

## **Novas coordenadas quanto ao critério da indispensabilidade**

Análise do Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021 - Deutsche Telekom AG contra Comissão Europeia - Processo C-152/19 P.

---

*Ricardo Menezes*

### **O Caso**

A Deutsche Telekom AG (DT) é uma sociedade que opera no mercado das telecomunicações, liderando o grupo Deutsche Telekom. No âmbito das empresas nas quais participa a DT destaca-se a Slovak Telekom a.s. (ST), que atua no mercado das telecomunicações na Eslováquia e na qual, entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010, a DT deteve uma participação de 51 %.

A ST é o maior operador de telecomunicações e o maior fornecedor de acesso à rede de banda larga no seu país, tendo a entidade reguladora eslovaca competente em matéria de telecomunicações (a TUSR) reconhecido, numa decisão sua, que a ST era um operador com poder significativo no mercado grossista para o acesso desagregado ao lacete local.

Com esta decisão, a TUSR estabeleceu de forma clara que a ST, como operador notificado com poder de mercado significativo no mercado eslovaco das telecomunicações ao abrigo do então vigente Regulamento (CE) n.º 2887/2000 de 18 de dezembro, nomeadamente nos termos e para os efeitos dos seus arts. 2.º, al. a) e 3.º, teria de dar acesso à sua rede de lacete local aos operadores concorrentes que fizessem pedidos razoáveis e justificados nesse sentido, com vista a que também eles pudessem oferecer os seus próprios serviços no mercado retalhista de acesso à Internet de alto débito em posição fixa na Eslováquia. Tratando-se do circuito físico em pares de condutores metálicos entrançados que liga o ponto terminal da rede nas instalações do assinante ao repartidor principal (art. 2.º, al. c)), o lacete local é uma importante infraestrutura no que diz respeito ao acesso à Internet e à transmissão de dados em alto débito (*broadband*).

Na sequência de um inquérito oficioso sobre as condições de acesso desagregado ao lacete local da ST na Eslováquia, a Comissão Europeia adotou uma decisão, condenando a DT e a ST ao pagamento de coimas. Na base desta decisão esteve o facto de, na visão da Comissão, a empresa formada pela ST e pela DT (sociedade mãe à qual foram imputados os atos da filial), ter cometido uma infração continuada ao Direito Europeu da Concorrência durante o período compreendido entre 12 de agosto de 2005 e 31 de dezembro de 2010. De entre as práticas ilícitas imputadas pela Comissão à ST (e, consequentemente à DT), destacavam-se a fixação de

modalidades e de condições não equitativas na oferta de referência da ST em matéria de desagregação e, sobretudo, a aplicação de tarifas não equitativas que não permitiam a um operador tão eficiente como a ST, que se apoiasse no acesso grossista aos lacetes locais desagregados desse operador, reproduzir os serviços retalhistas oferecidos por esse operador sem incorrer em perdas (compressão das margens).

Desta decisão recorreu a DT para o Tribunal Geral (TG), que anulou parcialmente a decisão controvertida e reduziu as coimas estabelecidas (Acórdão do TG, de 13 de dezembro de 2018, Deutsche Telekom/Comissão, T-827/14). Assim, a DT apresentou recurso de anulação desse acórdão junto do Tribunal de Justiça (TJ). No acórdão de 25 de março de 2021, C-152/19 P, o TJ decidiu negar provimento ao recurso.

### **A Decisão do Tribunal**

Neste acórdão, discutiu-se essencialmente, do ponto de vista material, o tipo de prática que a empresa tinha adotado no mercado e o seu carácter abusivo, debatendo as partes se estaria ou não em causa uma verdadeira hipótese de recusa de acesso a uma infraestrutura essencial.

Começou por alegar a DT, com o seu primeiro fundamento, que o TG cometeu erros de facto e de direito na aplicação do art. 102.º do TFUE, sustentando que no acórdão recorrido não se havia demonstrado, para apreciar da existência de um abuso de posição dominante imputável à ST, o carácter indispensável do acesso à sua rede de lacete local para os operadores concorrentes. Ora, se o acesso a uma determinada infraestrutura não for indispensável para o desenvolvimento da atividade das restantes empresas no mercado, não se poderá considerar que tenha ocorrido uma recusa ilícita de acesso, conforme resulta do n.º 41 do Acórdão *Bronner* (C-7/97).

Na apreciação deste argumento apresentado pela DT, o TJ afastou a sua procedência começando, desde logo, por afirmar que, de facto, não cabia à Comissão demonstrar o carácter indispensável do acesso dos operadores alternativos à rede de lacete local da ST, uma vez que, neste caso, não estava em causa uma verdadeira hipótese de recusa de acesso a uma infraestrutura essencial. Na verdade, a ST, enquanto empresa dominante deu acesso à sua infraestrutura. A questão é que o fez sujeitando esse acesso a condições não equitativas. Como concluiu o tribunal, “[...] *embora esses comportamentos possam ser constitutivos de uma forma*

*de abuso quando possam criar efeitos anticoncorrenciais [...] não podem ser equiparados a uma recusa pura e simples[...]*<sup>1</sup>.

Nesse sentido, estando em causa comportamentos diferentes de uma recusa de acesso, não seria aplicável a doutrina do acórdão *Bronner* não sendo por isso necessária a avaliação do critério da indispensabilidade do acesso à infraestrutura.

O TJ fundamenta esta posição explicando que o facto de se exigirem a verificação de requisitos particulares para que se considere abusiva uma recusa de acesso a uma infraestrutura detida por uma empresa em posição dominante, resulta do carácter especialmente gravoso para a liberdade de contratar da empresa dominante e para o seu direito fundamental de propriedade da consequência associada à verificação desse tipo específico de abuso: o surgimento de uma obrigação para a empresa de dar acesso à sua infraestrutura, i.e., de uma obrigação de contratar.

Com efeito, não existindo a possibilidade de se aplicar uma sanção tão gravosa às empresas, não se justificará também que se faça depender a decisão do Tribunal de critérios tão exigentes. Por esta razão, entendeu o Tribunal que a ST tinha efetivamente cometido um abuso de posição dominante.

---

<sup>1</sup> Cf. Parágrafo 51 do Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de março de 2021 - Deutsche Telekom AG contra Comissão Europeia - Processo C-152/19 P.