão cometeu um grave erro de direito ao considerar que a demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos sofridos pela mesma na sequência da aplicação da sua política de preços não era necessária. A WIN sustentou igualmente que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação e um erro de direito ao considerar que fez prova dessa possibilidade.

23 Ao referir-se aos acórdãos, já referidos, AKZO/Comissão e Tetra Pak/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância excluiu, no n.º 228 do acórdão recorrido, que esta prova seja exigida da Comissão. Com efeito, quando os preços aplicados por uma empresa em posição dominante apenas são inferiores aos custos completos desta, a Comissão, embora seja obrigada a fazer a prova de um elemento ulterior, a saber, a existência de uma estratégia de «apropriação» do mercado, não tem a obrigação de fornecer igualmente a demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos.

Pedidos das partes

24 No presente recurso, a France Télécom conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular o acórdão recorrido; e, em consequência,

— remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância; ou

— decidir ele próprio definitivamente o litígio, anulando a decisão controvertida, e julgando, assim, procedentes os pedidos que formulou em primeira instância; e

— condenar a Comissão nas despesas.

25 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne negar provimento ao presente recurso e condenar a recorrente nas despesas.

Quanto ao presente recurso

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à falta de fundamentação do acórdão recorrido

26 Com o seu primeiro fundamento, a recorrente invoca a falta de fundamentação do acórdão recorrido. Este fundamento está dividido em duas partes.

Quanto à primeira parte do primeiro fundamento, relativo à necessidade de provar a possibilidade de recuperação dos prejuízos

— Argumentos das partes

27 Em apoio da primeira parte do primeiro fundamento, a recorrente alega que o Tribunal de Justiça, no acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, decidiu que a demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos sofridos por uma empresa em posição dominante na sequência da aplicação da sua política de preços não era necessária nas circunstâncias em causa no processo em que foi proferido este acórdão. Dado que o Tribunal de Primeira Instância aderiu ao entendimento seguido no acórdão Tetra Pak/ /Comissão, já referido, devia ter explicado as razões pelas quais as circunstâncias do presente processo eram semelhantes ou não às do processo em que foi proferido aquele acórdão ou justificavam a mesma solução que foi dada no referido acórdão.

28 A Comissão alega, no essencial, que a jurisprudência não exige da Comissão nenhuma demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos e que o Tribunal de Primeira Instância fundamentou suficientemente o acórdão recorrido quanto a este ponto.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

29 A título liminar, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, a fundamentação de um acórdão deve evidenciar de forma clara e inequívoca o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância, de forma a permitir aos interessados conhecer as razões da decisão tomada e ao Tribunal de Justiça exercer a sua fiscalização jurisdicional (v., designadamente, acórdãos de 14 de Maio de 1998, Conselho/de Nil e Impens, C-259/96 P, Colect., p. I-2915, n.os 32 e 33, e de 17 de Maio de 2001, IECC/ /Comissão, C-449/98 P, Colect., p. I-3875, n.º 70).

30 No entanto, como o Tribunal de Justiça precisou igualmente, a obrigação de o Tribunal de Primeira Instância fundamentar as suas decisões não pode ser interpretada no sentido de que implica que este seja obrigado a responder em pormenor a cada argumento invocado por uma parte, especialmente quando este argumento não reveste um carácter suficientemente claro e preciso e não assenta em elementos de prova detalhados (acórdãos de 6 de Março de 2001, Connolly/Comissão, C-274/99 P, Colect., p. I-1611, n.º 121, e de 11 de Setembro de 2003, Bélgica/Comissão, C-197/99 P, Colect., p. I-8461, n.º 81).

31 É, portanto, à luz destes princípios que importa examinar a primeira parte do primeiro fundamento.

32 Ora, há que constatar que, no caso em apreço, contrariamente ao que afirma a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância fundamentou suficientemente as razões pelas quais a Comissão não era obrigada a provar que a WIN tinha a possibilidade de recuperar os seus prejuízos.

33 Com efeito, no n.º 224 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância começou por recordar que, nos acórdãos, já referidos, AKZO/Comissão (n.os 71 e 72) e Tetra Pak/ /Comissão (n.º 41), o Tribunal de Justiça decidiu, por um lado, que os preços inferiores à média dos custos variáveis devem ser sempre considerados abusivos e que, por outro, os preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, só têm carácter abusivo quando for demonstrada a existência de um plano de eliminação da concorrência.

34 Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância recordou, no n.º 225 do acórdão recorrido, as circunstâncias do processo em que foi proferido o acórdão Tetra Pak/ /Comissão, já referido. Em particular, referiu-se aos n.os 42 e 43 desse acórdão, nos quais o Tribunal de Justiça explicou especificamente o seguinte:

«42 […] Para as vendas de embalagens de cartão não assépticas em Itália entre 1976 e 1981, [o Tribunal de Primeira Instância] constatou que os preços eram largamente inferiores à média dos custos variáveis. A prova da intenção de eliminar os concorrentes não era, portanto, necessária. Em 1982, os preços dessas embalagens de cartão situavam-se entre a média dos custos variáveis e a média dos custos totais. Foi por esta razão que, no n.º 151 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância, aliás sem ser criticado pela recorrente, tentou demonstrar que a Tetra Pak [International SA] tinha a intenção de eliminar um concorrente.

43 Foi também justificadamente que, nos n.os 189 a 191 do acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância seguiu exactamente o mesmo raciocínio quanto às vendas de máquinas não assépticas no Reino Unido entre 1981 e 1984.»

35 Por último, o Tribunal de Primeira Instância, no n.º 226 do acórdão recorrido, citou o n.º 44 do acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, no qual o Tribunal de Justiça concluiu que, atendendo às circunstâncias resumidas nos n.os 42 e 43 do referido acórdão, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a Tetra Pak International SA tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas.

36 Foi então que, aplicando precisamente ao caso em apreço o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, conforme resumido nos números precedentes, o Tribunal de Primeira Instância concluiu, no n.º 227 do acórdão recorrido, que a Comissão podia legitimamente presumir o carácter eliminatório da prática de preços em causa, na medida em que os preços praticados pela WIN eram, como no processo em que foi proferido o referido acórdão Tetra Pak/ /Comissão, inferiores à média dos custos variáveis e que, no que diz respeito aos custos totais, a Comissão devia, além disso, fazer prova de que a prática de preços predatórios da WIN se inscrevia num plano destinado à «apropriação» do mercado.

37 Nestas condições, importa concluir que o acórdão recorrido expõe com suficiente clareza as razões que levaram o Tribunal de Primeira Instância a considerar as circunstâncias na origem do presente processo, em particular a relação existente entre o nível de preços aplicados pela WIN e a média dos custos variáveis e totais suportados por esta, análogas às que deram origem ao acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, e a concluir, por isso, que a demonstração de uma recuperação de prejuízos não constituía um pressuposto necessário para concluir que havia uma prática de preços predatórios.

38 Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à segunda parte do primeiro fundamento, relativa ao direito da empresa dominante de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes

— Argumentos das partes

39 Com a segunda parte do presente fundamento, a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter fundamentado a rejeição dos seus argumentos que invocam o direito de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes. Em particular, censura o Tribunal de Primeira Instância por este se ter limitado a afirmar, no n.º 187 do acórdão recorrido, que, embora seja verdade que o alinhamento pelos preços dos

concorrentes não é em si mesmo abusivo, não se pode excluir que passe a sê-lo quando tenha por objectivo reforçar uma posição dominante e abusar dela, sem especificar de modo nenhum se a WIN, no caso em apreço, tinha a intenção de reforçar a sua posição dominante ou de abusar dela.

40 A Comissão alega que a recorrente se limitou, em primeira instância, a invocar uma violação pela Comissão do direito absoluto de que qualquer empresa dispõe de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes, mesmo quando tenha uma posição dominante no mercado e mesmo que este alinhamento se traduza na aplicação de um nível de preços inferior aos custos. A Comissão considera que o Tribunal de Primeira Instância se limitou, por conseguinte, com razão, a excluir a existência deste direito absoluto em direito comunitário.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

41 Importa recordar que, no âmbito do recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, a fiscalização do Tribunal de Justiça tem por objecto, designadamente, verificar se aquele Tribunal respondeu de modo juridicamente satisfatório a todos os argumentos invocados pela recorrente (v., neste sentido, acórdãos de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão, C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 128; de 29 de Abril de 2004, British Sugar/Comissão, C-359/01 P, Colect., p. I-4933, n.º 47; e de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 244).

42 Ora, impõe-se reconhecer que, como alegou a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância, no caso em apreço, respondeu amplamente à argumentação apresentada pela WIN em primeira instância, que se destinava, no essencial, a justificar a prática de preços em causa com base num direito de qualquer operador económico, independentemente da sua posição no mercado, de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes.

43 Assim, no n.º 176 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância precisou, antes de mais, que a decisão controvertida, no n.º 315 dos seus fundamentos, só contesta o direito da WIN de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes na medida em que o exercício dessa faculdade «implique uma não cobertura pela empresa dominante dos custos do serviço em causa».

44 Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância explicou, nos n.os 178 a 182 do acórdão recorrido, as razões pelas quais um tal direito de alinhar os seus preços não podia encontrar fundamento nem na Decisão 83/462/CEE da Comissão, de 29 de Julho de 1983, relativa a um processo nos termos do artigo [82.º] do Tratado CEE (IV/ /30.698 — ECS/AKZO — Medidas provisórias) (JO L 252, p. 13), nem no acórdão AKZO/Comissão, já referido, invocados pela recorrente.

45 Por último, o Tribunal de Primeira Instância verificou se a limitação do direito da WIN de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes, quando «implique uma não cobertura pela empresa dominante dos custos do serviço em causa», era compatível com o direito comunitário.

46 Para este efeito, o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 185 e 186 do acórdão recorrido, referiu-se à jurisprudência comunitária segundo a qual o artigo 82.º CE impõe obrigações específicas às empresas em posição dominante. Em particular, o Tribunal de Primeira Instância recordou que, embora a existência de uma posição dominante não prive uma empresa colocada nessa posição do direito de salvaguardar os seus próprios interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados, e embora lhe deva ser reconhecida a faculdade, dentro dos limites do razoável, de praticar os actos que considere apropriados para proteger os seus interesses, não podem, no entanto, admitir-se tais comportamentos quando tenham por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela.

47 Foi em aplicação desta jurisprudência que o Tribunal de Primeira Instância concluiu então, no n.º 187 do acórdão recorrido, que a WIN não pode invocar um direito absoluto de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes para justificar a sua actuação, quando esta constitui um abuso da sua posição dominante.

48 A recorrente também não pode censurar o Tribunal de Primeira Instância por este se ter limitado a enunciar esta conclusão sem verificar se, no caso em apreço, a actuação da WIN apresentava um carácter abusivo. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou precisamente, designadamente nos n.os 195 a 218 e 224 a 230 do acórdão recorrido, todos os argumentos da recorrente que visavam pôr em causa a existência desta actuação abusiva, tal como foi reconhecida pela decisão controvertida.

49 Por conseguinte, há que julgar igualmente improcedente a segunda parte do primeiro fundamento e, consequentemente, o primeiro fundamento na sua totalidade.

Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação pelo Tribunal de Primeira Instância do artigo 82.º CE, na medida em que recusou à WIN o direito de alinhar de boa fé os seus preços pelos dos seus concorrentes

Argumentos das partes

50 Com o seu segundo fundamento, a recorrente começa por sublinhar que o Tribunal de Primeira Instância reconheceu que a mesma se limitou a alinhar os seus preços pelos de alguns dos seus concorrentes. Em seguida, afirma que este direito de alinhamento dos preços pelos dos seus concorrentes se encontra consagrado na prática decisória da Comissão, na jurisprudência do Tribunal de Justiça e na doutrina. Por último, censura o Tribunal de Primeira Instância por não ter verificado, como exige uma jurisprudência constante, se as medidas adoptadas pela recorrente para alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes eram, como esta sustentou, proporcionadas e razoáveis.

51 A Comissão responde que a recorrente não invoca nem um erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância na análise dos argumentos respeitantes ao pretenso direito da WIN de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes nem uma contradição de fundamentos. Na realidade, a recorrente invoca pela primeira vez no

presente recurso argumentos que consistem em censurar a Comissão por não ter verificado se as medidas adoptadas pela WIN eram proporcionadas e razoáveis.

52 De qualquer modo, a recorrente critica apenas um ponto do acórdão recorrido, a saber, o n.º 187 deste, segundo o qual «não se pode excluir» que a faculdade de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes seja recusada a uma empresa quando tenha por objectivo reforçar a posição dominante desta ou abusar dela. Ora, segundo a Comissão, a proibição deste alinhamento, quando implica a aplicação por uma empresa em posição dominante de um preço inferior aos seus custos, é plenamente conforme com os princípios subjacentes ao artigo 82.º CE. A título subsidiário, a Comissão sublinha que a WIN não se limitou a alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes, mas que, ao contrário, forçou os seus concorrentes a alinharem os preços deles pelos seus.

Apreciação do Tribunal de Justiça

53 Em apoio do presente fundamento, a recorrente invoca dois argumentos.

54 Por um lado, critica o Tribunal de Primeira Instância por ter violado o artigo 82.º CE, na medida em que não lhe reconheceu, no essencial, o direito de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes.

55 A este respeito, importa recordar que, em conformidade com os artigos 58.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e 112.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo, um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância deve indicar de modo preciso os elementos contestados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os argumentos jurídicos em que se apoia especificamente esse pedido.

56 Ora, no caso em apreço, como assinalou o advogado-geral no n.º 83 das suas conclusões, a recorrente não explica de todo as razões pelas quais o Tribunal de Primeira Instância alegadamente violou o artigo 82.º CE quando examinou expressamente, como foi recordado no n.º 44 do presente acórdão, a prática decisória da Comissão e a jurisprudência do Tribunal de Justiça invocadas pela WIN em primeira instância e concluiu daí que o referido artigo não pode ser interpretado no sentido de que assegura a uma empresa em posição dominante um direito absoluto de alinhar os seus preços pelos dos seus concorrentes.

57 Consequentemente, este argumento é inadmissível.

58 Por outro lado, a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância por não ter analisado o carácter razoável e proporcionado da reacção da WIN.

59 Ora, este segundo argumento é igualmente inadmissível, na medida em que a recorrente não o invocou em primeira instância.

60 Com efeito, de acordo com jurisprudência assente, permitir a uma parte invocar no Tribunal de Justiça, pela primeira vez, fundamentos que não invocou no Tribunal de Primeira Instância equivaleria a permitir-lhe apresentar ao Tribunal de Justiça, cuja competência para julgar recursos em segunda instância é limitada, um litígio com um objecto mais lato do que o submetido ao Tribunal de Primeira Instância. No âmbito de um recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância, a competência do Tribunal de Justiça encontra-se, pois, limitada à apreciação da solução legal dada aos fundamentos debatidos em primeira instância (v., designadamente, acórdãos de 11 de Novembro de 2004, Ramondín e o./Comissão, C-186/02 P e C-188/02 P, Colect., p. I-10653, n.º 60, e de 26 de Outubro de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Comissão, C-68/05 P, Colect., p. I-10367, n.º 96).

61 Consequentemente, o segundo fundamento deve ser declarado inadmissível.

Quanto ao terceiro fundamento, relativo a um erro cometido pelo Tribunal de Primeira Instância na apreciação da legalidade do método utilizado pela Comissão para calcular a taxa de cobertura dos custos

Argumentos das partes

62 Com o seu terceiro fundamento, a recorrente alega que, não tendo censurado o método utilizado pela Comissão para calcular a taxa de cobertura dos custos, o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou o critério de predação estabelecido pelo acórdão AKZO/ /Comissão, já referido, e, portanto, violou o artigo 82.º CE. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância acolheu de forma ilegal a aplicação incorrecta deste critério pela Comissão, tanto em relação aos custos variáveis como aos custos totais.

63 No que diz respeito aos custos variáveis, a recorrente alega que, para que preços inferiores à média dos custos variáveis possam ser qualificados de abusivos, o método de cálculo aplicado deve demonstrar que os serviços em causa foram fornecidos originando um prejuízo.

64 Ora, uma vez que a WIN, no seu recurso em primeira instância, tinha invocado o facto de que todos os assinantes, durante praticamente todo o período da infracção, tinham individualmente gerado lucro, o Tribunal de Primeira Instância não poderia, sem violar o artigo 82.º CE, deixar de averiguar se a Comissão tinha determinado que o balanço de cada assinatura tinha constituído ou não um prejuízo para a WIN. Ao invés, o Tribunal de Primeira Instância acolheu o entendimento seguido pela Comissão que consistia numa análise período a período, o que não fornece uma visão completa da rentabilidade de cada assinatura.

65 Quanto aos custos totais, a recorrente, fazendo referência aos seus argumentos relativos aos custos variáveis, alega que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou o critério de predação ao não ter procurado verificar se tinha sido feita prova de que os custos totais dos assinantes não tinham sido cobertos.

66 A Comissão retorque, antes de mais, que não só o método aplicado no presente processo é o mesmo que utilizou nos processos que originaram os acórdãos AKZO/ /Comissão e Tetra Pak/Comissão, que considera os custos tal como resultam da contabilidade anual da empresa, como ainda este método foi adaptado num sentido favorável à recorrente, de modo que o nível dos custos considerado no cálculo é na realidade inferior ao nível de custos reais da WIN.

67 A Comissão assinala depois que a recorrente não censura o Tribunal de Primeira Instância por nenhum erro de apreciação ou desvirtuação dos factos na análise do fundamento respeitante ao método de cálculo estático aplicado pela Comissão. Do mesmo modo, não invoca qualquer erro de direito relativo à análise pelo Tribunal de Primeira Instância da recusa da Comissão de adoptar o método alternativo de cálculo dos custos proposto pela WIN.

68 Quanto à necessidade de considerar a assinatura em relação à totalidade dos seus 48 meses de duração, a Comissão entende que, com taxas de cobertura inferiores a 100% em todos os sucessivos subperíodos analisados na decisão controvertida, que totalizam aproximadamente um ano e meio, a taxa de cobertura dos custos não podia deixar de ser igualmente inferior a 100% para a totalidade da duração média da assinatura, ou seja, 48 meses. A este propósito, a Comissão afirma que esta taxa de cobertura só poderia ultrapassar os 100% num período mais longo se se supusesse que a situação posterior ao período da duração da infracção teria permitido à empresa obter, de forma duradoura, margens de lucro por assinante consideravelmente acima de um nível concorrencial.

Apreciação do Tribunal de Justiça

69 Importa recordar desde logo que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância não pode limitar-se a reproduzir os fundamentos e argumentos já apresentados àquele Tribunal, sem adiantar argumentos destinados a provar que este teria cometido um erro de direito (v. despacho de 5 de Fevereiro de 1998, Abello e o./Comissão, C-30/96 P, Colect., p. I-377, n.º 45, e, neste sentido, acórdão de 8 de Janeiro de 2002, França/Monsanto e Comissão, C-248/99 P, Colect., p. I-1, n.º 69).

70 Ora, nos n.os 129 a 156 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância respondeu longamente aos argumentos da recorrente segundo os quais o método de cálculo da taxa de cobertura dos custos utilizada pela Comissão não permitia ter em conta um nível apropriado dos custos suportados pela WIN.

71 Em particular, o Tribunal de Primeira Instância, por um lado, assinalou, no n.º 138 do acórdão recorrido, que, contrariamente ao sustentado pela recorrente, a aplicação do método de cálculo escolhido pela Comissão lhe permite concluir que a WIN praticou preços inferiores aos seus custos. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância, na sua análise da legalidade deste método, explicou, nos n.os 144 e 145 desse acórdão, as razões pelas quais a análise período a período efectuada pela Comissão permitia ter em conta as variações de tarifas durante o período de duração da infracção e, portanto, ter uma visão suficientemente completa da rentabilidade de uma assinatura.

72 Ora, importa constatar que, na realidade, através do fundamento em análise, a recorrente não identifica qualquer erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância na análise recordada nos números precedentes do presente acórdão, limitando-se a repetir os argumentos que já tinha apresentado em primeira instância contra o método adoptado pela Comissão na decisão controvertida.

73 Por conseguinte, há que declarar o terceiro fundamento inadmissível.

Quanto ao quarto fundamento, relativo a um erro de direito e à violação do dever de fundamentação cometidos pelo Tribunal de Primeira Instância, na medida em que alegadamente considerou que os custos e rendimentos posteriores ao período de duração da pretensa infracção não devem ser tidos em conta no cálculo da taxa de cobertura dos custos

Argumentos das partes

74 Quanto ao seu quarto fundamento, a recorrente critica o Tribunal de Primeira Instância por ter dado acolhimento à análise da Comissão, que excluiu dos cálculos da taxa de cobertura os proveitos e os custos subsequentes à pretensa infracção, isto é, posteriores a 15 de Outubro de 2002. A este respeito, sustenta, designadamente, que o Tribunal de Primeira Instância não podia, sem se contradizer e sem violar o artigo 82.º CE, confirmar a abordagem da Comissão, que consistia simultaneamente, por um lado, em excluir do cálculo da referida taxa de cobertura os proveitos e os custos subsequentes à pretensa infracção, mas que estavam dentro do período de 48 meses de duração de uma assinatura, e, por outro lado, em reconhecer que, no que respeita às assinaturas, os custos e proveitos foram legitimamente repartidos por um período de 48 meses.

75 Segundo a Comissão, este fundamento é apenas um prolongamento do terceiro fundamento e resulta de uma confusão. Com efeito, ao aplicar o método seguido pela Comissão e acolhido pelo Tribunal de Primeira Instância, apenas os custos não recorrentes, a saber, os «custos de conquista» ou de «aquisição do assinante», deveriam ser repartidos segundo o princípio da amortização. Em contrapartida, os proveitos e os custos recorrentes, como os custos posteriores à infracção, não deviam ser repartidos.

76 Em seguida, a Comissão sustenta que é errado incluir no cálculo da taxa de cobertura dos custos projecções de futuras margens de lucro positivas. Estas projecções baseiam-se na circunstância de a WIN ter decidido não repercutir nos seus preços a redução das tarifas de acesso à rede da France Télécom acessível a todos os concorrentes. Na realidade, segundo a Comissão, estas hipóteses de margem só podem realizar-se num contexto de concorrência enfraquecida.

77 Por último, a Comissão recorda que, em qualquer caso, as extrapolações da recorrente não resultam numa taxa de cobertura dos custos totais positiva e que, mesmo que se aceitassem as projecções apresentadas pela recorrente de margens de lucro extremamente altas ao longo dos 48 meses de duração de uma assinatura, tais margens só se poderiam justificar numa situação de concorrência enfraquecida.

Apreciação do Tribunal de Justiça

78 Cumpre recordar que o Tribunal de Primeira Instância, nos n.os 136 e 137 do acórdão recorrido, explicou que o método seguido pela Comissão consistia em repartir pelo período médio de duração de uma assinatura, igual a 48 meses, unicamente os custos variáveis não recorrentes, a saber, os custos de aquisição da clientela. Com efeito, segundo o entendimento adoptado pela Comissão na decisão controvertida, o objectivo da empresa não é o de realizar imediatamente um resultado contabilístico positivo instantâneo, mas, como resulta do n.º 76 dos fundamentos da referida decisão, citado pelo Tribunal de Primeira Instância no n.º 136 do acórdão recorrido, «atingir um nível de cobertura dos custos recorrentes (custos de rede e custos de produção) suficiente para que a margem liberta desses custos recorrentes cobrisse num prazo de tempo razoável os custos variáveis não recorrentes investidos no desenvolvimento comercial dos produtos em causa».

79 Ao aplicar esse método, a Comissão analisou a política de preços aplicada pela WIN entre Janeiro de 2001 e Outubro de 2002 e concluiu que, durante este período, a WIN tinha aplicado preços inferiores a um determinado nível dos seus custos ajustados.

80 Por conseguinte, a não tomada em consideração dos custos e dos proveitos posteriores ao período de duração da infracção, mas incluídos no período de 48 meses em questão, decorre directamente da aplicação ao caso em apreço do método de cálculo da taxa de cobertura dos custos escolhido pela Comissão, cuja ilegalidade a recorrente não conseguiu demonstrar nem em primeira instância, como resulta do n.º 154 do acórdão recorrido, nem no presente recurso, como decorre dos n.os 69 a 73 do presente acórdão.

81 O Tribunal de Primeira Instância não cometeu assim nenhum erro de direito quando concluiu, no n.º 152 do acórdão recorrido, que «a Comissão considerou correctamente que as receitas e os custos posteriores à infracção não podiam entrar em linha de conta para avaliar a taxa de cobertura dos custos durante o período considerado».

82 Por conseguinte, o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quinto fundamento, relativo a um erro de direito e à violação do dever de fundamentação cometidos pelo Tribunal de Primeira Instância, na medida em que este considerou que um preço que provoque uma diminuição da quota de mercado da empresa pode ser considerado predatório

Argumentos das partes

83 Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância, mesmo tendo reconhecido que a quota de mercado da WIN baixara a partir de Agosto de 2002, ainda assim considerou erradamente que a alegada infracção se tinha prolongado até 15 de Outubro de 2002. Na realidade, a predação pressupõe uma redução significativa da concorrência, estando, portanto, excluída no caso de um reforço da própria concorrência.

84 A Comissão responde, a título liminar, que a WIN, na primeira instância, suscitara aquele argumento apenas para pôr em causa a existência da sua posição dominante e para pedir uma redução da coima. Ora, o referido argumento é invocado pela primeira vez no recurso para contestar a existência de abuso de posição dominante e é, por isso, inadmissível.

85 Quanto à procedência do quinto fundamento, a Comissão sublinha, a título subsidiário, que, com base nas informações de que dispõe, a quota de mercado da WIN aumentou constantemente até Agosto de 2002. Por conseguinte, qualquer eventual mudança da quota de mercado da WIN durante o último mês e meio do período de duração da infracção só poderia dever-se à redução das tarifas de acesso à rede para o mercado grossista da France Télécom, redução essa que a WIN, ao contrário dos seus concorrentes, optou por não reflectir nos seus preços, pondo termo desse modo à infracção em 15 de Outubro de 2002. A título acessório, a Comissão sustenta que esta mudança não é susceptível de pôr em causa a legalidade da decisão controvertida, mas, quando muito, pode influir na duração da infracção, sem que isso possa, porém, ter qualquer impacto no montante da coima, uma vez que, no recurso, não foi solicitado qualquer reexame da mesma.

Apreciação do Tribunal de Justiça

86 É suficiente constatar a este respeito que, no caso em apreço, como alega correctamente a Comissão e como afirma o advogado-geral no n.º 121 das suas conclusões, a recorrente não contestou em primeira instância a decisão controvertida quanto a este ponto. Com efeito, embora tenha invocado a redução da sua quota de mercado a fim de, por um lado, contestar a existência de uma posição dominante e, por outro, solicitar uma redução do montante da coima, não invocou, porém, este argumento, diferentemente do que faz no presente fundamento, para contestar a existência da infracção.

87 Por conseguinte, com base na jurisprudência recordada no n.º 60 do presente acórdão, o quinto fundamento deve ser declarado inadmissível.

Quanto ao sexto fundamento, relativo à desvirtuação dos elementos de prova e a um erro de direito cometidos pelo Tribunal de Primeira Instância na sua apreciação da existência de uma estratégia de práticas predatórias

88 O sexto fundamento compõe-se de duas partes.

Quanto à primeira parte do sexto fundamento, relativa à desvirtuação dos elementos de prova

— Argumentos das partes

89 Através da primeira parte do fundamento em análise, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância desvirtuou os elementos de prova em que baseou a sua análise da existência de uma estratégia de práticas predatórias. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância apoiou-se unicamente em documentos da WIN que reflectiam simplesmente, segundo os termos utilizados pelo próprio Tribunal de Primeira Instância no n.º 214 do acórdão recorrido, «objectivos comerciais bastante ambiciosos», bem como numa leitura gravemente inexacta de uma série de documentos internos, utilizando designadamente termos como «apropriação» ou «nos apropriarmos».

90 Segundo a Comissão, a primeira parte do sexto fundamento é inadmissível na medida em que, por um lado, se destina a obter no presente recurso o reexame de um fundamento que foi julgado inadmissível pelo Tribunal de Primeira Instância, sem, todavia, contestar o facto de este o ter declarado inadmissível. Por outro lado, a recorrente não fornece nenhum argumento para demonstrar a desvirtuação alegada, quando é ao Tribunal de Primeira Instância que cabe apreciar soberanamente o valor a atribuir aos elementos de prova que lhe são apresentados.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

91 Importa assinalar que, como resulta do n.º 192 do acórdão recorrido, a recorrente já invocou no Tribunal de Primeira Instância a desvirtuação dos elementos de prova cometida pela Comissão, quando afirmou que esta se tinha baseado erradamente em documentos internos para concluir pela existência de uma estratégia de práticas predatórias.

92 No entanto, antes de proceder, a título acessório, à apreciação destes documentos, contestada pela recorrente no presente recurso, o Tribunal de Primeira Instância, desde logo nos n.os 204 e 205 do acórdão recorrido, declarou este fundamento inadmissível, por não responder às exigências de precisão e de especificidade impostas pela jurisprudência comunitária.

93 Ora, no quadro de um recurso da decisão do Tribunal de Primeira Instância, não é admissível que o recorrente invoque fundamentos que aquele Tribunal tenha rejeitado por serem inadmissíveis, quando essa declaração de inadmissibilidade não é posta em causa (acórdão de 22 de Dezembro de 1993, Eppe/Comissão, C-354/92 P, Colect., p. I-7027, n.º 13).

94 Por conseguinte, a primeira parte do sexto fundamento deve ser declarada inadmissível.

Quanto à segunda parte do sexto fundamento, relativa à violação do artigo 82.º CE

— Argumentos das partes

95 Na segunda parte deste fundamento, a recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 82.º CE, na medida em que concluiu pela existência de uma estratégia de práticas predatórias exclusivamente com base em elementos subjectivos, ao passo que o referido artigo exige a prova de plano de exclusão objectivamente identificável, fundada em indícios objectivos, como, designadamente, ameaças aos concorrentes ou baixas selectivas de preço em relação aos clientes dos concorrentes.

96 A Comissão responde que, por um lado, o elemento intencional do abuso de posição dominante é necessariamente subjectivo e que, por outro, a exigência de provar a existência de um plano de exclusão com base em indícios objectivos como os indicados pela recorrente não encontra qualquer apoio na jurisprudência.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

97 Basta reconhecer que a recorrente não tem razão ao sustentar que o Tribunal de Primeira Instância, a fim de demonstrar a existência de uma estratégia de práticas predatórias, se baseou unicamente em elementos subjectivos.

98 Com efeito, resulta dos n.os 199 e 215 do acórdão recorrido que, embora o Tribunal de Primeira Instância se tenha referido a uma «estratégia de apropriação» do mercado pela WIN, deduziu-a, porém, de elementos objectivos, como documentos internos desta empresa.

99 Consequentemente, uma vez que a segunda parte do presente fundamento não está fundada, o sexto fundamento deve ser julgado improcedente na sua totalidade.

Quanto ao sétimo fundamento, relativo à violação do artigo 82.º CE pelo Tribunal de Primeira Instância, na medida em que recusou ter em conta a impossibilidade de recuperar os prejuízos

100 O sétimo fundamento está igualmente dividido em duas partes.

Quanto à primeira parte do sétimo fundamento, relativa à necessidade de provar a possibilidade de recuperação dos prejuízos

— Argumentos das partes

101 Com a primeira parte do sétimo fundamento, a recorrente alega que o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 82.º CE ao considerar que a demonstração da possibilidade de recuperar os prejuízos não constitui um pressuposto necessário da verificação de uma prática de preços predatórios. Na realidade, a jurisprudência comunitária exige sempre esta demonstração, sem a qual não seria concebível qualquer prática predatória, uma vez que não seria economicamente racional para uma empresa dedicar-se a essa prática. Esta posição é de resto partilhada por numerosos órgãos jurisdicionais e autoridades da concorrência, bem como por uma grande parte da doutrina.

102 Antes de mais, a Comissão responde que a demonstração da possibilidade de recuperação dos prejuízos não é exigida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Além disso, esta demonstração, exigida pela jurisprudência dos órgãos jurisdicionais dos Estados Unidos da América, assenta numa lógica económica que não é a lógica do

direito comunitário. Com efeito, segundo a Comissão, contrariamente à concepção do direito americano, a análise do abuso na acepção do artigo 82.º CE pressupõe que a empresa em causa goze de uma posição dominante. Ora, a existência desta posição é suficiente, em si mesma, para determinar que a recuperação dos prejuízos é possível. Por último, no caso em apreço, a situação de crescimento exponencial do mercado em causa tornava provável esta recuperação.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

103 A fim de apreciar a procedência da primeira parte do presente fundamento, importa recordar a título liminar que, segundo jurisprudência constante, o artigo 82.º CE é a expressão de um objectivo geral fixado pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE à acção da Comunidade Europeia, a saber, o estabelecimento de um regime destinado a assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado comum. Assim, a posição dominante referida no artigo 82.º CE diz respeito a uma situação de poder económico detido por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores (acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Colect., p. 217, n.º 38).

104 Neste contexto, ao proibir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre Estados-Membros, o artigo 82.º CE visa os comportamentos que podem influenciar a estrutura de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença de uma empresa em tal posição, o grau de concorrência já está enfraquecido e que 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 (acórdãos Hoffman-La Roche/Comissão, já referido, n.º 91; de 9 de Novembro de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n.º 70; AKZO/Comissão, já referido, n.º 69; e de 15 de Março de 2007, British Airways/Comissão, C-95/04 P, Colect., p. I-2331, n.º 66).

105 Por conseguinte, uma vez que o artigo 82.º CE não se refere apenas às práticas susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas também àquelas que lhes causam prejuízo por impedirem uma estrutura de concorrência efectiva (acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, Colect., p. 109, n.º 26), incumbe à empresa que detém uma posição dominante uma responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum (acórdão Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, já referido, n.º 57).

106 Como o Tribunal de Justiça já precisou, o artigo 82.º CE proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição recorrendo a outros meios que não são os que resultam de uma concorrência de méritos. Nesta perspectiva, nenhuma concorrência através de preços pode, portanto, ser considerada lícita (acórdão AKZO/Comissão, já referido, n.º 70).

107 Em particular, cumpre considerar que explora de modo abusivo a sua posição dominante no mercado uma empresa que, no mercado em que a estrutura concorrencial já está enfraquecida, precisamente em consequência da sua presença, aplica uma política de preços que prossegue unicamente a finalidade económica de eliminar os seus concorrentes para, em seguida, poder beneficiar da redução do grau de concorrência ainda existente no mercado.

108 Ora, a fim de apreciar a licitude da política de preços aplicada por uma empresa dominante, o Tribunal de Justiça, no n.º 74 do acórdão AKZO/Comissão, já referido, fez referência a critérios de preços baseados nos custos suportados pela empresa dominante e na sua estratégia.

109 Assim, o Tribunal de Justiça precisou, por um lado, que os preços inferiores à média dos custos variáveis devem ser considerados, em princípio, abusivos, já que se presume que uma empresa em posição dominante, ao aplicar estes preços, não prossegue uma finalidade económica que não seja a eliminação dos seus concorrentes. Por outro lado, os preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos

variáveis, só devem ser considerados abusivos quando forem fixados no âmbito de um plano que tenha por objectivo eliminar um concorrente (v. acórdãos, já referidos, AKZO/Comissão, n.os 70 e 71, e Tetra Pak/Comissão, n.º 41).

110 Por conseguinte, contrariamente ao que afirma a recorrente, não resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que 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. Em particular, o Tribunal de Justiça teve ocasião de excluir a necessidade desta prova em circunstâncias em que a intenção eliminatória da empresa em causa podia presumir-se, tendo em conta a aplicação por esta de preços inferiores à média dos custos variáveis (v., neste sentido, acórdão Tetra Pak/Comissão, já referido, n.º 44).

111 Esta interpretação não exclui, bem entendido, que a Comissão possa considerar esta possibilidade de recuperação dos prejuízos como um elemento pertinente na apreciação do carácter abusivo da prática em questão, na medida em que pode contribuir, por exemplo, para excluir, em caso de aplicação de preços inferiores à média dos custos variáveis, justificações económicas que não sejam a eliminação de um concorrente, ou para demonstrar, em caso de aplicação de preços inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, a existência de um plano que tenha por objectivo eliminar um concorrente.

112 De resto, a inexistência de qualquer possibilidade de recuperação dos prejuízos não pode bastar para excluir que a empresa em posição dominante consiga reforçar a sua posição dominante, designadamente na sequência da saída do mercado de um ou mais dos seus concorrentes, de modo a que o grau de concorrência existente no mercado já enfraquecido, precisamente em razão da presença da empresa em questão, seja mais reduzido e que os consumidores sofram um dano em resultado da limitação das suas possibilidades de escolha.

113 Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância concluiu acertadamente, no n.º 228 do acórdão recorrido, que a demonstração da possibilidade de uma recuperação de prejuízos não constitui um pressuposto necessário da verificação de uma prática de preços predatórios.

114 Daqui resulta que a primeira parte do presente fundamento é improcedente.

Quanto à segunda parte do sétimo fundamento, relativa à prova pela empresa dominante da impossibilidade de recuperação dos prejuízos

— Argumentos das partes

115 Através da segunda parte do sétimo fundamento, a recorrente alega que apresentou a prova de que a recuperação dos prejuízos era, no caso em apreço, impossível. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância deveria ter-se pronunciado sobre a questão de saber se a Comissão podia afastar essa prova quando é apresentada pela empresa recorrida.

116 A Comissão responde que, em primeira instância, a recorrente não invocou qualquer fundamento sobre a questão de saber se a Comissão podia afastar esta prova apresentada pela recorrida. De qualquer modo, a rejeição implícita deste argumento resulta dos n.os 103 a 121 e 261 a 267 do acórdão recorrido. Por último, a Comissão sublinha que, na decisão controvertida, analisou, a título subsidiário, a possibilidade de recuperação dos prejuízos e considerou-a possível no caso em apreço.

— Apreciação do Tribunal de Justiça

117 Como se recordou no n.º 30 do presente acórdão, a obrigação de o Tribunal de Primeira Instância fundamentar as suas decisões não pode ser interpretada no sentido de que implica que este seja obrigado a responder em pormenor a cada argumento invocado por uma parte, especialmente quando este argumento não reveste um carácter suficientemente claro e preciso e não assenta em elementos de prova detalhados.

118 Ora, é suficiente concluir que, em primeira instância, a recorrente não invocou nenhum fundamento visando contestar especificamente o facto de que a Comissão teria ilegalmente afastado a prova, alegadamente apresentada pela WIN, da impossibilidade de recuperação dos prejuízos no caso em apreço.

119 Nestas condições, não sendo também procedente a segunda parte do sétimo fundamento, há que julgar o sétimo fundamento improcedente na sua totalidade.

120 Atendendo a todas as considerações precedentes, o recurso deve ser declarado parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

Quanto às despesas

121 Segundo o artigo 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, se o recurso for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decidirá sobre as despesas.

122 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, deste mesmo regulamento, aplicável ao recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 118.º do mesmo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da recorrente e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas da presente instância.

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

1) É negado provimento ao recurso.

2) A France Télécom SA é condenada nas despesas.

Assinaturas