



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

358257577

CONCLUSÃO - 03-10-2016.---

(Termo eletrónico elaborado pela Escrivã Auxiliar Mafalda Nunes)

=CLS=

*
*
*
*
*
*
*
*
|

- Dos honorários dos senhores peritos -

A fls. 2181-2182 veio o Sr. perito **António Bernardo** apresentar nota de honorários, apresentando quadro com explicitação das tarefas e tempos dedicados à perícia colegial, que o valor apresentado teve por base o valor unitário de € 100,00/hora (que inclui, além dos honorários, as despesas incorridas e suportadas com comunicações telefónicas, correio, consumíveis, deslocações e outras de expediente), quadro esse com o seguinte teor:

Tarefa	Detalhe	Tempo despendido (horas)
Análise e estudo dos diversos dossiers, bem como preparação do processo (incluindo deslocações ao Tribunal)	Análise da documentação das partes, organização e preparação (individual) do processo de acordo com os quesitos;	850
Reuniões preparatórias do colégio de peritos	Discussão e interpretação das diversas questões formuladas e definição da forma de elaboração do relatório	20
Relatório final	Elaboração do relatório final, conjunto, com integração das conclusões na perícia	6
Total de horas gastas		876

*

As partes, notificadas, nada disseram.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

*

Por despacho de fls. 2451-2454 foi decidido não aplicar o disposto nos n.ºs 2 e 4 do art.º 17º do RCP e da Tabela IV anexa ao RCP por violação do princípio constitucional da proibição de excesso, nas dimensões da adequação e da proporcionalidade e fixar a remuneração do Sr. Perito em € 87.600,00.

*

O Ministério Público interpôs recurso da referida decisão para o Tribunal Constitucional, que veio a constituir o apenso B, tendo ali sido proferida decisão sumária que julgou inconstitucional a norma extraída do artigo 17º, n.ºs 2 e 4, do RCP em articulação com a Tabela IV do mesmo e negou provimento ao recurso.

*

A fls. 3436-3437 veio o senhor perito **Jorge Pereira da Costa** apresentar a respectiva nota de honorários, apresentando o seguinte quadro:

Tarefa realizada	Detalhe	Horas despendidas
Estudo do processo	Análise de toda a documentação constante do processo	360
Relatório de peritagem	Compilação e análise de toda a informação necessária e elaboração do relatório inicial de peritagem	960
Esclarecimentos adicionais	Elaboração de resposta aos esclarecimentos adicionais solicitados pelas partes	168
Revisão do Relatório colegial	Revisão do relatório pericial com a inclusão das sínteses das perícias	3
Reuniões de peritos	Discussão e interpretação das diversas questões formuladas e definição da forma do relatório pericial	20
Total das horas despendidas		1511

Refere ainda que os honorários serão de € 100,00 / hora, valor que inclui todas as despesas incorridas e suportadas com comunicações, correio, consumíveis, deslocações em território nacional e outras de expediente geral.

*

A A. pronunciou-se quanto á mesma a fls. 3493-3506 dizendo, em síntese que a nota de honorários apresentada pelo Sr. Perito excede os limites legais de remuneração dos previstos, previsto no RCP, que a referida nota de honorários representa um acréscimo de € 150.080, em relação ao limite legal resultante da tabela IV do RCP na vertente de remuneração por serviços/deslocação, no valor de € 1.020,00 e um acréscimo de € 145.502,20 em relação ao limite máximo legal resultante da tabela IV do RCP na vertente de remuneração por fracção/página/



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

palavra, que no caso ascenderia a € 5.497,80, a nota de honorários apresentada pelo perito Jorge Pereira da Costa é contrária ao RCP e como tal deve ser indeferida, sendo fixados os honorários do referido perito, assim como dos demais, de acordo com o disposto no art.º 17, n.ºs 2 e 4 em conjugação da tabela IV, ou seja, até € 1.020,00 (na vertente serviço) ou, no limite, até € 5.497,80 (na vertente número de páginas).

Mais refere que a A., quando requereu a perícia confiou que o RCP seria aplicado para efeitos de cálculo da remuneração dos senhores peritos, no exercício da função jurisdicional, o juiz está sujeito à lei e ressalvados os casos em que fundamente a decisão de inconstitucionalidade normativa, não pode deixar de aplicar uma norma jurídica por a considerar injusta ou desadequada aos interesses a que se destina, do princípio do Estado de Direito Democrático decorre o princípio constitucional da segurança jurídica, não se desconhece que o Tribunal Constitucional já julgou inconstitucional a norma extraída do art.º 17º n.ºs 2 e 4 do RCP, mas a inexistência de limites máximos de custas (em que se incluem os encargos) é também inconstitucional, por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no art.º 20º da CRP, o AC. do TC 16/15, muito embora tenha declarado inconstitucional a referida norma, não deixou de afirmar que a harmonização do direito á justa composição do perito com o direito de acesso aos tribunais impõe contenção na fixação de padrões dos respectivos valores remuneratórios, que não existe qualquer imposição constitucional que exija uma ilimitada fixação do valor remuneratório da perícia e que a remuneração do perito não tem de traduzir o preço praticado no mercado, invoca a inconstitucionalidade, por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no art.º 20 da CRP, conjugado com o princípio da proporcionalidade, decorrente dos artigos 2º e 18º n.º 2, segunda parte, da CRP, da norma extraída do art.º 17, n.º 2 e 4 do RCP em articulação com a tabela IV anexa ao mesmo, de uma interpretação que defenda que a não são aplicáveis limites máximos de remuneração a auferir pelos peritos e, portanto, que eles podem exigir, depois de apresentarem o relatório, um valor de remuneração sem qualquer limite previamente fixado e apenas com base na indicação genérica de que trabalharam x horas e do respectivo valor hora, admitindo que em certos casos, os referidos limites não se apliquem, impõe-se que os senhores peritos apresentem ás partes e ao tribunal, previamente à realização da perícia, uma proposta de honorários, ou, não sendo possível apresentar uma proposta fechada, um orçamento, acordando previamente com as partes os termos em que serão fixados os honorários, o que não sucedeu in casu, que no pedido de prorrogação de prazo os senhores peritos deviam ter sinalizado que dada a complexidade dos autos, os montantes previstos na tabela IV do RCP não se traduziram numa compensação adequada pelo serviço prestado, referindo os critérios que deveriam ser aplicados á sua remuneração, não o tendo feito não é legítimo que agora pretendem impor um valor – não contratado ou acordado – invoca que a interpretação no sentido de que os n.ºs 2 e 4 do art.º 17º do RCP e da Tabela IV anexa ao mesmo é inconstitucional quando o perito afectado não manifestou, previamente ao desempenho das funções de perito, a sua discordância



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

e não aceitação dos valores legalmente vigentes e aplicáveis, por violação do princípio da segurança e protecção da confiança integrador do princípio do Estado de Direito Democrático e do princípio da autonomia privada, da propriedade e da liberdade de empresa.

Refere também que não é indicado o critério de subsunção das despesas a cada hora, deveria ser fornecida cópia especificada das despesas incorridas por conta da perícia, impugna-se ainda o número de horas referido na nota de honorários porque nelas estão incluídas as despesas em que o perito terá alegadamente incorrido, quer porque o número de horas é excessivo e inverosímil face ao trabalho produzido e que correspondem a 189 dias de trabalho a 8 horas /dia, o valor é excessivo, sendo desajustada a aceitação desse critério (por hora) para uma perícia desta natureza, a nota de honorários não está devidamente fundamentada.

Termina requerente que o tribunal ordene as diligências necessárias ao apuramento do valor adequado aos serviços concretamente prestados pelo perito Jorge Pereira da Costa, ordenando a sua notificação para apresentar nova nota de honorários devidamente fundamentada, discriminando: (i) por hora as tarefas realizadas; (ii) todas as diligências concretamente efectuadas; (iii) as despesas incorridas; (iv) as deslocações efectuadas (horas e kms) e seja solicitado parecer à Ordem dos Economistas dos valores de mercado para pareceres desta natureza e para os valores mínimos nos termos do Código Deontológico da profissão.

*

A A. interpôs recurso do despacho que fixou os honorários do perito António Bernardo, o qual veio a constituir o apenso A., que decidiu da seguinte forma:

2 – Fixação dos honorários a perito. Do seu processamento processual e adequação substantiva.

A decisão recorrida – ao aceitar o valor remuneratório pedido pelo perito sem realizar, a esse propósito, nenhum tipo de juízo crítico e/ou valorativo - não merece a nossa concordância.

É certo que as partes foram notificadas, em conjunto, do relatório pericial e da nota de honorários e que poderiam, agindo com a diligência e atenção devidas, ter-se pronunciado sobre este último (manifestando as reservas e discordâncias que bem entendessem).

Foi precisamente para isso que foram notificadas dela.

Não o fazendo, não podem agora invocar a proibição do efeito de decisão surpresa, por violação do princípio consignado no artigo 3º, nº 3 do Código de Processo Civil.

Contudo,

Aceitando-se o juízo de constitucionalidade da aplicação da aplicação do disposto nos artigos 2 e 4 do artigo 17º do Regulamento das Custas Processuais, nos termos proficientemente desenvolvidos pelo juiz a quo, o certo é que, perante os elementos reunidos nos autos, não existe fundamento sério e suficiente para a fixação do avultadíssimo valor atribuído, a título de honorários, ao perito em causa - € 87.600,00 (oitenta e sete mil e seiscentos euros).

Desde logo, cumpre assinalar que a inexistência de reacção ao recebimento do relatório pericial e da nota de honorários – a respectiva notificação aludia primacialmente ao relatório



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

pericial (cfr. fls. 413 e 414), embora incluísse na sua primeira folha a nota de honorários, encimada pelo título “ assunto: explicitação do tempo gasto na diligência “ – não pode, naturalmente, ser entendida como aceitação automática pelas partes de todo e qualquer valor que o perito viesse a reclamar nesta sede.

O efeito cominatório pleno que a decisão recorrida explicitamente pressupõe carece, em absoluto, de fundamento legal – sendo que o mesmo, para valer, sempre suporia, como é evidente, uma expressa e autónoma notificação para que se pronunciarem quanto à nota de honorários, com a menção das respectivas consequências nada dizendo.

Assim,

Constituía, a nosso ver, obrigação do julgador aquilatar da justificação para o valor pedido, em directo e necessário confronto com as concretas tarefas executadas – e demonstradas - pelo perito em causa, conjugado com as despesas por si suportadas no cumprimento da sua missão.

No mesmo sentido, competia-lhe exigir do perito uma discriminada especificação de todo o trabalho desenvolvido, com o detalhe e o pormenor bastantes para justificar, fora de qualquer dúvida, a contrapartida monetária que apresenta.

Não pode o tribunal a quo escudar-se na falta de “ elementos que permitam afirmar que o tempo despendido é excessivo ou desnecessário ou que o montante atribuído a cada hora de trabalho não está em conformidade com os usos do mercado “.

Pelo contrário,

Deve proceder a um juízo sobre o equilíbrio e a adequação de tal pedido, socorrendo-se - se necessário - dos laudos de entidades qualificadas nesse domínio, as quais, seguramente – e uma vez descritas, com minúcia, as tarefas realizadas pelo perito – poderão informar o tribunal, com toda a objectividade e isenção, acerca da razoabilidade – ou falta dela - da verba pedida.

Esta postura é especialmente reforçada pela circunstância de nos encontrarmos perante uma situação algo invulgar em que o trabalho desempenhado necessitou, no dizer do perito, de 876 horas, correspondendo, à razão de oito horas diárias, a um herculeo esforço consecutivo de mais de cem dias, em rigorosa e dedicada exclusividade.

O valor/hora indicado - € 100,00 (cem euros) – dispara para um valor mensal, calculado a 40 horas por semana, na ordem dos € 16.000,00 (dezasseis mil euros).

Por outro lado,

A inclusão na listagem de peritos obriga a um especial dever de probidade, não se tratando da escolha, em mercado aberto, de um profissão liberal para exercer funções fora deste enquadramento processual específico.

Bem pelo contrário, o perito age nestas circunstâncias como um verdadeiro auxiliar da justiça – de acordo com a sua própria vontade de se disponibilizar e, desse modo, colocar-se ao serviço da actividade jurisdicional.

Outrossim não poderá olvidar-se que se tratou de uma perícia colegial com a inerente partilha de tarefas, informações e estudos, e não de um esforço individual e isolado, sem nenhum tipo de trabalho de equipa ou apoio especializado.

Por tudo isto,

A inusitada ordem de grandeza da importância pretendida pelo perito terá que ser melhor analisada, não sendo compatível nem compaginável com uma caracterização dos



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

trabalhos tão vaga e genérica – “Análise e estudo de diversos dossiers, bem como preparação do processo (incluindo deslocações ao tribunal) – Análise da documentação das partes, organização e preparação (individual) do processo de acordo com os quesitos. Reuniões preparatórias do colégio dos peritos – discussão e interpretação das diversas questões formuladas e definição da forma de elaboração do Relatório “ – nada aí se informando, de concreto, quanto à justificação – que se quer especialmente rigorosa - para a atribuição de honorários no montante de € 87.600,00.

Procede, portanto, o recurso, revogando-se a decisão recorrida e determinando ao juiz a quo que proceda à avaliação da justeza e razoabilidade da verba pedida, se necessário com recurso ao parecer das entidades competentes e especializadas neste domínio, e tendo sempre presente as considerações tecidas supra.

(...)

IV - DECISÃO:

Pelo exposto, acordam os Juízes desta Relação em julgar procedente a apelação, revogando-se a decisão recorrida e determinando ao juiz a quo que proceda à avaliação da justeza e razoabilidade da verba pedida, se necessário com recurso ao parecer das entidades competentes e especializadas neste domínio e tomando em conta as considerações tecidas supra.

(...)"

*

Em cumprimento do disposto no art.^º 4º n.^º 1 da LOSJ e face ao Acordão citado, a fls. 3548 foi proferido despacho a ordenar a notificação do senhor perito António Bernardo para apresentar “uma discriminada especificação de todo o trabalho desenvolvido, com o detalhe e pormenor bastantes para justificar, fora de qualquer dúvida, a contrapartida monetária que apresenta”.

E foi proferido despacho a ordenar a notificação do senhor perito Jorge Pereira da Costa para responder á pronúncia da A..

*

O senhor perito António Bernardo veio a fls. 3638-3640 apresentar os tempos gastos na diligência efectuada nos seguintes termos:

Tarefas	Horas gastas
Leitura dos 31 volumes do processo ADC com 14.817 páginas	310
Leitura dos 6 volumes do processo do Tribunal com 3141 páginas	65
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 4	10
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 5	10
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 6	25
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 7	5
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 8	25
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 10	5
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 17	25
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 18	5
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 20	25
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 21	5
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 21	5
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 22	35
Preparação da resposta ao quesito n. ^º 25	20



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Preparação da resposta ao quesito n.º 27	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 30	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 31	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 32	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 33	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 37	25
Preparação da resposta ao quesito n.º 39	25
Preparação da resposta ao quesito n.º 40	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 41	15
Preparação da resposta ao quesito n.º 42	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 43	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 44	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 45	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 46	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 47	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 48	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 49	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 50	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 51	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 52	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 53	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 54	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 55	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 56	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 57	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 58	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 59	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 60	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 61	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 62	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 63	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 64	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 65	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 66	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 67	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 68	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 60	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 70	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 71	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 72	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 73	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 74	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 75	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 76	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 77	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 78	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 79	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 80 e 81	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 82 e 83	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 84 e 85	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 86	1



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Preparação da resposta ao quesito n.º 87	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 88 e 91	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 92 a 95	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 96	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 97	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 98	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 99	25
Preparação da resposta ao quesito n.º 100	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 101	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 102	15
Preparação da resposta ao quesito n.º 103	15
Preparação da resposta ao quesito n.º 104	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 105	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 106	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 107	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 108	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 109	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 110	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 111	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 112	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 113	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 114	5
Preparação da resposta ao quesito n.º 115	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 116	10
Preparação da resposta ao quesito n.º 117	5
Preparação da resposta aos quesitos n.º's 118 e 119	10
Preparação da resposta aos quesitos n.º's 120 e 121	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 122	1
Preparação da resposta ao quesito n.º 123	1
Preparação da resposta aos quesitos n.º's 124 e 125	1
Preparação da resposta aos quesitos n.º's 126 a 128	1
Preparação da resposta aos quesitos n.º's 129 a 135	5
Preparação da resposta aos quesitos n.º's 136 e 137	1
Sub- total	850
Reuniões com os peritos	20
Elaboração do relatório final conjunto	6
Total geral	876

*

O senhor perito **Jorge Pereira da Costa** veio responder á pronúncia da A. a fls. 3642-3700 dizendo em síntese que:

- não tinha legitimidade para discutir com a A. os eventuais honorários e uma tal iniciativa seria despropositada e improcedente;

- não dispunha de informação necessária para a elaboração de uma proposta d honorários ou discutir, fundadamente, os critérios em que os mesmos viriam a ser fixados, pois só após a prestação de compromisso de honra teve acesso á documentação do processo, pelo que não podia conhecer, previamente á determinação da realização da perícia e da sua nomeação e aceitação como perito, quer a amplitude quer a complexidade, quer ainda as competências a reunir e necessárias á realização do trabalho de perícia que lhe era solicitado;



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

- se as partes não se entendiam quanto ao objecto da causa, certamente não se entenderiam quanto ao montante dos honorários;

- sempre entendeu o perito que a renúncia aos seus deveres de imparcialidade e diligência, fundada exclusivamente na remuneração, seria sempre entendida como uma ofensa ao tribunal e desrespeito dos deveres a que livremente se obrigou;

- a contestação dos honorários solicitados pelos peritos reside no facto de não terem sido indicados pela A., tendo esta um pré-juízo quanto á imparcialidade do perito indicado pelas RR.;

- a A. conhecia a complexidade da perícia, a amplitude do trabalho solicitado e as competências requeridas para a realização da mesma e não solicitou a fixação prévia dos critérios pelos quais a remuneração dos peritos seria fixada, não sendo cabível que peritos com o curriculum vitae do perito por ela indicado, ou a indicar pelas RR. e pelo Tribunal, pudessem apresentar notas de honorários cabíveis nos limites estabelecidos pelo RCP, o que leva a considerar que a A. não defendeu os seus interesses à data do requerimento da perícia colegial ou dela prescindiu;

- apresentou a nota de honorários com a granularidade por si julgada suficiente para proporcionar a adequada informação a quem tem o poder de decidir, tendo a mesma o detalhe necessário e adequado;

- a pretensão da A. de discriminação por hora das tarefas realizadas pelo perito na execução da peritagem é um absurdo formal, por impraticável e ausência de objectividade da discriminação solicitada e mesmo que fosse feito a A. sempre continuaria a questionar o número de horas;

- apenas ao tribunal cabe decidir da adequabilidade da nota de honorários e não á parte, nomeadamente à A.;

- não existem formatos padrão para a apresentação de notas de honorários, a Ordem dos Economistas informa nas suas FAQ's a inexistência de uma tabela de honorários e o Código Deontológico não estabelece quaisquer critérios para a fixação de honorários pelos economistas profissionais e os seus membros;

- apresentou a nota de honorários nos termos em que foi apresentada a nota de honorários pelo perito Dr. António Bernardo e que foi aceite pelo tribunal;

- a carência de fundamentação da nota de honorários, alegada pela A., tem como único objectivo permitir uma nova contestação sobre a necessidade ou adequabilidade das tarefas executadas pelo perito aos serviços prestados, no âmbito da perícia solicitada, com o único intuito de, por essa via, procurar reduzir o valor dos honorários a pagar pelo trabalho realizado;

- a possibilidade de a A. definir as tarefas ou diligências necessárias á realização da perícia, constitui uma ingerência inaceitável na realização da perícia;

- o número de horas reportadas não foi aumentado por conversão em horas do resarcimento das despesas incorridas, já constando da nota de honorários que o valor de € 100,00 / hora que inclui todas as despesas incorridas e suportadas com comunicações, correio, consumíveis, deslocações em território nacional e outras de expediente geral;



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

- os serviços solicitados tinham uma amplitude anormalmente elevada, tendo os peritos sido chamados a pronunciar-se quanto a 117 quesitos e 55 questões adicionais, abrangendo um conjunto vasto de 12 matérias, que elenca (fls. 3674-3675), sobre factos (ou alegações) ocorridos há 8-13 anos e suportada em documentação processual com um total de 12752 páginas;

- era solicitada opinião pericial a questões extremamente complexas e/ ou de difícil resposta, dada a distância temporal entre a data dos factos e a data da perícia, sendo que o processo da AdC apenas incidiu a sua análise até 2003 e os factos dos autos vão até 2005, foi necessário proceder á recolha de informação histórica, difícil de compilar por extrema dificuldade na sua disponibilidade e por se encontrar dispersa em diversos agentes;

- foi necessário reunir competências em diversas áreas do saber que elenca (fls. 3680), sendo que mesmo as entidades reguladoras da concorrência, que dispõem de equipas multidisciplinares, recorrem com frequência a especialistas externos para o entendimento de áreas e detalhes específicos dos negócios e sectores que se encontram a analisar, o perito necessitou de estudar as matérias referidas, como recorrer a especialistas nessas áreas do saber para ganhar conhecimento e/ou obter informações e esclarecimentos permissivos da formação de uma opinião fundada;

- pronuncia-se depois, em várias perspectivas, quanto ao número de horas necessário para realizar a perícia (fls. 3681-3691);

- quanto às despesas, refere que reside em outro continente que não o europeu, realizou a maior parte do seu trabalho de peritagem a partir do seu actual local de residência, este facto obrigou a deslocações propositadas a Lisboa sempre que o tribunal o solicitou ou para reunir com os colegas e a conferências telefónicas internacionais, sempre que entendeu necessário consultar peritos e especialistas para fundamentar as suas respostas;

- os honorários que o perito cobra enquanto consultor sénior de uma empresa de consultoria estratégica internacional são de € 625,00 / hora, tendo optado pelo valor hora indicado pelo perito António Bernardo.

*

Veio a A., a fls. 3963-3968 pronunciar-se quanto á “ nota de honorários apresentada pelo Sr. Perito António Bernardo, dizendo que a mesma não cumpre as orientações do tribunal da Relação, a nota de honorários pouco acrescenta à já apresentada e não apresenta de forma discriminada e especificada todo o trabalho desenvolvido, dizendo a este respeito que o Sr. perito não refere em quantos dias, nem em que dias procedeu á leitura do processo da AdC e ao presente processo, não explica em que consistiu a preparação das respostas aos quesitos, não indica as despesas incorridas.

Conclui que o senhor perito deve ser notificado para apresentar uma nota de honorários *em que identifique concretamente e sem margem para dúvidas o trabalho efectivamente realizado, discriminando, por dia/hora, as tarefas realizadas e em que discrimine as despesas incorridas e as deslocações efectuadas.*

*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

E veio a fls. 3968-3972 pronunciar-se quanto á resposta do senhor perito Jorge Pereira da Costa.

*

Por despacho de fls. 5799-5800 foi considerada não escrita a resposta da A. á pronúncia do Sr. Perito Jorge Pereira da Costa (artigos 15º a 27º do requerimento de fls. 3969-3972), indeferida a notificação do Sr. perito António Bernardo para apresentar nova nota de honorários e ordenado se solicitasse á Ordem dos Economistas parecer quanto ás notas de honorários dos senhores peritos António Bernardo e Jorge Pereira da Costa, o que foi feito por oficio de fls. 5825.

*

A Ordem dos Economistas respondeu nos termos que constam de fls. 5821 dizendo:

“ Relativamente á solicitação de V.Exa de emissão de parecer / laudo sobre as atrás referidas notas de honorários, cabe esclarecer que esta Ordem dos Economistas, ao contrário do que sucede, por exemplo, com a Ordem dos Advogados, não tem, no elenco das suas atribuições definidas pelo n.º 2 do art.º 3º do seu Estatuto, aprovado pela lei n.º 101/2015, de 20 de Agosto, a de emitir o solicitado parecer / laudo sobre honorários e, consequentemente, nenhum dos seus órgãos viu atribuída, naquele mesmo Estatuto, competência para tal.

*

As partes, notificadas (fls. 5852-5853) nada disseram.

*

Finalmente a fls. 6029-6030 veio o Sr. perito **Álvaro Nascimento** apresentar a sua nota de honorários, indicando ter despendido 820 horas na realização da perícia, as quais devem ser remuneradas a € 150,00 e que o valor indicado compreende as despesas incorridas e suportadas, tendo apresentado a seguinte tabela:

Período	Descrição dos trabalhos	Horas
	[1] Reuniões de peritos	60
06/06/13 – 28/04/15	- 6 reuniões [06/06/13, 06/03/14, 01/07/14, 17/09/14, 28/04/15]	20
	- Deslocações (Porto-Lisboa) para participação nas reuniões	40
	[2] Análise do problema e relatório individual (de 01/06/13 a 31/05/14)	390
01/06/13 - 30/09/13	- Estudo dos quesitos individuais e recolha de informação	100
01/10/13 - 31/12/13	- Texto descritivo de enquadramento geral (capítulo I do relatório final)	100
01/01/14 - 31/05/14	- Redacção da resposta a cada um dos quesitos individuais	180
	[3] Relatório colectivo final (de 01/06/14 a 10/10/14)	220
01/06/14 – 31/08/14	- Compilação das respostas individuais e integração num documento único	180
01/09/14 – 10/10/14	- Revisões (após discussões finais entre peritos)	40
	[4] Respostas a quesitos adicionais (de 06/04/15 a 07/05/15)	100
06/04/15 – 28/04/15	- Estudo e compilação das respostas para discussão em reunião de peritos	60
28/04/15 – 07/05/15	- Redacção e envio de relatório pericial individual	40
	[5] Audiências em tribunal	60
15/01/16 – 15/02/16	- revisão do processo e preparação de audiência	50
16/02/16 – 17/02/16	- Audiência em tribunal	10
	Total	820

*

As partes notificadas nada disseram.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

*

A) Dos honorários do senhor perito António Bernardo

Em primeiro lugar coloca-se a questão de saber se a discriminação das tarefas realizadas pelo Sr. Perito António Bernardo a fls. 3638-3640 e que consta supra constitui “uma discriminada especificação de todo o trabalho desenvolvido, com o detalhe e o pormenor bastantes para justificar, fora de qualquer dúvida, a contrapartida monetária que apresenta.”

A A. alega que não, dizendo que o Sr. perito não refere em quantos dias, nem em que dias procedeu á leitura do processo da AdC e ao presente processo, não explica em que consistiu a preparação das respostas aos quesitos, não indica as despesas incorridas.

O Sr. Perito indica o número de horas despendido na leitura do processo da AdC e do presente processo, não tendo qualquer fundamento a pretensão de indicação de quantos dias, nem em que dias procedeu á referida leitura.

A A. opõe ainda que o Sr. perito não explica em que consistiu a preparação das respostas aos quesitos.

Mas a A. não alega – nem se vislumbra – que outra especificação deveria ser apresentada.

Foi apresentada uma especificação. Se ela é, ou não, suficiente “*para justificar, fora de qualquer dúvida, a contrapartida monetária que apresenta*”, é questão a decidir oportunamente.

E é aqui que a questão se centra.

Em primeiro lugar, não existem elementos que permitam afirmar que o Sr. Perito António Bernardo elaborou um projecto individual, ainda que em esboço, de resposta aos quesitos.

Em segundo lugar, ficou demonstrado, nos esclarecimentos prestados em julgamento, que o mesmo não tinha qualquer posição própria, antes se limitando a aderir às posições manifestadas pelo Sr. Perito Jorge Pereira da Costa.

Aliás, os esclarecimentos tiveram como únicos protagonistas os senhores peritos Álvaro Nascimento e Jorge Pereira da Costa.

Finalmente, no relatório pericial aparecem, em diversos quesitos, respostas conjuntas dos senhores peritos António Bernardo e Jorge Pereira da Costa, mas o que se verifica é que muito do conteúdo de tais respostas integra o projecto de relatório pericial elaborado pelo último.

Neste conspecto, a especificação apresentada não é suficiente “*para justificar, fora de qualquer dúvida, a contrapartida monetária que apresenta*”.

E deste modo entende-se que o alegado número de horas despendido na preparação das respostas – 500 horas – não está justificado e, como tal, não se considera as mesmas.

Em segundo lugar o acórdão do tribunal da Relação entendeu que este Tribunal Deve proceder a um juízo sobre o equilíbrio e a adequação de tal pedido, socorrendo-se - se necessário - dos laudos de entidades qualificadas nesse domínio, as quais, seguramente – e uma vez descritas, com minúcia, as tarefas realizadas pelo perito – poderão



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

informar o tribunal, com toda a objectividade e isenção, acerca da razoabilidade – ou falta dela – da verba pedida.

Como já referido em outro lugar o tribunal da Relação não especificou quais sejam as “*entidades competentes e especializadas neste domínio*”.

Por semelhança com o que sucede com a Ordem dos Advogados, o tribunal solicitou á Ordem dos Economistas que emitisse o laudo, o que a mesma declinou por não estar nas suas atribuições.

Não se vislumbra – nem a A., na sequência da notificação do referido ofício, veio indicar – qualquer outra entidade qualificada a quem pudesse ser solicitado laudo.

Destarte e neste ponto, não se vislumbra possível a realização de qualquer outra diligência.

Por outro lado e como já referido, não vislumbramos que seja possível solicitar ao Sr. Perito qualquer outra minúcia na descrição das tarefas realizadas.

Neste ponto importa referir que o Sr. perito nunca afirma que as tarefas realizadas o foram de forma consecutiva. Aliás, a ser assim, tal implicaria questionar o facto de a perícia ter demorado cerca de 17 meses (entre a data da tomada de juramento e a apresentação do relatório pericial).

Por outro lado, nada permite afirmar que no caso houve partilha de tarefas, informações e estudos. Mas ainda que tal tenha existido, não existem elementos que permitam apurar a medida em que tal partilha diminuiu o esforço individual e isolado de cada um dos peritos.

Certo é que decorre do relatório pericial e dos esclarecimentos prestados em audiência de julgamento que pelo menos os peritos Álvaro Nascimento e Jorge Pereira da Costa realizaram um trabalho individual, de tal modo que o último juntou aos autos o projecto de relatório pericial.

*

Quanto ao valor cabe recordar como a legislação anterior resolvia a questão.

Assim, o art.º 34º n.º 1 alínea a) do CCJ, dispunha que os peritos recebem em cada diligência que não requeira conhecimentos especiais a quinta parte de 1 UC, com o limite de 2 UC para todas as diligências efectuadas no mesmo dia e a alínea b) que os peritos com conhecimentos especiais percebem entre 1/3 de UC e 2 UC por diligência.

O n.º 2 dispunha que nos casos das alíneas a) e b) a diligência implicar mais de um dia de trabalho, o tribunal fixará os dias a pagar de acordo com a informação prestada por quem a realizar, reduzindo-os se lhe parecer que podia ter sido realizada em menos tempo ou aumentando-os quando a dificuldade, relevo ou qualidade do serviço o justifiquem.

De referir que a lei não dizia qual o valor / dia para efeitos do disposto no n.º 2.

O n.º 3 do mesmo preceito, aditado pelo DL 320-B/2000, de 15 de Dezembro, dispunha que os montantes estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 1 podia ser actualizado por tabela a aprovar por Portaria do Ministro da Justiça.

A Portaria n.º 1178-D/2000, de 15 de Dezembro veio dispor que:



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Peritos e louvados em diligência que não requeira conhecimentos especiais - 1/4 UC.

Peritos e louvados em diligência que requeira conhecimentos especiais - 1/2 UC.

Peritos com habilitação ou conhecimentos especiais com apresentação de documentos, pareceres, plantas ou outros elementos de informação solicitados pelo tribunal - 4 UC.

*

E nesta sequência, a anotação que então fazia Salvador da Costa, no CCJ anotado, 4ª edição, 2001, ao art.º 34º n.º 2:

“O n.º 2 consubstancia o desiderato de adequação da remuneração implicada pela natureza do quadro em que a actividade em causa é desenvolvida, prevendo para o caso de diligências de efectivação continuada, isto é, que vão para além de um dia de trabalho.

Por não controlar os elementos relativos ao binómio serviço-custo apresentados por quem colabora com o tribunal, o juiz experimenta, naturalmente, dificuldade na formulação do juízo de equidade.

O critério de redução ou de ampliação da remuneração que resulta directamente da lei é o relevo ou a qualidade do serviço em causa, á luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a partir dos elementos constantes do relatório pericial a que se reporta o art.º 586º do Código de Processo Civil e das regras da experiência próprias do sector de actividade respectiva”

*

Está resolvida a questão da não aplicabilidade do art.º 17º n.os 2 e 4 do RCP e da tabela IV por inconstitucionalidade.

Vem isto a significar que não existe um limite absoluto inultrapassável á fixação da remuneração, como ali se estabelecia.

*

E nesta sequência cabe referir o Ac. do TC n.º 656/14 (e que é o primeiro que se pronuncia pela inconstitucionalidade do art.º 17º n.º 2 e 4 articulado com a tabela IV anexa ao RCP) nos seguintes passos [sublinhados nossos]:

19. À luz desta orientação jurisprudencial, será, pois, inevitável concluir que a preocupação de contenção na definição das custas a cobrar dos litigantes encontra uma expressão adequada e necessária na fixação de critérios objetivos para a delimitação e tabulação do custo (dos “preços”) das perícias, como os que se encontram plasmados no artigo 17.º, n.º 3, do Regulamento das Custas Processuais.

É possível estender o mesmo juízo de idoneidade e indispensabilidade à previsão de valores máximos, como os indicados na tabela IV, para a fixação da remuneração dos peritos. Compreende-se que a determinação do valor remuneratório de uma atividade de coadjuvação do tribunal não esteja sujeita às regras de mercado ou ao jogo da livre concorrência, na fixação de preços, só assim se assegurando a compatibilização da sua repercussão no valor final das custas devidas, com a garantia do acesso à justiça.

Não existe nenhuma imposição constitucional a exigir a ilimitada fixação do valor remuneratório da perícia. A harmonização do direito à justa compensação do perito pelo serviço



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

prestado com o direito de acesso aos tribunais antes impõe a determinação de alguma contenção na fixação de padrões dos respetivos valores remuneratórios.

20. Todavia, a imposição de um teto máximo, inultrapassável, constitui uma imposição tão absoluta na fixação do valor da remuneração devida pela atividade pericial desenvolvida que, em abstrato, pode conduzir a situações em que o sacrifício imposto ao perito, designadamente no seu direito patrimonial de retribuição pela atividade desenvolvida, não seja devidamente compensado. Basta pensar nos casos em que o teto de remuneração imposto por lei traduz uma discrepância manifesta com o valor justo da atividade desenvolvida, tendo em conta a sua quantidade, natureza e/ou qualidade. Ora, dado o montante do valor máximo previsto (€1020), não será difícil imaginar atividade pericial cujo valor, pela complexidade, dimensão ou mesmo duração do esforço exigido ao seu autor possa exceder - e exceder consideravelmente -, aquele “teto”.

Não se rejeita que a remuneração do perito não tem de traduzir o preço praticado no mercado para um tal serviço e que a equivalência jurídica entre a utilização individualizada dos serviços dos tribunais e as quantias cobradas, a título de taxa, por essa utilização, não vem necessariamente acompanhada por uma equivalência estrita, em termos económicos, entre o valor do serviço prestado e o montante da quantia devida pela sua percepção (Acórdão n.º 421/2007 e n.º 301/09)."

*

Impõe-se afastar a possibilidade de inclusão no valor de € 100,00 / hora, das despesas incorridas e suportadas com comunicações telefónicas, correio, consumíveis, deslocações e outras de expediente.

E a razão é simples: uma vez que não estão especificadas, não é possível às partes sindicá-las e ao tribunal validá-las. O tribunal não pode validar, isto é, não pode imputar uma parte do valor de € 100,00, a uma realidade que não conhece.

*

A questão que agora se coloca é a de saber se o valor de € 100,00 hora é justo e razoável.

A A., não indicou qualquer valor alternativo.

Não foi possível obter da Ordem dos Economistas qualquer informação.

O tribunal da Relação referiu que:

O valor/hora indicado - € 100,00 (cem euros) – dispara para um valor mensal, calculado a 40 horas por semana, na ordem dos € 16.000,00 (dezasseis mil euros).

Por outro lado,

A inclusão na listagem de peritos obriga a um especial dever de probidade, não se tratando da escolha, em mercado aberto, de um profissão liberal para exercer funções fora deste enquadramento processual específico.

Bem pelo contrário, o perito age nestas circunstâncias como um verdadeiro auxiliar da justiça – de acordo com a sua própria vontade de se disponibilizar e, desse modo, colocar-se ao serviço da actividade jurisdicional.

Há que recorrer à equidade

A este propósito refere Menezes Cordeiro in Da boa fé no Direito Civil, 1997, pág. 1203:

“A decisão de equidade implica uma margem lata de indeterminação. Intervêm, nela, argumentos mais vastos do que os integrantes de modelos de



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

decisão intra-sistemáticos, acrescidos por certo espaço de subjectivismo de quem julgue. Tais argumentos prendem-se com o caso concreto, mas devem ter um mínimo de objectividade jussocial que permita considerá-los como integrando a regulação da vida em sociedade. Na sua seriação, há-de observar-se o esquema valorativo dominante nas representações comuns, sob pena de arbítrio. “

E ainda na mesma obra, pág. 1204 observa:

“(...) sendo, como se depreende do art.º 4º, a equidade, um modo de resolver questões estranho ao Direito estrito, ela não se fundamenta, de forma expressa, no estalão argumentativo subjacente á lei e fontes complementares: tem de se legitimar no processo e no mérito dos próprios pontos de vista para que apele”.

*

Tendo em consideração que a determinação do valor remuneratório de uma actividade de coadjuvação do tribunal não está sujeita às regras de mercado, que não é possível incluir no valor indicado despesas, a natureza do trabalho realizado (não se consideraram as alegadas horas despendidas na preparação das respostas e a maior parte do tempo considerado é de leitura do processo da AdC e dos presentes autos) e a qualidade e relevo do trabalho produzido, fazendo apelo á equidade (que no dizer de Baptista Machado, in Conferências do Palácio da Justiça do Porto, 1980: “ *Sem certezas ou verdades absolutas - que ninguém poderá esperar da intervenção judicial – a justiça do caso concreto ou equidade há-de representar sempre uma intuição pelo que concretamente se afigura mais justo e razoável; um meio termo entre o tudo e o nada traçado pela especificidade do caso, que o sentimento de justiça não poderá perder de vista*”). impõe-se entender que a remuneração do Sr. Perito António Bernardo não poderá ser superior a 1/2 UC por dia de trabalho no que respeita ao tempo despendido na leitura do processo da AdC e dos presentes autos, o que corresponde a € 2.390,62 (375:8= 46,875 x € 51,00 = € 2.390,62) e a 1 UC e meia (€ 153,00) por dia de trabalho, no que respeita ao tempo despendido em reuniões com os restantes peritos e elaboração do relatório final, o que corresponde a € 331,50 (26: 8 = 3,25 x € 102,00 = 497,15), o que totaliza € 2.887,77 e que assim corresponde á remuneração do Sr. perito António Bernardo.

*

2) Dos honorários dos senhores peritos Jorge Pereira da Costa e Álvaro Nascimento

2.1. Questões gerais

Em primeiro lugar e porque a A. defende a aplicação estrita do no art.º 17º n.º 2 e 4 do RCP articulado com a tabela IV anexa, impõe-se desde já reiterar a sua não aplicação por inconstitucionalidade.

Na verdade, o Tribunal Constitucional já se pronunciou quanto á inconstitucionalidade da norma extraída do art.º 17º n.ºs 2 e 4, do regulamento das Custas Processuais em articulação com a Tabela IV a anexa ao mesmo, segundo a qual, por cada perícia, os peritos não podem auferir mais de 10 UC, ainda que o tipo de serviço, os usos do mercado, a complexidade da perícia e o trabalho, nos Ac.s n.º



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

656/2014, de 14.10., 16/2015, de 14.01.2015., 250/16, de 04 de Maio e 375/2016, de 08 de Junho, para além da decisão sumária constante do apenso B

Considerou-se no Acordão n.º 16/2015 que: “(…)

9. Como referido anteriormente, é de reconhecer aos peritos, pelo menos àqueles que exerçam funções nas condições em que o fizeram os peritos no caso sub iudicio, o direito geral à justa compensação pelo sacrifício que o exercício da perícia lhes impôs, direito esse que constitui uma exigência do princípio do Estado de direito democrático (cfr. supra os n.ºs 6 e 7). O reconhecimento do «direito à remuneração» das pessoas que intervenham nos processos ou que coadjuvem em quaisquer diligências (v. os artigos 16.º e 17.º, n.º 1, do Regulamento das Custas Processuais) pretende dar concretização a tal exigência. Em especial, o «direito à remuneração» dos peritos previsto no artigo 17.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento das Custas Processuais constitui uma concretização legal do citado direito geral à justa compensação pelo sacrifício.

Ora, nesta perspetiva, as seguintes considerações feitas no Acórdão n.º 656/2014 levam a concluir que a fixação de um «teto» máximo previsto no artigo 17.º, n.ºs 2 e 4, do Regulamento das Custas Processuais em articulação com a Tabela IV anexa ao mesmo, limita desproporcionadamente o mencionado direito legal de compensação dos peritos:

«O n.º 3 do artigo 17.º do Regulamento das Custas Processuais, ao prever a natureza variável da taxa de remuneração, estatuindo para esses casos, o dever de fixação numa das modalidades ali elencadas, devendo, em qualquer caso, ser tido em consideração «o tipo de serviços, ou usos do mercado e a indicação dos interessados», condiciona a remuneração da atividade desenvolvida pelo perito à quantidade, natureza e qualidade do serviço prestado, numa concretização do princípio da proporcionalidade na justa compensação pelo sacrifício, designadamente de direitos patrimoniais.

A questão que importa resolver circunscreve-se, assim, à limitação imposta na tabela IV do Regulamento das Custas Processuais, ao fixar um limiar máximo – um “teto” – inultrapassável à remuneração a atribuir pelo juiz ao perito pelo trabalho desenvolvido por este em colaboração com a administração da justiça.

18. O motivo apresentado para a limitação referida passa pela necessidade de controlo das [custas] a ser pagas pelas partes litigantes, de forma a não restringir excessivamente o direito de acesso à justiça.

Trata-se de uma preocupação constitucionalmente válida. De facto, a preocupação de evitar que as partes litigantes sejam oneradas com [custas] excessivamente elevadas, tendo em vista não frustrar o direito de acesso aos tribunais garantido no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, encontra-se bem patente na jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de custas.

Como salientado no Acórdão n.º 467/91, «o asseguramento da garantia do acesso aos tribunais subentende uma programação racional e constitucionalmente adequada dos custos da justiça: o legislador não pode adotar soluções de tal modo onerosas que impeçam o cidadão médio de aceder à justiça».

Nesta matéria, o Tribunal tem afirmado que a liberdade de conformação do legislador, designadamente em matéria de definição do montante de taxas integradoras das custas judiciais, «não implica que as normas definidoras dos critérios de cálculo sejam imunes a um controlo de constitucionalidade, quer no que toca à sua aferição segundo regras de proporcionalidade, decorrentes do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição), quer no que respeita à sua apreciação à luz da tutela constitucional do direito de acesso à justiça (artigo 20.º da Constituição); em qualquer dos casos, sob combinação de constitucionalidade material (cfr. Acórdãos n.os 1182/96 ou 352/91) (...). E proferiu, mesmo, alguns julgamentos de constitucionalidade por violação combinada de ambos os princípios (por exemplo, nos Acórdãos n.os 1182/96 e 521/99) (Acórdão n.º 227/07).

[…]

19. À luz desta orientação jurisprudencial, será, pois, inevitável concluir que a preocupação de contenção na definição das custas a cobrar dos litigantes encontra uma expressão adequada e necessária na fixação de critérios objetivos para a delimitação e tabulação do custo (dos “preços”) das perícias, como os que se encontram plasmados no artigo 17.º, n.º 3, do Regulamento das Custas Processuais.

É possível estender o mesmo juízo de idoneidade e indispensabilidade à previsão de valores máximos, como os indicados na tabela IV, para a fixação da remuneração dos peritos. Compreende-se que a



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

determinação do valor remuneratório de uma atividade de coadjuvação do tribunal não esteja sujeita às regras de mercado ou ao jogo da livre concorrência, na fixação de preços, só assim se assegurando a compatibilização da sua repercussão no valor final das custas devidas, com a garantia do acesso à justiça.

Não existe nenhuma imposição constitucional a exigir a ilimitada fixação do valor remuneratório da perícia. A harmonização do direito à justa compensação do perito pelo serviço prestado com o direito de acesso aos tribunais antes impõe a determinação de alguma contenção na fixação de padrões dos respetivos valores remuneratórios.

20. Todavia, a imposição de um teto máximo, inultrapassável, constitui uma imposição tão absoluta na fixação do valor da remuneração devida pela atividade pericial desenvolvida que, em abstrato, pode conduzir a situações em que o sacrifício imposto ao perito, designadamente no seu direito patrimonial de retribuição pela atividade desenvolvida, não seja devidamente compensado. Basta pensar nos casos em que o teto de remuneração imposto por lei traduz uma discrepância manifesta com o valor justo da atividade desenvolvida, tendo em conta a sua quantidade, natureza e/ou qualidade. Ora, dado o montante do valor máximo previsto (€1020), não será difícil imaginar atividade pericial cujo valor, pela complexidade, dimensão ou mesmo duração do esforço exigido ao seu autor possa exceder - e exceder consideravelmente -, aquele “teto”.

Não se rejeita que a remuneração do perito não tem de traduzir o preço praticado no mercado para um tal serviço e que a equivalência jurídica entre a utilização individualizada dos serviços dos tribunais e as quantias cobradas, a título de taxa, por essa utilização, não vem necessariamente acompanhada por uma equivalência estrita, em termos económicos, entre o valor do serviço prestado e o montante da quantia devida pela sua percepção (Acórdão n.º 421/2007 e n.º 301/09). O problema é que a norma em apreciação não contempla um valor suficientemente dilatado para, de acordo com a normalidade das coisas, permitir satisfazer adequadamente em todas as situações o direito à justa compensação pelo sacrifício imposto aos peritos. E a ausência de uma cláusula geral que permita acautelar a consideração de circunstâncias excepcionais na fixação judicial da remuneração pela realização da perícia, inviabiliza a tomada em consideração, por um juiz, do caso concreto em que a justa compensação pelo sacrifício não se contém nos limites do valor tabelado. [...]

E, sendo assim, impõe-se concluir que a impossibilidade de o juiz exceder, em qualquer circunstância, o valor máximo definido para remunerar a atividade pericial se apresenta como uma solução de tal modo onerosa do sacrifício exigido ao perito que, no limite, pode resultar desproporcionada, por não encontrar na garantia do acesso à justiça razão suficiente que a justifique. Impor a alguém o dever de colaborar com o tribunal, exercendo as funções de perito, e limitar a respetiva remuneração a 10 UCs, «ainda que o tipo de serviço, os usos de mercado, a complexidade da perícia e o tempo necessário à sua realização levassem a considerar que a remuneração devida era superior», como pretende o digno recorrente, pode configurar solução excessiva.

O legislador tem mandato constitucional para implementar medidas que promovam e garantam o acesso à justiça de todos os cidadãos. Mas esse mandato não lhe confere legitimidade para o garantir à custa da imposição de um sacrifício excessivo aos agentes que colaboraram na administração da justiça.

[...].»

Em suma, na articulação dos vários interesses que se jogam na delimitação da compensação do sacrifício devida ao perito pela sua atividade de colaboração com a justiça, a operar no respeito pela garantia do acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efetiva, a norma em apreciação no presente processo não assegura que aquela compensação satisfaça as exigências de justiça distributiva que constituem o seu fundamento, de acordo com o princípio do Estado de direito democrático (cfr. o artigo 2.º da Constituição). Com efeito, a fixação de um «teto» máximo previsto no artigo 17.º, n.os 2 e 4, do Regulamento das Custas Processuais em articulação com a Tabela IV anexa ao mesmo, é excessivamente limitadora da compensação legalmente devida aos peritos pelo sacrifício que o exercício da perícia lhes impôs, devendo ser, por isso, julgada inconstitucional.

(...)”

O caso dos autos constitui um exemplo bem evidente de uma perícia manifestamente complexa e morosa – em matéria de comunicações e concorrência,



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

de tal modo que se reflecte num relatório pericial com cerca de 400 páginas - que, caso fosse remunerada de acordo com os limites impostos pela norma extraída do art.º 17º n.os 2 e 4 do RCP conjugado com a Tabela IV anexa ao mesmo, resultaria numa **violação do princípio constitucional da proibição de excesso, nas dimensões da adequação e da proporcionalidade – art.º 18º n.º 2 da CRP – e por isso e tendo presente o disposto no art.º 204º da CRP, deve ser recusada a sua aplicação.**

*

Mas invoca a A. a inconstitucionalidade do art.ºs 17º n.º 2 e 4 do RCP em articulação com a tabela IV anexa ao mesmo, por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no art.º 20º da CRP, quando interpretados no sentido de que não são aplicáveis limites máximos de remuneração a auferir pelos peritos e, portanto, que eles podem exigir, depois de apresentarem o relatório, um valor de remuneração sem qualquer limite previamente fixado e apenas com base na indicação genérica de que trabalharam x horas e do respectivo valor hora.

*

Dispõe o art.º 20º n.º 1 que a todos é assegurado o acesso ao Direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

E o n.º 2 do art.º 18º dispõe que a lei só pode restringir os direitos liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Quanto ao princípio constitucional da proporcionalidade (também chamado princípio da proibição de excesso) desdobra-se em três subprincípios: a) o princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem revelar-se como meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei (salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionais protegidos); b) princípio da exigibilidade, ou seja, as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias (tornarem-se exigíveis) porque os fins visados pela lei não podia, ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito, que significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa “justa medida”, impedindo-se a adopção de medidas restritivas desproporcionadas, excessivas em relação aos fins obtidos” – Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP Anotada, 3ª edição, pág. 152.

*

Não procede a invocada inconstitucionalidade dos referidos normativos, em primeiro lugar por uma questão lógica: desaplicando-se os referidos normativos por inconstitucionalidade, não faz qualquer sentido serem aplicados com outra interpretação.

O que ocorre é que em consequência da não aplicação dos referidos normativos, por inconstitucionalidade, deixam de existir limites máximos à remuneração dos peritos.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Mas esse facto, conjugado com a possibilidade de, nessa circunstância, os senhores peritos pedir o que lhes aprouver (o mesmo sucede com as partes quando intentam acções) não viola o direito de acesso aos tribunais, pois isso não significa que o pedido não esteja sujeito ao controlo das partes e do tribunal tendente a fixar um valor justo e que, como se refere no Ac. 656/14 do TC, proceda à harmonização do direito à justa compensação do perito pelo serviço prestado com o direito de acesso aos tribunais, mediante, nomeadamente, a determinação de alguma contenção na fixação de padrões dos respetivos valores remuneratórios.

Aliás, inclusive o despacho que fixar a remuneração está sujeito a recurso, como se viu já nos autos.

E os critérios são a indicação dos senhores peritos, a posição das partes, a complexidade da perícia e o tempo despendido, a obter a partir dos elementos constantes do relatório pericial e de outros que o tribunal possa colher e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Tal como à muito vem sendo decidido pelo TC, a justiça não é gratuita (Ac.s n.ºs 307/90, 467/91 e 214/00).

Mas não sendo gratuita, os respectivos custos deverão ser adequados, necessários e proporcionais, face à natureza e complexidade da actividade desenvolvida, no caso pericial, de forma que a contrapartida pelo acesso aos tribunais não impeça ou restrinja de modo intolerável tal direito ao cidadão médio e, por outro lado, tenha em consideração a dificuldade, relevo e qualidade do serviço pericial.

Um tal sistema, com todas as inerentes dificuldades para quem tem de decidir, permite uma adequação, caso a caso, da remuneração ao grau de exigência ou de relevo da perícia efectuada.

Finalmente, a A. não é um cidadão médio.

Trata-se de uma sociedade comercial com o capital social de cerca 600 milhões de euros.

Neste conspecto, não se vislumbra em que medida ou de que forma o direito de acesso aos tribunais pela A. é atingido pelo facto de não haver limites máximos para a fixação da remuneração dos senhores peritos, pois não invocou nem invoca nem se vislumbra que a mesma padeça de insuficiência de meios económicos.

*

Em segundo lugar e tendo em consideração o direito constituído, carece de todo e qualquer fundamento a pretensão da A. de que devia ter havido um acordo entre as partes e os senhores peritos quanto aos honorários a cobrar ou que estes deviam, previamente ao desempenho das funções de perito, ter manifestado a sua discordância e não aceitação dos valores legalmente vigentes e aplicáveis.

A lei não prevê nem uma nem outra das situações. Nem nenhuma delas é possível extrair das normas citadas por interpretação, já que não têm na letra da lei um mínimo de correspondência verbal.

Neste conspecto, carece de fundamento a impetrada inconstitucionalidade do art.º 17º n.ºs 2 e 4 e tabela IVA anexa, por alegada violação do princípio da segurança e protecção da confiança integrador do princípio do Estado de Direito



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Democrático e do princípio da autonomia privada, da propriedade e da liberdade de empresa.

Aliás, cabe perguntar como seria possível “orçamentar” o serviço.

E cabe também referir que, independentemente de ter fundamento ou não, a A. nunca solicitou ao tribunal qualquer acordo quanto honorários ou fixação de limites, o que se comprehende pois alega que confiou que se aplicaria o art.º 17º n.os 4 e a tabela IV, o que é contraditório com aquela pretensão.

*

Em quarto lugar a A. alega que confiou que se aplicaria o art.º 17º n.º s e 4 a tabela IV.

Mas confiou erradamente, pois, como tem decidido pelo TC e ficou já referido, os limites máximos ali previstos são materialmente inconstitucionais.

Além disso a A. não podia, estando de boa-fé, ignorar a complexidade das questões colocadas. E, como tal, não podia ignorar que os custos da perícia nunca poderia ser os da tabela IV anexa ao RCP.

*

2.2. Nota de honorários apresentada pelo Sr. Perito Jorge Pereira da Costa.

A A. impugna o número de horas referido na nota de honorários porque nelas estão incluídas as despesas em que o perito terá alegadamente incorrido, quer porque o número de horas é excessivo e inverosímil face ao trabalho produzido e que correspondem a 189 dias de trabalho a 8 horas /dia.

Há que afastar a possibilidade de inclusão no valor de € 100,00 / hora, das despesas incorridas e suportadas com comunicações telefónicas, correio, consumíveis, deslocações e outras de expediente.

E a razão é simples: uma vez que não estão especificadas, não é possível às partes sindicá-las e ao tribunal validá-las. O tribunal não pode validar, isto é, não pode imputar uma parte do valor de € 100,00, a uma realidade que não conhece.

*

A A. impugna o número de horas indicado pelo Sr. perito por inverosímil face ao trabalho produzido, mas a verdade é que não indica qualquer outro.

Neste ponto importa recordar que o Sr. perito produziu um projecto de relatório pericial, que, na sequência do pedido de esclarecimentos da A., fez juntar aos autos e que constitui fls. 2748-3375.

Tal projecto, foi em grande medida levado ao relatório pericial sob a forma de resposta própria do Sr. Perito (e do Sr. perito António Bernardo).

E foi ainda relevado nos esclarecimentos adicionais.

Além disso, o Sr. revelou, nos esclarecimentos prestados em audiência de julgamento, ter estudado e analisado as questões colocadas, de uma forma densa e em várias perspectivas, de tal forma que a discussão se desenvolveu entre o mesmo e o perito Álvaro Nascimento.

Neste ponto importa referir que o Sr. perito nunca afirma que as tarefas realizadas o foram de forma consecutiva. Aliás, a ser assim, tal implicaria questionar



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

o facto de a perícia ter demorado cerca de 17 meses (entre a data da tomada de juramento e a apresentação do relatório pericial).

Por outro lado, nada permite afirmar que no caso houve partilha de tarefas, informações e estudos. Mas ainda que tal tenha existido, não existem elementos que permitam apurar a medida em que tal partilha diminuiu o esforço individual e isolado do perito Jorge Pereira da Costa.

Pelo contrário: decorre do relatório pericial e dos esclarecimentos prestados em audiência de julgamento que pelo menos os peritos Álvaro Nascimento e Jorge Pereira da Costa realizaram um trabalho individual, de tal modo que o último juntou aos autos o projecto de relatório pericial.

O tribunal não tem – nem a A. os deu – quaisquer elementos para colocar em causa o número de horas indicado pelo Sr. Perito.

Qualquer redução do número de horas indicado pelo Sr. Perito seria puramente arbitrário uma vez que não se encontra qualquer critério que permita tal redução.

Além disso e como refere o Sr. perito na sua resposta, os peritos foram chamados a pronunciar-se a 117 quesitos e 55 questões adicionais, abrangendo um conjunto vasto de 12 matérias, que elenca (fls. 3674-3675), sobre factos (ou alegações) ocorridos há 8-13 anos e suportada em documentação processual com um total de 12752 páginas, sendo que o processo da AdC (e que, pela natureza da entidade, tenha sido objecto de análise cuidada pelos senhores peritos) apenas incidiu a sua análise até 2003 e os factos dos autos vão até 2005, foi necessário proceder á recolha de informação histórica, difícil de compilar por extrema dificuldade na sua disponibilidade e por se encontrar dispersa em diversos agentes e era necessário (e daí a perícia) reunir competências em diversas áreas do saber (Microeconomia, Direito e Regulação da Concorrência, Engenharia de redes de telecomunicações, Gestão e administração Negócio de telecomunicações, regulação específica do Sector das Telecomunicações, Estratégia corporativa, Finanças Corporativas, Mercados Financeiros, Marketing e vendas em telecomunicações).

Destarte, nada permite colocar em causa o número de horas indicado pelo Sr. Perito.

A questão que agora se coloca é a de saber se o valor de € 100,00 hora é justo e razoável.

A A., não indicou qualquer valor alternativo.

Não foi possível obter da Ordem dos Economistas qualquer informação.

O tribunal da Relação referiu já no recurso do despacho de fixação da remuneração do Sr. Perito António Bernardo que:

O valor/hora indicado - € 100,00 (cem euros) – dispara para um valor mensal, calculado a 40 horas por semana, na ordem dos € 16.000,00 (dezasseis mil euros).

Por outro lado,

A inclusão na listagem de peritos obriga a um especial dever de probidade, não se tratando da escolha, em mercado aberto, de um profissão liberal para exercer funções fora deste enquadramento processual específico.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Bem pelo contrário, o perito age nestas circunstâncias como um verdadeiro auxiliar da justiça – de acordo com a sua própria vontade de se disponibilizar e, desse modo, colocar-se ao serviço da actividade jurisdicional.

Há que recorrer à equidade

A este propósito refere Menezes Cordeiro in Da boa fé no Direito Civil, 1997, pág. 1203:

“A decisão de equidade implica uma margem lata de indeterminação. Intervêm, nela, argumentos mais vastos do que os integrantes de modelos de decisão intra-sistemáticos, acrescidos por certo espaço de subjectivismo de quem julgue. Tais argumentos prendem-se com o caso concreto, mas devem ter um mínimo de objectividade jussocial que permita considerá-los como integrando a regulação da vida em sociedade. Na sua seriação, há-de observar-se o esquema valorativo dominante nas representações comuns, sob pena de arbitrio.”

E ainda na mesma obra, pág. 1204 observa:

“(...) sendo, como se depreende do art.º 4º, a equidade, um modo de resolver questões estranho ao Direito estrito, ela não se fundamenta, de forma expressa, no estalão argumentativo subjacente á lei e fontes complementares: tem de se legitimar no processo e no mérito dos próprios pontos de vista para que apele”.

Tendo em consideração que a determinação do valor remuneratório de uma actividade de coadjuvação do tribunal não está sujeita às regras de mercado, que não é possível incluir no valor indicado despesas, a natureza do trabalho realizado pelo Sr. perito Jorge Pereira da Costa, revelado no relatório pericial, nos esclarecimentos escritos adicionais, no projecto de relatório pericial que juntou aos autos e nos esclarecimentos prestados em audiência de julgamento, fazendo apelo á equidade (que no dizer de Baptista Machado, in Conferências do Palácio da Justiça do Porto, 1980: “Sem certezas ou verdades absolutas - que ninguém poderá esperar da intervenção judicial – a justiça do caso concreto ou equidade há-de representar sempre uma intuição pelo que concretamente se afigura mais justo e razoável; um meio termo entre o tudo e o nada traçado pela especificidade do caso, que o sentimento de justiça não poderá perder de vista”.) impõe-se entender fazer uma distinção na remuneração do Sr. Perito Jorge Pereira da Costa e entender que a remuneração da Análise de toda a documentação constante do processo deverá ser feita a 1/2 UC por dia de trabalho – o que corresponde a € 2.295 (360 horas : 8 = 45 x € 51) – e que a remuneração dos restantes trabalhos deverá ser de 1 UC e meia (€ 153,00) por dia de trabalho – o que corresponde a € 22.012,87 (1151 horas : 8 = 143,875 X € 153,00), num total de **€ 24.307,87**.

*

Em face do exposto, impõe-se fixar a remuneração do Sr. perito Jorge Pereira da Costa em € 24.307,87.

*

2.3. Nota de honorários apresentada pelo Sr. Perito Álvaro Nascimento

Em primeiro lugar impõe-se observar que muito embora o senhor perito petccione € 123.000,00 de honorários, a A. nada opõe.

*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Em segundo lugar, há que afastar a possibilidade de inclusão no valor de € 100,00 / hora, das despesas incorridas e suportadas pelo senhor perito.

E como já se referiu, a razão é simples: uma vez que não estão especificadas, não é possível às partes sindicá-las e ao tribunal validá-las. O tribunal não pode validar, isto é, não pode imputar uma parte do valor de € 150,00 (que é o valor indicado), a uma realidade que não conhece.

*

Nem a A. nem as RR. impugnam a nota de honorários.

E o tribunal não vê razões para colocar em causa a mesma, nem quanto aos trabalhos realizados, nem quanto ao número de horas indicado.

De notar que muito embora o senhor perito Álvaro Nascimento não tenha junto aos autos qualquer projecto de relatório pericial, é manifesta a sua marca no relatório pericial final, com expressão de uma posição própria e fundamentada.

Aliás, isso mesmo ficou patente nos esclarecimentos prestados em audiência de julgamento, de tal forma que a oposição de opiniões, fundamentadas, se desenvolveu entre o senhor perito Álvaro Nascimento e do senhor perito Jorge Pereira da Costa.

O Sr. perito nunca afirma que as tarefas realizadas o foram de forma consecutiva. Aliás, a ser assim, tal implicaria questionar o facto de a perícia ter demorado cerca de 17 meses (entre a data da tomada de juramento e a apresentação do relatório pericial).

Por outro lado, nada permite afirmar que no caso houve partilha de tarefas, informações e estudos. Mas ainda que tal tenha existido, não existem elementos que permitam apurar a medida em que tal partilha diminuiu o esforço individual e isolado do senhor perito Álvaro Nascimento.

Além disso – e como já acima se considerou - os senhores peritos foram chamados a pronunciar-se a 117 quesitos e 55 questões adicionais, abrangendo um conjunto vasto de matérias, sobre factos (ou alegações) ocorridos há 8-13 anos e que tornaram necessário reunir competências em diversas áreas do saber (Microeconomia, Direito e Regulação da Concorrência, Engenharia de redes de telecomunicações, Gestão e administração Negócio de telecomunicações, regulação específica do Sector das Telecomunicações, Estratégia corporativa, Finanças Corporativas, Mercados Financeiros, Marketing e vendas em telecomunicações).

Destarte, nada permite colocar em causa o número de horas indicado pelo Sr. Perito.

A questão que agora se coloca é a de saber se o valor de € 150,00 hora indicado pelo senhor perito Álvaro Nascimento é justo e razoável.

Muito embora as partes não tenham impugnado o referido valor e muito embora não tenha sido possível obter da Ordem dos Economistas qualquer informação, há que considerar o que o tribunal da Relação referiu já no recurso do despacho de fixação da remuneração do Sr. Perito António Bernardo que:

O valor/hora indicado - € 100,00 (cem euros) – dispara para um valor mensal, calculado a 40 horas por semana, na ordem dos € 16.000,00 (dezasseis mil euros).

Por outro lado,



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

A inclusão na listagem de peritos obriga a um especial dever de probidade, não se tratando da escolha, em mercado aberto, de um profissão liberal para exercer funções fora deste enquadramento processual específico.

Bem pelo contrário, o perito age nestas circunstâncias como um verdadeiro auxiliar da justiça – de acordo com a sua própria vontade de se disponibilizar e, desse modo, colocar-se ao serviço da actividade jurisdicional.

Há que recorrer à equidade

A este propósito refere Menezes Cordeiro in Da boa fé no Direito Civil, 1997, pág. 1203:

“A decisão de equidade implica uma margem lata de indeterminação. Intervêm, nela, argumentos mais vastos do que os integrantes de modelos de decisão intra-sistemáticos, acrescidos por certo espaço de subjectivismo de quem julgue. Tais argumentos prendem-se com o caso concreto, mas devem ter um mínimo de objectividade jussocial que permita considerá-los como integrando a regulação da vida em sociedade. Na sua seriação, há-de observar-se o esquema valorativo dominante nas representações comuns, sob pena de arbítrio.”

E ainda na mesma obra, pág. 1204 observa:

“(...) sendo, como se depreende do art.º 4º, a equidade, um modo de resolver questões estranho ao Direito estrito, ela não se fundamenta, de forma expressa, no estalão argumentativo subjacente á lei e fontes complementares: tem de se legitimar no processo e no mérito dos próprios pontos de vista para que apele”.

Tendo em consideração que a determinação do valor remuneratório de uma actividade de coadjuvação do tribunal não está sujeita às regras de mercado, que não é possível incluir no valor indicado despesas, a natureza do trabalho realizado pelo Sr. perito Álvaro Nascimento, revelado no relatório pericial, nos esclarecimentos escritos adicionais e nos esclarecimentos prestados em audiência de julgamento, fazendo apelo á equidade (que no dizer de Baptista Machado, in Conferências do Palácio da Justiça do Porto, 1980: “ Sem certezas ou verdades absolutas - que ninguém poderá esperar da intervenção judicial – a justiça do caso concreto ou equidade há-de representar sempre uma intuição pelo que concretamente se afigura mais justo e razoável; um meio termo entre o tudo e o nada traçado pela especificidade do caso, que o sentimento de justiça não poderá perder de vista”.), a remuneração não poderá ser superior a 1 UC e meia por dia por dia de trabalho – o que corresponde a € 15.682,50 (820 horas : 8 = 102,50 X € 153,00), num total de € 15.682,50.

*

Em face do exposto, impõe-se fixar a remuneração do Sr. Perito Álvaro Nascimento em € 15.682,50

*

2.3. Termos em que decide-se:

- não aplicar o disposto nos n.ºs 2 e 4 do art.º 17º do RCP e da tabela IV anexa ao mesmo, donde resulta que por cada perícia, os Sr.s peritos não podem auferir mais do que 10 UC's, ainda que o tipo de serviço, os usos do mercado, a complexidade da perícia e o trabalho necessário à sua



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

realização levassem a considerar que a remuneração devida era superior, por violação o princípio constitucional da proibição de excesso, nas dimensões da adequação e da proporcionalidade – art.^º 18^º n.^º 2 da CRP;

- fixar a remuneração do senhor Perito Jorge Pereira da Costa em € € 24.307,87;
 - fixar a remuneração do senhor perito Álvaro nascimento em € 15.682,50
- *

Notifique-se, incluindo ao Ministério Público (art.^º 280^º n.^º 3 da CRP).

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

*

II

1. Relatório

Nos presentes autos de acção declarativa de condenação com processo ordinário, Optimus Comunicações, S A, agora denominada **Nos Comunicações, S A**, demanda Portugal Telecom, SGPS, S A, agora denominada **Pharol, SGPS, SA** e PT Comunicações, S A, agora denominada **Meo – Serviços de Comunicações e Multimedia, S A** pedindo sejam as RR. condenadas a indemnizá-la pelos prejuízos com a sua actuação culposa e ilícita, no valor de € 11.273.000,00 acrescidos de juros de mora desde a citação.

Alega para tanto e em síntese, já se denominou Novis, S A e Sonaecom, S A, é controlada e detida a 100% pela Sonaecom, SGPS, S A, holding do grupo Sonae para o sector das comunicações, entre 2000 e 2005 a actividade da Sonaecom no domínio das comunicações de rede fixa foi desenvolvida pela Optimus e a Clixgest, a última foi integrada na autora, as RR. são empresas do grupo Portugal Telecom, do qual fez parte a Telepac que em 2004 se fundiu por incorporação na PT.Com – Comunicações Interactivas, S A e que em Março de 2008 foi incorporada na Portugal Telecom.

Em 2000 deu-se a liberalização do sector das comunicações, passando qualquer empresa a poder gerir e explorar redes públicas de telecomunicações e prestar quaisquer serviços aos consumidores, os novos operadores que pretendiam entrar no mercado, como era o caso da Optimus (então Novis) e da Clixgest, não dispunham de uma rede própria, pelo que necessitavam de utilizar a infra-estrutura de rede do operador histórico, o que foi feito através de contratos de acesso á rede, tal como decorria do n.^º 4 do art.^º 12^º da Lei de Bases das telecomunicações de 1997, o acesso ás infra-estruturas de redes permitia o lançamento de novas ofertas comerciais e, com isso, a introdução rápida de concorrência no mercado, a única



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

plataforma de rede disponível era controlada e gerida pela Portugal Telecom, em 2000 esta lançou uma oferta contratual de serviços de acesso á rede básica de telecomunicações para outros operadores (transmissão de dados em banda larga sobre as suas linhas telefónicas), designada oferta “ Rede ADSL PT”, o que era configurado como um contrato de adesão, a Optimus (á data Novis) aderiu a esta oferta e utilizou a partir de Março de 2001 este serviço de acesso á rede da Portugal Telecom.

Em Maio de 2002, a Ré Portugal Telecom, por sua iniciativa, fez várias alterações á oferta de banda larga para operadores “ Rede ADSL PT”, permitindo novas ofertas de banda larga para consumidores residenciais, o grupo Portugal Telecom, através da Telepac II, lançou no mercado, em Julho de 2002, a primeira oferta de banda larga sob a marca SAPO ADSL.PT, que se tornou uma referência juntos dos consumidores, que migraram para a banda larga, tendo a Optimus, á data Clixgest, começado a perder clientes, para contrariar essa perda de clientes lançou, em Setembro de 2002, uma oferta comercial de banda larga para clientes residenciais sob a marca “ Clix Turbo”, esta oferta utilizava a nova modalidade de acesso da oferta da Rede ADSL PT lançada pela Portugal em Maio de 2002, a Portugal Telecom decidiu cobrar aos operadores, por esta nova modalidade de serviço, preços excessivos de acesso á rede, o que impediu a oferta Clix Turbo de ser rentável, os preços praticados pela Portugal Telecom à Clixgest eram superiores aos preços que praticava á Telepac II, o que resultava numa margem negativa para aquela, apesar disso a Clixgest viu-se obrigada a aceitar as condições de exploração deficitária, sob pena de desaparecer do mercado.

As RR. adoptaram uma política de preços (através de descontos, que só beneficiavam a Telepac) que impôs margens negativas aos operadores concorrentes, tendo as mesmas uma posição dominante, o que se traduziu num esmagamento de margens, que se prolongou até Abril de 2005, comportamento ilícito nos termos da Lei da Concorrência.

A Clixgest teve prejuízos correspondentes ao preço excessivo de acesso grossista e lucros cessantes

As RR agiram em abuso de posição dominante, configurando a prática daquelas condições de preço discriminatórias um ilícito jusconcorrencial – alínea e) do art.º 4º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, aplicável ex vi art.º 6º n.º 3 da mesma Lei.

A Autoridade da Concorrência, por decisão de Agosto de 2009, reconheceu que o comportamento das RR. foi ilícito e culposo e causou graves prejuízos, tendo imposto sanções, a investigação da AdC foi desencadeada por uma queixa da autora em Outubro de 2003, e confirmou, no essencial, os factos e argumentos em que a queixa se baseou e foi mais longe, apreciando novos factos e obtendo prova dos mesmos.

*

As RR. contestaram por exceção, invocando a ineptidão da petição inicial e a prescrição do direito da autora e por impugnação.

*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

A autora replicou, respondendo às excepções e alterando o pedido, nos seguintes termos:

(i) ser declarada a nulidade da cláusula 7 (“Preços de serviço”) e anexo 6 (“Preços e descontos”) da oferta Rede ADSL PT, na versão 11 e seguintes, na parte correspondente ao sobrepreço de acesso grossista pago pela A. Optimus;

(ii) sejam as RR. condenadas:

a) restituir á A. Optimus a o valor do sobrepreço de acesso grossista á rede que esta pagou indevidamente à Ré PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, no valor de € 2.761.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento;

b) indemnizar a A. Optimus pelos prejuízos causados com a sua actuação culposa e ilícita, no valor de € 8.603.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento.

Alega para tanto que o pedido pode ser apresentado de forma mais clara, por quanto valor peticionado equivale ao somatório de duas parcelas, a primeira correspondente á restituição do sobrepreço grossista que a Optimus pagou indevidamente á PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005 para ter acesso á rede, no valor de € 2.761.000,00 e a segunda parcela diz respeito á compensação pela perda de lucros resultantes da não angariação de clientes naquele mesmo período, que totaliza € 8.603.000,00, o sobrepreço de acesso á rede indevidamente pago à PTC baseou-se numa disposição abusiva e ilícita (logo inválida) do contrato entre as partes pelo que a respectiva nulidade deverá ser reconhecida e, em consequência, o valor em causa restituído á Optimus (ex vi art.º 289º n.º 1 do CC), o contrato serviu de veículo ao abuso de posição dominante pelas RR. nomeadamente pela imposição de tarifários que foram introduzidos na oferta Rede ADSL PT pela PTC, a AdC considerou abusivos os preços fixados e os descontos (discriminatórios) introduzidos na cláusula 7 sobre “ Preços do Serviço ” cláusula que foi introduzida na “ Descrição de Serviço ” da oferta Rede ADSL PT em maio de 2002, aquando da adopção da versão 11 da oferta, a nulidade parcial do contrato é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, tendo ainda efeito retroactivo, devendo ser restituída a prestação afectada pela parte nula do contrato e na medida dessa nulidade deve ser restituído o excesso de do preço pago pela Optimus à PTC no âmbito da oferta Rede ADSL PT.

*

As RR. vieram apresentar tréplica dizendo que a réplica é inadmissível, que a autora alterou o pedido, mas também a causa de pedir, convolando a relação jurídica que resultava enunciada na petição inicial, baseada no alegado abuso de posição dominante enquanto ilícito que seria apto a conferir á autora uma indemnização, numa relação jurídica de base contratual da qual, a autora pretende retirar uma indemnização por suposta nulidade de uma cláusula e de um anexo da oferta em causa, resulta da petição inicial que a A. configurou a presente acção, do ponto de vista fáctico e jurídico, apelando á responsabilidade civil delitual das RR. e não como pretende uma responsabilidade contratual, foi com base neste enquadramento fáctico e jurídico que as RR. organizaram toda a defesa vertida na



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

contestação, face ao disposto no art.^º 273º n.^º 6 não deve ser admitida a pretendida alteração do pedido e da causa de pedir, que o direito que a A. pretende agora fazer valer prescreveu nos termos do art.^º 310 alínea g) do CC e que a autora litiga de má-fé e, em consequência deve ser condenada no pagamento de uma indemnização.

*

Invocando o disposto no art.^º 3º do CPC a A. veio apresentar o requerimento de fls. 1661-1681 invocando a inadmissibilidade dos artigos 5º a 112º da réplica, que não se verifica alteração da causa de pedir, que não se verifica a convolação da relação jurídica controvertida e não se verifica a impetrada litigância de má-fé.

*

Vieram as RR. apresentar o requerimento de fls. 1688 e seguintes em que se pronunciam pela inadmissibilidade do requerimento apresentado pela autora, invocam a sua extemporaneidade.

*

Realizou-se audiência prévia (fls. 1722 e seguintes), em que se decidiu:

- considerar não escrita a matéria dos artigos 159º a 262º da réplica, a matéria vertida nos artigos 38º a 42º e 59º a 100º da réplica e a matéria vertida nos artigos 20º a 37º do requerimento de fls. 1688-1696;

- admitir a alteração simultânea do pedido e da causa de pedir;

- julgar improcedente a exceção de ineptidão da petição inicial, prejudicada a exceção de prescrição invocada pelas RR. na contestação, face á alteração do pedido e da causa de pedir e improcedente a exceção de prescrição prevista na alínea g) do art.^º 310º do CC e julgou verificados os demais pressupostos processuais;

- foram consignados os factos assentes e controvertidos, objecto de reclamação pela A..

*

Instruídos os autos com o relatório pericial, procedeu-se á designação de data para julgamento, tendo as partes requerido que fossem apresentadas alegações de facto oralmente e alegações de direito por escrito, atenta a complexidade dos autos, o que foi aceite (acta de fls. 2480-2481).

*

Realizou-se o julgamento, foi proferida decisão de facto e as partes apresentaram as suas alegações de direito.

*

2. Objecto do litigio

A questão dos autos é saber se a clausula 7 ("Preços de serviço") e anexo 6 ("Preços e descontos ") da oferta Rede ADSL PT, na versão 11 e seguintes, é nula na parte correspondente ao sobrepreço de acesso grossista pago pela A., se as RR. devem ser condenadas a restituir á A. o valor do sobrepreço de acesso grossista á rede que esta pagou indevidamente à Ré PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, no valor de € 2.761.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento e a indemnizar a A. Optimus pelos prejuízos causados com a



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

sua actuação culposa e ilícita, no valor de € 8.603.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento.

*

3. Fundamentação de facto (devidamente organizada):

3.1. Está matriculada na CRC sob o NIPC 502604751 uma sociedade anónima antes denominada Optimus – Comunicações, S A, actualmente denominada **Nos Comunicações, S A** (al. A) da MA).

3.2. Pela ap. 12/19910812 foi inscrito o contrato de sociedade da Novis Telecom, S A, tendo por objecto o desenvolvimento de actividades relacionadas com a instalação, manutenção, exploração de equipamentos de processamento de informação e de serviços de valor acrescentado. (al. B) da MA).

3.3. Pela ap. 07/20001229 foi inscrita a cisão por destaque de parte do património para criação da Clixgest – Internet e Conteúdos, S A tendo por objecto o desenvolvimento de actividades relacionadas com a instalação, manutenção, implementação e exploração de redes de equipamentos de processamento de informação, o fornecimento de informação e de serviços de valor acrescentado, nomeadamente internet e conteúdos, comércio electrónico e o desenvolvimento de todas as actividades relacionadas, directamente ou indirectamente, com as tecnologias de informação e multimédia. (al. C) da MA).

3.4. Pela ap. 08/20001229 foi inscrito o contrato de sociedade da Clixgest – Internet e Conteúdos, S A, tendo por objecto social o desenvolvimento de actividades relacionadas com a instalação, manutenção, implementação e exploração de redes e equipamentos de processamento de informação, o fornecimento de informação e de serviços de valor acrescentado, nomeadamente Internet e actividades relacionadas, directa ou indirectamente, com as tecnologias de informação e multimédia. (Certidão de fls. 1840-1848)

3.5. Pela ap. 10/20050506 foi inscrito na matrícula da Clixgest o projecto de fusão, na modalidade de transferência global do património da sociedade incorporante – Novis – Telecom, S A. (Certidão de fls. 1840-1848).

3.6. Pela ap. 03/20051202 foi inscrito *na matrícula da Novis*, o projecto de fusão por transferência global do património para a sociedade incorporante – a própria sociedade - da sociedade incorporada - a Clixgest – Internet e Conteúdos, S A. (al. D) da MA).

3.7. Pela ap. 2/20071102 foi inscrita, provisória por dúvidas, a fusão por transferência global do património para a sociedade incorporante – a própria sociedade - da sociedade incorporada - Optimus – Telecomunicações, S A - e alteração do contrato de sociedade – alteração da firma que passou a ser Sonaecom – Serviços de Comunicações, S A, inscrição esta convertida pela ap. 1/20071211. (al. E) da MA).

3.8. Pela ap. 15/20100711 foi inscrita a alteração da firma a qual passou a ser Optimus – Comunicações, S A. (al. F) da MA).

3.9. O grupo Portugal Telecom (PT), encabeçado pela Ré **PT SGPS**, é o operador histórico de comunicações electrónicas em Portugal. (al. G) da MA).

3.10. A Ré PT SGPS domina e controla a Ré **PTC** que é a empresa



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

concessionária do serviço público de telecomunicações. (al. H) da MA).

3.11. A Ré PTC é proprietária da rede básica de telecomunicações, desde a alienação desta pelo Estado português no final de 2002. (al. I) da MA).

3.12. Já antes dessa data a Ré PTC controlava e geria a rede na sua qualidade de concessionária. (al. J) da MA).

3.13. A rede básica de telecomunicações corresponde à tradicional rede telefónica fixa (ou “rede de cobre”) e permite a prestação de diversos serviços aos consumidores, (al. L) da MA).

3.14. tais como o serviço fixo de telefone, o acesso à Internet e, mais recentemente, o serviço de televisão. (al. M) da MA).

3.15. Entre 2002 e 2004, o grupo Portugal Telecom integrava também a Telepac, (al. N) da MA).

3.16. empresa que, em Dezembro de 2004, se fundiu, por incorporação, na PT.COM – Comunicações Interactivas, S.A. e que, em Março de 2008, foi, por sua vez, incorporada na Ré PTC. (al. O) da MA).

3.1.7. A Telepac dedicava-se, principalmente, à venda de serviços de acesso à internet em banda larga, suportados em tecnologia ADSL, a consumidores finais no mercado residencial. (al. P) da MA).

3.18. O grupo Portugal Telecom integrava também, naquela altura, a TV Cabo, empresa que detinha a maior rede de *distribuição* por cabo em território nacional. (al. Q) da MA).

3.19. A TV Cabo era dominada e controlada pela PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (“PT Multimédia”) que, por sua vez, era detida maioritariamente pela PT SGPS. (al. R) da MA).

3.20. No final de 2007, a PT Multimédia foi autonomizada, deixou de ser detida maioritariamente pela PT SGPS, e alterou a sua denominação social para ZON Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (“ZON”). (al. S) da MA).

3.21. Os **serviços de acesso à Internet**, em banda larga, substituíram, a partir de 2000/2001, de forma gradual e progressiva, os serviços de acesso em banda estreita (ou *dial-up*). (al. T) da MA).

3.22. A banda larga corresponde a uma modalidade de transmissão de dados a uma velocidade elevada, nomeadamente para fins de acesso à Internet. (al. U) da MA).

3.23. A tecnologia ADSL sobre a RBT [rede básica de telecomunicações], permite a utilização simultânea desta para acesso á internet em banda larga e para chamadas de voz. (resp. 1º da BI).

3.24. *Em 2000*, os serviços de acesso à internet em banda larga em local fixo aos consumidores finais (empresas e residenciais) podiam ser prestados sobre duas plataformas de rede:

- a rede telefónica / rede básica de telecomunicações (utilizando a tecnologia ADSL), controlada e gerida pela Ré PTC;

- a rede de cabo. (al. V) da MA).

3.25. Em 2000 a rede básica de telecomunicações da Ré PTC tinha cobertura



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

nacional. (resp. 3º da BI).

3.26. A TV Cabo Portugal, S.A. começou a prestar serviços de acesso em banda larga, utilizando como plataforma a rede de cabo própria, no final de 2000, sob a marca "Netcabo". (al. X) da MA).

3.27. Em 2000 os operadores que entravam no mercado, incluindo a Novis e Clixgest não dispunham de uma rede própria de telecomunicações que lhes permitisse prestar serviços de acesso á internet em banda larga. (al. Z) da MA).

3.28. A Novis solicitou à TV Cabo, pelo menos duas vezes, uma das quais em Julho de 2002, acesso à sua rede, mas não obteve qualquer resposta. (al. A 1) da MA).

3.29. O grupo Portugal Telecom nunca permitiu que outros operadores tivessem acesso à rede de cabo da TV Cabo, que considerava tecnicamente desadequada para o efeito – defendia que as redes de cabo não tinham a flexibilidade e os níveis de desagregação de uma rede ADSL e, por outro lado, tinham menos cobertura geográfica e qualidade de serviço. (al. B 1) da MA).

3.30. A partir de Dezembro de 2000 e até ao 4º trimestre de 2004, a utilização da plataforma Rede ADSL PT permitiu aos operadores o lançamento de novas ofertas retalhistas de prestação de serviços de acesso á internet em banda larga com custos inferiores e com acesso mais rápido ao mercado, relativamente e por ordem decrescente, à ORALL e á implementação de uma rede de cobre ou de cabo. (resp. 4º, 5º, 6º 7º e 8º da BI).

3.31. O número de clientes de banda larga por acesso ADSL e por acesso modem por cabo foram, no período a seguir indicado, os seguintes: (resp. 26º da BI).

	4T00	1T01	2T01	3T01	4T01	1T02	2T02	3T02	4T02
ADSL	0	79	606	1.252	2.886	3.906	5.500	17.976	52.005
Cabo	25.154	37.165	55.301	70.337	93.721	117.349	144.702	170.471	205.288

3.32. Em **Dezembro de 2000**, a PTC lançou, para outros operadores de telecomunicações e prestadores de serviços de acesso á internet, a oferta denominada "**Rede ADSL PT**", de serviços de acesso *em banda larga* à rede básica de telecomunicações, com o conteúdo descrito a fls. 483-492 e que aqui se dá integralmente por reproduzido. (al. C 1) da MA).

3.33. Os termos e condições comerciais da oferta Rede ADSL PT (preços de acesso á rede e descontos) foram, até Junho de 2003, conformados livremente pela PTC, sem intervenção do regulador sectorial. (resp. 9º da BI).

3.34. A oferta " Rede ADSLPT " visava permitir a outras empresas oferecer serviços de internet em banda larga aos consumidores finais (empresas e residenciais) utilizando capacidade de transmissão de dados fornecida pela PTC sobre a sua rede. (al. D 1) da MA).

3.35. Os serviços prestados pela Ré PTC aos operadores, no âmbito desta oferta, consistiam no fornecimento de capacidade de transmissão, sobre a rede daquela, de dados entre a morada dos clientes finais e as centrais da rede da PTC, nas quais o tráfego de dados proveniente de múltiplos utilizadores é concentrado (agregado) e, em seguida, transferido para a infra-estrutura de rede dos operadores, tudo mediante uma retribuição. (al. H 1) da MA).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.36. Os dados são transportados sobre a linha telefónica do cliente até à central da PTC da área da sua residência. (al. I 1) da MA).

3.37. A oferta grossista de conectividade Rede ADSL PT apenas permitia aos operadores oferecer ao consumidor final serviço de acesso á internet e não também serviço de telefone. (10º da BI, considerado provado por acordo).

3.38. A PTC disponibiliza capacidade de transmissão de dados sobre a sua rede quer na componente de acesso local quer na componente de acesso agregado. (al. F 1) da MA).

3.39. O acesso local corresponde ao segmento da linha telefónica que vai de casa do cliente até à central de rede da PTC dessa área (mais precisamente, até à plataforma de tecnologia ADSL da PTC instalada nessa central). (al. G 1) da MA).

3.40. O acesso agregado corresponde ao segmento seguinte, que liga aquela central local aos pontos de acesso agregado, nos quais se faz a interligação com os equipamentos da rede própria do operador ou prestador de serviços (11º da BI, considerado provado por acordo).

3.41. A PTC disponibilizava aos operadores dois pontos nacionais de acesso agregado: Lisboa (central de Picoas) e Porto (central da Batalha). (al. J 1) da MA).

3.42. A contratação de acesso agregado à PTC por um operador implicava a instalação de uma interface física apenas nas duas centrais telefónicas identificadas. (12º da BI, considerado provado por acordo).

3.43. Existiam duas modalidades de interface física: a E3 (correspondente a um débito de 34 Megabits) e a STM-1 (correspondente a um débito de 155 Megabits). (al. L 1) da MA).

3.44. A partir do momento em que uma interface de acesso agregado era activada pela PTC a pedido de um operador, toda a capacidade do acesso correspondente a esse tipo de interface ficava disponível para esse operador, (al. M 1) da MA).

3.45. que a iria depois utilizando, gradualmente, em função da capacidade exigida pelo tráfego de dados dos seus próprios clientes (consumidores finais). (al. N 1) da MA).

3.46. Os operadores solicitavam à PTC a instalação de novas interfaces de acesso agregado, à medida das necessidades do parque de clientes de banda larga que iam angariando, solicitações que a PTC aceitava. (resp. 13º da BI).

3.47. A oferta grossista de conectividade Rede ADSL PT permitia aos novos operadores entrar no mercado com uma infra-estrutura ligeira e sem necessidade de instalar rede própria no acesso local aos clientes finais. (al. E 1) da MA).

3.48. A oferta Rede ADSL PT previa contrapartidas separadas para os serviços de acesso local e de acesso agregado. (al. O 1) da MA).

3.49. Em ambos os casos a Ré PTC cobrava aos operadores (i) um preço inicial de instalação, e, subsequentemente, (ii) uma mensalidade. (al. P 1) da MA).

3.50. No caso do acesso local, a PTC cobrou um único preço de instalação até Maio de 2002. (al. Q 1) da MA).

3.51. Já o preço da mensalidade do acesso local variava em função da classe de serviço, isto é, da velocidade de transmissão de dados concretamente



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

encomendada pelo operador. (al. R 1) da MA).

3.52. No caso do acesso agregado, os preços (instalação e mensalidade) variavam em função da capacidade da interface física que fosse escolhida. (al. S 1).

3.53. Aqui, para além da mensalidade correspondente a cada interface individual, a PTC cobrava uma mensalidade adicional por cada unidade (Megabit) do débito total dos acessos agregados instalados. (al. T 1) da MA).

3.54. A PTC disponibilizava aos operadores o acesso desagregado ao lacete local (“ORALL”- oferta de referência de acesso ao lacete local), que permitia o acesso completo à rede básica de telecomunicações. (al. U 1) da MA).

3.55. O operador que contratasse com a PTC a ORALL, na modalidade de acesso completo, passava a ter o controlo técnico sobre a linha telefónica (designada por *lacete local*) que servia o cliente final, enquanto meio de transmissão físico, podendo utilizar todo o espectro de frequências disponível na mesma. (al. V 1) da MA).

3.56. Mediante a contratação com a PTC deste serviço de desagregação completa de um lacete local, um novo operador podia oferecer aos consumidores serviços de acesso [à internet] em banda larga e serviço telefónico. (al. X 1) da MA).

3.57. [Enquanto a] A oferta Rede ADSL PT permitia aos novos operadores começar a oferecer serviços de acesso em banda larga em praticamente todo o território nacional interligando-se em apenas dois pontos de acesso agregado (Lisboa e Porto). (al. Z 1) da MA).

3.58. Por seu lado, a ORALL implicava que os operadores instalassem equipamento próprio em cada uma das centrais locais/regionais da PTC em que quisessem oferecer serviços. (al. A 2) da MA).

3.59. A “ ORALL ” surgiu como meio de promover o reforço da concorrência no mercado da banda larga, com base na imposição de obrigações legais de acesso sobre o “ Grupo Portugal Telecom ”. (al. B 2) da MA).

3.60. A PTC publicou a primeira versão da ORALL em **março de 2001**, depois de a Anacom a ter designado como tendo *poder de mercado significativo* no mercado da oferta de serviços de redes telefónicas públicas fixas. (al. C 2) da MA).

3.61. Para fornecer lacetes individuais aos operadores ORALL) a PTC demorou em média, no 1º semestre de 2004, 119 dias úteis entre a pré-encomenda e a instalação. (resp. 14º e 15º da BI).

3.62. O prazo de instalação de linhas de rede, na modalidade de assinante, foi, no 1º semestre de 2004, de 14 dias úteis para 95% das ocorrências. (resp. 16º da BI).

3.63. Por deliberação do ICP-Anacom de 17.02.2005., junta por cópia a fls. 558-560 e que aqui se dá integralmente por reproduzida, foi determinado que no prazo de 30 dias a Ré PTC alterasse a ORALL, por forma a que a mesma integrasse os prazos e procedimentos associados ao fornecimento e transferência de lacetes, nos termos ali referidos (ponto 1 da deliberação) e que “ as compensações relativas ao incumprimento dos prazos de fornecimento no âmbito



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

da ORALL devem ser definidas separadamente para o fornecimento de lacetes activos e para o fornecimento de lacetes não activos “ (ponto 2) e definiu “ uma compensação de € 7,5 por cada dia útil de atraso relativamente ao prazo máximo de conclusão da fase de análise e intervenção do lacete”. (resp. 16º da BI).

3.64. Até Abril de 2003, apenas o acesso partilhado da ORALL não permitia a auto-instalação. (resp. 17º da BI).

3.65. Por deliberação de 13.04.2005 [junta por cópia a fls. 561-562], a ANACOM determinou à PTC que no prazo de 10 dias procedesse á alteração da ORALL nos seguintes termos: instalação do lacete local: € 38,00; mensalidade do lacete local na modalidade de acesso completo: € 9,72. (al. D 2) da MA).

3.66. Os valores praticados pela Ré PTC antes da referida deliberação eram de , respectivamente, € 92,12 e € 11,96. (al. E 2) da MA).

3.67. No final de 2004 havia 8790 lacetes desagregados, o que correspondia a 0,22% do total dos lacetes da PTC. (resp. 18º da BI).

3.68. A única modalidade técnica de acesso local prevista inicialmente na oferta **Rede ADSL PT** exigia que um técnico da Ré PTC se deslocasse a casa dos clientes para a activação do serviço e instalação física do acesso local. (al. F 2) da MA e resp. 23º da BI).

3.69. Até Maio de 2002, era necessário instalar em casa dos clientes um filtro (designado *splitter*) que separa, na linha telefónica do cliente, as frequências mais altas (usadas para o serviço ADSL) das frequências mais baixas (usadas para as chamadas de voz). (al. G 2) da MA e resp. 23º da BI).

3.70. A necessidade de agendar a deslocação dos técnicos da PTC, em função dos horários e disponibilidade dos clientes, causava demoras na activação do serviço. (al. H 2) da MA e resp. 23º da BI).

3.71. Os consumidores poderiam experinciar de forma negativa uma aquisição em que se verificassem os factos referidos em F 2), G 2) e H 2), por comparação com uma aquisição em que tais factos não se verificassem. (resp. 20º da BI).

3.72. Quando a oferta Rede ADSL PT surgiu, a oferta comercial *Netcabo SpeedON* – com uma velocidade descendente de 640 k por segundo – estava disponível sobre a rede da TV Cabo por uma mensalidade de € 34,41 (sem IVA), a pagar pelo cliente final. (al. I 2) da MA e resp. 21º e 22º da BI).

3.73. A classe de acesso na oferta Rede ADSL PT, com a velocidade de transmissão mais próxima daquela, correspondia à classe 2, com velocidades de 768 kbps (no sentido descendente / download / descarregar dados) e 128 kbps (no sentido ascendente/upload/ enviar dados). (al. J 2) da MA e resp. 21º e 22º da BI).

3.74. Para a referida classe de acesso, a mensalidade cobrada pela Ré PTC aos operadores só pelo acesso local (i.e. desconsiderando os restantes custos do acesso agregado, das taxas de instalação e todos os outros itens de custo na oferta Rede ADSL PT) era de € 44,89 (sem IVA) por cada cliente. (al. L 2) da MA e resp. 21º e 22º da BI).

3.75. No final de Junho de 2002 existiam 7.000 assinantes de banda larga em ADSL (incluindo os clientes da própria Telepac). (al. M 2) da MA).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.76. O grupo PT – através da TV Cabo – com as ofertas Netcabo, tinha, em 2001, 43.000 novos assinantes e em 2002, 78.000 novos assinantes. (al. N 2) da MA).

3.77. Em meados de 2001 apareceu uma oferta Netcabo que dispensava a instalação do filtro (*splitter*) e a deslocação de um técnico a casa dos clientes. (al. O 2) da MA e resp. 23º da BI).

3.78. Em Março de 2001, a Novis solicitou à Ré PTC a prestação do serviço “Rede ADSL PT”, aceitando as condições gerais apresentadas pela Ré. (al. P 2) da MA).

3.79. Desde Março de 2001 e até ao presente, que as RR. fornecem serviços grossistas de banda larga à autora, de forma continuada, disponibilizando, desde então, o acesso á rede ADSL e cobrando á autora, mensalmente, o preço pelo serviço prestado (instalação e mensalidades), nos termos e nas condições gerais da oferta “ Rede ADSL PT”. (al. Q 2) da MA).

3.80. A Novis não celebrou contrato escrito de “ Rede ADSL PT “com a Ré PTC. (al. R 2) da MA).

3.81. Em data anterior a Setembro de 2002, a Clixgest acordou com a Novis usar a capacidade de transmissão que esta solicitava, directamente, à Ré PTC, o que era do conhecimento da referida Ré e foi aceite por esta. (al. S 2) da MA).

3.82. A Clixgest passou a adquirir à Novis a parte daqueles acessos de que necessitava para os seus clientes, todos do mercado residencial. (al. T 2) da MA).

3.83. Nas encomendas que fazia à PTC, a Novis passou a identificar os pedidos de acessos locais destinados ao mercado residencial pela sigla «NVRES». (al. U 2) da MA).

3.84. Enquanto os acessos locais para prestar serviços a empresas eram identificados pela designação «NVEMP». (al. V 2) da MA).

3.85. Em reuniões operacionais entre a OPTIMUS e a PTC, depois de Setembro de 2002, eram frequentemente discutidas questões relacionadas com o fornecimento de acessos locais para clientes residenciais (atrasos no aprovisionamento, por exemplo). (al. X 2) da MA).

3.86. A PTC sabia que a Novis não tinha actividade no mercado residencial. (al. Z 2) da MA).

3.87. Se houvesse avarias com a linha telefónica ou um corte de serviço após a activação de um cliente da oferta CLIX Turbo, os responsáveis da Clixgest reportavam directamente a avaria à PTC, que em seguida a resolvia. (al. A 3) da MA).

3.88.A **21.05.2002**, a PTC informou os operadores, incluindo a OPTIMUS, que ia lançar uma nova versão da oferta Rede ADSL PT (a versão 11) com um conjunto de alterações que entrariam em vigor no dia seguinte, com o conteúdo descrito a fls. 629-695, cujo teor se dá aqui integralmente por reproduzido. (al. B3) da MA).

3.89. A 14.06.2002 a ANACOM determinou a suspensão de quaisquer ofertas retalhistas de banda larga por empresas do grupo PT até 8 de Julho de 2002. (al. C 3) da MA).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.90. A Ré PTC introduziu uma nova classe de serviço 0, com velocidades de acesso de 512 kbps / 128 kbps, em sentido descendente e ascendente, respectivamente. (al. D 3) da MA).

3.91. Antes desta alteração, existiam apenas as classes de serviço 1, 2 e 3, com as seguintes características de velocidade de transmissão de dados:

- (i) Classe 1 (256 kbps / 64 kbps);
- (ii) Classe 2 (768 kbps / 128 kbps);
- (iii) Classe 3 (1024 kbps / 128 kbps). (al. E 3) da MA).

3.92. Para a nova classe de serviço 0, a PTC passou a cobrar aos operadores, por cada acesso local, uma mensalidade de € 21,90 (sem IVA). (al. F 3) da MA).

3.93. A mensalidade do acesso local na classe 2 foi aumentada, de € 44,89 para € 52,37. (al. G 3) da MA).

3.94. Os preços grossistas (sem IVA) praticados pela Ré PTC partir de Maio de 2002 foram: (al. H 3) da MA).

Preços do Acesso local	
Instalação	
Modalidade A	€ 99,76
Modalidade B	€ 70,00
Mensalidades do Acesso local	
Classe 0 – 512k/128k	€ 21,90
Classe 1 – 256k/128k	€ 29,93
Classe 2 – 786k/128 k	€ 52,37
Classe 3 – 1024k/256k	€ 74,82
Preços do acesso agregado	
Instalação	
E3 (34 Mbps)	€ 6.484,37
STM-1 (155 Mbps)	€ 13.218,14
Preço mensal do acesso agregado	
E3 (34 Mbps)	€ 3.740,98
STM-1 (155 Mbps)	€ 9.352,46
Preço mensal por Mbps do Débito total dos acessos agregados (preço em escada)	
Débito total de 2 Mbps a 34 Mbps	€ 448,92
Débito total de 36 Mbps a 100 Mbps	€ 404,03
Débito total de 102 Mbps a 154 Mbps	€ 359,13
Débito total de superior a 154 Mbps	€ 314,24

3.95. Foi introduzida uma nova modalidade de fornecimento de acessos locais (designada por modalidade B), que permitia a auto-instalação do serviço pelos consumidores. (al. I 3) da MA e resp. 24º da BI)).

3.96. Tornando desnecessário a deslocação a casa dos clientes de um técnico da PTC para instalar um filtro e assim mais simples e rápida a activação do serviço junto dos clientes. (al. J 3) da MA e resp. 24º da BI).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.97. Esta inovação veio permitir que as ofertas para os consumidores finais suportadas em ADSL pudessem concorrer com as ofertas Netcabo (que, desde 2001, já disponibilizavam um kit de auto-instalação aos clientes). (al. L 3) da MA).

3.98. Desde a sua versão inicial, a oferta Rede ADSL PT previa a atribuição de descontos no valor das mensalidades de acesso agregado e acesso local. (al. M 3) da Ma).

3.99. Estes descontos variavam em função de dois factores: (i) o número de clientes finais do operador (isto é, na terminologia da oferta Rede ADSL PT, o seu «parque equivalente de acessos locais»), e (ii) o prazo de duração do seu contrato com a PTC. (al. N 3) da MA).

3.100. Quanto mais clientes (e, portanto, acessos locais) um operador tivesse e quanto mais longo fosse o seu vínculo contratual com a Ré PTC, maiores seriam os descontos aplicáveis às suas mensalidades. (al. O 3) da MA).

3.101. Os patamares e percentagens de descontos (antes de 21 de maio de 2002) eram as seguintes: (al. P 3) da MA).

Parque mensal equivalente de acessos locais	Prazo do contrato				
	1 ano	2 anos	3 anos	4 anos	5 anos
0	2.500	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
2.501	5.000	0,0%	0,0%	2,5%	5,0%
5.001	10.000	0,0%	2,5%	5,0%	7,5%
10.001	20.000	2,5%	5,0%	7,5%	10,0%
> 20.000		5,0%	7,5%	10,0%	12,5%
					15,0%

3.102. A 21 de Maio de 2002, o sistema de descontos foi alterado nos seguintes termos:

- passou a exigir-se a celebração de um contrato escrito de prestação de serviços para que o operador pudesse aceder a quaisquer descontos;
- os patamares e percentagens de desconto passaram a ser os seguintes:

Parque mensal equivalente de acessos locais	Prazo do contrato				
	1 ano	2 anos	3 anos	4 anos	5 anos
0	2.500	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
2.501	5.000	0,0%	0,0%	2,5%	5,0%
5.001	10.000	0,0%	2,5%	5,0%	7,5%
10.001	25.000	2,5%	5,0%	7,5%	10,0%
25.001	60.000	5,0%	7,5%	10,0%	12,5%
> 60.000		7,5%	10,0%	12,5%	17,5%
					25,0%

c) foi alterada a fórmula de cálculo dos descontos, passando a considerar-se o parque equivalente de acessos mensal, isto é, o número de acessos locais contratados por um operador no final de cada mês (e já não o parque médio mensal).

d) os descontos passaram a ser aplicados ao parque de acessos existente no final de cada ano o que, na prática, equivalia a aplicar retroactivamente para todo o



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

ano já decorrido o desconto correspondente ao parque de clientes existente a 31 de Dezembro desse ano. (al. Q 3) da MA).

3.103. A Telepac foi a única empresa utilizadora da oferta Rede ADSL PT que celebrou com a Ré PTC contrato escrito de prestação de serviços com prazo de 5 anos. (al. R 3) da MA).

3.104. No momento em que a Ré PTC definiu os termos da versão 11 do tarifário da oferta Rede ADSL PT, a PT ponderou que a Telepac pudesse atingir o número de clientes (mais de 60.000) que daria acesso ao desconto máximo de 25%. (al. S 3) da MA).

3.105. A PTC definiu o desconto de 25% referido na alínea Q 3) com a perspectiva de que a única empresa que poderia atingir o número de acessos locais (mais de 60.000) que daria acesso aquele desconto seria a Telepac. (resp. 25º da BI).

3.106. No final de Junho de 2003 a Clixgest tinha 5.984 clientes residenciais de banda larga. (al. T 3) da MA).

3.107. Entre 2002 e 2003 a PTC era o único fornecedor de serviços de acesso grossista em banda larga aos operadores. (al. U 3) da MA).

3.108. As empresas do grupo PT tinham uma quota do mercado retalhista de 80% no final do 1º semestre de 2004, quota que cresceu desde 2001. (al. V 3) da MA).

3.109. A **25 de Junho de 2003** a ANACOM aprovou a deliberação constante de fls. 752-755 e cujo teor se dá aqui integralmente por reproduzido. (al. X 3) da MA).

3.110. Na referida deliberação determinou que a PTC eliminasse todos os descontos e reduzisse em 20% as mensalidades dos acessos locais e agregados. (al. Z 3) da MA).

3.111. E que a Ré PTC reduzisse o preço das mensalidades da nova classe de serviço 0, não podendo estas ser superiores ao menor preço de retalho das ofertas SAPO da Telepac, deduzido de 40%. (al. A 4) da MA).

3.112. Tendo depois esclarecido que o desconto de 40% aplicar-se-ia apenas à mensalidade dos acessos locais (com exclusão dos outros custos mensais, designadamente do acesso agregado). (al. B 4) da MA).

3.113. A Ré reduziu o preço da mensalidade do acesso local na classe de serviço 0 de € 21,90 para € 17,52 (valor sem IVA). (al. C 4) da MA).

3.114. Entre 10 e 23 de Maio de 2002 a Telepac, a título experimental, a oferta “Sapo” para consumidores finais. (al. D 4) da MA e resp. 28º da BI).

3.115. A Anacom determinou a suspensão da referida oferta até Julho de 2002. (al. E 4) da MA).

3.116. Com base na nova versão da oferta Rede ADSL PT (a versão 11) de acesso à rede da PTC (velocidade de débito de dados de 512 kbps /128 kbps e possibilidade de activação pelo próprio cliente em regime de auto-instalação), a TELEPAC II – Comunicações Interactivas, S.A., lançou no mercado, a oferta de banda larga para consumidores residenciais, suportada na rede telefónica, sob a marca ‘SAPO ADSL.PT – Standard’, por um preço fixo mensal



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

de € 29,40 (sem IVA) e um preço de activação de € 42,02 (sem IVA). (al. F 4) da MA e resp. 28º e 27º da BI).

3.117. A mensalidade da TV Cabo – Netcabo SpeedON 640 – era de € 29,42. (al. G 4) da MA).

3.118. No final de 2002, os assinantes da oferta SAPO da Telepac representavam mais de 80% do total de clientes de banda larga baseados em tecnologia ADSL. (al. H 4) da MA).

3.119. O valor das mensalidades e o preço de activação da oferta SAPO da Telepac mantiveram-se inalterados entre Julho de 2002 e Julho de 2003. (al. I 4) da MA).

3.120. De Julho de 2002 a Março de 2003 a Telepac cobrava aos clientes € 83,19 (sem IVA) pela aquisição do equipamento de modem. (al. J 4) da MA).

3.121. Em Março de 2003 a Telepac passou a entregar gratuitamente o equipamento aos novos assinantes. (al. L 4) da MA).

3.122. De Julho de 2002 a janeiro de 2003 o volume de tráfego incluído no preço fixo da mensalidade era de 2 Gigabits. (al. M 4) da MA).

3.123. Em Janeiro de 2003, passou a ser de 20 Gigabits. (al. N 4) da MA).

3.124. De Julho de 2002 a Janeiro de 2003, o preço cobrado por cada 100 megabits de tráfego adicional, no caso de tráfego nacional era de € 1,06 (sem IVA). (al. O 4) da MA).

3.125. A partir de Janeiro de 2003 passou a ser de € 0,08 (sem IVA). (al. P 4) da MA).

3.126. A actuação da Telepac referida nas alíneas L 4), N 4) e P 4) [entrega gratuita do equipamento aos assinantes, 20 gigabits e preço por cada 100 Mgps de tráfego adicional], foi uma estratégia de conquista de mais clientes. (resp. 29º da BI).

3.127. No final de 2002, a Clixgest tinha 108.699 clientes de acesso à Internet em **banda estreita**, o que correspondia a uma quota de 26% desse mercado, que totalizava então 404.087 assinantes. (al. Q 4) da MA).

3.128. A Clixgest começou a perder clientes na banda estreita a partir de Junho de 2002. (resp. 31º da BI).

3.129. A evolução dos clientes em banda estreita, a partir de Junho de 2002, reportada pelos operadores, foi a seguinte:

a) da Clixgest: (resp. 33º da BI):

Jun-02	Set-02	Dez-02	Mar-03	Jun-03	Set-03
240.000	237.558	225.560	217.909	194.143	180.662

b) da Telepac:

2º trimestre 2002	3º trimestre 2002	4º trimestre 2002	1º trimestre 2003	2º trimestre 2003	3º trimestre 2003
773.681	859.434	939.891	989.124	1.080.029	1.229.278

c) da Oni:

2º trimestre 2002	3º trimestre 2002	4º trimestre 2002	1º trimestre 2003	2º trimestre 2003	3º trimestre 2003
317.267	339.723	367.641	389.262	407.870	421.870



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

d) da Media capital Telecom/IOL:

2º trimestre 2002	3º trimestre 2002	4º trimestre 2002	1º trimestre 2003	2º trimestre 2003	3º trimestre 2003
96.182	185.300	170.306	172.181	158.956	168.931

3.130. A ONI lançou uma oferta de banda larga [para o mercado retalhista] em 05.07.2002. (al. R 4) da MA e resp. 28º da BI).

3.131. Em Setembro de 2002 a Clixgest lançou uma oferta comercial de banda larga para consumidores finais do mercado residencial sob a marca 'CLIX Turbo', baseada na classe de serviço 0, correspondente aos débitos de 512/128 kbps, da versão 11 da oferta Rede ADSL PT e, inicialmente, com uma mensalidade de € 31,00 (sem IVA). (al. S 4) da MA e resp. 28º da BI).

3.132. A Clixgest actuou da forma descrita em S 4) para entrar no mercado retalhista de prestação de serviços à internet em banda larga e assim, não só tentar conquistar clientes, como manter os seus clientes de banda estreita e que pretendessem migrar para a banda larga e, deste modo e a prazo, garantir a sobrevivência da empresa e da marca CLIX no mercado. (resp. 34º da BI).

3.133. E na expectativa de que os preços praticados pela Ré PTC na oferta Rede ADSL seriam rectificados por intervenção regulatória (resp. 35º da BI).

3.134. A oferta CLIX Turbo incluía, não só o serviço de acesso em banda larga como, também, serviço de telefone com base na tecnologia VoIP (Voz sobre Internet Protocol). (al. T 4) da MA).

3.135. O serviço VoIP permite aos utilizadores fazer chamadas telefónicas através da Internet utilizando os seus computadores pessoais e algum equipamento adicional (microfone e auscultadores). (al. U 4) da MA).

3.136. Em janeiro de 2004, a Clixgest retirou-se do mercado e suspendeu a angariação de novos clientes residenciais mantendo apenas a prestação dos serviços aos clientes já existentes. (38º da BI, considerado provado por acordo).

3.137. No final do ano (2002) havia cerca de 53.000 clientes de banda larga em ADSL. (al. V 4) da MA).

3.138. No final do 1º semestre de 2004, existiam já 292 mil assinantes de banda larga em ADSL, maioritariamente clientes da oferta SAPO da Telepac. (al. X 4) da MA).

3.139. O mercado global de banda larga, utilizando ADSL e a rede de cabo, era:

- no final de 2002 de cerca de 260 mil assinantes;
- no final de 2003, de cerca de 502 mil assinantes;
- no final de 2004 de cerca de 828 mil assinantes. (al. Z 4) da MA).

3.140. A 20.01.2004. a ANACOM determinou que a PTC reduzisse de € 70,00 para € 38,00 o preço de instalação do acesso local aplicável à classe de serviço 0 (512/128 kbps) e de € 17,52 para € 16,00 a mensalidade dessa mesma classe de serviço. (al. A 5) da MA).

3.141. Os custos da Telepac, numa óptica contabilística, por cliente e sem desconto, no 2º semestre de 2002 e nos meses de Janeiro a Junho de 2003 foram os seguintes: (resp. 39º da BI)



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

	2002	2003					
	2º semestre	<i>Janeiro</i>	<i>Fevereiro</i>	<i>Março</i>	<i>Abril</i>	<i>Maio</i>	<i>Junho</i>
<i>Custos directos (incluem instalação, acesso local, acesso agregado e oferta de equipamento)</i>	€ 70,78	€ 48,63	€ 43,77	€ 43,11	€ 43,29	€ 43,82	€ 42,92
<i>Custos indirectos (incluem conectividade, facturação, apoio a clientes, call center, comissão de venda e publicidade)</i>	€ 60,39	€ 16,81	€ 16,24	€ 15,82	€ 15,47	€ 15,35	€ 15,03
Custos totais por cliente	€ 131,17	€ 65,44	€ 60,01	€ 58,93	€ 58,76	€ 59,17	€ 57,95

3.142. Os custos da Telepac, numa óptica contabilística e por cliente e com desconto, em Abril, Maio e Junho de 2003 foram os seguintes: (resp. 40º da BI)

	60 000 clientes		
	2003		
	Abril	Maio	Junho
<i>Custos directos (incluem instalação, acesso local, acesso agregado e oferta de equipamento)</i>	€ 36,63	€ 37,17	€ 36,27
<i>Custos indirectos (incluem conectividade, facturação, apoio a clientes, call center, comissão de venda e publicidade)</i>	€ 15,47	€ 15,35	€ 15,03
Custos totais por cliente	€ 52,10	€ 52,52	€ 51,30



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.143. Numa perspectiva de Grupo, o Grupo PT podia equilibrar as perdas a nível retalhista sofridas pela Telepac, com as receitas obtidas pela Ré PTC, a nível grossista. (resp. 41º da BI).

3.144. A implementação de uma oferta com as características necessárias para poder prestar o serviço equivalente à Oferta Rede ADSL.PT, a partir de 2002, dimensionada para servir 486.708 clientes implicaria, pelo menos, a realização dos investimentos e custos a seguir considerados (artigos 43º a 96º). (resp. 42º da BI).

3.145. A estrutura da oferta Rede ADSL PT decompõe-se em 3 segmentos:

- i) o acesso local (centrais locais da PTC);
- ii) a agregação regional (centrais regionais da PTC);

iii) a agregação nacional (os dois pontos de agregação nacional de dados em Lisboa e Porto). (resp. 43º da BI).

3.146. No segmento - **acesso local**, há a considerar 3 elementos de custo:

- a) o lacete local;
- b) o acesso e utilização de espaço dentro das centrais locais da PTC (co-instalação e serviços conexos);
- c) o custo dos equipamentos (DSLAM) a instalar nesse espaço. (resp. 44º da BI).

3.147. Para suportar a oferta de serviços de banda larga em ADSL a 486.708 consumidores finais era necessário dispor de 486.708 lacetes locais. (resp. 45º da BI).

3.148. O que se poderia conseguir pela desagregação dos lacetes, designadamente em regime de acesso partilhado [as frequências mais baixas do lacete continua a ser utilizado pela PT para prestação do serviço de telefone fixo e as frequências mais altas são cedidas ao OOL para prestação de serviços de internet em banda larga] , uma vez que esta modalidade permitia a oferta de serviços de banda larga. (resp. 46º da BI).

3.149. Para além do lacete local de cada consumidor final, era necessário instalar equipamento próprio em cada central local da PTC. (resp. 49º da BI).

3.150. Era preciso instalar equipamento específico nas centrais locais para prestar o serviço de banda larga em ADSL, nomeadamente os equipamentos digitais designados DSLAM ("Digital Subscriber Line Access Multiplexer") que permitiam, através de técnicas de multiplexagem, que os dados dos clientes fossem cursados a alta velocidade sobre a rede de transmissão. (resp. 60º da BI).

3.151. Em cada central local da PTC em que fosse disponibilizado aos operadores o serviço de acesso em banda larga nos termos da oferta Rede ADSL PT e em que houvesse clientes de acesso á internet em banda larga, era necessário instalar um DSLAM com o número de portos adequado ao número de clientes, se este fosse inferior à capacidade total do DSLAM, ou um DSLAM completo e outro incompleto, i.e., com o número de portos adequado ao número de clientes, se o número de clientes dessa central excedesse a capacidade de um DSLAM completo, mas fosse inferior à capacidade de dois DSLAM completos, ou dois ou mais DSLAM completos se o número de clientes dessa central excedesse a respectiva capacidade. (Resp. 62º da BI).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.152. No final de 2002 a oferta Rede ADSL PT estava disponível em 204 centrais locais. (resp. 63º da BI).

3.153. No final de 2003 a oferta Rede ADSL PT estava disponível em 777 centrais locais, tendo sido adicionadas 573 centrais ao longo de 2003. (resp. 64º da BI).

3.154. No final de 2004 a oferta Rede ADSL PT estava disponível em 1.270 centrais locais. (resp. 65º da BI).

3.155. O segundo segmento da rede, **da agregação regional**, reconduz-se basicamente aos elementos de transmissão de dados que fazem a ligação entre as centrais locais e as centrais regionais da rede da PTC. (resp. 70º da BI).

3.156. Este segmento comprehende os meios de capacidade de transmissão que ligam as 1.295 centrais locais acima indicadas às 49 centrais regionais da PTC (agregação regional por indicativo), com um ponto único nos Açores. (resp. 71º da BI)

3.157. A componente de transmissão regional decompõe-se em dois elementos de custo:

- a) capacidade de transmissão (Rede ATM);
- b) equipamento activo de transmissão. (resp. 72º da BI).

3.158. A transmissão de dados entre as centrais locais e regionais faz-se através de circuitos, que podem ser próprios ou alugados. (resp. 73º da BI).

3.158. A oferta Rede ADSL PT inclui a disponibilização de conectividade ponto a ponto (i.e. capacidade de transmissão) entre aqueles dois níveis de centrais, nomeadamente no âmbito do serviço de acesso agregado ATM. (resp. 74º da BI).

3.159. Seria necessário assegurar uma largura de banda média não concretamente apurada entre cada central local e a respectiva central regional. (resp. 75º da BI).

3.160. A taxa de contenção variável na transmissão seria de 1:1 e 1:3, consoante o número de pontos físicos de acesso e agregação de tráfego (*PoP's, ou "Points of Presence"*). (resp. 76º da BI).

3.161. A rede referida na resposta ao art.º 42º, pressupõe 486.708 clientes e que todos teriam a velocidade de acesso de 512 kbps e uma taxa de contenção de 1:50. (resp. 77º da BI).

3.162. Em função dos factos referidos na resposta aos artigos 76º e 77º, seria necessário contratar um número não concretamente apurado de circuitos E 1 (2 Mbps) e E 3 (34 Mbps), para assegurar a capacidade de transmissão necessária. (resp. 78º da BI).

3.163. Seria necessário instalar nas centrais locais equipamentos activos de transmissão para fazer a ligação com as centrais regionais. (resp. 84º da BI).

3.164. O terceiro segmento da rede é o da **agregação nacional** e corresponde à ligação entre as centrais regionais da rede da PTC e os dois pontos de agregação nacional de dados (nas centrais de Picoas e Batalha, em Lisboa e Porto, respectivamente). (resp. 86º da BI).

3.165. Este segmento da agregação nacional decompõe-se em 3 elementos



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

de custo:

- a) capacidade de transmissão (Rede ATM);
- b) equipamento activo de transmissão;
- c) servidores de banda larga (designados pela sigla "BBRAS"). (resp. 87º da BI).

3.166. Pressupondo uma rede dimensionada para 486 mil clientes, seria necessário assegurar uma largura de banda não concretamente apurada entre cada central regional e os dois pontos de agregação nacional. (resp. 88º da BI).

3.167. Seria necessário instalar equipamentos activos de transmissão, tanto nas 49 centrais regionais como nas duas centrais de agregação nacional, neste último caso com redundância de equipamentos. (resp. 91º da BI).

3.168º Para efectuar a autenticação dos consumidores finais e respectivos dados seria necessário instalar, ao nível da agregação nacional e poderiam ser instalados ao nível das centrais regionais, um número não concretamente apurado de servidores de banda larga (BBRAS). (resp. 93º da BI).

3.169. A remuneração do capital financeiro investido nas despesas operacionais e nas despesas que permitam instalar uma determinada capacidade produtiva seria fixado em 10% do valor total das referidas despesas. (resp. 96º da BI).

3.170. Entre 2002 e Abril de 2005, a PTC cobrou pelo acesso em banda larga à sua rede, uma quantia média não concretamente apurada por mês e por cliente final. (resp. 98º da BI).

3.171. O número de clientes residenciais de banda larga angariados pela Clixgest com base na oferta Rede ADSL PT foi o seguinte:

- (i) 4.095 clientes em Dezembro de 2002;
- (ii) 7.919 clientes em Dezembro de 2003;
- (iii) 6.178 clientes em Dezembro de 2004;
- (iv) 6.143 clientes em Abril de 2005. (art.º 99º da BI, considerado provado por acordo).

3.172. O número efectivo de clientes CLIX Turbo baseados na oferta Rede ADSL PT no final de cada mês foi o seguinte: (art.º 101º da BI, considerado provado por acordo e resp. 112º da BI)

Set.02	Out.02	Nov.02	Dez.02	Jan.03	Fev.03	Mar.03	Abr.03
1.561	2.236	2.683	4.095	4.176	4.639	5.077	5.256
Mai.03	Jun.03	Jul.03	Ago.03	Set.03	Out.03	Nov.03	Dez.03
5.723	5.984	6.362	6.490	6.989	7.274	7.454	7.768
Jan.04	Fev.04	Mar.04	Abr.04	Mai.04	Jun.04	Jul.04	Ago.04
7.990	7.721	7.744	7.282	7.384	6.852	6.785	6.739
Set.04	Out.04	Nov.04	Dez.04	Jan. 05	Fev.05	Mar.05	Abr.05
6.616	6.375	6.282	6.178	6.223	6.087	6.176	6.143



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

--	--	--	--	--	--	--

3.173. O mercado de acesso à Internet em banda larga para consumidores finais (compreendendo as ofertas de cabo e as ofertas baseadas em ADSL) contava 99 mil clientes no final de 2001, 260 mil clientes no final de 2002, 502 mil clientes no final de 2003 e 828 mil clientes no final de 2004. (art.º 104º da BI, considerado provado por acordo)

3.174. No âmbito das ofertas de banda larga baseadas em ADSL, existiam 2.886 clientes no final de 2001, 52.005 clientes no final de 2002, 184.344 clientes no final de 2003 e 410.877 clientes no final de 2004. (art.º 105º da BI, considerado provado pro acordo).

3.175. Em Junho de 2003 os clientes residenciais de ofertas de banda larga em ADSL seriam 77.547. (art.º 106º da BI, considerado provado pro acordo)

3.176. Em Dezembro de 2004, havia 299.432 clientes residenciais de ofertas de banda larga em ADSL. (art.º 107º da BI, considerado provado por acordo).

3.177. Em Março de 2005 havia 357.164 clientes residenciais de ofertas de banda larga em ADSL. (art.º 108º da BI, considerado provado por acordo).

3.178. Em Abril de 2005, os clientes residenciais de ofertas de banda larga em ADSL seriam cerca de 375.000. (art.º 109º da BI considerado provado por acordo).

3.179. Em Junho de 2005 havia 412.165 clientes residenciais de ofertas de banda larga em ADSL. (art.º 110º da BI, considerado provado por acordo).

3.180. Em Junho de 2003 a Clixgest tinha 5.984 assinantes da oferta CLIX Turbo. ?

3.181. O n.º de clientes em banda larga passou, em 2003, de 52 mil para 184 mil clientes e em 2004 de 184 mil para 410 mil clientes. (art.º 114º da BI, considerado provado por acordo).

3.182. A Oferta Sapo tinha, no final de 2004, 372.309 clientes. (resp. 115º da BI).

3.183. A mensalidade praticada pela Clixgest era de € 36,90. (resp. 116º da BI)

3.184. No 2º semestre de 2002 e em 2003, os custos directos (incluindo acesso agregado) da Clixgest por cliente foi: (resp. 118º da BI).

	2º semestre de 2002	2003
Número de clientes	4095	33 274
Custos directos	6,8	6,4

3.185. No 2º semestre de 2002 e em 2003, os custos indirectos (incluindo conectividade, facturação e apoio a clientes, não incluindo as despesas de publicidade e as comissões de venda pagas aos comerciais por cada cliente angariado) da Clixgest por cliente foi: (resp. 119º da BI)

	2º semestre de 2002	2003
Número de clientes	4095	33 274
Custos indirectos	8,1	4,9



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.186. No final de 2002, a Telepac tinha 42.484 clientes das ofertas SAPO, o que equivalia a 80,6% do mercado de banda larga em ADSL. (art.º 120º da BI, considerado provado por acordo e resp. 27º da BI)

3.187. No final do 1º semestre de 2004, a Telepac tinha 252.844 clientes das ofertas SAPO, o que correspondia a 86,3% do mercado de banda larga em ADSL. (art.º 121º da BI, considerado provado por acordo e resp. 27º da BI).

3.188. O grupo Portugal Telecom (acessos ADSL da Telepac + clientes de banda larga por cabo das ofertas Netcabo) aumentou a sua quota global no mercado residencial de banda larga de 67,2% em 2001 para 79,8% no 1º semestre de 2004. (art.º 122º da BI, considerado provado por acordo).

3.189. No 3º trimestre de 2005, o grupo Portugal Telecom tinha uma quota de 78% nos serviços de acesso à Internet em banda larga. (art.º 123º da BI, considerado provado por acordo).

3.190. A média europeia dos operadores históricos era de apenas 50%. (resp. 124º da BI).

3.191. De entre os 25 Estados-membros, apenas na Eslováquia e no Chipre o operador histórico de telecomunicações tinha uma quota de mercado superior na banda larga: 82% e 100%, respectivamente. (resp. 125º da BI)

3.192. No 1º trimestre de 2005 os novos operadores haviam captado 10,1% dos novos clientes de ADSL. (resp. 126º da BI).

3.193. A quota dos novos clientes ADSL captados pelos novos operadores foram as seguintes:

- i) 30,2% dos novos clientes no 3º trimestre de 2005;
- ii) 29,3% dos novos clientes no 4º trimestre de 2005;
- iii) 60,7% dos novos clientes no 1º trimestre de 2006;
- iv) 61,1% dos novos clientes no 2º trimestre de 2006;
- v) 50,1% dos novos clientes no 3º trimestre de 2006;
- vi) 44,5% dos novos clientes no 4º trimestre de 2006. (resp. 128º da BI).

3.194. No 2º trimestre de 2005 a OPTIMUS conquistou 6.950 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 12,6% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (55.001 novos clientes no trimestre). (resp. 129º e 136º da BI).

3.195. No 3º trimestre de 2005 a OPTIMUS conquistou 9.501 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 20,7% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (45.868 novos clientes no trimestre). (resp. 130º e 136º da BI).

3.196. No 4º trimestre de 2005, a OPTIMUS conquistou 19.642 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 44,6% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (44.042 novos clientes no trimestre). (resp. 131º e 136º da BI).

3.197. No 1º trimestre de 2006, a OPTIMUS conquistou 26.691 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 45,4% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (58.726 novos clientes no trimestre). (resp. 132º e 136º da BI).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.198. No 2º trimestre de 2006, a OPTIMUS conquistou 16.678 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 40,4% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (41.260 novos clientes no trimestre). (resp. 133º e 136º da BI).

3.199. No 3º trimestre de 2006, a OPTIMUS conquistou 9.647 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 29,5% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (32.698 novos clientes no trimestre). (resp. 134º e 136º da BI).

3.200. No 4º trimestre de 2006, a OPTIMUS conquistou 11.479 novos clientes residenciais de banda larga, o que correspondeu a 29,5% do crescimento do mercado residencial de ADSL nesse período (38.970 novos clientes no trimestre). (resp. 135º e 136º da BI).

*

4. Direito

- Da consideração de outra matéria de facto –

Nas suas alegações de direito, a A. pretende que o tribunal considere ainda provados os seguintes factos invocando serem instrumentais ou concretizadores de outros e resultarem da instrução da causa:

- *A versão 11 da oferta Rede ADSL PT – e em especial a classe de serviço = com auto instalação – foi concebida pela PTC a pedido da Telepac e preparada em conjunto por ambas desde finais de 2001, sem ser do conhecimento da Autora e dos restantes ISP concorrentes no retalho.*

- *Quando aprovou o lançamento da nova classe de serviço 0 da oferta Rede ADSL PT, em março de 2002, a PT SGPS calculou que o custo unitário por acesso para o grupo PT seria de € 13,70/mês/acesso.*

- *Entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, a PTC cobrou pelo acesso em banda larga á sua rede, em média, cerca de € 28,90/mês por cliente final Clix Turbo.*

- *Pela parte do acesso grossista á rede ADSL PT correspondente à actividade da Clixgest no mercado residencial (oferta Clix Turbo), a Autora pagou á PTC: a) € 294.130,00 entre Setembro a Dezembro de 2002; b) € 2.320.479,58 em 2003; c) € 2.236.902,47 em 2004; e d) € 581.616,95 entre janeiro e Abril de 2005.*

*

Em primeiro lugar impõe-se observar que a A., muito mais do que alegar o carácter instrumental ou concretizador dos factos em referência, o que faz é **colocar em crise a decisão da matéria de facto.**

A requerimento das partes, a decisão da matéria de facto foi cindida da sentença, tendo já sido objecto de despacho.

Quanto a ela – e ao que ali foi decidido - mostra-se esgotado o poder jurisdicional deste tribunal, pelo que nada mais há a acrescentar nesta matéria.

*

Em segundo lugar, o art.º 5º n.º 1 do CPC dispõe que às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Entende-se por factos essenciais, os directamente relacionados com as normas aplicáveis ao caso, aqueles sem os quais a acção ou a excepção não poderá proceder.

O n.º 2 dispõe que além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:

- a) os factos instrumentais que resultem da instrução da causa;
- b) os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar;
- c) os factos notórios e aqueles que o tribunal conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

Quanto aos factos complementares ou concretizadores dos alegados pelas partes, são factos essenciais que resultam da instrução da causa e que completam a alegação fáctica (suficiente, mas incompleta ou não concretizada) feita na petição inicial.

Tais factos (essenciais) não podem ser diversos dos alegados pelas partes e têm de completar ou concretizar factos alegados pelas partes.

*

Quanto ao primeiro facto, o mesmo não tem conexão com nenhum dos factos (essenciais) alegados, pelo que o mesmo não pode ser considerado instrumental, complementar ou concretizador.

Do alegado pela A. resulta que o mesmo se reporta a uma realidade que não foi alegada pela A.: que “*no seio do grupo PT, as decisões comerciais relacionadas com a banda larga em ADSL, não eram aprovadas individualmente pelas várias empresas intervenientes enquanto pessoas colectivas distintas, sendo antes imputáveis a uma estratégia de grupo que era definida, no topo da cadeia, pela PT SGPS*”.

*

Quanto ao segundo facto, mais do que pretender que o mesmo é instrumental, complementar ou concretizador, o que a A. pretende é colocar em causa a resposta que foi dada ao art.º 97º da BI.

Como já referimos, relativamente a essa questão está esgotado o poder jurisdicional do tribunal.

Sempre se dirá que o facto ora alegado não tem conexão com nenhum dos factos (essenciais) alegados, pelo que o mesmo não pode ser considerado instrumental, complementar ou concretizador.

Nomeadamente, o mesmo não constitui uma *concretização* do alegado no art.º 97º da base instrutória.

Aliás é substancial e notória a diferença entre o que a A. alegou e foi levado ao art.º 97º da base instrutória – “*Considerando os custos referidos, o preço de acesso á rede em banda larga na oferta Rede ADSL PT deveria ter sido de € 13,05 / mês, por cada cliente final*” - e o que a A. pretende seja agora dado como provado – “*Quando aprovou o lançamento da nova classe de serviço O da oferta Rede ADSL*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

PT, em março de 2002, a PT SGPS calculou que o custo unitário por acesso para o grupo PT seria de € 13,70/mês/acesso.”

Aliás, já na resposta ao art.º 97º o tribunal ponderou: “*Como já ficou referido, a questão colocada no art.º 97 é o corolário do modelo de custeio para uma rede ADSL.PT desenhada pela A. e que consta dos artigos 43º a 96º.*

No art.º 97º não está em causa saber qual foi o custo de produção da oferta Rede ADSL.PT por cliente/mês estimado/calculado/assumido pelas RR. em determinado momento.

*

Finalmente e quanto aos 3º e 4º factos, o que a A. pretende de forma evidente é uma alteração da resposta que o tribunal deu aos artigos 98º e 100º da BI, pelo que mostrando-se esgotado poder jurisdicional quanto a eles, nada mais há a ordenar, ficando prejudicada a apreciação dos mesmos como instrumentais, complementares ou concretizadores.

*

Em face de tudo o exposto, não há que considerar provados os factos referidos supra, por inverificação dos pressupostos previstos no art.º 5º n.º 2 alíneas a) e b) do CPC.

*

*

- Da causa de pedir -

Cabe aqui recordar que a autora, na réplica, alterou o pedido, nos seguintes termos:

(i) ser declarada a nulidade da clausula 7 (“Preços de serviço”) e anexo 6 (“Preços e descontos”) da oferta Rede ADSL PT, na versão 11 e seguintes, na parte correspondente ao sobrepreço de acesso grossista pago pela A. Optimus;

(ii) sejam as RR. condenadas:

- a) restituir á A. Optimus a o valor do sobrepreço de acesso grossista á rede que esta pagou indevidamente à Ré PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, no valor de € 2.761.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento;
- b) indemnizar a A. Optimus pelos prejuízos causados com a sua actuação culposa e ilícita, no valor de € 8.603.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento.

Alegou para tanto que o pedido pode ser apresentado de forma mais clara, porquanto valor peticionado equivale ao somatório de duas parcelas, a primeira correspondente á restituição do sobrepreço grossista que a Optimus pagou indevidamente á PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005 para ter acesso á rede, no valor de € 2.761.000,00 e a segunda parcela diz respeito á compensação pela perda de lucros resultantes da não angariação de clientes naquele mesmo período, que totaliza € 8.603.000,00, o sobrepreço de acesso á rede indevidamente pago á PTC baseou-se numa disposição abusiva e ilícita (logo inválida) do contrato entre as partes pelo que a respectiva nulidade deverá ser reconhecida e, em consequência, o valor em causa restituído á Optimus (ex vi art.º 289º n.º 1 do CC), o



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

contrato serviu de veículo ao abuso de posição dominante pelas RR. nomeadamente pela imposição de tarifários que foram introduzidos na oferta Rede ADSL PT pela PTC, a AdC considerou abusivos os preços fixados e os descontos (discriminatórios) introduzidos na cláusula 7 sobre “ Preços do Serviço ” cláusula que foi introduzida na “ Descrição de Serviço ” da oferta Rede ADSL PT em maio de 2002, aquando da adopção da versão 11 da oferta, a nulidade parcial do contrato é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, tendo ainda efeito retroactivo, devendo ser restituída a prestação afectada pela parte nula do contrato e na medida dessa nulidade deve ser restituído o excesso do preço pago pela Optimus à PTC no âmbito da oferta Rede ADSL PT.

*

No despacho de fls. 1727-1738, o tribunal já apreciou a questão da causa de pedir na acção, tendo concluído (fls. 1735-1736), pelos fundamentos ali expressos, que na **réplica a A. também alterou a causa de pedir, pois:**

- o facto jurídico do qual emergia, por força do Direito, a pretensão deduzida pela Autora na petição inicial era a celebração de um contrato de acesso à rede de serviço de telefone, a alteração unilateral do tarifário e a violação do art.º 6º da Lei n.º 18/2003, conjugado com o art.º 4º n.º 1 alínea e) da mesma Lei, ou seja, uma situação de abuso de posição dominante pela aplicação de preços discriminatórios;

- o facto jurídico do qual emerge, por força do Direito, a pretensão deduzida pela Autora na réplica, passou a ser o contrato e um seu anexo e a nulidade parcial dos mesmos por abuso de posição dominante.

Ou seja: na petição inicial estávamos perante uma acção de responsabilidade civil extra-contratual (sendo, diga-se, absolutamente irrelevante a qualificação feita pela autora no formulário do Citius); na réplica passámos a estar perante uma acção de declaração de nulidade parcial do contrato e respectivas consequências.

*

É certo (adiantamo-lo desde já) que o complexo factual em que se baseava o pedido initial se mantém.

Mas o complexo normativo a que se reconduzia a pretensão deduzida inicialmente pela A. (isto é, o complexo normativo **susceptível** de produzir o efeito jurídico pretendido pela autora e que, esclareça-se desde já, não se confunde com a indicação, na petição inicial, de uma exposição dos fundamentos de direito), (complexo normativo esse, expressamente invocado pelo autor ou considerado, por interpretação e aplicação do direito, pelo réu e pelo tribunal, não pode deixar de integrar a causa de pedir) é diferente do complexo normativo a que se reconduz o pedido deduzido na réplica. ”

*

Há que precisar e reconhecer que a questão da causa de pedir relativamente ao pedido de indemnização não foi abordada de forma completa.

Relativamente ao pedido de condenação das RR. na restituição á A. Optimus do valor do sobrepreço de acesso grossista á rede que esta pagou indevidamente à Ré PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, no valor de € 2.761.000,00



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento, não há dúvidas que o mesmo é uma consequência do pedido de declaração de nulidade.

Já **relativamente ao pedido de indemnização pelos prejuízos causados com a actuação culposa e ilícita das RR., no valor de € 8.603.000,00 acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento**, a qualificação feita em sede de saneador, não está completa.

Na verdade, na réplica a A. alegou que a causa de pedir de tal pedido é “*a responsabilidade civil contratual, uma vez que aquele abuso [de posição dominante] foi concretizado através de uma alteração ilícita do contrato de acesso á rede que existia entre a Novis Telecom, S A (...) e a PTC, e no contexto dessa relação contratual.*” (art.º 22º da réplica).

E isto mesmo surge confirmado nas alegações de Direito da A.:

“ 281. O direito á indemnização por lucros cessantes deve ser apreciado desde logo ao abrigo da responsabilidade contratual (sem prejuízo de poder ser subsidiariamente apreciado á luz do regime da responsabilidade extracontratual).

282. Com efeito, a inclusão de novos preços e de um novo modelo de descontos na versão 11 da oferta Rede ADSL PT correspondeu a uma alteração pela PTC dos contratos de fornecimento de acesso e prestação de serviços que já se tinham formado entre a PTC e vários ISP (entre os quais a Autora) por adesão às condições gerais daquela oferta.

(...)

285. Na medida em que estas alterações contratuais foram o instrumento utilizado pelo grupo PT para implementar um abuso de posição dominante, assente no intencional esmagamento de margens de qualquer ISP que contratasse a classe de serviço 0 da oferta (incluindo a própria Telepac...), foram alterações ilícitas às condições gerais da oferta Rede ADSL PT.

286. Ora, com isto, o grupo PT violou deveres essenciais que lhe incumbiam por força do contrato duradouro que tinha com a Autora, nomeadamente o dever de não extinguir nem alterar ilicitamente o contrato e o dever de não o usar o contrato como veículo para abusar da posição dominante que tinha nos mercados de banda larga.

(...)

287. Recuperando mais uma vez o douto parecer do Prof. Carlos Ferreira de Almeida junto como doc. n.º 1 da réplica, atente-se na seguinte explicação:

“ Com interesse para o caso sobressaem alguns deveres essenciais para a economia de cada um dos contratos. Por um lado, em razão da sua índole duradoura, o dever de não extinguir nem alterar ilicitamente o contrato. Por outro lado, em razão da posição dominante da entidade titular das instalações da rede, o dever de não usar o contrato como instrumento para abusar de tal posição dominante.

Isto é, a PTC tinha o dever legal e contratual de não afectar negativamente a concorrência no mercado e, em especial, o dever de disponibilizar o acesso por preço não abusivo, estando impedida de colocar as empresas grossistas acedentes em situação que restringisse a concorrência efectiva com aquela empresa concedente e com outras empresas do mesmo grupo económico.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Ora esses deveres contratuais e legais não foram respeitados pela PTC, consoante resulta, além do mais, da citada Decisão da Autoridade da Concorrência que deu como provado o abuso da sua posição dominante efectivado precisamente através da tabela de preços e de descontos, que pôs em vigor em maio de 2002.

Por um lado, a nova tabela determinou a alteração unilateral ilícita do contrato com a Novis. Por outro lado, a alteração teve como objectivo e como efeito restringir a concorrência que no mercado da internet em banda larga poderia ser promovida pela clientes-contraentes grossistas, como a Novis, em relação á empresa em posição dominante.

Ao alterar unilateral e ilicitamente o contrato com a Novis, a PTC violou a obrigação de fonte contratual que consistia em prestar a disponibilidade contínua da rede sem abuso de posição dominante. Tem assim a Sonaecom, como sucessora da Novis, o direito a ser indemnizada, nos termos do art.º 798 do Código Civil, pelos prejuízos que sofreu por causa da prestação da PTC desconforme com o contrato e com a lei, ou, com mais rigor, por causa da inobservância da PTC da obrigação de facto negativo de não usar o contrato como veículo para abusar da sua posição dominante.

A violação desta obrigação de abstenção perturbou a relação contratual, enquanto violação positiva do contrato, atribuindo à parte inocente os direitos correspondentes ao incumprimento das obrigações contratuais (...).

*Em face do exposto, a causa de pedir do pedido de condenação no pagamento de uma indemnização é o incumprimento do contrato pela Ré PTC, por alegada violação de deveres contratuais de não alterar *ilicitamente o contrato e de não o usar o contrato como veículo para abusar da posição dominante que tinha nos mercados de banda larga*.*

No entanto, a A. refere no art.º 23º que subsidiariamente e apenas em segunda linha, caso inexista a referida responsabilidade contratual, o comportamento das RR. sempre configuraria uma situação de responsabilidade delitual.

Destarte o referido pedido tem uma causa de pedir principal – violação de alegados deveres contratuais – e uma causa de pedir subsidiária – responsabilidade civil extracontratual.

*

*

- Das questões a apreciar -

Tendo em consideração os pedidos deduzidos e a respectiva causa de pedir, as questões que cumpre apreciar são:

- A. - identificação da cláusula do preço - clausula 7 (“Preços de serviço”) e anexo 6 (“ Preços e descontos ”) da oferta Rede ADSL PT, na versão 11 e seguintes;
- B. - identificação das normas legais relativas ao abuso de posição dominante por compressão de margens e respectivo conteúdo cogente;
- C. - saber se o objecto imediato da cláusula – prestação do preço – é, no todo ou em parte, contrário às referidas normas sobre abuso de posição dominante por compressão de margens;
- D. - concluindo-se pela verificação da alegada nulidade, apurar se há lugar á restituição do valor do sobrepreço de acesso grossista á rede que esta



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

pagou indevidamente à Ré PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, no valor de € 2.761.000,00, o que passa por verificar se o dito sobrepreço é no referido montante;

- E. - apreciar se do contrato emergiam para a Ré PTC deveres de não alterar *ilicitamente o contrato e de não o usar o contrato como veículo para abusar da posição dominante que tinha nos mercados de banda larga*, em caso afirmativo se violou tais deveres, em caso afirmativo se de tal violação resultou para a A. a perda de lucros resultantes da não angariação de clientes entre Setembro de 2002 e Abril de 2005 no valor de € 8.603.000,00 e se, em consequência, as RR. devem ser condenadas a indemnizar a A. nesse montante acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento;
- F. - caso se responda negativamente á questão anterior, saber se há responsabilidade extracontratual e em caso afirmativo se, em consequência, as RR. devem ser condenadas a indemnizar a A. no montante de € 8.603.000,00, acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento;
- G. - em caso afirmativo, cabe apreciar o valor jurídico da decisão expressa no saneador de considerar prejudicada a apreciação da excepção de prescrição invocada na contestação, em função de uma análise incompleta da causa de pedir principal e subsidiária do pedido em apreço e, assim, saber se há omissão de pronúncia que o tribunal deva conhecer agora.

*

A - Identificação da cláusula do preço - clausula 7 (“Preços de serviço”) e anexo 6 (“ Preços e descontos ”) da oferta Rede ADSL PT, na versão 11 e seguintes -

Em termos gerais, a partir de 2000/2001, os serviços de acesso à Internet podiam ser prestados em banda estreita (ou dial-up) ou em banda larga (ponto 3.21.), sendo esta última uma modalidade de transmissão de dados a uma velocidade elevada, nomeadamente para fins de acesso à Internet (ponto 3.22.).

Em 2000, os serviços de acesso à internet em banda larga em local fixo aos consumidores finais (empresas e residenciais) podiam ser prestados sobre duas plataformas de rede: a) a rede telefónica / rede básica de telecomunicações (utilizando a tecnologia ADSL), controlada e gerida pela Ré PTC; a rede de cabo. (ponto 3.24.).

Em Dezembro de 2000, a PTC lançou, para outros operadores de telecomunicações e prestadores de serviços de acesso à internet, a oferta denominada “Rede ADSL PT”, de serviços de acesso (...) à rede básica de telecomunicações, com o conteúdo descrito a fls. 483-492 e que aqui se dá integralmente por reproduzido. (ponto 3.32.).

A oferta “ Rede ADSLPT “ visava permitir a outras empresas oferecer serviços de internet em banda larga aos consumidores finais (empresas e residenciais) utilizando capacidade de transmissão de dados fornecida pela PTC



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

sobre a sua rede [rede básica de telecomunicações, que corresponde à rede telefónica fixa (ou “ rede de cobre”) (ponto 3.13.) de que a PTC foi concessionária até final de 2002, data em que a adquiriu ao Estado – pontos 3.12. e 3.11.] (ponto 3.34.).

Os serviços prestados pela Ré PTC aos operadores, no âmbito desta oferta, consistiam no fornecimento de capacidade de transmissão, sobre a rede daquela, de dados entre a morada dos clientes finais e as centrais da rede da PTC, nas quais o tráfego de dados proveniente de múltiplos utilizadores é concentrado (agregado) e, em seguida, transferido para a infra-estrutura de rede dos operadores, tudo mediante uma retribuição. (ponto 3.35.).

Os dados são transportados sobre a linha telefónica do cliente até à central da PTC da área da sua residência. (ponto 3.36).

A PTC disponibiliza capacidade de transmissão de dados sobre a sua rede quer na componente de acesso local quer na componente de acesso agregado. (ponto 3.38.): a) o acesso local corresponde ao segmento da linha telefónica que vai de casa do cliente até à central de rede da PTC dessa área (mais precisamente, até à plataforma de tecnologia ADSL da PTC instalada nessa central) (ponto 3.39); b) o acesso agregado corresponde ao segmento seguinte, que liga aquela central local aos pontos de acesso agregado, nos quais se faz a interligação com os equipamentos da rede própria do operador ou prestador de serviços (ponto 3.40.).

A oferta Rede ADSL PT previa contrapartidas separadas para os serviços de acesso local e de acesso agregado. (ponto 3.48.). Em ambos os casos a Ré PTC cobrava aos operadores (i) um preço inicial de instalação, e, subsequentemente, (ii) uma mensalidade. (ponto 3.49.).

No caso do acesso local, a PTC cobrou um único preço de instalação até Maio de 2002. (ponto 3.50). O preço da mensalidade (...) variava em função da classe de serviço, isto é, da velocidade de transmissão de dados concretamente encomendada pelo operador. (ponto 3.51.).

No caso do acesso agregado, os preços (instalação e mensalidade) variavam em função da capacidade da interface física que fosse escolhida. (ponto 3.52). Aqui, para além da mensalidade correspondente a cada interface individual, a PTC cobrava uma mensalidade adicional por cada unidade (Megabit) do débito total dos acessos agregados instalados. (ponto 3.53.).

*

Em Março de 2001, a **Novis** solicitou à Ré **PTC** a prestação do serviço “ Rede ADSL PT”, aceitando as condições gerais apresentadas pela Ré. (ponto 3.78.).

A Novis não celebrou contrato escrito de “ Rede ADSL PT ”com a Ré PTC. (ponto 3.80.).

Em data anterior a Setembro de 2002, a Clixgest acordou com a Novis usar a capacidade de transmissão que esta solicitava, directamente, à Ré PTC, o que era do conhecimento da referida Ré e foi aceite por esta. (ponto 3.81.).

A Clixgest passou a adquirir à Novis a parte daqueles acessos de que necessitava para os seus clientes, todos do mercado residencial. (ponto 3.82.).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Nas encomendas que fazia à PTC, a Novis passou a identificar os pedidos de acessos locais destinados ao mercado residencial pela sigla «NVRES». (ponto 3.83.), enquanto os acessos locais para prestar serviços a empresas eram identificados pela designação «NVEMP». (ponto 3.84.).

A PTC sabia que a Novis não tinha actividade no mercado residencial. (ponto 3.86).

Se houvesse avarias com a linha telefónica ou um corte de serviço após a activação de um cliente da oferta CLIX Turbo, os responsáveis da Clixgest reportavam directamente a avaria à PTC, que em seguida a resolvia. (ponto 3.87.).

*

Em face do exposto, impõe-se concluir que **entre a Novis e a PTC foi celebrado um contrato de prestação de serviços “Rede ADSL PT”.**

Pese embora a factualidade alegada quanto á **Clixgest**, a mesma não era parte no contrato, mas mera beneficiária do mesmo, através da Novis, mediante um acordo estabelecido entre ambas. O facto de tal ser do conhecimento da PTC e ter sido aceite por esta, não significa, de forma alguma, que a mesma se tenha tornado parte do contrato, no sentido em que não a torna sujeito de direitos e deveres relativamente á PTC.

Por outro lado, pese embora esteja provado que o grupo Portugal Telecom (PT) era encabeçado pela **PT, SGPS, S A** (ponto 3.9.) e que esta última dominava e controlava a PTC (ponto 3.10.), a verdade é que a PT SGPS, S A também não era parte no contrato.

Não sendo a Clixgest nem a PT SGPS, S A partes do referido contrato, o facto provado descrito no ponto 3.79. carece de ser lido de forma integrada com a restante factualidade.

Assim, quando ali se diz que desde Março de 2001 e até ao presente, que as RR. forneceram serviços grossistas de banda larga à autora, de forma continuada, disponibilizando, desde então, o acesso á rede ADSL e cobrando á autora, mensalmente, o preço pelo serviço prestado (instalação e mensalidades), nos termos e nas condições gerais da oferta “ Rede ADSL PT”, há que ter em consideração que tal referência não abrange:

- no que á “A.” diz respeito, até 02.12.2005., a Clixgest, por até essa data constituir uma sociedade com personalidade jurídica própria e não haver prova da celebração de qualquer contrato entre ela e a PTC e não abrange depois dessa data, por ter deixado de ter personalidade jurídica em virtude da incorporação na Novis (ponto 3.6. e 3.7);

- e no que ás “ RR.” diz respeito, não abrange a PT SGPS, S A, por não ser parte no contrato.

*

A **21.05.2002**, a PTC informou os operadores, incluindo a OPTIMUS, que ia lançar uma nova versão da oferta Rede ADSL PT (a versão 11) com um conjunto de alterações que entrariam em vigor no dia seguinte, com o conteúdo descrito a fls. 629-695, cujo teor se dá aqui integralmente por reproduzido. (ponto 3.88).

A Ré PTC introduziu uma nova classe de serviço 0, com velocidades de



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

acesso de 512 kbps / 128 kbps, em sentido descendente e ascendente, respectivamente. (ponto 3.90.).

Antes desta alteração, existiam apenas as classes de serviço 1, 2 e 3, com as seguintes características de velocidade de transmissão de dados:

- (i) Classe 1 (256 kbps / 64 kbps);
- (ii) Classe 2 (768 kbps / 128 kbps);
- (iii) Classe 3 (1024 kbps / 128 kbps). (ponto 3.91.).

Os preços grossistas (sem IVA) praticados pela Ré PTC partir de Maio de 2002 foram: (ponto 3.94.).

Preços do Acesso local	
Instalação	
Modalidade A	€ 99,76
Modalidade B	€ 70,00
Mensalidades do Acesso local	
Classe 0 – 512k/128k	€ 21,90
Classe 1 – 256k/128k	€ 29,93
Classe 2 – 786k/128 k	€ 52,37
Classe 3 – 1024k/256k	€ 74,82
Preços do acesso agregado	
Instalação	
E3 (34 Mbps)	€ 6.484,37
STM-1 (155 Mbps)	€ 13.218,14
Preço mensal do acesso agregado	
E3 (34 Mbps)	€ 3.740,98
STM-1 (155 Mbps)	€ 9.352,46
Preço mensal por Mbps do Débito total dos acessos agregados (preço em escada)	
Débito total de 2 Mbps a 34 Mbps	€ 448,92
Débito total de 36 Mbps a 100 Mbps	€ 404,03
Débito total de 102 Mbps a 154 Mbps	€ 359,13
Débito total de superior a 154 Mbps	€ 314,24

Como resulta de fls. 634v.-637, o preço e os descontos constituem o ponto 7 da descrição do serviço, depois repetidos no Anexo 6 que consta de fls. 681-683v.

Foi introduzida uma nova modalidade de fornecimento de acessos locais (designada por modalidade B), que permitia a auto-instalação do serviço pelos consumidores. (ponto 3.95.).

Desde a sua versão inicial, a oferta Rede ADSL PT previa a atribuição de descontos no valor das mensalidades de acesso agregado e acesso local. (ponto 3.98.).

Estes descontos variavam em função de dois factores: (i) o número de clientes finais do operador (isto é, na terminologia da oferta Rede ADSL PT, o seu «parque equivalente de acessos locais»), e (ii) o prazo de duração do seu contrato



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

com a PTC. (ponto 3.99.).

Quanto mais clientes (e, portanto, acessos locais) um operador tivesse e quanto mais longo fosse o seu vínculo contratual com a Ré PTC, maiores seriam os descontos aplicáveis às suas mensalidades. (ponto 3.100).

A 21 de Maio de 2002, o sistema de descontos foi alterado nos seguintes termos (3.102.):

- a) passou a exigir-se a celebração de um contrato escrito de prestação de serviços para que o operador pudesse aceder a quaisquer descontos;
- b) os patamares e percentagens de desconto passaram a ser os seguintes:

Parque mensal equivalente de acessos locais	Prazo do contrato				
	1 ano	2 anos	3 anos	4 anos	5 anos
0	2.500	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
2.501	5.000	0,0%	0,0%	2,5%	5,0%
5.001	10.000	0,0%	2,5%	5,0%	7,5%
10.001	25.000	2,5%	5,0%	7,5%	10,0%
25.001	60.000	5,0%	7,5%	10,0%	12,5%
> 60.000		7,5%	10,0%	12,5%	17,5%
					25,0%

c) foi alterada a fórmula de cálculo dos descontos, passando a considerar-se o parque equivalente de acessos mensal, isto é, o número de acessos locais contratados por um operador no final de cada mês (e já não o parque médio mensal).

d) os descontos passaram a ser aplicados ao parque de acessos existente no final de cada ano o que, na prática, equivalia a aplicar retroactivamente para todo o ano já decorrido o desconto correspondente ao parque de clientes existente a 31 de Dezembro desse ano. (al. Q 3) da MA).

*

O art.º 280º n.º 1 do CC dispõe que é nulo o negócio jurídico cujo objecto seja contrário á lei.

Como refere Mota Pinto, in Teoria Geral do Direito Civil, pág. 547, o art.º 280º do CC, utiliza a expressão objecto negocial em sentido amplo, abrangendo tanto o objecto imediato ou conteúdo, como o objecto mediato.

E relativamente ao objecto imediato nas obrigações, refere (ob. cit. pág. 331 e 334) que é o comportamento do devedor, ou seja, a prestação – um actividade nas obrigações de prestações de coisa ou de facto positivo; uma abstenção nas obrigações de prestação de facto negativo .

No caso temos uma prestação – o preço, a cargo do devedor, a Novis – e descontos – uma prestação, a cargo do credor, a PTC.

Tais prestações integram parte do objecto imediato do negócio dos autos, uma vez que o mesmo inclui outras prestações, que não são colocadas em causa.

Relativamente à última das prestações, importa verificar que muito embora fizesse parte do negócio em abstracto, não fazia parte do negócio em concreto,



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

estabelecido com a Novis, pois era exigida celebração de um contrato escrito de prestação de serviços para que o operador pudesse aceder a quaisquer descontos e está provado (ponto 3.103.) que a Telepac foi a única empresa utilizadora da oferta Rede ADSL PT que celebrou com a Ré PTC contrato escrito de prestação de serviços com prazo de 5 anos. (al. R 3) da MA).

Se não fazia parte do concreto acordo celebrado entre a PTC e a Novis os descontos, se os mesmos não integravam o contrato, os mesmos não têm, na relação entre as partes, qualquer existência jurídica, pelo que não tem qualquer cabimento pretender-se a sua declaração de nulidade.

*

A questão que então se coloca (e que é a central) é de saber se as referidas prestações preços são contrárias à lei.

*

B - Identificação das normas legais relativas ao abuso de posição dominante por esmagamento de margens e respectivo conteúdo cogente -

Na matéria em apreço é essencial ter em consideração o direito comunitário da concorrência - mais concretamente os artigos 81º e 82º do Tratado CE, actualmente os artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - de aplicação directa (art.º 8º da CRP) desde que o acto em concreto afecte o comércio entre Estados-membros - e o Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Mesmo não sendo caso de aplicação directa importa conhecer tal direito (e respectiva jurisprudência) uma vez que o direito português a ele está matricialmente ligado.

De referir que o enquadramento a que nos propomos de seguida não é mais do que uma síntese, eventualmente limitada e incompleta, tendo em consideração a complexa e rica jurisprudência do Tribunal de Justiça.

*

O art.º 102º dispõe:

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) **Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;**
- b) *Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) *Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- d) *Subordinar a celebração de contratos á aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

*

No direito interno, a matéria da concorrência tem consagração constitucional, mais concretamente no art.^º 81º alínea f) da CRP onde se prevê que é uma incumbência prioritária do Estado assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.

Norma programática, que foi concretizada com a Lei n.^º 422/83, de 3 de Dezembro, que aprovou um conjunto de normas de defesa da concorrência, a que sucedeu o DL n.^º 371/93, de 29 de Outubro, a que por sua vez sucedeu a Lei n.^º 18/2003, de 11 de Junho e a que sucedeu já a Lei n.^º 19/2012, de 08 de Maio.

Relativamente aos objectivos das normas da concorrência (para uma análise dos fundamentos políticos e económicos do direito da concorrência, remete-se para Miguel Moura e Silva, Direito da Concorrência, pág. 10 e seguintes) dizia-se no Preambulo da Lei n.^º 422/83:

“A defesa da concorrência constitui, na verdade, um dos instrumentos essenciais da política económica, sendo-lhe comumente reconhecidas duas grandes virtualidades: a de garantir aos consumidores uma escolha diversificada de bens e serviços, nas melhores condições de qualidade e de preço, e a de estimular as empresas a racionalizar ao máximo a produção e a distribuição dos bens e serviços e a adaptarem-se constantemente ao progresso técnico e científico”

E no Preambulo do DL n.^º 371/93 dizia-se:

“O presente diploma visa integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização e de dinamismo concorrencial, contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores”.

Olhando para o Direito Comunitário, para a Constituição da República Portuguesa e para a lei ordinária, estamos perante um conjunto de normas que visam tutelar um bem jurídico público – a concorrência – sendo tal tutela assegurada por um conjunto de normas de proibição e de normas sancionatórias e pela existência de uma entidade pública a quem cabe, no plano sancionatório, identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei, pelo que estamos perante um conjunto de normas imperativas.

*

No caso e tendo em consideração que os factos em apreço ocorreram em 2002 e, na óptica da A., se prolongaram até 2005, há que considerar os diplomas então vigentes - o DL n.^º 371/93, de 29 de Outubro e a Lei n.^º 18/2003, de 11 de Junho.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

*

O **DL 371/93** dispunha no art.^º 3^º n.^º 1 que é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

O n.^º 2 do mesmo preceito dispunha:

Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

- a) *a empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;*
- b) *duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofram concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros .*

E o n.^º 3 dispunha:

Sem prejuízo da ponderação, em cada caso concreto, de outros factores relativos às empresas e ao mercado, presume-se que:

- a) *se encontra na situação prevista na alínea a) do número anterior uma empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%;*
- b) *se encontram na situação prevista na alínea b) do número anterior as empresas que detenham no conjunto do mercado nacional de determinado bem ou serviço:*
 - i) *uma participação igual ou superior a 50%, tratando-se de três ou menos empresas;*
 - ii) *uma participação igual ou superior a 65%, tratando-se de cinco ou menos empresas.*

Finalmente o n.^º 4 dispunha que podia ser considerada abusiva, designadamente, a adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.^º 1 do art.^º 2º e que eram:

- a) *fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;*
- b) *fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;*
- c) *limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- d) *repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- e) *aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;*
- f) *recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

- g) *subordinar a celebração de contratos á aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.*

*

Por sua vez, na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, os n.º 1 e 2 do art.º 6º, relativo ao abuso de posição dominante, são idênticos aos n.º 1 e 2 do art.º 3º do DL 371/93.

Foram eliminadas as presunções estabelecidas no n.º 3 do art.º 3º do DL 371/93.

O art.º 3º da Lei n.º 18/2003 dispunha que pode ser considerada abusiva, designadamente.

- a) *A adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 4º;*
- b) *A recusa de facultar, contra a remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou outras infra-estruturas essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em termos de razoabilidade.*

Relativamente aos comportamentos referidos no n.º 1 do art.º 4º, são os que já estavam identificados no n.º 1 do art.º 2º do DL 371/93.

A alínea b) constitui uma previsão nova, relativamente ao diploma anterior.

*

Do exposto, resulta que, com excepção das presunções então estabelecidas no n.º 3 do art.º 6º do DL 371/93 e com excepção da inovação constante da alínea b) do art.º 3º da lei n.º 18/2003, as diferenças entre os dois diplomas não são substanciais, pelo que o Direito aplicável resulta, no essencial, idêntico.

Além disso, na concretização do direito da concorrência é essencial a prática da Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

*

Como resulta das diversas normas referidas, o direito da concorrência tem como destinatários / obrigados, **as “empresas”**.

O DL 371/93 não continha uma definição de empresa.

A Lei n.º 18/2003, no seu art.º 2º, define empresa como sendo “qualquer entidade que exerça uma actividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento”.

Como refere Ricardo Bordalo Junqueiro, in Abusos de Posição Dominante, 2012, pág. 15, “o conceito de empresa é muito abrangente e pode incluir entidades de direito privado ou de direito público, entidades com ou sem fins lucrativos, profissionais liberais, parcerias, cooperativas, associações desportivas, entre outros.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

O que releva é que a entidade em causa se encontre envolvida numa actividade económica.

Por outro lado, o n.º 2 do art.º 2º da Lei n.º 18/2003 dispõe que:

*“ Considera-se como uma **única empresa**, o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 1 do art.º 10º”.*

O n.º 1 do art.º 10º dispõe:

“ Para o cálculo da quota de mercado e do volume de negócios previstos no artigo anterior ter-se-ão em conta, cumulativamente, os volumes de negócios:

- a) *Das empresas participantes na concentração;*
- b) *Das empresas em que estas dispõem directa ou indirectamente:
De uma participação maioritária no capital;
De mais de metade dos votos;
Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;
Do poder de gerir os negócios da empresa;*
- c) *Das empresas que dispõem nas empresas participantes, isoladamente ou em conjunto, dos direitos ou poderes enumerados na alínea b);*
- d) *Das empresas nas quais uma empresa referida na alínea c) dispõe dos direitos ou poderes enumerados na alínea b);*
- e) *Das empresas em que várias empresas referidas nas alíneas a) a d) dispõem em conjunto, entre elas ou com empresas terceiras, dos direitos ou poderes enumerados na alínea b).*

A este respeito importa salientar que o art.º 3º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que trata da noção de empresa, tem uma redacção mais concisa e clara.

*

Por outro lado, a posição dominante e o abuso da mesma, têm como campo de actuação o mercado.

Mas para o direito da concorrência e em particular para a questão dos abusos de posição dominante, não releva o “mercado” entendido em termos amplos e comuns como o “lugar” em que se ocorrem as trocas de bens e serviços por dinheiro, mas a relação de concorrência entre produtos ou serviços e entre empresas e que se denomina de **“mercado relevante”**.

Na vigência do art.º 82º do Tratado de Roma, a Comissão adoptou uma Comunicação (97/C 372/03) relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, em que nos pontos 2 e 3 considera:

“ 2. A definição de mercado constitui um instrumento para identificar e definir os limites da concorrência entre as empresas. Permite estabelecer o enquadramento do âmbito do qual a Comissão aplica a política de concorrência. O principal objectivo da definição de mercado consiste em identificar de uma forma sistemática os condicionalismos concorrenciais que as empresas em causa têm de enfrentar. O objectivo de definir um mercado, tanto em função do seu produto, como em função da sua dimensão geográfica é o de identificar os concorrentes efectivos das em



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

empresas em causa susceptíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de actuar independentemente de uma pressão concorrencial efectiva. É nesta óptica que a definição de mercado permite subsequentemente calcular as quotas de mercado, o que representa uma informação profícua em relação ao poder de mercado para apreciar a existência de uma posição dominante ou para efeitos de aplicação do art.º 85º.

3.Tendo em conta o exposto no ponto 2, o conceito de mercado relevante é distinto dos outros conceitos de mercado frequentemente utilizados noutras contextos. Por exemplo, as empresas empregam frequentemente o termo mercado para se referirem à área em que vendem os seus produtos ou, em termos gerais, á indústria ou ao sector que integram”.

E no ponto 9 da mesma Comunicação, refere-se que o “mercado relevante no âmbito do qual se deve apreciar uma determinada questão, do ponto de vista da concorrência, é (...) determinado pela conjugação dos mercados do produto e geográfico “.

Nos pontos 7 e 8 da Comunicação são delimitados nos seguintes termos:

7. (...) Os mercados do produto relevante são definidos da seguinte forma: “Um mercado de produto relevante, comprehende todos os produtos e/ ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido á suas características, preços e utilização pretendida”.

8. Os mercados reográficos relevantes são definidos da seguinte forma: “O mercado geográfico relevante comprehende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogéneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”

Essencial á definição mercado do produto é a substituibilidade (e que é objecto da referida Comunicação nos pontos 15 a 23), distinguindo-se substituibilidade do lado da procura (a possibilidade de mudança dos consumidores para o produto B, em função de uma alteração do preço do produto A) e do lado da oferta (a possibilidade de os produtores, em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos, num curto prazo e sem necessidade de incorrer em custos ou riscos suplementares, mudarem da produção do produto A, para a produção do produto B) (sobre toda a questão do “mercado relevante “ veja-se a análise de Ricardo Bordalo Junqueiro, in Abusos de Posição Dominante, 2012, pág. 25 a 58).

*

Quanto á **posição dominante**, importa em primeiro lugar recordar o Memorando da Comissão Europeia de 1965 (parágrafo 22) e que considerou: “*O domínio do mercado não pode ser unicamente definido a partir da quota de mercado que uma empresa detém ou de outros elementos quantitativos de uma dada estrutura de mercado. Ele é, em primeiro lugar, um poder económico, isto é, a faculdade de exercer sobre o funcionamento do mercado uma influência notável e em princípio previsível para a empresa dominante. Esta faculdade económica de*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

uma empresa dominante, exerce influência sobre o comportamento e as decisões económicas de outras empresas, seja ou não utilizada num determinado sentido”

Por outro lado, o referido conceito foi definido em dois Acordãos que são, ainda hoje, uma referência essencial.

Desde logo o Acordão do Tribunal de Justiça, de 14/02/1978, Processo 27/26 United Brands c. Comissão, Colectânea 1978, 77 parágrafo 65::

A posição dominante diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente aos consumidores”.

Também no Acordão do Tribunal de Justiça de 13.02.1979, no processo 85/76, Hoffman-La Roche & Co. Ag c. Comissão, Colectânea, 1979-I, p. 217, para 38:

A referida posição dominante diz respeito a uma situação de poder económico detida 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.

Entretanto, a Comissão europeia, in Orientações sobre o artigo 82º do Tratado CE, de 24.02.2009., agora artº 102º do TFUE, nos pontos 10 e 11 refere:

“ 10. A posição dominante foi definida ao abrigo da legislação comunitária como sendo uma posição de poder económico de que goza determinada empresa e que lhe permite evitar uma concorrência efectiva em determinado mercado ao dar-lhe poder de ter uma conduta, em larga medida, independente dos seus concorrentes, dos seus clientes e mesmos dos consumidores [citando aqui os acórdão do TJ já referidos]. Esta noção de independência está relacionada com o grau de pressão competitiva a que a empresa em causa está sujeita. A posição dominante faz com que esta pressão concorrencial não seja suficientemente eficaz e, como tal, a empresa goza de um poder de mercado considerável e duradouro. Consequentemente, as decisões da empresa são em grande medida insensíveis às acções e reacções dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores. A Comissão poderá considerar que não existe uma pressão concorrencial efectiva, mesmo que subsista um certo grau de concorrência real ou potencial. Em geral, uma posição dominante resulta de uma combinação de vários factores que, isoladamente, não são necessariamente determinantes.

11. A Comissão considera que uma empresa que seja capaz de aumentar os preços acima do nível de concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo, não está sujeita a uma pressão concorrencial efectiva e suficiente e, como tal, pode ser considerada como estando em posição dominante. [Em nota de rodapé refere: (6) A definição de período de tempo significativo irá depender do produto e das circunstâncias do mercado em questão, mas normalmente um período de dois anos será considerado suficiente.]. Na presente Comunicação, a expressão “aumentar os preços” inclui o poder de manter os preços acima do nível da concorrência e é utilizada para referir as diferentes formas de influenciar os parâmetros da



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

concorrência – tais como, preços, produtividade, inovação, variedade ou qualidade dos bens e serviços – em benefício da empresa em posição dominante e em detimentos dos consumidores”.

E no ponto 12 refere:

“ A avaliação da posição dominante terá em consideração a estrutura concorrencial do mercado e, nomeadamente, os seguintes factores:

- pressões resultantes dos fornecimentos de concorrentes actuais e da sua posição no mercado (a posição da empresa no mercado e a posição dos seus concorrentes);*
- pressões resultantes de um risco credível de uma futura expansão dos actuais concorrentes ou de entrada de concorrentes potenciais (expansão e entrada).*
- Pressões resultantes da capacidade de negociação dos clientes da empresa (poder negocial dos compradores).*

O primeiro factor é depois analisado nos pontos 13 a 15 e neles a Comissão refere-se ás quotas de mercado, para dizer que dão uma primeira indicação útil quanto á estrutura do mercado, mas as mesmas têm de ser vistas à luz das condições específicas e, especialmente, da dinâmica do mercado e do grau de diferenciação dos produtos.

Não existe uma definição apriorística da quota a partir da qual se possa considerar que há posição dominante, pelo que há que considerar um conjunto de outros factores.

Quanto ao segundo factor, cuida da existência de barreiras á expansão (dos concorrentes actuais) ou á entrada (de concorrentes potenciais) e referem-se a circunstâncias que conferem vantagens competitivas á empresa alegadamente dominante e que não podem ser razoavelmente replicadas pelos seus rivais, nomeadamente: barreiras jurídicas, limitações de capacidade, economias de escala e de gama, vantagens de custo absolutas, acesso privilegiado à oferta, rede de distribuição e vendas muito desenvolvidas, experiência e reputação, supremacia tecnológica, efeito do portfolio, evidência comportamental – Ricardo Bordalo Junqueiro, Abusos de Posição Dominante, 2012, pág. 72-75.

Importa aqui de forma particular as limitações de capacidade - apenas a empresa dominante dispõe de capacidade para satisfazer as necessidades da procura. Para que os seus concorrentes, actuais ou potenciais, adquiram capacidade para satisfazer a totalidade da procura, teriam de realizar investimentos significativos, que implicam elevados custos para expandir a produção ou entrar no mercado, i.e., custos de entrada que não podem ser recuperados caso a entrada não seja bem sucedida.

*

Alerta Ricardo Bordalo Junqueiro, Abusos de Posição Dominante, 2012, pág. 88 para o facto de tanto a Comissão como o TJUE recorrerem a definições de abuso vagas e nem sempre consistentes e para o facto de o abuso assumir uma multiplicidade de formas.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Mas existem duas categorias principais de abuso: os abusos de exploração - os que se traduzem no aproveitamento do poder de mercado para extrair valor dos clientes - e os abusos por exclusão – os que são susceptíveis de prejudicar o funcionamento da concorrência no mercado – aut. e ob. cit. pág. 88.

No já citado Acordão do Tribunal de Justiça, de 14/02/1978, Processo 27/26 United Brands c. Comissão, Colectânea 1978, 77, para. 249, o tribunal referiu que um abuso de exploração é um comportamento mediante o qual “*uma empresa em posição dominante utilizou as possibilidades que resultam dessa posição para obter vantagens comerciais que não conseguiria obter face a uma concorrência normal e suficientemente eficaz*”.

Quanto ao abuso de exclusão, o Tribunal de Justiça, no também já citado Acórdão de 13.02.1979, no processo 85/76, Hoffman-La Roche & Co. Ag c. Comissão, Colectânea, 1979-I, p. 217, para 91, referiu:

A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.

Ricardo Bordalo Junqueiro, Abusos de Posição Dominante, 2012, pág. 90-107 refere que o TJUE caracterizou o conceito de abuso por exclusão destacando quatro elementos:

- i) A natureza objectiva do conceito de abuso;
- ii) Efeito sobre a manutenção ou o desenvolvimento da concorrência no mercado;
- iii) Comportamento diferente daqueles que regem uma competição de produtos ou serviços com base nas prestações das empresas, i.e., diferente da concorrência por mérito;
- iv) Responsabilidade especial da empresa dominante em não permitir que a sua conduta atente contra a concorrência do mercado.

Relativamente ao primeiro refere que, com excepção da prática de preços predatórios, não é necessário indagar da verificação de qualquer elemento subjectivo, sem prejuízo de, á luz do direito interno, só poderem ser aplicadas sanções pela prática de abusos de posição dominante verificado aquele elemento.

Relativamente ao segundo, colocam-se duas questões.

A primeira é saber se a existência de um abuso de posição dominante exige a demonstração de efeitos concretos ou prováveis do comportamento no mercado ou se basta que o comportamento seja adequado e susceptível de produzir tal resultado.

Refere o aut. e ob. cit., pág. 96 que a Comissão Europeia vem entendendo que a avaliação da compatibilidade de um comportamento com o art.º 102º do TFUE



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

deve partir da apreciação dos efeitos concretos que provocou (ou dos que poderia provocar).

Quanto á jurisprudência anterior á referida Orientação (que data de 2009), refere o Acordão do TG de 30.09.2003., processo 3-203/01, Michelin c Comissão, col p. II-4071, pontos 238-239:

“ 238. Em apoio da sua argumentação, a recorrente refere-se à jurisprudência consolidada segundo a qual o conceito de exploração abusiva é um conceito objectivo que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença da empresa em questão, 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 II - 4159 ACÓRDÃO DE 30. 9. 2003 — PROCESSO T-203/01 com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência (acordaos Hoffmann-La Roche/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 91; Michelin/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 70; AKZO/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 69; e Irish Sugar/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 111; sublinhado nosso).

239. O «efeito» que a jurisprudência referida no número anterior menciona não respeita necessariamente ao efeito concreto do comportamento abusivo denunciado. Para efeitos de demonstração de uma violação do artigo 82.º CE, basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tende a restringir a concorrência ou, por outras palavras, que o comportamento é passível ou susceptível de ter tal efeito.”

Quanto á jurisprudência posterior cita dois acórdãos:

- o do Tribunal de Justiça, de 14/10/2010, proferido no processo C-280/08 P, Deutsche Telekom AG c. Comissão Europeia, consultável in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82938&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1063426> e em que recorda – ponto 251 – que “o artigo 82.º CE visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante, que tenham por efeito obstar, por meios diferentes dos que regem uma competição normal dos produtos ou dos serviços com base nas prestações dos operadores económicos, à manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou ao desenvolvimento dessa concorrência – afirmando depois – ponto 252 – que “o efeito anticoncorrencial que a Comissão tem de demonstrar, no que respeita a práticas tarifárias de uma empresa dominante que levem à compressão das margens dos seus concorrentes pelo menos igualmente eficazes, respeita aos eventuais entraves que as práticas tarifárias da recorrente possam ter causado ao desenvolvimento da oferta no mercado de retalho dos serviços de acesso aos utilizadores finais e, portanto, ao grau de concorrência nesse mercado – e ainda que – ponto 253 – “uma prática tarifária como a que está em causa no acórdão recorrido, adoptada por uma empresa dominante como a recorrente, constitui uma prática abusiva na acepção do artigo 82.º CE, uma vez que, ao produzir efeitos de expulsão dos concorrentes pelo menos tão eficazes



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

como ela, através da compressão das suas margens, tem condições para dificultar ou mesmo impossibilitar o acesso dos seus concorrentes a esse mercado e aí reforçar, assim, a sua posição dominante, em prejuízo dos interesses dos consumidores – para depois afirmar que – ponto 254 - É certo que, quando uma empresa dominante segue efectivamente uma prática tarifária que leve à compressão das margens dos seus concorrentes pelos menos igualmente eficazes, com o objectivo de os expulsar do mercado em causa, o facto de afinal não ter sido atingido o resultado esperado não afasta a qualificação de abuso na acepção do artigo 82.º CE. Contudo, não havendo o menor efeito na situação concorrencial dos concorrentes, uma prática tarifária como a que está em causa não pode ser qualificada de prática de expulsão, quando a penetração daqueles no mercado em nada é dificultada por essa prática.

- o Acordão do Tribunal Geral, de 29.03.2012., Proc. T-336/07, Telefónica e Telefónica de Espanha c. Comissão, considerou:

“ 268. O «efeito» a que se refere a jurisprudência citada no número anterior não respeita necessariamente ao efeito concreto do comportamento abusivo em causa. Para concluir pela existência de uma violação do artigo 82.º CE, basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tende a restringir a concorrência ou, por outras palavras, que o comportamento é suscetível de ter tal efeito (acórdãos do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2003, Michelin/Comissão, T-203/01, Colet., p. II-4071, n.º 239, e de 17 de dezembro de 2003, British Airways/Comissão, T-219/99, Colet., p. II-5917, n.º 293, e Microsoft/Comissão, já referido no n.º 58, supra, n.º 867). Assim, o efeito anticoncorrencial da prática de preços em causa no mercado deve existir, mas não tem necessariamente de ser concreto, sendo suficiente a demonstração de um efeito anticoncorrencial potencial suscetível de afastar os concorrentes pelo menos tão eficazes como a empresa em posição dominante (acórdão TeliaSonera Sverige, n.º 146, supra, n.º 64).

(...)

283. Uma vez que, para efeitos de demonstração de uma violação do artigo 82.º CE, basta demonstrar que o comportamento abusivo tende a restringir a concorrência (v. n.º 268, supra) e que, segundo jurisprudência bem assente, na medida em que determinados fundamentos de uma decisão sejam, só por si, suscetíveis de a justificar suficientemente, os vícios de que possam estar feridos outros fundamentos do ato são, de qualquer modo, irrelevantes para a sua parte decisória (acórdão do Tribunal Geral de 21 de setembro de 2005, EDP/Comissão, T-87/05, Colet., p. II-3745, n.º 144; v. igualmente, neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 2001, Comissão e França/TF1, C-302/99 P e C-308/99 P, Colet., p. I-5603, n.os 26 a 29), as alegações das recorrentes relativas à falta de prova dos efeitos concretos do comportamento da Telefónica no mercado devem ser rejeitadas por serem irrelevantes para a prova da infração alegada.

A segunda questão é saber se é necessária a demonstração de que a prática abusiva provocou um prejuízo para o consumidor.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

O aut. que vimos citando refere (pág. 100-101) que basta provar que as práticas prejudicam a concorrência para se provar igualmente o prejuízo do consumidor, não sendo necessária uma prova concreta desse prejuízo.

Relativamente ao terceiro ponto, um comportamento só deve ser considerado abusivo se for provável que levará à exclusão de concorrentes igualmente eficientes.

No já citado Acordão de 29.03.2012., Proc. T-336/07, Telefónica e Telefónica de Espanha c. Comissão, o Tribunal Geral ponderou:

"189 Com efeito, há que recordar que o Tribunal de Justiça já precisou que o artigo 82.º CE proíbe, nomeadamente, que uma empresa em posição dominante se dedique a práticas tarifárias que produzam efeitos de expulsão dos seus concorrentes igualmente eficazes, atuais ou potenciais. Assim, explora de modo abusivo a sua posição dominante uma empresa que aplica uma política de preços destinada a afastar do mercado os concorrentes talvez tão eficientes como ela, mas que, devido à sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é feita (v., neste sentido, acórdão TeliaSonera Sverige, n.º 146, supra, n.os 39 e 40, e jurisprudência aí referida)."

Quanto ao quarto factor, não tem autonomia relativamente ao abuso, servindo apenas para acentuar que a empresa em posição dominante, perante a proibição de abuso dessa posição, tem um especial dever de cautela de não incorrer no mesmo e, assim, de não afectar a concorrência

*

Uma das formas de abuso de posição dominante é a **compressão ou esmagamento de margens**.

Seguindo o aut. e ob. cit., pág. 177-178, os casos de compressão de margens apresentam a seguinte configuração:

- a) uma "empresa verticalmente integrada" produz ou controla um *input* [em nota refere que se trata de input grossista, mas num caso de compressão de margens pode estar em causa um meio de produção, uma infraestrutura, um direito de propriedade intelectual, um interface, entre outros] para o qual não existem alternativas efectivas e de que os seus concorrentes necessitam para desenvolver a sua actividade num mercado de um produto derivado;
- b) a empresa verticalmente integrada em causa fornece o seu *input* a uma ou mais empresas, que o utilizam para desenvolver um produto ou para prestar um serviço num mercado (normalmente) a jusante, em concorrência com a sua divisão nesse mesmo mercado;
- c) o preço que a empresa verticalmente integrada cobra pelo *input* aos seus clientes-concorrentes, quando confrontado com o preço que [a sua divisão] pratica no mercado a jusante, não permite uma margem suficiente para fazer face aos seus próprios custos de produção.

E explica que nos casos de compressão de margens existe sempre uma relação vertical de fornecimento entre uma empresa dominante (no mercado grossista) e a(s) empresa(s) sua(s) cliente(s), que com ela concorre(m) no mercado de um produto derivado.

Do exposto e em termos mais singelos, a compressão de margens pressupõe uma "empresa" que actua no mercado grossista, onde é dominante (onde não



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

existe alternativa) e que também actua no mercado retalhista, onde existem outras empresas e uma actuação que consiste em praticar, no mercado grossista, um preço superior ao que pratica no mercado retalhista, preço este abaixo dos custos e que impede os clientes/concorrentes de concorrer.

Nesta situação os concorrentes adoptam uma de três atitudes: ou aumentam os preços, mas correm o risco de os consumidores não aderirem, acabando por não se conseguir manter no mercado; ou mantém os preços em nível idêntico ao da empresa grossista-concorrente, mas incorre em perdas, situação que eventualmente se torna insustentável e determina a sua saída do mercado; ou, pura e simplesmente, sai logo do mercado.

O resultado final a exclusão dos concorrentes do mercado, o que constitui um efeito anticoncorrencial.

*

A Comissão Europeia entendeu, na Comunicação sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações – Enquadramento, mercados relevantes e princípios, JO n.º C 265 de 22.08.1998, p. 2, que (sublinhados nossos):

“Compressão de preços

117. Quando o operador detém uma posição dominante no mercado de produtos ou serviços, uma compressão de preços pode constituir um abuso. Pode ser demonstrada a existência de uma compressão de preços se for comprovado que as operações a jusante de uma empresa em posição dominante não seriam rentáveis com base no preço a montante cobrado aos seus concorrentes por uma divisão de serviços a montante da empresa em posição dominante. A divisão não lucrativa a jusante poderia ser dissimulada se o operador em posição dominante afectasse os custos às suas operações de acesso, custos esses que deveriam ser correctamente imputados às operações a jusante, ou tivesse de outro modo indevidamente determinado os preços de transferência no âmbito da empresa. A recomendação da Comissão relativa à separação das contas no quadro da interconexão aborda esta questão, assinalando a proficuidade de contas separadas para as diferentes áreas comerciais no âmbito de um operador em posição dominante integrado verticalmente. A Comissão pode, se for caso disso, obrigar a empresa em posição dominante a apresentar contas separadas que tenham sido auditadas e que incidam sobre todos os aspectos necessários das actividades dessa empresa. No entanto, a existência de contas separadas não garante a inexistência de um abuso.

118. Em circunstâncias adequadas, pode ser igualmente demonstrada a existência de uma compressão de preços se for comprovado que a margem entre o preço facturado aos concorrentes no mercado a jusante (incluindo as eventuais operações a jusante do próprio operador) em matéria de acesso e o preço imputado pelo operador da rede no mercado a jusante é insuficiente para permitir a um prestador de serviços razoavelmente eficiente no mercado a jusante registar um nível de lucros normal (excepto se a empresa em posição dominante puder demonstrar que as suas operações a jusante são excecionalmente eficientes) (84).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

119. Na presença de qualquer um destes cenários, os concorrentes no mercado a jusante defrontar-se-iam com uma «compressão de preços» susceptível de os levar a abandonar o mercado.

E na Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do art.^º 82º do Tratado CE e que é agora o art.^º 102º do TFUE e concretamente o ponto 80 onde refere:

“Por último, em vez de recusar o fornecimento, uma empresa dominante, pode cobrar um preço pelo produto no mercado “a montante” que, em comparação com o preço cobrado mercado a “jusante” não permite que mesmo um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça de uma forma rentável e duradoura actividades no mercado a jusante (denominado por “compressão de margens”) (...)”

Refere o aut. e ob cit., pág. 179, que a Comissão entendia que havia uma aproximação entre a recusa do fornecimento do input a um dos concorrentes e a compressão de margens, no sentido em que em ambas as situações era necessário demonstrar a **indispensabilidade do input**, no sentido em que o mesmo era irreplicável, mesmo em termos menos vantajosos, pelos concorrentes.

E refere ainda (pag. 179-180) que tal aproximação foi afastada no Ac. do Tribunal de Justiça de 17.02.2011., proc. C-52/09, Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, sendo interveniente Tele2 Sverige AB.

Concretamente refere-se no citado Acordão [que é proferido no âmbito de um reenvio prejudicial do tribunal sueco e que, assim, não só responde a um conjunto de questões colocadas por aquele tribunal, como constitui uma síntese da jurisprudência sobre as grandes questões que se colocam nesta matéria](sublinhados nossos):

54 A TeliaSonera sustenta, a este respeito, que, para proteger precisamente a iniciativa económica das empresas em posição dominante, estas devem permanecer livres de fixar as suas condições comerciais, salvo se essas condições forem tão desfavoráveis para os seus co-contratantes que seja possível considerar, aplicando os critérios enunciados para este fim no acórdão de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791), que implicam uma recusa de fornecimento.

55 Tal interpretação decorre de uma leitura errada desse acórdão. Em particular, não se pode deduzir dos seus n.os 48 e 49 que as condições necessárias para determinar a existência de uma recusa abusiva de fornecimento devem ser necessariamente aplicadas também ao apreciar o carácter abusivo de um comportamento que consiste em sujeitar a prestação de serviços ou a venda de produtos a condições desfavoráveis nas quais o adquirente poderia não estar interessado.

56 Com efeito, tais comportamentos poderiam, por si mesmos, constituir uma forma autónoma de abuso diferente da recusa de fornecimento.

57 De resto, importa constatar que o Tribunal de Justiça, nos números indicados do acórdão Bronner, já referido, tendo sido chamado, no essencial, a interpretar o artigo 86.º do Tratado CE (que passou a artigo 82.º CE, que, por sua



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

vez, passou a artigo 102.º TFUE) quanto às condições nas quais uma recusa de fornecimento pode ser abusiva, não se pronunciou sobre a questão de saber se o facto de uma empresa recusar o acesso ao seu sistema de distribuição domiciliária ao editor de um jornal diário concorrente se este não lhe confiar, simultaneamente, a execução de outros serviços, como a venda nos quiosques ou a impressão, constitui um abuso de posição dominante como, por exemplo, a aplicação de vendas ligadas.

58 Por outro lado, a interpretação contrária do acórdão Bronner, já referido, preconizada pela TeliaSonera equivaleria, como alega a Comissão Europeia, a exigir que, para que se possa considerar abusivo todo o comportamento de uma empresa dominante relativamente às condições comerciais desta, estejam sempre preenchidos os requisitos necessários para determinar a existência de uma recusa de fornecimento, o que reduziria indevidamente o efeito útil do artigo 102.º TFUE.

59 Resulta do exposto que a falta de uma obrigação regulamentar de fornecer as prestações ADSL intermédias no mercado grossista não tem nenhuma incidência no que respeita ao carácter abusivo da prática tarifária em causa no processo principal."

O aut. citado critica a orientação do TJ no referido Acordão (pág. 183-185), afirmando que, se depois dele não é possível continuar a dizer-se que só depois de demonstrada a indispensabilidade do input pode ter lugar uma compressão de margens abusiva, em termos práticos será muito difícil demonstrar que uma prática de compressão de margens origina um efeito anticoncorrencial, mesmo que só potencial, quando os concorrentes dispõem de alternativas efectivas ao input em questão.

Quanto ao método utilizado pela Comissão, para apurar a compressão e margens refere-se no Acordão do Tribunal Geral de 10.04.2008., processo T-271/03, Deutsche Telekom AG c. Comissão:

169 Nos considerandos 106 a 139 da decisão recorrida, a Comissão expõe o método que adoptou para calcular a compressão das margens.

170 Sublinha, em primeiro lugar, que a determinação da compressão das margens abusiva se baseia na comparação entre «as tarifas cobradas [por uma empresa que detém uma posição dominante no mercado] aos utilizadores finais e as tarifas cobradas aos operadores da concorrência pela prestação de serviços equivalentes» (decisão recorrida, considerando 107).

171 A Comissão acrescenta que «a comparabilidade entre os serviços prestados a montante e a jusante é decisiva para comprovar a existência de compressão das margens» (decisão recorrida, considerando 109). Segundo a Comissão, como, «[r]egra geral, os operadores da concorrência prestam, tal como o operador histórico, todo um conjunto de serviços destinados a utilizadores finais», é «necessário averiguar até que ponto é possível comparar os serviços prestados aos utilizadores finais com os serviços de acesso grossista ao lacete local prestados pelo operador histórico, ou seja, até que ponto as características técnicas destes dois tipos de serviços são idênticas ou equiparáveis e em que medida permitem a prestação dos mesmos serviços ou de serviços semelhantes» (decisão recorrida, considerando 109).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

(...)"

173 Segundo a Comissão, existe uma compressão das margens abusiva se a diferença entre as tarifas cobradas aos utilizadores finais e as tarifas cobradas aos operadores da concorrência pela prestação de serviços equivalentes for «negativa ou insuficiente para cobrir os custos específicos dos produtos do operador que detém uma posição dominante no mercado para prestar serviços aos seus próprios clientes finais no mercado a jusante» (decisão recorrida, considerando 107). A Comissão baseia-se assim nas tarifas e nos custos da recorrente para apreciar se as práticas tarifárias desta última são abusivas.

174 Para determinar se a diferença entre as tarifas cobradas aos utilizadores finais da recorrente e os preços dos seus serviços de acesso grossista conduz a uma compressão das margens abusiva, a Comissão compara o preço de um único serviço grossista (acesso ao lacete local) com o preço de uma pluralidade de serviços retalhistas destinados a assinantes (acessos nas variantes analógica, RDIS e ASDL) (decisão recorrida, considerando 113).

(...)"

175 Ao nível dos preços cobrados aos utilizadores finais, a Comissão não toma em consideração as receitas das comunicações telefónicas. Limita-se a efectuar uma análise das tarifas para os serviços de acesso à rede que compara com as tarifas dos serviços de acesso grossista (decisão recorrida, considerando 119).

176 Na medida em que RegTP definiu tarifas uniformes para os serviços de acesso grossista, independentemente da natureza dos serviços a jusante que os operadores ofereçam através do seu acesso ao lacete local proporcionado pela recorrente (decisão recorrida, considerando 113), há, segundo a Comissão, que comparar as tarifas para os serviços de acesso grossista com as tarifas médias para a totalidade das linhas de utilizadores finais, tendo em conta as variantes dos serviços de acesso que a recorrente comercializa efectivamente e os preços cobrados por cada uma dessas linhas (decisão recorrida, considerando 116).

177 Há ainda que recordar que os preços cobrados aos utilizadores finais (para cada variante oferecida pela recorrente) e os preços para os serviços de acesso grossista comportam dois elementos, a saber, uma tarifa única e uma assinatura mensal (decisão recorrida, considerando 142 e 149).

178 Para calcular o «preço mensal» das tarifas iniciais, estas foram divididas por [confidencial], número que corresponde à duração média (expressa em meses) de conservação de uma linha telefónica pelos utilizadores finais (decisão recorrida, considerando 148 e 151).

179 Deste modo, o preço mensal médio total cobrado aos utilizadores finais é constituído pela soma do preço da assinatura mensal médio (tendo em conta todos os serviços de acesso a utilizadores finais) e as tarifas iniciais médias (tendo em conta todos os serviços de acesso a utilizadores finais e a duração média de uma assinatura) (decisão recorrida, considerando 148).

180 O preço mensal médio total dos serviços de acesso grossista é constituído pela soma do preço da assinatura mensal e pelo preço das tarifas iniciais



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

médias (tendo em conta a duração média de uma assinatura) (decisão recorrida, considerando 151). As tarifas iniciais para os serviços de acesso grossista comportam, segundo a Comissão, também as tarifas de desactivação. A Comissão recorda que «[a] tarifa de desactivação da linha aplica-se ao restabelecimento da conexão de uma linha desagregada à rede da [corrente] e apenas é facturada aos operadores da concorrência no quadro da prestação de serviços de acesso grossista» e acrescenta que «[a] tarifa de disponibilização do acesso e a tarifa de desactivação de linha constituem, no seu conjunto, o montante global cobrado uma única vez pela [corrente] aos outros operadores pela prestação de serviços de acesso grossista» (decisão recorrida, considerando 151).

181 Com base nesse cálculo dos preços mensais, a Comissão constata que a margem entre os preços dos serviços de acesso grossista e os preços cobrados aos utilizadores finais da recorrente foi negativa de 1998 a 2001 (decisão recorrida, considerando 153). Atendendo a esta constatação, não era necessário, segundo a Comissão, «verificar se as referidas margens permitiam cobrir os custos [específicos] a jusante suportados pela [corrente] com os serviços prestados aos seus clientes» (decisão recorrida, considerando 153). Em contrapartida, sendo o afastamento positivo a partir de 2002, a Comissão calculou «os custos específicos dos produtos utilizados pela [corrente] para prestação de serviços aos clientes finais, por forma a determinar se a referida margem positiva permitia que a [corrente] cobrisse esses mesmos custos [específicos]» (decisão recorrida, considerando 154).

182 A Comissão conclui que, no momento da adopção da decisão recorrida, a compressão das margens para o acesso ao lacete local ainda existia (decisão recorrida, considerando 161), uma vez que os custos específicos da recorrente para a prestação dos serviços aos utilizadores finais continuavam a ser superiores à margem positiva entre os preços cobrados aos utilizadores finais e os preços dos serviços de acesso grossista (decisão recorrida, considerando 160).

No entanto o Tribunal Geral considerou que (ponto 185)

“ (...) embora a jurisdição comunitária exerça, de forma geral, uma fiscalização completa quanto à questão de saber se estão ou não reunidas as condições de aplicação das disposições do Tratado CE relativas à concorrência, a fiscalização que exerce sobre as apreciações económicas complexas feitas pela Comissão limita-se necessariamente à verificação do respeito das regras processuais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder (acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1985, Remia e o./Comissão, 42/84, Recueil, p. 2545, n.º 34; de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, n.º 62; e de 2 de Outubro de 2003, Thyssen Stahl/Comissão, C-194/99 P, Colect., p. I-10821, n.º 78).

Mas no ponto 186 observou:

186. (...) mesmo que até este momento o juiz comunitário ainda não se tenha pronunciado expressamente sobre o método a aplicação para efeitos de determinar a existência de uma compressão tarifária das margens, resulta, no entanto,



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

claramente da jurisprudência que o carácter abusivo das práticas tarifárias de uma empresa dominante é em princípio determinado com referência à sua própria situação e, consequentemente, em função das suas próprias tarifas e custos e não em função da situação dos concorrentes actuais ou potenciais.”

Tem-se em vista o teste do **operador igualmente eficiente**, que toma por base o preço cobrado pela empresa dominante aos seus concorrentes e avalia se, tendo de suportar tal preço, as operações retalhistas da empresa dominante seriam rentáveis. Se a resposta for positiva, não há violação do art.^º 102º do TFUE.

Importa ainda fazer referência a dois Acordão:

- o Ac. do TJ de 14.10.2010. no processo da Deutsche Telekom refere-se:

196 Quanto ao mérito dessa alegação, há que lembrar que, tal como resulta no n.º 186 do acórdão recorrido, e tal como também resulta dos n.os 4 e 12 do presente acórdão, o critério do concorrente igualmente eficaz seguido pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido consiste em analisar se as práticas tarifárias de uma empresa dominante criam o risco de afastar do mercado um operador económico tão eficaz como essa empresa, com base, unicamente, nas tarifas e custos dessa empresa, e não na situação específica dos seus concorrentes, reais ou potenciais.

197 No caso, tal como resulta do n.º 169 do presente acórdão, os custos da recorrente foram tomados em conta pelo Tribunal de Primeira Instância para determinar o carácter abusivo das suas práticas tarifárias, quando a margem entre os seus preços pelos serviços de acesso grossista ao lacete local e os seus preços de retalho pelos serviços de acesso aos utilizadores finais era positiva. Em tal caso, com efeito, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a Comissão podia acertadamente considerar essas práticas tarifárias como não equitativas, na acepção do artigo 82.º CE, uma vez que essa margem era insuficiente para cobrir os custos específicos dos produtos da recorrente para a prestação dos seus próprios serviços.

198 A esse respeito, há que lembrar que o Tribunal de Justiça já considerou que, para avaliar se as práticas tarifárias de uma empresa dominante são susceptíveis de eliminar um concorrente, em violação do artigo 82.º CE, há que seguir um critério baseado nos custos e na estratégia da própria empresa dominante (v. acórdãos, já referidos, AKZO/Comissão, n.º 74, e France Télécom/Comissão, n.º 108).

199 A esse respeito, o Tribunal de Justiça salientou, nomeadamente, que, com efeito, uma empresa dominante não pode afastar do mercado outras empresas talvez tão eficazes como ela, mas que, devido à sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é feita (v. acórdão AKZO/Comissão, já referido, n.º 72).

200 No caso, uma vez que o carácter abusivo das práticas tarifárias em causa no acórdão recorrido resulta da mesma forma, tal como decorre dos n.os 178 e 183 do presente acórdão, do seu efeito de expulsão dos concorrentes da recorrente, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu nenhum erro de direito ao considerar, no n.º 193 do acórdão recorrido, que a Comissão tinha tido razão ao



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

basear a sua análise do carácter abusivo das práticas tarifárias da recorrente, unicamente, por referência às suas tarifas e custos.

201 *Com efeito, tal como o Tribunal de Primeira Instância observou, no essencial, nos n.os 187 e 194 do acórdão recorrido, uma vez que esse critério permite verificar se a recorrente tinha condições para, por si própria, propor os seus serviços retalhistas aos utilizadores finais sem ser com prejuízo, se tivesse sido previamente obrigada a pagar os seus próprios preços pelos serviços de acesso grossista ao lacete local, era adequado a determinar se as práticas tarifárias da recorrente conduziam a um efeito de expulsão dos concorrentes através da compressão das suas margens.*

202 *Esse critério justifica-se ainda mais quando, como, no essencial, indica o Tribunal de Primeira Instância no n.º 192 do acórdão recorrido, está também em conformidade com o princípio geral da segurança jurídica, uma vez que tomar em conta os custos da empresa dominante lhe permite, tendo em conta a responsabilidade particular que tem nos termos do artigo 82.º CE, apreciar a legalidade dos seus próprios comportamentos. Com efeito, embora uma empresa dominante conheça os seus próprios custos e tarifas, em princípio, não conhece os dos seus concorrentes.*

203 *Isto não é posto em causa pelo facto, alegado pela recorrente, de que os seus concorrentes estão sujeitos a condições jurídicas e materiais menos condicionantes para fornecer os seus serviços de telecomunicações aos utilizadores finais. Com efeito, essa circunstância, admitindo-a demonstrada, não é susceptível de afectar o facto de uma empresa dominante, como a recorrente, não poder recorrer a práticas tarifárias susceptíveis de expulsar do mercado em causa concorrentes, pelo menos, igualmente eficazes, nem o facto de uma empresa como essa dever, tendo em conta a sua responsabilidade particular nos termos do artigo 82.º CE, ter a possibilidade de determinar por si própria se as suas práticas tarifárias respeitam essa disposição.*

- Acórdão do TJ de 17.11.2011., no processo TeliaSonera, refere-se:

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

26 *Acresce que a lista das práticas abusivas constante do artigo 102.º TFUE não é taxativa, de modo que a enumeração das práticas abusivas contida nessa disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo direito da União (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 173 e jurisprudência aí referida).*

27 *Com efeito, a exploração abusiva de uma posição dominante proibida por essa disposição é um conceito objectivo, que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante que, num mercado no qual, precisamente em consequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido, têm por efeito impedir, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal de produtos ou de serviços com base nas*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 174 e jurisprudência aí referida).

30 *Em particular, (...) compete ao órgão jurisdiccional de reenvio examinar, no essencial, se a prática tarifária aplicada pela TeliaSonera reveste um carácter não equitativo, na medida em que comprime efectivamente as margens dos seus concorrentes no mercado retalhista das prestações de ligação em banda larga aos clientes finais.*

31 *Na verdade, é a compressão de margens que, atendendo ao efeito eliminatório que é susceptível de criar para os concorrentes pelo menos tão eficientes como a empresa dominante, poderia, de per si, na falta de qualquer justificação objectiva, constituir um abuso na acepção do artigo 102.º TFUE (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 183).*

32 *Ora, no caso vertente, tal compressão de margens existiria, designadamente, se a diferença entre os preços grossistas das prestações ADSL intermédias e os preços retalhistas para as prestações de ligação em banda larga aos clientes finais fosse negativa ou insuficiente para cobrir os custos específicos das referidas prestações ADSL intermédias, que a TeliaSonera devia suportar para fornecer as suas próprias prestações retalhistas aos clientes finais, de modo que esta diferença não permitiria a um competidor tão eficiente como a referida empresa entrar em concorrência com ela para realizar as referidas prestações aos clientes finais.*

33 *Com efeito, nesse caso, embora os concorrentes sejam tão eficientes como a empresa em posição dominante, correm o risco de só poderem operar no mercado retalhista com prejuízos ou a taxas de rentabilidade artificialmente reduzidas.*

34 *Aliás, há que precisar que, estando o carácter não equitativo, na acepção do artigo 102.º TFUE, de tal prática tarifária relacionado com a própria existência da compressão de margens e não com a sua diferença precisa, não é necessário demonstrar que os preços grossistas para as prestações ADSL intermédias aos operadores ou os preços retalhistas para as prestações de ligação em banda larga aos clientes finais são, em si mesmos, abusivos pelo seu carácter excessivo ou predatório, consoante o caso (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.os 167 e 183).*

35 *Por outro lado, como sustenta a TeliaSonera, para que se possa entender que a diferença entre os preços das referidas prestações comprime as margens dos concorrentes da empresa dominante, há que ter em conta apenas os preços de prestações fornecidas aos concorrentes que sejam comparáveis às prestações a que a própria TeliaSonera recorre para aceder ao mercado retalhista, bem como os preços de prestações comparáveis fornecidas aos clientes finais no mercado retalhista pela TeliaSonera e pelos seus concorrentes. De modo semelhante, a comparação deve ser feita entre os preços concretamente praticados pela TeliaSonera e os seus concorrentes durante o mesmo período de tempo.*

Quanto aos preços a ter em conta



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

38 O Stockholms tingsrätt pergunta-se, em primeiro lugar, sobre se, para esse fim, importa ter em conta unicamente os preços retalhistas para as prestações aos clientes finais praticados pela empresa dominante ou também os que são aplicados pelos concorrentes para essas mesmas prestações.

39 A este respeito, importa recordar que o Tribunal de Justiça já precisou que o artigo 102.º TFUE proíbe, nomeadamente, que uma empresa em posição dominante utilize práticas tarifárias que eliminem os seus concorrentes com o mesmo grau de eficiência, existentes ou potenciais (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 177 e jurisprudência aí referida).

40 Explora, assim, de modo abusivo a sua posição dominante uma empresa que aplica uma política de preços visando eliminar do mercado concorrentes talvez tão eficientes como ela, mas que, devido à sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é feita (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 199).

41 Ora, a fim de apreciar a licitude da política de preços aplicada por uma empresa dominante, importa, em princípio, fazer referência a critérios de preços baseados nos custos suportados pela empresa dominante e na sua estratégia (v., neste sentido, acórdãos de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão, C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 74, e France Télécom/Comissão, já referido, n.º 108).

42 Em particular, quando se trata de uma prática tarifária que dá lugar à compressão de margens, a utilização de tais critérios de análise permite verificar se essa empresa teria sido suficientemente eficiente para oferecer, sem prejuízo, as suas prestações retalhistas aos clientes finais, se tivesse previamente de pagar os seus próprios preços grossistas pelas prestações intermédias (v., neste sentido, acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 201).

43 Ora, se a referida empresa só pudesse oferecer as suas prestações retalhistas com prejuízo, isto significaria que os concorrentes susceptíveis de serem eliminados pela aplicação da prática tarifária em questão não poderiam ser considerados menos eficientes que a empresa em posição dominante e que, portanto, o risco da sua eliminação seria devido a uma concorrência falseada. Com efeito, tal concorrência não se basearia unicamente nos méritos respectivos das empresas em causa.

44 De resto, esse critério justifica-se tanto mais quanto está também em conformidade com o princípio geral da segurança jurídica, uma vez que tomar em conta os custos e preços da empresa dominante permite a esta apreciar a legalidade do seu próprio comportamento, atendendo à responsabilidade particular que, como foi recordado no n.º 24 do presente acórdão, lhe incumbe por força do artigo 102.º TFUE. Com efeito, se uma empresa dominante conhece os seus próprios custos e tarifas, ela não conhece, em princípio, os dos seus concorrentes (acórdão Deutsche Telekom/Comissão, já referido, n.º 202).

46 Por conseguinte, importa concluir que, ao apreciar o carácter abusivo de uma prática tarifária que resulta na compressão de margens, há que ter em conta, em princípio e prioritariamente, os preços e os custos da empresa em causa no mercado das prestações retalhistas. Só quando não for possível, atendendo às



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

circunstâncias, fazer referência a esses preços e custos é que devem ser examinados os dos concorrentes que operam nesse mercado.

Finalmente, no Ac. do TG, de 29.03.2012., Proc. T-336/07, Telefónica e Telefónica de Espanha c. Comissão:

19 Segundo, quanto ao método de cálculo da compressão tarifária das margens, a Comissão considerou, primeiro, que o nível de eficácia dos concorrentes da Telefónica devia ser avaliado em função dos seus custos a jusante (método do «concorrente igualmente eficaz») (considerandos 311 a 315 da decisão impugnada); segundo, que o método pertinente de valorização dos custos, no caso em apreço, era o dos custos incrementais médios a longo prazo (a seguir «CMILT») [para a língua portuguesa CIMLP] (considerandos 316 a 324 da decisão impugnada); terceiro, que a avaliação da rentabilidade ao longo do tempo podia ser feita segundo dois métodos, a saber, o método denominado «período a período» e o método dos fluxos de tesouraria atualizados (a seguir «FTA») (considerandos 325 a 385 da decisão impugnada); quarto, que o cálculo da compressão tarifária das margens devia ser efetuado com base na carteira de serviços comercializados pela Telefónica no mercado relevante (considerandos 386 a 388 da decisão impugnada); e, quinto, quanto à escolha dos inputs a montante para o cálculo da reproduzibilidade dos preços a jusante, que as tarifas da Telefónica deviam ser reproduzíveis por um concorrente igualmente eficaz que utilizasse, pelo menos, um produto do mercado grossista da Telefónica em cada um dos mercados grossistas relevantes (considerandos 389 a 396 da decisão impugnada).

20 Terceiro, a Comissão calculou se a diferença entre os preços a jusante e a montante da Telefónica abrangia pelo menos os CMILT a jusante da Telefónica (considerandos 397 a 511 da decisão impugnada). Aplicando a metodologia descrita no ponto anterior, a Comissão calculou que os preços de retalho da Telefónica não tinham sido reproduzíveis com base nos seus produtos grossistas nacional ou regional, de setembro de 2001 a dezembro de 2006 (considerandos 512 a 542 da decisão impugnada).

(...)

237 Primeiro, há que rejeitar o argumento das recorrentes de que a Comissão não devia ter considerado os CMILT de comercialização com base nos dados contabilísticos da Telefónica, antes devendo utilizar os dados de fontes alternativas, como os painéis da Telefónica.

238 Como resulta dos considerandos 319 e 320 da decisão impugnada, o custo incremental a longo prazo de um produto corresponde aos encargos específicos do produto suportados pela empresa a longo prazo ligados ao volume total da produção do referido produto e, portanto, aos custos que a empresa teria evitado a longo prazo se tivesse decidido não produzir esse produto. A Comissão referiu, assim, que o custo incremental do produto a longo prazo devia abranger não apenas todos os custos fixos e variáveis diretamente ligados à produção do produto em causa, mas também uma proporção dos custos conjuntos ligados a essa atividade. (...) Daqui resulta que o CMILT corretamente calculado deve incluir uma proporção dos custos ligados à estrutura comercial da Telefónica que a sociedade



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

teria evitado a longo prazo se não tivesse fornecido os serviços a retalho de alta velocidade.

239 Ora, as recorrentes não contestam que a estimativa dos CMILT de comercialização, conforme constam da análise das perdas e ganhos da atividade de pormenor (*Economics ADSL*) (considerando 407 da decisão impugnada) e do painel (*ADSL scorecard*) da atividade de banda larga (considerandos 408 a 410 da decisão impugnada), não inclui como custos de comercialização [confidencial], subestimando assim os CMILT do produto de retalho de banda larga da Telefónica. Embora seja certo que as recorrentes afirmam que [confidencial], diga-se que este [confidencial], pelo que foi corretamente que a Comissão considerou que os CMILT do produto de retalho de banda larga da Telefónica estavam subavaliados.

Por outro lado, o facto de haver regulação sectorial, nomeadamente ao nível das tarifas, não isenta a empresa da responsabilidade ao nível do cumprimento das regras de concorrência, desde que para isso mantenha margem de manobra.

A este respeito é elucidativo o Ac. do TG, de 29.03.2012., Proc. T-336/07, Telefónica e Telefónica de Espanha c. Comissão:

327 Segundo, o argumento das recorrentes segundo o qual, contrariamente à afirmação que consta do considerando 724 da decisão impugnada, a Telefónica não dispunha de suficiente margem de manobra para fixar a sua política de preços, em virtude da regulação setorial aplicável, também não pode ser acolhido.

328 Há que lembrar que o artigo 82.º CE se refere apenas a comportamentos anticoncorrenciais adotados pelas empresas por sua própria iniciativa. Se uma legislação nacional impõe às empresas um comportamento anticoncorrencial ou cria um quadro jurídico que, por si só, elimina qualquer possibilidade de comportamento concorrencial da sua parte, o artigo 82.º CE não é aplicável. Em tal situação, a limitação da concorrência não está, como exige essa disposição, dentro dos comportamentos autónomos das empresas (v. acórdão TeliaSonera Sverige, n.º 146, supra, n.º 49 e jurisprudência aí referida).

329 Em contrapartida, o artigo 82.º CE pode ser aplicável se se verificar que a lei nacional deixa subsistir a possibilidade de uma concorrência suscetível de ser impedida, restringida ou falseada por comportamentos autónomos das empresas (v. acórdão TeliaSonera Sverige, n.º 146, supra, n.º 50 e jurisprudência aí referida).

330 Assim, o Tribunal de Justiça precisou que, não obstante essa lei, se uma empresa em posição dominante verticalmente integrada dispuser de margem de manobra para modificar mesmo apenas os seus preços de retalho, a compressão de margens pode, só por isso, ser-lhe imputada (acórdãos de 14 de outubro de 2010, Deutsche Telekom/Comissão, n.º 170, supra, n.º 85, e TeliaSonera Sverige, n.º 146, supra, n.º 51).

*

C - Saber se o objecto imediato da cláusula – prestação do preço – é, no todo ou em parte, contrário às referidas normas sobre abuso de posição dominante por compressão de margens -



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

A nulidade de cláusulas contratuais por violação de normas cogentes de direito da concorrência está prevista no art.^º 101^º n.^º 2 do TFUE e no similar n.^º 2 do art.^º 9^º da LdC.

No direito português, o tribunal conhece oficiosamente da nulidade do negócio jurídico – art.^º 286^º do CC – pelo que pode conhecer de tal nulidade.

Por outro lado tendo em consideração o disposto no art.^º 292^º do CC, a nulidade deve limitar-se aos elementos do acordo que constituem a infracção, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada, o que cabe à parte interessada na nulidade total alegar e provar – e tanto pode ser o autor, como o Réu, em invocação subsidiária – para o caso de se julgar verificada a nulidade parcial.

Inexistindo prova sobre qual teria sido a vontade das partes se tivessem previsto a invalidade parcial, considerando o princípio da manutenção do negócio subjacente ao art.^º 292^º, deve prevalecer a redução, em detrimento da invalidade total.

Nem o TFUE nem a LdC dispõem sobre os efeitos da nulidade.

Nesta medida e como já foi afirmado pelo TJ - acórdão de 18 de Dezembro de 1986, VAG France / Magne, proc. 10/86, parágrafos 14-15 - os efeitos do víncio de nulidade terão de ser apreciadas, a nível nacional, face ao direito vigente em cada Estado-Membro.

No direito português, o art.^º 289^º do CC dispõe que a declaração da nulidade tem efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente.

*

Feito o excuso que antecede, a primeira observação que se impõe fazer é que **o enfoque que é pedido nos autos é diferente daquele que tem sido realizado.**

Nos autos pede-se que seja analisado **se o objecto imediato da cláusula** – a prestação do preço – **é contrário, no todo ou em parte, às normas de direito da concorrência**, enquanto as análises que têm sido realizadas, seja pela Comissão Europeia seja pelo TG, seja pelo TJ, têm por **objecto apurar se foi praticado um facto ilícito anticoncorrencial.**

E esta observação é importante, porque **reduz a perspectiva de enfoque**. Não está em causa analisar **toda uma “acção”**, de contornos mais ou menos amplos e complexos, **mas apenas e tão só o objecto imediato daquela cláusula**.

Vem isto a significar, concretamente, que as realidades que, no apuramento de um facto ilícito, conteudificam os pressupostos de verificação daquele, no apuramento de uma norma contrária às regras da concorrência, as mesmas realidades são condição para apreciação da validade da cláusula – empresa verticalmente integrada, dominante no mercado grossista (se esta condição não se verificar, não é possível falar em abuso de posição dominante por compressão de margens) – e o cerne da questão – a compressão de margens em si mesma considerada.

*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Quanto à primeira realidade a considerar – a **empresa** – já acima ficou referido que partes no contrato em que se insere a cláusula cuja validade cumpre apreciar são apenas a **PTC**, no lado do fornecedor e a **Novis**, no lado do cliente.

Por outro lado, e quanto á questão da validade, traduz-se em verificar se o objecto imediato da cláusula traduz uma compressão de margens.

E constitui condição dessa apreciação a existência de uma empresa verticalmente integrada.

Dir-se-ia, assim, que apenas em relação á PTC cabia averiguar se é uma empresa verticalmente integrada.

A favor desta solução estaria o princípio geral da relatividade dos contratos previsto no n.^º 2 do art.^º 406º, onde se dispõe que em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei.

Sucede que o n.^º 2 do art.^º 2º da Lei n.^º 18/2003 dispunha que “*Considera-se como uma única empresa, o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.^º 1 do art.^º 10º*”.

O n.^º 1 alínea b) do art.^º 10º dispunha:

(...) empresas em que estas dispõem directa ou indirectamente:

De uma participação maioritária no capital;

De mais de metade dos votos;

Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;

Do poder de gerir os negócios da empresa;

Em face do exposto, não é possível olhar para a PTC de forma isolada, mas impõe-se verificar se a mesma forma com outras empresas, um *conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas constituem uma unidade económica ou que mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.^º 1 do art.^º 10º*.

Relativamente a esta matéria está provado que:

3.9. O grupo Portugal Telecom (PT), encabeçado pela Ré **PT SGPS**, é o operador histórico de comunicações electrónicas em Portugal. (al. G) da MA).

3.10. A Ré **PT SGPS** domina e controla a Ré **PTC** que é a empresa concessionária do serviço público de telecomunicações. (al. H) da MA).

3.15. Entre 2002 e 2004, o grupo Portugal Telecom integrava também a **Telepac**, (al. N) da MA).

3.16. empresa que, em Dezembro de 2004, se fundiu, por incorporação, na PT.COM – Comunicações Interactivas, S.A. e que, em Março de 2008, foi, por sua vez, incorporada na Ré PTC. (al. O) da MA).

Impõe-se ainda considerar provado por confissão o alegado no art.^º 110º da petição inicial, confessado no art.^º 248º da contestação, ou seja: que a **PT SGPS, SA** participa a 100% no capital da **PTC** e a 100% no capital da **PT Com** e que esta participa a 100% na **Telepac**.

*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

A lei não define o que seja uma **unidade económica**.

No Ac. do TJ de 19.07.2012., Processos apensos C-628/10 P e C-14/11 P, Alliance One International Inc. e Standard Commercial Tobacco Co. Inc., Trans-Continental Leaf Tobacco Corp. Ltd, c. Comissão Europeia considera-se que duas entidades juridicamente distintas - uma sociedade-mãe e uma filial - formam uma unidade económica quando a segunda não determine de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplique, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, atendendo em especial aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas, considerando ainda que no caso especial de uma sociedade-mãe que detém 100% do capital da sua filial, essa sociedade-mãe pode exercer uma influência decisiva no comportamento dessa filial e, por outro, existe uma presunção ilidível de que a referida sociedade-mãe exerce efetivamente essa influência, bastando provar que a totalidade do capital de uma filial é detida pela sua sociedade-mãe para se presumir que esta exerce efetivamente uma influência decisiva na política comercial dessa filial, presunção aquela ilidível.

No caso dos autos não estamos perante uma sociedade-mãe e uma sociedade filial, mas perante sociedades distintas, pelo que não é aplicável a referida presunção, apesar de estar provado que a PT SGPS, SA detêm 100% do capital da PTC e 100% no capital da PT Com e que esta participa a 100% na Telepac.

Por outro lado, não é possível afirmar, por não estar provado qualquer facto nesse sentido, que a PTC ou a Telepac não determinassem de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicassem, no essencial, as instruções que lhe fossem dadas, pela PT SGPS ou pela PT COM

*

Mas a lei considera que existe uma única empresa quando:

- uma empresa detém uma participação maioritária no capital de outra;
- uma empresa dispõe de mais de metade dos votos de outra;
- uma empresa dispõe da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização de outra;
- uma empresa detém o poder de gerir os negócios de outra.

Tendo em consideração a factualidade provada e concretamente que a PT SGPS, SA participa a 100% no capital da PTC e a 100% no capital da PT Com e que esta participa a 100% na Telepac, impõe-se afirmar que até Dezembro de 2004, muito embora se tratasse de empresas juridicamente distintas, nos termos e para os efeitos do disposto no art.^º 2^º n.^º 2 da LdC de 2003, conjugado com a primeira linha da alínea b) do n.^º 1 do art.^º 10^º da mesma Lei, as quatro referidas empresas constituíam **uma única empresa**.

*

Veremos adiante o requisito da empresa **verticalmente integrada**.

*

Quanto ao **mercado do produto relevante**, é a condição em que há uma precisão de enfoque.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Vejamos no entanto e antes de mais a factualidade provada:

3.21. Os **serviços de acesso à Internet**, em banda larga, substituíram, a partir de 2000/2001, de forma gradual e progressiva, os serviços de acesso em banda estreita (ou dial-up). (al. T) da MA).

3.22. A banda larga corresponde a uma modalidade de transmissão de dados a uma velocidade elevada, nomeadamente para fins de acesso à Internet. (al. U) da MA).

3.23. A tecnologia ADSL sobre a RBT [rede básica de telecomunicações], permite a utilização simultânea desta para acesso à internet em banda larga e para chamadas de voz. (resp. 1º da BI).

3.24. Em 2000, os serviços de acesso à internet em banda larga em local fixo aos consumidores finais (empresas e residenciais) podiam ser prestados sobre duas plataformas de rede:

- a rede telefónica / rede básica de telecomunicações (utilizando a tecnologia ADSL), controlada e gerida pela Ré PTC;

- a rede de cabo. (al. V) da MA).

Está ainda provado que em Dezembro de 2000, a PTC lançou, para outros operadores de telecomunicações e prestadores de serviços de acesso à internet, a oferta denominada “Rede ADSL PT”, de **serviços de acesso (...) à rede básica de telecomunicações**, com o conteúdo descrito a fls. 483-492 e que aqui se dá integralmente por reproduzido. (ponto 3.32.).

A oferta “Rede ADSLPT” visava permitir a outras empresas oferecer serviços de internet em banda larga aos consumidores finais (empresas e residenciais) utilizando capacidade de transmissão de dados fornecida pela PTC sobre a sua rede [rede básica de telecomunicações, que corresponde à rede telefónica fixa (ou “rede de cobre”) (ponto 3.13.) de que a PTC foi concessionária até final de 2002, data em que a adquiriu ao Estado – pontos 3.12. e 3.11.] (ponto 3.34.).

Os serviços prestados pela Ré PTC aos operadores, no âmbito desta oferta, consistiam no fornecimento de capacidade de transmissão, sobre a rede daquela, de dados entre a morada dos clientes finais e as centrais da rede da PTC, nas quais o tráfego de dados proveniente de múltiplos utilizadores é concentrado (agregado) e, em seguida, transferido para a infraestrutura de rede dos operadores, tudo mediante uma retribuição. (ponto 3.35.).

Uma vez que está em causa saber se o objecto imediato de uma cláusula, aposta num contrato de prestação de serviços de acesso à RBT, através da tecnologia ADSL.PT, permissiva da prestação de serviços de acesso à internet em banda larga a consumidores finais, viola as regras da concorrência, por constituir um abuso de posição dominante por compressão de margens, a definição do mercado de produto relevante fica desde logo delimitada:

- por um lado o mercado a **montante / grossista de acesso à rede da PTC e, concretamente, à plataforma ADSL.PT**, que visava permitir a outras empresas oferecer serviços de acesso à internet em banda larga aos consumidores finais;

- por outro, o mercado a **jusante/ retalhista de prestação de serviços de**



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

acesso à internet em banda larga, (mercado onde actuavam os denominados, na língua inglesa, de *internet services providers* ou ISP's), com base na rede básica de telecomunicações e mais concretamente na plataforma ADSL.PT

E deste modo não releva, ao nível do mercado grossista, a oferta de referência de acesso ao local (ORALL) e não releva, ao nível do mercado retalhista, a prestação de serviços de acesso à internet por cabo (não havia mercado grossista com base no cabo), **porque a cláusula cuja nulidade cumpre apreciar estava estabelecida num contrato que não tinha por objecto a ORALL, mas apenas o mercado de acesso à a RBT usando tecnologia ADSL e apenas tinha como sujeitos contratantes ISP's que usavam a referida RBT e a tecnologia ADSL.PT para produzir serviços de acesso à internet em banda larga e não o cabo.**

Quanto ao **mercado geográfico relevante**, uma vez que – ponto 3.25. – em 2000 a rede básica de telecomunicações da Ré PTC tinha cobertura nacional, podemos afirmar que aquele mercado é todo o território nacional.

*

Quanto á condição “ **empresa em posição dominante no mercado grossista**” (não é requisito que a empresa seja dominante no mercado retalhista – Ac. do TJ no Processo TeliaSonera, ponto 89) está provado – ponto 3.107. – que entre 2002 e 2003 a PTC era **o único fornecedor de serviços de acesso grossista em banda larga aos operadores** e ainda que – ponto 3.33. - **os termos e condições comerciais da oferta Rede ADSL PT (preços de acesso á rede e descontos) foram, até Junho de 2003, conformados livremente pela PTC, sem intervenção do regulador sectorial.** (resp. 9º da BI).

Por outro lado, está provado – ponto 3.27. – que em 2000 os operadores que entravam no mercado, incluindo a Novis e Clixgest não dispunham de uma rede própria de telecomunicações que lhes permitisse prestar serviços de acesso á internet em banda larga. (al. Z) da MA).

Além disso ficou provado – ponto 3.30. – que a partir de Dezembro de 2000 e até ao 4º trimestre de 2004, a utilização da plataforma Rede ADSL PT permitiu aos operadores o lançamento de novas ofertas retalhistas de prestação de serviços de acesso á internet em banda larga com custos inferiores e com acesso mais rápido ao mercado, relativamente e por ordem decrescente, à ORALL e á implementação de uma rede de cobre ou de cabo. (resp. 4º, 5º, 6º 7º e 8º da BI).

Extrai-se desta factualidade que para os clientes da PTC poderem, eventualmente, adquirir o *input* necessário à produção do serviço de acesso á internet em banda larga, teriam de realizar investimentos significativos. Mas a realização de tais investimentos, continham um óbice: não permitiam um acesso rápido ao mercado.

Neste ponto importa considerar estar provado – ponto 3.21. - que os serviços de internet em banda larga substituíram, a partir de 2000/2001, de forma gradual e progressiva, os serviços de acesso em banda estreita (dial-up).

Além disso ficou provado que:



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.26. A TV Cabo Portugal, S A começou a prestar serviços de acesso em banda larga, utilizando como plataforma a rede de cabo própria, no final de 2000, sob a marca “Netcabo”.

3.28. A Novis solicitou à TV Cabo, pelo menos duas vezes, uma das quais em Julho de 2002, acesso à sua rede, mas não obteve qualquer resposta. 3.29.

O grupo Portugal Telecom [3.19. A TV Cabo era dominada e controlada pela PT Multimédia – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, SGPS, S.A. (“PT Multimédia”) que, por sua vez, era detida maioritariamente pela PT SGPS.] nunca permitiu que outros operadores tivessem acesso à rede de cabo da TV Cabo, que considerava tecnicamente desadequada para o efeito – defendia que as redes de cabo não tinham a flexibilidade e os níveis de desagregação de uma rede ADSL e, por outro lado, tinham menos cobertura geográfica e qualidade de serviço.

Perante esta factualidade impõe-se considerar que a Novis, para poder entrar no mercado retalhista de prestação de serviços de acesso á internet em banda larga, **não tinha alternativa senão recorrer à plataforma ADSL.PT**

Analisando esta factualidade á luz da doutrina exposta quanto á questão da posição dominante, impõe-se concluir, que a PTC era a única empresa que dispunha de capacidade para satisfazer as necessidades da procura por parte dos ISP's, pelo que se mesma tinha uma posição dominante no mercado grossista de acesso à internet em banda larga.

*
Uma vez que acima se considerou que a PT SGPS, SA, a PTC, S A, a PT Com e a Telepac constituíam uma única empresa, na averiguação do elemento **“empresa verticalmente integrada”**, isto é, que está presente no mercado grossista e no mercado retalhista, impõe-se considerar as referidas quatro empresas.

A este respeito está provado que:

3.32. Em Dezembro de 2000, a PTC lançou, para outros operadores de telecomunicações e prestadores de serviços de acesso á internet, a oferta denominada “Rede ADSL PT”, de serviços de acesso (...) à rede básica de telecomunicações, com o conteúdo descrito a fls. 483-492 e que aqui se dá integralmente por reproduzido.

3.34. A oferta “Rede ADSLPT “ visava permitir a outras empresas oferecer serviços de internet em banda larga aos consumidores finais (empresas e residenciais) utilizando capacidade de transmissão de dados fornecida pela PTC sobre a sua rede [rede básica de telecomunicações, que corresponde à rede telefónica fixa (ou “rede de cobre”) (ponto 3.13.) de que a PTC foi concessionária até final de 2002, data em que a adquiriu ao Estado – pontos 3.12. e 3.11.].

3.17. – A **Telepac** dedicava-se, principalmente, à venda de serviços de acesso à internet em banda larga, suportados em tecnologia ADSL, a consumidores finais no mercado residencial.

3.116. Com base na nova versão da oferta Rede ADSL PT (a versão 11) de acesso à rede da PTC (velocidade de débito de dados de 512 kbps /128 kbps e possibilidade de activação pelo próprio cliente em regime de auto-instalação), a 08 de Julho de 2002, TELEPAC II – Comunicações Interactivas, S.A., lançou no mercado, a oferta de banda larga para consumidores residenciais, suportada na



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

rede telefónica, sob a marca ‘SAPO ADSL.PT – Standard’, por um preço fixo mensal de € 29,40 (sem IVA) e um preço de activação de € 42,02 (sem IVA).

Em face do exposto, temos que formando a PTC e a Telepac, conjuntamente com a PT SGPS, S A e a PT COM, uma única empresa e **estando a PTC presente no mercado grossita e a Telepac no mercado retalhista, está provado o requisito da empresa verticalmente integralmente.**

*

Já acima ficou referido que a PTC era dominante no mercado de acesso á rede, quer porque era a única empresa fornecedora desse serviço, quer porque os ISP's, para poderem entrar no mercado retalhista de prestação de serviços de acesso á internet em banda larga, não tinham alternativa, em termos de custos e em termos de tempo de entrada no mercado, senão recorrer à plataforma ADSL.PT

Destarte, a PTC controlava um *input* (plataforma ADSL.PT) para o qual não existiam alternativas efectivas e de que os seus concorrentes necessitavam para desenvolver a sua actividade no mercado (retalhista) da prestação de serviços de acesso á internet em banda larga.

Por outro lado, a PTC fornecia o seu *input* a uma ou mais empresas, que o utilizam para prestar o serviço de acesso á internet em banda larga aos c consumidores finais, em concorrência com a Telepac, que, como vimos, com as outras já referidas, constitui uma única empresa.

*

A questão que agora se impõe dilucidar – e que constitui o cerne dos autos – é saber se verifica uma **compressão de margens** o que passa por saber se entre o preço que a PTC (grossista) cobrava aos retalhistas e o preço que a Telepac (retalhista) cobrava no mercado retalhista havia uma diferença negativa ou, sendo positiva, se era suficiente para fazer face aos seus próprios (da Telepac) custos de produção, ou, dito de outra forma, saber se a PTC praticava (no mercado grossista), um preço superior ao que a Telepac praticava no mercado retalhista, preço este (da Telepac) abaixo dos seus custos de produção do serviço de acesso à internet em banda larga aos consumidores finais (pessoas singulares e empresas)

Neste conspecto para apurar a referida margem, mostra-se necessário apurar (por se mostrar adequada e racional, seguimos a metodologia da AdC plasmada a fls. 5173-5175 e 5527-5558), relativamente á empresa retalhista verticalmente integrada (porque é relativamente a ela que opera o OIE):

- as **receitas** (todas que são produzidas pela prestação do serviço: recurrentes – as que se verificam de forma continuada [mensalidades e consumos extra] - e não recurrentes – as que têm carácter pontual [activação e venda de equipamentos]);

- os **custos** (todos os custos que são necessários para a produção do serviço: custos de rede mensais, custos produção do ISP, custos de aquisição de clientes e remuneração dos capitais investidos).

*

Relativamente às **receitas**, está provado que:

3.116. Com base na nova versão da oferta Rede ADSL PT (a versão 11) de



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

acesso à rede da PTC (velocidade de débito de dados de 512 kbps /128 kbps e possibilidade de activação pelo próprio cliente em regime de auto-instalação), a 08 de Julho de 2002, TELEPAC II – Comunicações Interactivas, S.A., lançou no mercado, a oferta de banda larga para consumidores residenciais, suportada na rede telefónica, sob a marca ‘SAPO ADSL.PT – Standard’, por um preço fixo mensal de € 29,40 (sem IVA) e um preço de activação de € 42,02 (sem IVA). (al. F 4) da MA e resp. 28º e 27º da BI).

3.119. O valor das mensalidades e o preço de activação da oferta SAPO da Telepac mantiveram-se inalterados entre Julho de 2002 e Julho de 2003. (al. I 4) da MA).

3.120. De Julho de 2002 a Março de 2003 a Telepac cobrava aos clientes € 83,19 (sem IVA) pela aquisição do equipamento de modem. (al. J 4) da MA).

3.121. Em Março de 2003 a Telepac passou a entregar gratuitamente o equipamento aos novos assinantes. (al. L 4) da MA).

3.122. De Julho de 2002 a Janeiro de 2003 o volume de tráfego incluído no preço fixo da mensalidade era de 2 Gigabits. (al. M 4) da MA).

3.123. Em Janeiro de 2003, passou a ser de 20 Gigabits. (al. N 4) da MA).

3.124. De Julho de 2002 a Janeiro de 2003, o preço cobrado por cada 100 megabits de tráfego adicional, no caso de tráfego nacional era de € 1,06 (sem IVA). (al. O 4) da MA).

3.125. A partir de Janeiro de 2003 passou a ser de € 0,08 (sem IVA). (al. P 4) da MA).

3.118. No final de 2002, os assinantes da oferta SAPO da Telepac representavam mais de 80% do total de clientes de banda larga baseados em tecnologia ADSL. (al. H 4) da MA).

3.186. No final de 2002, a Telepac tinha 42.484 clientes das ofertas SAPO, o que equivalia a 80,6% do mercado de banda larga em ADSL. (art.º 120º da BI, considerado provado por acordo e resp. 27º da BI)

3.187. No final do 1º semestre de 2004, a Telepac tinha 252.844 clientes das ofertas SAPO, o que correspondia a 86,3% do mercado de banda larga em ADSL. (art.º 121º da BI, considerado provado por acordo e resp. 27º da BI).

*

Relativamente às **receitas recorrentes**, a factualidade provada indica-nos um elemento: a mensalidade que a Telepac cobrava e que se manteve inalterada - € 29,40.

E também indica que de Julho de 2002 a Janeiro de 2003, o preço cobrado por cada 100 megabits de tráfego adicional, no caso de tráfego nacional era de € 1,06 (sem IVA) e que a partir de Janeiro de 2003 passou a ser de € 0,08 (sem IVA). (al. P 4) da MA).

Porém, como considerar este valor no cálculo ?

Apenas conhecemos o preçoário.

Mas não existe qualquer facto com base no qual seja possível afirmar que o tráfego adicional proporcionou x receita / média por cliente (ou sequer uma estimativa), a fim de o mesmo ser somado à mensalidade e assim corporizar a



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

receita recorrente.

Relativamente às **receitas não recorrentes**, também conhecemos o preçário: preço de activação de € 42,02 (sem IVA), inalterado inalterados entre Julho de 2002 e Julho de 2003.; de Julho de 2002 a Março de 2003 a Telepac cobrou aos clientes € 83,19 (sem IVA) pela aquisição do equipamento de modem; em Março de 2003 a Telepac passou a entregar gratuitamente o equipamento aos novos assinantes.

No entanto e uma vez que estas receitas só se verificam com a aquisição do cliente, não podem ser consideradas a se, mas repartidas / diluídas pelo tempo de vida útil do cliente adquirido, ou seja, ponderadas em função do tempo de vida útil do cliente.

Não foi alegado qual o tempo de vida útil do cliente, estimado ou efectivo.

Destarte, não é possível encontrar o valor médio destas receitas, para que possam entrar no cálculo.

*

Quanto aos **custos**, está provado:

3.94. Os preços grossistas (sem IVA) praticados pela Ré PTC partir de Maio de 2002 foram: (al. H 3) da MA).

Preços do Acesso local	
Instalação	
Modalidade A	€ 99,76
Modalidade B	€ 70,00
Mensalidades do Acesso local	
Classe 0 – 512k/128k	€ 21,90
Classe 1 – 256k/128k	€ 29,93
Classe 2 – 786k/128 k	€ 52,37
Classe 3 – 1024k/256k	€ 74,82
Preços do acesso agregado	
Instalação	
E3 (34 Mbps)	€ 6.484,37
STM-1 (155 Mbps)	€ 13.218,14
Preço mensal do acesso agregado	
E3 (34 Mbps)	€ 3.740,98
STM-1 (155 Mbps)	€ 9.352,46
Preço mensal por Mbps do Débito total dos acessos agregados (preço em escada)	
Débito total de 2 Mbps a 34 Mbps	€ 448,92
Débito total de 36 Mbps a 100 Mbps	€ 404,03
Débito total de 102 Mbps a 154 Mbps	€ 359,13
Débito total de superior a 154 Mbps	€ 314,24

Mas além disso importa considerar estar provado que:

3.39. O acesso local corresponde ao segmento da linha telefónica que vai de casa do cliente até à central de rede da PTC dessa área (mais precisamente, até à



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

plataforma de tecnologia ADSL da PTC instalada nessa central). (al. G 1) da MA).

3.40. O acesso agregado corresponde ao segmento seguinte, que liga aquela central local aos pontos de acesso agregado, nos quais se faz a interligação com os equipamentos da rede própria do operador ou prestador de serviços (11º da BI, considerado provado por acordo).

3.41. A PTC disponibilizava aos operadores dois pontos nacionais de acesso agregado: Lisboa (central de Picoas) e Porto (central da Batalha). (al. J 1) da MA).

3.42. A contratação de acesso agregado à PTC por um operador implicava a instalação de uma interface física apenas nas duas centrais telefónicas identificadas. (12º da BI, considerado provado por acordo).

3.43. Existiam duas modalidades de interface física: a E3 (correspondente a um débito de 34 Megabits) e a STM-1 (correspondente a um débito de 155 Megabits). (al. L 1) da MA).

3.44. A partir do momento em que uma interface de acesso agregado era activada pela PTC a pedido de um operador, toda a capacidade do acesso correspondente a esse tipo de interface ficava disponível para esse operador, (al. M 1) da MA).

3.45. que a iria depois utilizando, gradualmente, em função da capacidade exigida pelo tráfego de dados dos seus próprios clientes (consumidores finais). (al. N 1) da MA).

3.46. Os operadores solicitavam à PTC a instalação de novas interfaces de acesso agregado, à medida das necessidades do parque de clientes de banda larga que iam angariando, solicitações que a PTC aceitava. (resp. 13º da BI).

3.48. A oferta Rede ADSL PT previa contrapartidas separadas para os serviços de acesso local e de acesso agregado. (al. O 1) da MA).

3.49. Em ambos os casos a Ré PTC cobrava aos operadores (i) um preço inicial de instalação, e, subsequentemente, (ii) uma mensalidade. (al. P 1) da MA).

3.50. No caso do acesso local, a PTC cobrou um único preço de instalação até Maio de 2002. (al. Q 1) da MA).

3.51. Já o preço da mensalidade do acesso local variava em função da classe de serviço, isto é, da velocidade de transmissão de dados concretamente encomendada pelo operador. (al. R 1) da MA).

3.52. No caso do acesso agregado, os preços (instalação e mensalidade) variavam em função da capacidade da interface física que fosse escolhida. (al. S 1).

3.53. Aqui, para além da mensalidade correspondente a cada interface individual, a PTC cobrava uma mensalidade adicional por cada unidade (Megabit) do débito total dos acessos agregados instalados. (al. T 1) da MA).

3.95. Foi introduzida uma nova modalidade de fornecimento de acessos locais (designada por modalidade B), que permitia a auto-instalação do serviço pelos consumidores. (al. I 3) da MA e resp. 24º da BI).

3.96. Tornando desnecessário a deslocação a casa dos clientes de um técnico da PTC para instalar um filtro e assim mais simples e rápida a activação do serviço junto dos clientes. (al. J 3) da MA e resp. 24º da BI).



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

3.141. Os custos da Telepac, numa óptica contabilística, por cliente e sem desconto, no 2º semestre de 2002 e nos meses de Janeiro a Junho de 2003 foram os seguintes: (resp. 39º da BI)

	2002	2003					
	2º semestre	Janeiro	Fevereiro	Março	Abril	Maio	Junho
<i>Custos directos (incluem instalação, acesso local, acesso agregado e oferta de equipamento)</i>	€ 70,78	€ 48,63	€ 43,77	€ 43,11	€ 43,29	€ 43,82	€ 42,92
<i>Custos indirectos (incluem conectividade, facturação, apoio a clientes, call center, comissão de venda e publicidade)</i>	€ 60,39	€ 16,81	€ 16,24	€ 15,82	€ 15,47	€ 15,35	€ 15,03
<i>Custos totais por cliente</i>	€ 131,17	€ 65,44	€ 60,01	€ 58,93	€ 58,76	€ 59,17	€ 57,95

*

Desde logo cumpre referir que a matéria do ponto 3.141. não permite responder às questões que aqui se colocam na medida em que o que ali está espelhado é a pura e simples imputação contabilística dos valores incorporados na produção. Corresponde a um consumo de recursos.

A análise que se impõe é diversa e complexa.

*

Relativamente aos **custos de rede mensais**, contemplam:

- a - as mensalidades do acesso local;
- b - as mensalidades do acesso agregado;
- c - custos com conectividade

Relativamente ao primeiro, a factualidade provada indica-nos que ele era, por cliente, no valor de:

Mensalidades do Acesso local	
<i>Classe 0 – 512k/128k</i>	€ 21,90
<i>Classe 1 – 256k/128k</i>	€ 29,93
<i>Classe 2 – 786k/128 k</i>	€ 52,37
<i>Classe 3 – 1024k/256k</i>	€ 74,82



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

No entanto e desde logo coloca-se uma questão: qual o valor a considerar, uma vez que existem várias classes ?

Neste ponto importa verificar não resultar da factualidade provada qual das classes tinha preponderância.

Por outro lado, já acima ficou referido que *o método pertinente de valorização dos custos, era o dos custos incrementais médios a longo prazo (a seguir «CMLT») [para a língua portuguesa CIMLP].*

Ou seja: o apuramento do custo mensal por cliente do valor da mensalidade do acesso local não é tomado a se, mas ponderado numa base CIMLP, para o que se torna necessário saber qual o período de vida útil do cliente, facto que não foi alegado nem provado e tendo em consideração uma taxa de poupança de longo prazo implícita, que também não foi alegada nem provada.

Quanto á mensalidade do acesso agregado, há desde logo uma dificuldade:

3.41. A PTC disponibilizava aos operadores *dois pontos nacionais de acesso agregado: Lisboa (central de Picoas) e Porto (central da Batalha).* (al. J 1) da MA).

3.42. A contratação de acesso agregado à PTC por um operador implicava a instalação de uma interface física apenas nas duas centrais telefónicas identificadas. (12º da BI, considerado provado por acordo).

3.43. Existiam duas modalidades de interface física: a E3 (correspondente a um débito de 34 Megabits) e a STM-1 (correspondente a um débito de 155 Megabits). (al. L 1) da MA).

3.44. A partir do momento em que uma interface de acesso agregado era activada pela PTC a pedido de um operador, toda a capacidade do acesso correspondente a esse tipo de interface ficava disponível para esse operador, (al. M 1) da MA).

3.45. que a iria depois utilizando, gradualmente, em função da capacidade exigida pelo tráfego de dados dos seus próprios clientes (consumidores finais). (al. N 1) da MA).

3.46. Os operadores solicitavam à PTC a instalação de novas interfaces de acesso agregado, à medida das necessidades do parque de clientes de banda larga que iam angariando, solicitações que a PTC aceitava. (resp. 13º da BI).

3.52. No caso do acesso agregado, os preços (instalação e mensalidade) variavam em função da capacidade da interface física que fosse escolhida. (al. S 1).

Não foi alegado nem provado quais nem quantas as interfaces que foram utilizadas pela Telepac, nem em que períodos, pelo que se desconhece o custo das mensalidades.

Por outro lado, na medida em que cada interface física do acesso agregado serve diversos clientes, o custo médio é função do parque de acessos.

A este respeito, está provado que:

3.186. No final de 2002, a Telepac tinha 42.484 clientes das ofertas SAPO, o que equivalia a 80,6% do mercado de banda larga em ADSL. (art.º 120º da BI, considerado provado por acordo e resp. 27º da BI)

3.187. No final do 1º semestre de 2004, a Telepac tinha 252.844 clientes das ofertas SAPO, o que correspondia a 86,3% do mercado de banda larga em ADSL. (



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

art.º 12 1º da BI, considerado provado por acordo e resp. 27º da BI).

Porém, tratando-se de operar um cálculo período a período, os dados apurados, por não desagregados, não o permitem.

Por outro lado, já acima ficou referido que o *método pertinente de valorização dos custos, era o dos custos incrementais médios a longo prazo (a seguir «CIMLT») [para a língua portuguesa CIMLP].*

Ou seja: o apuramento do custo mensal por cliente do valor da mensalidade do acesso agregado não é tomado a se, mas ponderado numa base CIMLP, para o que se torna necessário saber qual o período de vida útil do cliente, facto que não foi alegado nem provado e tendo em consideração uma taxa de poupança de longo prazo implícita, que também não foi alegada nem provada.

Quanto aos **custos de conectividade**, ou seja, os custos de rede tipicamente variáveis em função do número de clientes e dos seus consumos de largura de banda.

Nada foi alegado quanto a esta matéria, pelo que é outro elemento em falta.

*

Quanto aos **custos de produção** e tipicamente incluem custos com apoio a clientes, custos com facturação, custos com falta de pagamentos a clientes e custos com amortização de investimentos em imobilizado.

Também neste aspecto, não existem na matéria de facto elementos, quanto a cada um dos custos, que permitam apurar o custo médio mensal em custos de produção.

*

Quanto ao **custo de aquisição de clientes**, consideram-se os custos de instalação no acesso local e no acesso agregado pagos pelo ISP à PTC, custos com equipamentos, comissão de venda e publicidade.

A partir do tarifário da PTC, conhece-se os custos de instalação no acesso local e no acesso agregado.

Mas não foram alegados quaisquer factos quanto ao custo de aquisição de equipamentos, de comissão de venda e publicidade.

Por outro lado, importaria ter em consideração que estes custos são incorridos pela empresa não na perspectiva da sua recuperação imediata no momento em que são incorridos, mas ao longo do período de vida útil do cliente.

Não foi alegado o referido período de vida útil.

Destarte e pelo exposto, não é possível apurar um custo médio mensal de aquisição de clientes a incorporar no cálculo.

*

Finalmente e quanto à **remuneração dos capitais investidos**, cumpre desde logo verificar que nada foi alegado quanto aos capitais investidos e á taxa de remuneração adequada a aplicar.

*

Aqui chegados impõe-se concluir que não estão provados as receitas e custos da Telepac, necessários á formulação de um juízo de compressão de margens.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Mas importa considerar que o TJ, no já referido Ac. de 17.02.2011., processo TeliaSonera, considerou:

45 Dito isto, não é de excluir que os custos e os preços dos concorrentes possam ser pertinentes ao examinar a prática tarifária em causa no processo principal. Este poderia ser o caso, designadamente, quando a estrutura dos custos da empresa dominante não pode ser identificada de modo preciso por razões objectivas ou quando a prestação fornecida aos concorrentes consiste na simples exploração de uma infra-estrutura cujo custo de produção já foi amortizado, pelo que o acesso a tal infra-estrutura já não representa um custo para a empresa dominante que seja economicamente comparável ao custo que os seus concorrentes devem suportar para aceder a ela ou quando as condições de concorrência específicas de mercado o exijam, por exemplo, pelo facto de o nível de custos da empresa dominante depender precisamente da situação de vantagem competitiva na qual a posição dominante a coloca.

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

Não tendo sido possível apurar as receitas e custos da Telepac, existem elementos de facto quanto aos concorrentes daquela que possam ser utilizados ?

Vejamos a factualidade que ficou provada.

Quanto a receitas:

3.131. Em Setembro de 2002 a Clixgest lançou uma oferta comercial de banda larga para consumidores finais do mercado residencial sob a marca 'CLIX Turbo', baseada na classe de serviço 0, correspondente aos débitos de 512/128 kbps, da versão 11 da oferta Rede ADSL PT e, inicialmente, com uma mensalidade de € 31,00 (sem IVA). (al. S 4) da MA e resp. 28º da BI).

3.183. A mensalidade praticada pela Clixgest era de € 36,90 [não consta da resposta, mas precise-se, com base na fundamentação à resposta, que o valor apresentado é com IVA]. (resp. 116º da BI)

Não tendo as RR. alegado e provado que a Clixgest teria outras receitas, apura-se as receitas recorrentes de € 31,00 sem IVA.

*

Quanto a custos

3.184. No 2º semestre de 2002 e em 2003, os custos directos (incluindo acesso agregado) da Clixgest por cliente foi: (resp. 118º da BI).

	2º semestre de 2002	2003
Número de clientes	4095	33 274
Custos directos	6,8	6,4

3.185. No 2º semestre de 2002 e em 2003, os custos indirectos (incluindo conectividade, facturação e apoio a clientes, não incluindo as despesas de



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

publicidade e as comissões de venda pagas aos comerciais por cada cliente angariado) da Clixgest por cliente foi: (resp. 119º da BI)

	2º semestre de 2002	2003
Número de clientes	4095	33 274
Custos indirectos	8,1	4,9

Face a esta factualidade, não é possível evidenciar de forma separada os **custos de rede mensais e os custos de aquisição de clientes.**

Finalmente e quanto à **remuneração dos capitais investidos**, cumpre desde logo verificar que nada foi alegado quanto aos capitais investidos pela Clixgest e á taxa de remuneração adequada a aplicar.

*

Em face do exposto, impõe-se concluir que a A. não logrou provar os elementos necessários á demonstração de uma margem negativa entre o preço grossista e o preço retalhista ou sequer uma margem positiva, mas insuficiente para fazer face aos custos de um OIE á Telepac, seja com base nos preços e custos da Telepac, seja com base nos preços e custos da Clixgets, pelo que não logrou demonstrar que a prestação do preço (grossista) estabelecido na cláusula 7 do contrato estabelecido entre a PTC e a Novis traduzia uma compressão de margens e, deste modo, a A. não logrou demonstrar que o objecto imediato da referida cláusula viola as normas imperativas de direito da concorrência, improcedendo deste modo a pretendida nulidade da cláusula 7 da versão 11 da Oferta Rede ADSL PT.

*

D - Saber se há lugar á restituição do valor do sobrepreço de acesso grossista á rede que esta pagou indevidamente à Ré PTC entre Setembro de 2002 e Abril de 2005, no valor de € 2.761.000,00.

A A. formulou este pedido como consequência do pedido de declaração de nulidade, o que, em abstracto, era cabível, face ao disposto no art.º 289º do CC.

Uma vez que improcede a declaração de nulidade da cláusula 7 da versão 11 da Oferta Rede ADSL PT, **improcede logicamente este pedido, por falta do respectivo pressuposto.**

*

E - Do contrato emergiam para a Ré PTC deveres de não alterar ilicitamente o contrato e de não o usar o contrato como veículo para abusar da posição dominante que tinha nos mercados de banda larga, em caso afirmativo se violou tais deveres, em caso afirmativo se de tal violação resultou para a A. a perda de lucros resultantes da não angariação de clientes entre Setembro de 2002 e Abril de 2005 no valor de € 8.603.000,00 e se, em consequência, as RR, devem ser condenadas a indemnizar a A. nesse montante acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento;

O tribunal já considerou no despacho saneador, ainda que de forma parcelar, que o dever de não abusar de uma posição dominante, **não é um dever contratual**, mas um dever genérico de abstenção e respeito por interesses alheios.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Referimos então

Uma das fontes das obrigações é a responsabilidade civil, entendida como o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem - Menezes Leitão, in Direito das Obrigações, I, 4ª edição, pág. 267-270.

Uma das classificações da responsabilidade civil distingue a responsabilidade obrigacional e delitual.

A responsabilidade obrigacional resulta do incumprimento de obrigações; pressupõe a existência de uma relação inter-subjectiva, que primariamente atribuía ao lesado um direito á prestação, surgindo como consequência da violação de um dever emergente dessa relação específica.

A responsabilidade obrigacional destina-se á tutela e á realização das expectativas ligadas ao vínculo obrigacional. O seu fundamento é, no caso da assunção contratual de obrigações, uma frustração da promessa de realização nos termos acordados. Por isso, a responsabilidade obrigacional pauta-se pelo interesse de cumprimento da obrigação. Ela protege contra um risco específico de dano, aquele que decorre de uma relação creditícia precedentemente instituída entre as partes e que é, afinal, o risco da falha ou frustração do plano obrigacional estabelecido. É pois uma responsabilidade que ocorre entre pessoas determinadas e que deriva de um vínculo específico (creditício) estabelecido entre elas – Carneiro da Frada, Uma “terceira via “ no direito da responsabilidade civil ?, 1997, pág. 22-23.

E mais adiante (pág. 23) refere o mesmo autor que não é qualquer dano que desencadeia a responsabilidade obrigacional, mas apenas o dano produzido com ofensa de uma situação jurídica creditícia. Só esta, quando violada, dá lugar a responsabilidade obrigacional. Ao determinar, pelo modo referido, as posições dos sujeitos protegidas pela responsabilidade obrigacional, a situação de responsabilidade identifica também a pessoa do beneficiário da protecção: credor da indemnização é o titular da posição jurídica creditícia. Isto mesmo exprime o artº 798º ao estabelecer a responsabilidade do devedor que falta ao cumprimento da obrigação perante o credor.

Refere ainda o mesmo autor (pág. 23) que a obrigação estabelece um vínculo que liga credor e devedor. Ordena entre ambos posições e interesses. O credor está legitimado a exigir do devedor o cumprimento da obrigação e este encontra-se vinculado à realização da prestação perante o credor. Só o credor é beneficiário da responsabilidade obrigacional porque apenas ele é o titular da posição ofendida pelo devedor.

É, no fundo, o princípio da relatividade das obrigações que, no que respeita aos contratos, encontra expressão no n.º 2 do artº 406º do CC.

Um contrato institui uma específica ordenação de posições jurídicas entre os contraentes que vale como regra inter partes. A responsabilidade contratual pressupõe o desrespeito de uma posição jurídica atribuída pelo contrato. As posições protegidas pelo contrato são identificadas pelo seu conteúdo perceptivo. É o programa contratualmente instituído, na forma como o foi, que determina o âmbito possível da responsabilidade contratual – aut. e ob. cit. pág. 24.”



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

*

Na responsabilidade delitual está em causa a violação de deveres genéricos de respeito, de normas gerais destinadas à protecção de outrem ou a prática de Tatbestände delituais específicos - Menezes Leitão, ob.cit. pág. 270.

Ou como afirma Carneiro da Frada in Contrato e deveres de protecção, pág. 125, o fundamento da responsabilidade delitual é um facto ou comportamento social que afecta a ordenação geral dos bens, afirmado ainda a pág. 129 que a responsabilidade extracontratual há-de ser entendida como ordenada à defesa geral de uma ordem de coexistência pacífica pela protecção de determinadas posições jurídicas

Ao contrário do que sucede com a responsabilidade obrigacional, a responsabilidade delitual não tutela qualquer relação obrigacional pré-existente. Trata de proteger posições jurídicas contra interferências danosas de terceiros através de valorações gerais que se exprimem nas suas normas impositivas ou proibitivas.

A determinação das posições jurídicas susceptíveis de protecção busca a conciliação entre a necessidade de assegurar a paz jurídica e a liberdade de acção dos sujeitos.

No nosso sistema jurídico, a lei indica as posições geradoras de um dever (delitual) de responder, apresentando duas previsões gerais no art.º 483º n.º 1 – violação de um direito de outrem e violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios - e previsões específicas nos artigos 484º a 486º e 491º a 493º, todos do CC.

Relativamente à primeira previsão geral, ao exigir-se a lesão de um direito subjectivo específico, a mesma limita a indemnização à frustração das utilidades proporcionadas pelo direito subjectivo, não se conferindo tutela aos danos puramente patrimoniais (*pure economic loss*) (idem Carneiro da Frada, ob. cit. pag. 37), ou seja, não se tem em vista tutelar todo o património do sujeito, mas apenas as utilidades que lhe proporcionava o direito subjectivo objecto de violação – Menezes Leitão, ob. cit. pág. 276.

Nesta modalidade estão abrangidos os direitos sobre os bens jurídicos pessoais como a vida, corpo, saúde, liberdade, os direitos de personalidade em geral (art.º 70º n.º 2 do CC) direitos reais, direitos de propriedade industrial e direitos de autor).

Os direitos de crédito não encontram guarida na responsabilidade delitual.

Relativamente à segunda previsão geral, Antunes Varela, in Das Obrigações em geral, I, 4ª edição, pág. 505, refere que abrange a infracção das leis que, embora protejam interesses particulares, não conferem aos respectivos titulares um direito subjectivo a essa tutela (e in nota, refere que a lei quer proteger esses interesses, mas não quer deixar a respectiva tutela na livre disponibilidade das pessoas a quem ela respeita) abrange as normas de protecção.

E mais adiante, concretizando, refere os factos antijurídicos que resultem de uma *contravenção ou transgressão* (hoje, contra-ordenação) sempre que a norma violada vise proteger interesses dos particulares, como seja o caso de normas



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

contidas em legislação sobre delitos anti-económicos, referindo-se em nota a normas sobre concorrência desleal.

Trata-se de normas que, embora dirigidas à tutela de interesses particulares – quer exclusivamente, quer conjuntamente com o interesse público – não atribuem aos titulares desses interesses um verdadeiro direito subjectivo, por não lhes atribuírem um exclusivo aproveitamento de um bem. Aqui se incluem normas de direito penal ou de mera ordenação social.

Esta categoria de ilicitude exige a verificação dos seguintes pressupostos:

- a não adopção de um comportamento, definidos em termos precisos pela norma – exige-se o desrespeito de um determinado comando;
 - que o fim dessa imposição seja dirigido à tutela de interesses particulares e não de um interesse geral;
 - a verificação de um dano no âmbito de interesses tutelados por esta via.
- (...)

Olhando para o [conjunto de fontes de direito da concorrência e respectivas normas que já acima foram referidas] - Direito Comunitário, Constituição da República Portuguesa e [...] lei ordinária - somos levados a concluir que estamos perante um conjunto de normas que visam tutelar um bem jurídico público – a concorrência – sendo tal tutela assegurada por um conjunto de normas de proibição e de normas sancionatórias e pela existência de uma entidade pública a quem cabe, no plano sancionatório, identificar e investigar as práticas susceptíveis de infringir a legislação da concorrência nacional e comunitária, proceder à instrução e decidir sobre os respectivos processos, aplicando, se for caso disso, as sanções previstas na lei.

Mas tais normas também tutelam interesses particulares, tal como foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Courage c. Crehan, ao afirmar que as práticas violadoras do direito comunitário da concorrência e, *mutatis mutandis*, pelas regras da concorrência nacionais, podem causar danos a particulares, sejam eles empresas ou pessoas singulares e que as mesmas têm, por isso, direito a ser indemnizados.

(...)

Mas se estamos perante normas que também tutelam interesses particulares, estamos perante normas que não atribuem aos particulares, que eventualmente possam ser incluídos no respectivo âmbito de protecção, um direito subjectivo, no sentido de não lhes ser atribuído um exclusivo aproveitamento de um bem.

(...)"

De tudo o exposto resulta que, muito embora exista um contrato entre as partes, o dever genérico de não abusar de uma posição dominante não integra o referido contrato porque não constitui um dever de prestar emergente do referido contrato, antes constituindo algo que é independente da sua existência e que está antes e para além da sua existência, algo mais vasto e genérico - o regular funcionamento do mercado, a concorrência - que recobre toda a actividade económica e não apenas a relação estabelecida entre as partes.

*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Destarte e como todo o respeito, **carence de fundamento jurídico pretender-se que o dever de não abusar de uma posição dominante é um dever contratual pelo que a sua violação nunca poderá dar lugar a uma acção de incumprimento, tal como previsto no art.º 798º do CC.**

*

Quanto á primeira questão – dever de não alterar *ilicitamente o contrato* - do contrato emergem deveres jurídicos: de prestação (dispõe o art.º 397º do CC que a obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra á realização de uma prestação; dispõe o art.º 398º n.º m1 que as partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação) e que correspondem ao conteúdo obrigacional, podendo ser principais ou secundários; e deveres acessórios de conduta, que correspondem a uma complementação do conteúdo obrigacional do contrato fundada no princípio geral da boa-fé.

Quanto a estes últimos dividem-se em deveres de promoção do fim do contrato e dos deveres de protecção, que têm por finalidade conservar a actual situação jurídica dos bens de ambos os sujeitos da relação obrigacional, tutelando-se contra ingerências externas lesivas na sua pessoa, na sua propriedade ou no seu património (Nuno Manuel Pinto Oliveira, Princípios de Direito dos Contratos, Coimbra Editora, pág. 49-50).

Além disso dispõe o art.º 406º n.º 1 do CC, que o contrato deve ser pontualmente cumprido e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei (relativamente aos últimos, 282º, 283º, 437º e 812º).

Vem isto a significar que qualquer alteração ao contrato que não seja consentida, expressa ou tacitamente, pela contraparte, não lhe é oponível.

Mas uma vez consentida, expressa ou tacitamente, passa a integrar o contrato.

O que pode acontecer é que tal alteração, consentida, pode conter algum vício ou desconformidade com a ordem jurídica e, assim, ser inválida, invalidade essa que, consoantes os casos, determinará a sua nulidade ou anulabilidade (como é o caso de a alteração ocorrer ao nível do objecto, o qual pode ser contrário á lei – art.º 280º do CC).

*

Mas o contrato também se rege por princípios gerais. E um deles é o da boa fé, que deve estar presente quer na sua formação – art.º 227º do CC -, quer na sua execução – art.º 762º n.º 2 do CC.

Agir de boa-fé é agir com diligência, zelo e lealdade correspondentes aos legítimos interesses da contraparte, numa linha de correcção e probidade, a fim de não prejudicar os legítimos interesses da outra parte, é não proceder de modo a alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar – Almeida e Costa, Direito das Obrigações, 5^a edição, pág. 93, 845 e 846; Antunes Varela, CJ, 1986, 3, 13 e 1987, 4, 28, citados no Ac. do STJ, de 21.09.93., in CJ, STJ, 93, 3, 21.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

*

A doutrina tem vindo a entender que a celebração de contratos inválidos, total ou parcialmente, pode dar lugar a responsabilidade pré-contratual.

*

Ana Prata, in Notas sobre a responsabilidade pré-contratual, 1991, pág. 17, refere que a conclusão do contrato repousa sempre, para cada um dos contraentes, em dois pressupostos: a) o de que o contrato a celebrar é idóneo, pelas características do bem ou da pessoa da contraparte, pelo equilíbrio económico do programa que estabelece, a satisfazer o seu interesse; b) o de que o contrato a celebrar está apto, pela qualidade do outro contraente, pela situação do bem e pelas suas próprias características jurídicas, a produzir os efeitos jurídicos e patrimoniais para que é pré-ordenado.

Frustrando-se qualquer destes pressupostos, por culpa de uma das partes, coloca-se o problema da responsabilidade pré-contratual na fase de formação do contrato.

E isto pode acontecer tanto nos casos em que essa frustração tenha como consequência a invalidade, total ou parcial, do contrato ou a sua ineficácia total.

E quanto aos pressupostos da responsabilidade pré-contratual – pág. 36 – alude a um facto voluntário, positivo ou omissivo, do agente, o carácter ilícito desse acto, a culpa do seu autor e a ocorrência do dano causalmente ligado ao acto.

Relativamente à ilicitude, refere que ela ocorre por violação da norma de conduta expressamente plasmada no art.º 227º n.º 1 do CC, que impõe á parte proceder segundo as regras da boa fé.

A este respeito refere (pág. 38):

“A boa fé objectiva constitui uma regra de conduta de conteúdo indeterminado, de que emergem inúmeros e variáveis deveres, insusceptíveis de enumeração exaustiva em abstracto e, consequentemente, carecidos de preenchimento casuístico. É ao aplicador do direito, máxime, ao tribunal, que cabe, tendo em consideração a situação factual e jurídica concretamente verificada, extrair do princípio da boa fé as suas consequências obrigacionais na concreta relação em apreço.”

E mais adiante – pág. 49 - refere que as partes têm deveres de comunicação, de informação e de esclarecimento que abrangem, por um lado, a viabilidade da celebração do contrato e os obstáculos a ela previsíveis e, por outro, os elementos negociais e a própria viabilidade jurídica do contrato projectado.

A este respeito precisa – pág. 98 – que “também se o objecto negocial for, total ou parcialmente, ilícito – isto é, se se consubstanciar um facto legalmente proibido – sobre a parte que conheça ou deva conhecer essa ilicitude impende a obrigação de dela prevenir o outro contraente.”.

Relativamente à culpa, a apreciar, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.

Neste ponto recorda – pág. 160 – que se a parte puder, com a diligência normal, obter informação sobre a validade e / ou eficácia do negócio, ou as suas



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

implicações jurídicas e patrimoniais, nenhum dever de informação se pode considerar existir para a contraparte.

E lembra – pág. 162 - ainda que pode ocorrer culpa do lesado, relevante para apurar se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou excluída.

Quanto aos danos indemnizáveis, entende que estão abrangidos todos os danos, desde que com relação causal ao facto ilícito – pág. 177 - especificando mais adiante – pág. 179-180 – que no caso de negócio inválido ou ineficaz, “ o lesado deve ser colocado na situação que seria a sua se o vício não existisse, isto é, se o negócio fosse válido (ou eficaz).

Finalmente e quanto á questão da natureza jurídica deste tipo de responsabilidade, entende que é obrigacional – pág. 214.

*

Carneiro da Frada, in Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores das sociedades, 1997, págs. 85-111, em especial pág. 95), considera que a responsabilidade pré-contratual constitui uma terceira via da responsabilidade civil, um *tertium genus*.

*

Carlos Ferreira de almeida, Contratos, I, pág. 173, afasta o enquadramento na responsabilidade contratual dizendo que as regras da boa fé na formação do contrato não são geradoras de obrigações em sentido próprio, porque não envolvem prestações, afasta o enquadramento na responsabilidade extracontratual dizendo que a mesma adapta-se mal ao ambiente relacional gerado pelo contacto entre potenciais contraentes que mutuamente se escolheram para negociar, em acentuado contraste com os deveres *erga omnes* cuja violação justifica a responsabilidade delitual e adopta a posição de que no sistema jurídico português a responsabilidade pré-contratual tem autonomia, aplicando-se as normas de uma ou de outra das responsabilidades “ *conforme o grau de proximidade que a previsão das normas potencialmente aplicáveis apresente com cada uma das diferentes situações típicas de culpa in contrahendo* ”

Alude depois – pág. 174 - aos casos padrão, entre os quais os contratos inválidos ou ineficazes (no qual se integra a maioria dos casos a partir dos quais Jhering construiu a sua teoria), referindo que “ *a imputação da responsabilidade justifica-se quando o factor de invalidade ou de ineficácia seja consequência da violação de deveres de lealdade e de respeito, por acção ou omissão, de deveres de informação* ”.

Relativamente ao dever pré-contratual de informação, refere – pág. 176 - que o mesmo se situa entre as fronteiras de dois interesses antagónicos: o interesse dos potenciais contraentes em conhecer todos os factores relevantes para a negociação e o interesse em prevalecerem-se da informação como trunfo nas negociações, pelo que não é viável determinar uma medida certa para a informação devida na formação dos contratos, que depende de uma multiplicidade de factores, alguns dos quais contraditórios.



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

Há violação do dever pré-contratual de informar quando um dos contraentes oculta culposamente ao outro um factor de nulidade ou de ineficácia do contrato que conhecia ou que, com uso de toda a diligência, podia conhecer – pág. 179.

Entende – pág. 185-186 - que o instituto da responsabilidade pré-contratual visa a tutela da confiança, a qual depende da coexistência de vários elementos - uma situação de confiança efectiva e imputável a determinada pessoa (imputação da confiança); justificação da confiança suportadas em dados objectivos e credíveis; investimentos de confiança, causados por esta e traduzido em actos concretos e externos, com ou sem expressão financeira imediata; boa fé de quem confiou - pelo que há que averiguar se quem invoca a violação dos ditames da boa fé merece a protecção do direito, ou seja, se o lesado confiou e investiu na confiança justificadamente criada, tendo, concretamente, confiado na validade e eficácia do contrato que afinal se mostra inválido ou ineficaz.

Refere concretamente – pág. 187 – que “*o teste completo faz assim uso cruzado e cumulativo da verificação dos requisitos para tutela da confiança e da qualificação do comportamento suspeito como conforme ou desconforme com os ditames da boa fé, apelando, complementarmente, a alguma das figuras padronizadas neste domínio*“.

Considera – pág. 187 - que os pressupostos da responsabilidade pré-contratual são a ilicitude, a imputabilidade, culpa, dano e nexo de causalidade, que – pág. 188 - a ilicitude consiste na violação de algum dos deveres da boa fé contratual e – pág. 189 - aplica-se a presunção de culpa do art.º 799º do CC quando está em causa a violação do dever de informação, por tal violação apresentar semelhança com o incumprimento das obrigações, assim se justificando a aplicação analógica.

Finalmente considera – pág. 191-193 - que os danos indemnizáveis são diversos consoante os casos padrão. No caso concreto dos contratos nulos entende que o lesado não pode obter aquilo a compensação pela frustração de um resultado que seria inatingível – a cobertura do interesse contratual positivo redundaria afinal na obtenção de um resultado equivalente àquele que o sistema jurídico repudia.

*

Paulo Mota Pinto, in Interesse Contratual negativo e Interesse Contratual Positivo, II volume, pág. 1190, na senda de Carlos Ferreira de Almeida, procede a uma análise das consequências jurídicas na responsabilidade pré-contratual por grupos de casos, atendendo não ao dever violado, mas ao evento danoso, que, genericamente, entende ser a violação de um dever pré-contratual ou a criação de confiança e/ou a sua frustração.

E considerando concretamente o caso de ineficácia (*lato sensu*) por falta de requisitos (em especial da possibilidade) do objecto negocial ou por violação de outras exigências legais imperativas refere (pág. 1225-1226):

“*O negócio é nulo, desde logo, quando o seu objecto – que o conteúdo, quer o objecto stricto sensu – ou o seu fim, comum a ambas as partes, forem contrários à lei (ilícitos) ou à ordem pública, ou ofensivos dos bons costumes. (...). ...a solução que aponta para a indemnização do interesse contratual negativo em caso de celebração de contratos nulos não é uma solução meramente conceitual, mas antes*



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

baseada nos “interesses que constituem o substrato da invalidade”, por em regra se não poder “pretender que a indemnização pudesse incluir a compensação pela frustração de um resultado que, nas circunstâncias, seria objectivamente inatingível”, com “obtenção de um resultado equivalente àquele que o sistema jurídico repudia”, e que quer evitar com a cominação da nulidade. Há, porém, que atender a cada causa de invalidade, para apurar se os interesses que a determinam (ou o escopo da norma que a prevê) se opõem verdadeiramente a esse resultado por equivalente, ou apenas a uma vinculação e execução específica dos bens, mas não a correspondente ordenação de valor, ou económica.

....se em relação falta e vícios da vontade se afigura indiscutível que a invalidade visa também os efeitos económicos do negócio, e não apenas a ordenação “real” por ele levada a cabo, já poderá não ser assim em relação a determinados vícios relativos apenas ao objecto negocial (designadamente ao objecto mediato), cuja finalidade pode não ser totalmente incompatível com uma “execução por equivalente” do contrato, apenas afastando a sua validade e eficácia, naturalmente, uma sua execução em via específica, ou uma obrigação de reconstituição natural, a qual, quando admissível, seria substancialmente idêntica àquela validade e eficácia. Nestes casos, só razões suplementares, como evitar que a proibição legal seja contornada pela via da indemnização pelo não cumprimento, ou a máxima prevenção dos negócios em causa (...) vedarão que a indemnização em dinheiro se possa medir pelo interesse no cumprimento, impondo antes o resarcimento correspondente ao interesse contratual positivo (...).

*

Nuno Manuel Pinto Oliveira, in princípios de Direito dos Contratos, pág. 212-213, entende que a responsabilidade pré-contratual corresponde a uma terceira via do direito da responsabilidade, que se aproxima da responsabilidade contratual pela estrutura - actuando em ligações especiais, entre sujeitos determinados ou individualizados – e da responsabilidade extracontratual pela função, aplicando-se, das normas da responsabilidade contratual, a regra sobre a distribuição do ónus da prova da culpa do art.º 799º n.º 1 e aplicando-se, das normas da responsabilidade extracontratual, as regras dos artigos 494º, sobre a redução equitativa da indemnização fundada na mera culpa do lesante, a regra do art.º 497º sobre a responsabilidade solidária e a regra do art.º 498, sobre o prazo de prescrição.

Mais adiante, analisando casos típicos de responsabilidade pré-contratual, alude expressamente á resultante da conclusão de um contrato inválido ou ineficaz, aludindo ao facto de no Código Civil italiano existir um art.º 1338º que dispõe que “*a parte que, conhecendo ou devendo conhecer uma causa de invalidade do contrato, não a comunicou à contraparte fica obrigada a indemnizar o dano que esta tenha sofrido por ter confiado, sem culpa sua, na validade do contrato.*”

Refere ainda que o art.º 1338º vem na sequência do art.º 1337º que contém um princípio semelhante ao nosso art.º 227º do CC e que entre nós consagra a responsabilidade pré-contratual.

E afirma (pág. 223):



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1^a Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

“Independentemente da existência ou inexistência de uma regra análoga ao art.º 1338º do Código civil italiano, a responsabilidade pré-contratual pela conclusão de um contrato inválido ou ineficaz é uma concretização do princípio da boa fé e, sobretudo, do (sub) princípio da confiança: aquele a quem seja imputável uma situação de confiança justificada na validade ou na eficácia de um contrato, há-de corresponder às expectativas daquele que confia.

a)Quanto aos requisitos da responsabilidade, a relação entre o (sub)princípio da confiança e a responsabilidade pela conclusão de um contrato inválido ou ineficaz contribui para esclarecer o alcance da tipicidade.

O caso corresponderá á previsão da responsabilidade do art.º 227º do Código Civil quando estiverem preenchidos os três requisitos gerais da protecção da confiança: por um lado, que haja uma situação (objectiva) de confiança; por outro lado que a situação (objectiva) de confiança seja justificada; e, por último, que a situação (objectiva de confiança seja imputável àquele em que se confia.”

Mais adiante – pág. 225 – refere que os danos indemnizáveis são – apenas e só – os danos compreendidos no interesse contratual negativo. O lesado há-de ser colocado na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido concluído, por uma razão teleológica: não faz sentido a indemnização do interesse contratual positivo, quando o contrato é inválido ou ineficaz; aquele indemnização seria colocar o lesado na situação em que estaria se o contrato fosse válido ou eficaz e tivesse sido cumprido.

*

Menezes Leitão, in Direito das Obrigações, 10^a edição (2013), pág. 324, refere que do dever de actuar segundo a boa fé derivam três tipos de deveres pré-negociais: *deveres de protecção*, que determinam que as partes na fase negocial devem evitar qualquer actuação susceptível de causar danos á outra parte, sejam eles pessoais ou patrimoniais; *deveres de informação*, em especial quanto ás circunstâncias que possam ser relevantes para a formação do consenso da outra parte, entendendo-se que este dever só surge quando a outra parte cumpriu o seu dever de auto-informação, fazendo o que estava razoavelmente ao seu alcance para se informar; *deveres de lealdade*.

E citando Galvão Telles, refere que a violação daqueles deveres constitui responsabilidade *in contrahendo*, que abrange fundamentalmente três situações, entre as quais a celebração do contrato, em termos tais que este venha a padecer de invalidade ou ineficácia.

Relativamente á natureza jurídica desta responsabilidade, entende – pág. 328 – que a mesma se situa a meio termo entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual, uma vez que não resulta do incumprimento de uma obrigação previamente assumida, nem da violação de um dever genérico de respeito dos direitos absolutos, mas antes a deveres surgidos no âmbito de uma relação específica entre as partes, que impõem a tutela da confiança no âmbito do tráfego negocial, defendendo que o respectivo regime jurídico seja construído a partir da aplicação das normas das duas responsabilidades, sendo preponderante o da



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

responsabilidade obrigacional, sujeitando-se, por isso, o autor do facto, à presunção de culpa do art.^º 799^º do CC.

*

Feito este excuso, podemos precisar que:

- a invalidade de um contrato pode dar lugar a responsabilidade pré-contratual, traduzindo-se a ilicitude na violação do princípio geral da boa-fé;

- este tipo de responsabilidade, como afirma Carlos Ferreira de Almeida, **não se reconduz á responsabilidade contratual por que as regras da boa fé na formação do contrato não são geradoras de obrigações em sentido próprio**, porque não envolvem prestações, nem à responsabilidade extracontratual, por não estarem em causa direitos absolutos, antes constituído um *tertium genus*, cujo regime jurídico se constrói com normas de um e de outro dos tipos de responsabilidade.

*

E assim concluir que com todo o respeito carece de fundamento a alegação da A. de que do contrato emergiam deveres de não alterar ilicitamente o contrato, pois o dever de não celebrar contratos inválidos, total ou parcialmente, não tem a sua raiz no contrato, mas no princípio geral da boa fé e, por isso, não dá lugar a responsabilidade contratual, mas a responsabilidade pré-contratual, que constitui um *tertium genus*.

*

Uma vez que do contrato não emergiam para a Ré PTC deveres de não alterar *ilicitamente o contrato e de não o usar o contrato como veículo para abusar da posição dominante que tinha nos mercados de banda larga, fica prejudicada a questão de saber se os violou e, portanto, se haveria lugar a responsabilidade contratual e a questão de saber se dessa violação resultou para a A. a perda de lucros resultantes da não angariação de clientes entre Setembro de 2002 e Abril de 2005 no valor de € 8.603.000,00, devendo o pedido de condenação no pagamento deste montante, acrescido de juros, com este fundamento ser julgado improcedente.*

*

F - Saber se há responsabilidade extracontratual e em caso afirmativo se, em consequência, as RR. devem ser condenadas a indemnizar a A. no montante de € 8.603.000,00, acrescido de juros de mora desde a citação até integral pagamento;

A responsabilidade extracontratual poder-se-ia verificar se se verificasse uma situação de abuso de posição dominante por esmagamento de margens.

Como vimos supra, tal não ficou demonstrado, pelo que a resposta à questão em referência é negativa e também por este fundamento improcede o pedido de condenação das RR. no pagamento da quantia de **€ 8.603.000,00 acrescido de juros.**

*

G - Em caso afirmativo, apreciar o valor jurídico da decisão expressa no saneador de considerar prejudicada a apreciação da exceção de prescrição



Comarca de Lisboa

Lisboa - Inst. Central - 1ª Secção Cível - J20

Palácio da Justiça, Rua Marquês de Fronteira - 1098-001 Lisboa

Telef: 213846400 Fax: 211373579 Mail: lisboa.centralcivel@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1774/11.9TVLSB

invocada na contestação, em função de uma análise incompleta da causa de pedir principal e subsidiária do pedido em apreço e, assim, saber se há omissão de pronúncia que o tribunal deva conhecer agora.

Uma vez que a resposta à questão anterior é negativa, a apreciação desta questão está prejudicada.

*

5. Decisão

Em face de tudo o exposto, julga-se a presente acção totalmente improcedente por não provada e em consequência absolve-se as RR. de tudo o peticionado.

*

Custas pela A.

*

Registe-se e notifique-se

*

Lx, 22.11.2016.