

Perguntas & Respostas Decisão PT e ZON /Acesso em banda larga

Índice

1. O que é um “abuso de posição dominante”?	3
2. Que legislação, nacional e comunitária, proíbe o “abuso de posição dominante”?	3
3. Como surgiu este processo?	4
4. Quais os mercados em causa e a que tipo de serviços diz respeito o processo?	4
5. Que quotas de mercado detinham as empresas do Grupo PT à data dos factos?	6
6. Quais os operadores presentes nestes mercados no momento dos comportamentos ilícitos?	6
7. Quais os comportamentos das empresas em causa que configuraram um abuso de posição dominante?	6
8. Os tarifários objecto desta decisão não foram replicados nos anos subsequentes?	7
9. Os potenciais clientes grossistas tinham alternativa de mercado?	8
10. A que período se reportam os factos?	8
11. O ilícito não prescreveu?	8
12. Os comportamentos em causa tiveram início antes da vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (actual Lei da Concorrência). Não deveriam os mesmos ter sido total ou parcialmente apreciados à luz da lei anterior?	9
13. A natureza permanente da infracção é determinante para se saber qual a lei aplicável?	10
14. Qual a razão do prazo decorrido entre a denúncia e a decisão final? Qual foi a complexidade deste caso?	10
15. Dado que os factos a que se reporta esta decisão cessaram em 30 de Junho de 2003, qual é a relevância de sancionar hoje práticas que cessaram há mais de 6 anos?	12
16. Porque considera a AdC que existiu um esmagamento de margens?	13
17. Não é positivo para os consumidores que as margens dos operadores estejam esmagadas?	13
18. Porque considera a AdC que o tarifário grossista em causa era discriminatório?	14
19. Foi possível estimar o prejuízo causado ou concretizar os efeitos produzidos em termos de concorrência?	14
20. Foi possível, no processo, estimar os benefícios para as arguidas?	17
21. Que critérios foram utilizados pela AdC para a fixação da coima? Que critérios (atenuantes ou agravantes) teve a AdC em consideração na determinação da medida da coima?	17
22. Como se articula a regulação sectorial e o direito da concorrência num caso como este?	18

23. Que razões justificam que a revogação do tarifário grossista em causa, por parte do ICP-ANACOM, não tenha impedido a AdC de tomar a presente decisão? A primeira não deveria excluir a segunda?	18
24. O ICP-ANACOM foi envolvido nesta decisão? Em que termos?	18
25. A Comissão Europeia foi envolvida nesta decisão? Em que termos?	19
26. Há decisões análogas sobre esta matéria?	19
27. O presente caso é comparável aos decididos anteriormente pela AdC em matéria de comunicações electrónicas?	19
28. Como se justificam, por exemplo, as diferenças nas sanções aplicadas nos diferentes casos?	20
29. Sendo hoje a ZON e a TVCABO empresas autónomas em relação ao Grupo PT, porque razão são consideradas nesta decisão?	22
30. Como é possível a AdC aplicar uma coima à TVCABO, que é uma empresa dependente da ZON, e não aplicar qualquer coima à ZON?	22
31. Esta decisão é definitiva ou é passível de recurso?	23
32. Por que razão se verifica um número tão expressivo de decisões da AdC no sector das telecomunicações?	23

1. O que é um “abuso de posição dominante”?

Um abuso de posição dominante é a utilização indevida por uma empresa do seu poder de mercado, quando este resulte na exclusão de concorrentes através da criação de barreiras artificiais à entrada (por exemplo, recusando o acesso a uma infraestrutura essencial) ou na subida significativa e artificial dos custos para os concorrentes (por exemplo, através de discriminação ou condições contratuais difíceis de cumprir), ou se traduza em práticas que imponham preços ou outras condições de transacção não equitativos.

Abrange, assim, qualquer comportamento de uma empresa com posição dominante que possa constituir um obstáculo à manutenção ou ao desenvolvimento do grau de concorrência existente num mercado.

Ao abusar da posição dominante de que dispõe, uma empresa usa o seu poder de mercado para obter benefícios comerciais que não alcançaria caso existisse uma concorrência normal e efectiva.

2. Que legislação, nacional e comunitária, proíbe o “abuso de posição dominante”?

No plano nacional, o art. 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei da Concorrência), que remete para um conjunto de exemplos de comportamentos abusivos previstos no art. 4.º da mesma Lei, e que é aplicado pela Autoridade da Concorrência (AdC).

No plano comunitário, quando o comportamento em causa afecta o comércio entre Estados-Membros da União Europeia, o art. 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE) e que é aplicado pelas Autoridades Nacionais de Concorrência ou pela Comissão Europeia.

3. Como surgiu este processo?

Este processo surgiu na sequência de diversas denúncias contra as empresas do Grupo PT (que, na altura, incluía empresas que actualmente integram o Grupo ZON) apresentadas à AdC por empresas concorrentes¹ no final de 2003 e no início de 2004.

Em causa estão comportamentos das empresas Portugal Telecom S.G.P.S., S.A. (PT SGPS), PT Comunicações, S.A. (PTC), TELEPAC II – Comunicações Interactivas, S.A. (TELEPAC II)², ZON – Multimédia, Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S., S.A. (ZON)³ e ZON – TV CABO Portugal, S.A. (TV CABO)⁴.

4. Quais os mercados em causa e a que tipo de serviços diz respeito o processo?

Os mercados em causa são os mercados retalhista e grossista de acesso em banda larga.

O serviço retalhista de acesso em banda larga consiste na venda de capacidade de transmissão de um débito de dados elevado, principalmente de dados associados à utilização da *Internet*.

As características essenciais deste serviço de acesso englobam um elevado débito de dados e a funcionalidade permanente.

¹ Clixgest Internet e Conteúdos, S.A. (CLIXGEST) e Novis Telecom, S.A. (NOVIS), do Grupo Sonae, Onitelecom – Infocomunicações, S.A. (ONI) e Media Capital Telecomunicações, S.A. (MEDIA CAPITAL).

² Posteriormente redenominada PT.COM – Comunicações Interactivas, S.A., por sua vez incorporada na PTC em 10 de Março de 2008.

³ Anteriormente PT – Multimédia, Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S, S.A.

⁴ Anteriormente CATVP – TV CABO Portugal, S.A.

Os serviços de acesso à *Internet* em banda larga são, então, caracterizados por proporcionarem aos utilizadores finais débitos no sentido descendente (*download*)⁵ não inferiores a 128 Kbps⁶, por contraposição aos serviços de acesso em banda estreita.

Quanto maior for a capacidade de ligação (isto é, quanto mais ampla for a largura de banda), maior a quantidade de informação que pode cursar através da mesma, o que significa que mais dados podem ser entregues num dado período de tempo.

Estas características do acesso em banda larga permitem ao utilizador final aceder a ficheiros de maiores dimensões, tais como ficheiros de música ou vídeo digital, e a participar em jogos de vídeo através da *Internet*.

Os serviços retalhistas de acesso em banda larga nos quais foi identificada a conduta restritiva da concorrência tinham a designação de “SAPO ADSL.PT”, “Netcabo Speed On 640”, “Netcabo Speed Use RC” e “Netcabo Speed On 128”.

O mercado grossista de acesso em banda larga é um mercado em que apenas actuam operadores de comunicações electrónicas e não consumidores, no qual os operadores contratam as componentes da rede básica de comunicações (detida pelo Grupo PT em regime de serviço público) que são fundamentais para, sobre esta rede, fornecer o serviço retalhista de acesso em banda larga aos seus clientes finais.

Os serviços grossistas de acesso em banda larga no qual foi identificada a conduta restritiva da concorrência tinham a designação de “Rede ADSL PT” (versões 11 a 15.9).

⁵ Os débitos de sentido descendente são normalmente os mais relevantes para o utilizador, uma vez que na maior parte dos casos os utilizadores consomem mais dados do que geram. É também por esse motivo que as capacidades de entrada e de saída, no caso da utilização da rede de cobre, são assimétricas, permitindo maior capacidade no tráfego de entrada.

⁶ kbps – kilobit por segundo.

5. Que quotas de mercado detinham as empresas do Grupo PT à data dos factos?

No serviço retalhista de acesso em banda larga, a quota de mercado conjunta das empresas retalhistas do Grupo PT (TELEPAC II e TV CABO) era de 70,7% em 2002 e de 77,7% em 2003.

No serviço grossista de acesso em banda larga, o Grupo PT, através da PTC, era o único fornecedor a nível nacional.

6. Quais os operadores presentes nestes mercados no momento dos comportamentos ilícitos?

No mercado retalhista de acesso em banda larga estavam presentes, por um lado, a TELEPAC II (actualmente PTC) e a TV CABO (actualmente ZON TV CABO), do Grupo PT, e, por outro lado, a CABOVISÃO, a ONI, a SONAE COM e a MEDIA CAPITAL, entre outros operadores alternativos de menor dimensão.

No mercado grossista de acesso em banda larga, o Grupo PT (através da PTC) era o único que detinha uma rede com cobertura e capacidade suficientes para prestar serviços a terceiros, a *rede básica de telecomunicações*. No seio do Grupo PT, a TV CABO (detentora da maior rede de cabo) não prestava, por opção do Grupo, serviços grossistas a terceiros.

7. Quais os comportamentos das empresas em causa que configuram um abuso de posição dominante?

As empresas em causa (PT SGPS; PTC; TELEPAC II; ZON MULTIMÉDIA e TV CABO), através da definição e aplicação dos tarifários grossista “Rede ADSL PT” (versões 11 a 15.9), da PTC, e retalhistas “SAPO ADSL.PT”, da TELEPAC II, e “Netcabo Speed On 640”, “Netcabo Speed Use RC” e “Netcabo Speed On 128”, da TV CABO, fixaram, artificial e não equitativamente, os preços dos serviços grossista e retalhista de acesso em banda larga, tendo induzido artificialmente a alta do preço

grossista (por comparação com o preço retalhista) e a baixa do preço retalhista (por comparação com o preço grossista), impedindo, deste modo, um operador alternativo, ainda que igualmente eficiente à empresa retalhista do Grupo PT, de obter lucro.

Adicionalmente, as empresas PT SGPS, PTC e TELEPAC II, através do tarifário aprovado na versão 11 da oferta grossista Rede ADSL PT, que vigorou entre 22 de Maio de 2002 e 30 de Junho de 2003 e, mais concretamente, através do sistema de descontos constante desse tarifário, definiram e a arguida PTC aplicou sistematicamente, relativamente a prestações equivalentes, condições discriminatórias, em benefício das empresas do seu próprio Grupo e em detrimento dos concorrentes.

Finalmente, em resultado dos comportamentos descritos, as arguidas limitaram a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico e o investimento relativos aos serviços em causa, em prejuízo da concorrência e dos consumidores.

Ao adoptarem estes comportamentos, as arguidas exploraram as posições de domínio que o Grupo PT detinha nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga.

A adopção destes comportamentos abusivos por parte das empresas do Grupo PT teve por objecto, e também como efeito, a restrição da concorrência nestes mercados e, também, outros serviços dependentes do acesso em banda larga.

8. Os tarifários objecto desta decisão não foram replicados nos anos subsequentes?

Não. O tarifário grossista esteve em vigor entre 22 de Maio de 2002 e 30 de Junho de 2003, tendo sido alterado pela PTC a partir desta última data, na sequência de uma intervenção do regulador sectorial, o ICP - Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), que deliberou mandar cessar o referido tarifário.

Os tarifários retalhistas da TELEPAC II e da TV CABO foram igualmente alterados subsequentemente.

9. Os potenciais clientes grossistas tinham alternativa de mercado?

Não. No período em apreço nenhum operador dispunha de alternativa para o fornecimento do serviço retalhista de acesso em banda larga, no âmbito geográfico nacional em que se insere esse mercado, sem recorrer à rede básica de comunicações do Grupo PT.

A AdC analisou a substituibilidade, do ponto de vista da procura e da oferta, entre a oferta grossista “Rede ADSL PT” da PTC e outros serviços conexos (por exemplo, o serviço grossista de acesso ao lacete local desagregado), tendo concluído que existem elementos técnicos, comerciais e financeiros que permitem verificar que os serviços não constituíam alternativas naquele período, em sintonia com a análise realizada pelo regulador sectorial e pela Comissão Europeia.

Em consequência, a oferta grossista “Rede ADSL PT” da PTC era incontornável para a prestação do serviço retalhista de acesso em banda larga em território nacional para os operadores alternativos aos do Grupo PT.

10. A que período se reportam os factos?

Os factos reportam-se ao período compreendido entre 22 de Maio de 2002 e 30 de Junho de 2003.

11. O ilícito não prescreveu?

Não, o prazo de prescrição neste tipo de ilícitos é de 5 anos, ressalvada a possibilidade de suspensão e/ou interrupção, até um máximo de 7,5 anos. Este prazo não foi ultrapassado no presente processo de contra-ordenação.

12. Os comportamentos em causa tiveram início antes da vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (actual Lei da Concorrência). Não deveriam os mesmos ter sido total ou parcialmente apreciados à luz da lei anterior?

Não. Os comportamentos investigados iniciaram-se em 22 de Maio de 2002 e terminaram em 30 de Junho de 2003, quando a actual Lei da Concorrência (a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) já estava em vigor. Neste tipo de situações, atendendo à natureza duradoura (ou permanente) dos ilícitos, a lei aplicável é sempre a lei do momento em que as práticas cessam.

Aos comportamentos das arguidas investigados no presente processo aplica-se, portanto, a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, sem prejuízo de os mesmos também já serem proibidos, no direito nacional, à luz da lei anterior (Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro).

Não releva, assim, para efeitos de determinação da lei aplicável ao caso concreto, a circunstância de, durante os 404 dias em que durou a infracção, 390 dias terem decorrido quando estava em vigor o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, e 14 dias terem decorrido na vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Uma vez que a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, era a lei em vigor à data em que cessou a infracção, é esta a lei à luz da qual devem ser apreciados os factos. A jurisprudência portuguesa na matéria não deixa margem para dúvidas, em virtude de se estar em presença de uma infracção permanente.

13. A natureza permanente da infracção é determinante para se saber qual a lei aplicável?

Sim. Uma infracção permanente consubstancia uma acção típica que perdura por um tempo mais ou menos longo, durante o qual os agentes cometem uma única infracção de natureza indivisível, constantemente renovada. Ora, numa infracção de natureza permanente, se a execução se tiver iniciado na vigência de uma lei mas prosseguir na vigência de uma outra lei que a substitua, tal infracção cairá no âmbito de aplicação da lei nova, *ainda que esta seja mais gravosa*, uma vez que a infracção permanente se renova constantemente enquanto se mantiver o estado de compressão do bem jurídico em causa e a consumação só cessa quando tal estado terminar.

Este é, aliás, o entendimento unânime da jurisprudência, *maxime* no universo das contra-ordenações jus-concorrenciais, a qual, a título de exemplo, propugna que, “perdurando no tempo a consumação da infracção a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova e não à luz da lei mais favorável, uma vez que o agente à luz da lei nova encontra-se a cometer a infracção” (Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 28 de Julho de 2006, 3.º Juízo, proferida no âmbito do Processo n.º 261/06.1TYLSB). No mesmo sentido, veja-se, igualmente, a Sentença do 2.º Juízo do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 2 de Maio de 2007, proferida no âmbito do Processo n.º 965/06.9TYLSB.

Aliás, a solução acima referida resulta expressamente da aplicação subsidiária do artigo 119.º, n.º 2, alínea *a*), do Código Penal (nos termos do artigo 32.º do Regime Geral das Contra-ordenações, aplicável *ex vi* artigo 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003).

14. Qual a razão do prazo decorrido entre a denúncia e a decisão final? Qual foi a complexidade deste caso?

Os casos de abuso de posição dominante implicam, em geral, uma investigação mais complexa e demorada do que a investigação de outros tipos de práticas restritivas, uma vez que os elementos de prova recolhidos obrigam normalmente a uma análise mais profunda. Por esse motivo, tanto a Comissão Europeia como as outras Autoridades Nacionais de Concorrência levam normalmente vários anos a investigar e sancionar os casos de abuso de posição dominante.

No caso em apreço foram investigadas e provadas pela AdC três tipologias distintas de comportamentos abusivos, levadas a cabo por cinco empresas, à época, todas do Grupo PT.

O processo envolveu prova económica complexa, tendo sido utilizado pela primeira vez em Portugal o *método do operador igualmente eficiente* numa base de *custos médios incrementais de longo prazo* para determinação do lucro económico dos operadores, em sintonia com as mais exigentes práticas internacionais.

O processo inclui dezenas de milhares de elementos, em suporte papel e em suporte electrónico, que exigiram uma cuidada e exaustiva análise económica.

Acresce que a investigação de práticas restritivas da concorrência orienta-se pelo princípio da procura da verdade material, com respeito pelos direitos e garantias das empresas arguidas, assegurando-se a transparência procedural e a concessão de prazos de resposta razoáveis.

A título de exemplo, no presente processo as arguidas dispuseram de 50 dias úteis (cerca de 2 meses e 10 dias em prazo corrido) para apresentarem as suas Defesas de Escritas.

Deve ainda salientar-se que os comportamentos objecto do presente processo de contra-ordenação ocorreram num sector sujeito a regulação sectorial, tendo a AdC de

respeitar um conjunto adicional de deveres, designadamente deveres de colaboração com o ICP-ANACOM.

Mais, uma vez que no presente processo se identificou a susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-Membros, a AdC incorreu, igualmente, em deveres de colaboração com a Comissão Europeia.

Por último, dada a possibilidade de interposição de recursos, por parte das arguidas, das decisões interlocutórias da AdC, releva-se que, no presente processo, foram interpostos quatro para o Tribunal de Comércio de Lisboa.

15. Dado que os factos a que se reporta esta decisão cessaram em 30 de Junho de 2003, qual é a relevância de sancionar hoje práticas que cessaram há mais de 6 anos?

Independentemente da complexidade dos processos e do direito, que assiste às arguidas, de interpor recurso judicial das decisões tomadas no decurso do processo, a Lei comete à AdC a atribuição de garantir o cumprimento das regras de concorrência, assim promovendo o eficiente funcionamento dos mercados, a eficaz afectação de recursos e os interesses dos consumidores.

O sancionamento das práticas em causa decorre, antes de mais, da natureza grave das mesmas, a que acrescem os danos que delas resultaram para o normal funcionamento da concorrência num mercado de importância estratégica para a economia nacional.

Além destes fundamentos, sublinhe-se ainda a necessidade de não permitir que comportamentos desta natureza se possam consolidar sem sanção, não apenas na óptica das arguidas no presente processo, como também enquanto elemento essencial para o fomento de uma cultura de concorrência - de particular relevância em mercados como os afectados pelas práticas em causa, cujo eficiente funcionamento

tem repercussões na actividade económica em geral e no progresso tecnológico e económico do país.

16. Porque considera a AdC que existiu um esmagamento de margens?

Considera-se que existiu um “esmagamento de margens” porque um concorrente do Grupo PT que quisesse acompanhar os preços retalhistas de acesso à *Internet* praticado pelas empresas do Grupo PT, recorrendo à oferta grossista desse Grupo (“Rede ADSL PT” - versões 11 a 15.9), não o conseguiria fazer sem incorrer em prejuízos, ainda que fosse tão eficiente quanto a empresa retalhista do Grupo PT.

O “esmagamento de margens” resulta da fixação conjunta, de forma artificial, de dois preços: o preço grossista e o preço retalhista, de forma a garantir que a diferença entre esses preços (margem) é insuficiente para fazer face aos custos da actividade retalhista.

17. Não é positivo para os consumidores que as margens dos operadores estejam esmagadas?

Um “esmagamento de margens” não significa que os preços retalhistas praticados sejam baixos, significa apenas que a diferença entre os preços retalhistas e grossistas é insuficiente para os operadores retalhistas se manterem no mercado de forma lucrativa.

Assim, num “esmagamento de margens” os consumidores são, desde logo, prejudicados no curto prazo em situações em que o preço grossista esteja a um nível elevado.

Para além disso, independentemente do nível de preços grossista e retalhista, em situações de “esmagamento de margem”, os consumidores são sempre prejudicados

no médio e longo prazo, na medida em que esta prática induz a saída do mercado de operadores eficientes, ou pelo menos tão eficientes quanto a empresa dominante, o que reduz a diversidade de opções e a intensidade concorrencial, aumentando o poder de mercado da empresa já dominante.

18. Porque considera a AdC que o tarifário grossista em causa era discriminatório?

O tarifário em causa (versões 11 a 15.9 do tarifário “Rede ADSL PT”) era discriminatório porque o regime de descontos aplicado pela arguida PTC foi concebido para favorecer (e na realidade favoreceu) exclusivamente a empresa retalhista do Grupo PT (a TELEPAC II) que, para o mesmo tipo de prestações que os seus concorrentes, era a única a auferir de descontos.

Existiram vários elementos que contribuíram para o carácter discriminatório desse esquema de descontos, designadamente, a forma de utilização do critério da duração dos contratos, o nível dos patamares e das percentagens de desconto, os critérios de determinação das percentagens de desconto, o contexto e a forma de definição desses critérios, as implicações práticas da sua execução e as formas de aplicação dos descontos ao longo do tempo, entre outros.

19. Foi possível estimar o prejuízo causado ou concretizar os efeitos produzidos em termos de concorrência?

Não foi possível quantificar a totalidade dos efeitos na concorrência do comportamento adoptado pelas empresas em causa, na medida em que, para além dos efeitos nos mercados de acesso em banda larga, existiram igualmente efeitos noutros mercados de comunicações electrónicas (por exemplo, no mercado grossista de acesso ao lacete local desagregado) e também noutros serviços dependentes do acesso em banda larga.

De facto, uma infra-estrutura de banda larga não actua numa economia de forma isolada, mas sim como complemento de outras tecnologias de informação, sendo pois considerada um factor crítico de potenciamento do uso de alicações electrónicas.

Foi, ainda assim, possível quantificar a perda de quota de mercado em que incorreram os operadores concorrentes, as perdas económicas e contabilísticas desses operadores – cerca de € 11 milhões –, o impacto sobre as suas estratégias de preços e custos (designadamente ao nível da publicidade e do pessoal), o número de empresas que saíram do mercado em consequência dos comportamentos das empresas do Grupo PT, as limitações à diversidade de escolhas dos consumidores e ao desenvolvimento técnico e tecnológico, entre outros aspectos.

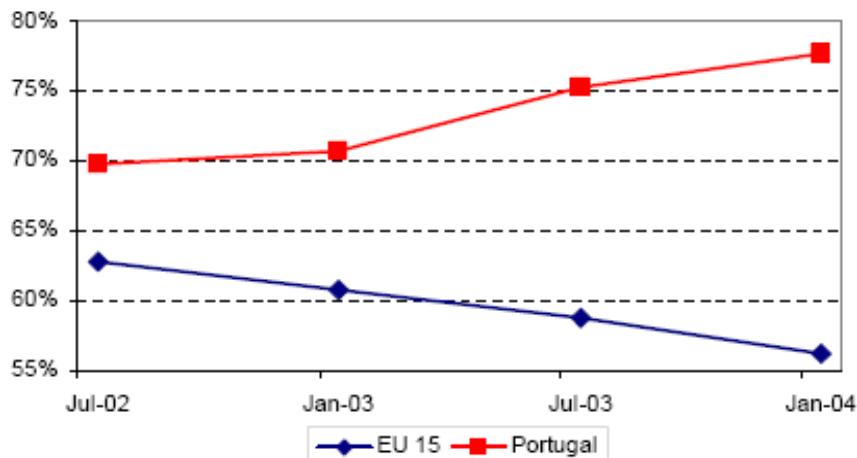
Verificou a AdC que em consequência dos comportamentos restritivos da concorrência, a quota de mercado conjunta dos concorrentes das empresas do Grupo PT diminuiu de 36% (antes do período das práticas)⁷ para 19% (durante o período das práticas)⁸, tendo o Grupo PT beneficiado de uma taxa de crescimento do número de novos clientes de acesso em banda larga de 193% durante o período dos comportamentos abusivos.

Disso mesmo dá nota a evolução da quota de mercado retalhista do operador histórico (em Portugal, Grupo PT) no acesso em banda larga, em claro contraste com a tendência de evolução registada na União Europeia.

⁷ Média dos doze meses anteriores ao termo do primeiro semestre de 2002, com base trimestral.

⁸ Média dos doze meses anteriores ao termo do primeiro semestre de 2003, com base trimestral

Tendência da quota de mercado do operador histórico no mercado retalhista de acesso em banda larga



Fonte: ICP-ANACOM.

Acresce que, na sequência dos comportamentos das arguidas, a empresa Media Capital Telecomunicações, S.A. abandonou o mercado de fornecimento de serviços de acesso em banda larga, a empresa Clixgest Internet e Conteúdos, S.A. suspendeu a sua oferta para novos clientes e a generalidade dos operadores alternativos reduziu substancialmente o investimento publicitário.

Ficou igualmente demonstrado no processo que, com os comportamentos abusivos, as empresas do Grupo PT restringiram a concorrência num conjunto de mercados conexos com o do acesso em banda larga, prejudicando designadamente a implementação da oferta desagregada do lacete local (no final do período dos comportamentos abusivos, Portugal era o segundo país da UE15 com menor percentagem de lacetes locais desagregados e, mais de dois anos depois, continuava a ocupar lugar entre as três piores posições do ranking Europeu) e atrasando o desenvolvimento da banda larga (tempo e velocidade de acesso) no nosso país.

De acordo com a OCDE, em Outubro de 2003, de um total de 30 países, Portugal era o que apresentava menor diversidade de ofertas de acesso à Internet em banda larga, a par da Grécia, da República Checa e da Irlanda e apresentava ofertas de serviços abaixo das da Islândia, da Hungria, do México e da Turquia.

Referia o ICP-ANACOM, em 2005, que «em relação ao mercado de acesso em banda larga, a configuração vigente até recentemente da oferta “Rede ADSL PT”, sobre a qual assenta a maior parte das ofertas retalhistas dos prestadores alternativos, não tem permitido a diferenciação de serviços, tornando os prestadores alternativos em meros revendedores da *Internet* de banda larga da PTC, exigindo a regulação a nível grossista.»

20. Foi possível, no processo, estimar os benefícios para as arguidas?

As próprias arguidas, aquando da decisão de implementação dos tarifários considerados restritivos da concorrência, procederam a estimativas dos benefícios que resultariam da sua aplicação. A AdC identificou documentação que contém essas previsões das arguidas e quantificou alguns dos benefícios efectivos para as arguidas, designadamente em termos de quotas de mercado e de número de clientes captados, conforme explicitado na resposta à questão anterior.

21. Que critérios foram utilizados pela AdC para a fixação da coima? Que critérios (atenuantes ou agravantes) teve a AdC em consideração na determinação da medida da coima?

Nos termos da lei, a coima aplicável à prática sancionada é fixada por referência ao volume de negócios da empresa arguida no último ano. Na fixação da coima são ponderadas as circunstâncias enunciadas no art. 44.^º da LdC. A tipologia de circunstâncias relevantes prevista no art. 44.^º da LdC, permite, todavia, a utilização de outras que a AdC considere relevantes no caso concreto.

A AdC fixou a coima em 2% do volume de negócios das empresas arguidas em 2003. Na determinação da medida da coima, a AdC teve em consideração todos os critérios previstos na Lei da Concorrência, tendo ponderado o facto de a PTC ter cessado a

aplicação do tarifário grossista na sequência da determinação do regulador sectorial, o mesmo acontecendo com as empresas retalhistas do Grupo PT.

Como circunstância agravante, a AdC considerou a susceptibilidade de afectação do comércio intra-comunitário.

22. Como se articula a regulação sectorial e o direito da concorrência num caso como este?

A regulação sectorial e o direito da concorrência desenvolvem-se em enquadramentos jurídicos complementares. Assim, a intervenção do regulador sectorial não afasta a possibilidade de actuação da AdC, e vice-versa, devendo as empresas conformar os seus comportamentos com ambos os enquadramentos jurídicos, sendo, aliás, esta a prática seguida ao nível da União Europeia.

23. Que razões justificam que a revogação do tarifário grossista em causa, por parte do ICP-ANACOM, não tenha impedido a AdC de tomar a presente decisão? A primeira não deveria excluir a segunda?

O facto de o ICP-ANACOM determinar a cessação da vigência do tarifário grossista em causa e a sua substituição por outro, não elimina o abuso de posição dominante que decorreu da aplicação do mesmo e dos tarifários retalhistas para os serviços em causa, no período de aproximadamente um ano em que efectivamente estiveram em vigor. Esta opinião foi, aliás, partilhada pelo ICP-ANACOM no âmbito do processo.

24. O ICP-ANACOM foi envolvido nesta decisão? Em que termos?

A AdC consulta obrigatoriamente o ICP-ANACOM sempre que estão em causa processos em mercados no sector das comunicações electrónicas, nos termos do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e da Lei da Concorrência.

No âmbito deste processo, o ICP-ANACOM foi consultado aquando da abertura de inquérito e relativamente ao projecto de decisão a adoptar pela AdC. A presente decisão teve em consideração o parecer (concordante) do regulador sectorial.

25. A Comissão Europeia foi envolvida nesta decisão? Em que termos?

A AdC consulta obrigatoriamente a Comissão Europeia, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, sempre que exista susceptibilidade de afectação do comércio intra-comunitário, o que aconteceu no presente caso.

26. Há decisões análogas sobre esta matéria?

Sim, por exemplo, as decisões da Comissão Europeia nos casos *Deutsche Telekom* e *Telefonica*, o primeiro já confirmado pelo Tribunal de Primeira Instância da União Europeia.

Nestes casos, a existência de regulação sectorial não impediu a Comissão de sancionar as empresas pela violação do art. 82.º do Tratado.

27. O presente caso é comparável aos decididos anteriormente pela AdC em matéria de comunicações electrónicas?

Os casos são materialmente diversos, o que, naturalmente, se reflecte na diferença entre as decisões, não obstante a existência de algumas semelhanças formais: algumas das empresas arguidas são as mesmas nos diversos processos e as infracções são do mesmo tipo, ou seja, abusos de posição dominante.

Um dos casos anteriores correspondeu a uma recusa de acesso a um conjunto de condutas da PTC, durante vários anos (entre 2001 e 2005), que levou à impossibilidade de os concorrentes construírem a respectiva rede, de forma a cobrir cerca de 73.527

casas, impedindo, assim, que os mesmos prestassem nessas zonas serviços de televisão, *Internet* e telefone fixo, em concorrência com o Grupo PT.⁹

Outro caso correspondeu à definição e aplicação de um sistema de descontos discriminatório no serviço de aluguer de circuitos, que vigorou entre 2003 e 2004.¹⁰

O presente processo incide sobre serviços distintos dos investigados anteriormente, inclui vários mercados, incorpora uma investigação sobre os efeitos dos comportamentos em mercados que vão para além daqueles em que ocorreu o ilícito e engloba três expressões distintas do abuso de posição dominante: a fixação artificial e não equitativa dos preços nos serviços grossista e retalhista de acesso em banda larga; um sistema de descontos discriminatório; e uma limitação da produção, investimento e desenvolvimento técnico, levadas a cabo por cinco empresas do Grupo PT¹¹. O presente processo incorpora, por isso, uma complexidade de análise jurídico-económica distinta da dos anteriores.

28. Como se justificam, por exemplo, as diferenças nas sanções aplicadas nos diferentes casos?

Conforme referido na resposta à questão anterior, cada caso apresenta especificidades, sendo apreciado isoladamente pela AdC, não devendo comparar-se directamente as sanções aplicadas.

No presente processo importa realçar que a infracção incidiu sobre serviços de acesso em banda larga, que constituem factores-chave para o crescimento e competitividade

⁹ Cf. http://www.concorrencia.pt/download/comunicado2007_13.pdf para informações adicionais sobre este caso.

¹⁰ Cf. http://www.concorrencia.pt/download/comunicado2008_15.pdf para informações adicionais sobre este caso.

¹¹ Actualmente integrando o Grupo PT e o Grupo ZON.

da economia. Da “*Estratégia de Lisboa*”, por exemplo, resulta a essencialidade do acesso em banda larga para o desenvolvimento de uma economia dinâmica e baseada no conhecimento, com vários estudos internacionais a estimarem que o impacto da banda larga no crescimento do PIB varia entre 0,5 e 2,5%.

Ficou igualmente demonstrado no processo que, com os comportamentos abusivos – e para além das perdas directas objectivamente estimadas para as empresas alternativas ao Grupo PT da ordem dos € 11 milhões – as empresas do Grupo PT restringiram a concorrência num conjunto de mercados conexos com o do acesso em banda larga, prejudicando designadamente a implementação da oferta desagregada do lacete local (no final do período dos comportamentos abusivos, Portugal era o segundo país da UE15 com menor percentagem de lacetes locais desagregados e, mais de dois anos depois, continuava a ocupar lugar entre as três piores posições do *ranking Europeu*) e atrasando o desenvolvimento da banda larga (tempo e velocidade de acesso) no nosso país.

De acordo com a OCDE, em Outubro de 2003, de um total de 30 países, Portugal era o que apresentava menor diversidade de ofertas de acesso à *Internet* em banda larga, a par da Grécia, da República Checa e da Irlanda e apresentava ofertas de serviços abaixo das da Islândia, da Hungria, do México e da Turquia.

Acresce que foi demonstrada no processo uma postura intencional das arguidas de exclusão dos concorrentes, que, na realidade, levou à saída do mercado de operadores alternativos ao Grupo PT, limitando a diversidade de ofertas ao consumidor de serviços de acesso em banda larga, não apenas durante o período das práticas, mas também nos anos subsequentes.

Pelo exposto, fica claro que o presente processo é distinto dos anteriores processos em que foram proferidas decisões condenatórias por práticas em mercados conexos. Mais concretamente, atente-se nos processos relativos ao aluguer de circuitos, decidido a 1 de Setembro de 2008, em que a coima aplicada foi de 2,1 milhões de Euros, e o relativo

à recusa de acesso a condutas para passagem de cabos e montagem de redes de comunicações electrónicas, decidido a 1 de Agosto de 2007, no qual foi aplicada uma coima de 38 milhões de Euros.

No processo ora em análise, a coima aplicada tem, assim, em conta a mesma moldura sancionatória abstracta, aplicada a práticas distintas, levadas a cabo por um conjunto definido de arguidas que à época integravam o grupo PT, considerando todas as circunstâncias relevantes, características dos factos ora em apreço.

29. Sendo hoje a ZON e a TVCABO empresas autónomas em relação ao Grupo PT, porque razão são consideradas nesta decisão?

A actual ZON e a TV CABO integravam, nos anos em que se verificaram as práticas agora condenadas, o grupo económico conhecido como Grupo PT, então liderado pela PT SGPS. À época, a ZON tinha a designação de PT MULTIMÉDIA, tendo esta denominação social sido alterada em 1 de Fevereiro de 2008.

Tendo as sociedades ZON e TV CABO sido autoras dos factos censurados, as mesmas são destinatárias da decisão proferida neste processo.

Nos termos art. 43.º, n.º 1, a), da LdC, a fixação da coima é realizada com referência ao volume de negócios da empresa arguida. Em resultado do *spin-off* do Grupo PT, a ZON (ex-PT MULTIMÉDIA) foi separada deste grupo empresarial com uma composição de empresas participadas diversa da ex-PT MULTIMÉDIA. Na verdade, a única empresa do Grupo PT participada pela ZON em 2003, após o *spin-off*, foi a TV CABO, uma vez que as restantes empresas participadas pela ex PT MULTIMÉDIA permaneceram integradas no Grupo PT.

30. Como é possível a AdC aplicar uma coima à TVCABO, que é uma empresa dependente da ZON, e não aplicar qualquer coima à ZON?

Como foi referido na resposta anterior, à data dos factos, a ZON tinha a denominação social de PT MULTIMÉDIA. No ano de 2003, esta sociedade teve um volume de negócios de zero euros. Assim, devendo a coima aplicável ser calculada, nos termos da lei, até um máximo de 10% do volume de negócios – considerando o ano em que ocorreram as práticas em causa –, à ZON não poderia ser aplicada uma coima superior a zero euros. Em síntese, a razão de não ser aplicada uma coima à ZON, contrariamente ao que sucede à TV CABO, decorre da lei e prende-se com a coerente aplicação da mesma.

Tal não prejudica que a ZON, enquanto arguida e destinatária da decisão, tenha sido condenada, como as restantes arguidas, na sanção acessória, prevista pela lei em função da gravidade da prática, de publicação de um sumário da decisão, no Diário da República e num jornal de expansão nacional.

31. Esta decisão é definitiva ou é passível de recurso?

Esta decisão é passível de recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, nos termos da Lei da Concorrência e do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social.

O Comunicado n.º 16/2009, relativo a esta decisão, encontra-se publicado em www.concorrencia.pt

Nova pergunta

32. Por que razão se verifica um número tão expressivo de decisões da AdC no sector das telecomunicações?

O sector é, de entre os sectores regulados, aquele em que a AdC tem recebido, de forma sistemática, um maior número de denúncias, o que se justifica pelo facto de ser moderno e de elevada intensidade tecnológica, atreito a novas, grandes e muito dinâmicas empresas, muito atentas ao cumprimento das regras da concorrência. Aliás, trata-se de um sector com decisões e uma atenção particulares na Comissão Europeia e na maioria dos países europeus.

É também um sector transversal à economia, com evidente importância para o desenvolvimento económico no país, e que tem sofrido transformações relevantes com impacto na estrutura e dinâmica concorrencial dos mercados.