

DECISÃO

PRC 2004/01

DATA DA DECISÃO: 28/08/2008

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADOS:

PT COMUNICAÇÕES, S.A.

01668

H.

lu
h

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

DECISÃO
- PRC-01/04 -

H.

H.

ÍNDICE

| | | |
|-------------|--|----|
| 1. | DO PROCESSO | 7 |
| 1.1 | Origem do processo | 7 |
| 1.2 | Diligências Probatórias | 9 |
| 1.3 | Nota de Ilicitude e pronúncia da arguida | 10 |
| 1.4 | Cooperação entre a Autoridade da Concorrência e a Comissão Europeia | 13 |
| 1.5 | Cooperação entre a Autoridade da Concorrência e o ICP-ANACOM | 13 |
| 2. | QUESTÃO PRÉVIA SUSCITADA PELA ARGUIDA EM RESPOSTA À NOTA DE ILICITUDE .. | 15 |
| 2.1 | Da inexistência de nulidade | 16 |
| 2.2 | Da sanção da nulidade | 35 |
| 2.3 | Conclusão | 39 |
| 3. | DOS FACTOS | 40 |
| 3.1 | Identificação da denunciante | 40 |
| 3.2 | Identificação e caracterização da arguida | 40 |
| 3.3 | Mercado relevante e determinação de posição dominante | 41 |
| 3.3.1 | Metodologia | 42 |
| 3.3.1.1 | Metodologia: definição dos mercados relevantes | 42 |
| 3.3.1.1.1 | Mercado do produto | 42 |
| 3.3.1.1.2 | Mercado geográfico | 43 |
| 3.3.1.2 | Metodologia: determinação de posição dominante | 44 |
| 3.3.2 | O serviço de aluguer de circuitos | 45 |
| 3.3.2.1 | Definição do mercado retalhista de circuitos alugados | 49 |
| 3.3.2.1.1 | O mercado do produto | 49 |
| 3.3.2.1.1.1 | Circuitos analógicos vs. circuitos digitais de baixo débito | 50 |
| 3.3.2.1.1.2 | Segmentação dos circuitos digitais segundo a capacidade | 51 |
| 3.3.2.1.1.3 | Circuitos alugados vs. serviços assimétricos (baseados em ADSL e em redes de distribuição de televisão por cabo) | 52 |
| 3.3.2.1.1.4 | Circuitos alugados vs. outros serviços de dados (FWA, RL-R, VPN, gestão de capacidade e xDSL simétricos) | 53 |
| 3.3.2.1.1.5 | Segmentação do mercado: grandes empresas vs. PMEs | 54 |
| 3.3.2.1.2 | O mercado geográfico | 55 |
| 3.3.2.1.3 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Definição do mercado retalhista de circuitos alugados | 56 |
| 3.3.2.1.4 | Conclusão: Definição do mercado retalhista de circuitos alugados | 57 |
| 3.3.2.2 | Posição dominante no mercado retalhista de circuitos alugados | 58 |
| 3.3.2.2.1 | Quotas de mercado | 58 |
| 3.3.2.2.2 | Grau de concorrência entre as empresas instaladas | 59 |
| 3.3.2.2.3 | Concorrência potencial | 60 |
| 3.3.2.2.4 | Contrapoder negocial dos compradores | 61 |
| 3.3.2.2.5 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Posição dominante no mercado retalhista de circuitos alugados | 61 |
| 3.3.2.2.6 | Conclusão: Posição dominante no mercado retalhista de circuitos alugados | 67 |
| 3.3.2.3 | Definição dos mercados grossistas de circuitos alugados | 67 |
| 3.3.2.3.1 | O mercado do produto | 68 |
| 3.3.2.3.1.1 | Segmentos terminais vs. outros serviços de transmissão (ORALL, tecnologias simétricas, redes de distribuição de televisão por cabo, ADSL, FWA, RL-R e VPN) | 69 |
| 3.3.2.3.1.2 | Segmentação dos mercados grossistas de segmentos terminais segundo a capacidade | 71 |
| 3.3.2.3.2 | O mercado geográfico | 72 |
| 3.3.2.3.3 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Definição dos mercados grossistas de circuitos alugados | 73 |
| 3.3.2.3.4 | Conclusão: Definição dos mercados grossistas de circuitos alugados | 74 |
| 3.3.2.4 | Posição dominante nos mercados grossistas de circuitos alugados | 75 |
| 3.3.2.4.1 | Quotas de mercado | 75 |
| 3.3.2.4.2 | Concorrência entre as empresas instaladas | 76 |
| 3.3.2.4.3 | Concorrência potencial | 76 |
| 3.3.2.4.4 | Contrapoder negocial dos compradores | 76 |

| | | |
|-------------|--|-----|
| 3.3.2.4.5 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Posição dominante nos mercados grossistas de circuitos alugados..... | 77 |
| 3.3.2.4.6 | Conclusão: Posição dominante nos mercados grossistas de circuitos alugados | 77 |
| 3.3.2.5 | Cooperação institucional entre Autoridades..... | 77 |
| 3.4 | Comportamento da arguida..... | 79 |
| 3.4.1 | Importância do serviço grossista de aluguer de circuitos da PTC | 79 |
| 3.4.2 | Contexto regulatório e antecedentes do tarifário grossista de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 | 80 |
| 3.4.3 | Tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 | 84 |
| 3.4.4 | Tarifário do serviço de circuitos alugados anterior ao que vigorou entre 01.03.2003 e 07.03.2004..... | 87 |
| 3.4.5 | Tarifário do serviço de circuitos alugados posterior ao que vigorou entre 01.03.2003 e 07.03.2004..... | 91 |
| 3.4.6 | Análise e resultados | 92 |
| 3.4.6.1 | Não linearidade dos escalões de desconto..... | 95 |
| 3.4.6.1.1 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência..... | 97 |
| 3.4.6.2 | Limites dos escalões de desconto e distribuição das empresas pelos mesmos | 103 |
| 3.4.6.2.1 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência..... | 106 |
| 3.4.6.3 | Taxas de desconto aplicáveis e relações entre os volumes de facturação e de desconto | 111 |
| 3.4.6.4 | Variação da posição relativa das empresas..... | 115 |
| 3.4.6.5 | Desconto de facturação: circuitos SDH | 118 |
| 3.4.6.6 | Prémio de permanência | 121 |
| 3.4.6.6.1 | Posição da arguida / Posição da AdC..... | 122 |
| 3.4.6.7 | Posição da arguida / Posição da AdC: Análise e resultados | 126 |
| 3.4.7 | Efeitos do comportamento da arguida..... | 151 |
| 3.4.7.1 | Impacto do tarifário de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 nos diversos mercados | 151 |
| 3.4.7.2 | Simulações: impacto quantitativo | 154 |
| 3.4.7.3 | Posição da arguida / Posição da AdC: Efeitos do comportamento da arguida | 161 |
| 3.5 | Conclusões sobre a matéria de facto: factos provados/não provados e fundamentação da matéria de facto | 171 |
| 4. | DO DIREITO | 173 |
| 4.1 | Da infracção às regras do direito português e do direito comunitário da concorrência: apreciação jurídica e económica..... | 173 |
| 4.1.1 | Elementos objectivos..... | 175 |
| 4.1.1.1 | Conceito de empresa..... | 176 |
| 4.1.1.2 | Mercados relevantes | 176 |
| 4.1.1.2.1 | O mercado do produto | 177 |
| 4.1.1.2.2 | O mercado geográfico..... | 177 |
| 4.1.1.3 | Posição dominante da arguida no(s) mercado(s) relevante(s)..... | 177 |
| 4.1.1.4 | Comportamento da arguida..... | 178 |
| 4.1.1.4.1 | Tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 | 179 |
| 4.1.1.4.1.1 | Não linearidade dos escalões de desconto | 180 |
| 4.1.1.4.1.2 | Limites dos escalões de desconto e distribuição das empresas pelos mesmos..... | 180 |
| 4.1.1.4.1.3 | Taxas de desconto aplicáveis e relações entre os volumes de facturação e de desconto | 181 |
| 4.1.1.4.1.4 | Variação da posição relativa das empresas..... | 182 |
| 4.1.1.4.1.5 | Desconto de facturação: circuitos SDH | 183 |
| 4.1.1.4.1.6 | Prémio de permanência | 183 |
| 4.1.1.4.1.7 | Conclusões..... | 185 |
| 4.1.1.5 | Efeitos do comportamento da arguida | 189 |
| 4.1.1.5.1 | Impacto do tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 nos diversos mercados | 190 |
| 4.1.1.5.2 | Simulações: impacto quantitativo..... | 192 |

H.

M
H
M

| | | |
|-----------|--|-----|
| 4.1.1.6 | Susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-Membros..... | 194 |
| 4.1.1.7 | Conclusão: elementos objectivos | 197 |
| 4.1.1.8 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Questão suscitada pela arguida relativamente ao abuso de posição dominante | 198 |
| 4.1.2 | Elementos subjectivos | 216 |
| 4.1.2.1 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência | 218 |
| 4.1.3 | Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Questão suscitada pela arguida relativamente à inaplicabilidade do Direito da Concorrência..... | 228 |
| 4.1.4 | Execução temporal da infracção | 234 |
| 4.1.5 | Aplicação da lei no tempo..... | 235 |
| 4.1.6 | Determinação da medida da coima | 236 |
| 4.1.6.1 | Moldura aplicável e volume de negócios da arguida..... | 237 |
| 4.1.6.2 | Critérios de determinação da coima | 238 |
| 4.1.6.2.1 | Gravidade da infracção | 238 |
| 4.1.6.2.2 | Vantagens para a empresa infractora..... | 239 |
| 4.1.6.2.3 | Carácter reiterado ou ocasional da infracção | 241 |
| 4.1.6.2.4 | Grau da participação na infracção..... | 241 |
| 4.1.6.2.5 | Colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo | 241 |
| 4.1.6.2.6 | Comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência..... | 242 |
| 4.1.6.2.7 | Outras circunstâncias relevantes | 242 |
| 4.1.6.3 | Coima concretamente aplicada | 243 |
| 4.1.7 | Sanções acessórias | 243 |
| 5. | DECISÃO..... | 244 |

ÍNDICE DE TABELAS

| | |
|--|-----|
| Tabela 1 – Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 85 |
| Tabela 2 – Prémio de permanência (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 86 |
| Tabela 3 – Desconto de configuração estável (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 87 |
| Tabela 4 – Desconto de rede normal (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 88 |
| Tabela 5 – Desconto mensal de agregação de débito/capacidade (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 89 |
| Tabela 6 – Desconto de agregação de banda (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 90 |
| Tabela 7 – Desconto mensal de facturação (tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 91 |
| Tabela 8 – Prémio de permanência (tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 92 |
| Tabela 9 – Facturação líquida mensal (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 102 |
| Tabela 10 – Empresas em cada escalão do desconto relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 104 |
| Tabela 11 – Esquemas de descontos na União Europeia..... | 105 |
| Tabela 12 – Descontos de facturação: circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 112 |
| Tabela 13 – Descontos de facturação: circuitos com débito até 34 Mbps e circuitos SDH (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 113 |
| Tabela 14 – Relação entre volumes de facturação e de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) | 114 |
| Tabela 15 – Facturações, descontos e taxas médias de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e tarifário anterior) | 116 |
| Tabela 16 – Relações entre facturações, descontos e taxas médias de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e tarifário anterior)..... | 117 |
| Tabela 17 – Facturações e descontos: circuitos SDH (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 118 |
| Tabela 18 – Facturações: circuitos SDH (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 119 |
| Tabela 19 – Diferenças no volume de descontos (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e simulação com tarifário posterior)..... | 157 |
| Tabela 20 – Empresas em cada escalão do desconto de facturação (simulação com tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 158 |
| Tabela 21 – Taxas médias de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e simulação com tarifário posterior)..... | 158 |
| Tabela 22 – Relação entre volumes de facturação e de desconto (simulação com tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... | 160 |

ÍNDICE DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1 – Circuito alugado (diagrama esquemático)..... | 46 |
|---|----|

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)96

Gráfico 2 - Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps: tratamento desigual de prestações equivalentes (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)..... 100

Gráfico 3 - Facturação líquida mensal (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) 102

Gráfico 4 - Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps: curva convexa (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004) 145

Gráfico 5 - Curva de custos médios de longo prazo..... 146

Gráfico 6 - Funções de preços médios..... 148

Gráfico 7 - Curva subjacente aos pontos médios dos intervalos..... 149

Gráfico 8 - Curva subjacente aos pontos extremos dos intervalos..... 150

Gráfico 9 - Quotas no mercado grossista de segmentos terminais de circuitos alugados ... 152

Gráfico 10 - Quotas no mercado grossista de segmentos de trânsito de circuitos alugados 152

Gráfico 11 - Quotas no mercado retalhista de circuitos alugados 153

DECISÃO – PRC-01/04

A Autoridade da Concorrência,

Considerando as competências atribuídas pelos art. 6.º, n.º 1, alínea a), e art. 7.º, n.º 2, alínea a), dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro;

Considerando a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho;

Considerando o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art. 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia;

Visto o processo de contra-ordenação registado sob o n.º PRC-01/04, em que é arguida a empresa PT Comunicações, S.A., pessoa colectiva n.º 504 615 947, com sede social na Rua Andrade Corvo, n.º 6, em Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o n.º 9406¹;

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito:

1. DO PROCESSO**1.1 Origem do processo**

1. O processo teve origem em denúncia apresentada em 26 de Novembro de 2003, na Autoridade da Concorrência, pela empresa:

Onitelecom – Infocomunicações, S.A. (ONI), pessoa colectiva n.º 504 073 206, com sede no Lagoas Park – Edifício 12, em Porto Salvo, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o n.º 7285².

2. Segundo a ONI, o tarifário da PT Comunicações, S.A. (PTC) do serviço de aluguer de circuitos que entrou em vigor em Março de 2003 desrespeitava, alegadamente, os princípios regulamentares da orientação dos preços para os custos e da não discriminação, uma vez que beneficiava as outras

¹ Cf. Certidão Permanente da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa (com o código 5124-8757-2426), constante de fls. 1202 a fls. 1212.

² Cf. comunicação ONI de 26.11.2003, constante de fls. 0004 a fls. 0109.

empresas do Grupo Portugal Telecom (Grupo PT), nomeadamente a PT Prime – Soluções Empresariais de Telecomunicações e Sistemas, S.A. (PT Prime) e a PT Corporate – Soluções Empresariais de Telecomunicações e Sistemas, S.A. (PT Corporate), relativamente aos demais operadores.

3. A denunciante referia que o carácter anti-concorrencial da prática decorria do desenho do próprio tarifário e, nomeadamente, do esquema de descontos de quantidade praticado, que promovia a discriminação positiva das empresas do Grupo PT através do seguinte:
 - i. níveis mais elevados de descontos só atingíveis pelas empresas do Grupo PT;
 - ii. agravamento dos limites dos escalões intermédios dos descontos duas a três vezes superiores aos extremos;
 - iii. introdução de descontos de quantidade não justificáveis com base nas economias de escala;
 - iv. eliminação dos descontos de agregação de circuitos;
 - v. níveis de descontos que contrariavam as recomendações da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça; e
 - vi. supressão ao nível grossista da isenção de taxas de instalação de circuitos instalados por mais do que um ano, que a PTC continuava a aplicar aos clientes de retalho³.

4. Em carta posterior⁴, a ONI denunciou também a aplicação de descontos específicos, para além dos identificados no tarifário do serviço de aluguer de circuitos, nomeadamente descontos de agregação de débito e atribuição de prémios à Vodafone Telecel, Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone), bem como o desconto de 10% relativo à tecnologia SDH, de que era beneficiária a PT Prime.

³ Na sua defesa escrita (§80 e ss., de fls. 0943 a fls. 1019), a arguida alega a existência de uma incorrecção na alínea vi) do §3 da Nota de Ilicitude [igualmente alínea vi) do §3 da presente Decisão], indicando que a eliminação da taxa de instalação foi aplicada a todos os clientes, grossistas e retalhistas. A Autoridade da Concorrência regista as explicações da arguida, embora esclareça que no §3 se limita a reproduzir as razões pelas quais a denunciante considera que o esquema de descontos de quantidade praticado pela PTC promovia a discriminação positiva das empresas do Grupo PT. De salientar ainda que na Nota de Ilicitude não existia qualquer referência às taxas de instalação, nem estas foram utilizadas pela Autoridade da Concorrência no âmbito da análise efectuada no presente processo de contra-ordenação.

⁴ Cf. comunicação ONI com ref.^a n.º 091/CA, de 01.03.2004, de fls. 0137 a fls. 0166. Nesta carta, a ONI reiterou igualmente a intenção de ver investigadas as práticas denunciadas anteriormente.

5. Por despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, de 08 de Janeiro de 2004⁵, foi determinada a abertura de inquérito, nos termos do n.º 1 do art. 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (doravante designada igualmente por Lei da Concorrência), com vista à prossecução das diligências de investigação necessárias à identificação de eventuais práticas restritivas da concorrência e respectivos agentes, no âmbito dos factos objecto de denúncia.
6. Tratando-se de factos eventualmente ocorridos num domínio sujeito a regulação sectorial, deles foi dado conhecimento nos termos do art. 29.º da Lei da Concorrência e do art. 6.º dos Estatutos do ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, em 15 de Janeiro de 2004, ao ICP-ANACOM, enquanto autoridade reguladora do sector das comunicações electrónicas⁶.
7. Em 01 de Março de 2004, o ICP-ANACOM pronunciou-se sobre os factos denunciados⁷, remetendo para a deliberação do Conselho de Administração de 10 de Fevereiro de 2004, que determinou a cessação do tarifário de circuitos alugados da PTC, em vigor desde Março de 2003⁸.

1.2 Diligências Probatórias

8. No decurso das fases de inquérito e de instrução do processo n.º PRC-01/04 foram realizadas pela Autoridade da Concorrência as diligências de investigação previstas na lei (cf. art. 17.º e ss. da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) e consideradas necessárias.
9. Entre outras, estas diligências incluíram a solicitação e análise, nos termos do art. 18.º da Lei da Concorrência, de informação e documentação da empresa arguida e da empresa denunciante.

⁵ Cf. informação Autoridade da Concorrência (AdC) com ref.ª n.º INF/21/2004/DMA/ADC, de fls. 0110 a fls. 0129.

⁶ Cf. ofício AdC com ref.ª n.º OF/64/2004/DMA/ADC, de 15.01.2004, de fls. 0132 a fls. 0133.

⁷ Cf. ofício ANACOM-S04070/2004, de 01.03.2004, de fls. 0167 a fls. 0177.

⁸ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.



1.3 Nota de Ilicitude e pronúncia da arguida

Nota de Ilicitude

10. A arguida foi regularmente notificada do início da Instrução por ofício da Autoridade da Concorrência, de 17 de Abril de 2007⁹, nos termos e para os efeitos do art. 25.º, n.º 1, al. b) e do art. 26.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, tendo a Autoridade da Concorrência enviado à arguida, no mesmo ofício, a Nota de Ilicitude (NI) que consta de fls. 0464 a fls. 0907 do processo e que aqui se dá por integralmente reproduzida.
11. Em síntese, pela NI procedeu-se à imputação à arguida, assente nos elementos de prova aí identificados, da prática de abuso de posição dominante, nos termos do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea b) e alínea c) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Tratado CE), punível nos termos conjugados do disposto no art. 42.º e na alínea a) do n.º 1 do art. 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.
12. O abuso de posição dominante imputado à arguida foi consumado através da definição e aplicação em termos discriminatórios do tarifário de circuitos alugados desta empresa, em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, evidenciando o mesmo a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes em benefício das empresas do Grupo PT e em detrimento das concorrentes, cuja actividade, expansão e investimentos resultaram deste modo fortemente limitados.

Primeira consulta do processo e obtenção de cópia

13. Em 20 de Abril de 2007, a arguida solicitou autorização para consulta e obtenção de cópia simples do processo¹⁰, pedido deferido pela Autoridade da Concorrência em 24 de Abril de 2007¹¹.
14. Em consequência, em 30 de Abril de 2007, a mandatária da arguida consultou a versão não confidencial do processo¹² e, em 04 de Maio de 2007, levantou cópia simples do seu teor integral¹³.

⁹ Cf. ofício AdC com ref.ª n.º S-DMA-OF/38/2007/DMA, de 17.04.2007, de fls. 0908 a fls. 0909.

¹⁰ Cf. fax Vieira de Almeida & Associados - Sociedade de Advogados, R.L. (VdA) [mandatários da arguida com procuração constante de fls. 0921 a fls. 0929], de 20.04.2007, de fls. 0912 a fls. 0915.

¹¹ Cf. fax AdC com ref.ª n.º S-DMA-FAX/45/2007/DMA, de 24.04.2007, de fls. 0919 a fls. 0920.

**Audição oral e defesa escrita**

15. A arguida requereu ainda, em 23 de Abril de 2007, a realização de uma audição oral¹⁴, nos termos do disposto no art. 26.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, tendo a Autoridade da Concorrência deferido este pedido em 02 de Maio de 2007 e fixado para o efeito a data de 06 de Junho de 2007¹⁵.
16. Em 17 de Maio de 2007, a arguida solicitou a prorrogação do prazo de apresentação de defesa escrita de 30 dias úteis, inicialmente concedido pela Autoridade da Concorrência¹⁶.
17. Esta Autoridade, em 22 de Maio de 2007, deferiu o pedido da arguida, tendo prorrogado o prazo para apresentação de defesa escrita em mais 15 dias úteis e, consequentemente, fixado a data de 28 de Junho de 2007 para a realização da audição oral¹⁷.
18. Em 22 de Junho de 2007, a arguida apresentou a respectiva defesa escrita constante de fls. 0943 a fls. 1019 do processo, que se dá aqui por integralmente reproduzida¹⁸.
19. Em síntese, considerou a arguida no §338 da defesa escrita¹⁹ que:
 - i. «Na acusação formulada pela Autoridade da Concorrência foram preteridos os direitos de defesa, em especial no que se refere à indicação concreta dos requisitos do tipo, dos factos imputados que objectiva e subjectivamente o e da medida da pena» [sic].
 - ii. «Os descontos do tarifário de Março de 2003 não devem ser qualificados como uma imposição de condições de venda discriminatórias e consequentemente abusivas».
 - iii. «Tais descontos não devem tão pouco ser considerados como dissuasores do investimento e limitadores da produção, não tendo quaisquer efeitos de exclusão e, muito menos, sensíveis».

¹² Cf. termo de consulta de processo, de 30.04.2007, fls. 0930.

¹³ Cf. termo de levantamento de cópia, de 04.05.2007, fls. 0934.

¹⁴ Cf. fax VdA de 23.04.2007, de fls. 0913 a fls. 0915 e comunicação VdA de 23.04.2007, de fls. 0916 a fls. 0918.

¹⁵ Cf. fax AdC com ref.ª n.º S-DMA-FAX/47/2007/DMA, de 02.05.2007, de fls. 0932 a fls. 0933.

¹⁶ Cf. fax VdA de 17.05.2007, de fls. 0938 a fls. 0939.

¹⁷ Cf. fax AdC com ref.ª n.º S-DMA-FAX/62/2007/DMA, de 22.05.2007, de fls. 0940 a fls. 0941.

¹⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

- iv. «Ao tempo, os circuitos eram vistos pela legislação especial como infra-estruturas essenciais e tinham as condições de acesso reguladas de modo a evitar a prática de preços excessivos e discriminatórios».
 - v. «O ICP-ANACOM, aprovou os descontos em causa após um balanço consciencioso das vantagens e dos riscos que lhes eram inerentes, sendo a única entidade competente para o efeito».
 - vi. «Os valores tutelados pela regulação das comunicações electrónicas aplicável ao caso consomem os da defesa da concorrência, vão além destes e prevalecem conseqüentemente sobre eles».
 - vii. «Por conseguinte, os descontos em causa não são jus-concorrencialmente ilícitos e, mesmo que o fossem, a arguida não agiu com culpa, e muito menos com elevado grau de insensibilidade aos valores tutelados».
20. Em 26 de Junho de 2007, a arguida desistiu da audição oral prevista para o dia 28 de Junho de 2007²⁰.

Segunda consulta do processo e obtenção de cópia

21. Em 17 de Dezembro de 2007, a arguida solicitou autorização para consulta e obtenção de cópia simples do processo a partir de fls. 0463²¹, pedido deferido pela Autoridade da Concorrência em 18 de Dezembro de 2007²².
22. Em consequência, em 02 de Janeiro de 2008, a mandatária da arguida levantou cópia simples do teor integral da versão não confidencial do processo (a partir de fls. 0463)²³, tendo declarado prescindir da consulta do mesmo²⁴.

Terceira consulta do processo e obtenção de cópia

23. Em 31 de Março de 2008, a arguida solicitou autorização para consulta e obtenção de cópia simples do processo a partir de fls. 1189²⁵, pedido deferido pela Autoridade da Concorrência em 01 de Abril de 2008²⁶.

²⁰ Cf. fax VdA de 26.06.2007, de fls. 1098 a fls. 1100.

²¹ Cf. fax VdA de 17.12.2007, de fls. 1183 a fls. 1184.

²² Cf. fax AdC com ref.^a n.º S-DMA/2007/257, de 18.12.2007, de fls. 1185 a fls. 1186.

²³ Cf. termo de levantamento de cópia, de 02.01.2008, de fls. 1191 a fls. 1192.

²⁴ Cf. termo de consulta de processo, de 02.01.2008, fls. 1190.

²⁵ Cf. fax VdA de 31.03.2008, de fls. 1333 a fls. 1334.

²⁶ Cf. fax AdC com ref.^a n.º S-DMA/2008/59, de 01.04.2008, de fls. 1335 a fls. 1336.

24. Em consequência, em 14 de Abril de 2008, um representante dos mandatários da arguida, devidamente autorizado, levantou cópia simples do teor integral da versão não confidencial do processo (a partir de fls. 0463)²⁷, tendo os mandatários declarado prescindir da consulta do mesmo²⁸.

Quarta consulta do processo e obtenção de cópia

25. Em 01 de Julho de 2008, a arguida solicitou autorização para consulta e obtenção de cópia simples do processo a partir de fls. 1212²⁹, pedido deferido pela Autoridade da Concorrência em 15 de Julho de 2008³⁰.
26. A arguida, no entanto, não procedeu à consulta do processo nem ao levantamento de cópia simples do mesmo a partir de fls. 1212.

1.4 Cooperação entre a Autoridade da Concorrência e a Comissão Europeia

27. Nos termos e para os efeitos dos n.º 3 e n.º 4 do art. 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002³¹, a Autoridade da Concorrência comunicou à Comissão Europeia, em 19 de Dezembro de 2007, o processo registado sob o n.º PRC-01/04³².
28. Na sequência da comunicação da Autoridade da Concorrência, a Comissão Europeia não apresentou quaisquer comentários à análise desta Autoridade no presente processo de contra-ordenação.

1.5 Cooperação entre a Autoridade da Concorrência e o ICP-ANACOM

29. Nos termos do n.º 2 do art. 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, foi solicitado pela Autoridade da Concorrência ao ICP-ANACOM parecer sobre projecto de Decisão Final no presente processo de contra-ordenação³³.
30. Em 09 de Abril de 2008, o ICP-ANACOM remeteu à Autoridade da Concorrência o seu parecer³⁴, no qual veio, sinteticamente, sustentar que:

²⁷ Cf. autorização e termo de levantamento de cópia, de 14.04.2008, fls. 1358 e fls. 1360 a fls. 1361.

²⁸ Cf. termo de consulta de processo, de 14.04.2008, fls. 1359.

²⁹ Cf. fax VdA de 01.07.2008, de fls. 1362.a fls. 1363.

³⁰ Cf. fax AdC com ref.ª n.º S-DMA/2008/152, de 15.07.2008, de fls. 1364 a fls. 1365.

³¹ Cf. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos art. 81.º e 82.º do Tratado CE (Jornal Oficial n.º L 1/2003, de 04.01.2003, p. 1).

³² Cf. comunicação AdC por correio electrónico (e-mail), de 19.12.2007, de fls. 1187 a fls. 1189.

³³ Cf. ofício AdC com ref.ª n.º S-DMA/2008/45, de 17.03.2008, de fls. 1213 a fls. 1332.

H.

- i. a definição a que a Autoridade da Concorrência procedeu dos mercados retalhistas e grossistas nos quais os factos terão ocorrido corresponde à definição dos mercados relevantes de circuitos alugados efectuada pelo ICP-ANACOM para efeitos de imposição de obrigações *ex ante* nos mercados grossistas³⁵;
- ii. as referências, ao longo do projecto de Decisão Final, às considerações do ICP-ANACOM constantes das deliberações de 26 de Dezembro de 2002 e de 10 de Fevereiro de 2004 expressam, de um modo geral, correctamente o entendimento do regulador sectorial;
- iii. entende que a Autoridade da Concorrência deve deixar o mais claro possível que são as características da oferta que, no seu conjunto, concorrem para a conclusão de que a PTC abusou da sua posição dominante no mercado³⁶;
- iv. na análise dos mercados de circuitos alugados realizada em 2005 concluiu que os serviços suportados em tecnologias simétricas xDSL pertencem ao mesmo mercado relevante que o serviço de fornecimento de circuitos alugados (circuitos até 2 Mbps *inclusive*)³⁷;
- v. na análise de mercados de 2005 afirmou que, na altura e de acordo com os dados disponíveis, a PTC era, na prática, o único fornecedor grossista de segmentos terminais de circuitos alugados, uma vez que existia um outro operador — a ONI — a oferecer de uma forma marginal tais tipos de segmentos (menos de 1000 segmentos, o que lhe conferia uma quota de mercado inferior a 0.6%)³⁸;
- vi. o contexto de adopção da sua deliberação de 26 de Dezembro de 2002 e o conteúdo da mesma (trabalhos preparatórios, análises,

³⁴ Cf. fax ANACOM-S16267/2008, de 08.04.2008, de fls. 1337 a fls. 1346, e ofício ANACOM-S16267/2008, de 08.04.2008, de fls. 1347 a fls. 1356.

³⁵ Sugeriu o ICP-ANACOM a este propósito, apenas, a clarificação, na Decisão Final da Autoridade da Concorrência, que as considerações apresentadas relativamente à definição dos mercados nos quais os factos terão ocorrido são referentes ao período de tempo sobre o qual a deliberação do regulador sectorial incidiu. Cf. a este respeito os §358 e ss., em particular a nota de rodapé n.º 174, da presente Decisão.

³⁶ Entendimento desde sempre expresso pela Autoridade da Concorrência [cf. pontos 2.4.5, 2.4.6, 3.1.1.4, particularmente o ponto 3.1.1.4.1.8 (entre outros, o §416), e 3.1.1.5 da NI, constante de fls. 0464 a fls. 0907]. Cf. a este propósito ainda os pontos 3.4.6, 3.4.7, 4.1.1.4, particularmente o ponto 4.1.1.4.1.7 (entre outros, o §857) e 4.1.1.5 da presente Decisão.

³⁷ Entendimento desde sempre expresso pela Autoridade da Concorrência (cf. §56, §95, §98 e §141 da NI, constante de fls. 0464 a fls. 0907). Cf. quanto a este aspecto, ainda, os §187, §226, §229, §234 e ss., §266 e ss. e §314 da presente Decisão.

³⁸ Cf. a este respeito os §280 e ss., *maxime* §283 da presente Decisão.

preocupações, entre outros) foi aquele descrito pela Autoridade da Concorrência no seu projecto de Decisão Final;

- vii. deve resultar claro da análise da Autoridade da Concorrência que é o conjunto de todas as características da oferta que resulta numa estrutura de descontos incompatível com o direito da concorrência e não o prémio de permanência considerado isoladamente³⁹;
 - viii. não é evidente nos Gráfico 4 (desconto em função da facturação) e Gráfico 5 (curva de custos médios de longo prazo) que a estrutura de descontos não é justificada pela existência de economias de escala⁴⁰.
31. Os comentários do ICP-ANACOM foram devidamente ponderados na presente Decisão.

2. QUESTÃO PRÉVIA SUSCITADA PELA ARGUIDA EM RESPOSTA À NOTA DE ILICITUDE

32. Na defesa escrita que apresentou em resposta à NI, a arguida alega que «na acusação formulada pela Autoridade da Concorrência foram preteridos os direitos de defesa, em especial no que se refere à indicação concreta dos requisitos do tipo, dos factos imputados que objectiva e subjectivamente o e da medida da pena» [sic] (cf. Título 2 «Preterição do Direito de Defesa» (§6 e ss.), §70 a §73, Título 12 «Conclusões» e, em especial, §338 da defesa escrita⁴¹).
33. A arguida invoca que não lhe foram transmitidos pela Autoridade da Concorrência «os elementos necessários para conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, sendo a transmissão desses elementos essencial para o cabal exercício do respectivo direito de defesa» (cf. §37 da defesa escrita⁴²).
34. Em consequência, considerou que «em face destas deficiências o direito de defesa da PTC foi evidentemente preterido, o que enferma todo o processado de nulidade» (cf. §38 da defesa escrita⁴³).

³⁹ Cf. a este propósito, *infra*, os §543 e ss., em especial o §551, bem como os §840 e ss., em especial o §844.

⁴⁰ Cf. a este propósito os §658 e ss. da presente Decisão.

⁴¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

35. Por um lado, conforme resulta de uma leitura atenta da NI, e nos termos que detalhadamente se demonstram na presente Decisão (cf. *infra* ponto 2.1), a alegação da arguida carece de fundamento.
36. A Autoridade da Concorrência indicou exaustiva e circunstanciadamente na NI todos os factos que são imputados à arguida e o respectivo enquadramento jurídico, incluindo a possível sanção que lhes corresponderia, tendo-se pronunciado, desta maneira, relativamente a todos os aspectos que podiam ser relevantes para a decisão, quer na matéria de facto, quer na de direito.
37. Como tal, inexistente qualquer nulidade processual por «preterição dos direitos de defesa» da arguida por parte da Autoridade da Concorrência.
38. Por outro lado, e igualmente nos termos que detalhadamente se demonstram na presente Decisão (cf. *infra* ponto 2.2), ainda que algum vício pudesse ter existido – hipótese que se equaciona por mero exercício de raciocínio, sem conceder – tal vício estaria, neste momento, já sanado.
39. É que a opção da arguida por se prevalecer, na defesa escrita, do «direito de defesa» alegadamente preterido, como resulta demonstrado pela mera leitura das suas alegações – das quais se depreende que a arguida entendeu e apreendeu as acusações que sobre si impendiam e de todas e cada uma se defendeu –, seria suficiente para que se pudesse considerar sanada a nulidade invocada⁴⁴.
40. Não podem assim proceder, pelas razões sinteticamente expostas *supra* e detalhadamente desenvolvidas nos parágrafos seguintes (pontos 2.1 a 2.3 da presente Decisão), os argumentos aduzidos pela arguida na defesa escrita que apresentou em resposta à NI, no que respeita à alegada «preterição do direito de defesa».

2.1 Da inexistência de nulidade

41. Para sustentar a sua posição na questão que suscita de «preterição do direito de defesa», a arguida começa por remeter para o art. 32.º n.º 10 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que garante que nos processos

⁴⁴ Neste sentido, cf. Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) in Diário da República I – Série A, de 25.01.2003.

de contra-ordenação são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa (cf. §7 da defesa escrita⁴⁵).

42. Avança ainda que o direito constitucionalmente consagrado de defesa do arguido encontra concretização na legislação ordinária, em especial no art. 50.º do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS) e nos art. 19.º e art. 26.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (cf. §8 da defesa escrita⁴⁶).
43. Referindo que esta matéria tem sido objecto de análise na doutrina e em jurisprudência relevantes, a arguida destaca o Assento n.º 1/2003, do Supremo Tribunal de Justiça (STJ); a Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL) proferida no processo que correu termos no 1.º Juízo desse Tribunal com o n.º 1697/05.OTYLSB; e as Anotações ao RGIMOS, dos Doutores Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa⁴⁷ (cf. §6 e ss. da defesa escrita⁴⁸).
44. Citando a CRP (art. 32.º n.º 10), refere a arguida que «[n]os processos de contra-ordenação (...) são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa» (cf. §7 da defesa escrita⁴⁹).
45. Avançando para a «concretização [deste direito constitucionalmente consagrado] na legislação ordinária», a arguida refere os art. 19.º e art. 26.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e cita o art. 50.º do RGIMOS, segundo o qual «[n]ão é permitida a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a possibilidade de (...) se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre» (cf. §8 e §9 da defesa escrita⁵⁰).
46. Recorda ainda a arguida que «Manuel Simas Santos e Jorge Lopes de Sousa explicitam a este propósito que '[o] arguido tem o direito a pronunciar-se não só sobre os factos que lhe são imputados, mas também sobre o seu

⁴⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁷ Cf. "Contra-Ordenações Anotações ao Regime Geral", 3.ª Edição, Vislis Editores, Lisboa, Janeiro de 2006.

⁴⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁵⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

enquadramento jurídico e sobre a sanção ou sanções que lhe podem ser aplicadas'» (cf. §10 da defesa escrita⁵¹).

47. De acordo com a arguida, o Assento n.º 1/2003 do STJ, «fixou jurisprudência no sentido de impender sobre a autoridade administrativa que notifica o arguido para apresentar defesa por escrito o dever de indicar na notificação, 'todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito'» (cf. §11 da defesa escrita⁵²).
48. E ainda «neste sentido, de resto, foi recentemente decidido pelo Tribunal de Comércio de Lisboa que, quando a Autoridade da Concorrência optar pela audiência escrita do arguido deve, na notificação que lhe remeta para o efeito, 'fornecer os elementos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito', devendo, conseqüentemente, a mencionada autoridade comunicar aos arguidos 'a) [os] factos objectivos que definem a contra-ordenação; b) [o]s factos que constituem a imputação subjectiva da contra-ordenação; c) e os elementos relevantes para a dosimetria da sanção que irá ser imposta', sob pena de o processo ficar 'afectado de nulidade'» (cf. §12 da defesa escrita⁵³).
49. Tendo em consideração o *supra* exposto, conclui a arguida que «as normas que regulam o direito de defesa do arguido em processos de natureza contra-ordenacional determinam que, uma vez concluída a investigação, a Autoridade da Concorrência dê oportunidade à arguida de — antes da prolação da decisão — se pronunciar sobre todos os elementos essenciais relativos à contra-ordenação e à sanção em que a mesma incorre» (cf. §13 da defesa escrita⁵⁴).
50. A Autoridade da Concorrência está de acordo com o que refere a arguida, não pondo em causa as normas, a jurisprudência e a doutrina referidas nos parágrafos anteriores.
51. Aliás, a interpretação e aplicação que a Autoridade da Concorrência faz, no presente processo de contra-ordenação, das normas em causa não contrariam nem a jurisprudência nem a doutrina citadas pela arguida, antes a confirmam e a reiteram.

⁵¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁵² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁵³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁵⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

52. A arguida, no entanto, parece pretender emprestar àquelas normas um significado que nem o legislador nem os intérpretes lhes quiseram atribuir.
53. É que, por um lado, e em primeiro lugar, há que contextualizar a extensão e conteúdo do direito de defesa do arguido em processos de natureza contraordenacional e a sua diferenciação face ao direito do arguido em processo penal (no qual se inspira, é certo, mas do qual inevitavelmente diverge).
54. Neste âmbito, já o Tribunal Constitucional (TC) se pronunciou por diversas vezes, sempre concluindo que a diferente natureza dos ilícitos e a menor ressonância ética do ilícito de mera ordenação social fazem com que as garantias em ambos os regimes não tenham que ser iguais⁵⁵, sem prejuízo de haver um núcleo essencial e intocável de respeito pelo princípio do contraditório.
55. Demonstrativo do ponto de vista do TC é o Acórdão 278/99 de 05 de Maio de 1999, posteriormente citado em abundância noutros arestos do mesmo tribunal, no qual se refere que: «A preservação das garantias de defesa do arguido passa, nos parâmetros do Estado de Direito democrático, além do mais, pela observância do contraditório, de modo a que sempre possa ser dado conhecimento ao arguido da acusação que lhe é feita e se lhe dê oportunidade para se defender. A intangibilidade deste núcleo essencial compadece-se, no entanto, com a liberdade de conformação do legislador ordinário que, designadamente na estruturação das fases processuais anteriores ao julgamento, detém margem de liberdade suficiente para plasticizar o contraditório, sem prejuízo de a ele subordinar estritamente a audiência: aqui tem o princípio a sua máxima expressão (como decorre do n.º 5 do artigo 32.º citado), nessa fase podendo (e devendo) o arguido expor o seu ponto de vista quanto às imputações que lhe são feitas pela acusação, contraditar as provas contra si apresentadas, apresentar novas provas e pedir a realização de outras diligências e debater a questão de direito»⁵⁶.
56. Ou seja, ressalvado o núcleo essencial — que impede a prolação da decisão sem ter sido dada ao arguido a oportunidade de «discutir, contestar e

⁵⁵ Cf. Acórdão TC 659/06 de 28.11.06 e demais jurisprudência aí citada.

⁵⁶ Cf. Acórdão TC 278/9, de 05.05.1999.

valorar»⁵⁷ — não existe um espartilho constitucional formal que não tolere uma certa maleabilização do exercício do contraditório.

57. É por referência a este contexto que hão-de ser lidas as normas relativas aos direitos de audição e defesa do arguido em processos de natureza contra-ordenacional (as citadas pela arguida: art. 32.º n.º 10 da CRP; art. 50.º do RGIMOS; a par com o art. 26.º n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que a arguida também refere, sem citar).
58. É este contexto que enforma, igualmente, as interpretações jurisprudenciais e doutrinárias que daquelas normas têm sido feitas.
59. Por outro lado, e em segundo lugar, no que à jurisprudência e doutrina existentes em matéria de direitos de audição e defesa respeita, resulta pacífica e inequívoca a interpretação daquilo que, em termos formais e em termos materiais, à peça processual NI/Acusação no âmbito dos processos contra-ordenacionais é exigível conter.
60. O TCL, por exemplo, já se pronunciou sobre esta questão nos seguintes processos: Despacho TCL, 2.º Juízo, Processo n.º 766/06.4TYLSB de 15 de Fevereiro de 2007 (Sentença Nestlé); e Sentença TCL, 2.º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLSB de 02 de Maio de 2007 (Sentença Sal)⁵⁸.
61. Nestes processos o Tribunal considerou improcedente o mesmo tipo de argumentos ora invocados pela arguida, pois haviam sido comunicados aos arguidos em causa todos os aspectos relevantes para as decisões.
62. Na Sentença Nestlé, por exemplo, o TCL refere que «terminada a investigação e concluindo o titular do processo (autoridade administrativa) que há indícios da prática de uma contra-ordenação e de quem é o seu autor, profere uma decisão, designada de nota de ilicitude, na qual identifica o arguido e os factos praticados, subsumindo-os ao direito aplicável, e indica as sanções aplicáveis. Tal decisão tem de ser notificada ao arguido a quem tem de ser dada a possibilidade de sobre ela se pronunciar em tempo razoável [...]» [sublinhado nosso].

⁵⁷ Cf. Parecer n.º 18/81 da Comissão Constitucional, *in* Pareceres da Comissão Constitucional, 16º vol., pág. 154.

⁵⁸ Decisão esta objecto de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3ª Secção, (Processo n.º 7251/07).

A.

63. «Neste caso pode o arguido, se não se conformar com a nota de ilicitude, exercer o seu direito de defesa, que passa não só pela resposta aos factos que lhe são imputados e respectivo enquadramento jurídico, como pela apresentação da prova que entender necessária ou pelo requerimento de realização de diligências de prova» [sublinhado nosso].
64. Na Sentença Sal, por exemplo, o TCL refere «Como já se repetiu várias vezes, deste direito [direito de audiência e defesa consagrado no art. 50.º do RGIMOS] resulta tão só que a ninguém pode ser aplicada uma sanção sem que, previamente, lhe tenha sido dada a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e sobre o respectivo enquadramento jurídico» [sublinhado nosso].
65. Ou seja, resulta claro que o que é exigido pelas normas em causa é que, para salvaguarda das garantias de defesa dos arguidos, lhes sejam comunicados na NI todos os aspectos de facto (isto é, todos os factos) e de direito (isto é, o enquadramento jurídico desses factos) relevantes para a decisão.
66. Esses elementos são os necessários, mas também os suficientes, para que lhes seja assegurada a possibilidade de contraditar a acusação que lhes é movida.
67. No presente processo de contra-ordenação foi exactamente isso que foi feito através da NI, tendo a arguida entendido e apreendido as acusações que sobre si impendiam e de todas e cada uma se defendido na defesa escrita que apresentou⁵⁹.
68. Em lado algum nas normas legais em causa, bem como na interpretação jurisprudencial ou doutrinária que destas é feita, é exigido que sejam *teórica e abstractamente definidos*, na NI, os «requisitos do tipo», conforme a arguida, erradamente – numa interpretação que extravasa o significado que tanto o legislador como os intérpretes quiseram atribuir às normas em causa –, pretende fazer crer.
69. Aliás, uma tal descrição *doutrinária* dos elementos ou requisitos do tipo representaria uma mera digressão teórica sem aproveitamento factual, que

⁵⁹ Conforme resulta da mera leitura desse documento.

H.

necessariamente extravasaria o âmbito concreto do presente processo de contra-ordenação.

70. É que, no entendimento da Autoridade da Concorrência, aquilo que a arguida designa por «tipo incriminador» decorre, *qua tale*, directamente da (letra da) lei, não incumbindo à Autoridade da Concorrência outra densificação que não a resultante do seu preenchimento com factos concretos.
71. Tarefa que assumiu e, conforme resulta de uma leitura atenta da NI, cabalmente cumpriu.
72. De facto, na NI, os «requisitos do tipo» a que a arguida se refere decorrem necessária e explicitamente do enquadramento jurídico que é feito – através da referência exaustiva e pormenorizada às normas legais em causa e à subsunção na previsão destas – dos aspectos factuais que constituíram o comportamento da arguida.
73. Um (enquadramento jurídico) e outros (factos enquanto consubstanciadores da acusação que é movida), repita-se, detalhada e exaustivamente descritos pela Autoridade da Concorrência e regular e oportunamente comunicados à arguida, não resultando do processo, a este respeito, qualquer vício.
74. Todavia, registre-se que ainda que se mobilizassem as próprias palavras da arguida a propósito das condições necessárias para o cabal exercício do direito de defesa, o entendimento adoptado pela Autoridade da Concorrência não resultaria alterado, antes confirmado.
75. Nas palavras da PTC (cf. §15 e ss. da defesa escrita⁶⁰), atendendo ao facto de «o presente processo de contra-ordenação [ter sido] instaurado com fundamento na alegada violação do artigo 6.º n.º 1 e n.º 3 alínea a) do Regime Jurídico da Concorrência», para que fosse possibilitado à arguida o exercício do direito de defesa, na NI a Autoridade da Concorrência deveria ter comunicado à PTC, pelo menos:
- a) «uma indicação, ainda que sumária, dos pressupostos ou requisitos de que depende o preenchimento do tipo contra-ordenacional invocado, a

⁶⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

saber, a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes»;

- b) «os factos imputados à PTC e que, na perspectiva da Autoridade da Concorrência, preencheriam o elemento objectivo do tipo contra-ordenacional»;
- c) «os factos imputados à PTC e que, na perspectiva da Autoridade da Concorrência, determinariam a imputação subjectiva da contra-ordenação em causa à arguida»;
- d) «a sanção que a Autoridade da Concorrência se propõe concretamente aplicar à PTC, com indicação dos elementos relevantes para a determinação da medida da pena».

76. Reconhecendo que a Autoridade da Concorrência identificou «indicando factos concretos – a denunciante» e «também indicando factos concretos – a Arguida», entende a PTC, relativamente aos mercados relevantes e determinação de posição dominante, que a par da invocação da legislação aplicável, apresentou apenas alguns factos (insuficientes) sobre a disponibilização do serviço de aluguer de circuitos, sobre o mercado retalhista de circuitos alugados e sobre os mercados grossistas de circuitos alugados (cf. §18 e §19 da defesa escrita⁶¹).

77. Analisando em particular este último ponto levantado pela arguida, verifica-se que no que respeita aos mercados relevantes e à determinação da existência de uma posição de domínio, depois de ter exaustivamente descrito a metodologia da análise que desenvolveria (cf. §18 a §32 e §33 a §42 da NI, respectivamente), a Autoridade da Concorrência na NI:

- i. nos §43 a §68, utilizou factos concretos para identificar os serviços em causa: serviços de aluguer de circuitos no mercado retalhista e nos mercados grossistas;
- ii. nos §72 a §73, utilizou factos concretos para identificar os elementos essenciais na procura e na oferta de ligações dedicadas no mercado de retalho;

⁶¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

AF

- iii. no §74 e, depois, nos §79 a §86, utilizou factos concretos para discutir a fronteira do mercado e a eventual necessidade de o segmentar em: (i) circuitos analógicos e circuitos digitais de baixo débito (até 64 Kbps *inclusive*); (ii) função do débito dos circuitos digitais; e em (iii) circuitos fornecidos a Pequenas e Médias Empresas (PMEs) e a grandes clientes empresariais;
- iv. no §75 e, depois, nos §87 a §100, utilizou factos concretos para analisar a substituibilidade entre o serviço de aluguer de circuitos a clientes de retalho e: (i) serviços assimétricos; (ii) outros serviços de dados;
- v. nos §101 e §102, utilizou factos concretos para identificar o mercado geográfico relevante ao nível do retalho;
- vi. nos §103 a §105, concluiu, com base nos factos concretos anteriormente descritos, sobre a definição do mercado retalhista relevante, que é constituído pelos circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps *inclusive* (suportados também em tecnologias xDSL simétricas), abrangendo todo o território nacional (incluindo circuitos CAM e rotas);
- vii. nos §106 e §107 e, depois, nos §108 a §125, utilizou factos concretos para identificar a existência de uma posição dominante da arguida no mercado retalhista dos circuitos alugados, verificando para tal, sucessivamente, as quotas de mercado, o grau de concorrência entre as empresas instaladas, o grau de concorrência potencial e o contrapoder negocial dos compradores;
- viii. nos §126 a §128, concluiu, com base nos factos concretos anteriormente descritos que as empresas do Grupo PT detinham posição dominante (individual) nestes mercados;
- ix. nos §129 a §131, utilizou factos concretos para identificar, genericamente, os mercados grossistas de circuitos alugados;
- x. nos §132 a §134, utilizou factos concretos para identificar dois mercados grossistas com características distintas, nomeadamente ao nível das redes de suporte, débito e comprimentos: os segmentos terminais (ou prolongamentos locais) e os segmentos de trânsito (troços principais);

- xi. no §139 e, depois, nos §140 a §155, utilizou factos concretos para analisar a substituíbilidade entre os segmentos terminais e outros serviços de transmissão (ORALL, tecnologias simétricas, redes de distribuição de televisão por cabo, ADSL, FWA, RL-R e VPN) e, ainda, a possibilidade de segmentação dos mercados de segmentos terminais segundo a capacidade;
- xii. nos §156 a §158, utilizou factos concretos para identificar o mercado geográfico relevante ao nível grossista;
- xiii. no §160, concluiu, com base nos factos concretos anteriormente descritos, sobre a definição dos mercados grossistas relevantes de circuitos alugados, que são constituídos pelos segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, abrangendo todo o território nacional; e pelos segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade, abrangendo o território nacional;
- xiv. no §161 e, depois, nos §162 a §171, utilizou factos concretos para identificar a existência de uma posição dominante da arguida nos mercados grossistas de circuitos alugados, verificando para tal, sucessivamente, as quotas de mercado, o grau de concorrência entre as empresas instaladas, o grau de concorrência potencial e o contrapoder negocial dos compradores;
- xv. nos §172 a §174, concluiu, com base nos factos concretos anteriormente descritos que a PTC detinha posição dominante (individual) nestes mercados; e, finalmente,
- xvi. nos §175 a §179, descreveu o procedimento de cooperação institucional entre a Autoridade da Concorrência e o ICP-ANACOM, no âmbito do qual a Autoridade da Concorrência emitiu parecer sobre a definição dos mercados do produto e geográfico relevantes, bem como sobre a avaliação de Poder de Mercado Significativo (PMS) desenvolvidas pelo ICP-ANACOM, considerando que a análise efectuada, no que respeita aos mercados retalhista e grossistas de circuitos alugados, era coerente com a aplicação da metodologia do direito da concorrência⁶².

⁶² Sendo que a definição de mercados relevantes e análises de dominância desenvolvidas pela Autoridade da Concorrência no presente processo de contra-ordenação (conforme pontos 2.3.2.1 a 2.3.2.4 *inclusive* da NI) é coerente com e reflecte a posição adoptada no parecer enviado ao regulador sectorial.

A.

78. Nesta matéria, na parte do Direito, na NI, mobilizando os factos que elencara, a Autoridade da Concorrência indicou,
- i. nos §364 a §372, os mercados que considerava relevantes (mercados grossistas de circuitos alugados, definidos por referência ao mercado retalhista), do ponto de vista do produto e do ponto de vista geográfico (§366 a §368); e a existência de uma posição dominante das empresas do Grupo PT no mercado retalhista e da arguida nos mercados grossistas (§369 a §372).
79. No que respeita à matéria que a Autoridade da Concorrência identifica como «Comportamento da Arguida» (cf. ponto 2.4 da NI), refere a PTC que esta Autoridade «identifica os tarifários de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, sublinhando — e bem — o permanente acompanhamento do ICP-ANACOM da evolução desses tarifários, bem como a aprovação dos mesmos também pelo ICP-ANACOM» (cf. §18 da defesa escrita⁶³).
80. A este propósito, comece-se por recordar que, para além de identificar e caracterizar detalhadamente, recorrendo a factos concretos, o tarifário de aluguer de circuitos da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, isto é, aquele que foi objecto da análise jus-concorrencial desta Autoridade (cf. §196 a §208 da NI), a Autoridade da Concorrência fez o mesmo relativamente ao tarifário que antecedeu aquele (cf. §209 a §227 da NI) e ao tarifário que lhe sucedeu (cf. §228 a §232 da NI).
81. No que respeita ao «acompanhamento do ICP-ANACOM da evolução desses tarifários», sublinhe-se que a Autoridade da Concorrência nos §180 a §195 da NI descreveu circunstanciadamente o contexto regulatório de definição daqueles tarifários, nunca referindo, no entanto, conforme erradamente declara a arguida, a sua «aprovação» pelo regulador sectorial – refere, isso sim, a «não oposição»⁶⁴ do regulador⁶⁵.

⁶³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁶⁴ Expressão do próprio ICP-ANACOM. Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

⁶⁵ A este propósito cf. *infra*, ponto 3.4.2 da presente Decisão.

A.F.

82. Descritos e caracterizados os tarifários, a Autoridade da Concorrência, nos §233 e ss. da NI, fez incidir a sua análise no tarifário de circuitos alugados da PTC aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, verificando se os descontos deste tarifário eram susceptíveis de discriminar positivamente, sem justificação económica, as empresas retalhistas do Grupo PT, em detrimento dos concorrentes, cuja a actividade, expansão e investimentos resultariam, assim, limitados.
83. Para estes efeitos, a Autoridade da Concorrência, na NI,
- i. nos §245 a §249, utilizou factos concretos, recorrendo, a este propósito, à análise do ICP-ANACOM, para constatar a (des)adequação dos limites dos escalões de desconto à realidade portuguesa;
 - ii. nos §250 a §256, utilizou factos concretos para analisar a não linearidade dos escalões de desconto e a consequente aplicação de condições desiguais a situações/prestações equivalentes, fornecendo exemplos;
 - iii. nos §257 a §263, utilizou factos concretos para descrever a distribuição (em benefício do Grupo PT) das empresas pelos escalões de desconto;
 - iv. nos §264 a §274, utilizou factos concretos para descrever a aplicação (assimétrica e em benefício do Grupo PT) das taxas de desconto;
 - v. nos §275 a §282, utilizou factos concretos para descrever a variação (assimétrica e em benefício do Grupo PT) da posição relativa das empresas, em termos de descontos, decorrente da transição do tarifário anterior para o tarifário analisado;
 - vi. nos §283 a §291, utilizou factos concretos para descrever a definição e aplicação de um tipo de descontos a apenas uma empresa retalhista (a PT Prime, do Grupo PT);
 - vii. nos §292 a §301, utilizou factos concretos para descrever a definição e aplicação de um prémio de permanência que beneficiava as empresas que perpetuassem a sua relação comercial com a arguida por períodos alargados; e, finalmente,
 - viii. nos §302 a §312, utilizou factos concretos para descrever a importância do serviço de aluguer de circuitos da arguida.

A.

A.

84. Continuando a sua análise do tarifário de circuitos alugados da PTC aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, a Autoridade da Concorrência verificou quais os efeitos concorrenciais da sua definição e aplicação; efeitos que detalhadamente descreveu, utilizando factos concretos e recorrendo, até, a simulações da situação que existiria se aquele tarifário não tivesse sido aplicado, conforme §313 a §344 da NI.
85. Na parte do Direito (cf. ponto 3 da NI) e conforme lhe compete, a Autoridade da Concorrência procedeu a este respeito, ao enquadramento jurídico dos factos constantes dos parágrafos referidos anteriormente (cf. na NI §373 a §406 para a descrição e análise da conduta da arguida; §407 a §429 para as conclusões da análise concorrencial dessa conduta; §430 a §470 para a descrição e análise dos efeitos de tal conduta).
86. Terminou a Autoridade da Concorrência, ponderados todos os elementos de facto e de direito, pela imputação à arguida de uma prática de abuso de posição dominante, prevista e punida nos termos dos art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea b) e alínea c) do Tratado CE (cf. §471 a §485 e, depois, §509 e ss. da NI).
87. Relativamente à prática de que é acusada, entende ainda a arguida que «não se encontra qualquer menção à imputação subjectiva do ilícito em causa à PTC em qualquer dos pontos acima mencionados» [cf. §18, alínea e) e §20 e ss. da defesa escrita⁶⁶].
88. Continua a arguida que «As omissões relativamente aos factos que levaram a Autoridade da Concorrência a concluir pela alegada conduta dolosa da PTC, implicam que não se encontrem satisfeitas as exigências decorrentes dos artigos 8.º n.º 1 e 50.º do RGCO e 13.º do Código Penal, que consagram os princípios da responsabilidade subjectiva e da culpa e que impõem a apreciação do comportamento do arguido, ao nível volitivo, com base em factos concretos» (cf. §30 da defesa escrita⁶⁷).
89. «É que, de acordo com o princípio *nulla poena sine culpa*, consagrado nos referidos artigos 8.º n.º 1 do RGCO e 13.º do Código Penal, "(..) toda a

⁶⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁶⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.F.

A.F.

pena tem de ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta" (n.º 2 do preâmbulo ao Código Penal)» (cf. §31 da defesa escrita⁶⁸).

90. «Ou seja, não estando demonstrada [...] a existência de qualquer culpa da PTC, não pode, em atenção ao referido princípio *nulla poena sine culpa*, pretender imputar-se a prática de qualquer infracção tendo em vista a aplicação de uma coima» (cf. §32 da defesa escrita⁶⁹).
91. «Não pode a entidade administrativa limitar-se a apresentar as suas conclusões relativamente à culpabilidade da Arguida sem as consubstanciar nos factos que lhe deram origem, sob pena de ser preterido o exercício conveniente do direito de defesa que assiste ao arguido e que se encontra consagrado no artigo 32.º n.º 10 da CRP» (cf. §35 da defesa escrita⁷⁰).
92. «Na fase administrativa do processo, a imputação dos factos relativos à contra-ordenação equivale à acusação em processo penal, sendo certo que, do disposto no artigo 283.º n.º 3 do Código de Processo Penal resulta a inequívoca necessidade de indicação de factos que preencham o pressuposto da culpabilidade para se aferir da medida da pena em momento posterior. Se isso não acontecer a acusação é nula» (cf. §29 da defesa escrita⁷¹).
93. A Autoridade da Concorrência não pode deixar de repudiar os argumentos da arguida referidos nos parágrafos anteriores, uma vez que a leitura atenta da NI permite identificar diversas referências à imputação subjectiva à arguida do ilícito em causa, quer em termos factuais, quer em termos do seu enquadramento jurídico.
94. Por exemplo, na NI, ao nível dos Factos (cf. ponto 2 da NI), entre outros:
- i. no §256, relativamente à não linearidade dos escalões de desconto, traduzida na aplicação de condições diversas a situações equivalentes;
 - ii. no §260, relativamente à distribuição das empresas pelos escalões de desconto;
 - iii. no §272 e §273, relativamente às taxas de desconto aplicáveis e às relações entre os volumes de facturação e de desconto;

⁶⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁶⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁷⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁷¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

- iv. nos §280 e §281, relativamente à variação da posição relativa das empresas com a adopção do tarifário analisado;
 - v. no §291, relativamente ao desconto de facturação dos circuitos SDH; e
 - vi. no §301, relativamente o prémio de permanência.
95. E, ao nível do Direito (cf. ponto 3 da NI), entre outros:
- i. no §385, relativamente à não linearidade dos escalões de desconto, traduzida na aplicação de condições diversas a situações equivalentes;
 - ii. no §387, relativamente à distribuição das empresas pelos escalões de desconto;
 - iii. nos §392 e §393, relativamente às taxas de desconto aplicáveis e às relações entre os volumes de facturação e de desconto;
 - iv. no §396, relativamente à variação da posição relativa das empresas com a adopção do tarifário analisado;
 - v. no §399, relativamente ao desconto de facturação dos circuitos SDH; e
 - vi. no §406, relativamente o prémio de permanência.
96. Com a referência e análise a todos os factos concretos descritos e ao seu enquadramento jurídico, a Autoridade da Concorrência, nos §477 a §485 da NI, demonstrou que a arguida agiu com dolo relativamente a cada um dos comportamentos que lhe são imputados a título de abuso de posição dominante.
97. Verifica-se assim que, ao contrário do que alega a arguida, a Autoridade da Concorrência considerou na sua análise todos os elementos respeitantes à imputação subjectiva dos comportamentos à arguida.
98. Finalmente, no que se reporta à sanção que corresponde à contra-ordenação de que é acusada, a arguida argumenta que «no que respeita à matéria da medida da pena que a Autoridade da Concorrência pretenderá aplicar, a Nota de Ilícitude é omissa, em lado algum se referindo o valor da coima que é considerada razoável e adequado aplicar no caso *sub judice*, o que é particularmente grave dado que a Lei prevê a possibilidade de aplicação de

uma coima até 10% do volume de negócios (cfr. artigo 43.º n.º 1 alínea a) da Lei da Concorrência)» (cf. §26 da defesa escrita⁷²).

99. «Por outro lado a Autoridade da Concorrência limita-se — também quanto à matéria da medida da pena — a enunciar as regras legais aplicáveis, sem que lhes subsuma factos concretos. É disso exemplo a exposição constante dos parágrafos 509 a 511 da Nota de Ilicitude», refere a arguida (cf. §27 da defesa escrita⁷³).
100. Quanto a esta matéria, de facto, a Autoridade da Concorrência enuncia, nos §509 a §511 da NI, os critérios de determinação da medida da coima previstos no art. 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e que pondera em relação ao processo n.º PRC-01/04.
101. No entanto, essa referência — de enquadramento jurídico que, para além de proporcionar à arguida o conhecimento da sanção em que potencialmente poderá incorrer pela prática de que é acusada, lhe indica o modo como tal sanção é determinada, a final, no momento da Decisão, pela Autoridade da Concorrência — não é desgarrada, ao contrário do que a arguida pretende fazer crer, de exaustivo suporte factual.
102. Com efeito, na NI,
- i. entre outros, nos §180 e ss., nos §302 a §312 e, depois, nos §313 a §344, foram identificados factos concretos que se prendem com a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional, tendo a Autoridade da Concorrência indicado que considerava a infracção muito grave;
 - ii. entre outros, também nos §302 a §312, nos §313 a §355 e, em particular, nos §324 a §344, foram identificados factos concretos que se prendem com as vantagens de que beneficiou a empresa infractora em consequência da infracção (algumas quantificadas, outras não directamente quantificáveis);
 - iii. nos §180 e ss., designadamente nos §196 a §208 e nos §233 e ss., foram identificados factos concretos que permitiram verificar a duração

⁷² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁷³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H

da infracção, não se conhecendo, à data da NI, antecedentes contra-ordenacionais concorrenciais da arguida;

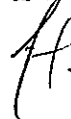
- iv. nos §180 e ss., foram identificados factos concretos que se prendem com o grau de participação na infracção, a saber, autoria;
 - v. no §8 e, depois nos §239 a §244, foram identificados factos concretos que referem a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência pela arguida até à notificação do início da Instrução e do teor da NI; e, finalmente,
 - vi. nos §180 e ss., designadamente nos §184 a §195, e, depois, nos §313 e ss., foram identificados factos concretos que se prendem com o comportamento da arguida na eliminação das práticas proibidas (que, no presente processo de contra-ordenação, não existiu voluntariamente, tendo a cessação da prática proibida resultado de uma deliberação do regulador sectorial) e na reparação dos prejuízos causados à concorrência (que, no presente processo de contra-ordenação, também não existiu).
103. Ao nível do direito e para além da referência constante dos §509 e §510 da NI, os factos descritos *supra* e ponderados no âmbito dos critérios de determinação da medida da coima, encontram referência e enquadramento, entre outros, nos: §373 e ss.; §430 e ss.; §439 e ss., §453 e ss., §486 e ss.; e §497 a §508 igualmente da NI.
104. Não procede, pois, quanto a esta matéria, a argumentação da arguida.
105. A arguida termina a sua argumentação a propósito da «Preterição do Direito de Defesa» referindo que, «após a referida (insuficiente) indicação dos factos pela Autoridade da Concorrência, esta Autoridade apresenta um capítulo que intitula 'Do Direito' no qual, efectivamente, não acrescenta quaisquer factos novos relativos à matéria em causa, antes se limita a retirar conclusões daqueles (poucos e insuficientes) factos que tinha enunciado no ponto imediatamente anterior da NI, o que faz estabelecendo presunções sem qualquer suporte factual subjacente» (cf. §19 da defesa escrita⁷⁴).

⁷⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

106. A Autoridade da Concorrência concorda com a arguida no que respeita à não inclusão, na parte do Direito (cf. ponto 3 da NI), de «quaisquer factos novos»⁷⁵.
107. Não pode também deixar de concordar que, nessa parte (Do Direito - ponto 3 da NI), procurou efectivamente «retirar conclusões daqueles [...] factos que tinha enunciado no ponto imediatamente anterior da Nota de Ilicitude» (cf. §19 da defesa escrita⁷⁶).
108. Na realidade, é nisso que, regra geral, consiste a subsunção da matéria de facto às normas jurídicas aplicáveis.
109. Não se compreende, por isso, como a arguida, tendo acabado de concluir que a Autoridade da Concorrência, no ponto Do Direito (cf. ponto 3 da NI), retirara conclusões dos factos que enunciara no ponto anterior [cf. Dos Factos - ponto 2 da NI], pode, no mesmo parágrafo, censurar esta Autoridade por estabelecer «presunções sem qualquer suporte factual subjacente».
110. Tal argumento parece, no mínimo, paradoxal e sem correspondência com a realidade, seguindo a conclusão lógica das palavras da própria arguida.
111. Esclareça-se tão-só a este propósito que, no ponto Do Direito (cf. ponto 3 da NI), a Autoridade da Concorrência procedeu à subsunção e enquadramento da matéria de facto [detalhadamente descrita no ponto anterior - Dos Factos], sempre com referências para os parágrafos onde os factos eram referidos, muitas vezes sintetizando no Direito o que nesses parágrafos *factuais* era referido, e interpretando aquela factualidade à luz das normas jurídicas aplicáveis.
112. Por exemplo, na NI,
- i. nos §345 a §355 (infracção às regras do direito português e do direito comunitário da concorrência: apreciação jurídica e económica);
 - ii. nos §356 a §363 (enquadramento: elementos objectivos);
 - iii. no §364 (conceito de empresa);

⁷⁵ A Autoridade da Concorrência discorda apenas, pelas razões expressas nos parágrafos anteriores, da consideração da arguida de que os factos descritos no ponto 2 da NI fossem «poucos e insuficientes».

⁷⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fis. 0943 a fis. 1019.



- iv. nos §365 a §368 (mercados relevantes);
 - v. nos §369 a §372 (posição dominante);
 - vi. nos §373 a §406 (comportamento da arguida);
 - vii. nos §407 a §429 (conclusões da Autoridade da Concorrência relativamente ao descrito *supra*);
 - viii. nos §430 a §452 (efeitos);
 - ix. nos §453 a §470 (susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-Membros);
 - x. nos §471 a §476 (prática proibida: abuso de posição dominante);
 - xi. nos §477 a §485 (elementos subjectivos);
 - xii. nos §486 a §491 (duração da infracção);
 - xiii. nos §492 a §496 (aplicação da lei no tempo);
 - xiv. nos §497 a §508 (impacto da infracção nos mercados); e, finalmente,
 - xv. nos §509 a §512 (conclusão e acusação).
113. Assim, relativamente ao descrito nas alíneas a) e b) do §75 da presente Decisão, isto é, no que respeita aos comportamentos que à arguida são imputados a título de abuso de posição dominante, tendo esta considerado que a NI não permite detectar a descrição do tipo incriminador, ou seja, aquilo que define como «saber em que consiste efectivamente a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes» (cf. §17 da defesa escrita⁷⁷), e que elementos integram a referida prática, esclarece-se que a Autoridade da Concorrência preencheu cabalmente o tipo legal de abuso de posição dominante na acepção dos art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea b) e alínea c) do Tratado CE.
114. No que respeita, em particular, àquilo que a arguida identifica como «tipo subjectivo» [alínea c) do §75], e relativamente ao qual a PTC argumenta que a Autoridade da Concorrência se limita a apresentar considerações meramente abstractas, esta Autoridade esclarece que cumpriu o mesmo

⁷⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

critério, tendo preenchido factualmente as categorias normativas legalmente previstas, conforme descrito *supra*⁷⁸.

115. Por último, no que respeita à «sanção que a Autoridade da Concorrência se propõe [...] a aplicar» [alínea d) do §75], em face do exposto *supra* (cf. §98 da presente Decisão), deve entender-se que foram indicados todos os elementos necessários à sua determinação.
116. Em síntese, a arguida entendeu que, para além da identificação da arguida (e da denunciante), não existiu suporte factual, ou existiu, mas era insuficiente, que permitisse fundar a acusação da Autoridade da Concorrência no que respeita à determinação dos mercados relevantes e da existência de uma posição de domínio, aos comportamentos que são (objectiva e subjectivamente) imputados à arguida a título de abuso dessa posição dominante e, finalmente, a própria sanção correspondente à contra-ordenação de que é acusada.
117. A Autoridade da Concorrência, todavia, em síntese e em conclusão, entende que, da leitura atenta da NI – e ainda que se mobilizassem as palavras da arguida para enunciar as condições que, segundo a mesma, permitiriam o exercício do seu direito de defesa – não pode deixar de considerar-se ter esta Autoridade dado cabal cumprimento, nesse documento, ao dever que sobre si impendia: o de dar conhecimento à arguida a todos os aspectos que podiam ser relevantes para a decisão do processo de contra-ordenação, quer na matéria de facto, quer na de direito.
118. Não podem proceder, por isso mesmo, os argumentos aduzidos pela arguida na defesa escrita que apresentou em resposta à NI no que respeita à alegada «preterição do direito de defesa».
119. Não tendo sido preteridos quaisquer direitos de audição e defesa da arguida, não existiu, em consonância, qualquer nulidade processual a este propósito.

2.2 Da sanção da nulidade

120. Conforme referido, a arguida na resposta à NI veio invocar que não lhe foram transmitidos «os elementos necessários para conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, sendo a transmissão desses elementos

⁷⁸ Cf. §87 e ss. da presente Decisão.

essencial para o cabal exercício do respectivo direito de defesa» (cf. §37 da defesa escrita⁷⁹).

121. Em consequência, considerou que «em face destas deficiências o direito de defesa da PTC foi evidentemente preterido, o que enferma todo o processado de nulidade» (cf. §38 da defesa escrita⁸⁰).
122. A Autoridade da Concorrência, pelos motivos já explanados, não reconhece, de modo algum, que tenha sido preterido o direito de defesa da arguida nem que se tenham verificado nulidades no processo contra-ordenacional em apreço.
123. Ainda assim, entende dever esclarecer que, no que respeita às nulidades, em processo contra-ordenacional não se verificam nulidades insanáveis nos mesmos termos em que estas foram previstas no e para o processo penal. Tanto é o que se extrai do Assento n.º 1/2003 do STJ⁸¹:
 - i. «Os casos de nulidade insanável, previstos no Código de Processo Penal de 1929, que se mantêm no novo diploma [...] são: 1 — [...] 2 — Discussão e julgamento da causa sem assistência do MP ou do réu, quando a lei exigisse a sua comparência (n.º 8 do artigo 98.º) — que tem consagração na parte final da alínea b) e também na alínea c) do artigo 119.º 3 — Falta de nomeação de defensor em audiência de julgamento, quando obrigatória, não recorrente até ao interrogatório do réu, a menos que se venha a decretar a absolvição (n.º 4 e §5.º do artigo 98.º) — que tem consagração nos artigos 119.º, alínea c), e 122.º, n.º 1»⁸².
 - ii. «No artigo 119.º deste Código [Código de Processo Penal (CPP)], indicam-se as nulidades insanáveis, das quais apenas a relativa ao emprego de forma especial de processo fora dos casos previstos na lei poderá ser aplicável em processo contra-ordenacional»⁸³.
 - iii. Alfredo José de Sousa diz mesmo «não haver no processo de contra-ordenação nulidades insanáveis»⁸⁴.

⁷⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁸⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁸¹ Cf. in Diário da República I - Série A, de 25.01.2003.

⁸² Cf. Santos, Gil Moreira dos, Noções de Processo Penal, O Oiro do Dia, Porto, 1.ª ed., p. 203.

⁸³ Cf. Sousa, Lopes de, e Santos, Simas, Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado, Áreas Editora, 2001, p. 373.

⁸⁴ Cf. Sousa, Alfredo José de, Infracções Fiscais não Aduaneiras, Almedina, p. 167.

- iv. Em síntese: a nulidade (insanável) por «falta do arguido, nos casos em que a lei exigir a sua comparência» restringe-se, no processo penal, aos casos em que, obrigando a lei à presença/comparência do arguido em certos actos processuais, v.g., na audiência de julgamento (artigo 332.º do CPP) e no debate instrutório (artigo 300.º), esses actos venham a ser praticados sem a sua presença.

124. Por outro lado, acrescenta o referido Assento na sua parte conclusiva que:

- i. «Se a notificação (a que se refere o artigo 50.º do RGCO), tendo lugar, não fornecer (todos) os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, o vício será o da nulidade sanável (artigos 283.º, n.º 3, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), arguível, pelo interessado/notificado (artigos 120.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), no prazo de 10 dias após a notificação (artigos 105.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações), perante a própria administração ou, judicialmente, no acto da impugnação [artigos 121.º, n.º 3, alínea c), e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]]. Se a impugnação se limitar a arguir a nulidade, o tribunal invalidará a instrução administrativa, a partir da notificação incompleta, e também, por dela depender e a afectar, a subsequente decisão administrativa [artigos 121.º, n.º 2, alínea d), e 3, alínea c), e 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]».
- ii. «Todavia, se o impugnante se prevalecer na impugnação judicial do direito preterido (abarcando, na sua defesa, os aspectos de facto ou de direito omissos na notificação mas presentes na decisão/acusação), a nulidade considerar-se-á sanada [artigos 121.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Penal e 41.º, n.º 1, do regime geral das contra-ordenações]».

125. Ora, no presente processo de contra-ordenação, acontece que a arguida se prevaleceu, na defesa escrita, do direito alegadamente preterido, conforme

o demonstra a leitura das suas alegações, através das quais se defende, tanto no que se refere à matéria de facto, como de direito.

126. Nestes termos, ainda que tivesse existido alguma nulidade, o que se equaciona por mero exercício de raciocínio, sem conceder, a mesma já se encontraria sanada, nos termos do disposto no art. 121.º, n.º 1, alínea b) e alínea c) do CPP e do Assento n.º 1/2003 do STJ. Veja-se:
127. Em primeiro lugar, da análise do processo verifica-se que a arguida teve oportunidade (de aceder ao processo e) de se defender nos momentos processuais definidos, e ainda antes de qualquer tomada de posição definitiva pela Autoridade da Concorrência.
128. Efectivamente, a arguida exerceu o seu direito de defesa de forma cabal e completa, tendo acedido ao processo, do qual obteve cópia simples de teor integral, apresentando a respectiva defesa escrita, após decurso de um prazo inicial de 30 dias úteis, prorrogado por mais 15 dias úteis, tendo inclusivamente prescindido da realização da audição oral que inicialmente havia requerido (cf. §13 e ss. da presente Decisão).
129. Acresce que, ao contrário do que invoca em sua defesa, a arguida entendeu e apreendeu as acusações que sobre si impendiam e defendeu-se de todas e cada uma, como o demonstram as desenvolvidas alegações com que a mesma reagiu à NI da Autoridade da Concorrência.
130. De facto, a arguida defendeu-se quer dos factos, quer do respectivo enquadramento jurídico que destes foi feito pela Autoridade da Concorrência através da NI, a ambos constantemente se referindo e tomando posição, exercendo o contraditório.
131. Veja-se a este respeito as suas desenvolvidas alegações (338 parágrafos), integrantes de 12 pontos (títulos) diferentes, a saber:
- i. «1. A acusação e razão de ordem»;
 - ii. «2. Preterição do direito de defesa»;
 - iii. «3. Mercados em causa»;
 - iv. «4. Posição dominante»;

A.



- v. «5. Aplicação de condições discriminatórias a prestações equivalentes»;
- vi. «6. Limitação da produção e do investimento»;
- vii. «7. Efeito de exclusão»;
- viii. «8. Erro de direito na qualificação do abuso»;
- ix. «9. Enquadramento regulamentar da oferta»;
- x. «10. Violação da lei n.º 18/2003 e do artigo 82º do Tratado CE»;
- xi. «11. Culpa, gravidade da infracção e medida da coima»;
- xii. «12. Conclusões».

132. Logo, no presente processo de contra-ordenação, tendo-se a arguida efectivamente prevalecto do direito que reputou preterido, improcede a alegação de preterição do direito de defesa e conseqüente nulidade do processo, pois esta, a ter existido e tratando-se de uma nulidade sanável, encontrar-se-ia, por aquela via, necessariamente já sanada.

133. Isto é, mobilizando as palavras da doutrina e da jurisprudência: se o acto, apesar de imperfeito, tiver cumprido os objectivos para os quais foi pensado pelo legislador, não se justificaria a sua repetição⁸⁵; assim, a ter existido, tal vício [nulidade] deve ser considerado sanado por os participantes processuais se terem prevalecto da faculdade a cujo exercício o acto viciado se dirigia⁸⁶.

134. Aliás, solução distinta seria inadmissível num ordenamento jurídico preocupado com a justiça material.

2.3 Conclusão

135. Não podem assim proceder, pelas razões expostas *supra*, os argumentos aduzidos pela arguida na defesa escrita que apresentou em resposta à NI, nem no que respeita à alegada «preterição do direito de defesa», nem no que respeita à alegada nulidade processual decorrente daquela preterição.

136. Não houve qualquer «preterição do direito de defesa».

⁸⁵ Cf. João Conde Correia, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra Editora, 1999.

⁸⁶ Neste sentido, cf. Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) *in* Diário da República I - Série A, de 25.01.2003.

137. O processo não padece de qualquer nulidade.
138. E, ainda que assim não fosse – hipótese que se alega por mero exercício de raciocínio, sem conceder – tal nulidade, a ter existido, já se encontraria sanada.

3. DOS FACTOS

3.1 Identificação da denunciante

139. É denunciante no processo registado na Autoridade da Concorrência sob o n.º PRC-01/04 a Onitelecom – Infocomunicações, S.A. (ONI), pessoa colectiva n.º 504 073 206, com sede no Lagoas Park – Edifício 12, em Porto Salvo, registada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o n.º 7285⁸⁷.

3.2 Identificação e caracterização da arguida

140. É arguida no processo registado na Autoridade da Concorrência sob o n.º PRC-01/04 a PT Comunicações, S.A. (PTC), pessoa colectiva n.º 504 615 947, com sede social na Rua Andrade Corvo, n.º 14, em Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa sob o n.º 09406, 4.ª Secção⁸⁸.
141. A PTC tem como principais actividades o estabelecimento, a gestão e a exploração de infra-estruturas de telecomunicações, a prestação de serviços de telecomunicações e de serviços de transporte e difusão de sinal, bem como o exercício de quaisquer actividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades.
142. Esta empresa adquiriu a propriedade da rede básica de telecomunicações em contrato cuja minuta foi aprovada – juntamente com a minuta da alteração do contrato de concessão do serviço público de telecomunicações – pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 147/2002, de 26 de Dezembro⁸⁹.

⁸⁷ Cf. comunicação ONI de 26.11.2003, constante de fls. 0004 a fls. 0109.

⁸⁸ Cf. Certidão Permanente da Conservatória do Registo Comercial de Lisboa (com o código 5124-8757-2426), constante de fls. 1202 a fls. 1212.

⁸⁹ Circunstância igualmente prevista no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro.

H.

M.
P.

143. O volume de negócios da arguida foi:
- i. em 2003, de 2.132.294.232 Euros⁹⁰;
 - ii. em 2004, de 2.116.268.359 Euros⁹¹;
 - iii. em 2007, de 1.779.319.662 Euros⁹².
144. A arguida é 100% detida pela Portugal Telecom, SGPS, S.A. (PT SGPS), pessoa colectiva n.º 503 215 058, com sede na Av. Fontes Pereira de Melo, n.º 40, em Lisboa, matriculada na Conservatória do Registo Comercial de Lisboa com o n.º 3602.
145. Integra o grupo económico conhecido como Grupo PT, liderado pela PT SGPS.
146. O Grupo PT é constituído por várias empresas que operam, a nível nacional e internacional, em diversas áreas de negócio relacionadas com as comunicações electrónicas: infra-estruturas e serviços a operadores, serviço fixo de telefone, comunicações móveis, transmissão de dados e televisão por subscrição, entre outras⁹³.
147. Trata-se de um grupo verticalmente integrado, com presença quer nos mercados retalhistas, quer nos respectivos mercados grossistas de comunicações electrónicas⁹⁴.

3.3 Mercado relevante e determinação de posição dominante

148. O preenchimento do tipo legal de abuso de posição dominante, previsto na Legislação da Concorrência, implica a prévia definição do mercado ou dos mercados relevantes, com referência à qual se determina a existência de posição de domínio, analisando-se, em seguida, o carácter abusivo da prática em causa.

⁹⁰ Cf. Relatório e Contas do ano de 2003, da PTC, constante de fls. 1366 a fls. 1463 (cf. em especial fls. 1441).

⁹¹ Cf. Relatório e Contas do ano de 2004, da PTC, constante de fls. 1464 a fls. 1569 (cf. em especial fls. 1539).

⁹² Cf. Relatório e Contas do ano de 2007, da PTC, constante de fls. 1570 a fls. 1664 (cf. em especial fls. 1641).

⁹³ Para além da PTC, do Grupo PT fazem parte actualmente (e faziam em 2003 e 2004), entre outras, a PT Prime e a TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais S.A. (TMN).

⁹⁴ Cf. Relatórios e Contas Consolidadas dos anos de 2003 e 2004 da *holding* do Grupo PT, a PT SGPS, constantes, respectivamente, de fls. 0586 a fls. 0685 e de fls. 0686 a fls. 0785.

A.

M
P

3.3.1 Metodologia

3.3.1.1 Metodologia: definição dos mercados relevantes

149. Assim, para efeitos da delimitação de cada mercado relevante, a metodologia seguida na prática e na jurisprudência nacionais e comunitárias consta da *Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência*⁹⁵, daqui em diante designada por "Comunicação".

3.3.1.1.1 Mercado do produto

150. Esta Comunicação explicita no ponto II, §7 que «[u]m mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida».

151. De acordo com a mesma Comunicação (§13), as empresas estão sujeitas a condicionalismos concorrenciais de três ordens: substituíbilidade do lado da procura, substituíbilidade do lado da oferta e concorrência potencial.

Substituíbilidade do lado da Procura

152. A apreciação da substituição do lado da procura implica a determinação da gama de produtos considerados substituíveis pelo consumidor.

153. Esta determinação pode ser feita, nomeadamente, através de um exercício em que se formula uma hipótese de uma pequena variação duradoura dos preços relativos e em que se avaliam as reacções prováveis dos clientes a esse aumento, ou seja, através do comumente denominado "teste do monopolista hipotético" (teste SSNIP – *Small but significant non-transitory increase in price*).

154. Assim, o exercício da definição de mercado centra-se sobre o efeito de substituição do lado da procura resultante de pequenas variações permanentes nos preços relativos.

⁹⁵ Cf. Comunicação da Comissão Europeia relativa à definição de mercado relevante para efeitos do Direito Comunitário da Concorrência, publicada no Jornal Oficial, Série C 1997, 372/03.

Substituibilidade do lado da Oferta

155. A substituibilidade do lado da oferta pode igualmente ser tomada em consideração na definição dos mercados nos casos em que os seus efeitos são equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato.
156. Tal requer que os fornecedores possam transferir a sua produção para os produtos relevantes e comercializá-los a curto prazo sem incorrer em custos ou riscos suplementares significativos em resposta a pequenas alterações duradouras nos preços relativos, o que pode ser aferido através do teste do monopolista hipotético.
157. Sempre que sejam preenchidas estas condições, a produção adicional colocada no mercado terá um efeito disciplinar sobre o comportamento concorrencial das empresas em causa.
158. «Um impacto deste tipo, em termos de eficácia e efeito imediato, é equivalente ao efeito da substituição do lado da procura» (Comunicação, §20).

Concorrência potencial

159. A análise da concorrência potencial é «apenas realizada numa fase subsequente, em geral uma vez determinada a posição das empresas em causa no mercado relevante e sempre que essa posição suscitar preocupações do ponto de vista da concorrência» (Comunicação, §24).

3.3.1.1.2 Mercado geográfico

160. A definição do mercado em termos geográficos segue a mesma metodologia que a definição do mercado do produto.
161. A Comunicação da Comissão clarifica assim a metodologia de determinação do mercado relevante em termos geográficos: o mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições de concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas.

A.F.

A.F.

162. De acordo com esta Comunicação, também para efeitos da delimitação do mercado geográfico, as empresas estão sujeitas aos três condicionalismos concorrenciais referidos: substituíbilidade do lado da procura, substituíbilidade do lado da oferta e concorrência potencial.
163. Nos mercados onde se verificam os efeitos de uma prática, releva ainda a amplitude geográfica destes efeitos (condicionada pela ausência de substituíbilidade que os delimita).

3.3.1.2 Metodologia: determinação de posição dominante

164. Quanto à determinação da existência de posição de domínio, parte-se da definição legal⁹⁶, seguindo-se, igualmente, a prática e a jurisprudência nacionais e comunitárias.
165. Nesta matéria, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) definiu posição dominante como sendo uma posição de força económica detida por uma empresa que lhe permite evitar uma concorrência efectiva, conferindo-lhe o poder de agir, numa medida considerável, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e, finalmente, dos consumidores⁹⁷.
166. A dominância pode ser individual (detida por apenas uma empresa no mercado) ou conjunta (detida por mais do que uma empresa).
167. A existência de uma posição dominante deverá sempre resultar da análise das características económicas do mercado relevante, não podendo ser determinada exclusivamente com base em quotas de mercado.
168. Assim, ao efectuar a análise económica do mercado e a determinação da existência de posição de domínio, há que considerar não apenas a posição da arguida, mas igualmente a posição concorrencial dos seus rivais.

⁹⁶ Refira-se, por exemplo, no que respeita a esta questão a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, no n.º 2 do art. 6.º estabelece 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».

⁹⁷ Cf. Acórdão proferido no Processo 85/76 Hoffmann-La Roche/Comissão Europeia, ECR 1979, pp. 00461 e ss., fundamento 38.

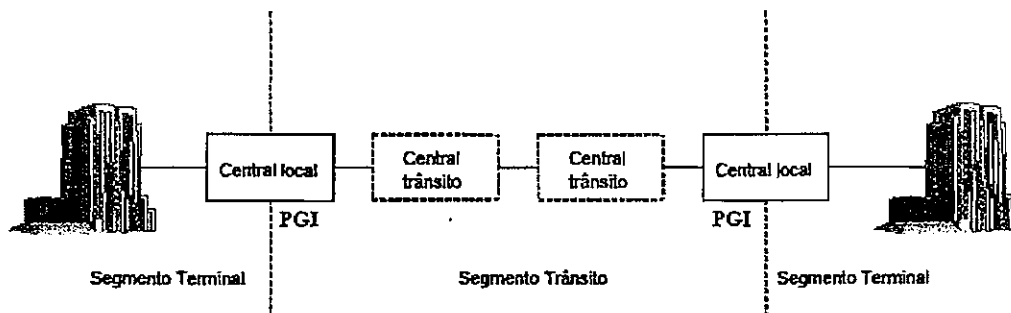
169. Será necessário examinar sucessivamente a dimensão do mercado e as quotas de mercado, o grau de concorrência entre as empresas instaladas, o grau de concorrência potencial e o contrapoder negocial dos compradores.
170. No que diz respeito aos métodos utilizados para aferir da dimensão do mercado e das quotas de mercado, o volume de vendas e/ou o valor das mesmas são os critérios normalmente adoptados (Comunicação, §53 e ss.).
171. Quanto ao grau de concorrência entre as empresas instaladas, será necessário ter em conta o nível de concentração, a dimensão do líder de mercado, a existência de barreiras à expansão, a rivalidade entre empresas e a rentabilidade.
172. A análise da concorrência potencial, das barreiras à entrada e do contrapoder negocial dos compradores será igualmente pertinente para a aferição da existência de uma posição de domínio.
173. A questão da dominância deverá ser considerada (necessariamente) em relação ao período de tempo ao qual se referem os factos objecto do processo.

3.3.2 O serviço de aluguer de circuitos

174. O presente processo de contra-ordenação respeita ao serviço de aluguer de circuitos.
175. Os circuitos alugados correspondem aos «meios de telecomunicações de uma rede pública que proporcionam capacidade de transmissão transparente entre pontos terminais sem envolvimento de funções de comutação controladas pelo utilizador», de acordo com a alínea i) do art. 1.º das Bases da Concessão do serviço público de telecomunicações (aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro).
176. Neste sentido, o serviço de aluguer de circuitos caracteriza-se por possibilitar uma ligação física permanente e transparente entre dois pontos, para o uso exclusivo do utilizador, com velocidade de transmissão simétrica e sobre a qual é cursado tráfego de voz e/ou de dados.

177. Tal como pode ser observado na Figura 1, um circuito alugado é normalmente constituído por segmentos terminais e por um segmento de trânsito.

Figura 1 – Circuito alugado (diagrama esquemático)



Fonte: deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005 (fls. 0786 a fls. 0832).

178. Os segmentos terminais (igualmente designados por terminações, prolongamentos locais ou pontas) correspondem à ligação física entre as instalações do cliente e a central local⁹⁸ mais próxima do operador de rede fornecedor.
179. O segmento de trânsito (igualmente designado por troço de interligação ou troço principal) corresponde à ligação física entre segmentos terminais.
180. Podem, no entanto, existir circuitos sem segmento de trânsito, nomeadamente quando as instalações do cliente final se encontram na mesma área da central.
181. O serviço de aluguer de circuitos pode ser oferecido com a base em diferentes tecnologias ou infra-estruturas de suporte.
182. A tecnologia pode, por exemplo, ser a analógica ou a digital e, em termos de infra-estrutura, o suporte pode ser, por exemplo, a rede de cobre ou a rede de fibra óptica.
183. Os circuitos alugados, para além da tecnologia e infra-estrutura de suporte, podem ainda ser distinguidos pela velocidade de transmissão (débito), pelo tipo de utilização (por exemplo, para interligação) e pela qualidade de serviço.

⁹⁸ Ponto Geográfico de Interligação (PGI) local.

184. Também os locais a servir – ligações locais ou entre centrais – podem caracterizar os circuitos alugados, assim como as necessidades dos clientes – retalhistas ou grossistas – que os adquirem.
185. Para os circuitos com velocidades de transmissão mais elevadas, ou seja, para os circuitos de mais alto débito (superior a 2 Mbps), a infra-estrutura de suporte é essencialmente a rede de fibra óptica e a tecnologia SDH⁹⁹.
186. Nos segmentos terminais analógicos e digitais de mais baixo débito (débito igual ou inferior a 2 Mbps), as infra-estruturas utilizadas são maioritariamente a rede de cobre e tecnologias associadas, nomeadamente a tecnologia PDH¹⁰⁰.
187. Em menor escala e em nós de rede com menores requisitos de capacidade e/ou zonas de difícil acesso poderão ser utilizadas tecnologias de micro-ondas (feixe hertziano) e, no caso das terminações locais, nomeadamente as de 2 Mbps, podem também ser utilizadas tecnologias xDSL¹⁰¹, nomeadamente o HDSL ou SHDSL.
188. Para grandes distâncias utilizam-se cabos submarinos, sobretudo entre pontos de maior agregação de tráfego em diferentes continentes, ou satélites. Estes sistemas também são utilizados nos circuitos internacionais e nas ligações para as regiões autónomas dos Açores e da Madeira.
189. Quanto aos clientes, os circuitos são alugados por clientes de retalho (clientes empresariais) e por clientes grossistas.
190. Os clientes de retalho utilizam os circuitos alugados para transporte de tráfego de dados e/ou voz entre duas ou mais instalações da empresa com localizações geográficas distintas.
191. Os clientes grossistas, que correspondem a empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas, alugam circuitos no mercado grossista para circuitos de interligação entre redes (fixas e móveis), para

⁹⁹ SDH – *Synchronous Digital Hierarchy*.

¹⁰⁰ PDH – *Plesiochronous Digital Hierarchy*.

¹⁰¹ xDSL – *x Digital Subscriber Line* – conjunto de tecnologias de linha digital de assinante, genericamente denominadas DSL, capazes de transformar linhas de cobre (por exemplo, linhas telefónicas vulgares) em linhas digitais de alta velocidade, passíveis de suportar serviços avançados de maior largura de banda, como o acesso rápido à Internet e o *video-on-demand*. ADSL (*Asymmetric DSL*), HDSL (*High data rate DSL*), VDSL (*Very high data rate DSL*) e SHDSL (*Symmetric high-bitrate DSL*) são algumas das suas variantes.

A.F.

desenvolvimento de rede própria necessária ao fornecimento de outros serviços de comunicações electrónicas, que são comprados a jusante pelos seus clientes – serviços de transporte de dados (ATM¹⁰², *Frame-Relay*, etc.), serviços de acesso à Internet (acesso IP), serviços de comunicações fixas e móveis e soluções empresariais (por exemplo, VPNs¹⁰³), entre outros – e ainda para revenda.

192. Em Portugal, a generalidade dos circuitos alugados oferecidos no mercado de retalho pelas empresas do Grupo PT e pelos outros operadores são suportados na oferta grossista de circuitos alugados da PTC¹⁰⁴.
193. Para efeito da oferta do serviço de aluguer de circuitos, releva distinguir entre as actividades grossista e retalhista das empresas do Grupo PT e, consequentemente, distinguir entre a PTC e a PT Prime.
194. Quanto aos mercados grossistas, a PTC é a única empresa do Grupo PT que disponibiliza o serviço de aluguer de circuitos a outros operadores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas, assumindo-se este serviço como essencial para a prestação de serviços de comunicações electrónicas por parte destes.
195. Relativamente ao mercado de retalho, o Grupo PT oferece serviços de aluguer de circuitos tanto através da PTC como através da PT Prime.
196. Assim, a PTC oferece este serviço no mercado de retalho, exactamente com as mesmas características e o mesmo tarifário que nos mercados grossistas.
197. Saliente-se, no entanto, que na prestação do serviço de aluguer de circuitos no mercado de retalho a PTC recorre à sua infra-estrutura de rede, ou seja, a um fornecimento interno, não existindo qualquer transacção comercial.
198. Por outro lado, no mercado de retalho está igualmente presente a PT Prime que, à semelhança de outros operadores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas, recorre à oferta grossista da PTC.

¹⁰² ATM – *Asynchronous Transfer Mode*.

¹⁰³ VPN – *Virtual Private Network*.

¹⁰⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 11, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

199. Para além da PTC e da PT Prime, estavam (à data dos factos objecto de denúncia) presentes nos mercados de circuitos alugados a Vodafone, a ONI, a Sonaecom – SGPS, S.A. (Sonaecom), a Jazztel Portugal – Serviços de Telecomunicações, S.A. (Jazztel), a KPN Eurorings B.V. (KPN), a COLT PORTUGAL (COLT), a TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN), a RENTELECOM – Comunicações, S.A. (RENTElecom), a REFER TELECOM – Serviços de Telecomunicações, S.A. (ReferTelecom) e a Cabovisão, Televisão por Cabo S.A. (Cabovisão)¹⁰⁵.

3.3.2.1 Definição do mercado retalhista de circuitos alugados

200. Depois da caracterização dos serviços de aluguer de circuitos, das infra-estruturas e tecnologias de suporte e dos dois grandes tipos de clientes que os utilizam e para que fins, bem como da identificação dos principais operadores presentes no mercado de circuitos alugados, procede-se à definição do mercado retalhista, nos termos da metodologia descrita *supra*¹⁰⁶.
201. Releve-se que o ponto de partida para a definição e identificação de mercados grossistas é uma caracterização dos mercados retalhistas num dado horizonte temporal e das pressões concorrenciais a que estão sujeitos, do lado da procura e do lado da oferta, já que a procura dos serviços grossistas é (normalmente) uma procura derivada, isto é, o nível de procura de *inputs* grossistas depende, regra geral, da procura de serviços retalhistas.
202. Segue-se, por este motivo, a definição de mercados e avaliação de posição dominante tanto para os mercados retalhista como grossistas.

3.3.2.1.1 O mercado do produto

203. Quanto à definição do mercado do produto, apontam-se, em primeiro lugar, os elementos essenciais na procura e na oferta de ligações dedicadas no retalho.

¹⁰⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 14, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹⁰⁶ Cf. §149 e ss. da presente Decisão.

204. Estes elementos incluem, nomeadamente, a largura de banda, a distância e a qualidade de serviço garantida, devendo, em termos gerais, os serviços potencialmente substitutos dos circuitos alugados ser capazes de: (i) fornecer conexões transparentes e dedicadas extremo-a-extremo; (ii) assegurar débitos (constantes) compatíveis com os dos serviços de circuitos alugados "tradicionais"; e de (iii) garantir os níveis de qualidade de serviço definidos.
205. Tendo presentes estas características, discute-se a fronteira do mercado e a eventual necessidade de o segmentar em: (i) circuitos analógicos e circuitos digitais de baixo débito (até 64 Kbps *inclusive*); (ii) função do débito dos circuitos digitais; e em (iii) circuitos fornecidos a Pequenas e Médias Empresas (PMEs) e a grandes clientes empresariais.
206. Analisa-se ainda a substituíbilidade entre o serviço de aluguer de circuitos a clientes de retalho e: (i) serviços assimétricos; (ii) outros serviços de dados.
207. Comece-se, todavia, por registar que se entende não existir substituíbilidade, mas antes complementaridade, entre as várias componentes de circuitos alugados, i.e., entre os segmentos terminais e os segmentos de trânsito, no retalho.
208. Ou seja, um cliente final de retalho está geralmente interessado numa ligação extremo-a-extremo entre dois pontos específicos e, uma vez que o segmento terminal assegura a ligação entre os pontos geográficos onde se encontram os clientes e as centrais locais mais próximas e o segmento de trânsito interliga nós de rede, estes elementos são complementares e não substituíveis.
209. Acresce que atendendo, nomeadamente, à associação existente entre os segmentos terminais e os segmentos de trânsito, patente na sua venda conjunta ou em pacote ao nível das ofertas de retalho, torna-se igualmente necessário considerar conjuntamente estes dois componentes dos circuitos alugados.

3.3.2.1.1.1 Circuitos analógicos vs. circuitos digitais de baixo débito

210. No que respeita à substituíbilidade do lado da procura entre circuitos analógicos e digitais de baixo débito, embora do ponto de vista funcional

cumpram funções idênticas, o segundo tipo de circuitos distingue-se por apresentar uma maior qualidade de serviço e flexibilidade de utilização (nomeadamente devido à grande variedade de equipamentos terminais disponíveis).

211. Quanto aos preços (incluindo a aplicação do teste do monopolista hipotético e também a própria evolução do tarifário)¹⁰⁷, estes apontam para a substituíbilidade dos circuitos analógicos por circuitos digitais, não sendo os custos à mudança suficientemente elevados para constranger essa substituíbilidade.
212. Do lado da oferta, os serviços são também substitutos, uma vez que podem assentar sobre uma mesma plataforma/solução tecnológica, sendo a substituição do equipamento terminal relativamente simples do ponto de vista técnico, não exigindo investimentos significativos, o que permitiria, no caso de um aumento pequeno, mas significativo e não transitório, dos preços dos circuitos analógicos, por parte de um monopolista hipotético, que existissem fornecedores de circuitos digitais de baixo débito que passassem a fornecer este tipo de circuitos.
213. Assim sendo, conclui-se que, do lado da procura e do lado da oferta, os circuitos analógicos e os circuitos digitais de baixo débito podem ser considerados substitutos.

3.3.2.1.1.2 Segmentação dos circuitos digitais segundo a capacidade

214. Relativamente à segmentação dos circuitos digitais segundo a capacidade, do lado da procura, identifica-se a existência de substituíbilidade em cadeia para os circuitos digitais com velocidades de transmissão até 2 Mbps *inclusive*¹⁰⁸.
215. Pelo contrário, não é credível que, para a maioria dos clientes de retalho, os circuitos digitais de 34 Mbps possam ser considerados substitutos dos circuitos digitais de 2 Mbps, identificando-se entre estas duas capacidades um corte na cadeia de substituíbilidade, face ao elevado diferencial de

¹⁰⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 22 e 23, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹⁰⁸ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 24 e 25, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

capacidade e de preços, e ao facto de 34 Mbps estar acima das reais necessidades da maioria dos clientes retalhistas¹⁰⁹.

216. Do lado da oferta, aponta-se igualmente, do ponto de vista da infraestrutura/tecnologia de suporte aos serviços de circuitos alugados, a existência de um ponto de quebra na cadeia de substituíbilidade para capacidades iguais ou superiores a 2 Mbps, dada a necessidade de investimentos significativos, associados a alterações de fundo nas configurações e funcionalidades das respectivas redes.

217. Logo, face aos elementos anteriormente descritos relativamente à substituíbilidade do lado da procura e do lado da oferta, conclui-se que os circuitos digitais até 2 Mbps se encontram no mesmo mercado, inferindo que se pode excluir deste os circuitos de capacidades superiores a 2 Mbps.

3.3.2.1.1.3 Circuitos alugados vs. serviços assimétricos (baseados em ADSL e em redes de distribuição de televisão por cabo)

218. No que se refere à substituíbilidade entre serviços de circuitos alugados e serviços assimétricos, nomeadamente baseados em ADSL e em redes de distribuição de televisão por cabo, entende-se que estes últimos apresentam características distintas do serviço de circuitos alugados, sobretudo ao nível da qualidade de serviço.

219. Os circuitos, contrariamente aos serviços assimétricos, possibilitam o fornecimento de uma ligação extremo-a-extremo simétrica, dedicada e transparente entre duas localizações distintas, débitos bastante superiores e níveis de qualidade de serviço mais exigentes.

220. Acresce que, pela reduzida dimensão do segmento potencialmente afectado por essa substituição, o comportamento de um monopolista hipotético não seria igualmente restringido por essa eventual substituíbilidade.

221. Do lado da procura, não existe, então, qualquer evidência de substituíbilidade entre estes dois serviços e, nas actuais condições de mercado, a probabilidade de substituição pelo lado da oferta é muito reduzida, já que exigiria investimentos significativos dos prestadores de

¹⁰⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 24 a 26, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

serviços de banda larga suportados na rede de distribuição de televisão por cabo e, por outro lado, a generalidade dos prestadores de circuitos alugados participa activamente na oferta de serviços ADSL, não se afigurando relevante, neste sentido, a substituíbilidade do lado da oferta.

222. Assim sendo, entende-se que, face à inexistência de substituíbilidade do lado da procura e à reduzida probabilidade de substituíbilidade do lado da oferta, os circuitos alugados e os serviços assimétricos não pertencem ao mesmo mercado.

3.3.2.1.1.4 Circuitos alugados vs. outros serviços de dados (FWA, RL-R, VPN, gestão de capacidade e xDSL simétricos)

223. Quanto à substituíbilidade do lado da procura entre circuitos alugados e outros serviços de dados, designadamente FWA¹¹⁰, RL-R¹¹¹, VPN e de gestão de capacidade, observa-se, em primeiro lugar, que a generalidade dos serviços de dados identificados se distinguem dos circuitos alugados porque existem limitações ao nível da (i) prestação de ligações extremo-a-extremo, transparentes e dedicadas, existindo a partilha de recursos; da (ii) qualidade de serviço (níveis de serviço) a contratar; e da (iii) velocidade de transmissão.
224. Relativamente ao FWA e às RL-R, estes não constituem, ainda, uma alternativa efectiva aos serviços de circuitos alugados para a generalidade dos clientes de retalho, dada a sua reduzida disponibilização em termos comerciais e de cobertura territorial.
225. Em relação aos serviços VPN, apesar de se reconhecer que existe uma tendência de migração gradual de utilizadores finais, principalmente por parte dos grandes clientes, para serviços de maior valor acrescentado, entende-se que os actuais níveis de penetração destes serviços não permitem considerá-los, do lado da procura, substitutos dos circuitos alugados, independentemente das suas características face a estes últimos.
226. Pelo contrário, os serviços suportados em tecnologias simétricas xDSL (nomeadamente HDSL e SHDSL), do ponto de vista do uso pretendido pelos clientes de retalho e das próprias características do produto, podem

¹¹⁰ FWA – Fixed Wireless Access.

¹¹¹ RL-R – Redes Locais via Rádio.

constituir efectivos substitutos do serviço "tradicional" de circuitos alugados para débitos até 2 Mbps.

227. Do lado da oferta, e considerando a diferença de preços e flexibilidade percebida pelo utilizador final entre os circuitos alugados e os serviços de transmissão de dados, com vantagens claras para estes últimos, não existem à partida incentivos para que um prestador de serviços de transmissão de dados, nomeadamente de VPNs ou de gestão de capacidade, altere o seu portfólio de serviços, em resultado de um aumento pequeno e não transitório dos preços praticados ao nível do serviço de aluguer de circuitos por parte de um monopolista hipotético.
228. Por outro lado, tendo em conta a reduzida oferta de serviços baseados em FWA ou RL-R, derivada da sua reduzida implementação, não se considera razoável a perspectiva de os operadores alterarem a sua oferta de serviços ou incorrerem em custos irrecuperáveis associados a alterações de fundo nas configurações e funcionalidades das respectivas redês, no caso de um pequeno, mas não transitório, aumento do preço dos circuitos alugados por parte de um monopolista hipotético.
229. Conclui-se, então, que os serviços suportados em FWA, RL-R e os serviços VPN e de gestão de capacidade, não constituem substitutos do serviço de circuitos alugados e, como tal, não pertencem ao mesmo mercado. Pelo contrário, os serviços suportados em tecnologias simétricas xDSL (nomeadamente HDSL e SHDSL) podem ser considerados substitutos do serviço de circuitos alugados para débitos até aos 2 Mbps.

3.3.2.1.1.5 Segmentação do mercado: grandes empresas vs. PMEs

230. No que respeita à segmentação do mercado do serviço de circuitos alugados, entre grandes empresas e PMEs, do lado da procura, considerando a uniformidade das condições da oferta, incluindo preços, de circuitos alugados a grandes empresas e a PMEs, e não parecendo existir restrições à definição de preços, assim como a provável existência de substituíbilidade em cadeia, entende-se que o mercado retalhista inclui as grandes empresas e as PMEs.

231. Acresce que, do lado da oferta, os operadores se assumem como operadores globais, oferecendo o serviço em todo o território nacional e a todos os clientes.

3.3.2.1.2 O mercado geográfico

232. Em relação à definição do mercado geográfico, e tendo em consideração que:

- i. a PTC presta serviços de circuitos alugados ao abrigo das suas obrigações enquanto concessionária, estando obrigada a prestá-los em todo o território nacional¹¹²;
- ii. a rede da PTC abrange todo o território nacional;
- iii. a PTC apresenta preços específicos para rotas pré-definidas (Lisboa-Coimbra, Lisboa-Porto e Lisboa-Faro), e para circuitos CAM¹¹³, bem como para os circuitos de mais alto débito (iguais ou superiores a 155 Mbps), cujo preço é definido caso a caso, mas cujo volume, no retalho, é actualmente pouco significativo;
- iv. a PT Prime, cujos circuitos de retalho são normalmente suportados nos circuitos alugados PTC, não apresenta preços específicos para rotas;
- v. as redes de transporte da ONI e da Novis Telecom, S.A. (Novis), cobrem as cidades "mais importantes" do território continental através de fibra óptica, sendo que existem redes metropolitanas de acesso em fibra óptica (MAN) nestas cidades;
- vi. existem operadores detentores de extensa infra-estrutura de fibra óptica (nomeadamente a ReferTelecom, a RENTelecom e a Cabovisão) que cobrem sobretudo as principais ligações entre cidades nacionais e que não têm tido expressão em termos da oferta do serviço de circuitos alugados, nomeadamente a nível retalhista; e que
- vii. a rede de transmissão dos restantes operadores (por exemplo, a COLT e a Jazztel¹¹⁴) está sobretudo presente nos grandes centros urbanos (nomeadamente em Lisboa e no Porto);

¹¹² Obrigação constante das Bases da Concessão do serviço público de telecomunicações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro.

¹¹³ CAM – Circuito alugado para os Açores ou Madeira.

¹¹⁴ Desde Setembro de 2005, AR Telecom – Acessos e Redes de Telecomunicações, S.A.

conclui-se que, apesar de existirem mais operadores concentrados nos principais centros urbanos, os produtos são oferecidos homogeneamente dentro e fora destes e, como tal, o âmbito do mercado retalhista corresponde ao território nacional¹¹⁵.

233. Reconhece-se, no entanto, que podem existir, no mercado português, algumas diferenças nas condições concorrenciais em algumas áreas/ligações, nomeadamente em/entre algumas áreas metropolitanas, sem que se entenda que essas diferenças sejam de molde a justificar a identificação de mercados geográficos distintos ao nível do retalho.

3.3.2.1.3 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Definição do mercado retalhista de circuitos alugados

«As tecnologias xDSL» (cf. título 3.2 da defesa escrita¹¹⁶)

234. No contexto da definição de mercados relevantes pela Autoridade da Concorrência, a arguida considera «duvidosa» a inclusão dos serviços suportados em tecnologias xDSL simétricas (HDSL e SHDSL), uma vez que estas «não têm as características de transparência e de capacidade dedicada que distinguem os circuitos alugados» (cf. §52 e §53 da defesa escrita¹¹⁷).
235. Não obstante, a própria arguida admite a utilização da tecnologia HDSL para fornecer circuitos a 2 Mbps (cf. §47 e ss. da defesa escrita¹¹⁸).
236. Para a Autoridade da Concorrência (cf. §56, §95, §98 e §141 da NI), os serviços suportados em tecnologias xDSL simétricas (nomeadamente HDSL e SHDSL) permitem a transmissão de tráfego de voz e dados extremo-a-extremo, de um modo simétrico, transparente e dedicado, sendo como tal substitutas dos serviços de circuitos alugados "tradicionais".
237. Em particular, no que se refere ao SHDSL, cuja inclusão na definição de mercado relevante foi posta em causa pela arguida, a definição de taxas de contenção de 1:1 nos equipamentos de acesso permite a oferta de circuitos com capacidade de transmissão garantida e dedicada.

¹¹⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹¹⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹¹⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹¹⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

238. Acresce que este é também o entendimento do regulador sectorial que, inclusivamente, refere que existe «na rede da PTC, uma grande implantação de soluções de circuitos baseadas em HDSL e existem ofertas (pelo menos de um operador), no retalho, de circuitos alugados suportados em SHDSL (circuitos até 2 Mbps, inclusive)»¹¹⁹.
239. Por outro lado, a própria arguida, mais à frente na sua defesa escrita, a propósito da existência de posição dominante e contrariamente ao que ora alega, vem invocar «não existir explicação para o facto de a Autoridade da Concorrência esquecer o xDSL na ponderação das razões que a levaram a concluir pela existência de posição dominante da PTC» (cf. §55 e §57 da defesa escrita¹²⁰; cf. igualmente §266 da presente Decisão).
240. Assim sendo, a argumentação aduzida pela arguida em nada infirma a inclusão das tecnologias xDSL simétricas para efeito da definição dos mercados de circuitos alugados pela Autoridade da Concorrência.

Fibra escura

241. Ainda no que se refere à definição de mercado, a arguida, no que concerne à análise da existência de posição dominante, aponta a fibra escura como possível concorrente dos circuitos de grande débito (§63 da defesa escrita¹²¹).
242. Em face do exposto nos §284 e ss. da presente Decisão, a Autoridade da Concorrência entende que a fibra escura não constitui um efectivo substituto do serviço de circuitos alugados.

3.3.2.1.4 Conclusão: Definição do mercado retalhista de circuitos alugados

243. Considera-se, face ao exposto, que o mercado retalhista de circuitos alugados é constituído por circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps *inclusive* (suportados também em tecnologias xDSL simétricas), abrangendo todo o território nacional (incluindo circuitos CAM e rotas).

¹¹⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 13, 31 e 42, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹²⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹²¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

Af.

244. Poder-se-ia, ainda, definir um segundo mercado retalhista, correspondente ao mercado de circuitos alugados para capacidades superiores a 2 Mbps (suportados também em tecnologias xDSL simétricas), abrangendo todo o território nacional (incluindo circuitos CAM e rotas).
245. Não obstante, tendo em conta que (i) os circuitos digitais iguais ou superiores 34 Mbps apenas representam cerca de 0,1% do total de circuitos digitais alugados no mercado de retalho (percentagem negligenciável); (ii) os circuitos de 2 Mbps representam cerca de 10%; e (iii) os digitais de capacidade inferior a 2 Mbps representam cerca de 90%¹²²; não se considera necessária qualquer segmentação adicional para efeitos da presente análise.

3.3.2.2 Posição dominante no mercado retalhista de circuitos alugados

246. Partindo da definição de posição dominante nos termos expostos *supra*¹²³, analisa-se a existência desta posição no mercado retalhista dos circuitos alugados.
247. Para tal, verificam-se, sucessivamente, as quotas de mercado, o grau de concorrência entre as empresas instaladas, o grau de concorrência potencial e o contrapoder negocial dos compradores, nos termos já descritos.

3.3.2.2.1 Quotas de mercado

248. Em termos das quotas de mercado, as empresas do Grupo PT no mercado retalhista de circuitos alugados analógicos detêm uma quota de 100%¹²⁴.
249. Ao nível dos circuitos alugados digitais, as empresas do Grupo PT, no final de 2004, possuíam uma quota de 93%, ao nível das receitas, observando-se uma redução muito pouco acentuada, desde 2000, altura em que a quota de mercado das empresas do Grupo PT seria de aproximadamente 100%¹²⁵.

¹²² Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 26, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹²³ Cf. §164 e ss. da presente Decisão.

¹²⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 53 e 54, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹²⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 53 e 54, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

3.3.2.2.2 Grau de concorrência entre as empresas instaladas

250. Quanto ao grau de concorrência entre as empresas instaladas, a análise desenvolvida *infra* tem em conta o grau de concentração do mercado, a dimensão do líder de mercado, a existência de barreiras à expansão, a rivalidade entre empresas e a rentabilidade.
251. Considerando individualmente cada um destes elementos, verifica-se, em primeiro lugar, que o mercado de circuitos alugados é altamente concentrado, sendo a dimensão do(s) líder(es) do mercado muito superior à dimensão dos seus concorrentes.
252. De facto, a PT Prime e a PTC conjuntamente são os prestadores com maior dimensão no mercado retalhista de circuitos alugados.
253. No que respeita às barreiras à expansão, a quantidade e dimensão das barreiras identificadas revelam indícios fortes de inexistência de concorrência efectiva entre empresas no mercado.
254. De entre estas barreiras refira-se, em primeiro lugar, a existência de elevados custos afundados (*sunk costs*¹²⁶) e de infra-estruturas dificilmente replicáveis¹²⁷.
255. Com efeito, sendo os circuitos comercializados no retalho circuitos extremo-a-extremo, necessitam dos segmentos terminais que se encontram ao nível da rede de acesso (propriedade da PTC), e esta rede, pelas suas características, não é facilmente duplicável, constituindo este facto uma significativa barreira (à entrada e) à expansão.
256. Em segundo lugar, note-se a existência de economias de escala e/ou de gama na expansão da rede^{128,129}.

¹²⁶ Custos irrecuperáveis ou afundados (*sunk costs*) correspondem a custos que uma vez incorridos não são susceptíveis de serem recuperados, por exemplo, quando a empresa decide sair do mercado.

¹²⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 61, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹²⁸ Verificam-se economias de escala sempre que uma empresa consegue obter acréscimos na produção através de aumentos menos do que proporcionais nos factores de produção. As economias de escala indicam que os custos médios diminuem à medida que a produção aumenta.

Verificam-se economias de gama sempre que uma empresa tenha menores custos na produção conjunta de múltiplos produtos quando comparados com os custos de os produzir separadamente.

¹²⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos

257. A escala e a configuração da rede fixa possibilitam às empresas do Grupo PT promover desenvolvimentos que lhe permitem prestar serviços de circuitos alugados com investimentos adicionais relativamente moderados.
258. Caso pretendam oferecer serviços similares no retalho, os novos operadores ou desenvolvem rede de acesso própria ou suportam os seus serviços na oferta grossista da PTC.
259. Acresce que as empresas do Grupo PT beneficiam, no retalho, das economias de escala e de gama existentes ao nível grossista, dada a multiplicidade de serviços que prestam sobre a mesma infra-estrutura.
260. Sublinhe-se que o facto deste Grupo ser composto por empresas integradas verticalmente, com presença quer ao nível dos mercados grossistas, quer ao nível do mercado de retalho de circuitos alugados, poderá colocar os concorrentes não integrados em desvantagem concorrencial, podendo verificar-se a alavancagem de poder de mercado de um mercado para outro.
261. Outro dos aspectos analisados na averiguação da existência de uma posição de domínio no mercado retalhista dos circuitos alugados prende-se com a evolução da rentabilidade do líder de mercado.
262. Quanto a esta, verifica-se não ser compatível com a existência de concorrência efectiva neste mercado.
263. Com efeito, a análise da evolução dos preços desde 2000 permite concluir que não existem indícios de que as empresas do Grupo PT ajustem, ou tenham ajustado no passado, os seus preços em resposta às alterações de preços por parte dos seus concorrentes no retalho (ou à sua entrada neste mercado), verificando-se uma reduzida rivalidade tarifária¹³⁰.

3.3.2.2.3 Concorrência potencial

264. Quanto à concorrência potencial, face às conclusões referentes às economias de escala e de gama, integração vertical, barreiras à entrada e à expansão,

alugados, de 08.07.2005, p. 57, constante de fls. 0786 a fls. 0832, e deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa aos mercados de acesso em banda estreita à rede telefónica pública num local fixo, de 08.07.2004, pp. 58 e ss., disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=211302>.

¹³⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 59, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

A.

não se prevê que neste mercado haja uma alteração significativa das condições concorrenciais no médio prazo.

3.3.2.2.4 Contrapoder negocial dos compradores

265. Relativamente ao contrapoder negocial dos compradores, a obrigação de publicação de preços, a dimensão do líder do mercado, o número de grandes clientes e a sua contribuição para o volume total de receitas¹³¹, não indicia a existência de um contrapoder negocial que restrinja o comportamento do(s) operador(es) dominante(s) neste mercado.

3.3.2.2.5 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Posição dominante no mercado retalhista de circuitos alugados

«A concorrência do xDSL» (cf. título 4.1 da defesa escrita¹³²)

266. Relativamente à aferição da existência de posição dominante por parte da arguida nos mercados relevantes identificados, é referido pela arguida na defesa escrita que «não existe explicação para o facto de a Autoridade da Concorrência esquecer o xDSL na ponderação das razões que a levaram a concluir pela existência de posição dominante da PTC nos mercados em causa», «apesar da PTC ter dúvidas sobre a inclusão do xDSL no mercado do produto» (cf. §55 e §57 da defesa escrita¹³³).

267. Esclarece-se que a Autoridade da Concorrência não esqueceu o xDSL e, em particular, as tecnologias xDSL simétricas, nas análises de posição dominante, tanto mais que as incluiu para efeito da definição dos mercados relevantes¹³⁴.

268. Aliás, uma vez definidos os mercados relevantes, as análises de posição dominante são efectuadas por referência aos serviços de circuitos alugados disponibilizados nesses mercados e independentemente das tecnologias que suportam a oferta desses mesmos serviços.

¹³¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 61, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹³² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹³³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹³⁴ Cf. *supra* §187, §226, §229 e §314 e, também, §56, §95, §98 e §141 da NI.

269. Deste modo, nas análises de posição dominante não existem referências explícitas às tecnologias xDSL simétricas, tal como não existem a outras quaisquer tecnologias.
270. O que não significa, todavia, que as mesmas não tenham sido oportunamente consideradas.
271. A própria fonte de informação utilizada pela Autoridade da Concorrência, o ICP-ANACOM, refere no seu parecer de 09 de Abril de 2008 (cf. ponto 1.5 da presente Decisão) a inclusão dos dados relativos aos acessos com tecnologias xDSL simétricas no cálculo das quotas de mercado na análise dos mercados retalhista e grossistas de circuitos alugados que efectuou em 2005.

«Integração vertical e domínio no mercado retalhista» (cf. título 4.2 da defesa escrita¹³⁵)

272. Para arguida, «não faz sentido considerar o factor de integração vertical como importante na determinação da alegada posição dominante do Grupo PT no mercado retalhista de circuitos alugados» (cf. §61 da defesa escrita¹³⁶).
273. Acresce a arguida que «a empresa do Grupo PT que se evidencia na venda de circuitos alugados, quer de forma individualizada, quer no âmbito de soluções mais complexas, é a PT Prime», sendo que esta empresa «recorre ao serviço de circuitos alugados da mesma forma que os restantes operadores, não tendo, por isso, nenhuma vantagem de escala e de gama por ser uma empresa do Grupo PT» (cf. §59 e §60 da defesa escrita¹³⁷).
274. Em primeiro lugar, cumpre salientar que a PT Prime não é a única empresa do Grupo PT que oferece serviços de circuitos alugados no mercado de retalho, tal como reconhecido pela arguida (a outro propósito) no §81 da sua defesa escrita¹³⁸ quando admite que a «Tarifa 6 [tarifário referente aos serviços de circuitos alugados oferecidos pela PTC] aplicava-se tanto a clientes de retalho como a clientes grossistas».

¹³⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹³⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹³⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹³⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

275. Neste sentido, é inegável que a PTC, empresa verticalmente integrada, beneficia no retalho das economias de escala e de gama existentes a nível grossista, tal como explanado nos §119 e §120 da NI.
276. Por outro lado, a própria PT Prime, empresa que dentro do Grupo PT se destaca na comercialização de serviços de circuitos alugados no mercado de retalho, beneficia igualmente da existência de economias de escala e de gama, tal como admitido implicitamente pela arguida mais à frente na sua defesa escrita: «[a] PT Prime e a TMN, tal como a PTC, são uma e a mesma empresa, ou seja, o Grupo PT, ou seja um único fornecedor de circuitos que actua verticalmente integrado» (cf. §191 da defesa escrita¹³⁹).
277. Afirma ainda a arguida que «[a] PT Prime, sendo um operador de âmbito nacional que recorre unicamente à infra-estrutura da PTC, é não só o operador que mais contrata, como uma parcela substancial dos circuitos contratados têm troços comuns, terminando dentro das centrais da PT[C], onde a PT Prime está co-instalada. Por outro lado, existe uma grande concentração de circuitos nas áreas urbanas, o que permite otimizar os recursos» (cf. §143 da defesa escrita¹⁴⁰).
278. Refira-se igualmente que existem outros tipos de benefícios advenientes da integração vertical, tanto para as operações retalhistas da PTC como da PT Prime, nomeadamente, em termos de planeamento e definição da estratégia de negócio.
279. Assim sendo, os argumentos aduzidos pela arguida nesta matéria não permitem infirmar as conclusões da Autoridade da Concorrência.
- «Concorrência na oferta de circuitos alugados»** (cf. título 4.3 da defesa escrita¹⁴¹)
280. No §62 e ss. da defesa escrita¹⁴², a arguida refere o §63 da NI, alegando que as considerações da Autoridade da Concorrência acerca do facto da PTC ser o único fornecedor grossista de circuitos alugados não reflectem a realidade do mercado e, como tal, é necessário proceder à reapreciação do ponto 2.4.6.1 e do §315 da NI.

¹³⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

M
A
L

281. Ora, uma leitura mais atenta do §63 da NI permitiria à arguida verificar que o que a Autoridade da Concorrência afirma é que «[q]uanto aos mercados grossistas, a PTC é a única empresa do Grupo PT que disponibiliza o serviço de aluguer de circuitos a outros operadores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas» [sublinhado nosso] e não que PTC é o único fornecedor grossista de circuitos alugados no mercado.
282. Não obstante, ainda que a Autoridade da Concorrência afirmasse que a PTC era o único fornecedor grossista de circuitos alugados, tal não seria tão distante da realidade do mercado como quer fazer parecer a arguida.
283. Releve-se que a PTC é, na prática, o único fornecedor grossista de segmentos terminais de circuitos alugados; que a sua quota de mercado se tem mantido em valores muito próximos dos 100% nos segmentos terminais analógicos e digitais, independentemente da capacidade de transmissão; que no mercado grossista de segmentos de trânsito analógicos apenas está presente a PTC, com uma quota de 100%; e, finalmente, que no mercado grossista de segmentos de trânsito digitais, a quota de mercado, em receitas, da PTC foi, entre 2000 e 2004, sempre superior a cerca de 86% (cf. §162 e ss. da NI).
284. Ainda a este propósito, a arguida aponta a fibra escura como possível concorrente dos circuitos de grande débito (§63 da defesa escrita¹⁴³).
285. Releve-se que a fibra escura corresponde a um elemento de rede não activo, não possuindo as características necessárias para que seja considerado um substituto do serviço de circuitos alugados.
286. Nestes termos, à semelhança do regulador sectorial¹⁴⁴ e da Comissão Europeia¹⁴⁵, a Autoridade da Concorrência não considerou a fibra escura relevante para efeito da definição de mercados.
287. Em face do exposto, a necessidade de reapreciação do ponto 2.4.6.1 e do §315 da NI invocada pela arguida não procede.

¹⁴³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

¹⁴⁵ Cf. Exposição de Motivos anexa à Recomendação da Comissão Europeia sobre mercados relevantes de produtos e serviços de comunicações electrónicas, Recomendação 2003/311/CE, de 11.02.2003.

A.H.

A.H.
A.2

«**Contestabilidade dos mercados retalhistas**» (cf. título 4.4 da defesa escrita¹⁴⁶)

288. Considera a arguida que a Autoridade da Concorrência fundou «a sua constatação do domínio da PTC apenas em considerações extraídas das respectivas quotas de mercado» (cf. §65 da defesa escrita¹⁴⁷).
289. A este propósito, a mera remissão para os pontos 2.3.2.2 e 2.3.2.4 da NI relativos à análise de existência de posição dominante nos mercados retalhista e grossistas é suficiente para refutar, sem qualquer margem para dúvida, a afirmação da arguida.
290. Para além das quotas de mercado, a Autoridade da Concorrência analisou sucessivamente o grau de concorrência entre as empresas instaladas (incluindo o grau de concentração, a dimensão do líder de mercado, a existência de barreiras à expansão e a rivalidade entre empresas e a rentabilidade), a concorrência potencial e o contrapoder negocial dos compradores.
291. Acresce que a arguida entende que devem considerar-se «contestáveis, e conseqüentemente sujeitos a concorrência efectiva, os mercados em que não existem ou foram suprimidas regulamentarmente as barreiras à entrada», não devendo, como tal, a Autoridade da Concorrência ter identificado posições de domínio da PTC nos mercados grossistas de segmentos terminais e segmentos de trânsito de linhas alugadas (cf. §67 e §68 da defesa escrita¹⁴⁸).
292. Neste sentido, para a arguida «qualquer operador está em condições de realizar ofertas de circuitos alugados nas mesmas condições que a PT Prime, uma vez que, independentemente do maior ou menor desenvolvimento das suas próprias infra-estruturas de rede, pode aceder ao mercado retalhista com base na oferta grossista da PTC» (cf. §69 da defesa escrita¹⁴⁹).
293. Sobre esta matéria, entende a Autoridade da Concorrência que, embora a regulação nos mercados grossistas a montante possa, em termos gerais, contribuir para promover a concorrência efectiva e a contestabilidade do

¹⁴⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁴⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.

m
A 2

mercados retalhistas a jusante, a análise de dominância desenvolvida pela Autoridade da Concorrência demonstra inequivocamente que no caso em apreço tal não se verificou.

294. Aliás, de acordo com os §108 e §109 da NI, observa-se que as empresas do Grupo PT detêm, no mercado retalhista, uma quota de 100% no que se refere aos circuitos alugados analógicos e de 93% no que se refere aos circuitos alugados digitais.
295. Ou seja, desde a liberalização total da prestação de serviços de comunicações electrónicas que não se verificou qualquer variação de quota para os circuitos alugados analógicos, observando-se para os circuitos alugados digitais uma redução muito pouco acentuada, desde 2000, altura em que a quota de mercado das empresas do Grupo PT seria de aproximadamente 100% (cf. §108 e §109 da NI).
296. Por outro lado, a análise desenvolvida pela Autoridade da Concorrência nos §110 e ss. da NI aponta igualmente para o facto de a PTC e de a PT Prime serem os prestadores de maior dimensão no mercado retalhista de circuitos alugados; para a existência de fortes barreiras à entrada e à expansão; para inexistência de indícios de concorrência efectiva entre as empresas (preços e outras variáveis); e, finalmente, para a ausência de concorrência potencial no médio prazo.
297. Assim sendo, o nível e a estabilidade das quotas de mercado no período em causa, bem como a restante análise desenvolvida na NI relativamente à existência de posição dominante, afastam liminarmente a existência de contestabilidade no mercado retalhista de circuitos alugados.
298. Cumpre igualmente esclarecer que, contrariamente ao sugerido pela arguida no §67 da defesa escrita¹⁵⁰, admite-se poderem «coexistir contestabilidade e domínio», embora pelo *supra* exposto tal não seja aplicável ao caso em apreço.

¹⁵⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A. H.

A. H.

3.3.2.2.6 Conclusão: Posição dominante no mercado retalhista de circuitos alugados

299. Assim, em conclusão, tendo em conta as quotas de mercado das empresas do Grupo PT, a dimensão da(s) empresa(s) líder(es) do mercado, a existência de fortes barreiras à entrada e à expansão, a inexistência de indícios de concorrência efectiva entre as empresas (preços e outras variáveis) e a ausência de concorrência potencial no médio prazo, verifica-se que as empresas do Grupo PT assumem clara preponderância em face dos concorrentes.
300. Neste sentido, detêm uma posição de força económica que lhes permite evitar uma concorrência efectiva, habilitando-as a agir, numa medida considerável, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores no mercado retalhista de circuitos alugados analógicos e digitais com capacidades até 2 Mbps (*inclusive*).
301. Pode, por isso, concluir-se que as empresas do Grupo PT detêm posição dominante (individual) nestes mercados.

3.3.2.3 Definição dos mercados grossistas de circuitos alugados

302. Os mercados grossistas relevantes de circuitos alugados correspondem aos mercados onde os operadores e prestadores de serviços procuram e oferecem circuitos alugados, tanto para utilização no desenvolvimento das próprias redes, como para suporte às ofertas de serviços no mercado de retalho (incluindo o próprio serviço de circuitos alugados a utilizadores finais).
303. Recorde-se que na definição de mercados grossistas é necessário ter em conta os mercados retalhistas adjacentes, uma vez que a procura de serviços grossistas deriva, geralmente, da procura dos serviços de retalho oferecidos aos utilizadores finais.
304. Neste contexto, definem-se de seguida os mercados do produto e geográfico, nos termos da metodologia descrita *supra*¹⁵¹.

¹⁵¹ Cf. §149 e ss. da presente Decisão.

A.F.

M
P
L

3.3.2.3.1 O mercado do produto

305. No que respeita à definição do mercado do produto relevante, identificam-se, em primeiro lugar, dois mercados grossistas que contemplam componentes relacionadas com a oferta de circuitos alugados com características distintas, nomeadamente ao nível das redes de suporte, débito e comprimentos: os segmentos terminais (ou prolongamentos locais) e os segmentos de trânsito (troços principais)¹⁵².
306. Observe-se ainda que os segmentos terminais e os segmentos de trânsito são produtos complementares e não substitutos, dada a sua natureza diferenciada e a possibilidade de contratação destes elementos separadamente por parte dos clientes grossistas (contrariamente ao verificado no mercado de retalho), podendo, como tal, estar sujeitos a diferentes condições concorrenciais e constituir mercados distintos.
307. Contrariamente aos segmentos de trânsito, o mercado dos segmentos terminais é dominado pela infra-estrutura de rede local, associada a fortes barreiras à entrada e à expansão, devido aos elevados custos das infra-estruturas, sobretudo condutas, que obstaculizam a replicação do investimento na mesma escala.
308. Quanto aos segmentos de trânsito, entende-se que não devem ser considerados mercados distintos para os segmentos de trânsito com diferentes capacidades, dado que, ao contrário do que acontece no caso dos segmentos terminais, aquelas componentes podem ser (e, normalmente, são) agregadas em sistemas de capacidade superior ao nível da rede de transporte.
309. Por outro lado, e em virtude destas mesmas múltiplas possibilidades de agregação, existe um enorme potencial para a substituíbilidade em cadeia entre os segmentos de trânsito de diferentes capacidades.
310. Acresce que, do lado da oferta, a grande maioria dos operadores está presente neste mercado com ofertas que cobrem toda a gama de capacidades.

¹⁵² Cf. definições no ponto 3.3.2 da presente Decisão, relativo à caracterização do serviço de circuitos alugados.

A.

mu
A
Z

311. Também em termos prospectivos, é expectável que a procura de circuitos ou segmentos de trânsito de débito mais elevado venha a aumentar, dadas as crescentes necessidades de largura de banda.
312. Ainda no que respeita à definição do mercado do produto relevante, analisam-se, de seguida, (i) a substituíbilidade entre os segmentos terminais e outros serviços de transmissão (ORALL¹⁵³, tecnologias simétricas, redes de distribuição de televisão por cabo, ADSL, FWA, RL-R e VPN) e, ainda, (ii) a possibilidade de segmentação dos mercados de segmentos terminais segundo a capacidade.

3.3.2.3.1.1 Segmentos terminais vs. outros serviços de transmissão (ORALL, tecnologias simétricas, redes de distribuição de televisão por cabo, ADSL, FWA, RL-R e VPN)

313. Relativamente à substituíbilidade do lado da procura entre segmentos terminais e outros serviços de transmissão, verifica-se que, para a oferta de serviços disponibilizados com base na ORALL, a necessidade de investimentos adicionais em equipamento, os reduzidos níveis de qualidade de serviço assegurados pela ORALL (quando comparados com os dos circuitos alugados), uma reduzida procura de lacetes locais (à data dos comportamentos) e as dificuldades económicas em os operadores conseguirem rapidamente (ou mesmo a médio prazo) uma cobertura nacional razoável, limitam a possibilidade de substituição.
314. Quanto à utilização de tecnologias simétricas (HDSL e SHDSL) para prestação de serviços de aluguer de circuitos na sua componente de terminação local, de acordo com os argumentos utilizados a propósito do mercado de retalho (cf. §223 e ss. da presente Decisão), estes serviços podem ser considerados, pelos operadores, substitutos do lado da procura dos segmentos terminais "tradicionais" de baixa capacidade (até 2 Mbps *inclusive*).
315. Também de acordo com a linha argumentativa utilizada a propósito do mercado de retalho (cf. §218 e ss. da presente Decisão), entende-se que os serviços oferecidos através: (i) das redes de distribuição de televisão por cabo; (ii) de ADSL; (iii) das RL-R; e (iv) dos serviços FWA, não constituem

¹⁵³ ORALL - Oferta de Referência de Acesso ao Lacete Local.

H

M
P
Z

alternativas viáveis e generalizadas aos serviços grossistas de circuitos alugados, do lado da procura.

316. Para a maioria destes serviços (com excepção do ADSL), esta conclusão é ainda reforçada pela inexistência de qualquer tipo de oferta grossista dirigida a operadores/prestadores de serviços de comunicações e, por outro lado, pelo facto de a substituibilidade que poderia verificar-se (nomeadamente para as RL-R e o FWA) resultar prejudicada pelas restrições funcionais associadas a essas tecnologias e, igualmente, pelo seu reduzido grau de cobertura.
317. Em relação às VPNs e a outros serviços de gestão de capacidade, considera-se que, mais do que substitutas dos circuitos alugados do lado da procura, estas assumiriam, ao nível grossista, um elevado grau de complementaridade.
318. Um cenário de existência, a nível nacional, de ofertas grossistas para este tipo de soluções, permitiria às diferentes empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações electrónicas optar pela sua contratação em substituição do serviço de aluguer de circuitos. No entanto, não existem, no mercado nacional, ofertas grossistas deste tipo.
319. No que se refere à substituibilidade do lado da oferta entre segmentos terminais e outros serviços de transmissão, não se verificam indícios que permitam comprovar a existência, por um lado, das ofertas grossistas *supra* referidas¹⁵⁴ e, por outro, de uma eventual substituibilidade entre estas e os serviços grossistas de circuitos alugados "tradicionais".
320. Apontam-se ainda o volume e a morosidade dos investimentos necessários à construção de infra-estrutura fixa de acesso ao cliente final como dificuldades a que outros operadores ofereçam a curto/médio prazo segmentos terminais, como resposta a um aumento pequeno, mas significativo e não transitório, do preço daqueles componentes.
321. Conclui-se, assim, em resultado da análise das substituibilidades do lado da procura e da oferta, que os serviços grossistas baseados nas redes de distribuição de televisão por cabo, ADSL, FWA, RL-R e na ORALL não são, à

¹⁵⁴ Com excepção da ORALL e da oferta «Rede ADSL PT», não existem actualmente outras ofertas grossistas para, designadamente, FWA, RL-R, ATM ou VPN, etc.

ff.

data das práticas e face à informação disponível, considerados substitutos dos "tradicionais" segmentos terminais. Por seu turno, os serviços disponibilizados pelas tecnologias simétricas xDSL são considerados substitutos dos segmentos terminais "tradicionais" de baixa capacidade (até 2 Mbps *inclusive*).

3.3.2.3.1.2 Segmentação dos mercados grossistas de segmentos terminais segundo a capacidade

322. Relativamente à segmentação dos mercados grossistas de segmentos terminais segundo a capacidade, a análise da substituíbilidade do lado da procura faz referência aos argumentos utilizados a propósito do mercado de retalho (cf. §214 e ss. da presente Decisão), já que a procura nos mercados grossistas, embora não resulte exclusivamente, é derivada da procura no mercado de retalho¹⁵⁵.
323. Entende-se que, apesar de se poder identificar uma cadeia de substituíbilidade de segmentos terminais de mais baixa capacidade que termina nos circuitos de 2 Mbps, não deverá existir qualquer divisão em função da capacidade, já que a situação concorrencial é semelhante¹⁵⁶.
324. Para os circuitos de muito alta capacidade (superior a 155 Mbps) a procura é muito reduzida, não sendo expectável que venha a aumentar significativamente, mesmo considerando as crescentes necessidades de largura de banda.
325. Quanto à substituíbilidade do lado da oferta, a questão relevante prende-se com aferir se a definição resultante da análise da substituíbilidade do lado da procura pode ser alargada pela da substituíbilidade do lado da oferta, isto é, se um fornecedor de segmentos terminais de, por exemplo, 2 Mbps entraria no mercado de segmentos terminais de 34 Mbps, em resposta a um aumento não transitório dos preços destes componentes por parte de um monopolista hipotético.

¹⁵⁵ Note-se que apenas os operadores de redes móveis não estão presentes no mercado de retalho, apesar de serem grandes clientes grossistas, sobretudo para circuitos com capacidades iguais ou superiores a 2 Mbps.

¹⁵⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07:2005, p. 44, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

A.F.

per
A
w

326. Considera-se que, devido à muito reduzida penetração dos novos operadores ao nível da infra-estrutura de rede local, em cobre ou fibra óptica, não é provável que possa existir uma rápida e não onerosa entrada no mercado dos segmentos terminais por parte de um operador alternativo, independentemente da capacidade considerada para o segmento terminal, não existindo, portanto, qualquer evidência relativa à substituibilidade do lado da oferta de prolongamentos de diferente capacidade de molde a poder constranger um monopolista hipotético na definição dos seus preços.
327. Em relação aos circuitos de muito alta capacidade (superior a 155 Mbps), verifica-se que os custos a incorrer na oferta deste tipo de componentes não são particularmente relevantes face aos custos de fornecer circuitos a 155 Mbps.
328. Assim sendo, a análise da substituibilidade do lado da procura e da oferta permite reafirmar a consideração de que os mercados grossistas de circuitos alugados não devem ser segmentados em função da capacidade.

3.3.2.3.2 O mercado geográfico

329. Relativamente à definição do mercado geográfico relevante, verifica-se a possibilidade de existência de condições concorrenciais heterogéneas em algumas áreas/regiões.
330. Esta possibilidade relaciona-se com a cobertura geográfica das redes de comunicações electrónicas dos vários detentores de infra-estrutura própria activos nestes mercados.
331. Todavia, considerada a análise da cobertura geográfica destas redes e dos preços, tanto para os segmentos terminais como para os segmentos de trânsito¹⁵⁷, não se identificam condições concorrenciais suficientemente heterogéneas que justifiquem a definição de mercados distintos.
332. Assim, o mercado relevante corresponde ao território nacional.

¹⁵⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 46 a 49, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

**3.3.2.3.3 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência:
Definição dos mercados grossistas de circuitos alugados**

Segmentos de trânsito vs. Segmentos terminais

333. No que respeita à definição de mercados relevantes pela Autoridade da Concorrência, a arguida refere que esta Autoridade «chega à conclusão a que o ICP-ANACOM chegou quando da análise dos mercados relevantes de circuitos alugados retalhistas e grossistas, no âmbito da implementação do novo quadro regulamentar» (cf. §43 da defesa escrita¹⁵⁸).
334. A arguida considera que «[s]eria mais razoável não associar a delimitação do mercado às componentes da oferta de circuitos, mas à sua utilização». Segundo a arguida, «[n]este cenário, a PTC poderá não ter efectivamente domínio no mercado dos segmentos de trânsito» (cf. §46 da defesa escrita¹⁵⁹).
335. Saliente-se que esta mesma questão foi igualmente levantada pela arguida aquando da Consulta Pública Preliminar desenvolvida pelo ICP-ANACOM no contexto da análise dos mercados grossistas relevantes de circuitos alugados, tendo sido afastada pelo regulador¹⁶⁰.
336. A este propósito, a Autoridade da Concorrência considera (tal como sustentou nos §132 e ss. da NI) que os segmentos terminais e os segmentos de trânsito são produtos complementares e não substitutos, dada a sua natureza diversa e a possibilidade de contratação destes elementos separadamente por parte dos clientes grossistas (contrariamente ao verificado no mercado de retalho), pelo que constituem mercados grossistas distintos.
337. Acresce que este é também o entendimento da Comissão Europeia: «[a] nível grossista, é possível definir mercados separados, nomeadamente entre

¹⁵⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁵⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁶⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, pp. 40 a 41, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

os segmentos terminais de um circuito alugado (por vezes denominados "pontas locais" ou "segmentos locais") e os segmentos de trânsito»¹⁶¹.

338. Em face do exposto, entende a Autoridade da Autoridade que os argumentos que a arguida apresentou, sem concretizar, não permitam infirmar as definições relativas aos mercados grossistas constantes da NI, não procedendo conseqüentemente a alegação da arguida quanto à eventual não existência de posição dominante no mercado dos segmentos de trânsito (conforme análise *infra*) como resultado da alteração da definição de mercado relevante.

«As tecnologias xDSL» (cf. título 3.2 da defesa escrita¹⁶²)

339. Releve-se que, na sua defesa escrita¹⁶³, a arguida contesta a inclusão das tecnologias xDSL simétricas para efeitos da definição dos mercados retalhista e grossistas relevantes.
340. A Autoridade da Concorrência considera que esta contestação da arguida não procede, remetendo a este propósito para a argumentação desenvolvida relativamente ao mercado retalhista (cf. *supra*, §234 e ss. da presente Decisão), que aqui se dá por reproduzida.

3.3.2.3.4 Conclusão: Definição dos mercados grossistas de circuitos alugados

341. Em síntese, na sequência da análise efectuada, conclui-se que existem os seguintes mercados grossistas relevantes de circuitos alugados: (i) segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, abrangendo todo o território nacional; e (ii) segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade, abrangendo o território nacional¹⁶⁴.

¹⁶¹ Cf. Exposição de Motivos anexa à Recomendação da Comissão Europeia sobre mercados relevantes de produtos e serviços de comunicações electrónicas, Recomendação 2003/311/CE, de 11.02.2003, p. 29.

¹⁶² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁶³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

¹⁶⁴ Incluindo, à semelhança do mercado de retalho, e de acordo com a análise de substituíbilidade, os serviços suportados em tecnologias xDSL simétricas.

A. K.

M.
A. K.

3.3.2.4 Posição dominante nos mercados grossistas de circuitos alugados

342. Partindo da noção de posição dominante seguida na prática e jurisprudência nacionais e comunitárias (cf. §164 e ss. da presente Decisão) e à semelhança do proposto quanto à averiguação da existência de uma posição de domínio no mercado retalhista de circuitos alugados, analisam-se para os mercados grossistas dos segmentos terminais e dos segmentos de trânsito de circuitos alugados, sucessivamente, as quotas de mercado, o grau de concorrência entre as empresas instaladas, o grau de concorrência potencial e o contrapoder negocial dos compradores.

3.3.2.4.1 Quotas de mercado

343. No que respeita a quotas de mercado, a PTC é, na prática, o único fornecedor grossista de segmentos terminais de circuitos alugados.
344. A sua quota de mercado tem-se mantido em valores muito próximos dos 100% nos segmentos terminais analógicos e digitais, independentemente da capacidade de transmissão¹⁶⁵.
345. A mesma situação é observada no mercado grossista de segmentos de trânsito analógicos, mercado em que apenas está presente a PTC, com uma quota de 100%¹⁶⁶.
346. Relativamente ao mercado grossista de segmentos de trânsito digitais, a quota de mercado, em receitas, da PTC foi, entre 2000 e 2004, sempre superior a cerca de 86%¹⁶⁷.
347. Em consequência, a oferta de circuitos da PTC nos mercados grossistas de aluguer de circuitos assume-se como essencial para a prestação destes serviços e de outros serviços de comunicações electrónicas pelos operadores alternativos aos do Grupo PT nos mercados retalhistas.

¹⁶⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 64, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹⁶⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 64, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

¹⁶⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 64, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

3.3.2.4.2 Concorrência entre as empresas instaladas

348. Em relação à análise da concorrência entre as empresas instaladas, verifica-se que a quantidade e a dimensão das barreiras à expansão nos mercados estudados impediram o desenvolvimento de uma concorrência efectiva.
349. Com efeito, a existência de infra-estruturas dificilmente replicáveis e de elevados custos afundados, a verificação de economias de escala e/ou de gama e a integração vertical das empresas do Grupo PT, constituem significativas barreiras à expansão, em termos idênticos aos descritos para o mercado retalhista de circuitos alugados.
350. A propósito do critério da rivalidade (preços, rentabilidade, etc.), entende-se que as conclusões expressas no âmbito do mercado de retalho (cf. §261 e ss. da presente Decisão) são igualmente extensíveis aos mercados grossistas, indiciando a inexistência de concorrência efectiva.

3.3.2.4.3 Concorrência potencial

351. No que respeita à concorrência potencial, considera-se que os custos irre recuperáveis associados à oferta de segmentos terminais (e da maior parte dos segmentos de trânsito), suportados, na generalidade, na rede de acesso em cobre, são extremamente elevados e constituem uma fortíssima barreira estrutural à entrada, sendo, como tal, altamente improvável que uma concorrência efectiva possa desenvolver-se nestes mercados.

3.3.2.4.4 Contrapoder negocial dos compradores

352. Quanto ao contrapoder negocial dos compradores, face à obrigação de publicação de preços¹⁶⁸, à dimensão do líder do mercado, ao número de grandes clientes e à sua contribuição para o volume total de receitas, entende-se não existirem indícios de um contrapoder negocial que restrinja o comportamento do operador dominante nos mercados grossistas relevantes.

¹⁶⁸ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 67, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

**3.3.2.4.5 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência:
Posição dominante nos mercados grossistas de circuitos
alugados**

353. Releve-se que, na sua defesa escrita¹⁶⁹, a arguida entendeu que a Autoridade da Concorrência esqueceu o xDSL na ponderação das razões que a levaram a concluir pela existência de posição dominante.

354. A Autoridade da Concorrência regista os argumentos apresentados pela arguida e remete para a análise desenvolvida a este propósito *supra*, no que respeita ao mercado retalhista (cf. §266 e ss. da presente Decisão), esclarecendo que esta tecnologia foi efectivamente considerada.

**3.3.2.4.6 Conclusão: Posição dominante nos mercados grossistas de
circuitos alugados**

355. Assim sendo, as quotas de mercado e a dimensão da empresa líder do mercado, a existência de barreiras à expansão, a inexistência de indícios de concorrência efectiva entre as empresas e a ausência de concorrência potencial, permitem concluir que a PTC assume preponderância face aos seus concorrentes nos mercados grossistas de circuitos alugados, detendo uma posição de força económica que lhe permite evitar uma concorrência efectiva, permitindo-lhe agir, numa medida considerável, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores nestes mercados.

356. Aliás, no que respeita aos segmentos terminais (analógicos e digitais) e também nos segmentos de trânsito analógicos, a PTC é de facto, na prática, o único fornecedor destes serviços.

357. Neste sentido, conclui-se que a PTC detém uma posição dominante nos mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados.

3.3.2.5 Cooperação institucional entre Autoridades

358. Releve-se que, nos termos do art. 61.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Electrónicas), a Autoridade da

¹⁶⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

Concorrência emitiu parecer¹⁷⁰ quanto à definição de mercados relevantes e avaliação do Poder de Mercado Significativo (PMS) efectuadas pelo ICP-ANACOM¹⁷¹ quanto aos:

- i. Mercado retalhista de circuitos alugados;
- ii. Mercado grossista dos segmentos terminais de circuitos alugados; e
- iii. Mercado grossista de segmentos de trânsito de circuitos alugados.

359. Neste parecer, a Autoridade da Concorrência não se opôs à definição dos mercados do produto e geográfico relevantes, nem à avaliação de PMS, considerando que a análise desenvolvida pelo regulador, no que respeita aos mercados retalhista e grossistas de circuitos alugados, era coerente com a aplicação da metodologia do direito da concorrência¹⁷².

360. A definição de mercados relevantes e análises de posição dominante desenvolvidas pela Autoridade da Concorrência nos pontos 3.3.2.1 a 3.3.2.4.6 *inclusive* reflecte a posição adoptada no parecer *supra* identificado.

361. Igualmente consultada, de acordo com o art. 57.º da Lei das Comunicações Electrónicas, a Comissão Europeia aceitou, sem comentários, a análise do regulador¹⁷³.

362. Em 8 de Julho de 2005, após pareceres da Autoridade da Concorrência e da Comissão Europeia, foi publicada pelo regulador sectorial a decisão final sobre os mercados retalhista e grossistas de circuitos alugados¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Cf. ofício AdC com ref.ª n.º OF/1068/2005/DMA/ADC, de 14.04.2005, constante de fls. 0833 a fls. 0835.

¹⁷¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (sentido provável de decisão) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 17.03.2005, constante de fls. 0836 a fls. 0881.

¹⁷² Registe-se que, nos termos das *Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas* (2002/C 165/03), de 11.07.2002, os princípios do Direito da Concorrência presidem à definição e análise de mercados relevantes de comunicações electrónicas pelo regulador sectorial.

¹⁷³ Cf. ofício Comissão Europeia com ref.ª n.º SG-Greffe (2005) D/201792, constante de fls. 0882 a fls. 0884.

¹⁷⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

Este documento incluiu, e incidiu sobre, o período de tempo durante o qual decorre a prática denunciada no presente processo de contra-ordenação, conforme análise *infra*.

3.4 Comportamento da arguida

3.4.1 Importância do serviço grossista de aluguer de circuitos da PTC

363. Conforme referido *supra*, a PTC adquiriu a propriedade da rede básica de telecomunicações em contrato cuja minuta foi aprovada – juntamente com a minuta da alteração do contrato de concessão do serviço público de telecomunicações – pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 147/2002, de 26 de Dezembro¹⁷⁵.
364. Nos termos das Bases de Concessão do serviço público de telecomunicações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro, e do n.º 3 do art. 12.º da Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, os circuitos alugados fazem parte integrante da rede básica de telecomunicações, estando a PTC, face ao carácter essencial deste serviço, sujeita, por força da concessão, à obrigação de disponibilização, em todo o território nacional, de circuitos alugados necessários à prestação de serviços de telecomunicações de uso público.
365. Por outro lado, o serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC nos mercados grossistas de segmentos terminais e de segmentos de trânsito é essencial para a oferta destes serviços no mercado retalhista, bem como para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas pelos operadores concorrentes das empresas do Grupo PT.
366. No que concerne, em particular, aos segmentos terminais de circuitos alugados, reitera-se que os mesmos se encontram ao nível da rede de acesso, caracterizada pela existência de significativos custos afundados (*sunk costs*) e de economias de escala e/ou de gama.
367. Estas características da rede de acesso determinam que a infra-estrutura da PTC seja dificilmente replicável, exigindo elevados e morosos investimentos e constituindo, por isso, uma significativa barreira à entrada e à expansão.
368. Assim, no que concerne aos serviços grossistas de segmentos terminais de circuitos alugados (analógicos e digitais) a PTC é, na prática, o único fornecedor deste serviço com uma quota de mercado de 100%.

¹⁷⁵ Circunstância igualmente prevista no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro.

369. A mesma situação é observada no mercado grossista de segmentos de trânsito analógicos, mercado em que apenas está presente a PTC, com uma quota de 100%.
370. Relativamente ao mercado grossista de segmentos de trânsito digitais, a quota de mercado da PTC é superior 86%.
371. Acresce que, contrariamente à rede da PTC, que abrange todo o território nacional, as redes de transporte dos operadores concorrentes apenas cobrem os grandes centros urbanos e algumas das ligações entre estes.
372. Consequentemente, o serviço grossista de aluguer de circuitos da PTC não tem alternativas efectivas no mercado nacional, ficando os operadores concorrentes dependentes da sua contratação à arguida para a oferta de serviços nos vários mercados retalhistas de comunicações electrónicas, constituindo aquela empresa, na terminologia da jurisprudência comunitária, um *parceiro comercial inevitável*¹⁷⁶.
373. Assim sendo, parte significativa da concorrência nos mercados retalhistas depende das condições definidas pela PTC nos mercados grossistas de circuitos alugados.

3.4.2 Contexto regulatório e antecedentes do tarifário grossista de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004

374. Tratando-se de uma actividade económica, a oferta de circuitos alugados da PTC¹⁷⁷ está sujeita à intervenção da Autoridade da Concorrência¹⁷⁸, nos termos e para os efeitos do art. 14.º da Lei da Concorrência¹⁷⁹.
375. Ressalve-se que, reportando-se o início dos factos a momento anterior¹⁸⁰ à entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do Regulamento

¹⁷⁶ Cf., quanto a este conceito, Acórdão proferido no Processo 85/76 Hoffmann-La Roche/Comissão Europeia; Acórdão proferido no Processo C-95/04 British Airways/Comissão Europeia; e, finalmente, Acórdão proferido no Processo T-2003/01 Michelin/Comissão Europeia.

¹⁷⁷ As ofertas de circuitos alugados da PTC, em vigor por determinados períodos de tempo, integram e definem o conteúdo das relações contratuais através das quais aquela empresa se obriga a proporcionar aos operadores ou prestadores de serviços de comunicações electrónicas, mediante retribuição, o gozo temporário de determinados circuitos da sua rede.

¹⁷⁸ A Lei da Concorrência é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público ou cooperativo nos termos do n.º 1 do art. 1.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

¹⁷⁹ Segundo o qual «O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas».

¹⁸⁰ Cf. *infra* pontos 3.4.3, 4.1.4, 4.1.5, entre outros, relativamente ao momento da prática dos factos.

(CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, os mesmos resultavam já susceptíveis de enquadramento, do ponto de vista do direito da concorrência, a nível nacional no âmbito do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, e a nível comunitário no âmbito do Regulamento (CE) n.º 17/62, do Conselho, de 21 de Fevereiro 1962¹⁸¹.

376. Por outro lado, não obstante o seu enquadramento no âmbito do direito da concorrência, o serviço de aluguer de circuitos está igualmente sujeito à intervenção do regulador sectorial, nos termos sinteticamente expressos nos parágrafos seguintes.
377. Na vigência do anterior quadro regulamentar nacional para as comunicações electrónicas¹⁸², a PTC foi notificada pelo ICP-ANACOM como detentora de PMS nos mercados de circuitos alugados, ficando como tal sujeita a um conjunto de obrigações essenciais¹⁸³, nomeadamente garantir o acesso aberto aos circuitos alugados em condições de igualdade, transparência e não discriminação, disponibilizar e publicitar informações relativas às condições de oferta, observar, nos preços a cobrar e nos descontos a realizar, os princípios fundamentais da orientação para os custos, da transparência e da não discriminação e observar os níveis de qualidade de serviço fixados pelo regulador sectorial.
378. Neste contexto, em 06 de Abril de 2000, o ICP-ANACOM determinou, nos termos do art. 23.º do Regulamento de Exploração de Redes Públicas de Telecomunicações (RERPT), a oferta de um conjunto mínimo de circuitos alugados por parte da empresa concessionária do serviço público de telecomunicações (PTC)¹⁸⁴.

¹⁸¹ Cf. Regulamento n.º 17 do Conselho: Primeiro Regulamento de execução dos art. 85.º e 86.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Jornal Oficial n.º P 013 de 21/02/1962, p. 0204 - 0211; edição especial portuguesa: capítulo 08, fascículo 1, p. 0022).

¹⁸² Que engloba, entre outros, os seguintes diplomas: Regulamento de Exploração de Redes Públicas de Telecomunicações (RERPT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 290-A/99, de 30 de Julho (posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 249/2001, de 21 de Setembro); Bases de Concessão do serviço público de telecomunicações, anexas ao Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro (diploma que revoga o Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro, que aprovara as anteriores Bases da Concessão do Serviço Público de Telecomunicações); Regime de acesso à actividade de Operador de Redes Públicas de Telecomunicações e de Prestadores de Serviços de Telecomunicações de Uso Público, constante do Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro (posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/99, de 23 de Março).

¹⁸³ Cf., por exemplo, o capítulo IV do RERPT.

¹⁸⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM relativa à oferta de um conjunto mínimo de circuitos alugados, de 06.04.2000, constante de fls. 0885 a fls. 0887.

H.

H.
H.
H.

379. Em 27 de Julho de 2000, o regulador sectorial recomendou à PTC a reformulação dos preços dos circuitos CAM (Continente - Açores - Madeira), tendo em consideração o disposto no n.º 1 do art. 28º do RERPT e a necessidade de evitar a formação de barreiras tarifárias ao desenvolvimento da concorrência nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira¹⁸⁵.
380. Posteriormente, por deliberação de 21 de Dezembro de 2000, o ICP-ANACOM decidiu não se opor à implementação do tarifário dos circuitos alugados CAM apresentado pela PTC, com entrada em vigor a 01 de Janeiro de 2001, por este traduzir um movimento de descida de preços que o regulador considerou desejável¹⁸⁶.
381. Em 29 de Novembro de 2001, foi novamente determinado pelo regulador sectorial que a PTC procedesse a uma reformulação da sua oferta de circuitos alugados, até 14 de Dezembro de 2001, à luz dos princípios da transparência, da não discriminação e da orientação para os custos, contemplando, nomeadamente, (i) uma redução global do preço dos circuitos, (ii) a revisão do sistema de descontos em vigor (com vista à sua simplificação e tendo sempre presente a necessária relação entre os descontos atribuídos e as poupanças de custos efectivamente concretizadas, independentemente da sua natureza) e (iii) a dinamização da oferta de circuitos de alta capacidade¹⁸⁷.
382. Na sequência desta deliberação do regulador sectorial, a PTC remeteu ao ICP-ANACOM, em 14 de Dezembro de 2001, uma proposta de tarifário a aplicar aos circuitos digitais de capacidades compreendidas entre os 64 kbps e os 34 Mbps, destinada a vigorar a partir de 01 de Janeiro de 2002.
383. Em 19 de Setembro de 2002, o regulador sectorial deliberou sobre a necessidade de reformulação da proposta de tarifário remetida pela PTC em 14 de Dezembro de 2001, tendo aquela empresa remetido ao regulador

¹⁸⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM relativa aos preços dos circuitos alugados digitais CAM, de 27.07.2000, constante de fls. 0888 a fls. 0889.

¹⁸⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM relativa aos preços dos circuitos alugados digitais CAM, de 21.12.2000, constante de fls. 0888 a fls. 0889.

¹⁸⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão preliminar) relativa à reformulação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 29.11.2001, constante de fls. 0890 a fls. 0891.

sectorial nova proposta de tarifário para os circuitos alugados em 14 de Outubro de 2002¹⁸⁸.

384. Em 07 de Novembro de 2002, em face da análise efectuada à nova proposta de tarifário apresentada pela PTC em 14 de Outubro de 2002, o ICP-ANACOM determinou que a mesma era incompatível com o constante na sua deliberação de 19 de Setembro de 2002, tendo decidido recusar a proposta da PTC¹⁸⁹.
385. Na mesma deliberação, considerando que o tempo decorrido desde o início do processo que visava a reformulação do tarifário permitiu ao regulador sectorial dispor de dados actualizados evidenciando custos, na globalidade, mais reduzidos para este serviço, foi ainda decidido suspender a eficácia da deliberação de 19 de Setembro de 2002 e determinada a reanálise do processo.
386. Assim, em 16 de Dezembro de 2002, a PTC remeteu, na decorrência de solicitação do ICP-ANACOM, uma nova proposta de tarifário para o serviço de aluguer de circuitos, a qual foi revista pelo regulador sectorial, que decidiu, em deliberação de 26 de Dezembro do mesmo ano, e face à informação disponível, não manifestar oposição à entrada em vigor deste tarifário de circuitos alugados apresentado pela PTC¹⁹⁰.
387. O tarifário viria, efectivamente, a vigorar a partir de 01 de Março de 2003, tendo sido praticado pela PTC até 07 de Março de 2004¹⁹¹.
388. Com efeito, em 10 de Fevereiro de 2004, por deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM, na sequência de uma reanálise da

¹⁸⁸ Na deliberação de 19.09.2002, relativa ao processo de aprovação do tarifário em apreço, no ponto «V. Actuação», refere que «a PTC deverá reformular, no prazo de dez dias, a proposta de tarifário de circuitos alugados apresentada em 14/12/01, de acordo com os princípios seguintes e registando as seguintes reduções mínimas nas receitas [equivalentes à definição de preços máximos], líquidas de descontos (segundo a informação sobre descontos corrigida na carta da PTC de 08/05/02 com a ref.ª n.º 019217), face à proposta apresentada e tendo por referência o parque de circuitos existente em Junho de 2001» [sublinhado nosso].

Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reformulação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 19.09.2002, constante de fls. 0892 a fls. 0895.

¹⁸⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 07.11.2002, constante de fls. 0896 a fls. 0897.

¹⁹⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

¹⁹¹ Cf. comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321, e deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

A. H.

adequação do sistema de descontos incorporados naquele tarifário aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado, foi determinada a cessação da sua aplicação e a entrada em vigor, a partir de 08 de Março de 2004, de um novo tarifário¹⁹².

389. Registe-se, assim, que o término da aplicação do tarifário de circuitos alugados da PTC que vigorou desde 01 de Março de 2003 se ficou a dever, em exclusivo, à determinação do regulador sectorial, não tendo a empresa, até àquela pronúncia do ICP-ANACOM, manifestado qualquer intenção de cessar a sua aplicação ou de promover a sua substituição por um novo tarifário.
390. Não obstante, a argulda deu cumprimento cabal à deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004.

3.4.3 Tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004

391. O tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC, aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, foi proposto pela PTC em 16 de Dezembro de 2002.
392. Em de 26 de Dezembro do mesmo ano, considerada a proposta da PTC e em face da informação disponível, o ICP-ANACOM deliberou não se opor à entrada em vigor deste tarifário.
393. O tarifário em causa, definido sob um regime de preços máximos resultante da intervenção do ICP-ANACOM, incorporava a estrutura de descontos relativa aos circuitos com débito até 34 Mbps (também designado por «desconto de facturação» ou «desconto de quantidade») constante da Tabela 1¹⁹³.

¹⁹² Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

¹⁹³ Cf. comunicação PTC com ref.^a n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321, e deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

Tabela 1 – Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Escalão de facturação bruta mensal | % de desconto |
|---|---------------|
| Escalão A: igual ou superior a 19.951.916 € | 32,0% |
| Escalão B: [12.469.947 €; 19.951.916 €[| 26,5% |
| Escalão C: [7.481.968 €; 12.469.947 €[| 21,5% |
| Escalão D: [3.990.383 €; 7.481.968 €[| 17,0% |
| Escalão E: [1.995.192 €; 3.990.383 €[| 13,0% |
| Escalão F: [748.197 €; 1.995.192 €[| 9,5% |
| Escalão G: [249.399 €; 748.197 €[| 6,5% |
| Escalão H: [99.760 €; 249.399 €[| 4,0% |

Fonte: comunicação PTC com ref.^a n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

394. Neste tarifário, para efeitos do cálculo da percentagem (ou taxa) de desconto de facturação eram considerados 2 tipos de facturação: (i) a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps e (ii) a facturação dos circuitos de alto débito, também designados circuitos SDH ou circuitos com débito de 45 Mbps, 155 Mbps, 622 Mbps e 2,5 Gbps.
395. No entanto, a percentagem de desconto apurada nestes termos, apenas incidia sobre a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps¹⁹⁴, e não sobre a totalidade da facturação.
396. Neste tarifário a PTC oferecia igualmente um desconto de 10% sobre os circuitos de tecnologia SDH (alto débito).
397. Este desconto era aplicável a clientes cujo volume de facturação anual derivada deste tipo de circuitos ultrapassasse 25 milhões de Euros¹⁹⁵.
398. Para além dos descontos descritos *supra*, era ainda aplicável um prémio de permanência, nos termos descritos na Tabela 2.

¹⁹⁴ Cf. comunicação PTC com ref.^a n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321, e deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

¹⁹⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585, assim como as comunicações PTC com ref.^a n.º 0501200435, de 07.03.2005, e ref.^a n.º 0501200543, de 12.04.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321 e de fls. 0328 a fls. 0409.

A.H.

Tabela 2 – Prémio de permanência (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação | % de desconto |
|--|---------------|
| 1.º ANO | 2,0% |
| 2.º ANO | 4,0% |
| 3.º ANO | 6,0% |
| 4.º ANO | 8,0% |
| 5.º ANO | 10,0% |

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

399. O prémio de permanência traduzia-se num crédito sobre a facturação anual do circuito (líquida de desconto de facturação), a atribuir, circuito a circuito, nos 12 meses do ano seguinte a que respeita, no pressuposto de que o circuito permanecia instalado e inalterado nesse período.
400. Complementarmente, 3 meses após a entrada em vigor deste tarifário, a PTC passou também a aplicar condições comerciais especiais para um determinado tipo de operadores de comunicações electrónicas.
401. Tratava-se da «solução de transporte de capacidade», desenhada em Junho de 2003, destinada essencialmente a operadores com redes de grande capilaridade nacional e com necessidades de débitos elevados na mesma rota¹⁹⁶.
402. As condições desta «solução de transporte de capacidade», sujeitas a um conjunto de compromissos contratuais, caracterizavam-se (i) pela aplicação de um tarifário por rotas e zonas geográficas, (ii) pela aplicação de descontos de agregação de débito (que podiam atingir 50% para ligações numa mesma rota) e (iii) pela aplicação de prémios (que podiam atingir 30%, atribuídos por ligação e em função do número de anos)¹⁹⁷.
403. Dadas as suas características, esta solução aplicava-se essencialmente a operadores de redes de comunicações móveis.

¹⁹⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585, assim como comunicações PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, e ref.ª n.º 0501200543, de 12.04.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321 e de fls. 0328 a fls. 0409.

¹⁹⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585, assim como comunicações PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, e ref.ª n.º 0501200543, de 12.04.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321 e de fls. 0328 a fls. 0409.

3.4.4 Tarifário do serviço de circuitos alugados anterior ao que vigorou entre 01.03.2003 e 07.03.2004

404. Com a entrada em vigor do tarifário aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, cessou a aplicação do tarifário que o antecedeu, caracterizado por uma estrutura de descontos com poucas semelhanças com a do tarifário objecto de denúncia.
405. Com efeito, no sistema tarifário anterior, os descontos de quantidade/facturação eram concedidos ao abrigo de contratos rede, nomeadamente contratos de «rede com configuração estável» e contratos de «rede normal», com um determinado prazo contratual associado¹⁹⁸.
406. Relativamente ao contrato de rede com configuração estável, aplicavam-se três tipos de descontos, designadamente (i) desconto de configuração estável, (ii) desconto de digitalização e (iii) *rappel* anual.
407. No que respeita ao desconto de configuração estável, este aplicava-se a redes de circuitos abrangidos por um contrato de rede com configuração estável, com um prazo contratual de 2, 3, 4 ou 5 anos e com um volume de facturação trimestral compreendido num dos escalões constantes da Tabela 3.

Tabela 3 – Desconto de configuração estável (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Escalões de facturação trimestral (s/ IVA) | | Prazo contratual | | | |
|--|---------------------------------|------------------|--------|--------|--------|
| | | 2 anos | 3 anos | 4 anos | 5 anos |
| A3 | igual ou superior a 2.493.989 € | 16% | 18% | 21% | 25% |
| A2 | [1.246.995 €; 2.493.989 €[| 15% | 17% | 20% | 24% |
| A1 | [426.323 €; 1.246.995 €[| 13% | 16% | 19% | 23% |
| B | [127.892 €; 426.323€[| 11% | 14% | 17% | 21% |
| C | [95.919 €; 127.892 €[| 10% | 13% | 16% | 20% |
| D | [63.946 €; 95.919 €[| 8% | 11% | 14% | 18% |
| E | [31.973 €; 63.946 €[| 6% | 9% | 12% | 16% |
| F | [12.769 €; 31.973 €[| 5% | 8% | 11% | 15% |

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

408. Quanto ao desconto de digitalização, o mesmo correspondia a 7,5% a adicionar ao desconto de configuração estável, desde que estivessem reunidas simultaneamente as seguintes condições: (i) o volume de facturação trimestral pertencesse ao escalão máximo definido para o

¹⁹⁸ Cf. comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321.

At.

[Handwritten signature]

desconto de configuração estável; e (ii) o valor da facturação dos circuitos de débito igual ou superior a 2 Mbps correspondesse no mínimo a 95% do volume total de facturação.

- 409. O *rappel* anual traduzia-se num desconto de 5% a adicionar ao desconto de configuração estável e ao desconto de digitalização, quando aplicável, se o volume de facturação trimestral pertencesse ao escalão máximo definido para o desconto de configuração estável. Este *rappel* era atribuído mensal ou anualmente, em função do que estivesse definido em termos contratuais.
- 410. Caso o cliente optasse pelo contrato de rede normal, o desconto aplicava-se a redes de circuitos com um prazo contratual de 2, 3, 4 ou 5 anos.
- 411. Neste caso, o desconto variava em função do volume de facturação trimestral, do prazo contratual estabelecido e do respectivo ano de vigência do contrato, conforme apresentado na Tabela 4.

Tabela 4 - Desconto de rede normal (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Escalões de facturação trimestral (s/ IVA) | | Prazo contratual | | | | | | | | | | | | | | |
|--|---------------------------------|------------------|-----|--------|-----|-----|--------|-----|-----|-----|--------|-----|-----|-----|-----|--|
| | | 2 anos | | 3 anos | | | 4 anos | | | | 5 anos | | | | | |
| | | 1.º | 2.º | 1.º | 2.º | 3.º | 1.º | 2.º | 3.º | 4.º | 1.º | 2.º | 3.º | 4.º | 5.º | |
| A3 | igual ou superior a 2.493.989 € | 12% | 15% | 13% | 15% | 17% | 15% | 16% | 18% | 20% | 16% | 18% | 20% | 22% | 24% | |
| A2 | [1.246.995 €; 2.493.989 €[| 11% | 14% | 12% | 14% | 16% | 14% | 15% | 17% | 19% | 15% | 17% | 19% | 21% | 23% | |
| A1 | [426.323 €; 1.246.995 €[| 10% | 12% | 11% | 13% | 15% | 12% | 14% | 16% | 18% | 14% | 16% | 18% | 20% | 22% | |
| B | [127.892 €; 426.323€[| 8% | 10% | 9% | 11% | 13% | 10% | 12% | 14% | 16% | 12% | 14% | 16% | 18% | 20% | |
| C | [95.919 €; 127.892 €[| 7% | 9% | 8% | 10% | 12% | 9% | 11% | 13% | 15% | 11% | 13% | 15% | 17% | 19% | |
| D | [63.946 €; 95.919 €[| 5% | 7% | 6% | 8% | 10% | 7% | 9% | 11% | 13% | 9% | 11% | 13% | 15% | 17% | |
| E | [31.973 €; 63.946 €[| 3% | 5% | 4% | 6% | 8% | 5% | 7% | 9% | 11% | 7% | 9% | 11% | 13% | 15% | |
| F | [12.769 €; 31.973 €[| 2% | 4% | 3% | 5% | 7% | 4% | 6% | 8% | 10% | 6% | 8% | 10% | 12% | 14% | |

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

- 412. No sistema tarifário em vigor antes de 01 de Março de 2003 existiam ainda outros tipos de desconto que não estavam relacionados com o volume de facturação do serviço de aluguer de circuitos, mas antes com a estrutura do parque de circuitos alugados, sendo atribuídos anteriormente à aplicação dos descontos previstos no respectivo contrato.

A.

413. Estes descontos eram designados por desconto de agregação de débito/capacidade, desconto de agregação de banda e desconto de revendedor.
414. O desconto de agregação de débito/capacidade traduzia-se na agregação dos circuitos em capacidades superiores, na ligação entre o nó do operador e a respectiva central local da PTC, onde se efectuava a multiplexagem (concentração), numa óptica de venda de capacidade nesses prolongamentos locais.
415. Os preços mensais aplicados aos prolongamentos locais resultantes da agregação efectuada entre o nó do operador e a central da PTC, bem como os preços aplicados sem essa agregação, constam da Tabela 5.

Tabela 5 – Desconto mensal de agregação de débito/capacidade (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Débitos | Preço mensal dos PL c/ agregação de débito | Preço mensal dos PL s/ agregação de débito |
|-----------|---|---|
| 64 Kbps | 57,86 € | 57,86 € |
| 128 Kbps | 122,70 € | 122,70 € |
| 192 Kbps | 163,61 € | 163,61 € |
| 256 Kbps | 174,83 € | 195,53 € |
| 384 Kbps | 200,27 € | 217,48 € |
| 512 Kbps | 200,27 € | 244,41 € |
| 768 Kbps | 232,44 € | 262,50 € |
| 1024 Kbps | 232,44 € | 278,14 € |
| 1536 Kbps | 232,44 € | 293,29 € |
| 2 Mbps | 251,79 € | 310,89 € |
| 34 Mbps | 2.331,68 € | 2.331,68 € |
| 140 Mbps | 2.129,70 € | 5.129,70 € |

PL: Prolongamentos locais; IVA excluído.

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

416. O desconto de agregação de banda aplicava-se sobre a mensalidade dos circuitos a 2 Mbps que ligassem dois pontos terminais comuns, variando entre 10% e 37,5% consoante o número de circuitos a 2 Mbps entre os mesmos pontos terminais comuns.
417. Este desconto não era cumulativo com o de agregação de débito/capacidade.
418. Os coeficientes de desconto podem ser observados na Tabela 6.

Tabela 6 – Desconto de agregação de banda (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| N.º circuitos a 2 Mbps | Débito agregado equivalente | Coefficiente técnico em relação aos 2 Mbps | Coefficiente aplicável ao preço de 2 Mbps | % de desconto equivalente |
|------------------------|-----------------------------|--|---|---------------------------|
| 2 | 4 Mbps | 2 x 2 Mbps | 1,8 x 2 Mbps | 10,00% |
| 3 | 6 Mbps | 3 x 2 Mbps | 2,5 x 2 Mbps | 16,67% |
| 4 | 8 Mbps | 4 x 2 Mbps | 3,2 x 2 Mbps | 20,00% |
| 5 | 10 Mbps | 5 x 2 Mbps | 3,8 x 2 Mbps | 24,00% |
| 6 | 12 Mbps | 6 x 2 Mbps | 4,4 x 2 Mbps | 26,67% |
| 7 | 14 Mbps | 7 x 2 Mbps | 4,9 x 2 Mbps | 30,00% |
| 8 | 16 Mbps | 8 x 2 Mbps | 5,5 x 2 Mbps | 31,25% |
| 9 | 18 Mbps | 9 x 2 Mbps | 6,0 x 2 Mbps | 33,33% |
| 10 | 20 Mbps | 10 x 2 Mbps | 6,5 x 2 Mbps | 35,00% |
| 11 | 22 Mbps | 11 x 2 Mbps | 7,0 x 2 Mbps | 36,36% |
| 12 | 24 Mbps | 12 x 2 Mbps | 7,5 x 2 Mbps | 37,50% |
| >12 | >24 Mbps | > 12 x 2 Mbps | O resultante da aplicação do desconto de 37,50% | 37,50% |

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

419. Por último, a PTC oferecia ainda o desconto de revendedor, que correspondia à aplicação de 10% sobre a mensalidade dos circuitos de acesso entre os clientes finais e os nós dos operadores, líquida do desconto de agregação de banda.
420. Este desconto não era cumulativo com o de agregação de débito/capacidade.
421. Segundo a arguida, o tarifário anterior ao que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 foi alterado pelo facto de, entre outras razões, ser «extremamente complexo» e a sua aplicação «consumidora de recursos [humanos], em particular por não ser possível desenvolver uma aplicação informática que [...] permitisse a facturação automática dos circuitos alugados», tendo esta que ser «feita manualmente»¹⁹⁹.
422. A empresa argumentou ainda as vantagens inerentes à aplicação de um novo tarifário, com um novo regime de descontos, e designadamente: (i) a simplificação da estrutura de descontos existentes e o aumento da sua transparência; (ii) a redução da percentagem média de desconto (permitindo «fazer uma transferência proporcional de benefícios», evitando que clientes com menores volumes de contratação usufríssem dos mesmos

¹⁹⁹ Cf. comunicações PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, e n.º 0501200543, de 05.12.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321 e de fls. 0419 a fls. 0447.

benefícios que os clientes com volumes significativamente superiores); e (iii) o reflexo nos clientes dos ganhos de eficiência derivados da aquisição de maiores quantidades (embora sem que, neste caso, explicitasse de qualquer modo quais fossem esses ganhos)²⁰⁰.

3.4.5 Tarifário do serviço de circuitos alugados posterior ao que vigorou entre 01.03.2003 e 07.03.2004

423. Com a deliberação do ICP-ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004, que determinou a cessação do tarifário de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, passou a aplicar-se um novo tarifário, com efeitos a partir de 08 de Março de 2004.
424. No que respeita, em particular, às condições de desconto, a estrutura imposta pelo regulador sectorial consta da Tabela 7²⁰¹.

Tabela 7 – Desconto mensal de facturação (tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Escalão de facturação bruta mensal | % de desconto |
|--|---------------|
| Escalão A: igual ou superior a 1.000.000 € | 26,0% |
| Escalão B: [500.000 €; 1.000.000 €[| 20,0% |
| Escalão C: [100.000 €; 500.000 €[| 13,0% |

Fonte: deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004 (fls. 0579 a fls. 0585).

425. Registe-se, em primeiro lugar, que de acordo com a deliberação do ICP-ANACOM, na determinação da percentagem de desconto de facturação aplicável, a PTC deveria manter a prática do tarifário em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 Março de 2004, ou seja, considerar o valor de facturação da totalidade dos circuitos contratados por um operador ou prestador (circuitos com débito até 34 Mbps e circuitos de alto débito).
426. A percentagem de desconto deveria, no entanto, contrariamente ao que acontecia no tarifário anterior, incidir sobre a facturação da totalidade dos

²⁰⁰ Cf. comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321. Reconhecendo algumas destas vantagens, cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

²⁰¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

H.

m
A
w

circuitos contratados por um operador ou prestador de serviços (e não apenas sobre a facturação dos circuitos com débito até 34 Mbps).

427. De salientar que o prémio de permanência não sofreu qualquer alteração com tarifário posterior ao aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, continuando a traduzir-se num crédito sobre a facturação anual do circuito (líquida de desconto de facturação), a atribuir, circuito a circuito, nos 12 meses do ano seguinte a que respeita, no pressuposto de que o circuito permanecia instalado e inalterado nesse período (cf. Tabela 8).

Tabela 8 – Prémio de permanência (tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Facturação anual do circuito líquida de desconto de facturação | % de desconto |
|--|---------------|
| 1.º ANO | 2,0% |
| 2.º ANO | 4,0% |
| 3.º ANO | 6,0% |
| 4.º ANO | 8,0% |
| 5.º ANO | 10,0% |

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

3.4.6 Análise e resultados

428. No contexto da análise concorrencial foram colocadas e analisadas essencialmente duas questões relativamente ao tarifário de circuitos alugados da PTC aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
429. Por um lado, embora se verifique que os descontos de quantidade são uma prática corrente na União Europeia, é possível que os descontos disponibilizados pela PTC no tarifário aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, não resultando justificados, fossem susceptíveis de discriminar positivamente as empresas retalhistas do Grupo PT em detrimento dos operadores alternativos, com efeitos em diversos mercados de comunicações electrónicas.
430. Por outro lado, verificando-se a inexistência de justificação económica para a prática de descontos específicos (designadamente, da «solução de transporte de capacidade»), estes seriam igualmente susceptíveis de

configurar práticas discriminatórias para efeitos de aplicação do direito da concorrência.

431. Não obstante, quanto a estes últimos, verificou-se que a PTC ofereceu a todos os operadores de redes de comunicações móveis – exactamente os que constituíam o leque de operadores elegíveis para estes efeitos – a possibilidade de contratarem a «solução de transporte de capacidade», ficando assim em condições de, à partida, afastar eventuais indícios de existência discriminação nesta matéria²⁰².
432. Dos operadores de redes de comunicações móveis, apenas a Vodafone contratou com a PTC esta «solução» (em Setembro de 2003, com efeitos reportados a Março de 2003); a TMN encetou negociações nesse sentido; e a Optimus informou não estar interessada em contratá-la²⁰³.
433. Assim sendo, a Autoridade da Concorrência fez incidir a sua análise essencialmente sobre a primeira das questões suscitadas, isto é, sobre o regime dos descontos de facturação constante do tarifário de circuitos alugados da PTC aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
434. Neste sentido, a Autoridade da Concorrência solicitou à PTC o envio de informação relativa a este tarifário, assim como informação relacionada com as condições aplicáveis no tarifário imediatamente anterior e no tarifário imediatamente posterior²⁰⁴.
435. A PTC remeteu a informação requerida através das comunicações com ref.^a n.º 0501200435, de 07 de Março de 2005, ref.^a n.º 0501200543, de 12 de Abril de 2005, e ref.^a n.º 0501200543, de 05 de Dezembro de 2005²⁰⁵.

²⁰² Não obstante, cf. a pronúncia do regulador sectorial sobre esta questão na deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585, na qual se determina a cessação de qualquer desconto para além dos descontos de facturação e dos prémios de permanência.

²⁰³ Cf. comunicações PTC com ref.^a n.º 0501200435, de 07.03.2005, e ref.^a n.º 0501200543, de 12.04.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321 e de fls. 0328 a fls. 0409.

²⁰⁴ Cf. Ofícios AdC com ref.^a n.º OF/2696/2004/DMA/ADC, de 31.01.2005, OF/809/2005/DMA/ADC, de 18.03.2005, e S-AdC-OF/1454/2005/DMA, de 19.10.2005, respectivamente de fls. 0181 a fls. 0182, de fls. 0323 a fls. 0325 e de fls. 0411 a fls. 0416.

²⁰⁵ Cf. comunicações PTC com ref.^a n.º 0501200435, de 07.03.2005, ref.^a n.º 0501200543, de 12.04.2005, e ref.^a n.º 0501200543, de 05.12.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321, de fls. 0328 a fls. 0409 e de fls. 0419 a fls. 0447.

Af.

hr
P
hr

436. Com o objectivo de garantir a comparabilidade da informação remetida, os dados disponibilizados pela PTC para o tarifário em análise respeitam ao período entre 01 de Março de 2003 e 29 de Fevereiro de 2004. Para o tarifário anterior, os dados referem-se ao período entre 01 de Março de 2002 e 28 de Fevereiro de 2003.
437. Adicionalmente, em 12 de Dezembro de 2006, foi igualmente solicitada à denunciante (ONI) informação e documentação relativas aos efeitos da alegada prática na oferta de serviços de comunicações electrónicas pela empresa, nos vários mercados que utilizam os circuitos alugados, bem como uma quantificação da importância relativa do serviço de aluguer de circuitos na prestação de serviços de comunicações electrónicas, incluindo, designadamente, a proporção do custo do aluguer de circuitos no custo total de cada um dos serviços prestados²⁰⁶.
438. A ONI respondeu ao pedido de elementos da Autoridade da Concorrência através de comunicação com ref. 019/CA, datada de 26 de Janeiro de 2007²⁰⁷.
439. Na sequência da análise da informação disponibilizada pela PTC e pela ONI através das comunicações de resposta à Autoridade da Concorrência e, em particular, da comunicação PTC com ref.^a n.º 0501200543, de 05 de Dezembro de 2005²⁰⁸ – que vem precisar, completar e esclarecer os dados fornecidos nas comunicações anteriores –, e considerando ainda, exaustiva e devidamente, a defesa escrita apresentada pela arguida²⁰⁹, foi possível verificar o descrito nos pontos seguintes, em resultado da entrada em vigor (e conseqüente vigência) do tarifário de circuitos alugados aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
440. De salientar que as conclusões da Autoridade da Concorrência relativamente ao tarifário de circuitos alugados em apreço resultam do conjunto dos factores analisados nos pontos seguintes e não apenas de cada um destes isoladamente considerado.

²⁰⁶ Cf. Ofício AdC com ref.^a n.º OF/4559/2006/DMA, de 12.12.2006, de fls. 0449 a fls. 0450.

²⁰⁷ Cf. comunicação ONI com ref.^a n.º 019/CA, de 26.01.2007, a fls. 0453 a fls. 0461.

²⁰⁸ Cf. comunicação PTC com ref.^a n.º 0501200543, de 05.12.2005, de fls. 0419 a fls. 0447.

²⁰⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

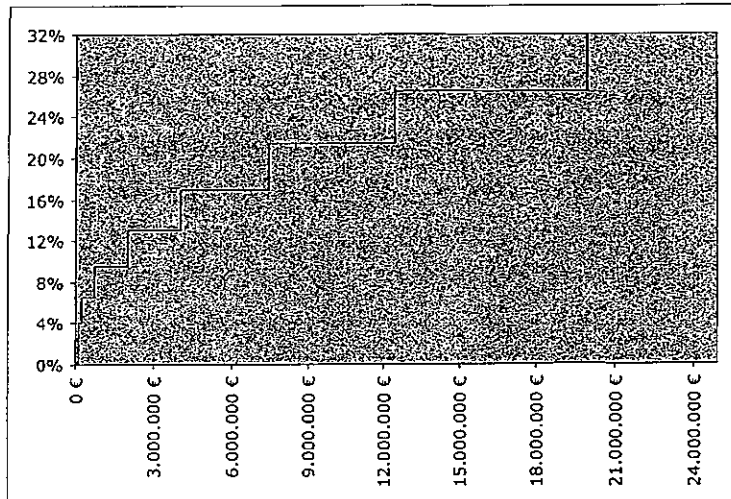
3.4.6.1 Não linearidade dos escalões de desconto

441. No regime de descontos subjacente ao tarifário em análise (cf. Tabela 1, p. 85 da presente Decisão), verifica-se que a taxa de desconto mensal relativa aos circuitos com débito até 34 Mbps variava em função da facturação, correspondendo taxas de desconto mais elevadas a volumes de facturação mais elevados. Assim:

- i. para uma facturação inferior a 99.760 Euros não era aplicável qualquer desconto;
- ii. para uma facturação entre os 99.760 Euros e os 249.398 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 4,0% (Escalação H);
- iii. para uma facturação entre os 249.399 Euros e os 748.196 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 6,5% (Escalação G);
- iv. para uma facturação entre os 748.197 Euros e os 1.995.191 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 9,5% (Escalação F);
- v. para uma facturação entre os 1.995.192 Euros e os 3.990.382 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 13,0% (Escalação E);
- vi. para uma facturação entre os 3.990.383 Euros e os 7.481.967 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 17,0% (Escalação D);
- vii. para uma facturação entre os 7.481.968 Euros e os 12.469.946 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 21,5% (Escalação C);
- viii. para uma facturação entre os 12.469.947 Euros e os 19.951.915 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 26,5% (Escalação B);
- ix. para uma facturação superior a 19.951.916 Euros, aplicava-se uma taxa de desconto de 32,0% (Escalação A).

442. No Gráfico 1, pode, então, observar-se a evolução da taxa de desconto mensal relativa aos circuitos com débito até 34 Mbps em função do aumento de facturação.

Gráfico 1 – Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



Fonte: AdC, com base na comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

443. Verifica-se, da observação do gráfico *supra*, que os descontos evoluem de forma não linear (em escada), isto é, por degraus sucessivamente maiores.
444. Desta forma, por exemplo, enquanto que os clientes com uma facturação inferior a 99.760 Euros não auferiam de qualquer desconto, a mesma facturação, para os clientes com facturações entre 99.760 Euros e os 249.398 Euros (Escalaõ H), bastando para tal que o cliente despendesse apenas mais 1 Euro no serviço de aluguer de circuitos, seria objecto de uma taxa de desconto de 4,0% (relativamente a toda a facturação).
445. Algo semelhante acontece para os restantes escalões de desconto. Ou seja, por exemplo, para uma facturação entre os 99.760 Euros e os 249.398 Euros (Escalaõ H), o desconto aplicável correspondia a 4,0%. No entanto, aos clientes que estivessem no escalaõ seguinte, relativo a facturações entre os 249.399 Euros e os 748.196 Euros (Escalaõ G), bastando para tal que o cliente despendesse apenas mais 1 Euro no serviço de aluguer de circuitos, applicava-se uma taxa de desconto de 6,5% à totalidade da facturação, incluindo a facturação até 249.398 Euros (limite superior do escalaõ imediatamente anterior).
446. Ou seja, de acordo com o sistema de descontos da arguida, ao mesmo volume de facturação são applicáveis diferentes taxas de desconto, consoante

o cliente esteja num escalão de desconto superior ou inferior, o que traduz o tratamento desigual de prestações equivalentes.

447. Por outro lado, sendo certo que, de acordo com a teoria económica, a indústria das comunicações electrónicas se caracteriza pela existência de economias de escala, as poupanças de custo obtidas resultam da totalidade da capacidade instalada e não da capacidade instalada para dar resposta a uma solicitação de um determinado cliente individualmente considerado.
448. Assim, a existência de economias de escala não pode justificar o desenho do sistema de descontos em apreço.
449. No mesmo sentido aponta a argumentação desenvolvida pela Autoridade da Concorrência a este propósito nos §651 e ss. da presente Decisão.
450. Por outro lado, a não linearidade do sistema de descontos em apreço é igualmente evidenciada pela análise da facturação líquida mensal associada a cada escalão de desconto, nos termos descritos no §473 da presente Decisão.
451. Em 16 de Dezembro de 2002, quando remeteu ao ICP-ANACOM a sua proposta de tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos, e posteriormente, durante todo o período em que este vigorou, a PTC conhecia o funcionamento do sistema de descontos nos termos descritos.

3.4.6.1.1 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência

452. No que concerne à análise relativa à não linearidade dos escalões de desconto, entende a arguida que «a Autoridade da Concorrência não demonstra qualquer preocupação em esclarecer efectivamente o que entende por uma evolução linear da taxa de desconto e, em concreto, como deveria o Tarifário de Março de 2003 ser linear» (cf. §97 da defesa escrita²¹⁰).
453. Considera também a arguida que «não sendo os descontos de quantidade em si mesmos censuráveis, é óbvio que um sistema de escalões, qualquer que seja, pressupõe uma classificação dos clientes segundo patamares de facturação a que correspondem descontos diferentes» e que «[n]isso se

²¹⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

traduz aliás o incentivo inerente ao desconto de quantidade» (cf. §100 e §101 da defesa escrita²¹¹).

454. De acordo com a arguida a «única forma de obviar a esse efeito é aplicar um só desconto ou, em alternativa, duplicar ou triplicar o número de escalões encurtando ao mesmo tempo o diferencial entre o escalão e o desconto mínimo e o escalão e o desconto máximo, ou ainda, aplicar uma função contínua que, em função do volume de facturação, permitisse obter a percentagem de desconto ou o valor absoluto do desconto», o que «iria tornar complexo o regime de descontos, contrariando a determinação do Regulador em 2001» (cf. §102 e §103 da defesa escrita²¹²).
455. A arguida reconhece no §104 da sua defesa escrita²¹³ que «[n]ão deixa em todo o caso de ser verdade que clientes situados em dois escalões contíguos não estão em condições equivalentes e que se é caricaturalmente injusta a situação de dois clientes que se encontram no topo do escalão inferior e no início do escalão seguinte separados por 1 euro de facturação, também o é igualmente a situação de dois clientes que se encontram no início e no topo do mesmo escalão, ou no início de determinado escalão e no topo do escalão seguinte».
456. Segundo a arguida «é evidente que um cliente que atinge o escalão G tem um desconto maior sobre a facturação do escalão H do que o cliente que apenas atinge este escalão», embora considere que a «discriminação não é contudo material, já que pode ser contornada através de um sistema de escalões "lineares" mais elevados. É uma pura questão de cálculo, nada mais, não parecendo que releve sob qualquer perspectiva para a determinação da existência ou não de uma discriminação» (cf. §107 e §108 da defesa escrita²¹⁴).
457. Relativamente a esta matéria, cumpre esclarecer, em primeiro lugar, que por uma evolução não linear dos descontos, a Autoridade da Concorrência entende que o sistema de descontos evoluiu em escada (correspondendo os degraus aos vários escalões de desconto), com degraus sucessivamente maiores, como aliás resulta da leitura do ponto 2.4.5.2 da NI.

²¹¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²¹² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²¹³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

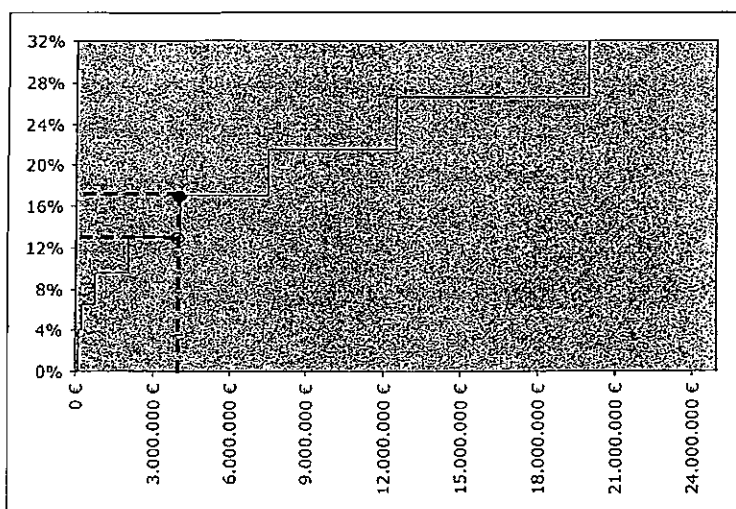
²¹⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

458. Naturalmente, a Autoridade da Concorrência admite que uma empresa em posição dominante (como é o caso da arguida) possa conceder aos seus clientes descontos de quantidade, que sejam função do volume de compras efectuado, tal como consta do §407 da NI.
459. Neste sentido, faz parte da própria essência de um sistema de descontos de quantidade que os maiores compradores de um produto ou serviço beneficiem de preços médios unitários menores ou, de outra forma, de taxas médias de desconto superiores aos adquirentes menos importantes desse produto ou serviço, não se podendo daí inferir que um sistema de descontos seja discriminatório (cf. §410 da NI).
460. Não sendo o desenho em escada que confere o carácter discriminatório a um sistema de descontos, o que se verifica para o sistema de descontos em apreço é que este aplicava condições desiguais a prestações equivalentes, tal como reconheceu a própria arguida no §104 da sua defesa escrita²¹⁵.
461. Ou seja, de acordo com o sistema de descontos da arguida, ao mesmo volume de facturação eram aplicáveis diferentes taxas de desconto, consoante o cliente estivesse num escalão de desconto superior ou inferior.
462. Por exemplo, enquanto que os clientes com uma facturação inferior a 99.760 Euros não auferiam de qualquer desconto, a mesma facturação, para os clientes com facturações entre 99.760 Euros e 249.398 Euros (bastando para tal que o cliente despendesse apenas mais 1 Euro no aluguer de circuitos) seria objecto de uma taxa de desconto de 4.0% (em relação à totalidade da facturação) (cf. §253 da NI).
463. Para os restantes escalões de desconto verificavam-se situações semelhantes (cf. §254 da NI).
464. Graficamente, esta situação de tratamento desigual de prestações equivalentes pode ser observada no Gráfico 2, em que a mesma facturação assinalada a tracejado no eixo das abcissas (eixo horizontal) seria objecto de duas taxas de desconto diferenciadas (13% ou 17%) no eixo das ordenadas (eixo vertical), dependendo do escalão de desconto (escalão E ou

²¹⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

escalação D) a que o cliente pertencesse em função do seu volume total de facturação.

Gráfico 2 – Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps: tratamento desigual de prestações equivalentes (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



Fonte: AdC, com base na comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

465. No entanto, o tratamento desigual de situações equivalentes não é forçoso, não sendo necessário para o evitar, como avança a arguida, «aplicar um só desconto ou, em alternativa, duplicar ou triplicar o número de escalões encurtando ao mesmo tempo o diferencial entre o escalão e o desconto mínimo e o escalão e o desconto máximo, ou ainda, aplicar uma função contínua», tornando o sistema demasiado «complexo» (cf. §102 e §103 da defesa escrita²¹⁶).
466. É que, por exemplo, mesmo que o sistema de descontos evolua em escada, se as taxas de desconto forem aplicadas de forma incremental, deixarão de se aplicar condições desiguais a prestações equivalentes.
467. Ou seja, a incrementalidade permitiria aplicar exactamente a mesma taxa de desconto às quantidades contidas em cada escalão, independentemente da dimensão total (da facturação) do cliente, não deixando contudo os clientes mais importantes de beneficiar de taxas médias de desconto superiores (ou preços médios unitários menores) aos adquirentes menos importantes desse produto ou serviço.

²¹⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

468. Neste sentido, por exemplo, se a quantidade contratada por um determinado cliente ultrapassar o limite máximo do primeiro escalão, mas não exceder o segundo, à quantidade contida no primeiro escalão aplicar-se-á a taxa de desconto que lhe é subjacente (mais reduzida) e à diferença (ao incremento) entre a quantidade total e o limite máximo do primeiro escalão aplicar-se-á a taxa de desconto referente ao segundo escalão (mais elevada).
469. A taxa média de desconto auferida por este cliente (cuja facturação total o coloca no segundo escalão) será sempre superior à de um cliente de menor importância que apenas atinge o primeiro escalão, na medida em que, para a quantidade contida no primeiro escalão, beneficia da taxa de desconto lhe está subjacente e ao incremento aplica-se a taxa de desconto do segundo escalão.
470. Contudo, à facturação de cada um destes clientes que esteja contida no primeiro escalão é aplicável exactamente a mesma taxa de desconto, sendo, como tal, afastado o tratamento desigual de prestações equivalentes.
471. Da mesma forma, para as quantidades totais que alcancem escalões de desconto superiores ao segundo escalão, a taxas inerentes a cada escalão serlam sempre aplicáveis apenas aos incrementos de quantidade do escalão anterior para o escalão posterior, beneficiando naturalmente os maiores clientes de taxas médias de desconto mais elevadas.
472. Acresce que a aplicação das taxas de desconto apenas ao incremento permitiria igualmente obviar o tratamento desigual das prestações equivalentes identificadas pela arguida no §104 da sua defesa escrita²¹⁷, ou seja, «a situação de dois clientes que se encontram no início e no topo do mesmo escalão, ou no início de terminado escalão e no topo do escalão seguinte», uma vez que, conforme demonstrado *supra*, as taxas médias de desconto variam em função das quantidades adquiridas.
473. Por outro lado, a não linearidade do sistema de descontos em apreço é igualmente evidenciada pela análise da facturação líquida mensal associada a cada escalão de desconto (resultante da aplicação da percentagem de desconto aos valores da facturação bruta mensal em cada escalão).

²¹⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

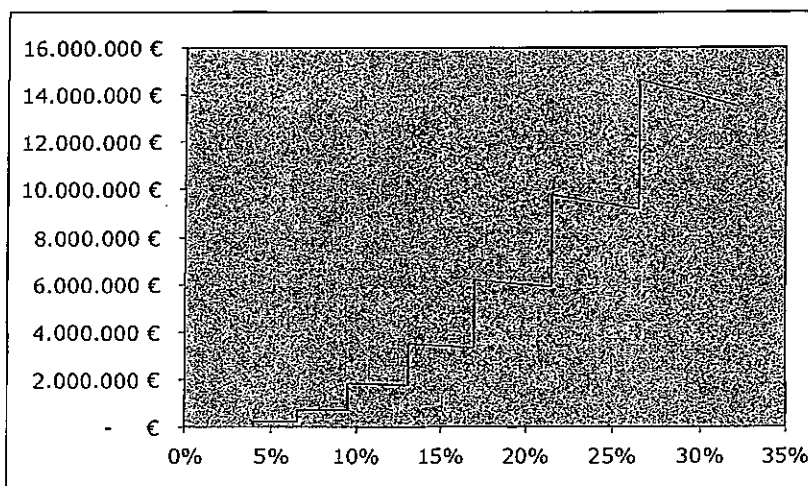
474. De acordo com a Tabela 9 e com o Gráfico 3, verifica-se que a facturação líquida mensal em cada escalão de desconto exhibe descontinuidades, ou seja, quando se passa de um determinado escalão de desconto para o escalão de desconto imediatamente superior a facturação líquida diminui.

Tabela 9 – Facturação líquida mensal (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

| Escalão de facturação bruta mensal | % de desconto | Facturação líquida mensal |
|---|---------------|-----------------------------|
| Escalão A: igual ou superior a 19.951.916 € | 32,0% | [13.567.303 €; +∞[|
| Escalão B: [12.469.947 €; 19.951.916 €[| 26,5% | [9.165.411 €; 14.664.658 €[|
| Escalão C: [7.481.968 €; 12.469.947 €[| 21,5% | [5.873.345 €; 9.788.908 €[|
| Escalão D: [3.990.383 €; 7.481.968 €[| 17,0% | [3.312.018 €; 6.210.033 €[|
| Escalão E: [1.995.192 €; 3.990.383 €[| 13,0% | [1.735.817 €; 3.471.632 €[|
| Escalão F: [748.197 €; 1.995.192 €[| 9,5% | [677.118 €; 1.805.648 €[|
| Escalão G: [249.399 €; 748.197 €[| 6,5% | [233.188 €; 699.563 €[|
| Escalão H: [99.760 €; 249.399 €[| 4,0% | [95.770 €; 239.422 €[|

Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

Gráfico 3 – Facturação líquida mensal (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



Fonte: comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

475. Assim, a título de exemplo e de acordo com os mesmos Tabela 9 e Gráfico 3, quando se passa do Escalão C para o Escalão B de desconto, observa-se que a facturação líquida se reduz em 623.497 Euros, resultantes da diferença entre o limite superior do Escalão C (9.788.908 Euros) e o limite inferior do Escalão B (9.165.411 Euros).
476. Neste sentido, para pequenos aumentos do volume de produção (associados à passagem de um escalão de desconto para o escalão superior, bastando

H.

para tal mais 1 Euro de facturação) e conseqüente aumento, ainda que reduzido, do custo total de produção, a redução da facturação líquida, aquando de um salto de escalão, implica uma clara diminuição do lucro da empresa.

477. Ou seja, por via da política de descontos adoptada, um aumento do nível de produção tem como efeito uma diminuição do lucro da empresa, não justificável do ponto de vista da racionalidade económica.
478. Ainda no que concerne à evolução em escada do sistema de descontos em causa, releva-se que a mesma não é (não pode ser) compatível com a existência de economias de escala, tal como desenvolvido pela Autoridade da Concorrência nos §651 e ss. da presente Decisão e, desde logo, porque tal como referido no §255 da NI, as poupanças de custo obtidas resultam da totalidade da capacidade instalada e não da capacidade instalada para dar resposta a uma solicitação de um determinado cliente individualmente considerado.
479. Assim, as primeiras quantidades contratadas por um determinado cliente geram exactamente os mesmos benefícios que as primeiras quantidades contratadas por outro qualquer cliente, independentemente do total contratado por cada um deles.
480. Logo, também por esta razão, o sistema de descontos em apreço, torna evidente o tratamento desigual de situações equivalentes, em que as mesmas quantidades auferem taxas de desconto diferentes dependendo da dimensão total do cliente.
481. Em face do exposto, a argumentação aduzida pela arguida na defesa escrita não é de molde a permitir infirmar as conclusões da Autoridade da Concorrência.

3.4.6.2 Limites dos escalões de desconto e distribuição das empresas pelos mesmos

482. 

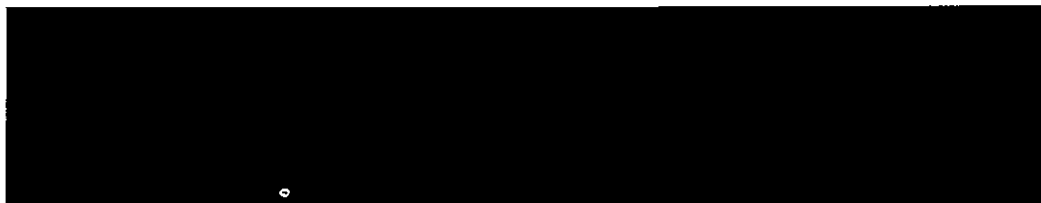


Tabela 10 - Empresas em cada escalão do desconto relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)²¹⁸

483.

484.

485.

486. De facto, comparando a realidade portuguesa com a europeia, tal como consta da Tabela 11, observa-se que para o limite inferior do primeiro escalão e para o limite inferior do último escalão, Portugal apresenta o terceiro valor mais elevado, só sendo ultrapassado pela França e pela



Grécia, e ficando a uma distância significativa do quarto valor mais elevado (Áustria, no caso do primeiro escalão, e Irlanda, no caso do último escalão).

Tabela 11 – Esquemas de descontos na União Europeia

| Países | Observações | Limite inferior 1º Escalão (€/mês) | Limite inferior último escalão (€/mês) | Número de escalões | Porcentagem de Desconto | | |
|-------------|------------------------------|------------------------------------|--|--------------------|-------------------------|--------|----------------------|
| | | | | | Mínima | Máxima | Permanência |
| Austria | | 30 280 | 1 211 214 | 4 | 5% | 12% | 2% a 5% |
| Bélgica | 2 Mbps | 10 329 | 247 894 | 6 | 1% | 6% | Até 9.5% |
| | Restantes circuitos | 7 437 | 99 157 | 5 | 5% | 13% | 5% a 14% |
| França | Internac | 695 167 | 146 351 057 | 8 | 5.6% | 19% | 7.5% a 15% |
| | Nacionais | | | | | | 10% a 15% |
| Grécia | | 99 999 | 19 999 999 | 9 | 5% | 25% | 3% a 5% só internac. |
| Holanda | Por localização | 5 672 | 11 345 | 2 | 9% | 14% | N.a. |
| | Por contrato Internac. | 5 672 | 37 814 | 3 | 6% | 7% | N.a. |
| Irlanda | Descontos a partir do 2º ano | 6 718 | 6 717 654 | 11 | 3% | 10% | 1% a 3% |
| Itália | Nos circuitos de 34 Mbps | | 430 381 | | | | Caso a caso |
| Reino Unido | Internac | 11 906 | 25 000 | 2 | 6% | 12% | 10% a 20% |
| | Nacionais | - | - | - | - | - | 30% a 10% |
| Suécia | Internac. | - | - | - | - | - | 3% a 10% |
| Portugal | Facturação global | 99 760 | 19 951 916 | 8 | 4% | 32% | 2% a 10% |

Dados retirados das publicações Tarifária

Fonte: relatório de audiência prévia sobre o sentido provável da deliberação do ICP-ANACOM referente à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, (fís. 0901 a fís. 0907).

487. Quanto à percentagem de desconto, também de acordo com a Tabela 11, verifica-se que Portugal apresenta a taxa máxima de desconto mais elevada do conjunto dos países analisados (32%), seguido da Grécia (25%) e da França (19%), e bastante distante dos restantes países.
488. Releve-se que a PTC não apresentou qualquer justificação para a definição dos escalões de desconto nestes termos, sendo que de acordo com os dados de facturação mensal do ano imediatamente anterior à entrada em vigor do tarifário em análise (período entre 01 de Março de 2002 e 28 de Fevereiro de 2003), era possível estimar que – com a aplicação do novo tarifário – (i) nenhuma empresa beneficiaria do escalão máximo de desconto, que (ii) a PT Prime seria a única empresa a beneficiar do escalão B, que (iii) a PT Prime e a TMN seriam as únicas entidades beneficiárias do escalão C e que (iv) só a partir do escalão E outras entidades que não as do Grupo PT, poderiam beneficiar de desconto²²⁰.

²²⁰ Os valores de facturação mensal considerados resultam do somatório da facturação mensal dos circuitos nacionais e da parte nacional dos circuitos internacionais dos circuitos com débito até 34 Mbps e dos circuitos SDH, incluindo instalações, mensalidades e acertos efectuados no respectivo mês, relativos a instalações e mensalidades de meses anteriores, ou seja, ao somatório das colunas "Fact T6",

489. Em 16 de Dezembro de 2002 – quando remeteu ao ICP-ANACOM a sua proposta de tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos – e, posteriormente, a partir de 01 de Março de 2003 – quando o tarifário entrou em vigor – a PTC estava em condições de prever e, depois, de efectivamente comprovar a verificação destas circunstâncias.
490. Com efeito, o próprio regulador sectorial na sua deliberação de 26 de Dezembro de 2002²²¹ (através da qual decidiu não se opor à entrada em vigor do tarifário de circuitos alugados apresentado pela PTC em 16 de Dezembro de 2002) manifestou as suas preocupações quanto a este aspecto, revelando que, «sem prejuízo de o novo regime de descontos favorecer a transparência, simplicidade e alinhamento com as práticas correntes europeias [...], a posição de algumas empresas poderá deteriorar-se em termos absolutos e relativos e os escalões de descontos mais elevados poderão ser alcançados expectavelmente apenas por empresas do Grupo PT».
491. Nesse sentido, o ICP-ANACOM entendeu por bem comprometer-se a «reanalisar, à luz dos resultados que viessem a ser apurados, a adequabilidade do novo sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado»²²².
492. Reanálise que veio efectivamente a ter lugar em 10 de Fevereiro de 2004²²³ e que determinou a cessação do tarifário em apreço.

3.4.6.2.1 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência

493. Considera a arguida nos §83 e §84 da sua defesa escrita²²⁴ que «o facto de os limites dos escalões de desconto de quantidade e a percentagem máxima de desconto previstos no tarifário em causa parecerem demasiado elevados»

“Fact SDH” e “Agreg/Capac”, para o período entre 01.03.2002 e 28.02.2003, informação disponibilizada na comunicação PTC com ref.^a n.º 0501200543, de 05.12.2005, de fls. 0419 a fls. 0447.

²²¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

²²² Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

²²³ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

²²⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

nada adianta «sobre a natureza discriminatória, ou, por outro lado, não objectiva dos descontos de quantidade do Tarifário de Março de 2003».

494. Entende a Autoridade da Concorrência que a desadequação à dimensão do nosso país dos limites dos escalões de desconto e da percentagem máxima de desconto definidos pela PTC, no âmbito do tarifário de circuitos alugados em apreço, em termos genéricos, não é sinónimo de que esse mesmo tarifário seja discriminatório.
495. Contudo, a verificação dessa desadequação conjugada com a restante análise desenvolvida pela Autoridade da Concorrência (cf. pontos 2.4.5.2 a 2.4.5.8 da NI) demonstra, por um lado, que não existe justificação para o sistema de descontos adoptado pela arguida nos termos em que o foi e, por outro lado, que esse mesmo sistema de descontos, pelo conjunto dos factores analisados, é discriminatório.
496. Alega também a arguida que «em Portugal este tarifário aplicava-se tanto a clientes grossistas como retalhistas», servindo os descontos «para os distinguir e garantir aos clientes grossistas uma margem face ao preço de referência no retalho que lhes permitisse revender circuitos, já que os clientes retalhistas não tinham um volume de facturação suficiente para auferir de descontos» (cf. §84 e §85 da defesa escrita²²⁵).
497. O tarifário em apreço aplicava-se efectivamente a clientes retalhistas e grossistas, tendo a Autoridade reconhecido na NI que a PTC oferece serviços de aluguer de circuitos tanto no mercado de retalho como no mercado grossista (cf. §64 e ss. da NI).
498. Todavia, tal como referido por diversas vezes pela arguida (cf. nomeadamente §59 da defesa escrita²²⁶), o aluguer de circuitos pela PTC no mercado de retalho é meramente residual, sendo a PT Prime a empresa que dentro do Grupo PT se evidencia na comercialização destas soluções.
499. Ainda segundo a arguida, a Tabela 9 (Tabela 11 da presente Decisão) e os §245 a §248 da NI, «nada nos dizem sobre a natureza dos produtos aos quais o tarifário se aplica, nem sobre os escalões intermédios», não sendo

²²⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²²⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

assim «possível fazer comparações úteis e verdadeiras» (cf. §86 da defesa escrita²²⁷).

500. A este propósito saliente-se que a compilação dos dados e a realização da comparação de esquemas de descontos na União Europeia foram efectuados pelo regulador sectorial (cf. Tabela 9 da NI), tendo o ICP-ANACOM, com recurso à publicação *Tarifica*, seleccionado para o efeito serviços naturalmente comparáveis entre si, assegurando assim o rigor e a utilidade da análise de *benchmark* internacional, frequentemente utilizada no sector das comunicações electrónicas para comparação de preços e das características dos serviços oferecidos.
501. Por outro lado, a não inclusão dos escalões intermédios de descontos no âmbito da comparação efectuada na Tabela 9 da NI, relaciona-se com o facto de tal não ser necessário para aferir do desajustamento do sistema de descontos da PTC à dimensão do nosso país. Para tal, bastava comparar os limites do primeiro e último escalões de desconto e a percentagem máxima de desconto definidos, comparação efectivamente realizada.
502. Registe-se, contudo, que a Tabela 9 da NI inclui dados quanto ao número de escalões de desconto existentes em cada país, informação que permite inferir algo sobre os escalões intermédios.
503. Para a arguida «a análise da Tabela 9 apenas permite corroborar o entendimento do ICP-ANACOM quando louvou a substancial descida dos preços atingida com o Tarifário de Março de 2003 e a transparência do novo sistema de descontos» (cf. §87 da defesa escrita²²⁸).
504. Todavia, referindo-se à Tabela 9 da NI (igualmente constante do relatório de audiência prévia do ICP-ANACOM), o regulador considera que «a nível internacional, não existe paralelo com a estrutura de descontos em vigor pela PTC [...] sendo que os patamares máximo e mínimo para efeitos de atribuição de descontos de quantidade em Portugal são dos mais elevados da União Europeia, o que evidencia desadequação dos mesmos à dimensão do mercado português, havendo descontos que, nas condições actuais,

²²⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²²⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

apenas podem ser atingidos por empresas do Grupo PT»²²⁹, entendimento que não deixa qualquer dúvida sobre a posição do ICP-ANACOM quanto esta matéria.

505. Ainda segundo a arguida «[a] única conclusão objectiva que se pode extrair do facto de existirem países com limites máximos mais baixos e com descontos mais baixos é a de que em tais países, com dimensões iguais ou superiores à nossa, os descontos desempenharam um papel menos importante na descida dos preços» (cf. §88 da defesa escrita²³⁰).
506. Contrariamente ao afirmado pela arguida, da Tabela 9 da NI não é possível concluir nada relativamente à importância dos descontos na descida dos preços em cada um dos países analisados, tanto mais que não é apresentada informação histórica que permita comparar a situação à época com a situação registada em anos anteriores.
507. A comparação possível e efectuada pela Autoridade da Concorrência na NI permite, sim, aferir dos volumes de facturação necessários para atingir o primeiro e o último escalões de desconto em cada país e das percentagens de desconto aplicáveis nesses escalões, tendo os dados evidenciado a desadequação do sistema de descontos da PTC à dimensão do mercado português.
508. Aliás, conforme consta dos §257 da NI, nenhuma empresa atingia o escalão de desconto mais elevado (escalão A) e só as empresas do Grupo PT, designadamente a PT Prime e a TMN, atingiam os escalões B, C e D do desconto de facturação, correspondentes respectivamente aos 2.º, 3.º e 4.º escalões mais elevados de desconto.
509. A arguida acresce os seguintes exemplos: «na Irlanda, qualquer operador que se situasse entre os escalões H a D do Tarifário de Março de 2003, auferiria descontos substancialmente inferiores. O mesmo parece suceder na Áustria relativamente aos nossos escalões H a F. Na Itália a concessão de descontos parece ser arbitrária acima do nosso escalão G. A Grécia compara

²²⁹ Cf. relatório de audiência prévia sobre o sentido provável da deliberação do ICP-ANACOM referente à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

²³⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

com Portugal excepto relativamente ao escalão A» (cf. §89 da defesa escrita²³¹).

510. Quanto aos exemplos avançados pela arguida cumpre esclarecer o seguinte:

- i. na Irlanda o limite inferior do primeiro escalão de facturação é significativamente mais reduzido do que em Portugal (6.178 Euros vs. 99.760 Euros), sendo, por isso, os descontos muito mais abrangentes do que no nosso país; por outro lado,
- ii. embora a taxa aplicável na Irlanda ao primeiro escalão corresponda a 3%, existem onze escalões, não sendo a estes obviamente aplicável a mesma taxa, já que a taxa máxima neste país corresponde a 10% (em Portugal, as taxas aplicáveis aos escalões H a D variam entre 4% e 17%); assim sendo,
- iii. a conclusão de que «na Irlanda, qualquer operador que se situasse entre os escalões H a D do Tarifário de Março de 2003, auferiria descontos substancialmente inferiores» não é exacta; da mesma forma,
- iv. na Áustria o limite inferior do primeiro escalão é significativamente mais reduzido do que em Portugal (30.280 Euros vs. 99.760 Euros), sendo, como tal, os descontos mais abrangentes do que no nosso país;
- v. as taxas de desconto na Áustria são superiores às da Irlanda e variam entre 5% e 12%, observando-se que neste país existem quatro escalões de desconto; logo,
- vi. a conclusão da arguida relativamente aos descontos não é igualmente exacta para a comparação entre Portugal e a Áustria;
- vii. a atribuição de descontos em Itália para volumes de facturação superiores a 430.831 Euros é casuística, daí nada resultando em termos de comparação com a situação portuguesa; finalmente,
- viii. quanto à Grécia, mesmo que este país apresente limites de escalões de facturação semelhantes aos portugueses, a taxa máxima de desconto aplicável (25%) é significativamente inferior à portuguesa (32%).

²³¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

511. De acordo com o §90 da defesa escrita²³², a arguida considera ainda que para a Autoridade da Concorrência «uma grelha de descontos é mais igualitária quanto menos escalões tiver, quanto mais próximos forem os respectivos limites e menor for a diferença entre as percentagens de desconto», entendendo que «isto, no entanto, é uma evidência, não um teste de falta de objectividade ou de discriminação».
512. Entende a arguida que «um desconto de quantidade não pode ser considerado discriminatório só porque não desvaloriza a importância das quantidades compradas» (cf. §91 da defesa escrita²³³).
513. A Autoridade da Concorrência esclarece que da análise efectuada e constante da NI não resulta o entendimento avançado pela arguida descrito nos parágrafos anteriores, tratando-se de uma interpretação enviesada da PTC do que efectivamente lhe foi imputado.
514. Em face do exposto, a argumentação aduzida pela arguida não permite infirmar as conclusões da Autoridade da Concorrência.

3.4.6.3 Taxas de desconto aplicáveis e relações entre os volumes de facturação e de desconto

515.



516.

²³² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

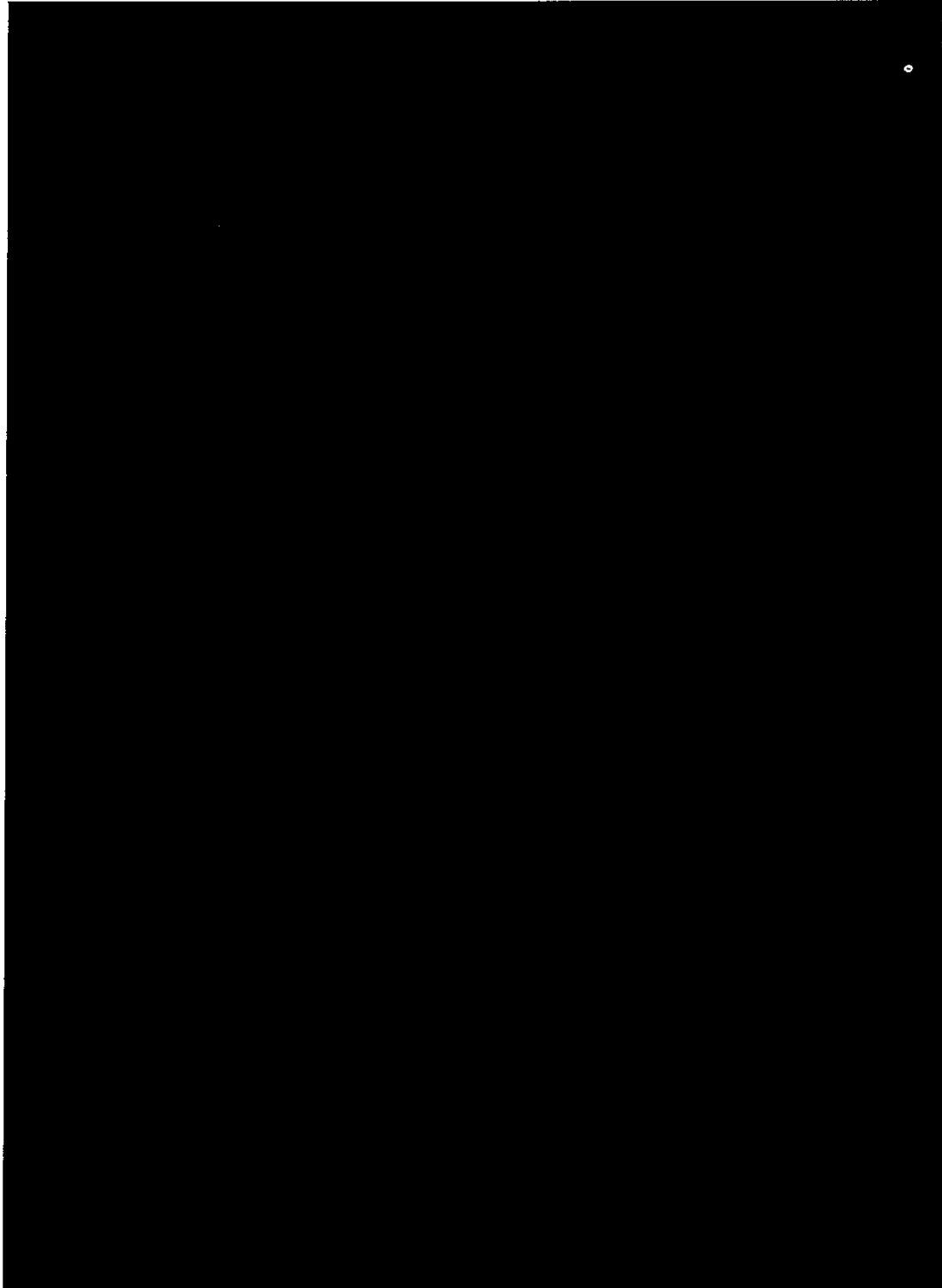
²³³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

01779

H.

per
ff
lu

Tabela 12 - Descontos de facturação: circuitos com débito até 34 Mbps (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



517.



ft.

per
A
h

518.

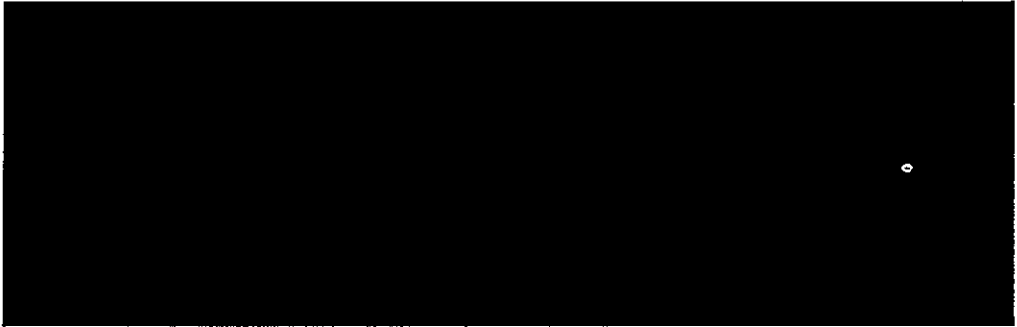


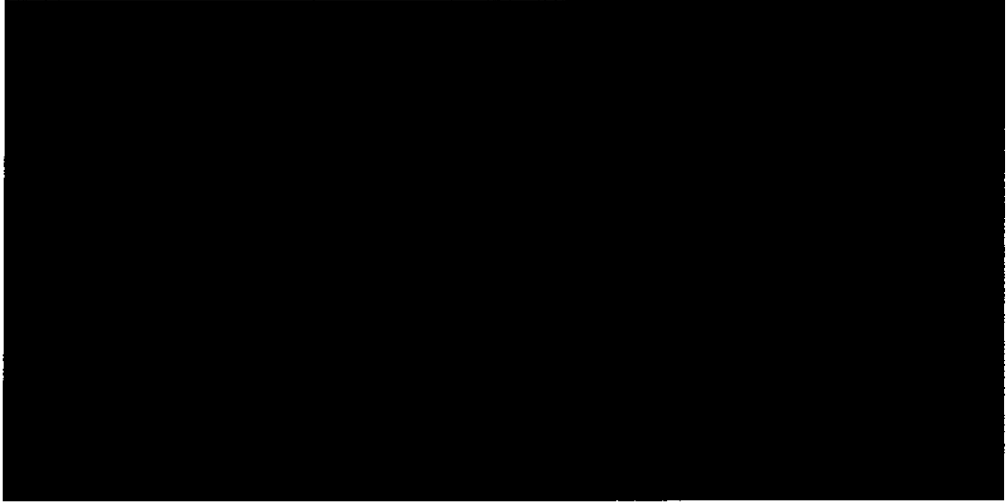
Tabela 13 - Descontos de facturação: circuitos com débito até 34 Mbps e circuitos SDH (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

A large black rectangular redaction box covering the entire table content.

[Handwritten signature]



519.



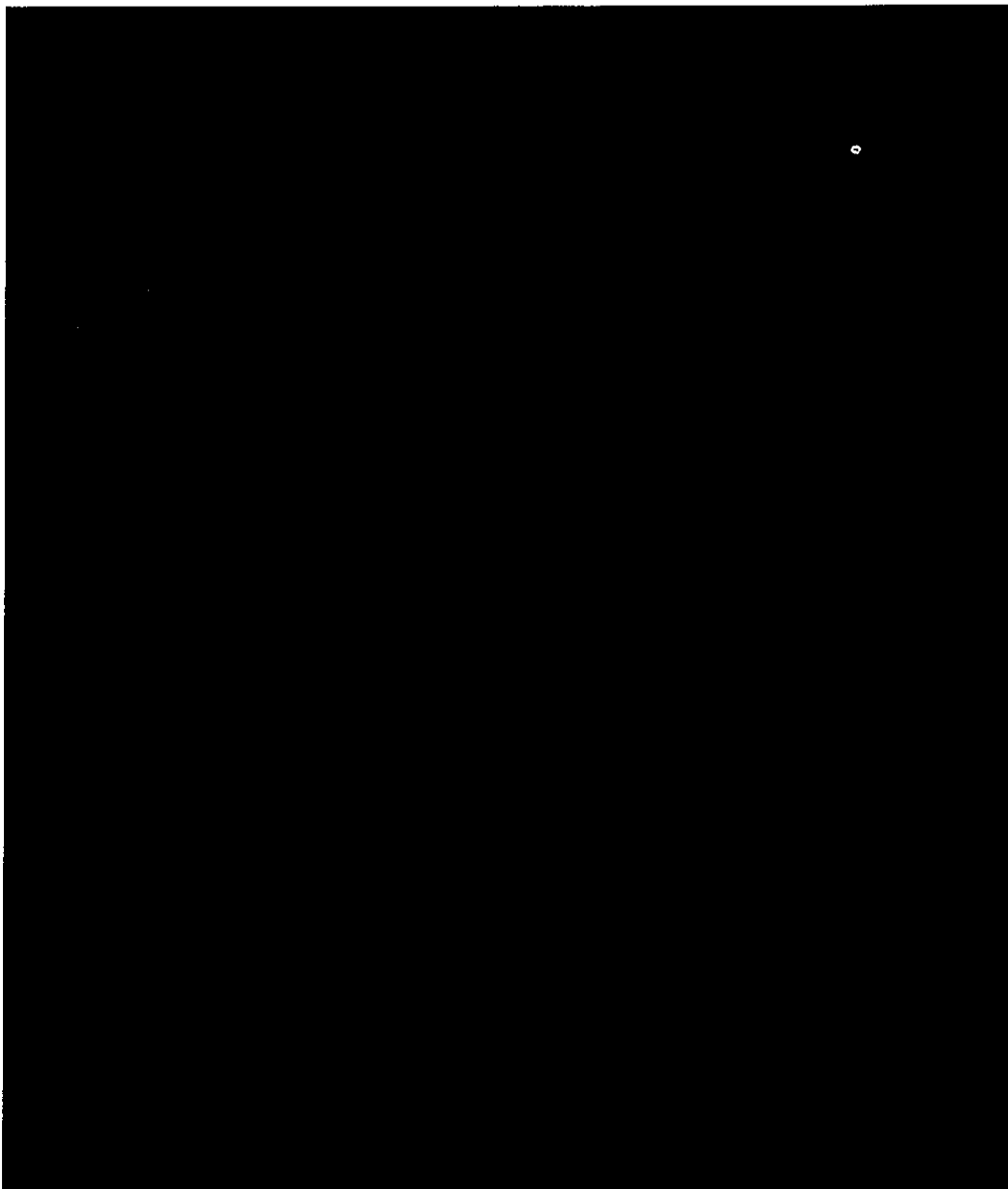
520.

Tabela 14 – Relação entre volumes de facturação e de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

A.

per
A
per

521.



522.

523.

524.

525.

3.4.6.4 Variação da posição relativa das empresas

526.

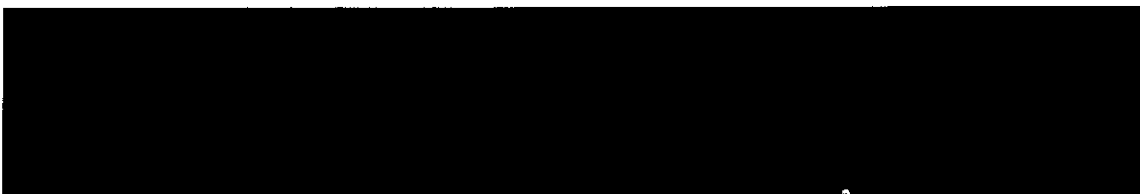
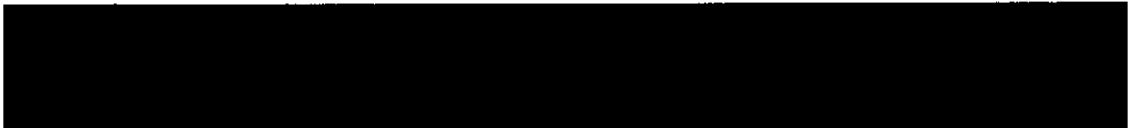


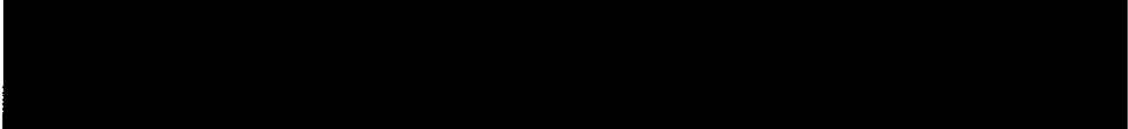


Tabela 15 – Facturações, descontos e taxas médias de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e tarifário anterior)

527.



528.

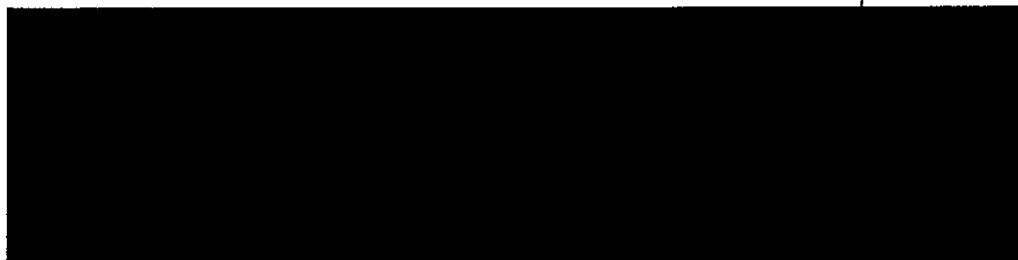


529.



H.

[Handwritten signature]



**Tabela 16 – Relações entre facturações, descontos e taxas médias de desconto
(tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e tarifário anterior)**



530.

531.

532.

533.



3.4.6.5 Desconto de facturação: circuitos SDH

534.

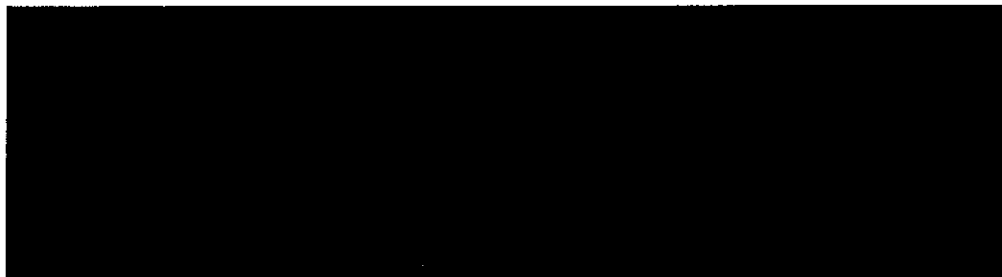
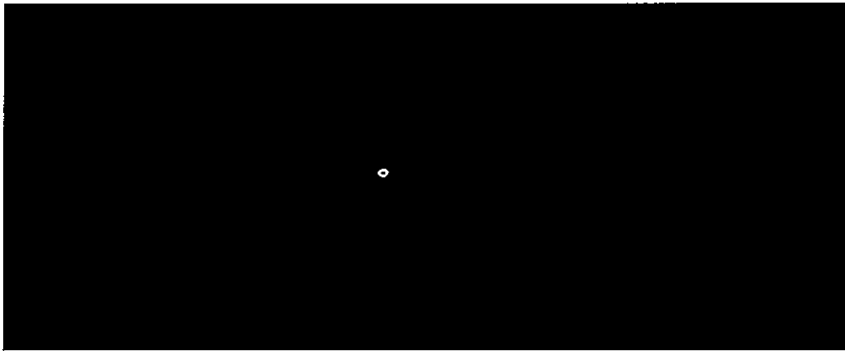


Tabela 17 - Facturações e descontos: circuitos SDH (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)

A large black rectangular redaction box covering the entire content of Tabela 17.

A.

[Handwritten signature]



535.

536.

537.

538.

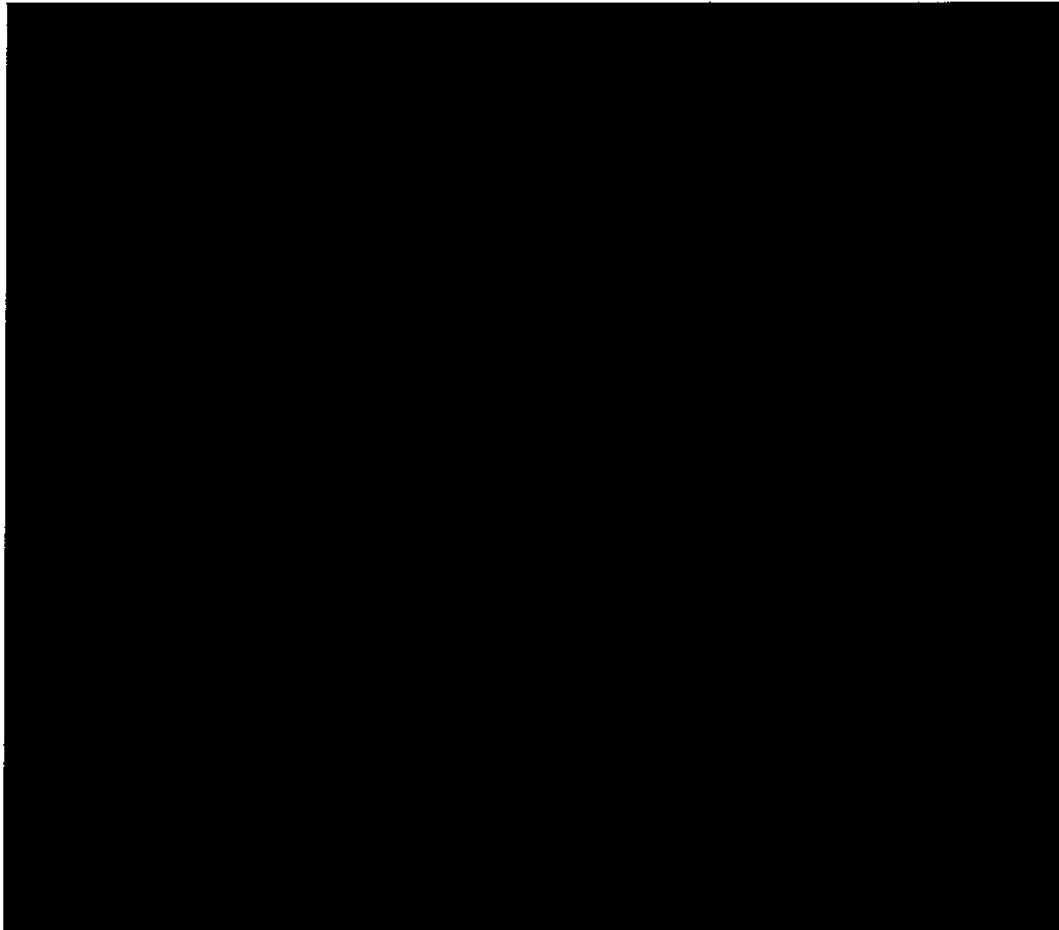
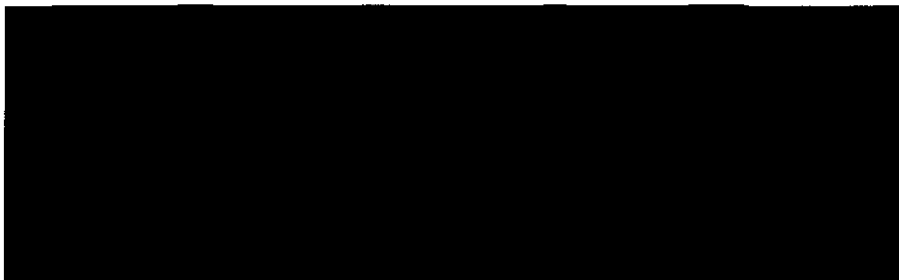


Tabela 18 – Facturações: circuitos SDH (tarifário anterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



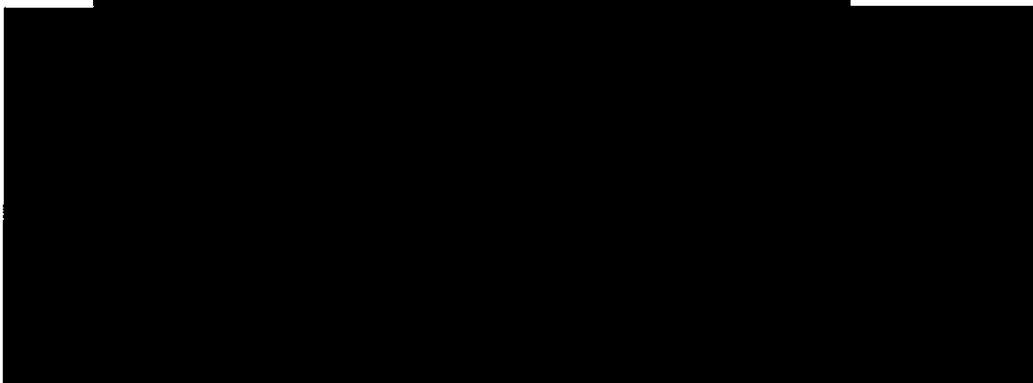
01787

At.

Am
A
h



539.



540.

541.

542.

3.4.6.6 Prémio de permanência

543. No que respeita ao prémio de permanência (cf. §398 e ss. e Tabela 2, p. 86, da presente Decisão), verifica-se que os contratos celebrados com a PTC, nos mercados grossistas, com a duração de 1 ano (prazo mínimo) atribuem, nos 12 meses do ano seguinte àquele a que respeitam, um desconto de 2,0% sobre a facturação anual do circuito (líquida de desconto de facturação).
544. Contratos com a duração de 5 anos (prazo máximo) atribuem, nos 12 meses do ano seguinte àquele a que respeitam, um desconto de 10,0% sobre a facturação anual do circuito (líquida de desconto de facturação).
545. Desta forma, o facto de um operador optar por manter um contrato com a PTC, relativo a um determinado circuito, por um ano adicional de duração pode garantir-lhe um desconto adicional de 2,0% ao ano até ao limite de 10,0%.
546. A definição de prémios de permanência nestes termos, favorece inequivocamente os operadores que optem por manter contratos com a PTC por períodos temporais mais elevados.
547. O benefício máximo obtém-se através de contratos com duração igual ou superior a 5 anos.

²³⁹ O que não veio a verificar-se.

²⁴⁰ Cf. §490, §525 e §533 da presente Decisão.

548. A atribuição de prémios de permanência pela PTC, baseados na manutenção de contratos por períodos muito alargados, designadamente por 4 e por 5 anos, constitui um claro desincentivo ao investimento no desenvolvimento de rede própria (designadamente no âmbito dos segmentos de-trânsito) por parte dos operadores alternativos.
549. Pelo contrário, beneficia inequivocamente as empresas do Grupo PT, das quais aqueles operadores alternativos são efectivos concorrentes ao nível do retalho e potenciais concorrentes ao nível grossista.
550. Por estes motivos, nenhum operador alternativo aos do Grupo PT tem incentivos em manter por períodos alargados os contratos celebrados com a PTC no âmbito da oferta de circuitos alugados, excepto se o fizer apenas para poder auferir das mesmas condições que os operadores retalhistas do Grupo PT, para assim concorrer nos vários mercados retalhistas.
551. Só que para tal, por um lado, tem que manter por longos períodos de tempo (até 5 anos) contratos que lhe continuam a ser desfavoráveis por outras razões que não o prémio de permanência (o que agravava a sua posição relativa face às empresas do Grupo PT); e, por outro lado, tem que prescindir do investimento em desenvolvimento de rede própria e, conseqüentemente, de prescindir de concorrer efectivamente nos mercados grossistas de circuitos alugados.
552. A PTC adoptou o prémio de permanência nos termos descritos conhecendo ou, pelo menos, não podendo deixar de conhecer os efeitos decorrentes da sua aplicação.

3.4.6.6.1 Posição da arguida / Posição da AdC

553. A propósito do prémio de permanência, a arguida no §149 da sua defesa escrita²⁴¹ refere que, no tarifário em apreço, este «se aplicava circuito a circuito e não obrigava a nenhum prazo contratual mínimo com a PTC, tendo a dupla vantagem de dar previsibilidade de custos aos operadores e de não os vincular a uma contratualização».
554. Acrescenta que «para aplicar prémios de permanência aos circuitos alugados por um determinado operador, não é preciso sequer existir um contrato com

²⁴¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

- esse operador, quanto mais um contrato de 5 anos» e que «um operador pode ter, no seu parque de circuitos alugados à PTC, circuitos com diversos prémios de permanência, porque este desconto é aplicado individualmente a cada circuito e não à totalidade dos circuitos» (cf. §163 da defesa escrita²⁴²).
555. A este respeito começa por esclarecer-se que para a Autoridade da Concorrência, ao contrário do que parece supor a arguida, o prémio de permanência não foi entendido como pressupondo a formalização, à partida, de contratos por períodos determinados de tempo (1, 2, 3, 4 ou 5 anos), nem que tal prémio se aplicasse ao conjunto dos circuitos do operador em causa e não a cada um dos circuitos individualmente considerado.
556. Tal entendimento só pode resultar de uma leitura enviesada e de uma errada interpretação pela arguida daquilo que foi escrito na NI (cf. §292 e ss. e §400 e ss. desse documento).
557. A redacção do §294 da NI é, quanto a este aspecto, muito clara: «Desta forma, o facto de um operador optar por manter um contrato com a PTC, relativo a um determinado circuito, por um ano adicional de duração pode garantir-lhe um desconto adicional de 2,0% ao ano até ao limite de 10,0%» [sublinhado nosso].
558. Resulta evidente que, para a Autoridade da Concorrência, a aplicação do prémio de permanência se fazia relativamente a cada circuito individualmente considerado, bastando para tal a manutenção do contrato por períodos de tempo adicionais, não se percebendo como pode a arguida ter entendido o §294 da NI de forma diversa.
559. Ainda a propósito do prémio de permanência, refere a arguida que não entende «o que é que a Autoridade da Concorrência contesta? O desconto de permanência enquanto tipo de desconto, ou o concreto desconto de permanência contido no Tarifário de Março de 2003?», referindo que há «exemplos que ilustram que os descontos de permanência são vulgares em todos os países europeus e que, num grande número de países, são inclusivamente maiores do que os do tarifário em causa» e, ainda, que «a Nota de Ilícitude parece ignorar o facto de que o desconto de permanência

²⁴² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

continuou no tarifário seguinte ao de Março de 2003» (cf. §166, §167 e §169 da defesa escrita²⁴³).

560. Continua a arguida afirmando que «não se compreende assim como pode a Autoridade da Concorrência, num total divórcio com a realidade regulatória subjacente aos factos em apreciação, proceder a uma valoração jus-concorrencial negativa de uma prática da PTC que cumpre uma obrigação imposta pelo regulador sectorial», «num mercado criado por lei e regulado por lei, no âmbito do qual a PTC tem a apenas possibilidade de sugerir as condições dos serviços que presta mas não tem a possibilidade de aplicar quaisquer outras condições que não sejam as aprovadas pelo ICP-ANACOM» (cf. §304 e §305 da defesa escrita²⁴⁴).
561. Comece por se referir, a propósito da argumentação da arguida reproduzida nos parágrafos anteriores, que a Autoridade da Concorrência não ignorou, nem ignora, que o prémio de permanência se manteve no tarifário posterior ao que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, nem que prémios do mesmo tipo se aplicavam em diversos países europeus.
562. Tal resulta evidente da leitura da NI, designadamente do §232²⁴⁵ e da Tabela 9.
563. Isso não pode significar, contudo, que o prémio de permanência fosse necessariamente lícito e, como tal, isento de qualquer análise jus-concorrencial.
564. Por outro lado, a Autoridade da Concorrência também não ignorou, nem ignora, a existência de pronúncias do regulador sectorial sobre esta matéria, em 26 de Dezembro de 2003 e em 10 de Fevereiro de 2004.
565. Não obstante, conforme oportunamente referido na NI e detalhadamente analisado nos pontos 4.1.2 e 4.1.3 *infra* da presente Decisão, para os quais se remete, a intervenção do ICP-ANACOM tem um sentido e uma força diversa daquela que a interpretação da arguida lhe pretende conferir, não

²⁴³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁴⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁴⁵ Onde se escreveu «De salientar que o prémio de permanência não sofreu qualquer alteração com tarifário posterior ao aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, continuando a traduzir-se num crédito sobre a facturação anual do circuito (líquida de desconto de facturação), a atribuir, circuito a circuito, nos 12 meses do ano seguinte a que respeita, no pressuposto de que o circuito permanece instalado e inalterado nesse período (cf. Tabela 8)».

preterindo, de todo, a intervenção da Autoridade da Concorrência, nem retirando à arguida margem de conformação com a legislação da concorrência.

566. Neste contexto importa, então, esclarecer que o que à arguida foi imputado na NI relativamente ao prémio de permanência foi a influência e o peso do mesmo na factualidade que demonstra a aplicação pela arguida de condições desiguais a prestações equivalentes (em benefício das empresas do Grupo PT e em detrimento das empresas concorrentes).
567. A este propósito recorde-se que, nos §295 e ss. da NI, a Autoridade da Concorrência referiu que «a definição de prémios de permanência nestes termos, favorece inequivocamente os operadores que optem por manter contratos com a PTC por períodos temporais mais elevados», «beneficia[ndo] inequivocamente as empresas do Grupo PT», que eram as únicas que tinham incentivos para manter o aluguer de circuitos por períodos alargados.
568. E nos §299 e §300 claramente referiu que «por estes motivos, nenhum operador alternativo aos do Grupo PT tem incentivos em manter por períodos alargados os contratos celebrados com a PTC no âmbito da oferta de circuitos alugados, excepto se o fizer apenas para poder auferir das mesmas condições que os operadores retalhistas do Grupo PT, podendo assim concorrer nos vários mercados retalhistas»; «todavia, fá-lo com prejuízo do desenvolvimento de rede própria e, nestes termos, prescinde de concorrer efectivamente nos mercados grossistas de circuitos alugados» [sublinhado nosso].
569. Isto é, estabeleceu a Autoridade da Concorrência que, perante um tarifário grossista que favorecia – pela série de razões que elencou na NI e na presente Decisão – determinados clientes em detrimento de outros, aqueles clientes que não dispunham das vantagens competitivas conferidas por esse tarifário viam-se obrigados a manter contratos por períodos alargados em relação aos circuitos que alugavam, procurando desta forma, através do benefício associado ao prémio de permanência relativo a cada circuito, minimizar as desvantagens que tinham.

570. Só que para tal, por um lado, tinham que manter por longos períodos de tempo (até 5 anos) contratos que lhes continuavam a ser desfavoráveis por outras razões que não o prémio de permanência (o que agravava a sua posição relativa face às empresas do Grupo PT); e, por outro lado, tinham que prescindir do investimento em desenvolvimento de rede própria e, conseqüentemente, de prescindir de concorrer efectivamente nos mercados grossistas de circuitos alugados.
571. Este entendimento e esta imputação resultam claros da NI.
572. Aliás, a arguida sintetiza com bastante clareza a imputação que entende lhe estar a ser feita pela Autoridade da Concorrência, quando escreve [§4 alínea k) da defesa escrita²⁴⁶]: «o prémio de permanência cumulativo de 2%, até ao máximo de 10% no quinto ano, desincentivava além disso o investimento em infra-estrutura de rede própria, sobretudo de segmentos de trânsito, e a concorrência no mercado grossista dos circuitos alugados, só sendo atractivo para os operadores concorrentes na medida em que era indispensável para neutralizar a vantagem competitiva conferida aos operadores retalhistas do Grupo PT (cf. parágrafos 400 a 405 e 419 a 421 da Nota de Ilicitude)» [sublinhado nosso].
573. Não podem, assim, restar dúvidas do que à arguida foi (na NI) e é (na presente Decisão) imputado relativamente ao prémio de permanência.

3.4.6.7 Posição da arguida / Posição da AdC: Análise e resultados

«Falta de objectividade dos descontos» (cf. título 5.5 da defesa escrita²⁴⁷)

574. De acordo com a arguida, a Autoridade da Concorrência não faz prova de que a «PTC tenha elaborado o Tarifário de Março de 2003 com perfeita consciência que estava feito à medida dos seus interesses e de modo a beneficiar as empresas do Grupo PT relativamente aos respectivos concorrentes» (cf. §110 a §112 da defesa escrita²⁴⁸).
575. Ora, saliente-se que, estando a arguida na posse do histórico de facturação dos seus clientes e conhecendo a estratégia das empresas do grupo

²⁴⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁴⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁴⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

económico que integra, em 16 de Dezembro de 2002, quando remeteu ao ICP-ANACOM a sua proposta de tarifário e, posteriormente, durante o período de vigência do mesmo, conhecia o funcionamento do sistema de descontos nos termos descritos e estava em condições de prever e, depois, de efectivamente comprovar, os efeitos decorrentes da sua aplicação, tal como descritos pela Autoridade da Concorrência no ponto 2.4.5 da NI (cf. igualmente §256, §259 a §261, §272, §273, §287 e §301 da NI).

576. Neste contexto, alega ainda a arguida que «o sistema de descontos de quantidade do Tarifário de Março de 2003 foi elaborado para corrigir aspectos que o ICP-ANACOM considerou indesejáveis e, conseqüentemente, em conformidade com as orientações do Regulador» (cf. §113 da defesa escrita²⁴⁹).
577. Refira-se que o tarifário de circuitos alugados pela PTC não foi alterado em conformidade com as orientações do regulador ou, pelo menos, não com todas as orientações (cf. igualmente ponto 4.1.3, *infra*).
578. Aliás, tal como referido nos §261 e §262 da NI, na deliberação de 26 de Dezembro de 2002, através da qual decidiu não se opor à entrada em vigor do tarifário em apreço, o regulador manifestou desde logo as suas preocupações, revelando que «sem prejuízo de o novo regime de descontos favorecer a transparência, simplicidade e alinhamento com as práticas correntes europeias [...], a posição de algumas empresas poderá deteriorar-se em termos absolutos e relativos e os escalões de descontos mais elevados poderão ser alcançados expectavelmente apenas por empresas do Grupo PT», comprometendo-se a «reanalisar, à luz dos resultados que viessem a ser apurados, a adequabilidade do novo sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado»²⁵⁰.
579. Neste sentido, na deliberação do Conselho de Administração de 10 de Fevereiro de 2004, o ICP-ANACOM determinou a cessação do tarifário em apreço e a sua reestruturação no sentido de garantir a adequação do sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às

²⁴⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁵⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

condições de promoção de uma sã concorrência no mercado²⁵¹ (cf. §194 e §375 da NI).

580. Pelas razões apontadas nos §424 e ss. da NI, o regulador considerou o sistema de descontos da arguida discriminatório.
581. Entende igualmente a arguida no §113 da defesa escrita²⁵² que «[n]essa altura não era previsível que a facturação decaísse, ainda que se antecipasse o impacto negativo da descida dos preços».
582. Segundo a arguida, se «em 2001, na data de elaboração da proposta que deu origem ao Tarifário de Março de 2003, se considerasse uma taxa de crescimento dos circuitos alugados de 22% entre 2001 e 2003, correspondente a metade da taxa real de crescimento entre 1999 e 2001, e uma perda de quota de mercado da PT Prime de 20%, consistente com a perda de quota de mercado da PTC no tráfego internacional em 2000 e 2001, da qual a Oni conquistaria 10%, a Novis 6% e a Jazztel e a Global One 2% cada (principais concorrentes da PT Prime à data), a Oni passava de um escalão de desconto de 13% para 17%» (cf. §114 da defesa escrita²⁵³).
583. Acresce ainda a arguida que «adicionalmente, se a Oni capturasse, pelo menos, 35% dos circuitos alugados pela Vodafone à PTC, atingiria o mesmo escalão que a PT Prime» (cf. §115 da defesa escrita²⁵⁴).
584. No que concerne às expectativas da PTC relativamente à evolução do volume de facturação, refira-se que o tarifário que entrou em vigor em 01 de Março de 2003, não obstante ter sido inicialmente proposto ao ICP-ANACOM em 2001 (mais precisamente em 14 de Dezembro), foi objecto de inúmeras reformulações por parte da arguida, tendo o regulador não se decidido opor apenas após a proposta apresentada pela PTC em 16 de Dezembro de 2002 (cf. §187 e ss. da NI).
585. Ou seja, entre as propostas inicial e final da arguida (à qual o ICP-ANACOM não se opôs) decorreu aproximadamente um ano, tendo a PTC a

²⁵¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

²⁵² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁵³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁵⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

possibilidade de reajustar o tarifário em função da nova informação disponível e das novas expectativas face às tendências de mercado.

586. Acresce que, contrariamente ao alegado pela arguida, o efeito na facturação resultante do decréscimo dos preços dos circuitos alugados era previsível e não podia de forma alguma ser pouco significativo, na medida em que, tal como referido pela arguida no §87 da sua defesa escrita²⁵⁵, a redução dos preços dos circuitos alugados decorrente da adopção do tarifário em análise foi substancial.
587. Por outro lado, o acréscimo de quota de mercado por parte dos operadores concorrentes, resultando exclusivamente de uma perda de quota da PT Prime, não se traduziria igualmente num acréscimo de facturação para a arguida, mas apenas numa mera transferência de facturação de um cliente para outro cliente, sem efeito ao nível da facturação total da PTC.
588. Quanto ao facto dos operadores concorrentes poderem eventualmente vir a atingir escalões de desconto mais elevados (que, na prática, se verificou só serem alcançados pelas empresas do Grupo PT), a arguida não apresentou qualquer dado que sustentasse a adopção das estimativas de crescimento do mercado e de alteração de quotas que avançou neste contexto.
589. Aliás, qual a razão para adoptar como taxa de crescimento expectável no período de aplicação do tarifário em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 metade da taxa de crescimento registada no mercado de circuitos alugados entre 1999 e 2001? Porquê metade? E qual a razão subjacente à adopção como período de referência do período entre 1999 e 2001?
590. De facto, não parece existir qualquer razão que justifique a adopção como *proxy* da taxa de crescimento registada entre 1999 e 2001, ou de metade desta taxa de crescimento, sobretudo se se tiver em conta que em 2000 se realizou a liberalização total da prestação de serviços de comunicações electrónicas em Portugal e, como tal, as necessidades dos entrantes em termos de capacidade eram muito elevadas.

²⁵⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

591. Tendo em conta que se procurava aferir o que ia acontecer durante o ano de 2003 e datando a proposta de tarifário apresentada pela PTC ao ICP-ANACOM de 16 de Dezembro de 2005, faria mais sentido ter como base a taxa de crescimento registada entre 2001 e 2002, por sinal significativamente mais reduzida.
592. Enquanto que a taxa de crescimento (em termos de receitas) registada no mercado de circuitos alugados no período entre 1999 e 2001 correspondeu a cerca de 50%, a taxa de crescimento entre 2001 e 2002 traduziu-se em aproximadamente 15%²⁵⁶.
593. Ora, com base nesta última estimativa não se verificariam quaisquer alterações em termos das taxas de desconto aplicáveis às principais empresas concorrentes das empresas do Grupo PT, incluindo a ONI.
594. Aliás, na realidade e conforme a arguida pôde comprovar, entre 2002 e 2003, o mercado reduziu-se em termos de receitas aproximadamente 14%²⁵⁷.
595. Por outro lado, qual o motivo para que fosse expectável que a PT Prime perdesse 20% de quota de mercado? Qual a razão para estabelecer um paralelo com o verificado no tráfego internacional?
596. Ou ainda, qual a razão subjacente à «captura» da Vodafone pela ONI, quando a PTC até tinha desenvolvido uma «solução de transporte de capacidade» especialmente concebida para os operadores de redes móveis (cf. §206 e ss. da NI)?
597. Em síntese, as estimativas avançadas pela arguida traduzem meras situações hipotéticas que carecem de sustentação, não procedendo, como tal, o argumento de que seria expectável que os operadores concorrentes pudessem eventualmente atingir escalões de desconto mais elevados.
598. Para a arguida, em face da atribuição das licenças de UMTS em Dezembro de 2000 (que previam o lançamento do serviço em Novembro de 2001) e da Oniway, operador móvel detido pela ONI, se ter comprometido a uma taxa

²⁵⁶ Fonte: cálculos realizados pela AdC com base nos Anuários Estatísticos do ICP-ANACOM, relativos aos anos de 2003, 2004 e 2005, disponíveis em www.anacom.pt.

²⁵⁷ Fonte: cálculos realizados pela AdC com base nos Anuários Estatísticos do ICP-ANACOM, relativos aos anos de 2003, 2004 e 2005, disponíveis em www.anacom.pt.

de cobertura de 96,5% em 2002, era ainda expectável que, nos anos seguintes ao da elaboração da proposta, o volume de facturação da ONI ultrapassasse o da Sonaecom (porque a ONI tinha uma presença mais forte do que a Novis no mercado empresarial e porque a Oniway iria necessitar, no âmbito do UMTS, de mais recursos do que a Optimus) (cf. §116 e §117 da defesa escrita²⁵⁸).

599. Segundo a arguida, «o UMTS iria também levar a um aumento de procura por parte dos outros operadores móveis, pelo que as expectativas da PTC eram no sentido de crescimento da procura de circuitos, não obstante os atrasos verificados no UMTS a partir de meados de 2001. Acrescem ainda as expectativas do aumento adicional da procura de circuitos para responder às necessidades dos operadores envolvidos na TDT» (cf. §118 da defesa escrita²⁵⁹).
600. Da «conjugação do crescimento natural da ONI, por via do aumento de procura, da conquista de quota de mercado à PT Prime e das necessidades da Oniway para o UMTS», entende a arguida que resultaria um «volume de facturação para a ONI que a colocaria, em 2003, no escalão de 21,5% de desconto» (cf. §119 da defesa escrita²⁶⁰).
601. No que concerne à alegada expectativa de aumento de facturação da ONI (por via da Oniway) e de aumento da procura por parte dos operadores móveis, em resultado do lançamento do UMTS, cumpre salientar que em 16 de Dezembro de 2002 (data da proposta que viria dar origem ao tarifário de 01 de Março de 2003), a arguida tinha conhecimento dos seguintes factos públicos e notórios²⁶¹:
- i. em Outubro de 2001, o arranque do UMTS foi adiado, pela primeira vez, para 31 de Dezembro de 2002;
 - ii. entre Março e Outubro de 2002 tiveram lugar as decisões do ICP-ANACOM sobre o acordo celebrado entre a TMN e a OniWay, e o conflito desta última com a Vodafone e com a Optimus relativamente à interligação das redes;

²⁵⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁵⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁶⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁶¹ Cf. Cronologia das comunicações móveis em Portugal, disponível em <http://www.anacom.pt/template12.jsp?categoryId=38428>.

- iii. em 03 de Dezembro de 2002, celebraram-se acordos (três) de alienação de activos entre a ONI, SGPS e a OniWay, por um lado, e a TMN, a Optimus e a Vodafone, por outro, na sequência da decisão da OniWay sobre a cessação da sua actividade; e, finalmente,
 - iv. em 06 de Dezembro de 2002, foi aprovado pelo regulador o relatório do grupo de trabalho sobre o estado e previsão de implementação de sistemas UMTS, bem como das propostas a submeter ao Ministro da Economia e as demais medidas associadas.
602. À data de apresentação ao regulador da proposta de tarifário que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 era igualmente público e notório que²⁶²:
- i. na sequência do aprovação do relatório referido no §601, alínea iv), pelo ICP-ANACOM e da submissão de propostas e medidas ao Ministro da Economia, o prazo para o início de actividade dos operadores UMTS seria novamente prorrogado até 31 de Dezembro de 2003, o que aliás veio a acontecer em 30 de Dezembro de 2002; e, finalmente, que
 - ii. a licença UMTS da OniWay seria revogada e as suas frequências atribuídas à Optimus, TMN e Vodafone, o que veio a efectivar-se em 13 de Janeiro de 2003, por despacho do Ministro da Economia.
603. Em síntese, a arguida, em 16 de Dezembro de 2002, tinha perfeita consciência, por um lado, dos atrasos registados no lançamento da oferta comercial do UMTS, que afectavam negativamente as necessidades de circuitos alugados por parte dos operadores móveis e, por outro lado, das dificuldades enfrentadas pela OniWay e da sua mais que previsível saída do mercado.
604. Releve-se, por último, que o início da oferta comercial do UMTS pelos três operadores móveis portugueses só teve lugar a partir do final de Abril de 2004, quando o tarifário em apreço já nem sequer estava em vigor.
605. Relativamente ao lançamento da Televisão Digital Terrestre (TDT), que segundo a arguida se traduziria num aumento adicional da procura de

²⁶² Cf. Cronologia das comunicações móveis em Portugal, disponível em <http://www.anacom.pt/template12.jsp?categoryId=38428>.

circuitos alugados para responder às necessidades dos operadores envolvidos, refira-se que, em 16 de Dezembro de 2002, data da proposta que viria dar origem ao tarifário de 01 de Março de 2003, a arguida tinha conhecimento dos seguintes factos públicos e notórios²⁶³:

- i. em Maio de 2002, a PTDP - Plataforma de Televisão Digital Portuguesa, S.A. (PTDP) apresenta um requerimento para a prorrogação do prazo para o início da exploração comercial da plataforma de TDT (inicialmente previsto para Janeiro de 2002); e
- ii. em Setembro de 2002, por Despacho do Ministro da Economia, de 22 de Agosto de 2002, foi decidida a prorrogação, até 01 de Março de 2003, da data de efectivo início da exploração comercial da plataforma de TDT.

606. Em 16 de Dezembro de 2002, aquando da submissão da proposta de tarifário ao ICP-ANACOM era igualmente público e notório²⁶⁴ que a licença de exploração da PTDP seria revogada pelo Ministro da Economia, o que veio a acontecer por Despacho de 25 de Março de 2003²⁶⁵.
607. Ou seja, em 16 de Dezembro de 2002, a arguida tinha conhecimento quer dos atrasos registados no lançamento da TDT, quer da grande probabilidade de revogação da licença atribuída, em face do incumprimento das condições da mesma pela PTDP.
608. Ainda de acordo com a arguida, «num cenário de liberalização e de expectativa de procura crescente por parte dos novos operadores, a PTC não podia esperar outra coisa que não fosse um acréscimo sensível da facturação dos novos operadores e um decréscimo da facturação das empresas do Grupo PT», não fazendo sentido «imaginar que a PTC desenhou a estrutura da tabela de descontos no pressuposto de que as empresas do Grupo PT se situariam necessariamente nos escalões de facturação mais elevados e de que os seus concorrentes não teriam grandes

²⁶³ Cf. Cronologia da televisão digital, disponível em <http://www.anacom.pt/template12.jsp?categoryId=131000>.

²⁶⁴ Por exemplo, a PTDP tinha vindo a manifestar publicamente a sua preocupação pelo facto de continuar a não ser possível iniciar a exploração comercial por razões alheias à sua vontade (e.g. dificuldades tecnológicas e comerciais).

²⁶⁵ Cf. Cronologia da televisão digital, disponível em <http://www.anacom.pt/template12.jsp?categoryId=131000>.

A.F.

hipóteses de atingir sequer os escalões intermédios» (cf. §120 e §121 da defesa escrita²⁶⁶).

609. Em face do exposto *supra*, em particular no que se refere ao UMTS e à TDT, considera-se que o aduzido pela arguida nos §120 e §121 da defesa escrita²⁶⁷, relativamente à expectativa de um «acrécimo sensível da facturação dos novos operadores» à data de idealização do tarifário, não é coerente com o conhecimento da realidade do mercado que, sem dúvida, a PTC necessariamente teria que deter.
610. Acresce também a arguida que se «a intenção da PTC fosse beneficiar o Grupo PT, então teria alterado a situação existente, passando a PT Prime a ser o fornecedor da TMN (à semelhança do que fez a Sonaecom), o que faria com que a PT Prime passasse para o escalão de descontos mais elevado, de 32%, tornando virtualmente impossível que algum outro operador viesse alguma vez a ter o mesmo desconto que a PT Prime» (cf. §122 da defesa escrita²⁶⁸).
611. A este propósito, a Autoridade salienta que a ilicitude identificada no sistema de descontos em análise se prende com a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes (em benefício das empresas do Grupo PT e em detrimento das empresas concorrentes) e não com a concessão de descontos de quantidade enquanto tais, em que naturalmente os maiores compradores de um produto ou serviço beneficiam de preços médios unitários menores ou de taxas médias de desconto superiores, nos termos já referidos.
612. Neste sentido, a concentração das aquisições do Grupo PT nos mercados grossistas de circuitos alugados na PT Prime (passando esta empresa a fornecer a TMN) não alteraria a ilicitude identificada no tarifário em causa, antes agravando a desvantagem competitiva dos operadores alternativos.
613. No que concerne ao desconto aplicável à facturação dos circuitos de alto débito (SDH), «a PTC esperava que, à data de elaboração da proposta do tarifário, houvesse um outro cliente grossista que auferisse do desconto de 10%. Tratava-se da WTS que, pela participação da SGC, conjuntamente com

²⁶⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁶⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁶⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

a Media Capital, no consórcio PTDP, iria necessitar de um elevado número de circuitos de alto débito (circuitos a 155 Mbps) para ligar os diversos emissores para a transmissão da televisão digital terrestre, pois a licença de TDT tinha sido atribuída ao referido consórcio em Agosto de 2001» (cf. §123 da defesa escrita²⁶⁹).

614. Considera a arguida, que só a PTC estaria em condições de fornecer esses circuitos num período de tempo compatível a data de início de exploração da TDT (Janeiro de 2002), sendo que, de acordo «com as estimativas iniciais, (subvalorizadas quando comparadas com a teledifusão terrestre), a WTS teria 158 emissores, o que corresponderia a uma facturação anual já em 2002 estimada em cerca de 28 milhões de euros. Só em 2002 é que ocorreu o adiamento da data de início de exploração da TDT e, finalmente, a revogação da licença de TDT à PTDP, pelo que esta situação nunca se veio a verificar» (cf. §124 e §125 da defesa escrita²⁷⁰).
615. Relativamente a esta matéria, a Autoridade da Concorrência remete para os §605 e ss. da presente Decisão.
616. Refere também a arguida que «tal como o ICP-ANACOM se deu conta, o sistema de descontos não excluía o risco de as empresas do Grupo PT beneficiarem mais do que as outras», mas que este era «um risco inerente aos descontos de quantidade, atenta a dimensão das empresas do Grupo PT» (cf. §127 e §128 da defesa escrita²⁷¹).
617. Sendo certo que, tal como exposto pela arguida, o ICP-ANACOM, na deliberação de não oposição ao tarifário em análise, teve presente que a posição de algumas empresas poderia deteriorar-se, em termos absolutos e relativos, e que os escalões de descontos mais elevados poderiam ser alcançados expectavelmente apenas por empresas do Grupo PT²⁷², nunca reconheceu que este era «um risco inerente aos descontos de quantidade, atenta a dimensão das empresas do Grupo PT», ao contrário do avançado pela arguida.

²⁶⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷² Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

618. Aliás, o regulador comprometeu-se a «reanalisar, à luz dos resultados que vierem a ser apurados, a adequabilidade do novo sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado»²⁷³, o que veio efectivamente a acontecer e culminou na cessação do tarifário por determinação do ICP-ANACOM.
619. Alega ainda a arguida no §129 da defesa escrita²⁷⁴ que «[q]ualquer sistema de descontos de quantidade poderia ter esse efeito a menos que fosse desenhado de propósito para o não ter, ou seja, a menos que os escalões fossem definidos em termos tais que os objectivos e efeitos próprios do desconto de quantidade fossem substancialmente mitigados ou mesmo anulados».
620. Para a arguida «a Autoridade da Concorrência acaba por censurar um tipo de sistema que começou por, em abstracto, considerar legítimo, e por razões dificilmente conciliáveis com os motivos dessa legitimidade» (cf. §130 da defesa escrita²⁷⁵), não sendo a PTC o regulador e não tendo «qualquer obrigação de estabelecer descontos de quantidade que tenham por efeito igualizar e equilibrar as condições de concorrência» (cf. §130 e §131 da defesa escrita²⁷⁶).
621. Esclarece uma vez mais a Autoridade da Concorrência que os descontos de quantidade em si mesmos não são censuráveis, nem o princípio que lhes subjaz, ou seja, que os maiores compradores de um bem ou serviço auferem de descontos superiores relativamente aos menores compradores desse mesmo bem ou serviço.
622. Contudo, a definição de escalões de desconto e de taxas de desconto que beneficiem determinadas empresas em detrimento de outras sem qualquer justificação económica para tal (comportando um tratamento desigual de situações equivalentes), como é o caso do tarifário em apreço, constitui, nos termos analisados quer na NI quer (*infra*) na presente Decisão, um ilícito concorrencial e, embora, a PTC não seja o regulador e não tenha «qualquer obrigação de estabelecer descontos de quantidade que tenham por efeito

²⁷³ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

²⁷⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

igualizar e equilibrar as condições de concorrência», é uma empresa em posição dominante nos mercados identificados, com especiais deveres e responsabilidades à luz da legislação da concorrência.

623. Acresce que, tal como descrito pela Autoridade da Concorrência a título exemplificativo na presente Decisão (cf. §466 e ss.), é possível desenhar sistemas de descontos por escalões não discriminatórios, i.e., que não apliquem condições desiguais a prestações equivalentes, sem que «os objectivos e os efeitos próprios do desconto de quantidade fossem substancialmente mitigados ou mesmo anulados» (cf §129 da defesa escrita²⁷⁷).
624. Por último, no §132 da defesa escrita²⁷⁸, a arguida refere que «a Autoridade da Concorrência não tem base jurídica para censurar descontos apenas porque não são igualizadores. Esse é um tema que compete ao Regulador e que [...] este não descurou».
625. Relativamente a esta questão, designadamente no que respeita às competências da Autoridade da Concorrência e do ICP-ANACOM, bem como à possibilidade de conformação do comportamento da arguida com o regime jurídico da concorrência, remete-se para os pontos 4.1.2 e 4.1.3 *infra* da presente Decisão.

«Falta de justificação» (cf. título 5.6 da defesa escrita²⁷⁹)

626. Em face do entendimento da Autoridade da Concorrência de que as condições dos descontos de quantidade do tarifário em apreço eram discriminatórias, na medida em que conferiam às empresas do Grupo PT uma vantagem competitiva relativamente aos respectivos concorrentes, não justificada nem pelo respectivo volume de actividade, nem pelas economias de escala, a arguida observa que desconhece «situações em que tenha sido feito, por autoridades da concorrência ou pelos tribunais, um exercício rigoroso de correspondência entre escalões de descontos, volumes de actividade e economias de escala» (cf. §134 da defesa escrita²⁸⁰).

²⁷⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁷⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁸⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

627. A arguida considera natural que assim seja, na medida que uma «avaliação deste tipo de justificações acaba sempre por ser grosseira e aproximativa, sendo por demais evidente que o desconto de quantidade representa sobretudo um incentivo a comprar», tendo igualmente «implícito o desvio de clientela e o desincentivo a produzir o que se compra» (cf. §135 e §136 da defesa escrita²⁸¹).
628. Para a PTC é «assim desejável e intuitivo que as percentagens dos descontos de quantidade cresçam à medida que se sobe de escalão e que o próprio intervalo entre os descontos e os escalões aumente quanto maior for o escalão/volume de facturação», o que já «acontecia nos tarifários anteriores e posteriores ao Tarifário de Março de 2003» (cf. §137 da defesa escrita²⁸²).
629. Quanto a estes aspectos há que esclarecer, por um lado, em face da identificação, pela Autoridade da Concorrência, do carácter discriminatório do sistema de descontos associado ao tarifário em apreço (cf. análise constante do ponto 2.4.5 da NI), a existência de uma justificação económica para definição dos escalões e taxas de desconto nos termos descritos poderia, eventualmente, determinar uma solução diversa do ponto de vista do direito concorrência.
630. Por outro lado, contrariamente ao alegado pela arguida no §134 da defesa escrita²⁸³, por diversas vezes os Tribunais Comunitários (TJCE e o Tribunal de Primeira Instância - TPI) e a Comissão Europeia se pronunciaram sobre a relação «entre escalões de descontos, volumes de actividade e economias de escala».
631. Veja-se, entre outros, os casos oportunamente citados pela Autoridade da Concorrência na NI (§407 e nota de rodapé n.º 142, referente ao §418) e referidos pela arguida na defesa escrita (§73 e ss., §133, §315 e ss.)²⁸⁴:
- i. Acórdão do TJCE, de 9 de Novembro de 1983, no processo Michelin/Comissão Europeia²⁸⁵;

²⁸¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁸² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁸³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁸⁴ Cf. igualmente Massimo Motta (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, CUP.

²⁸⁵ Cf. Acórdão do TJCE, de 09.11.1983, Michelin/Comissão Europeia, 322/81, ECR 1983, p. 03461.

- ii. Acórdão do TJCE, de 29 de Março de 2001, República Portuguesa/Comissão (Aeroportos Portugueses)²⁸⁶, na sequência da Decisão da Comissão das Comunidades Europeias n.º 1999/198/CE, de 10 de Fevereiro de 1999 (Aeroportos Portugueses)²⁸⁷;
- iii. Decisões da Comissão das Comunidades Europeias n.º 95/364/CE, de 28 de Junho de 1995 (Aeroportos Belgas)²⁸⁸; e n.º 2000/521/CE, de 26 de Julho de 2000 (Aeroportos Espanhóis)²⁸⁹; e
- iv. Decisão da Comissão das Comunidades Europeias n.º 94/210/CE, de 29 de Março de 1994 (HOV SVZ/MCN)²⁹⁰.

632. Em todos estes processos o TJCE e a Comissão Europeia consideraram que, para efeitos de (eventual) justificação objectiva dos abusos de posição dominante traduzidos na concessão de descontos, razões económicas e, em particular, as economias de escala, deveriam ser mobilizadas²⁹¹.

633. Para além destes casos, o Acórdão do TPI, de 30 de Setembro de 2001, no processo Michelin/Comissão Europeia²⁹² é especialmente esclarecedor ao afirmar, a propósito dos descontos de quantidade que:

- i. *«Para apreciar o eventual carácter abusivo de um sistema de bónus de quantidade, devem-se, portanto, analisar todas as circunstâncias, nomeadamente os critérios e as modalidades da concessão de descontos e*

²⁸⁶ Cf. Acórdão do TJCE, de 29.03.2001, República Portuguesa/Comissão Europeia, Processo C-163/99, Colectânea de Jurisprudência 2001 p. I-02613.

²⁸⁷ Cf. Jornal Oficial, L 69, de 16.03.1999.

²⁸⁸ Cf. Jornal Oficial, L 216, de 12.09.1995.

²⁸⁹ Cf. Jornal Oficial, L 208, de 18.08.2000.

²⁹⁰ Cf. Jornal Oficial n.º L 104 de 23.04.1994 p. 0034.

²⁹¹ Cf. Acórdão do TJCE, de 29.03.2001, República Portuguesa/Comissão Europeia, §49 e ss., Processo C-163/99, Colectânea de Jurisprudência 2001 p. I-02613: «A Comissão aceita que uma empresa na situação de posição dominante possa conceder reduções de quantidade. No entanto, era necessário que essas reduções se justificassem por razões objectivas, ou seja, que permitissem à empresa em causa realizar economias de escala. [...] Todavia, quando os limiares dos diferentes escalões de redução, conjugados com as taxas praticadas, conduzem a que as reduções, ou reduções suplementares, só beneficiem determinados parceiros comerciais, concedendo-lhes uma vantagem económica não justificada pelo volume de actividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar relativamente aos seus concorrentes, um sistema de redução de quantidades acarreta a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes.» etc.; Acórdão do TJCE, de 09.11.1983, Michelin/ European Commission, 322/81, ECR 1983, p. 03461, n.º 71 «S'agissant plus particulièrement de l'octroi de rabais a ses clients par une entreprise en position dominante, le cour a décidé, dans ses arrêts du 16 Décembre 1975 (Suiker Unie et autres, affaires 40-48, 50, 54-56, 111, 113 et 114/73, recueil p. 1663) et du 13 février 1979 (Hoffmann-la Roche, affaire 85/76, recueil p. 461), qu' a la différence d'un rabais de quantité, lie exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé, un rabais de fidélité, tendant a empêcher, par la voie de l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents, constitue un abus au sens de l'article 86 du Traité.».

²⁹² Cf. Acórdão do TPI, de 30.09.2003, Michelin/Comissão Europeia, Processo T-203/01, Jornal Oficial n.º C 331 de 24.11.01, §48 a §109.

apurar se esses descontos tendem, através de uma vantagem que não assenta em qualquer prestação económica que a justifique»;

- ii. *«Nestas condições, importa examinar se, apesar das aparências, o sistema de bónus de quantidade aplicado pela recorrente assenta numa prestação económica que a justifique [...] ou, por outras palavras, se retribui uma economia de escala realizada pela recorrente devido às encomendas de quantidades elevadas. Com efeito, se o aumento da quantidade fornecida se traduzir por um custo inferior para o fornecedor, este tem o direito de fazer beneficiar o seu cliente dessa redução através de uma tarifa mais favorável (conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Portugal/Comissão, referidos no n.º 58 supra, n.º 106)»;*
- iii. *«Deve recordar-se que, segundo uma jurisprudência consolidada, os bónus concedidos por uma empresa em posição dominante devem assentar numa prestação económica que a justifique (v., acórdãos Michelin/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 85; Irish Sugar/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 114; e Portugal/Comissão, referido no n.º 58 supra, n.º 52). Um sistema de bónus de quantidade é, portanto, compatível com o artigo 82.º CE se a vantagem concedida aos revendedores for justificada pelo volume de actividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar (acórdão Portugal/Comissão, referido no n.º 58 supra, n.º 52)»;*
- iv. *«Antes de mais, não se pode deixar de observar, que, na decisão impugnada, a Comissão refere expressamente esta jurisprudência ao explicar que um desconto só pode corresponder às economias de escala realizadas pela empresa em virtude das aquisições suplementares feitas pelos consumidores (considerando 216). Após análise, e parafraseando o acórdão Michelin/Comissão, referido no n.º 54 supra, a Comissão conclui que o sistema dos bónus de quantidade não assenta[va] em qualquer justificação económica (considerando 227 da decisão impugnada)»;*
- v. *«Importa examinar, em seguida, se a recorrente demonstrou que o sistema de bónus de quantidade, que apresenta as características de um sistema de descontos de fidelidade, assenta numa justificação económica objectiva (v., neste sentido, acórdãos Irish Sugar/Comissão, referido no n.º 54 supra, n.º 188, e Portugal/Comissão, referido no n.º 58 supra, n.º 56)»;*
- vi. *«Há que observar que a recorrente não fornece qualquer indicação concreta a este respeito. Refere apenas que as encomendas de quantidades elevadas acarretam economias e que o cliente tem o direito a que tais economias se repercutam nos preços que paga (n.º 57 da petição). Reporta-se, além disso, à sua resposta à comunicação de acusações e à transcrição da audição (n.º 91*

da réplica). Longe de demonstrar que os bónus de quantidade se baseavam em economias reais de custo (conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Portugal/Comissão, referidas no n.º 58 supra, n.º 118), a recorrente limita-se a afirmar, de forma geral, que os bónus de quantidade eram justificados por economias de escala no domínio dos custos de produção e de distribuição (transcrição da audição, p. 62)»;

- vii. *«Ora, tal argumentação é demasiado geral e não basta para justificar economicamente a escolha das taxas de desconto efectuada para os vários escalões do sistema de bónus criticado (v., neste sentido, acórdão Portugal/Comissão, referido no n.º 58 supra, n.º 56)».*

634. Existindo ainda outros casos²⁹³ em que este mesmo Tribunal (TPI) já se havia pronunciado sobre esta questão.

635. Questionada pela Autoridade da Concorrência, logo no primeiro pedido de informação relativo a este processo de contra-ordenação, sobre a justificação económica/técnica subjacente à prática dos descontos²⁹⁴ inerente ao tarifário em apreço, a arguida indicou o seguinte²⁹⁵ (tal como sinteticamente descrito no §227 da NI):

- i. *«a proposta de reestruturação do tarifário da PT comunicações teve como objectivos: Simplificar a estrutura de descontos existente até então e aumentar a sua transparência; Proceder a uma redução dos preços base e do nível de descontos associado; Reflectir nos clientes os ganhos de eficiência derivados da aquisição de maiores quantidades»;*
- ii. *sendo que, para a arguida, o sistema de descontos «permitia, na prática, fazer uma transferência proporcional de benefícios, evitando desta forma que clientes com pequenos volumes de contratação usufruíssem dos mesmos benefícios que clientes com volumes de contratação significativamente superiores, na medida em que apresentava um número adequado de escalões»;*

²⁹³ Cf., por exemplo, o Acórdão TPI, de 06.10.1994, Tetra Pak International SA v Comissão Europeia [1994] no processo T-83/91, ECR II-755, [207] *«O Tribunal constata que a análise detalhada da maioria dos contratos de venda ou de locação de máquinas, em Itália, de 1976 a 1986, revela, a preços actualizados, diferenças de preços, a curto prazo, entre 20% a 40%, ou mesmo, nalguns casos, entre 50% a mais de 60%, tanto no que respeita às máquinas assépticas como em relação às máquinas não assépticas. Na ausência de qualquer argumentação da recorrente que contribua para justificar objectivamente a sua política de preços, essas disparidades revelam incontestavelmente um carácter discriminatório (v. os n.os 170, 62 a 68, 158 a 161, bem como o anexo 6.4 da decisão)».*

²⁹⁴ Cf. Ofício AdC com ref.ª n.º OF/2696/2004/DMA/ADC, de 31.01.2005, de fls. 0181 a fls. 0182.

²⁹⁵ Cf. comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321.

- iii. referia, por outro lado, a PTC que «a prática de descontos foi desenhada com o intuito de atribuir proporcionalmente à contratação de serviços por um determinado operador os benefícios resultantes de economias de escala e ganhos de eficiência»; e, finalmente,
- iv. no que concerne ao desconto de quantidade/volume, de acordo com arguida, este «é justificado pela existência de economias de concentração na venda a um cliente, relativamente à consideração atomizada das unidades vendidas. Do ponto de vista do custeio existem áreas ao nível dos custos de cliente, como por exemplo, a gestão do cliente (atendimento e venda), a facturação e cobrança, o controlo de crédito, a publicidade, onde esse impacte é facilmente entendível».
636. Em face dos argumentos avançados pela arguida como justificativos dos limites dos escalões e taxas de desconto, a Autoridade da Concorrência, na NI, salientou que os mesmos não se mostravam suficientes para justificar objectivamente a adopção daquele tarifário, na medida em que não eram quantificados os ganhos de eficiência e/ou economias de escala (cf. §227 e §417 da NI).
637. Não obstante, na sua defesa escrita²⁹⁶, a arguida limitou-se a reproduzir argumentos idênticos aos que já desenvolvera na resposta ao primeiro pedido de informação, não elencando quaisquer factos que permitissem justificar (as condições d)aquele concreto tarifário.
638. Assim, segundo o §138 da defesa escrita²⁹⁷, a arguida considera que «estrutura de descontos implementada em Março de 2003 tinha ainda uma lógica económica associada, na medida em que visava reflectir nos clientes os ganhos de eficiência e as economias de escala derivados da aquisição de maiores quantidades, sendo que, adicionalmente, permitia fazer uma transferência proporcional de benefícios, evitando que clientes com pequenos volumes de contratação usufríssem dos mesmos benefícios que clientes com volumes de contratação significativamente superiores».
639. Segundo a arguida, os «ganhos de eficiência e as economias de escala estão relacionados quer com os custos de rede, quer com os custos de cliente. Em

²⁹⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁹⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

termos dos custos de rede, existe uma significativa redução de custos unitários sempre que existe uma parcela substancial de troços que são comuns» (cf. §139 da defesa escrita²⁹⁸).

640. Por outro lado, para a arguida, «a contratação de elevados volumes permite proceder a um dimensionamento mais eficiente a nível da rede, com optimização dos recursos e com conseqüente impacto nos custos» (cf. §140 da defesa escrita²⁹⁹).
641. No que aos custos de cliente diz respeito, a arguida entende que «a concentração de venda num cliente de volumes consideravelmente superiores, permite ter custos de cliente inferiores, designadamente, no atendimento e gestão das encomendas» (cf. §141 da defesa escrita³⁰⁰).
642. De acordo com a arguida, «[h]avendo uma associação proporcional entre elevados volumes de contratação e elevados volumes de facturação, os escalões de facturação mensal foram definidos tendo em consideração que existia uma grande discrepância entre os volumes de facturação provenientes dos diversos clientes, ascendendo a facturação do maior cliente a cerca de 150 milhões de euros anuais, enquanto que a do 10.º maior cliente era de cerca de 1 milhão de euros anuais» (cf. §142 da defesa escrita³⁰¹).
643. Refere ainda a arguida que a «PT Prime, sendo um operador de âmbito nacional que recorre unicamente à infra-estrutura da PTC, é não só o operador que mais contrata, como uma parcela substancial dos circuitos contratados têm troços comuns, terminando dentro das centrais da PTC, onde a PT Prime está co-instalada. Por outro lado, existe uma grande concentração de circuitos nas áreas urbanas, o que permite optimizar os recursos» (cf. §143 da defesa escrita³⁰²).

²⁹⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

²⁹⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁰⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁰¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁰² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

644. Neste sentido, entende a arguida que «[e]xistem assim razões mais do que suficientes para justificar a tabela de descontos em causa» (cf. §144 da defesa escrita³⁰³).
645. Considera também a arguida que «[e]xistem também formas de tornar ainda mais ajustados às especificidades e economias inerentes a cada caso os critérios de concessão de descontos, com base em razões objectivas estranhas às quantidades compradas embora relacionadas com economias de escala. Todavia esse exercício envolve um acréscimo substancial da complexidade do sistema, sendo que o ICP-ANACOM pretendia um sistema de descontos simples e transparente...» (cf. §145 da defesa escrita³⁰⁴).
646. Não parece à arguida «que seja exigível à PTC a *probatio diabolica* da absoluta e suficiente correspondência entre cada desconto, os ganhos associados a esse volume de actividade e as economias de escala inerentes à contratação de tais volumes de facturação» (cf. §146 da defesa escrita³⁰⁵).
647. Em face do exposto pela arguida, cumpre esclarecer que ainda que Autoridade da Concorrência admita as vantagens de simplificação, de transparência e de redução dos preços, inerentes à estrutura de descontos do tarifário de 01 de Março de 2003 (e igualmente do tarifário posterior) (cf. §227, §333 e §417 da NI), nenhuma destas razões se prende com a definição dos limites dos escalões e taxas de desconto nos termos adoptados, não obstante a que se defina um sistema de descontos com uma estrutura semelhante e não lesivo da concorrência.
648. Já no que respeita à justificação do sistema de descontos com base nas «economias de escala e ganhos de eficiência», entende-se que os argumentos descritos são aplicáveis genericamente a qualquer sistema de descontos de quantidade.
649. Com efeito, só a quantificação das eventuais poupanças de custos proporcionadas pela existência de economias de escala e/ou ganhos de eficiência poderia estar subjacente à definição, também quantitativa, dos limites e taxas de desconto aplicáveis no tarifário que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.

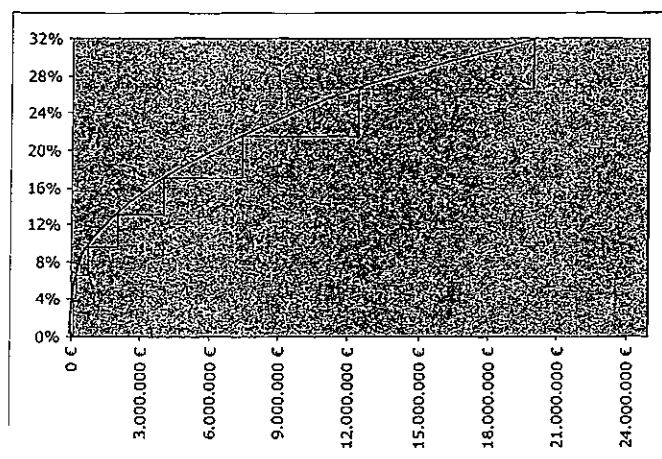
³⁰³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁰⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁰⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

650. Ora, conforme referido, a arguida, instada a fazê-lo, não avançou qualquer quantificação das eventuais poupanças de custos proporcionadas pela existência de economias de escala e/ou ganhos de eficiência no tarifário em apreço.
651. Aliás, observa-se que o sistema de descontos em causa e, em particular, a sua evolução em escada por degraus sucessivamente maiores é contrária àquela que seria expectável numa indústria em que os custos fixos são elevados e os custos marginais próximos de zero e em que, segundo a própria arguida, existem economias de escala, embora as mesmas não tenham sido objecto de qualquer demonstração ou quantificação.
652. De acordo com o Gráfico 4, observa-se que para o sistema de descontos em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, à medida que o volume aumenta, o aumento das taxas de desconto é sucessivamente maior (degraus sucessivamente maiores).

Gráfico 4 – Desconto mensal relativo à facturação de circuitos com débito até 34 Mbps: curva convexa (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



Fonte: AdC, com base na comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

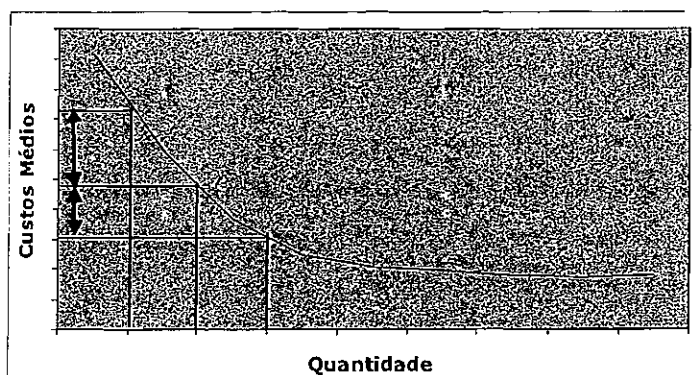
653. Ou seja, do Escalão H para o Escalão G, o aumento da taxa de desconto corresponde a 2,5%, do Escalão G para o Escalão F o aumento é de 3%, do Escalão F para o Escalão E o aumento traduz-se em 3,5%, do Escalão E para o Escalão D o aumento corresponde a 4%, do Escalão D para o Escalão C o aumento é de 4,5%, Escalão C para o Escalão B o aumento traduz-se em 5% e, finalmente, do Escalão B para o Escalão A corresponde a 5,5%.

A.A.

A.A.

654. Logo, também segundo o Gráfico 4, é possível verificar que a única curva de custos médios compatível com o sistema de descontos da arguida, de tal forma que a evolução do custo médio com o aumento do nível de produção seja reflectida na política de desconto, corresponde a uma curva que apresenta uma forma convexa.
655. Pelo contrário, de acordo com a teoria económica³⁰⁶, perante a existência de custos fixos muito elevados e de custos marginais de produção próximos de zero (que se traduzem na existência de economias de escala), como é o caso da indústria de telecomunicações, seria expectável que a curva de custos médios de longo prazo apresentasse a forma côncava observada no Gráfico 5.

Gráfico 5 - Curva de custos médios de longo prazo



Fonte: gráfico exemplificativo elaborado pela AdC.

656. Da análise da curva de custos médios e, em particular, da sua forma côncava, verifica-se que à medida que a quantidade produzida aumenta, os decréscimos observados nos custos médios são sucessivamente menores.
657. Ora, o sistema de descontos em apreço tem subjacente exactamente o contrário, i.e., à medida que o volume aumenta, o aumento das taxas de desconto é sucessivamente maior (o que pressuporia decréscimos nos custos médios também sucessivamente maiores), daqui resultando que os argumentos aduzidos pela arguida a propósito da existência de economias de escala não justificam (não podem justificar) a definição do sistema de descontos nos termos descritos.

³⁰⁶ Cf., por exemplo, Varian, Hal R., *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach, Seventh Edition*, 2005.

658. A este propósito refira-se ainda que, segundo o ICP-ANACOM, no parecer que emitiu no âmbito do presente processo³⁰⁷, o facto da definição do sistema de descontos não ser justificada pela existência de economias de escala não resulta evidente dos Gráfico 4 e Gráfico 5 *supra*.
659. Segundo o regulador, para que as curvas (subjacentes aos Gráfico 4 e Gráfico 5) sejam comparáveis, os eixos das ordenadas e das abcissas deveriam representar exactamente as mesmas unidades.
660. Com o objectivo de efectuar a comparação relevante, o ICP-ANACOM representa uma função que considera ser a curva de custos médios associada ao sistema de descontos, concluindo que, «sendo certo que a altura dos degraus (decréscimos observados nos custos médios) são sucessivamente maiores, também é certo que o comprimento dos mesmos (variação de quantidade produzida) é também maior, resultando numa curva de custos médios de longo prazo igualmente côncava»³⁰⁸ e, portanto, compatível com a curva de custos médios representada no Gráfico 5, que pressupõe a existência de economias de escala.
661. A Autoridade da Concorrência esclarece, em primeiro lugar, que não comparou as curvas subjacentes aos Gráfico 4 e Gráfico 5 *supra*. De facto, a Autoridade não considera que estas curvas sejam comparáveis, desde logo porque a primeira representa um sistema de descontos baseado em volumes de facturação e a segunda uma curva de custos médios de longo prazo.
662. Pelo contrário, o que a Autoridade sustenta, na sequência do alegado pela arguida na defesa escrita que apresentou³⁰⁹, é que a definição do sistema de descontos em apreço, em que os descontos são sucessivamente maiores à medida que a quantidade aumenta, não é (não pode ser) justificada pela existência de economias de escala, em que as diminuições nos custos médios são sucessivamente menores para aumentos da quantidade produzida.
663. Considera, por isso, a Autoridade da Concorrência que esta conclusão não é infirmada pelo exercício efectuado pelo ICP-ANACOM.

³⁰⁷ Cf. parecer do regulador de 09 de Abril de 2008, ponto 1.5 da presente Decisão.

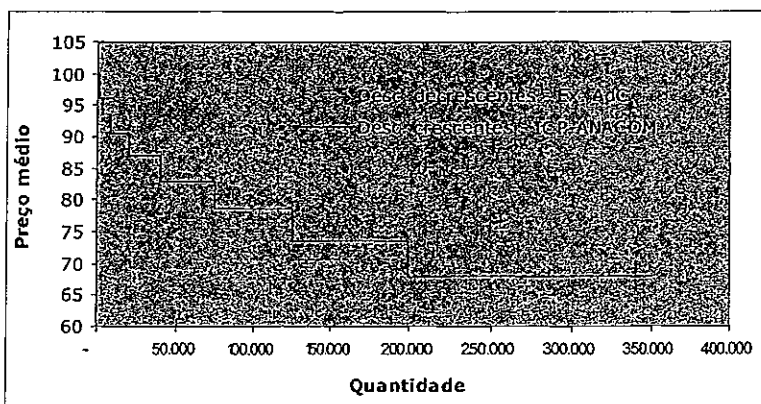
³⁰⁸ Cf. parecer do regulador de 09.04.2008, ponto 1.5 da presente Decisão.

³⁰⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

m
A
h

664. Por um lado, a função apresentada pelo ICP-ANACOM não representa a curva de custos médios subjacente ao sistema de descontos, na medida em que foi calculada com base em volumes de facturação cobrados a cada cliente final e não com base nos custos totais médios de produção da empresa.
665. Ou seja, a representação gráfica apresentada pelo ICP-ANACOM é uma função de preços médios na perspectiva de um cliente final e não uma curva de custos médios de produção, em que estes últimos dependem exclusivamente da quantidade total produzida e não do que é pago por cada um dos clientes (facturação).
666. Por outro lado, observa-se no Gráfico 6 que a forma da curva de preços médios subjacente ao sistema de descontos em apreço (estimada pelo ICP-ANACOM), em que os descontos são sucessivamente maiores à medida que a quantidade aumenta (descontos crescentes), é similar à que se obteria para um sistema em que os descontos são sucessivamente menores para aumentos da quantidade produzida (descontos decrescentes compatíveis com a existência de economias de escala)³¹⁰.

Gráfico 6 – Funções de preços médios

Fonte: AdC, com base na comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

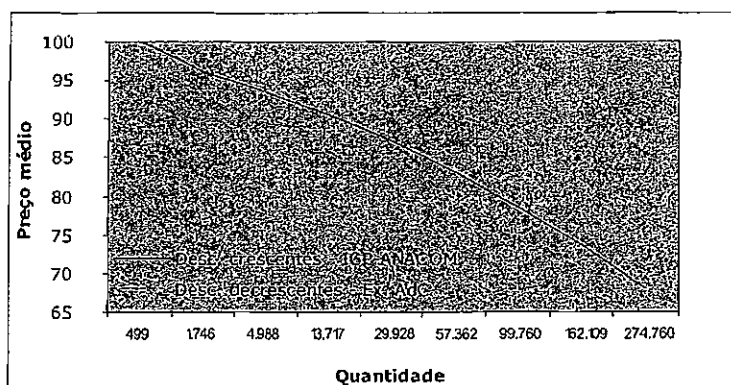
³¹⁰ Na estimação das curvas de preços médios, a Autoridade da Concorrência considerou um preço de referência de 100 Euros que permitiu calcular quantidades a partir de volumes de facturação e preços médios com base nas taxas de desconto.

Acresce que o exemplo de sistema de descontos decrescentes avançado pela Autoridade da Concorrência pressupõe que os escalões de facturação coincidem com os do sistema de descontos em apreço na presente Decisão, embora as taxas de desconto consideradas tenham uma evolução decrescente e inversamente proporcional.

A.

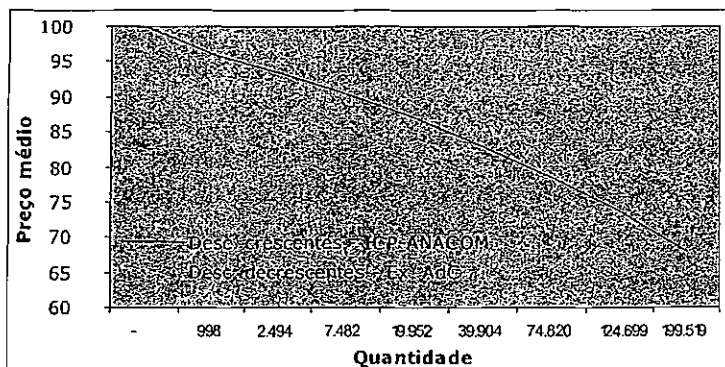
667. Deste modo, à primeira vista, a função de preços médios de um cliente final nada permite concluir quanto à compatibilidade de um sistema de descontos com a existência (ou não) de economias de escala.
668. No entanto, representando as curvas subjacentes aos pontos médios e pontos extremos dos intervalos das funções de preços médios dos dois sistemas de descontos (crescente e decrescente) – metodologia que visa uma aproximação em formato de curva à função em degraus constante do Gráfico 6 – é possível comparar a convexidade/concavidade das mesmas e, logo, aferir da sua compatibilidade ou incompatibilidade com a existência de economias de escala.
669. Nos Gráfico 7 e Gráfico 8, observa-se que o sistema de descontos da PTC pressupõe uma forma convexa, enquanto que o sistema de descontos exemplificativo da Autoridade tem subjacente uma forma côncava, o que uma vez mais ilustra a incompatibilidade do primeiro sistema de descontos (e a compatibilidade do segundo) com a existência de economias de escala nos termos alegados pela arguida na defesa escrita.

Gráfico 7 - Curva subjacente aos pontos médios dos intervalos



Fonte: AdC, com base na comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

Gráfico 8 – Curva subjacente aos pontos extremos dos intervalos



Fonte: AdC, com base na comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005 (fls. 0185 a fls. 0321).

670. Uma outra dimensão da análise da incompatibilidade do sistema de descontos em apreço com a existência de economias de escala prende-se com o facto de que, tal como referido no §255 da NI (§447 e ss. da presente Decisão), as poupanças de custo inerentes às economias de escala resultarem da totalidade da capacidade instalada, e não da capacidade instalada para dar resposta a uma solicitação de um determinado cliente individualmente considerado.
671. Assim, as primeiras quantidades contratadas por um determinado cliente geram exactamente os mesmos benefícios que as primeiras quantidades contratadas por outro qualquer cliente, independentemente do total contratado por cada um deles.
672. Logo, também por esta razão, o desenho do sistema de descontos em apreço não é coerente com a existência de economias de escala nos termos em que a arguida as alega, sem demonstrar.
673. Finalmente, refira-se que nunca a Autoridade da Concorrência exigiu à PTC «a *probatio diabolica* da absoluta e suficiente correspondência entre cada desconto, os ganhos associados a esse volume de actividade e as economias de escala inerentes à contratação de tais volumes de facturação» (cf. §146 da defesa escrita³¹¹), exigindo, no entanto, a fundamentação factual e a

³¹¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

quantificação necessárias à sustentação da adopção do tarifário naqueles termos³¹².

674. Aliás, a responsabilidade pela prova neste âmbito tem que ser, necessariamente, da arguida – pois a existirem, tratar-se-iam de elementos seus³¹³.

675. Em face do exposto pela Autoridade da Concorrência, conclui-se que a arguida não apresenta justificação para a adopção do tarifário em análise, não oferecendo quer na resposta ao primeiro pedido de informação da Autoridade, quer na defesa escrita, qualquer argumento factual ou elemento probatório que permita inferir que a definição dos escalões e das taxas de desconto do tarifário que vigoraram a partir de 01 de Março de 2003 se sustentava na existência de economias de escala e/ou em ganhos de eficiência.

3.4.7 Efeitos do comportamento da arguida

676. Não apenas o comportamento da arguida foi – e os comportamentos daquele género, abstractamente considerados, são – aptos a produzir, como efectivamente produziram, em diversos mercados distintos, os efeitos que se descrevem nos pontos seguintes.

3.4.7.1 Impacto do tarifário de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 nos diversos mercados

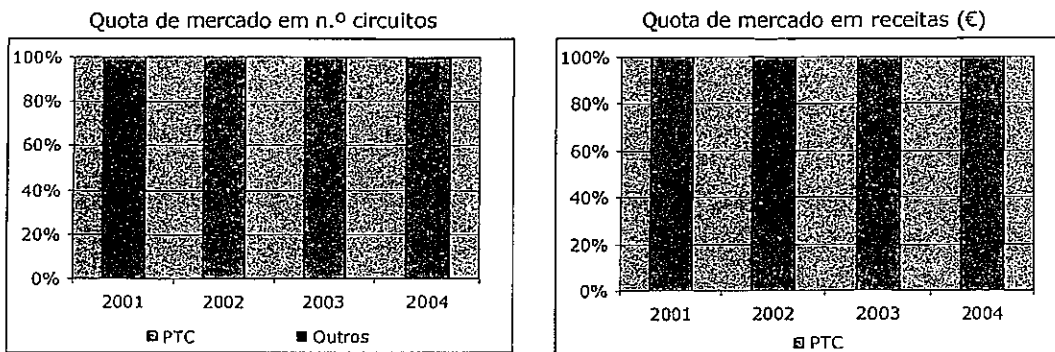
677. O impacto do tarifário em apreço repercutiu-se directamente nos mercados grossistas relevantes de circuitos alugados, mas também no mercado retalhista para o mesmo serviço e, indirectamente, nos mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas (e.g. serviços telefónicos publicamente disponíveis em local fixo, serviços de acesso em banda larga, serviços de comunicações móveis, entre outros), com efeitos nos preços dos serviços e na estrutura de mercado (nomeadamente em termos de quotas).

³¹² Conforme oportunamente referido, só a quantificação das eventuais poupanças de custos proporcionadas pela existência de economias de escala e/ou ganhos de eficiência poderia estar subjacente à definição, também quantitativa, dos limites e taxas de desconto aplicáveis no tarifário que vigorou entre 01.03.2003 e 07.03.2004 (cf. §649 da presente Decisão).

³¹³ Cf. a este propósito e neste sentido, entre outros, a jurisprudência referida nos §630 e ss., *supra*.

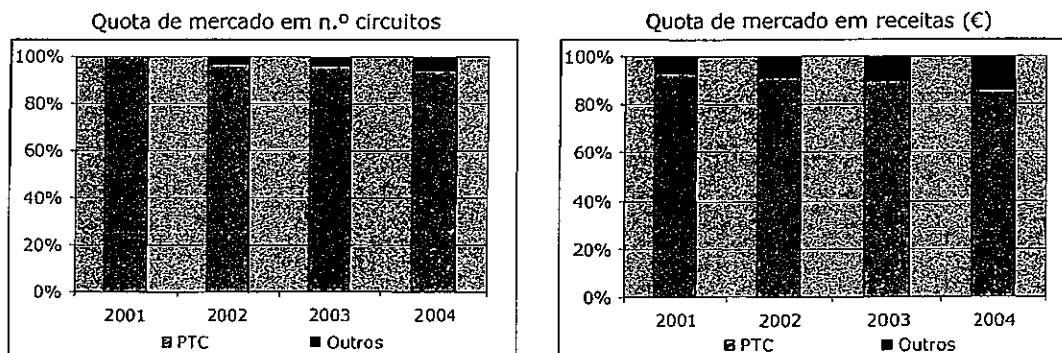
678. No que respeita aos mercados grossistas relevantes (cf. Gráfico 9 e Gráfico 10), verifica-se que o tarifário em análise potenciou a manutenção da estrutura de mercado existente, designadamente ao contribuir para a permanência das quotas da PTC em valores próximos dos 100%³¹⁴.

Gráfico 9 – Quotas no mercado grossista de segmentos terminais de circuitos alugados



Fonte: Decisão da AdC relativa à operação de concentração Ccent. n.º 8/2006 - Sonaecom/PT, de 22.12.2006, disponível em http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/vImages/2006_08_final_net.pdf.

Gráfico 10 – Quotas no mercado grossista de segmentos de trânsito de circuitos alugados



Fonte: Decisão da AdC relativa à operação de concentração Ccent. n.º 8/2006 - Sonaecom/PT, de 22.12.2006, disponível em http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/vImages/2006_08_final_net.pdf.

679. De facto, a estrutura de descontos do tarifário em apreço, em particular no que respeita aos prémios de permanência, desincentivava o crescimento da concorrência nos mercados grossistas de circuitos alugados, conforme análise *supra* (cf. ponto 3.4.6 e, em particular, o ponto 3.4.6.6).

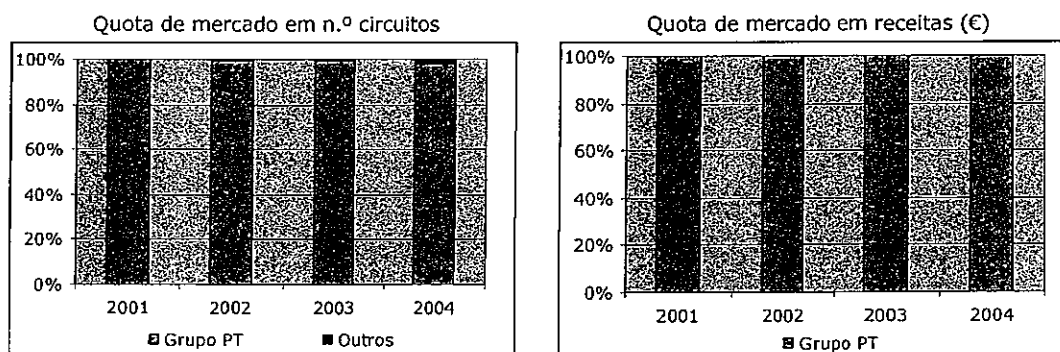
680. Por outro lado, as oportunidades que os operadores concorrentes teriam de obterem novos clientes são efectivamente afastadas, uma vez que as necessidades destes são satisfeitas pela PTC.

³¹⁴ Cf., também, §314 e ss. da NI.

A.

681. No que concerne ao mercado retalhista de circuitos alugados, observa-se no Gráfico 11 que a aplicação do tarifário em apreço possibilitou também a perpetuação da estrutura do mercado existente, contribuindo para a manutenção das quotas das empresas do Grupo PT próximas dos 100%³¹⁵.

Gráfico 11 – Quotas no mercado retalhista de circuitos alugados



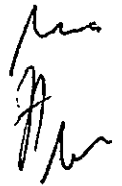
Fonte: Decisão da AdC relativa à operação de concentração Ccent. n.º 8/2006 - Sonaecom/PT, de 22.12.2006, disponível em http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/vImages/2006_08_final_net.pdf.

682. De facto, o sistema de descontos daquele tarifário e a forma como foi aplicado, impedindo que os operadores concorrentes das empresas do Grupo PT beneficiassem das condições (mais vantajosas) aplicáveis a estas, sobrecarregou o preço do serviço de circuitos alugados prestado por aqueles operadores no mercado retalhista, inibindo o crescimento destes e potenciando o seu afastamento daquele mercado.
683. Acresce que, no período em que vigorou o tarifário em análise (e até à deliberação do ICP-ANACOM de 08 de Julho de 2005³¹⁶), não impedia sobre a PT Prime qualquer obrigação de carácter regulamentar, designadamente de controlo de preços, pelo que esta empresa era livre para definir o nível de preços que praticaria no mercado de retalho.
684. Quanto aos restantes mercados afectados, isto é, aqueles em que se utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas, verifica-se igualmente uma sobrecarga do preço dos serviços prestados pelos operadores alternativos (em termos idênticos aos descritos nos parágrafos anteriores) por via do tarifário grossista de

³¹⁵ Cf., também, §314 e ss. da NI.

³¹⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

A.



circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.

685. A este propósito a ONI referiu «a impossibilidade de fornecer informação que contemple objectivamente a totalidade dos efeitos provocados pela prática da PTC em matéria de circuitos alugados, por se não dispor de elementos que permitam uma avaliação objectiva, fundamentada e quantificada dos efeitos indirectos a nível dos mercados grossista e empresarial»³¹⁷.
686. Não obstante aquela empresa apontou os seguintes efeitos indirectos na sua estratégia, resultantes da prática pela PTC do regime de descontos objecto de denúncia:
- i. «Decisões de não apresentação de propostas pela ONITELECOM a certos concursos para serviços de comunicações electrónicas suportados em circuitos alugados à PTC por ausência de condições económicas satisfatórias que permitissem apresentar propostas competitivas face às empresas do Grupo PT que se apresentam normalmente a todos os concursos e que no caso concreto detinham melhores condições de oferta de serviços»;
 - ii. «Concursos perdidos pela ONITELECOM por falta de competitividade das suas propostas, derivada dos custos líquidos acrescidos da oferta grossista de circuitos alugados da PTC face aos praticados com as empresas do Grupo PT»;
 - iii. «Margens mais reduzidas em concursos que foram adjudicados à ONITELECOM por via da necessidade de apresentação de propostas com preços mais baixos, face aos custos líquidos acrescidos que a ONITELECOM teve de suportar com a oferta grossista de circuitos alugados»³¹⁸.

3.4.7.2 Simulações: impacto quantitativo

687. Ainda no contexto dos efeitos resultantes da aplicação do tarifário grossista de aluguer de circuitos da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, a Autoridade da Concorrência procurou também averiguar o

³¹⁷ Cf. comunicação ONI com ref.^a n.º 019/CA, de 26.01.2007, de fls. 0453 a fls. 0461.

³¹⁸ Cf. comunicação ONI com ref.^a n.º 019/CA, de 26.01.2007, de fls. 0453 a fls. 0461.

Af.

impacto (quantitativo) deste tarifário no montante de descontos auferido por cada empresa, ao invés do tarifário que o antecedeu e do tarifário que o sucedeu.

688. Para tal propôs³¹⁹ a realização de duas simulações: (i) simulação da aplicação do tarifário anterior aos dados referentes ao período compreendido entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, e (ii) simulação da aplicação do tarifário posterior aos dados referentes ao período compreendido entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
689. Adicionalmente, procurou averiguar a importância relativa do serviço de aluguer de circuitos no custo da prestação de serviços de comunicações electrónicas³²⁰.

Simulação I

690.

691.

692.



³¹⁹ Cf. ofício AdC com ref.^a n.º S-AdC-OF/1454/2005/DMA, de 19.10.2005, de fls. 0411 a 0416.

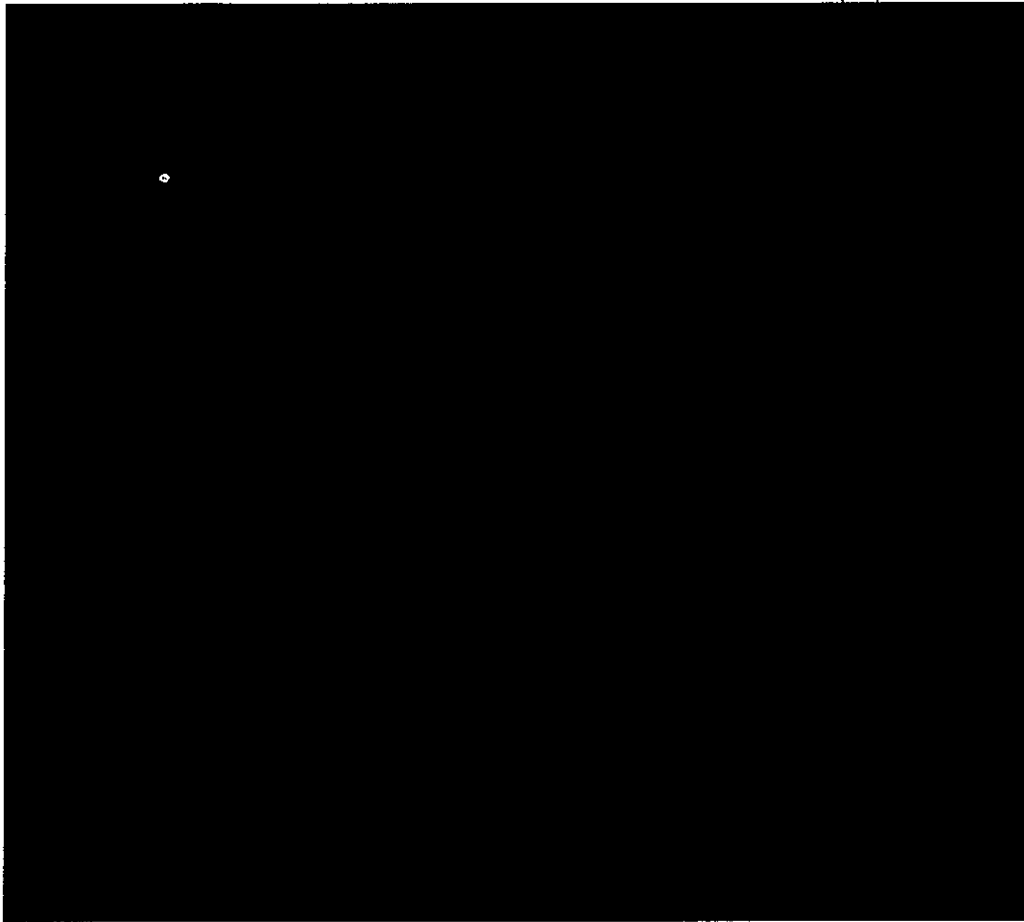
³²⁰ Cf. Ofício AdC com ref.^a n.º OF/4559/2006/DMA, de 12.12.2006, de fls. 0449 a fls. 0450.



693.

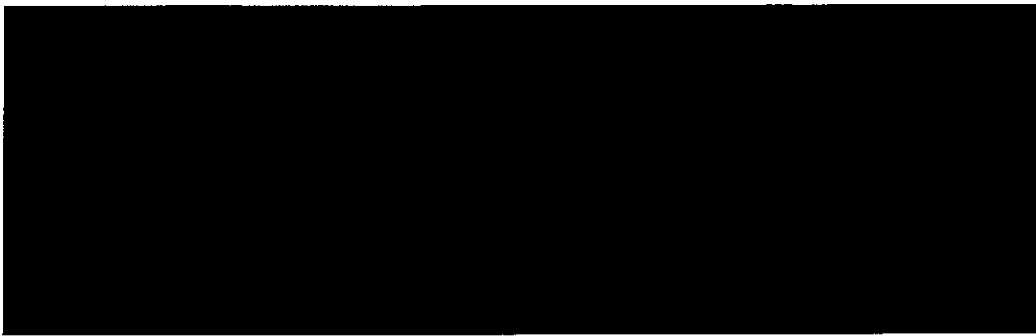
694.

695.



Simulação II

696.



Af.

per
P. de

697.

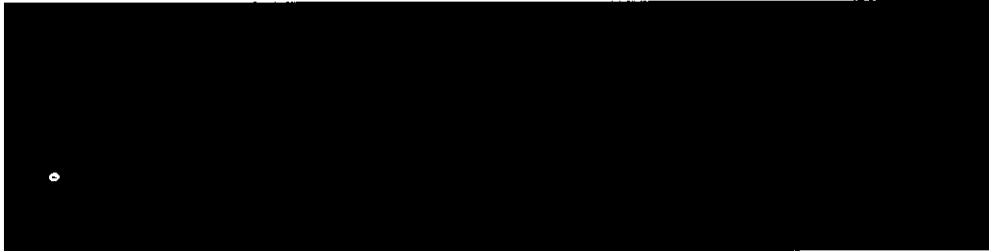
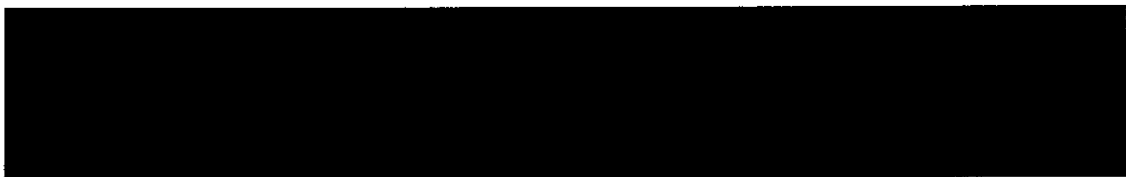


Tabela 19 – Diferenças no volume de descontos (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e simulação com tarifário posterior)

A large black rectangular redaction box covering the entire content of Table 19.

ff.

ff.
ff.
ff.

698.



Tabela 20 – Empresas em cada escalão do desconto de facturação (simulação com tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



699.

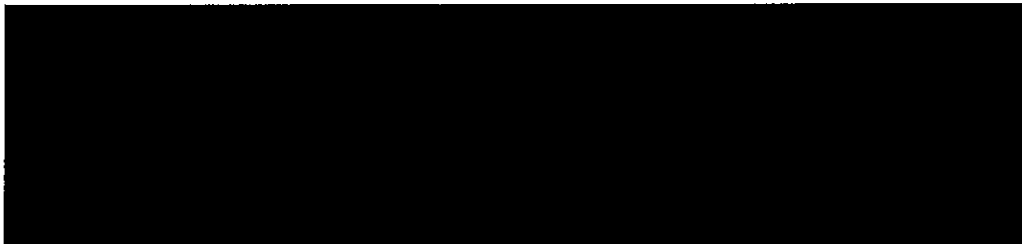
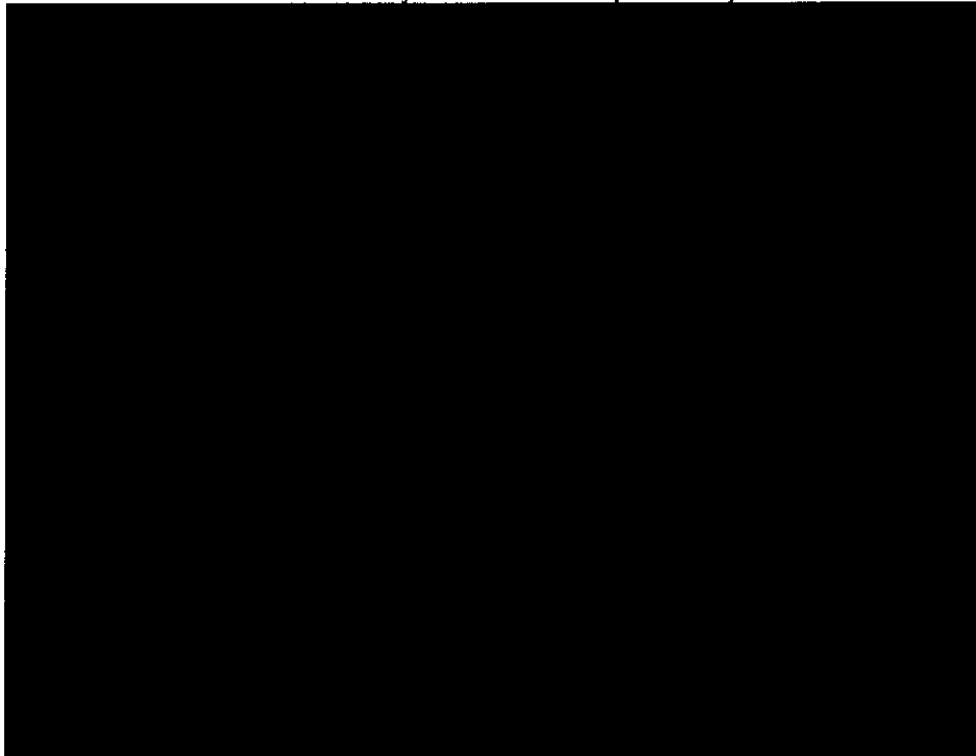
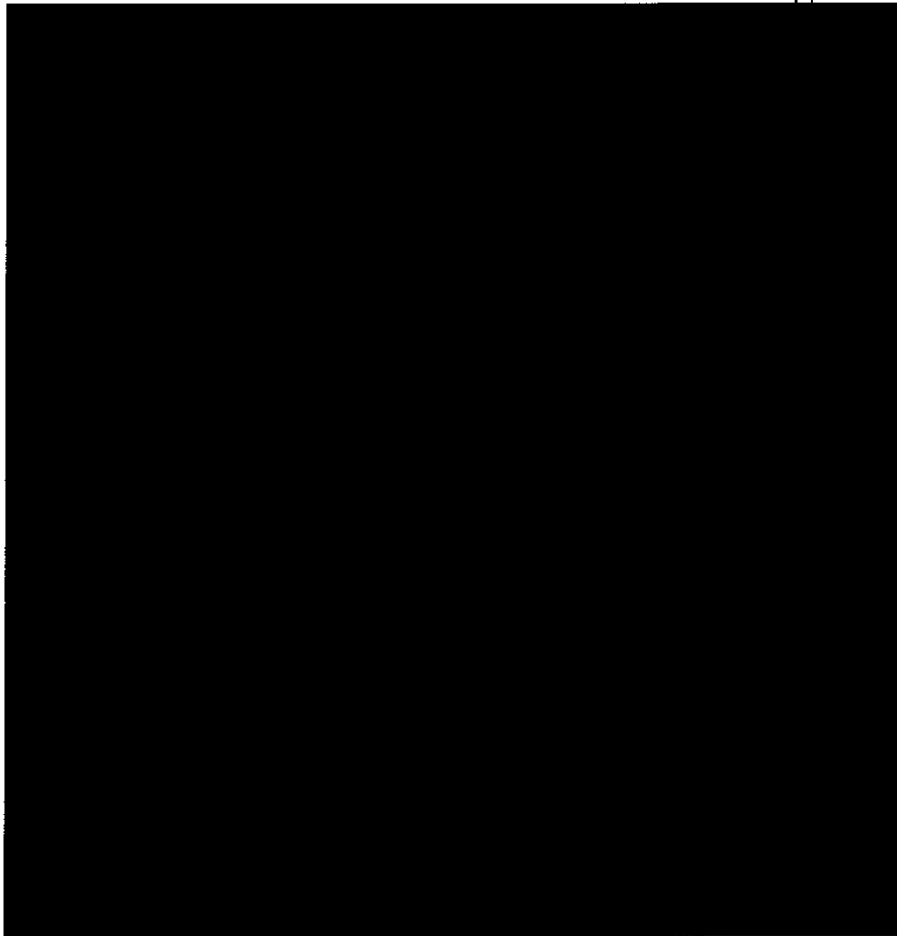


Tabela 21 – Taxas médias de desconto (tarifário aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004 e simulação com tarifário posterior)

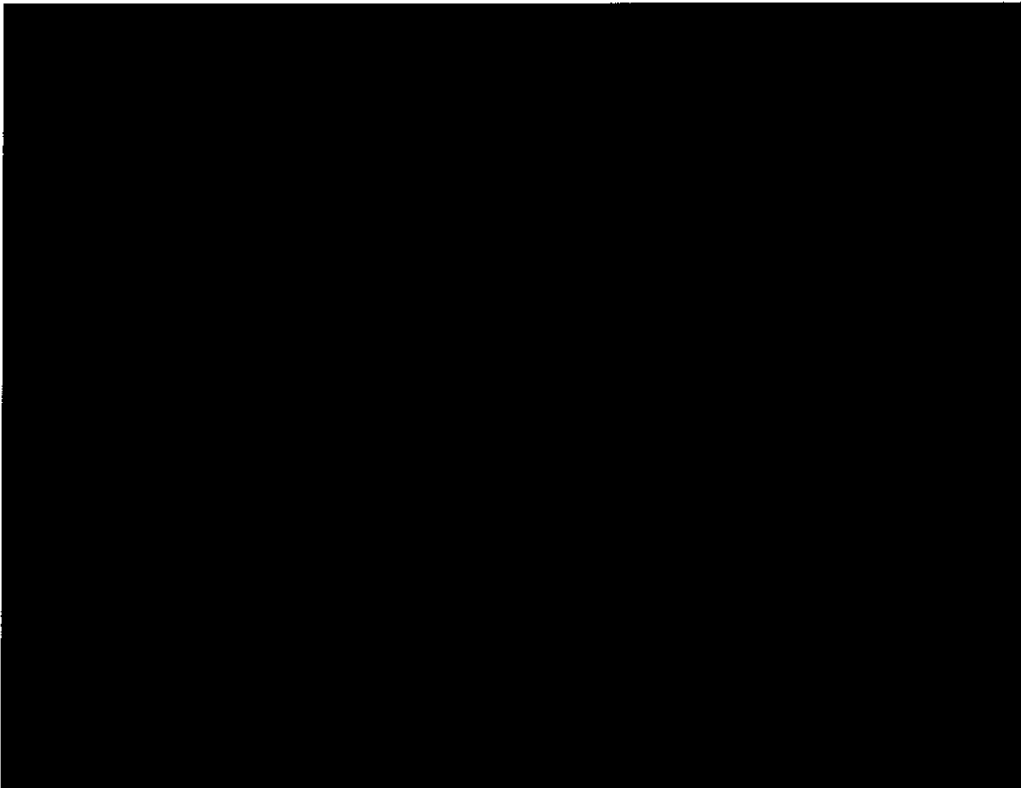


A.

[Handwritten signature]
[Handwritten signature]



700.



701.

Af.

for
ff
for

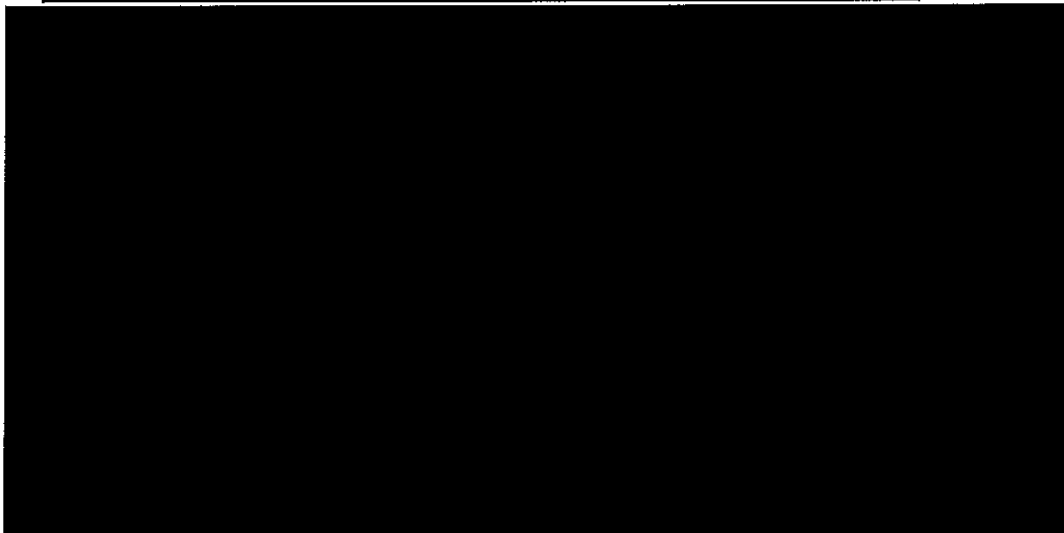
702.



Tabela 22 – Relação entre volumes de faturação e de desconto (simulação com tarifário posterior ao aplicável entre 01.03.2003 e 07.03.2004)



703.



704.

705.



706.

707.

3.4.7.3 Posição da arguida / Posição da AdC: Efeitos do comportamento da arguida

«Limitação de produção e do investimento» (cf. título 6 da defesa escrita³³⁴)

708. Sob o título «Limitação da Produção e do investimento» (cf. §147 e ss. da defesa escrita³³⁵), a arguida refere que o tarifário em análise «reduziu substancialmente o custo do aluguer de circuitos» e «procurou simplificar a política de descontos, de acordo com as orientações do ICP-ANACOM no sentido de uma maior transparência e alinhamento com as práticas europeias, corrigindo-se alguns desvios» (cf. §148 da defesa escrita³³⁶).
709. Entende a arguida que tal contraria o entendimento da Autoridade da Concorrência de que o tarifário em apreço e, em particular, a sua natureza discriminatória, limitou fortemente a actividade, expansão e investimento

³³² Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³³³ Cf. comunicação ONI com ref.^a n.º 019/CA, de 26.01.2007, de fls. 0453 a fls. 0461.

³³⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³³⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³³⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

mu
A
ber

dos concorrentes, e a sua entrada e permanência no mercado grossista e nos mercados adjacentes (cf. §147 da defesa escrita³³⁷).

710. Segundo a arguida, conforme o §149 da defesa escrita³³⁸, passaram a existir apenas dois tipos de descontos:

- i. «o desconto de facturação, cujos escalões foram criados para reflectir as perspectivas dos volumes de contratação após a liberalização do sector e que, contrariamente ao que sucedia com os descontos anteriores, não estavam dependentes da assinatura de qualquer contrato e da duração desse contrato»;
- ii. «o prémio de permanência, que se aplicava circuito a circuito e não obrigava a nenhum prazo contratual mínimo com o OTC, tendo a dupla vantagem de dar previsibilidade de custos aos operadores e de não os vincular a uma contratualização pré-definida, permitindo-lhes total flexibilidade para a definição das suas estratégias de investimento em infra-estruturas».

711. De acordo com a arguida, a «entrada em vigor do Tarifário de Março de 2003 conduziu a uma redução significativa dos preços líquidos dos circuitos alugados, que passaram a situar-se ao nível dos valores mais baixos praticados na União Europeia, facto que é reconhecido pelo ICP-ANACOM no sentido provável de deliberação de 12.4.2002, na Decisão de 19.9.2002 e na Decisão de 26.12.2002» (cf. §150 da defesa escrita³³⁹).

712. Conforme referido anteriormente, ainda que Autoridade da Concorrência admita as vantagens de simplificação, de transparência e de redução dos preços, inerentes à estrutura de descontos do tarifário de 01 de Março de 2003 (e igualmente do tarifário posterior) (cf. §227, §333 e §417 da NI), nenhuma destas razões se prende com a definição dos limites dos escalões e taxas de desconto nos termos adoptados, não obstante a que a arguida tivesse definido e aplicado um sistema de descontos com uma estrutura semelhante e não lesivo da concorrência.

³³⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³³⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

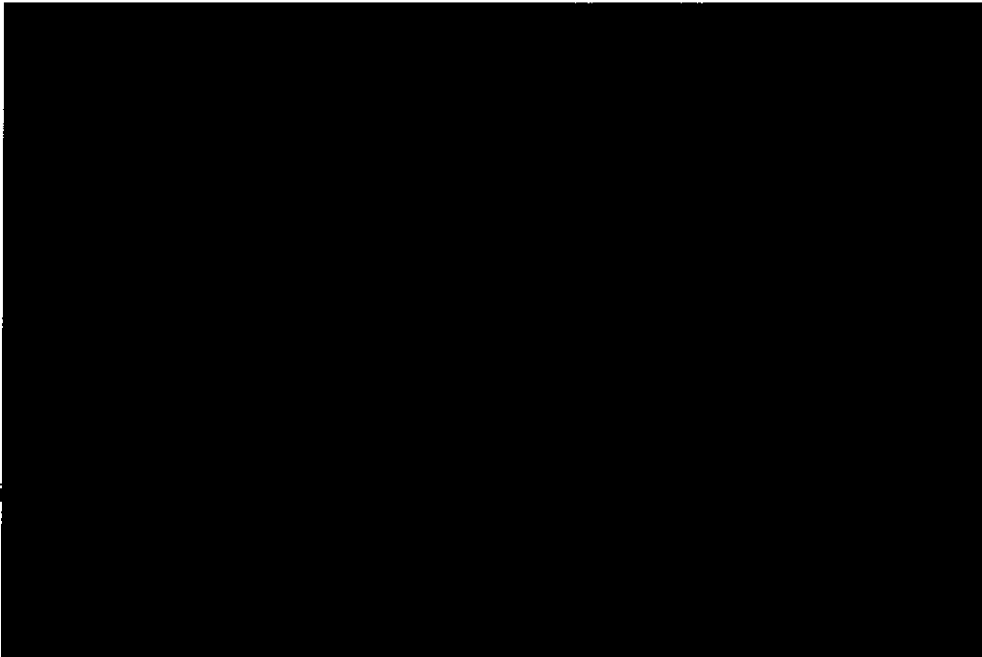
³³⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

713. Acresce que, contrariamente ao alegado pela arguida, o tarifário de circuitos alugados em apreço não foi alterado em conformidade com as orientações do regulador ou, pelo menos, não com todas as orientações, uma vez que na deliberação do Conselho de Administração de 10 de Fevereiro de 2004, o ICP-ANACOM determinou a cessação do tarifário em apreço e a sua reestruturação no sentido de garantir a adequação do sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado (cf. §194, §261, §262, §375, §424 e ss. da NI).
714. Considera igualmente a arguida que «diversamente do que a Nota de Ilicitude dá a entender, o Tarifário de Março de 2003 não parece ter influenciado o posicionamento relativo dos principais operadores quando comparado com o tarifário anterior e com o tarifário posterior, o que resulta patente quando olhamos para a respectiva facturação média mensal (valores em € s/ IVA) relativa à contratação de circuitos alugados à PTC entre 2000 e 2005» (cf. §151 da defesa escrita³⁴⁰).
715. De acordo com o §153 da defesa escrita³⁴¹, «o aumento da facturação mensal da PT Prime é constante e acentuou-se após o tarifário em causa na Nota de Ilicitude ter deixado de ser aplicado. O mesmo sucedeu em menor escala com a TMN».
716. Para a arguida, a «posição relativa da ONI pouco se alterou», embora a facturação da Vodafone e da Sonaecom tenha diminuído no período em causa e se tenha mantido estável posteriormente, «o que é seguramente explicado pelo facto de tanto a Vodafone como a Sonaecom terem respondido ao crescimento do sector através do desenvolvimento de infra-estruturas de rede próprias, dispensando em parte a oferta de circuitos da PTC» (cf. §154 da defesa escrita³⁴²).
717. No que concerne ao posicionamento relativo dos principais clientes do tarifário em análise, de salientar que os cálculos apresentados pela arguida dizem respeito à facturação média mensal no período entre 2000 e 2005.

³⁴⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁴¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁴² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

718. Refira-se, em primeiro lugar, que o indicador seleccionado, a facturação média mensal no período entre 2000 e 2005, não é o mais adequado para aferir do real impacto do tarifário.
719. Por um lado, o tarifário em análise esteve em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, pelo que ter como base o período compreendido entre 2000 e 2005 revela-se inadequado à realização de quaisquer comparações.
720. Por outro lado, a utilização apenas da facturação para aferir do posicionamento relativo dos operadores em termos de descontos revela-se igualmente inadequado.
721. Acresce que o recurso à facturação média mensal entre 2000 e 2005 dilui qualquer efeito observado em qualquer um dos anos.
722. Neste sentido, o indicador relevante para aferir do posicionamento relativo das empresas é (só pode ser) aquele que relaciona a facturação anual com os descontos auferidos, ou seja, a taxa média de desconto de que beneficiou cada um dos operadores.
723. 
724. A Autoridade analisou igualmente a evolução da facturação anual e dos descontos auferidos, observando-se que embora os volumes de facturação e

A.F.

mu
A
h

total de descontos tenham diminuído para todas as empresas durante a vigência do tarifário aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, a introdução deste tarifário teve um efeito assimétrico, tendo a PT Prime sido a empresa menos afectada pela diminuição de descontos como resultado da redução do volume de facturação.

725. À mesma conclusão chegou também o regulador sectorial na deliberação de 10 de Fevereiro de 2004³⁴³, em que o ICP-ANACOM concluiu, a propósito do tarifário em apreço, que «a aplicação da nova estrutura de descontos, definida pela PTC no âmbito da reformulação da sua oferta de circuitos alugados, originou: (a) a atribuição de percentagens de desconto mais elevadas às empresas do Grupo PT (TMN e PT Prime), comparativamente às percentagens de desconto atribuídas aos restantes prestadores; (b) a variação do posicionamento relativo dos vários operadores em relação ao desconto auferido, constatando-se que a actual estrutura de descontos beneficiou a PT Prime em prejuízo dos prestadores concorrentes» [sublinhado nosso] (cf. §425 da NI).
726. Refere ainda a arguida que «a Vodafone e a Sonaecom teriam obtido maiores descontos se o Tarifário de Março de 2003 tivesse atingido melhor os resultados pretendidos, ou seja, a cativação de ambas como clientes», «[m]as se isso não aconteceu, a conclusão a extrair é a de que o Tarifário de Março de 2003 não desincentivou o investimento em infra-estruturas alternativas, pelo contrário. Ou seja, relativamente à Vodafone e à Sonaecom o tarifário em causa poderá efectivamente ter tido o efeito oposto ao descrito pela Autoridade da Concorrência no libelo acusatório» (cf. §156 e §157 da defesa escrita³⁴⁴).
727. No §158 da defesa escrita³⁴⁵, considera a arguida que «só a ONI pode explicar porque razão não optou por um desenvolvimento mais agressivo em infra-estruturas de rede próprias em face de um tarifário que considerava desvantajoso e que no seu entender se traduzia na aplicação de preços monopolistas».

³⁴³ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³⁴⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁴⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

728. Entende ainda a arguida que «a redução ocorrida no parque de circuitos alugados [contratado] pela ONI à PTC não deve ter ficado a dever-se à alegada perda de clientes, por não conseguirem competir com a PT Prime, mas, muito possivelmente, ao investimento em infra-estrutura própria ou ao recurso a terceiros que não a PTC» (cf. §160 da defesa escrita³⁴⁶).
729. No que concerne à alegação da arguida de que «a Vodafone e a Sonaecom teriam obtido maiores descontos se o Tarifário de Março de 2003 tivesse atingido melhor os resultados pretendidos, ou seja, a cativação de ambas como clientes» (cf. §156 da defesa escrita³⁴⁷), cumpre salientar que tal não aconteceu em resultado da natureza discriminatória do tarifário (beneficiando apenas as empresas do Grupo PT), como se pode comprovar pela aplicação das condições do tarifário posterior à facturação registada no período em análise (cf. análise realizada pela Autoridade da Concorrência no ponto 2.4.6.2 – Simulação II).
730. Aliás, isto é verdade para todas as empresas clientes do serviço grossista de aluguer de circuitos da PTC, que auferiram em descontos menos 10.604.702 Euros no tarifário aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 do que aquilo que teriam auferido se tivesse estado em vigor neste período o tarifário posterior (cf. §334 da NI), vendo, como tal, a sua situação concorrencial agravada face às empresas do Grupo PT.
731. Acresce que concluir que a diminuição da facturação (e logo dos descontos) é sinónimo de investimento em infra-estrutura própria (não desincentivando o investimento), em detrimento do aluguer de circuitos à PTC, é no mínimo inexacto.
732. De facto, da transição do tarifário anterior para o tarifário em análise, observou-se uma diminuição do volume de facturação para todos os principais clientes da PTC, incluindo as empresas do Grupo PT e, em particular, a PT Prime que, segundo a arguida, recorre exclusivamente às infra-estruturas da PTC (cf. §143 da defesa escrita³⁴⁸).
733. Por outro lado, também de acordo com a arguida, o tarifário que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 caracterizou-se por

³⁴⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁴⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁴⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

preconizar uma significativa diminuição dos preços dos circuitos alugados (cf., por exemplo, §150 da defesa escrita³⁴⁹), o que naturalmente teve um impacto ao nível da facturação observada para cada cliente e sem que tenha havido qualquer decréscimo do parque de circuitos contratados.

734. Assim, a diminuição da facturação não é, obviamente, sinónimo de desenvolvimento de infra-estrutura pelos operadores alternativos.
735. Em particular, no que respeita à Vodafone, é ainda de salientar que a PTC desenvolveu um serviço especificamente destinado aos operadores de comunicações móveis, a «solução de transporte de capacidade», que foi contratada pela Vodafone em Setembro de 2003 (cf. §206 e ss., e §235 e ss. da NI).
736. Ora, a contratação de tal solução pela Vodafone traduziu-se numa diminuição do volume de facturação relevante para efeito do cálculo dos descontos associados aos circuitos com débito até 34 Mbps.
737. Em face do *supra*-exposto, nenhum dos argumentos avançados pela arguida permite concluir diferentemente daquilo que a Autoridade da Concorrência concluiu na NI e na presente Decisão.
738. Ou seja, o tarifário em análise e, em particular, a sua natureza discriminatória, limitava a actividade, expansão e investimento dos concorrentes, e a entrada e permanência no mercado grossista e nos mercados adjacentes, dos operadores alternativos, na medida em que estes incorriam em custos grossistas significativamente mais elevados (cf. §426 e ss. da NI) e não justificados do ponto de vista económico.
739. Pelo facto de incorrerem em custos mais elevados, a situação concorrencial dos operadores alternativos resultava conseqüentemente agravada face à das empresas do Grupo PT, o que aliás é tornado evidente pela manutenção da estrutura de mercado e consolidação da posição de domínio destas (cf. §314 e ss. da NI).

³⁴⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.F.

740. Nos §161 e ss. da defesa escrita³⁵⁰, a arguida aborda a temática dos prêmios de permanência. A este propósito remete-se para argumentação desenvolvida no ponto 3.4.6.6.1 *supra* da presente Decisão.

«Efeitos de exclusão» (cf. título 7 da defesa escrita³⁵¹)

741. Sob o título «Efeito de Exclusão» e, em particular, por se considerar na NI que o tarifário em apreço contribuiu para um efeito de exclusão da concorrência no mercado grossista e nos mercados adjacentes, a arguida entende ser necessário que a Autoridade da Concorrência «desenvolva bastante mais» este tema (cf. §171 da defesa escrita³⁵²).

742. Neste âmbito, a arguida refere o documento da Comissão Europeia "Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", citando o seu capítulo 5.1 que, no seu entender, reconhece que o verdadeiro objectivo e preocupação da aplicação do art. 82º era «to prevent exclusionary conduct of the dominant firm which is likely to limit the remaining competitive constraints on the dominant company, including entry of newcomers, so as to avoid that consumers are harmed. This means that it is competition, and not competitors as such, that is to be protected'» (cf. §172 da defesa escrita³⁵³).

743. De acordo com o supracitado documento, a arguida, remetendo para o capítulo 5.2, refere que qualquer conduta para ser considerada abusiva: «'must in the first place have the capability, by its nature, to foreclose competitors from the market. To establish such capability it is in general sufficient to investigate the form and nature of the conduct in question. It secondly implies that, in the specific market context, a likely market distorting foreclosure effect must be established. By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market'» (cf. §173 da defesa escrita³⁵⁴).

744. No que concerne à referência da arguida ao *Discussion Paper* da Comissão Europeia, não obstante o mesmo ser naturalmente tido em consideração na análise desenvolvida por esta Autoridade, deve relevar-se que se trata de

³⁵⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁵¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁵² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁵³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁵⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.f.

um documento em versão preliminar, submetido a consulta pública em Dezembro de 2005, e cujos contornos finais não são ainda conhecidos.

745. Acresce que a própria Comissão Europeia, consultada no contexto e a propósito do presente processo de contra-ordenação, nos termos do art. 11.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, não apresentou quaisquer comentários (cf. ponto 1.4 da presente Decisão).
746. Para arguida, a Autoridade da Concorrência, na NI, «limita-se a constatar que a ONI, ou seja, a própria denunciante, não dispõe de elementos que lhe permitam uma avaliação objectiva fundamentada e quantificada dos efeitos do Tarifário de Março de 2003» (cf. §174 da defesa escrita³⁵⁵).
747. Por outro lado, entende igualmente a arguida que as simulações da Autoridade da Concorrência «pouco mais são do simples operações de aritmética», considerando que esta Autoridade «reproduz o que a ONI diz, ou seja, que em alguns casos não apresentou propostas porque não eram competitivas face às da PT, que noutros casos perdeu concursos por essa razão e que noutros casos ganhou-os embora com margens mais reduzidas» (cf. §175 e §176 da defesa escrita³⁵⁶).
748. Segundo a arguida, «o princípio da concorrência segundo o mérito não dá à ONI o direito de ter as margens que quer», e que, aliás, «nem a própria ONI afirma que para ganhar clientes tinha de ter margens negativas ou totalmente desinteressantes» (cf. §177 da defesa escrita³⁵⁷).
749. Neste sentido, considera a arguida que a Autoridade da Concorrência «não só não esboça qualquer apreciação crítica sobre afirmações deste género, como além disso as utiliza para prova do efeito de exclusão» (cf. §178 da defesa escrita³⁵⁸).

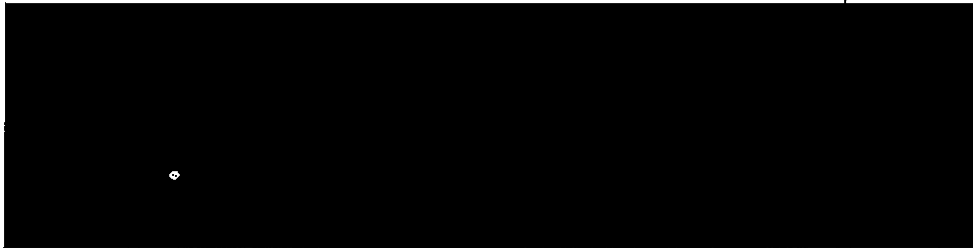
750. 

³⁵⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁵⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

³⁵⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

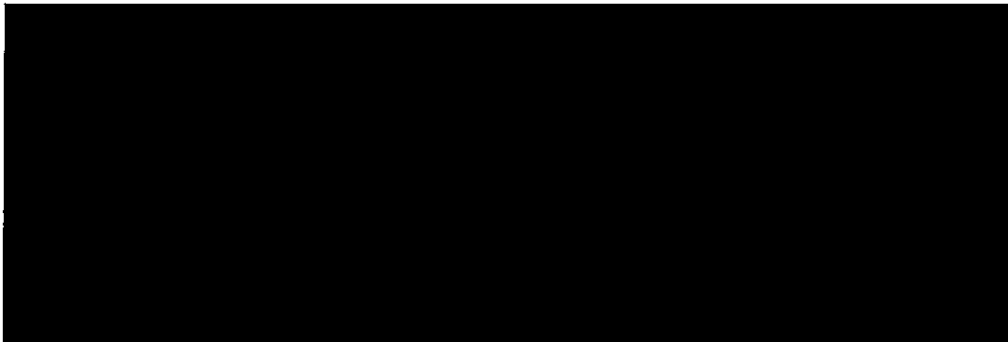
³⁵⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.



751. Relativamente aos efeitos do tarifário em análise, refira-se que, contrariamente ao alegado pela arguida, a Autoridade da Concorrência identifica na NI os mercados em que esses efeitos ocorreram (os de circuitos alugados e outros mercados que utilizam os circuitos como *input*) (cf. §314 da NI); quantifica os efeitos nos mercados de circuitos alugados (cf. §333 e ss. da NI); constata que a prática potenciou a manutenção da estrutura dos mercados retalhista e grossistas de circuitos alugados (cf. §314 e ss. da NI); e aponta a sobrecarga do preço dos serviços resultante do tarifário de circuitos alugados em apreço (cf. §319 e §321 da NI).

752. Em paralelo com a análise que efectuou, e em face do facto da denunciante neste processo de contra-ordenação ter sido a ONI, a Autoridade da Concorrência concretiza de que forma esta empresa se sentiu lesada pelo tarifário de circuitos alugados em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.

753.



754. Por último, no que respeita ao princípio da concorrência pelo mérito (*competition on the merits; Leistungswettbewerb*³⁶¹), referido pela arguida,

³⁶¹ Conceito que resulta da definição dada pelo TJCE no Acórdão Hoffman La-Roche/Comissão Europeia, Caso 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG vs. European Commission* [1979] ECR 461, parágrafo 91, ao afirmar: "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 desenvolvimento desta concorrência".

a Autoridade da Concorrência constata que, de acordo com o detalhadamente analisado *supra* (cf. ponto 3.4 da presente Decisão), o comportamento da PTC foi diverso – *rectius*, oposto – ao princípio que invoca, em prejuízo da concorrência e dos concorrentes.

3.5 Conclusões sobre a matéria de facto: factos provados/não provados e fundamentação da matéria de facto

755. Consideram-se provados – tendo a respectiva prova sido oportunamente produzida pela Autoridade da Concorrência e exaustivamente indicada em corpo de texto e em notas de rodapé – os factos já enunciados na NI, descritos nos pontos 3.1 a 3.4 da presente Decisão e sinteticamente referidos nos parágrafos seguintes, não tendo os mesmos sido contestados pela arguida ou não tendo a contestação desta permitido infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência.
756. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos no §139 e nos §140 a §147 da presente Decisão.
757. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §174 a §199 da presente Decisão.
758. Consideram-se provados os factos descritos nos §200 a §231; nos §232 e §233 e nos §243 a §245 da presente Decisão.
759. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §234 a §242 da presente Decisão).
760. Consideram-se provados os factos descritos nos §248 a §265; e nos §299 a §301 da presente Decisão.
761. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §266 a §298 da presente Decisão).
762. Consideram-se provados os factos descritos nos §302 a §304; nos §305 a §328; nos §329 a §332; e no §341 da presente Decisão.

763. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §333 a §340 da presente Decisão).
764. Consideram-se provados os factos descritos nos §343 a §352; e nos §355 a §357 da presente Decisão.
765. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §353 e §354 da presente Decisão).
766. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §358 a §362 da presente Decisão.
767. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §363 a §373 e nos §374 a §427 da presente Decisão.
768. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §428 a §440 da presente Decisão.
769. Consideram-se provados os factos descritos nos §441 a §451 da presente Decisão.
770. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §452 a §481 da presente Decisão).
771. Consideram-se provados os factos descritos nos §482 a §492 da presente Decisão.
772. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §493 a §514 da presente Decisão).
773. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §515 a §525 da presente Decisão.
774. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §526 a §533 da presente Decisão.

775. Consideram-se provados, não tendo sido contestados pela arguida, os factos descritos nos §534 a §542 da presente Decisão.
776. Consideram-se provados os factos descritos nos §543 a §552 da presente Decisão.
777. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §553 a §573 da presente Decisão).
778. A arguida apresentou, ainda, contestação genérica quanto aos elementos objectivos e subjectivos do comportamento que lhe foi imputado (a saber, relativamente aos factos constantes do ponto 3.4.6), mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §574 a §675 da presente Decisão).
779. Consideram-se provados os factos descritos nos §676 a §707 da presente Decisão.
780. Os factos enumerados no parágrafo anterior foram contestados pela arguida, mas a contestação não permitiu infirmar o entendimento da Autoridade da Concorrência (cf. §708 a §753 da presente Decisão).

4. DO DIREITO

4.1 Da infracção às regras do direito português e do direito comunitário da concorrência: apreciação jurídica e económica

781. O Regime Jurídico da Concorrência actualmente em vigor foi aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a qual iniciou a respectiva vigência a 16 de Junho de 2003 no território continental e a 26 de Junho de 2003 nas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores³⁶², revogando o Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.
782. A Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo³⁶³.

³⁶² Cf. art. 2.º da Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro.

³⁶³ Cf. art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

A. J.

783. O seu âmbito de aplicação inclui todas as práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos³⁶⁴.
784. Tendo em atenção a natureza das práticas denunciadas e as informações obtidas no presente processo de contra-ordenação, considera-se que os factos são subsumíveis à previsão do art. 6.º, da Lei da Concorrência, bem como (preenchido também, neste caso, o requisito de susceptibilidade de afectação sensível do comércio intra-comunitário) à do art. 82.º do Tratado CE, configurando um abuso de posição dominante nos termos descritos nos pontos seguintes.
785. Ressalve-se que, reportando-se o início dos factos a momento anterior à entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, estes poderiam ser, também, susceptíveis de enquadramento no âmbito do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.
786. No entanto, considerando tratar-se de uma infracção permanente, pelas razões apresentadas *infra* no ponto 4.1.5, entende-se aplicável à totalidade dos factos a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, ao abrigo da qual é apreciada a prática da PTC.
787. Nos termos do art. 14.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, o respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas.
788. A Autoridade da Concorrência dispõe também, nos termos da alínea g) do n.º 1, do art. 6.º dos respectivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e do art. 3.º, n.º 1, e do art. 5.º, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, de competência para aplicar o art. 82.º do Tratado CE.
789. Prescreve a norma de direito interno que incumbe à Autoridade da Concorrência, para garantia da realização das finalidades previstas nos respectivos Estatutos, exercer todas as competências que o direito

³⁶⁴ Cf. art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

comunitário confira às autoridades administrativas nacionais no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas.

790. Determina, de igual modo, o preceito comunitário que, sempre que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência (ou os tribunais) dos Estados-Membros apliquem a legislação nacional de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82.º do Tratado CE, apliquem igualmente este artigo do Tratado, desde que a prática abusiva seja «susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros»³⁶⁵.
791. Ressalve-se ainda que, ao nível do direito comunitário, antes da entrada em vigor e consequente aplicabilidade do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, a Autoridade da Concorrência dispunha de competência para aplicação do art. 82.º do Tratado CE por força do Regulamento (CE) n.º 17/62, do Conselho, de 21 de Fevereiro 1962.

4.1.1 Elementos objectivos

792. A Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, estabelece no art. 6.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».
793. O n.º 2 do mesmo artigo estabelece 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».
794. No n.º 3 do art. 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, estabelece-se que «pode ser considerada abusiva, designadamente: a) A adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 4.º».
795. De entre os comportamentos descritos no n.º 1 do art. 4.º, refira-se em particular os constantes das alínea c) e alínea e).

³⁶⁵ Devendo esta susceptibilidade ser entendida nos termos da Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE.

Cf. Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (Jornal Oficial C 101, de 27/04/2004 pp. 0081 - 0096).

796. Estes traduzem práticas que consistem em «limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos» [alínea c)] e em «aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes» [alínea e)].
797. A proibição do abuso de posição dominante decorre, também, do art. 82.º do Tratado CE.
798. Este preceito estabelece que «é incompatível com o mercado comum 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 comum ou numa parte substancial deste».
799. Enunciando a título exemplificativo um conjunto de comportamentos proibidos, este artigo estabelece que a prática abusiva pode consistir em «limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores» [alínea b)] ou em «aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência» [alínea c)]³⁶⁶.

4.1.1.1 Conceito de empresa

800. Considerando os factos descritos nos §140 e ss., e dados como provados no ponto 3.5 da presente Decisão, entende-se que a arguida – PTC – é uma empresa nos termos e para os efeitos do art. 2.º da Lei da Concorrência³⁶⁷.

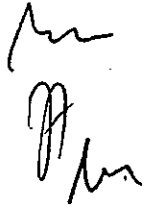
4.1.1.2 Mercados relevantes

801. A delimitação dos mercados relevantes foi efectuada nos termos da metodologia do direito da concorrência, descrita nos §149 e ss.

³⁶⁶ Proibição que também encontra eco, no que respeita às comunicações electrónicas, no art. 3.º da Directiva 2002/77/CE da Comissão, de 16.09.2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas (JO L 249/21, de 17.09.2002).

³⁶⁷ Segundo o n.º 1 do art. 2.º da Lei da Concorrência, «Considera-se empresa, para efeitos da presente lei, 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».

A.F.



4.1.1.2.1 O mercado do produto

802. Considerando que o ponto de partida para a definição e identificação de mercados grossistas passa pela prévia caracterização dos mercados retalhistas, uma vez que a procura dos serviços grossistas é, geralmente, uma procura derivada, entende-se que os mercados relevantes do ponto de vista do produto são, de acordo com os factos descritos no ponto 3.3.2 e nos §305 e ss. e dados como provados no ponto 3.5 da presente Decisão:

os mercados grossistas de circuitos alugados de (i) segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade; e de (ii) segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade.

803. Estes mercados são definidos tendo como base a caracterização do seguinte mercado retalhista: mercado retalhista de circuitos alugados, constituído por circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps *inclusive* (suportados também em tecnologias xDSL simétricas).

4.1.1.2.2 O mercado geográfico

804. O mercado geográfico relevante, de acordo com os factos descritos nos §329 e ss. e dados como provados no ponto 3.5 da presente Decisão, corresponde ao território nacional.

4.1.1.3 Posição dominante da arguida no(s) mercado(s) relevante(s)

805. As quotas de mercado da PTC³⁶⁸, a sua dimensão relativa – enquanto empresa líder do mercado, o grau de concentração do mesmo, a existência de barreiras à expansão, a inexistência de comprovada concorrência efectiva entre as empresas (preços e outras variáveis), a inexistência de concorrência potencial e de contrapoder negocial dos compradores, permitem concluir, de acordo com os factos descritos nos §342 e ss. e dados como provados no ponto 3.5 da presente Decisão, que a PTC não sofre concorrência significativa, assumindo inequívoca preponderância em relação aos seus concorrentes, nos mercados grossistas de circuitos alugados de (i) segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, e

³⁶⁸ Que, como referido *supra*, são de 100% nos mercados grossistas de segmentos terminais analógicos e digitais e de segmentos de trânsito analógicos, e superiores a 86% no mercado grossista de segmentos de trânsito digitais.



de (ii) segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade.

806. Com efeito, a PTC detém uma posição de força económica que lhe permite evitar uma concorrência efectiva, possibilitando que aja, numa medida considerável, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores nestes mercados.
807. Neste sentido, conclui-se que a PTC detém posição dominante nos mercados grossistas de circuitos alugados de (i) segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, e de (ii) segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade.
808. Refira-se, também, apenas, que no mercado retalhista por referência ao qual foram definidos estes mercados grossistas, as empresas do Grupo PT que aí actuam detêm, igualmente, posição dominante nos termos acima expressos.

4.1.1.4 Comportamento da arguida

809. De acordo com os factos descritos no ponto 3.4 e dados como provados no ponto 3.5 da presente Decisão, foi possível concluir o descrito *infra* relativamente ao comportamento da arguida.
810. Em 16 de Dezembro de 2002 a PTC remeteu, na decorrência de solicitação do ICP-ANACOM, uma proposta de tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos, destinada a substituir o tarifário anterior³⁶⁹.
811. O tarifário proposto entrou em vigor em 01 de Março de 2003 e foi praticado pela PTC até 07 de Março de 2004.
812. Em 10 de Fevereiro de 2004, na sequência de reanálise pelo ICP-ANACOM da adequação do sistema de descontos incorporados naquele tarifário aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado, foi determinada pelo regulador sectorial a

³⁶⁹ Cf. comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321.

A.F.

cessação da aplicação deste tarifário e a entrada em vigor, a partir de 08 de Março de 2004, de um novo tarifário³⁷⁰.

4.1.1.4.1 Tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004

813. Estando a oferta de circuitos alugados da PTC sujeita à intervenção da Autoridade da Concorrência nos termos enunciados *supra*³⁷¹, esta Autoridade fez incidir a sua análise essencialmente sobre o regime de descontos constantes do tarifário de circuitos alugados da PTC aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
814. Nesse contexto, foi solicitado à arguida o envio de informação relativa a este tarifário, assim como informação relacionada com as condições aplicáveis no tarifário imediatamente anterior e no tarifário imediatamente posterior³⁷².
815. A PTC remeteu a informação requerida³⁷³.
816. Na sequência da análise da informação disponibilizada pela PTC, foi possível verificar o descrito sinteticamente nos pontos seguintes, em resultado da entrada em vigor do tarifário de circuitos alugados aplicável entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
817. De salientar que as conclusões da Autoridade da Concorrência relativamente ao tarifário de circuitos alugados em apreço (cf. ponto 4.1.1.4.1.7 da presente Decisão) resultam do conjunto dos factores analisados nos pontos seguintes e não apenas de cada um destes isoladamente considerado.

³⁷⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³⁷¹ Recorde-se que, nos termos do art. 14.º da Lei da Concorrência, «O respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas». Cf. ainda o n.º 1 do art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, nos termos do qual «[...] Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82.º do Tratado, devem aplicar igualmente o artigo 82.º do Tratado».

³⁷² Cf. Ofícios AdC com ref.ª n.º OF/2696/2004/DMA/ADC, de 31.01.2005, OF/809/2005/DMA/ADC, de 18.03.2005, e S-AdC-OF/1454/2005/DMA, de 19.10.2005, respectivamente de fls. 0181 a fls. 0182, de fls. 0323 a fls. 0325 e de fls. 0411 a fls. 0416.

³⁷³ Cf. comunicações PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, ref.ª n.º 0501200543, de 12.04.2005, e ref.ª n.º 0501200543, de 05.12.2005, respectivamente de fls. 0185 a fls. 0321, de fls. 0328 a fls. 0409 e de fls. 0419 a fls. 0447. Com o objectivo de garantir a comparabilidade da informação remetida, os dados disponibilizados pela PTC para o tarifário em análise respeitam ao período entre 01.03.2003 e 29.02.2004 e para o tarifário anterior referem-se ao período entre 01.03.2002 e 28.02.2003.

4.1.1.4.1.1 Não linearidade dos escalões de desconto

818. A taxa de desconto mensal relativo aos circuitos com débito até 34 Mbps aplicada pela PTC variava em função da facturação, traduzindo-se em taxas de desconto superiores para volumes de facturação mais elevados, evoluindo os descontos por degraus sucessivamente maiores, de forma não linear.
819. Assim, por exemplo, enquanto que os clientes com uma facturação inferior a 99.760 Euros não auferiam de qualquer desconto, a mesma facturação, para os clientes com facturações entre 99.760 Euros e 249.398 Euros (bastando para tal que o cliente despendesse apenas mais 1 Euro no aluguer de circuitos) seria objecto de uma taxa de desconto de 4.0% (em relação à totalidade da facturação).
820. Verificando-se situações semelhantes para os restantes escalões de desconto.
821. Desta forma, clientes em situações equivalentes (no exemplo anterior, ambos os clientes relativamente às suas facturações até 99.760 Euros) auferiam de descontos diferentes.
822. Acresce que a política de descontos adoptada não era justificável com base na existência de economias de escala nem do ponto de vista da racionalidade económica, uma vez que um aumento do nível de produção tinha como efeito uma diminuição do lucro da empresa.
823. A PTC conhecia o funcionamento do sistema de descontos nos termos descritos.

4.1.1.4.1.2 Limites dos escalões de desconto e distribuição das empresas pelos mesmos

824. 



ff.

ff.

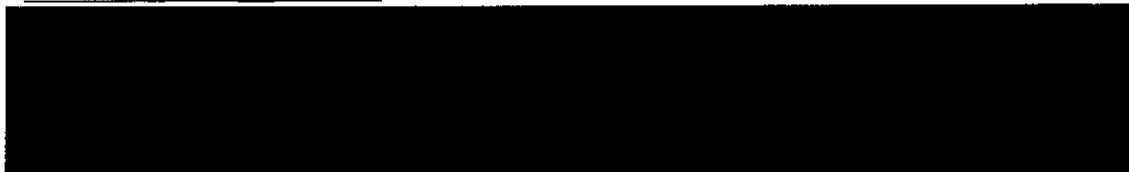
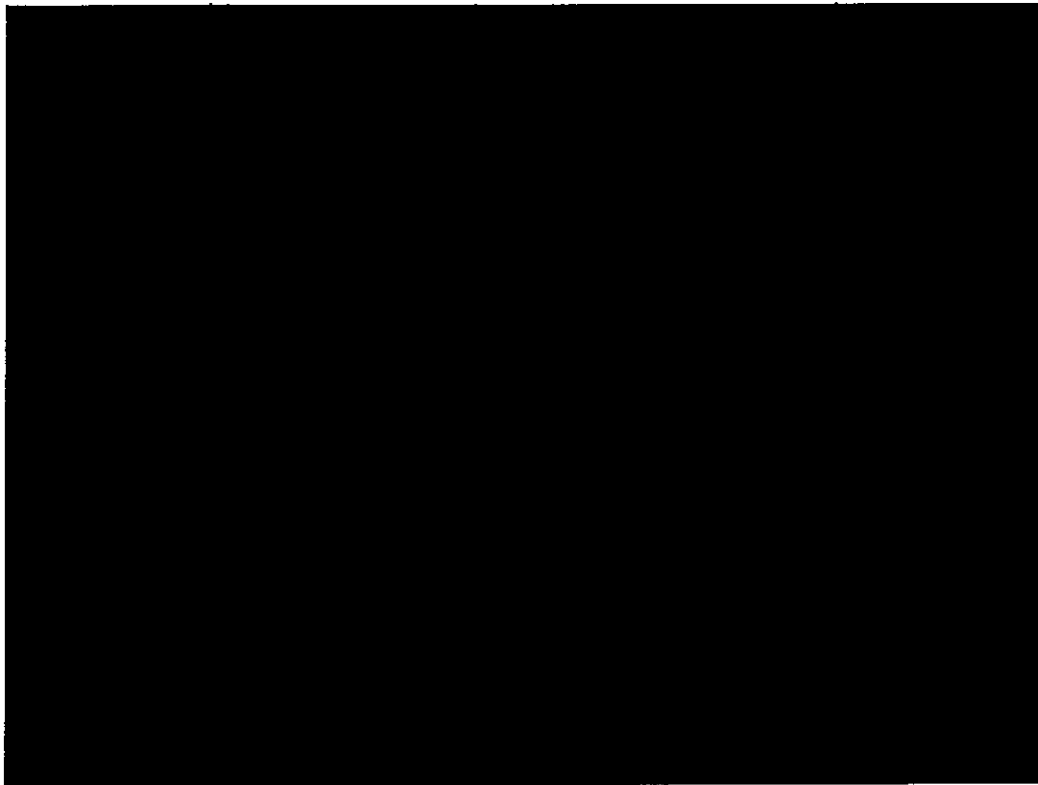
825. Os limites dos escalões de desconto e a percentagem máxima de desconto definidos pela PTC, no âmbito do tarifário de circuitos alugados em apreço, revelavam-se desajustados à dimensão do nosso país (demasiado elevados), não resultando justificada, por qualquer meio, a adopção pela PTC de tal sistema de descontos³⁷⁶.
826. Conhecendo os dados de facturação mensal do período anterior à entrada em vigor do tarifário em análise, bem como a estratégia das empresas do grupo económico a que pertencia, a PTC estava em condições de prever a verificação desta situação.
827. Situação que pôde efectivamente comprovar ao longo do período em que aplicou o respectivo tarifário.

4.1.1.4.1.3 Taxas de desconto aplicáveis e relações entre os volumes de facturação e de desconto

828.

829.

830.



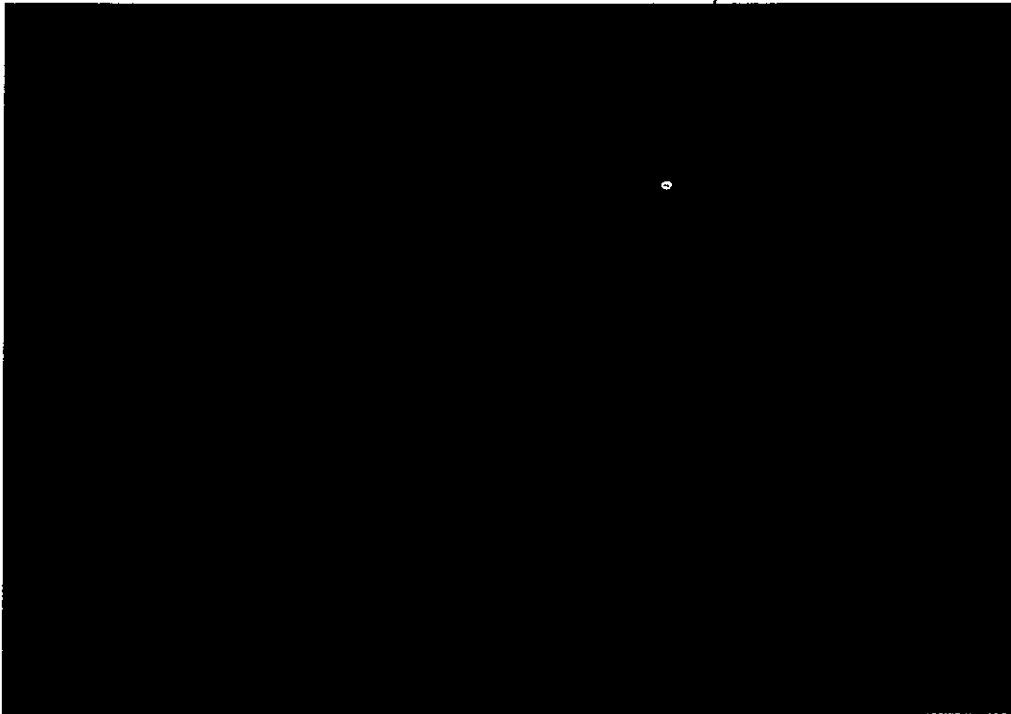
A.C.

mu
PA
2

831.

832.

833.

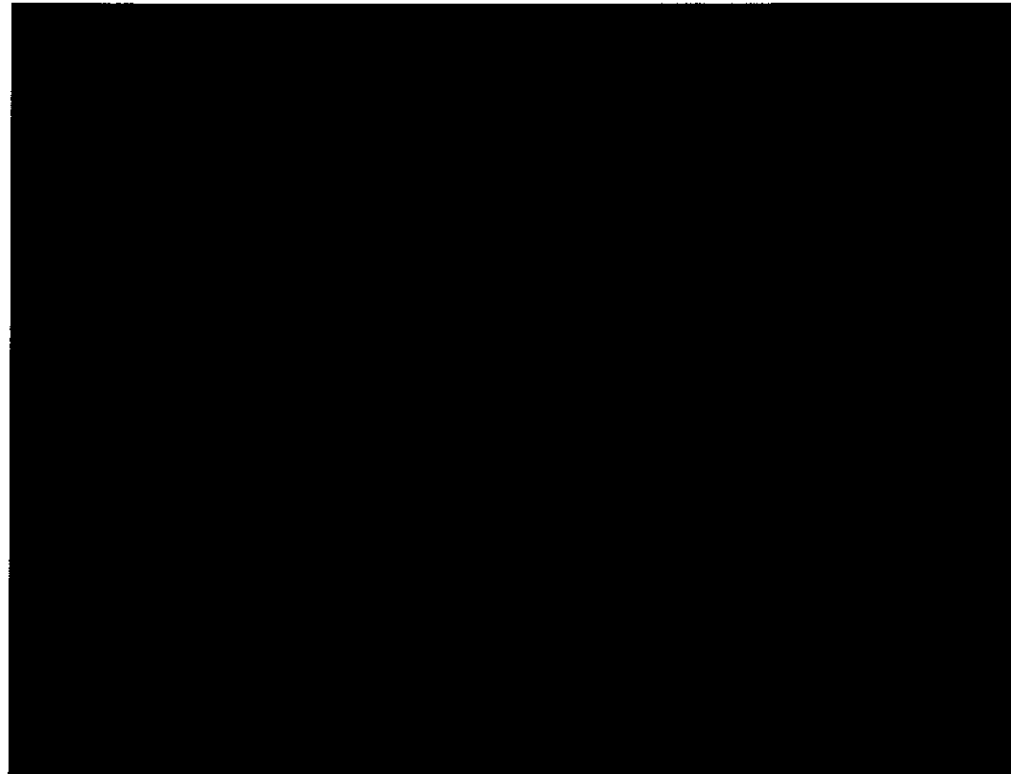


4.1.1.4.1.4 Variação da posição relativa das empresas

834.

835.

836.

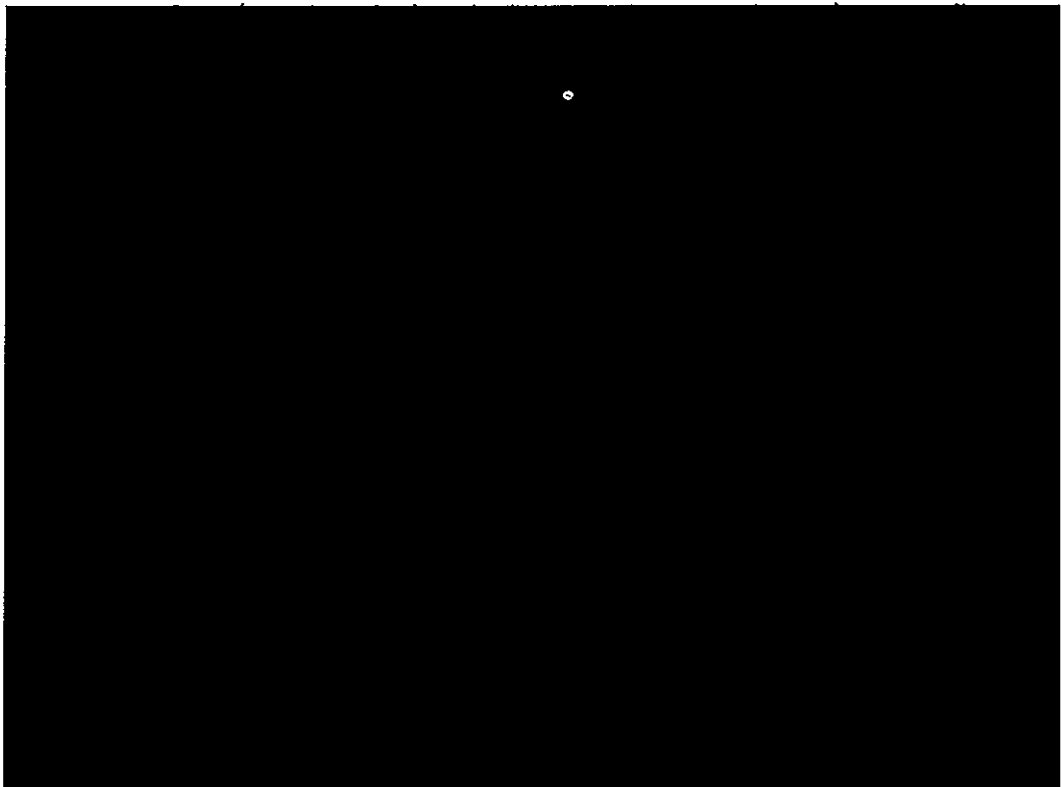


4.1.1.4.1.5 Desconto de facturação: circuitos SDH

837.

838.

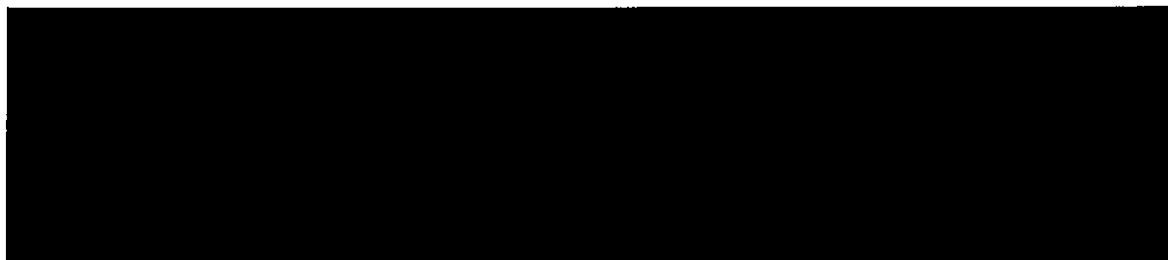
839.



4.1.1.4.1.6 Prémio de permanência

840. No que respeita ao prémio de permanência, a sua definição nos termos descritos nos §398 e ss. favorece os operadores que optem por manter relações contratuais com a PTC por períodos temporais mais alargados, até um máximo de 5 anos, atribuindo-lhes desconto adicional de 2,0% ao ano até ao limite de 10,0%.

841. A atribuição de prémios nestes termos desincentiva o investimento no desenvolvimento de infra-estrutura de rede própria (designadamente no âmbito dos segmentos de trânsito) por parte dos operadores alternativos aos do Grupo PT.



842. Assim, nenhum operador alternativo aos do Grupo PT tem vantagens em manter por períodos alargados os contratos celebrados com a PTC no âmbito da oferta de circuitos alugados, excepto se o fizer apenas para poder auferir das mesmas condições que auferem os operadores retalhistas do Grupo PT, podendo assim concorrer com estes nos vários mercados retalhistas.
843. Todavia, fá-lo com prejuízo do desenvolvimento de rede própria e, nestes termos, prescinde de concorrer efectivamente nos mercados grossistas de circuitos alugados.
844. Isto é, perante um tarifário grossista que favorecia – pela série de razões elencadas – determinados clientes em detrimento de outros, aqueles clientes que não dispunham das vantagens competitivas conferidas por esse tarifário viam-se obrigados, ainda assim, a manter contratos por períodos alargados em relação aos circuitos que alugavam, procurando desta forma, através do benefício associado ao prémio de permanência relativo a cada circuito, minimizar as desvantagens que tinham.
845. Ao conceder os prémios de permanência nos termos descritos, como contrapartida da perpetuação da relação contratual existente, a PTC efectivamente impede, pela via da concessão de vantagens financeiras, que os clientes se abasteçam em operadores concorrentes ou potenciais concorrentes.
846. Situação esta que potencia o esvaziamento concorrencial dos mercados grossistas de circuitos alugados e o aumento significativo das barreiras à entrada nos diversos mercados retalhistas associados às infra-estruturas de comunicações electrónicas.
847. A PTC adoptou o prémio de permanência nos termos descritos conhecendo ou, pelo menos, não podendo deixar de conhecer os efeitos decorrentes da sua aplicação.

A.F.

P. A. B.

4.1.1.4.1.7 Conclusões

848. Admite-se que uma empresa em posição dominante possa conceder aos seus clientes descontos de quantidade, que sejam função do volume de compras efectuado³⁸¹.
849. No entanto, os métodos de cálculo desses descontos não se devem traduzir na aplicação sistemática ou ocasional de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, em violação do art. 4.º, n.º 1, alínea e), e do art. 6.º da Lei da Concorrência, bem como do art. 82.º, alínea c) do Tratado CE.
850. Nem, de outro modo, devem ter como objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência através da limitação ou controlo da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico ou do investimento, em violação do art. 4.º, n.º 1, alínea c), e do art. 6.º da Lei da Concorrência, bem como do art. 82.º, alínea b) do Tratado CE.
851. Faz parte da própria natureza de um sistema de descontos de quantidade que os maiores compradores de um determinado bem ou serviço beneficiem de preços médios unitários menores ou de taxas médias de redução superiores às concedidas aos adquirentes menos importantes desse bem ou serviço.
852. Mesmo o facto de o resultado de um sistema de descontos de quantidade conduzir a que determinados clientes beneficiem, relativamente a determinadas quantidades, de uma taxa média de redução proporcionalmente maior que outros, por referência à diferença dos respectivos volumes de compras, não pode levar a que imediatamente se infira que o sistema é discriminatório.
853. Não obstante, a evolução por degraus sucessivamente maiores dos escalões de desconto, traduzida no tratamento desigual de situações idênticas, associada a um elevado limiar de facturação do sistema de descontos (na situação analisada, os limites dos escalões de desconto eram desadequados à realidade portuguesa, nos termos definidos pelo ICP-ANACOM), que só pode interessar a alguns parceiros particularmente importantes da empresa em posição dominante (na situação analisada, às empresas do Grupo PT,

³⁸¹ Cf., por exemplo, Acórdão do TJCE, de 09.11.1983, Michelin/*European Commission*, 322/81, ECR 1983, p. 03461, n.º 71.

designadamente à PT Prime, mas também à TMN), demonstra o tratamento discriminatório subjacente ao regime de descontos.

854. O mesmo pode afirmar-se relativamente ao facto de certas empresas com volumes de facturação mais elevados (e, designadamente, as empresas retalhistas do Grupo PT) poderem beneficiar, sem justificação económica, de taxas médias de desconto muito superiores àquelas de que podiam beneficiar as empresas concorrentes, e ao facto de as relações entre os descontos auferidos e as relações entre as respectivas facturações serem para as empresas do Grupo PT de mais do dobro³⁸² do que eram para as restantes.
855. Igualmente forte é a evidência que resulta do efeito assimétrico decorrente da transição do sistema de descontos anterior para o que foi objecto de análise, especificamente pelo facto de, perante a redução generalizada dos volumes de facturação e do total de descontos, determinadas empresas (no caso, a PT Prime) serem proporcionalmente muito menos afectadas que outras por esta diminuição, fazendo variar assim (positivamente) a sua posição relativa face estas.
856. Por último, a existência no sistema de um desconto (desconto SDH) cujas condições implicavam que uma só empresa, de acordo com os dados de facturação do ano imediatamente anterior, estava em condições de reunir os requisitos exigíveis para poder vir a beneficiar dele, não pode deixar de valorar-se como demonstrativo de um tratamento discriminatório.
857. E, embora a PTC tenha referido algumas vantagens inerentes à aplicação daquele novo tarifário, os argumentos aduzidos pela empresa não justificam a sua adopção (e do respectivo sistema de descontos) naquelas condições.
858. Neste contexto, consideram-se suficientes para demonstrar o carácter discriminatório do sistema de descontos subjacente ao tarifário de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 os factos descritos nos parágrafos anteriores.
859. De facto, sempre que em resultado da aplicação de um tarifário (nas condições descritas) sejam beneficiadas determinadas empresas – como na

³⁸² Cf. §521 e ss. da presente Decisão.

situação analisada -, sendo-lhes concedida uma vantagem competitiva não justificada pelo volume de actividade e pelas eventuais economias de escala, o sistema de descontos de quantidade acarreta a aplicação de condições desiguais (ou discriminatórias) a prestações equivalentes³⁸³.

860. Por outro lado, a situação de desvantagem competitiva não justificada em que são colocados os parceiros comerciais com menor volume de actividade, em resultado daquele sistema de descontos, restringe a sua actuação, podendo constituir uma forte barreira à sua expansão, redundando quer em limitações à produção e à distribuição ou venda dos serviços em causa, quer ao investimento no desenvolvimento de infra-estrutura própria.
861. Situação que é, ainda, agravada pela atribuição do prémio de permanência, destinado a favorecer os operadores que optem por perpetuar a sua relação contratual com a PTC, amarrando-os a um tarifário que lhes é desfavorável por outros motivos, desincentivando-os do investimento em infra-estrutura de rede própria, por um lado, e impedindo, pela via da concessão de vantagens financeiras, que os clientes se abasteçam em operadores concorrentes ou potenciais concorrentes, por outro lado.
862. Ora, tal potencia o esvaziamento concorrencial dos mercados grossistas de circuitos alugados e o aumento significativo das barreiras à entrada nos diversos mercados retalhistas associados às infra-estruturas de comunicações electrónicas.
863. Assim, no que respeita ao tarifário de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, - em função da evolução por degraus sucessivamente maiores dos escalões de desconto, dos limiares dos escalões de desconto e da distribuição das empresas pelos escalões, das taxas de desconto aplicáveis, das relações entre os volumes de facturação e de desconto, da existência de um desconto aplicável a uma única empresa (PT Prime) e da variação da posição relativa das empresas de

³⁸³ Cf., no mesmo sentido, o Acórdão do TJCE, de 29.03.2001, República Portuguesa/Comissão Europeia, §50, Processo C-163/99, Colectânea de Jurisprudência 2001 p. I-02613. Cf. também as Decisões da Comissão das Comunidades Europeias n.º 95/364/CE, de 28.06.1995 (Aeroportos Belgas), Jornal Oficial, L 216, de 12.09.1995; n.º 1999/198/CE, de 10.02.1999 (Aeroportos Portugueses), Jornal Oficial, L 69, de 16.03.1999; e n.º 2000/521/CE, de 26.07.2000 (Aeroportos Espanhóis), Jornal Oficial, L 208, de 18.08.2000. Cf. ainda a Decisão da Comissão das Comunidades Europeias n.º 94/210/CE, de 29.03.1994 (HOV SVZ/MCN), Jornal Oficial n.º L 104, de 23.04.1994 p. 0034, e o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI) Deutsche Bahn/Comissão Europeia, de 21.10.1997, Colectânea da Jurisprudência 1997, p. II-01689, relativo ao mesmo processo. Cf. ainda Massimo Motta (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, CUP.

retalho, bem como da definição dos prémios de permanência, nos termos expressos *supra* - há que concluir que este tarifário tem natureza discriminatória, evidenciando a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes em benefício das empresas do Grupo PT (em especial da PT Prime e da TMN) e em detrimento das concorrentes, cuja actividade, expansão e investimentos resultam deste modo fortemente limitados³⁸⁴.

864. Refira-se a propósito das mesmas práticas, também, as pronúncias do regulador sectorial nas deliberações de 26 de Dezembro de 2002³⁸⁵ e de 10 de Fevereiro de 2004³⁸⁶, nos termos descritos.
865. Com efeito, como resultado da reanálise que se comprometeu a realizar em 26 de Dezembro de 2002³⁸⁷, e na sequência de preocupações manifestadas por vários operadores no mercado de circuitos alugados, o ICP-ANACOM, em 10 de Fevereiro de 2004³⁸⁸, determinou a reestruturação do tarifário de circuitos alugados da PTC que vigorara desde 01 de Março de 2003.
866. Nesta última deliberação, o regulador sectorial constatou expressamente que «a aplicação da nova estrutura de descontos, definida pela PTC no âmbito da reformulação da sua oferta de circuitos alugados, originou: (a) a atribuição de percentagens de desconto mais elevadas às empresas do Grupo PT (TMN e PT Prime), comparativamente às percentagens de desconto atribuídas aos restantes prestadores; (b) a variação do posicionamento relativo dos vários operadores em relação ao desconto auferido, constatando-se que a actual estrutura de descontos beneficiou a PT Prime em prejuízo dos prestadores concorrentes»³⁸⁹.

³⁸⁴ Cf. os art. 6.º e art. 4.º, n.º n.º 1, alínea c) e alínea e) da Lei da Concorrência, bem como o art. 82.º, alínea b) e alínea c) do Tratado CE.

³⁸⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

³⁸⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³⁸⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

³⁸⁸ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³⁸⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

867. Para esta entidade reguladora, «os aspectos acima identificados resulta[ra]m num agravamento das condições de concorrência face à PT Prime, uma vez que os restantes operadores incorre[ra]m em custos grossistas relativos significativamente mais elevados»³⁹⁰.
868. Assim, concluiu o regulador sectorial, «os preços dos circuitos alugados e os respectivos descontos de que beneficia[ra]m as empresas do Grupo PT penaliza[ra]m as condições de exploração dos concorrentes, sem agravar os resultados do Grupo»³⁹¹.
869. Estas considerações levaram o ICP-ANACOM a procurar adoptar uma decisão que conduzisse ao «estabelecimento de um mercado com condições efectivamente concorrenciais, estabelecendo uma estrutura de descontos que, permit[isse] reflectir os maiores ganhos de eficiência incorridos com elevados volumes de contratação nos clientes que mais contribu[iss]em para a mesma, e eliminando condições contrárias ao estabelecimento de um mercado concorrencial»³⁹².
870. O regulador sectorial considerou que a nova estrutura de descontos deveria «permitir a eliminação das assimetrias ao nível dos descontos de que beneficia[va]m as empresas do Grupo PT em relação aos OOLs [Outros Operadores Licenciados], permitindo que mais que uma empresa benefici[ass]e de uma determinada percentagem de desconto e ainda a coexistência, num mesmo patamar, entre empresas do Grupo PT e empresas concorrentes»³⁹³.

4.1.1.5 Efeitos do comportamento da arguida

871. Não apenas o comportamento da arguida foi - e os comportamentos daquele género, abstractamente considerados, são - aptos a produzir, como efectivamente produziram, os efeitos descritos no ponto 3.4.7, dados como

³⁹⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³⁹¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

³⁹² Cf. Relatório de audiência prévia sobre o sentido provável da deliberação do ICP-ANACOM referente à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0901 a fls. 0907.

³⁹³ Cf. Relatório de audiência prévia sobre o sentido provável da deliberação do ICP-ANACOM referente à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0901 a fls. 0907.

provados no ponto 3.5 da presente Decisão e que nos parágrafos seguintes sinteticamente se dão por reproduzidos.

4.1.1.5.1 Impacto do tarifário do serviço de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01.03.2003 e 07.03.2004 nos diversos mercados

872. A aplicação pela PTC, entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, do tarifário grossista de aluguer de circuitos proposto em 16 de Dezembro de 2002 traduziu-se em efeitos cujos impactos se repercutiram directamente nos mercados grossistas relevantes de circuitos alugados, mas também no mercado retalhista para o mesmo serviço e, indirectamente, nos mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas.
873. No que respeita aos mercados grossistas relevantes, verificou-se que o tarifário em análise potenciou a manutenção das estruturas de mercado existentes, designadamente ao contribuir para desincentivar o desenvolvimento de infra-estrutura de rede própria por parte dos operadores concorrentes, entretendo assim o crescimento de uma concorrência efectiva nestes mercados e contribuindo para a permanência das quotas da PTC em valores próximos dos 100%.
874. Por outro lado, as oportunidades que os operadores concorrentes teriam de obterem novos clientes poderiam ser afastadas, uma vez que as necessidades destes eram satisfeitas pela PTC.
875. No que concerne ao mercado retalhista de circuitos alugados, observou-se, que a aplicação do tarifário em apreço possibilitou também a perpetuação da estrutura do mercado existente, contribuindo para a manutenção das quotas das empresas do Grupo PT próximas dos 100%.
876. O sistema de descontos daquele tarifário e a forma como foi aplicado, impediu que os operadores concorrentes das empresas do Grupo PT beneficiassem das condições (mais vantajosas) aplicáveis a estas, sobrecarregando o preço do serviço de circuitos alugados prestado por aqueles operadores no mercado retalhista, podendo resultar na inibição do seu crescimento.

A. H.

877. Acresce que, no período em que vigorou o tarifário em análise (e até à deliberação do ICP-ANACOM de 08 de Julho de 2005³⁹⁴), não impedia sobre a PT Prime qualquer obrigação de carácter regulamentar, designadamente de controlo de preços, pelo que esta empresa era totalmente livre para definir o nível de preços que praticaria no mercado de retalho.
878. Quanto aos restantes mercados afectados, isto é, aqueles em que se utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas, verificou-se igualmente uma sobrecarga do preço dos serviços prestados pelos operadores alternativos (em termos idênticos aos descritos nos parágrafos anteriores) por via do tarifário grossista de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.
879. A este propósito a ONI, tendo salvaguardado a impossibilidade de fornecer informação exaustiva sobre a totalidade dos efeitos indirectos provocados pela prática denunciada, apontou, entre outros, as «decisões de não apresentação de propostas [...] a certos concursos [...] por ausência de condições económicas satisfatórias que permitissem apresentar propostas competitivas face às empresas do Grupo PT»; os «concursos perdidos [...] por falta de competitividade das suas propostas, derivada dos custos líquidos acrescidos da oferta grossista de circuitos alugados da PTC face aos praticados com as empresas do Grupo PT» e as «margens mais reduzidas em concursos que foram adjudicados à ONITELECOM por via da necessidade de apresentação de propostas com preços mais baixo» como efeitos lesivos da sua estratégia empresarial³⁹⁵.
880. Em face do exposto, verifica-se que a PTC, por via do tarifário de circuitos alugados em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, potenciou o esvaziamento dos mercados grossistas de circuitos alugados, por um lado, e dos mercados retalhistas que utilizam os circuitos como *input* para prestação de serviços de comunicações electrónicas, por outro lado.

³⁹⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

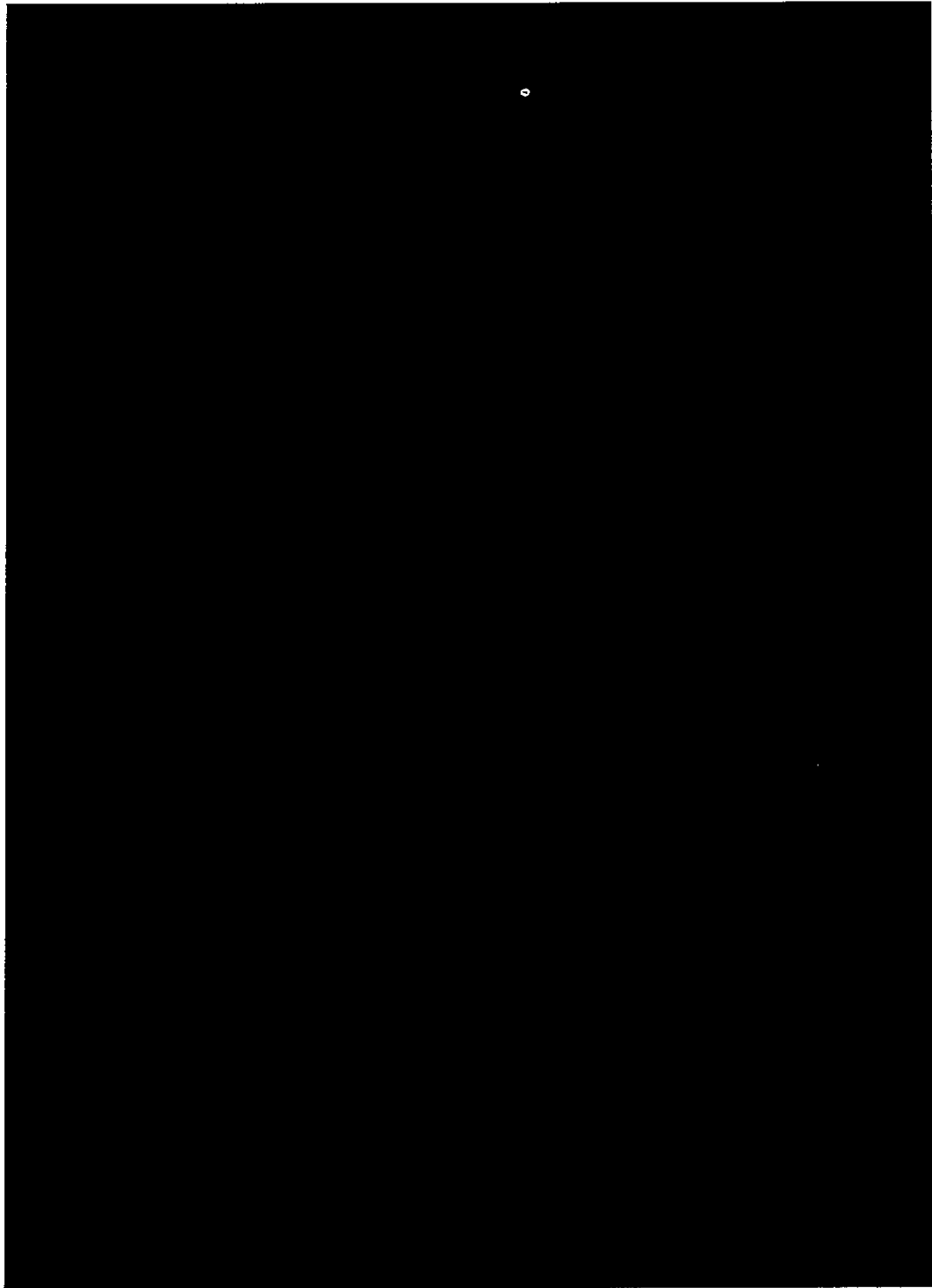
³⁹⁵ Cf. comunicação ONI com ref.ª n.º 019/CA, de 26.01.2007, de fls. 0453 a fls. 0461.

Af.

mu
A
u

4.1.1.5.2 Simulações: impacto quantitativo

881.



882.

883.

884.

885.



Af.

*per
Af
per*

886.

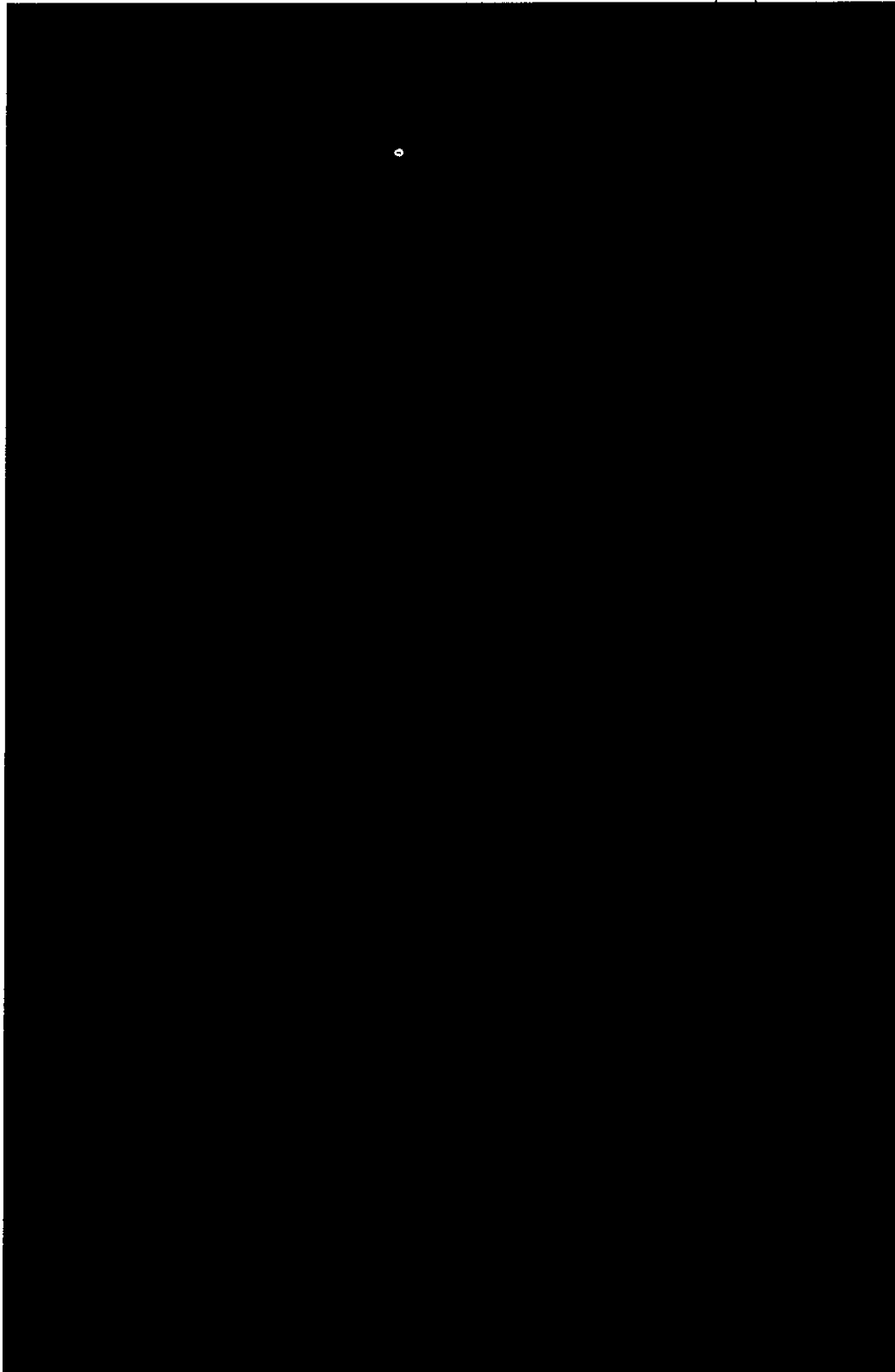
887.

888.

889.

890.

891.



A.f.

M
A

892.

893.

894.

4.1.1.6 Susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-Membros

895. Nos termos expressos *supra* (§788 e ss.), o critério de aplicação do direito comunitário da concorrência a um determinado conjunto de factos passa pelo preenchimento da condição destes afectarem, de forma sensível, o comércio entre os Estados-Membros.
896. O critério de afectação do comércio entre os Estados-Membros foi objecto de uma Comunicação da Comissão Europeia que estabeleceu as Orientações a seguir na sua interpretação⁴⁰¹.
897. Entende-se, em traços gerais e de acordo com a letra da lei e a jurisprudência comunitárias, que esta interpretação deve assentar sobre três elementos fundamentais: (i) o conceito de «comércio entre os Estados-Membros», (ii) a noção de «susceptibilidade de afectação» e (iii) o conceito de «carácter sensível»⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cf. comunicação ONI com ref.ª n.º 019/CA, de 26.01.2007, de fls. 0453 a fls. 0461.

⁴⁰¹ Cf. Comunicação da Comissão Europeia - Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (Jornal Oficial C 101, de 27/04/2004 p. 0081 - 0096).

⁴⁰² Ver, a propósito da exigência de uma «afectação sensível» o acórdão do TJCE no processo 22/71, *Béguelin*, Col. 1971, p. 949, ponto 16.

898. No que respeita ao (i) conceito de «comércio entre os Estados-Membros», entende-se que se trata de um conceito amplo (independente da definição dos mercados geográficos relevantes), que envolve toda a actividade transfronteiriça, incluindo os casos em que os factos em causa afectam a estrutura concorrencial do mercado.
899. O facto de uma empresa que opera na Comunidade ser eliminada ou correr o risco de ser eliminada afecta a estrutura concorrencial do mercado.
900. Relativamente à (ii) noção de «susceptibilidade de afectação», a interpretação a desenvolver deverá orientar-se no sentido de considerar preenchido este critério não apenas nos casos em que os factos em causa efectivamente afectam o comércio entre os Estados-Membros, mas também sempre que há um grau de probabilidade suficiente de isso acontecer, isto é, sempre que os factos possam ter – de acordo com um juízo de previsibilidade baseado em factores objectivos – uma influência directa ou indirecta, efectiva ou potencial na estrutura do comércio entre os Estados-Membros.
901. Verificando-se que os factos são susceptíveis de afectar a estrutura concorrencial no interior da Comunidade, a aplicabilidade do direito comunitário fica estabelecida.
902. Os factores a considerar no juízo da previsibilidade da afectação incluem a natureza dos produtos em causa (a sua adequação ou não ao comércio transfronteiriço e à possível expansão da actividade económica da empresa), a posição de mercado das empresas envolvidas (volumes de vendas, etc.), o contexto em que se desenvolvem os factos, entre outros.
903. Finalmente, no que se refere ao (iii) «carácter sensível» da afectação do comércio entre Estados-Membros, este pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa.
904. Quanto mais forte for a posição de mercado das empresas em causa, maior é a probabilidade de os factos que afectem o comércio entre os Estados-Membros o fazerem de forma sensível.

905. Note-se, também, que mesmo que esteja em causa um único Estado-Membro, a natureza da alegada infracção e, sobretudo, a sua vocação para encerrar o mercado nacional, fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de os factos afectarem o comércio entre os Estados-Membros.
906. Entende-se, por exemplo, que o comércio entre os Estados-Membros é, em princípio, susceptível de ser afectado se uma empresa que detém uma posição dominante que abrange a totalidade de um Estado-Membro desenvolve uma prática abusiva que tenha por objecto ou como efeito a exclusão de concorrentes.
907. Este tipo de conduta abusiva dificulta, regra geral, a penetração dos concorrentes de outros Estados-Membros no mercado nacional, o que se revela susceptível de afectar a estrutura do comércio intra-comunitário.
908. Os factos que se traduzam na eliminação ou risco de eliminação de um concorrente podem igualmente ser susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, sobretudo se a empresa visada exportar ou importar de outros Estados-Membros ou desenvolver actividades noutros Estados-Membros.
909. O impacto dissuasivo da alegada prática abusiva noutros concorrentes pode ter um efeito no comércio, sendo provável que os concorrentes de outros Estados-Membros adoptem uma conduta concorrencial menos agressiva pelo facto de a empresa em posição dominante com a sua conduta ter adquirido a reputação de adoptar práticas de exclusão em relação aos concorrentes.
910. Quaisquer factos abusivos que dificultem a entrada no mercado nacional devem, por conseguinte, ser considerados como afectando sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.
911. O próprio facto da existência de uma empresa com posição dominante em todo o território de um Estado-Membro poderá bastar, por si só, para dificultar a penetração no mercado.
912. Neste contexto, mobilizando as orientações descritas para a apreciação dos factos em causa no presente processo de contra-ordenação, verifica-se que, com fundamento na factualidade descrita e em particular:

A.F.



- i. na circunstância de os mercados grossistas relevantes abrangerem a totalidade do território nacional (cf. ponto 3.3.2.3.2 da presente Decisão);
- ii. na existência de uma inequívoca posição dominante da PTC nesses mercados (cf. ponto 3.3.2.4 da presente Decisão);
- iii. das significativas vantagens competitivas para as empresas do Grupo PT nestes mercados, em que se traduziu o comportamento da arguida (cf. ponto 3.4.6 da presente Decisão);
- iv. nos efeitos de exclusão (efeito dissuasor, barreiras à entrada e barreiras à expansão) deste comportamento (cf. ponto 3.4.6.6.1 da presente Decisão);
- v. no facto de a prática da PTC ter sido, daquele modo, apta à afectação da estrutura concorrencial daqueles mercados (cf. ponto 3.4.6.6.1 da presente Decisão); e, finalmente,
- vi. no facto de nos mercados de comunicações electrónicas existirem empresas que actuam simultaneamente em diversos Estados-Membros⁴⁰³.

considera-se verificada no presente processo de contra-ordenação a condição de susceptibilidade de afectação do comércio entre os Estados-Membros nos termos descritos na *Comunicação da Comissão Europeia – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE*.

4.1.1.7 Conclusão: elementos objectivos

913. Nos termos expostos⁴⁰⁴, considera-se que a PTC, através do tarifário referente ao serviço de aluguer de circuitos que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 aplicou sistematicamente, relativamente a prestações equivalentes, condições discriminatórias (ou desiguais), nos termos e para os efeitos do art. 4.º, n.º 1, alínea e) da Lei da Concorrência e do art. 82.º, alínea c), do Tratado CE.

⁴⁰³ Cf., por exemplo, a Vodafone, com presença em múltiplos mercados nacionais europeus, entre os quais Portugal.

⁴⁰⁴ Cf. nos §781 e ss. da presente Decisão.

A.T.



914. De igual modo limitou, nos termos do art. 4.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência e do art. 82.º, alínea b), do Tratado CE, a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico e o investimento relativos ao serviço em causa, em prejuízo da concorrência e dos consumidores.
915. Ao fazê-lo explorou, nos termos do art. 6.º, n.º 1, e n.º 3, alínea a) da Lei da Concorrência e do art. 82.º, alínea c), do Tratado CE, a posição de domínio que detinha nos mercados grossistas de segmentos terminais de circuitos alugados analógicos e digitais, sem distinção de capacidade; e de segmentos de trânsito de circuitos alugados analógicos e digitais sem distinção de capacidade.
916. A adopção deste comportamento abusivo por parte da PTC teve por objecto e como efeito a restrição da concorrência naqueles mercados grossistas, bem como no mercado retalhista de circuitos alugados, constituído por circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps *inclusive* (suportados também em tecnologias xDSL simétricas) e igualmente nos mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas.
917. O comportamento da arguida constitui uma contra-ordenação na acepção do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, preenchendo todos os elementos (objectivos e, nos termos analisados mais detalhadamente *infra*, subjectivos) daquele tipo de ilícito.
918. A mesma prática resulta, ainda, proibida por força da alínea b) e da alínea c) do art. 82.º do Tratado CE, constituindo uma contra-ordenação nos termos do art. 42.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

**4.1.1.8 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência:
Questão suscitada pela arguida relativamente ao abuso de posição dominante**

919. Perante a acusação constante da NI e sinteticamente descrita nos parágrafos anteriores, a arguida na defesa escrita (cf. §182 e ss. da defesa escrita⁴⁰⁵ e sob título «Erro de direito na qualificação do abuso»), vem

⁴⁰⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

47

defender-se alegando, em primeiro lugar, que a Autoridade da Concorrência reconhece que a arguida «faz parte do denominado Grupo PT, [...] que compreende não apenas a PTC, como além disso a PT Prime e a TMN» (cf. §185 da defesa escrita⁴⁰⁶).

920. Depois, refere que a Autoridade da Concorrência «compara sistematicamente as maiores vantagens das empresas do Grupo PT (PT Prime e TMN) com os menores benefícios dos concorrentes destas: ONI, Vodafone, e Optimus» e «em passo algum da Nota de Ilícitude se encontra qualquer alegação de que os descontos de quantidade contidos no Tarifário de Março de 2003 colocavam os clientes do Grupo PT, designadamente, a ONI, Vodafone, e Optimus em situação de desvantagem competitiva entre si», ou seja, «por outras palavras, o que a Autoridade da Concorrência analisa é a relação entre o Grupo PT e os seus clientes e concorrentes, não a posição relativa dos clientes do Grupo PT» (cf. §186 e §187 da defesa escrita⁴⁰⁷).

921. Estes argumentos levam a arguida a afirmar que «não estamos nem perante o paradigma de uma *first line injury* em que se discrimina um cliente para limitar o acesso de um concorrente a esse cliente e ao mercado, nem perante um caso de *second line injury* em que se discrimina entre concorrentes dando a uns vantagem sobre os outros» (cf. §189 da defesa escrita⁴⁰⁸).

922. No entendimento da arguida, «para efeitos da Lei n.º 18/2003 e do artigo 82º do Tratado CE a PT Prime e a TMN não são, nem clientes da PTC, nem clientes da ONI, Vodafone, e Optimus. A PT Prime e a TMN, tal como a PTC, são uma e a mesma empresa, ou seja o Grupo PT, ou seja um único fornecedor de circuitos que actua verticalmente integrado. Não existe em boa verdade um problema de *first line injury*. Por outro lado, o Grupo PT, onde se inclui a PT Prime e a TMN, não é apenas concorrente da ONI, da Vodafone e da Optimus, é, antes de mais, fornecedor destes operadores. Não é possível, consoante as conveniências, ver o Grupo PT ora como

⁴⁰⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁰⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁰⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.F.

A.F.

fornecedor, ora como concorrente. Não se trata de um caso de *second line injury*» (cf. §190 a §193 da defesa escrita⁴⁰⁹).

923. Para a arguida, «o objectivo destas considerações não é dizer que o artigo 6º da Lei n.º 18/2003 e o artigo 82º do Tratado CE não são aplicáveis aos casos em que uma empresa verticalmente integrada coloca à disposição de terceiros seus concorrentes bens ou serviços em condições que, por serem mais desvantajosas do que aquelas em que os aproveita, implicam para esses clientes e concorrentes uma desvantagem competitiva», mas apenas que nesses casos «um requisito tem de estar preenchido: o bem ou serviço em causa tem de revestir a natureza de um bem ou serviço essencial, de uma *essential facility*, relativamente à qual é exigível o acesso ou a utilização por terceiros e, conseqüentemente, uma oferta em condições não discriminatórias» (cf. §194 e §196 da defesa escrita⁴¹⁰).
924. Assim, considera a arguida que «o problema que a Autoridade da Concorrência suscita não é assim um problema de aplicação de condições discriminatórias a prestações equivalentes que tem como consequência uma limitação de acesso ao mercado. O problema jus-concorrencial é de acesso a uma infra-estrutura essencial, mais concretamente, um problema de condições de acesso»⁴¹¹ (cf. §197 da defesa escrita⁴¹²).
925. Ou seja, considera a arguida que «os factos invocados na Nota de Ilicitude não parecem poder ser qualificados [...] como uma violação da proibição da aplicação de condições de venda discriminatórias relativamente a prestações equivalentes, ou como uma limitação da produção e do investimento, proibidos pelo artigo 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003 e pelo artigo 82º, n.º 1, alínea c) e b) do Tratado CE», mas «quando muito [...] a violação do artigo 6º, n.º 3 alínea b) da lei n.º 18/2003, cuja possibilidade de

⁴⁰⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴¹⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴¹¹ Refere ainda a arguida que «Aliás, a Autoridade da Concorrência não conseguiu evitar ser arrastada para essa perspectiva do problema. No parágrafo 304 [da NI] reconhece expressamente que o serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC "constitui um *input* essencial" para as ofertas dos concorrentes no mercado do aluguer de circuitos e nos mercados adjacentes. É assim legítima uma interrogação: porque razão não colocou a Nota de Ilicitude o problema nesses termos? A resposta envolve naturalmente um juízo de intenção e uma veleidade da nossa parte. Admitimos no entanto que a Autoridade da Concorrência nos perdoe, quanto mais não seja por razões de reciprocidade de tratamento».

⁴¹² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.F.

mu
A.F.

- aplicação a Autoridade da Concorrência nem sequer analisa [...]» (cf. §308 da defesa escrita⁴¹³).
926. Apesar de entender não estar em causa a «discriminação» nos termos em que a mesma é entendida nas leis nacional e comunitária da concorrência, a arguida entende dever concentrar-se « neste tema, uma vez que a forma como a Autoridade da Concorrência coloca o problema do artigo 82º, n.º 1, alínea b) do Tratado CE e do correspondente da lei portuguesa na remissão feita para o artigo 4º, n.º 1, alínea c), parece consequencial, excepto quanto aos descontos de permanência que manifestamente não têm o efeito que a Autoridade da Concorrência lhes atribui » (cf. §311 da defesa escrita⁴¹⁴).
927. Refere a arguida que «a doutrina jurídica e económica e a jurisprudência coincidem aparentemente na ideia de que a censura jus-concorrencial das práticas discriminatórias pressupõe a verificação de quatro requisitos: (i) a dissemelhança das condições de venda; (ii) a equivalência das prestações; (iii) a inexistência de justificação objectiva para a referida dissemelhança; (iv) e um efeito que possa ser caracterizado como uma desvantagem competitiva sensível» (cf. §312 da defesa escrita⁴¹⁵).
928. No que ao PRC-01/04 respeita, considera a arguida que «é manifesto que os descontos de quantidade eram efectivamente dissemelhantes. Contudo as prestações não eram equivalentes e os descontos não foram estabelecidos arbitrariamente, antes apresentavam uma relação evidente com um interesse económico inerente ao volume de vendas e a economias de escala. Por outro lado, não foi alegado nem demonstrado que a aplicação do Tarifário de Março de 2003 tivesse infligido nos concorrentes do Grupo PT uma desvantagem competitiva "sensível", no sentido que ao termo é dado no nº1 do artigo 4º da Lei nº18/2003 e do efeito de exclusão de que depende a subsunção no artigo 82º do Tratado CE» (cf. §313 e §314 da defesa escrita⁴¹⁶).
929. Perante isto, conclui a arguida que «É pois compreensível que a Autoridade da Concorrência tenha procurado apoio no exemplo da prática administrativa da Comissão Europeia e de jurisprudência do TJCE no caso dos Aeroportos

⁴¹³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴¹⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴¹⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴¹⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.

A.
A.

Portugueses, análogo ao dos Aeroportos Belgas e Espanhóis. É que efectivamente este precedente pode ser bem usado ou mal usado na medida em que confere uma larga margem de manobra de apreciação à Comissão. Fá-lo no entanto no quadro de um ordenamento jus-concorrencial em que a autoridade da concorrência, ou seja, a Comissão Europeia, não está sujeita a limites tão estritos quanto os que decorrem do direito contra-ordenacional e penal português» (cf. §315 e §316 da defesa escrita⁴¹⁷).

930. «No fundo o TJCE constata que a diferenciação relativa entre clientes, maior ou menor, é o resultado inevitável de qualquer desconto de quantidade, e reconhece que, em tais casos, o que torna o desconto discriminatório é o facto de reservar determinadas vantagens a certos parceiros comerciais, sendo que o que pode suscitar a suspeita da discriminação é justamente a circunstância de beneficiar apenas determinados parceiros comerciais (cf. considerando 51 e 52). Nesse caso, diz o TJCE, poderão constituir indícios de discriminação a circunstância de o primeiro escalão e o desconto correspondente serem muito elevados, ou a ausência de linearidade nos aumentos das quantidades e das taxas de desconto, salvo obviamente se ocorrerem justificações objectivas para tal (cf. considerando 51 e 52)» (cf. §317 e §318 da defesa escrita⁴¹⁸).
931. Escreve a arguida que, «Comparando o caso dos Aeroportos Portugueses com o descrito na Nota de Ilicitude facilmente se conclui que têm muito pouco a ver um com o outro. Desde logo a linearidade dos descontos de quantidade do Tarifário de Março de 2003 é muito maior do que no caso dos Aeroportos Portugueses. Basta notar que neste caso estavam previstos 8 escalões em lugar de 4 e que as diferenças entre as taxas se situavam entre 1,5% e 5,5% e não entre 7,5% e 10%. Em seguida, devido à limitação dos *slots*, a procura dos serviços dos aeroportos é muitíssimo mais rígida, o que significa que o efeito dos descontos sobre as taxas aeroportuárias é altamente previsível enquanto que a PTC teve já a oportunidade de referir que isso não acontecia relativamente aos circuitos. Por último, a referida rigidez e a natureza dos serviços prestados nos aeroportos permitiam que se duvidasse da razoabilidade de qualquer justificação fundada, seja na

⁴¹⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴¹⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.f.

expectativa de incentivo à procura de maiores quantidades, seja em economias de escala» (cf. §319 a §322 da defesa escrita⁴¹⁹).

932. Já no presente processo de contra-ordenação – continua a arguida – a «oferta de circuitos é totalmente diferente. A PTC apontou oportunamente a existência de economias de escala associadas às quantidades oferecidas e identificou o papel que os descontos de quantidade eram supostos desempenhar no aumento da procura e da oferta. Em suma, não nos parece que a Autoridade da Concorrência tenha qualquer base para se fundar no precedente dos Aeroportos Portugueses para acusar a PTC de violação do artigo 6º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003 e do artigo 82º, n.º 1, alínea e) e b) do Tratado CE» (cf. §323 e §324 da defesa escrita⁴²⁰).
933. Considerada e analisada com detalhe a argumentação da arguida na defesa escrita que apresentou em resposta à NI, existem dois pontos que importa esclarecer relativamente àquilo que a arguida designou por «Erro de direito na qualificação do abuso».
934. Em primeiro lugar, conforme expressa e claramente resulta da NI, a Autoridade da Concorrência entendeu constituir o comportamento da arguida uma contra-ordenação na acepção do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, bem como do art. 82.º, alínea b) e alínea c), do Tratado CE.
935. Isto é, entendeu que a arguida abusou da sua posição dominante nos mercados grossistas de segmentos terminais de circuitos alugados analógicos e digitais, sem distinção de capacidade; e de segmentos de trânsito de circuitos alugados analógicos e digitais sem distinção de capacidade, através da adopção e aplicação de um tarifário que evidenciava a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes em benefício das empresas do Grupo PT (em especial da PT Prime e da TMN) e em detrimento das concorrentes, cuja actividade, expansão e investimentos resultaram deste modo fortemente limitados.
936. Para a Autoridade da Concorrência, este comportamento abusivo da PTC teve por objecto e como efeito a restrição da concorrência naqueles

⁴¹⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴²⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

mercados grossistas, bem como nos mercados adjacentes, nos termos *supra* referidos.

937. Foram exhaustivamente descritos pela Autoridade da Concorrência, através da NI, todos os elementos objectivos e subjectivos daquele tipo de ilícito e, em relação a cada qual a arguida teve oportunidade de se defender, tendo-o efectivamente feito.
938. Em nenhuma parte do presente processo de contra-ordenação considerou a Autoridade da Concorrência que estivesse em causa um comportamento da arguida subsumível à norma prevista no art. 6.º, n.º 3 alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, isto é, em nenhuma parte da NI considerou a Autoridade da Concorrência estar em causa «A recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou a 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 condições de razoabilidade», porque efectivamente entendeu esta Autoridade não ser esse o enquadramento jurídico da factualidade analisada.
939. Aliás, os factos descritos foram regular e concretamente subsumidos às normas que a arguida foi acusada de violar e não a quaisquer outras, incluindo a citada no parágrafo anterior.
940. Todavia, parece entender a arguida que aqueles factos eventualmente apenas poderiam ser subsumidos à previsão do art. 6.º, n.º 3 alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e não à previsão do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea b) e alínea c), do Tratado CE (cf. §195 e ss. da defesa escrita⁴²¹).
941. Ora, desde logo incumbe clarificar que o tipo legal de infracção em causa, quer na interpretação da Autoridade da Concorrência, quer na da arguida, é exactamente o mesmo: um abuso de posição dominante, independentemente dos meios através dos quais é consumado.

⁴²¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.A.



942. Depois, conforme referido, a factualidade elencada demonstra clara e exaustivamente a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes em benefício de determinadas empresas e em detrimento de outras e, também, a limitação da actividade, expansão e investimentos destas últimas.
943. Em nenhuma das normas que traduzem este género de abuso de posição dominante é exigido, ao contrário do que argumenta a arguida, que, tratando-se de empresas verticalmente integradas, «um requisito tem de estar preenchido: o bem ou serviço em causa tem de revestir a natureza de um bem ou serviço essencial, de uma *essential facility*, relativamente à qual é exigível o acesso ou a utilização por terceiros e, conseqüentemente, uma oferta em condições não discriminatórias» (cf. §194 e §196 da defesa escrita⁴²²).
944. Aliás, a ser este o entendimento, qualquer empresa verticalmente integrada apenas poderia ser acusada de abusar da sua posição dominante – no que à lei nacional respeita – nos casos subsumíveis à previsão do art. 6.º, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, isto é, apenas nos casos em que estivesse em causa uma recusa de acesso a uma infra-estrutura essencial, e não em quaisquer outros.
945. Ora, tal entendimento deixaria de fora do âmbito da proibição, para estas empresas, toda uma panóplia de comportamentos enquadráveis na infracção de abuso de posição dominante, o que não pode, de todo, aceitar-se.
946. Mas ainda que se dissesse, por mero exercício de raciocínio e sem conceder, que no caso concreto não estaria em causa uma «discriminação» nos termos do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea e), aplicável por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea c), do Tratado CE, restaria à arguida afastar os factos que demonstram que o seu comportamento limitou a actividade, expansão ou o investimento das suas concorrentes nos termos do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c), aplicável por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea b), do Tratado CE, o que, conforme referido *supra*, esta não fez.

⁴²² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

947. Isto é, em qualquer caso continuaria sempre a estar em causa um abuso de posição dominante da arguida, quer o mesmo fosse realizado através dos comportamentos previstos no art. 4.º, n.º 1, alínea c) ou alínea d) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º, alínea c) ou alínea b) do Tratado CE, quer, finalmente, conforme entende a Autoridade da Concorrência, fosse realizado através dos comportamentos previstos em todas estas normas.
948. Acresce que, na realidade, a doutrina, a prática decisória da CE e a jurisprudência dos tribunais comunitários são férteis em exemplos de comportamentos do mesmo tipo dos da arguida que são qualificados exactamente da mesma forma como o faz a Autoridade da Concorrência, conforme oportunamente citado na NI⁴²³.
949. Não procede, portanto, o argumento de que esteja em causa, no processo n.º PRC-01/04, a violação do art. 6.º, n.º 3, alínea b) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, conforme alega a arguida, dispensando-se a Autoridade da Concorrência de analisar, em concreto, os requisitos previstos nessa norma.
950. Esclarece-se apenas, porque a questão foi levantada pela arguida, que o sentido que na NI se imprimiu à expressão «input essencial» (§304 da NI) é exactamente o que decorre desse mesmo parágrafo, mas também da análise de mercados e avaliação da posição dominante efectuados nessa mesma NI (cf. pontos 2.3.2.3 e 2.3.2.4 da NI): o serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC nos mercados grossistas de segmentos terminais e de segmentos de trânsito é fundamental para a oferta destes serviços no mercado retalhista, bem como para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas pelos operadores concorrentes das empresas do Grupo PT, constituindo a arguida, nesse mercado, um *parceiro comercial inevitável*, na expressão usada pela jurisprudência comunitária⁴²⁴.

⁴²³ Cf. neste sentido o Acórdão do TJCE, de 29.03.2001, República Portuguesa/Comissão Europeia, §50, Processo C-163/99, Colectânea de Jurisprudência 2001 p. I-02613. Cf. também as Decisões da Comissão das Comunidades Europeias n.º 95/364/CE, de 28.06.1995 (Aeroportos Belgas), Jornal Oficial, L 216, de 12.09.1995; n.º 1999/198/CE, de 10.02.1999 (Aeroportos Portugueses), Jornal Oficial, L 69, de 16.03.1999; e n.º 2000/521/CE, de 26.07.2000 (Aeroportos Espanhóis), Jornal Oficial, L 208, de 18.08.2000. Cf. ainda a Decisão da Comissão das Comunidades Europeias n.º 94/210/CE, de 29.03.1994 (HOV SVZ/MCN), Jornal Oficial n.º L 104 de 23.04.1994 p. 0034, e o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI) Deutsche Bahn/Comissão Europeia, de 21.10.1997, Colectânea da Jurisprudência 1997, p. II-01689, relativo ao mesmo processo.

⁴²⁴ Cf. Acórdão proferido no Processo 85/76 Hoffmann-La Roche/Comissão Europeia; Acórdão proferido no Processo C-95/04 British Airways/Comissão Europeia; e, finalmente, Acórdão proferido no Processo T-2003/01 Michelin/Comissão Europeia.

951. Em segundo lugar, depois de considerada e analisada com detalhe a argumentação da arguida na defesa escrita que apresentou em resposta à NI, conforme referido *supra*, e tendo-se efectivamente verificado estar em causa a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes e a limitação da actividade, expansão e investimentos resultantes do comportamento da arguida, há que responder às alegações da PTC no que respeita à «discriminação», pois neste capítulo apenas desta se defende.
952. Alegou a arguida a este propósito que, para efeitos da aplicação do direito da concorrência, a «PT Prime e a TMN, tal como a PTC, são uma e a mesma empresa, ou seja o Grupo PT, ou seja um único fornecedor de circuitos que actua verticalmente integrado. Não existe em boa verdade um problema de *first line injury* [«em que se discrimina um cliente para limitar o acesso de um concorrente a esse cliente e ao mercado»]. Por outro lado, o Grupo PT, onde se inclui a PT Prime e a TMN, não é apenas concorrente da ONI, da Vodafone e da Optimus, é, antes de mais, fornecedor destes operadores. Não é possível, consoante as conveniências, ver o Grupo PT ora como fornecedor, ora como concorrente. Não se trata de um caso de *second line injury* [«em que se discrimina entre concorrentes dando a uns vantagem sobre os outros»]» (cf. §190 a §193 da defesa escrita⁴²⁵).
953. Para a arguida, assim, a «discriminação» enquanto comportamento integrador do ilícito de abuso de posição dominante não é possível quando tal comportamento é praticado por uma empresa verticalmente integrada isto é, quando esta empresa se discrimina favoravelmente a si própria ou às suas subsidiárias em detrimento dos concorrentes.
954. Para a arguida, tal entendimento decorre do facto de a empresa que discrimina e de a empresa favoravelmente discriminadas serem, para efeitos do direito da concorrência, consideradas a mesma empresa, isto é, decorre, fundamentalmente, da chamada doutrina da unidade económica⁴²⁶.
955. A este propósito comece por se esclarecer que a aplicação da doutrina da unidade económica não isenta as empresas verticalmente integradas (isto é, as que constituem grupos económicos, como é o caso do Grupo PT) da

⁴²⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴²⁶ Com expressão no direito português no art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

censura do comportamento de abuso de posição dominante quando o mesmo é integrado por um comportamento «discriminatório» nos termos descritos.

956. Isto é, a consideração dessa doutrina não afasta à partida a possibilidade de existência de «discriminação» enquanto elemento constitutivo do ilícito concorrencial abuso de posição dominante no caso de empresas verticalmente integradas.
957. A «discriminação» é possível – e censurável – quando praticada por uma empresa verticalmente integrada, com posição dominante, relativamente a terceiros entre si, mas também quando é praticada por aquela empresa entre terceiros e as suas subsidiárias ou filiais.
958. Aliás, outro entendimento não poderia aceitar-se sob pena de o mesmo comportamento da empresa verticalmente integrada em posição dominante ser lícito ou ilícito consoante as empresas que viessem a beneficiar da «discriminação» que aquela praticasse.
959. Ou seja, perante exactamente os mesmos factos (comportamento), se fosse uma empresa terceira a beneficiar da «discriminação», a mesma seria lícita, já se fosse uma subsidiária da empresa verticalmente integrada em posição dominante, a «discriminação» seria lícita.
960. Parece evidente que um tal entendimento subverte por completo o sentido e a *ratio* das normas do art. 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e do art. 82.º do Tratado CE.
961. Mais uma vez, aqui, conforme oportunamente referido na NI (ponto 3.1.1.4.1.8), e conforme detalhado *infra*, a doutrina, a prática decisória da CE e a jurisprudência dos tribunais comunitários são prolixos em exemplos de comportamentos do mesmo tipo dos da arguida que são qualificados exactamente da mesma forma como o faz a Autoridade da Concorrência: enquanto «discriminação» por uma empresa verticalmente integrada (grupo económico) em posição dominante em mercados em que participam suas subsidiárias e concorrentes destas⁴²⁷.

⁴²⁷ Cf. Acórdão TPI, Deutsche Bahn AG vs. Comissão Europeia, T-229/94, ECR [1997] II-1689 (entre outros, §93); Decisão da Comissão de 20.10.2004, COMP/38.745, BdKEP/Deutsche Post AG and

962. Por exemplo, no referido caso *Deutsche Bahn AG vs. Comissão Europeia* o TPI escreve que «a recorrida [CE] lembra, a título preliminar, que, segundo jurisprudência constante, existe um abuso na aceção do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea c), do Tratado quando uma empresa utiliza a sua posição dominante para aplicar condições desiguais a prestações equivalentes, a fim de favorecer assim as suas próprias prestações» e escreve, mais adiante, que «resulta do que antecede que a Comissão forneceu provas bastantes em apoio das suas conclusões quanto ao comportamento da DB e que foi de forma juridicamente satisfatória que considerou ter esta empresa, pela sua actuação, imposto condições desiguais para prestações equivalentes, desta forma colocando os seus parceiros comerciais que operavam nos trajectos do Oeste em desvantagem, em termos de concorrência, em relação a si e à sua filial Transfracht».
963. Noutro acórdão (*Acórdão Silvano Raso e Outros – Pedido de Dec. Prejudicial*), o TJCE entendeu que a possibilidade de uma empresa com posição dominante controlar aspectos do negócio dos seus concorrentes num mercado a jusante é abusiva; escreveu o tribunal: «neste contexto, é forçoso concluir que, na medida em que o sistema estabelecido pela lei de 1994 não só concede à antiga companhia portuária transformada o direito exclusivo de fornecer mão-de-obra temporária aos concessionários de terminais e às outras empresas autorizadas a operar no porto mas, além disso, lhe permite, como resulta do n.º 17 do presente acórdão, concorrer com aquelas no mercado dos serviços portuários, esta antiga companhia transformada encontra-se numa situação de conflito de interesses. Através do mero exercício do seu monopólio, aquela empresa está com efeito numa situação que lhe permite falsear em seu benefício a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos que actuam no mercado dos serviços portuários».
964. Não podem, por isso, restar dúvidas de que um comportamento de «discriminação» enquanto elemento integrador do ilícito concorrencial abuso de posição dominante é ilícito, tanto no direito nacional, como no direito comunitário, mesmo no caso de empresas verticalmente integradas que se

Bundesrepublik Deutschland (§62, §63 e, sobretudo, §93 e §94); Decisão da Comissão 2001/892 de 25 de Julho de 2001, *Deutsche Post AG*, JO L 331 de 15.12.2001 (§132 e §134); Decisão da Comissão de 02.06.2004, *Clearstream*, COMP/38.096, (§302 e ss); Caso *ITT Promedia*; Acórdão TJCE, *Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) vs. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e Information publicité Benelux (IPB)*, ECR 1985, p. 03261 (§24)].

favorecem a si próprias ou às suas subsidiárias/filiais em detrimento de terceiros, terceiros estes que são clientes do fornecedor grossista da empresa verticalmente integrada e concorrentes dos retalhistas dessa mesma empresa.

965. Não obstante o que acaba de expor-se, entende a Autoridade da Concorrência dever esclarecer, ainda com maior detalhe, a arguida este respeito.
966. Assim, a Autoridade da Concorrência admite (cf. §10 e ss. da NI) que a arguida, a TMN e a PT Prime integram o mesmo grupo económico (Grupo PT) e que, como tal, podem ser consideradas uma única empresa nos termos do art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.
967. Não obstante, por um lado, não se pode escamotear que existem mercados grossistas e retalhista de aluguer de circuitos (cf. §69 e ss. e §129 e ss. da NI).
968. Nos mercados grossistas, designadamente nos mercados grossistas de circuitos alugados de segmentos terminais analógicos e digitais, sem distinção de capacidade, e de segmentos de trânsito analógicos e digitais sem distinção de capacidade, a arguida (PTC) actua como fornecedora.
969. Aliás, conforme referido, atenta a posição dominante de que dispõe (cf. ponto 2.3.2.4 e 3.1.1.3 da NI), a arguida deve ser encarada como um *parceiro comercial inevitável*, na expressão usada pela jurisprudência comunitária⁴²⁸, nestes mercados.
970. A PT Prime e a TMN, a par com outros operadores concorrentes são clientes da PTC nesses mercados grossistas, concorrendo entre si em mercados que utilizam os circuitos alugados à PTC como *input* para a prestação de serviços de comunicações electrónicas.
971. Saliente-se que existe um único tarifário grossista de circuitos alugados aplicável a todos os compradores deste serviço – os do Grupo PT e os demais concorrentes.

⁴²⁸ Cf. Acórdão proferido no Processo 85/76 Hoffmann-La Roche/Comissão Europeia; Acórdão proferido no Processo C-95/04 British Airways/Comissão Europeia; e, finalmente, Acórdão proferido no Processo T-2003/01 Michelin/Comissão Europeia.

972. Aliás, a própria arguida o admite no §60 da defesa escrita⁴²⁹, ao afirmar que «Sucedem que a PT Prime recorre ao serviço de circuitos alugados da mesma forma que os restantes operadores».
973. Assim, para o que ao presente processo de contra-ordenação importa, o Grupo PT é simultaneamente fornecedor (através da arguida, PTC) e concorrente (através da PT Prime e da TMN) de operadores terceiros.
974. A arguida, ao contrário do que afirma, é quem parece querer esquecer-se destas duas dimensões em que o grupo que integra actua nos mercados grossistas de circuitos alugados e nos mercados conexos.
975. Nada do que se escreveu invalida, contudo, qualquer das conclusões a que a Autoridade da Concorrência chegou relativamente à «discriminação».
976. A arguida avançou ainda que, em face da doutrina da unidade económica, não podia estar-se perante um caso «de *first line injury* [«em que se discrimina um cliente para limitar o acesso de um concorrente a esse cliente e ao mercado»]» nem de «*second line injury* [«em que se discrimina entre concorrentes dando a uns vantagem sobre os outros»]».
977. A Autoridade da Concorrência desconhece, porque a arguida não lha facultou, a fonte da utilização dos conceitos de *first line injury* e de *second line injury*.
978. No entanto, de acordo com a doutrina comunitária sobre o tema, a «*primary line injury, [...] is occasioned by the dominant firm to its competitors by applying different prices to its own customers, and secondary line injury, [...] is imposed on one of several customers of the dominant firm as against one or several other customers*», sendo que «*markets structures where vertically-integrated firms control essential inputs are often prone to secondary line injury price discrimination. Indeed, vertically-integrated operators have generally a strong incentive to charge a lower price to their downstream subsidiary than to the latter's competitors.*»

⁴²⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

*The decisional practice of the Commission and the case-law of the Community courts contain several examples of this*⁴³⁰.

979. Dito isto, não resta qualquer margem para o entendimento que a arguida, erroneamente, pretende fazer passar na defesa escrita que apresentou.
980. Não só é possível existir «discriminação» resultante de «*secondary line injury*» quando se trate de empresas verticalmente integradas, como a doutrina e a jurisprudência comunitárias têm entendido que é uma prática para a qual estas empresas têm fortes incentivos e da qual existem diversos exemplos⁴³¹.
981. Depois de considerada e analisada com detalhe a argumentação da arguida na defesa escrita que apresentou em resposta à NI, há ainda que responder às alegações desta no que respeita à utilização pela Autoridade da Concorrência, como exemplo de práticas semelhantes sancionadas pelos tribunais comunitários, os casos dos Aeroportos Portugueses, análogo ao dos Aeroportos Belgas e Espanhóis.
982. Para a arguida o «precedente pode ser bem usado ou mal usado» sobretudo porque a Comissão Europeia dispunha de uma margem de manobra e não estava sujeita a limites tão estritos como a Autoridade da Concorrência no que respeita ao «direito contra-ordenacional e penal português», pelo que «a Autoridade da Concorrência [não tem] qualquer, base para se fundar no precedente dos Aeroportos Portugueses para acusar a PTC de violação do artigo 6º, nº3, alínea a) da Lei nº18/2003 e do artigo 82º, nº1, alínea e) e b) do Tratado CE» (cf. §315 e §316 da defesa escrita⁴³²).
983. Por um lado, recorda-se a arguida que a Autoridade da Concorrência aplica a lei nacional da concorrência e também o Tratado CE e, neste último caso,

⁴³⁰ Cf. Damien Geradin e Nicolas Petit – “Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach”, *The Global Competition Law Centre Working Papers Series* – 07/05; Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law*, 2nd Ed., Oxford University Press, 2004; J. Faull and A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999.

⁴³¹ Cf. Acórdão TPI, *Deutsche Bahn AG vs. Comissão*, T-229/94, ECR [1997] II-1689 (entre outros, §93); Decisão da Comissão de 20.10.2004, COMP/38.745, *BdKEP/Deutsche Post AG and Bundesrepublik Deutschland* (§62, §63 e, sobretudo, §93 e §94); Decisão da Comissão 2001/892 de 25 de Julho de 2001, *Deutsche Post AG*, JO L 331 de 15.12.2001 (§132 e §134); Decisão da Comissão de 02.06.2004, *Clearstream*, COMP/38.096, (§302 e ss); Caso ITT Promedia; Acórdão TJCE, *Centre belge d'études de marché – Télémarketing (CBEM) vs. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e Information publicit e Benelux (IPB)*, ECR 1985, p. 03261 (§24)].

⁴³² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fıs. 0943 a fıs. 1019.

deve fazê-lo de uma forma uniforme em relação à CE e às demais Autoridade da Nacionais da Concorrência da União Europeia.

984. Mas isso não significa que a Autoridade da Concorrência tenha baseado a sua acusação «no precedente dos Aeroportos Portugueses».
985. O que esta Autoridade fez foi mobilizar, para reforço da análise que efectuou, a prática decisória da CE e a jurisprudência dos tribunais comunitários em casos idênticos (isto é, em casos em que a questão controvertida é idêntica).
986. Por outro lado, não se compreende exactamente o que a arguida pretende afirmar quando escreve estar a Autoridade da Concorrência sujeita a limites «tão estritos» no que respeita ao «direito contra-ordenacional e penal português».
987. Aliás, limitando-se a arguida a genericamente referir, sem concretizar, tais «limites» «estritos», não se atinge sequer o alcance que pretende a mesma emprestar a esses limites.
988. É que os limites normativos impostos pela ordem jurídica nacional, tal como os entende a Autoridade da Concorrência, em nada conflituam com a apreciação que na NI foi feita do comportamento da arguida, nem, de igual forma, com o tipo de apreciação que pela CE e pelos tribunais comunitários foi feito nos casos citados.
989. Não pode proceder, pois, o argumento invocado pela arguida a este respeito.
990. Depois, avançando para uma breve apreciação da jurisprudência citada e concatenando-a com a acusação que através da NI foi feita à arguida no presente processo de contra-ordenação, não pode deixar de se salientar as (muitas) semelhanças.
991. Na NI, de acordo com o referido nos pontos 2.4.4 e 3.1.1.4, a arguida é acusada de abusar da sua posição dominante através do tarifário de circuitos alugados da PTC em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 que:
- i. evoluía de forma não linear (por degraus sucessivamente maiores) demonstrando tratamento desigual de situações idênticas;

- ii. previa um elevado limiar de facturação (na situação analisada, os limites dos escalões de desconto eram desadequados à realidade portuguesa, nos termos definidos pelo ICP-ANACOM) que só pode interessar a alguns parceiros particularmente importantes da empresa em posição dominante (na situação analisada, às empresas do Grupo PT, designadamente à PT Prime, mas também à TMN);
- iii. aplicava, sem justificação económica, a certas empresas com volumes de facturação mais elevados (e, designadamente, as empresas retalhistas do Grupo PT) taxas médias de desconto muito superiores àquelas de que podiam beneficiar as empresas concorrentes;
- iv. traduzia relações entre os descontos auferidos e as respectivas facturações de mais do dobro para as empresas do Grupo PT do que para as restantes;
- v. denotava um efeito assimétrico decorrente da transição do sistema de descontos anterior para este, especificamente pelo facto de, perante a redução generalizada dos volumes de facturação e do total de descontos, determinadas empresas (no caso, a PT Prime) serem proporcionalmente muito menos afectadas que outras por esta diminuição, fazendo variar assim (positivamente) a sua posição relativa face estas;
- vi. previa um desconto (desconto SDH) cujas condições implicavam que uma só empresa (PT Prime), de acordo com os dados de facturação do ano imediatamente anterior, estava em condições de reunir os requisitos exigíveis para poder vir a beneficiar dele;
- vii. não era economicamente justificado; e, finalmente,
- viii. previa prémios de permanência para a manutenção do aluguer de circuitos nas circunstâncias descritas nos parágrafos anteriores e que os operadores alternativos aos do Grupo PT apenas mantinham para procurar auferir, neste aspecto, das mesmas condições que os operadores retalhistas do Grupo PT, podendo assim concorrer nos vários mercados retalhistas, fazendo-o, todavia, com prejuízo do desenvolvimento de rede própria e, nestes termos, prescindindo de concorrer efectivamente nos mercados grossistas de circuitos alugados.

992. Na presente Decisão, esta análise é retomada e confirmada nos pontos 3.4 e 4.1.1.4.
993. Ora, os casos citados prendem-se exactamente com situações idênticas, conforme se extrai, por exemplo, dos §52 e ss. do Acórdão Aeroportos Portugueses.
994. Neste caso o TJCE considerou que «quando os limiares dos diferentes escalões de redução, conjugados com as taxas praticadas, conduzem a que as reduções, ou reduções suplementares, só beneficiem determinados parceiros comerciais, concedendo-lhes uma vantagem económica não justificada pelo volume de actividade que implicam e pelas eventuais economias de escala que permitem ao fornecedor realizar relativamente aos seus concorrentes, um sistema de redução de quantidades acarreta a aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes» e que «na falta de justificações objectivas, podem constituir indícios de um tal tratamento discriminatório um elevado limiar de funcionamento do sistema, que só pode interessar a alguns parceiros particularmente importantes da empresa em posição dominante, ou a inexistência de linearidade do aumento das taxas de redução com as quantidades».
995. No mesmo sentido, vejam-se os Acórdãos Aeroportos Espanhóis e Aeroportos Belgas⁴³³.
996. E nem se afirme, como o faz a arguida, que, por se tratar de mercados, serviços e tarifários diferentes (serviços aeroportuários e aluguer de circuitos), essas diferenças seriam suficientes para justificar um tratamento jus-concorrencial diferenciado; na realidade, não são (sendo idêntica a questão controvertida).
997. Ora, notadas as semelhanças e não sendo as diferenças entre os casos suficientes para infirmar a sua comparação, não procede, também aqui, o argumento da arguida.
998. Tornando-se, assim, forçoso concluir que, não tendo a Autoridade da Concorrência, conforme referido, baseado a sua acusação nestes (nem em

⁴³³ Cf. Decisões da Comissão das Comunidades Europeias n.º 95/364/CE, de 28.06.1995 (Aeroportos Belgas), Jornal Oficial, L 216, de 12.09.1995; e n.º 2000/521/CE, de 26 de Julho de 2000 (Aeroportos Espanhóis), Jornal Oficial, L 208, de 18.08.2000.

quaisquer) «precedentes», sai naturalmente reforçada a análise (autónoma) que efectuou e a acusação que moveu à arguida pela mera referência à prática decisória da CE e à jurisprudência dos tribunais comunitários em casos em tudo, conforme verificado, idênticos.

999. Finalmente, no que respeita à alegação da arguida de que «é manifesto que os descontos de quantidade eram efectivamente dissemelhantes» e de que os «descontos não foram estabelecidos arbitrariamente, antes apresentavam uma relação evidente com um interesse económico inerente ao volume de vendas e a economias de escala» (cf. §313 e §314 da defesa escrita⁴³⁴), remete-se para a análise da Autoridade da Concorrência constante dos pontos 3.4.6.1 e 3.4.6.7 (§626 e ss., *supra*) da presente Decisão.

4.1.2 Elementos subjectivos

1000. Nos termos do art. 8.º do RGIMOS, aplicável *ex vi* art. 19.º e art. 22.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, «é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência» (n.º 1), sendo que «o erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente exclui o dolo» (n.º 2), ficando, contudo, «ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais» (n.º 3).
1001. Os processos de contra-ordenação por infracção às regras da concorrência admitem, assim, a punição dos factos praticados a título doloso, mas também, por força da previsão expressa do n.º 6 do art. 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, dos factos praticados com negligência.
1002. No que ao processo n.º PRC-01/04 respeita, nos termos referidos, entre outros, nos §451, §489, §523 e ss., §531 e ss., §542, §552, §574 e ss., e dados como provados no ponto 3.5 da presente Decisão, verifica-se que a arguida, conhecendo necessariamente o histórico de facturação dos seus clientes de circuitos alugados, bem como a estratégia do grupo económico em que se insere (Grupo PT), em 16 de Dezembro de 2002 – quando remeteu ao ICP-ANACOM a sua proposta de tarifário para o serviço grossista de aluguer de circuitos – e, posteriormente, a partir de 01 de Março de 2003 – quando o tarifário entrou em vigor – não podia deixar de prever, como

⁴³⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

consequência, o carácter restritivo da concorrência do sistema de descontos incluído neste tarifário.

1003. Não obstante, a PTC optou por efectivamente adoptar tal tarifário, que beneficiava (discriminando positivamente), sem justificação económica, as empresas com maiores volumes de facturação e, designadamente, as empresas do grupo económico a que pertencia, e que limitava a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico e o investimento, praticando-o até à intervenção do regulador sectorial de 10 de Fevereiro de 2004⁴³⁵, que a obrigou a fazê-lo cessar.
1004. Acresce que, conforme desenvolvido *infra* nos §1080 e ss., quer antes (através da informação fornecida e da proposta de tarifário submetida ao ICP-ANACOM), quer após a não oposição do regulador à entrada em vigor do tarifário em causa (que se circunscreveu à definição de preços máximos), existia para a arguida uma ampla margem de manobra para conformação do mesmo às exigências normativas regulatórias e concorrenciais.
1005. Neste sentido, a arguida dispunha de suficiente espaço para acomodação da deliberação do regulador sectorial sem que a sua conduta se traduzisse em qualquer restrição da concorrência e, da mesma forma, podia conformar-se à legislação da concorrência sem ter que incorrer em qualquer violação regulatória (e na prática da respectiva contra-ordenação).
1006. Por outro lado, o término da aplicação deste tarifário ficou a dever-se em exclusivo à determinação do regulador sectorial⁴³⁶, não tendo a empresa, até àquela pronúncia do ICP-ANACOM, manifestado qualquer intenção de cessar a sua aplicação ou de promover a sua substituição por um novo tarifário.
1007. Não obstante, deve notar-se que a arguida, a partir de 08 de Março de 2004, deu cumprimento cabal à deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004.
1008. Nestes termos, considera-se que a arguida agiu de forma livre, consciente e voluntária na prática da infracção, sabendo que a conduta que lhe é

⁴³⁵ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴³⁶ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

imputada era proibida por lei, tendo ainda assim querido realizar todos os actos necessários à sua verificação e abstendo-se, igualmente, de praticar os actos necessários à sua cessação.

1009. Considera-se deste modo que, na definição e aplicação do tarifário e respectivo regime de descontos que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, a PTC agiu dolosamente, tendo podido prever a realização da infracção como, pelo menos, uma consequência possível (provável) da sua conduta, tendo-se conformado com esta realização.
1010. Do exposto resulta que a arguida agiu com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se absteve de praticar de forma deliberada os actos acima descritos, levando a cabo uma conduta que preenche todos os elementos (objectivos e subjectivos) do tipo legal de contra-ordenação de abuso de posição dominante previsto e punido na Lei da Concorrência e no Tratado CE.
1011. Fê-lo culposamente, manifestando insensibilidade aos valores tutelados pelas normas violadas e revelando uma atitude indiferente ao direito, uma vez que manteve a resolução que a levava a adoptar o comportamento ilícito até à intervenção do regulador sectorial, que determinou a sua cessação⁴³⁷.
1012. Estas considerações são reforçadas se se atentar o específico sector em que a arguida actua, constituindo as comunicações electrónicas um factor essencial de desenvolvimento e progresso económico e de promoção do bem-estar social.
1013. Ressalve-se, por último, que também a negligência é punível, nos termos do n.º 6 do art. 43.º da Lei 18/2003, de 11 de Junho.

4.1.2.1 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência

1014. No Título 2 da defesa escrita⁴³⁸ («Preterição do Direito de Defesa»), *maxime* nos §29 e ss. desse documento, a arguida vem alegar que «A exposição da Autoridade da Concorrência constante da Nota de Ilícitude quanto à matéria de facto apenas evidencia a desconsideração desta Autoridade pelos princípios estruturantes do direito sancionatório — em especial os princípios

⁴³⁷ Tendo, no entanto, cessado o comportamento assim que tal lhe foi determinado pelo ICP-ANACOM.

⁴³⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

da culpa e da presunção da inocência — que não podem deixar de ser aqui aplicáveis de acordo com a remissão do artigo 32.º da CRP, olvidando a Autoridade da Concorrência, nomeadamente, a possibilidade de existência de causas de exclusão da culpa e da ilicitude, mormente aquelas que se encontram enunciadas nos artigos 31.º a 39.º do Código Penal» (cf. §29 da defesa escrita⁴³⁹).

1015. Comece por referir-se que, conforme análise constante dos §87 e ss. da presente Decisão, para a qual se remete, a Autoridade da Concorrência refutou detalhadamente a argumentação da arguida de que «não se encontra qualquer menção à imputação subjectiva do ilícito em causa à PTC em qualquer dos pontos acima mencionados» [cf. §18, alínea e) e §20 e ss. da defesa escrita⁴⁴⁰].
1016. De facto, foram exaustivamente identificadas as diversas referências na NI à imputação subjectiva feita à arguida do ilícito em causa, quer em termos factuais, quer em termos do seu enquadramento jurídico.
1017. Por outro lado, cabe referir que a Autoridade da Concorrência ponderou na sua análise todos os elementos respeitantes à infracção que imputa à arguida (incluindo a possibilidade de existência de causas de exclusão da ilicitude, de causas de exclusão da culpa e de erro).
1018. Se a arguida entendia que existiam causas de exclusão da ilicitude ou da culpa que a Autoridade da Concorrência deveria ter especialmente desenvolvido na análise – ainda que fosse apenas para as afastar uma a uma –, cabia-lhe a invocação e a demonstração factual da sua verificação e da sua relevância no presente processo de contra-ordenação.
1019. O que, na realidade, não aconteceu, tendo-se a arguida limitado a indicar que a Autoridade da Concorrência olvidou «a possibilidade [da sua] existência» (cf. §29 da defesa escrita⁴⁴¹).
1020. Ora, a Autoridade da Concorrência não olvidou, nem olvida – conforme análise *infra* (cf. §1027 e ss. da presente Decisão), para a qual se remete –, «a possibilidade de existência de causas de exclusão da ilicitude ou da

⁴³⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁴⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁴¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

culpa», apenas verificou que as mesmas não tinham aplicação no presente processo de contra-ordenação, não tendo a arguida avançado quaisquer elementos que permitam chegar a conclusão diversa.

1021. Não procedem, assim, as alegações da arguidã a este propósito.
1022. Ainda em relação à imputação que à arguida foi feita na NI a respeito dos elementos subjectivos (cf. ponto 3.1.2 da NI), a arguida na sua defesa escrita vem alegar, também, que a Autoridade da Concorrência não faz prova de que a «PTC tenha elaborado o Tarifário de Março de 2003 com perfeita consciência que estava feito à medida dos seus interesses e de modo a beneficiar as empresas do Grupo PT relativamente aos respectivos concorrentes» (cf. §110 a §112 da defesa escrita⁴⁴²).
1023. Quanto a isto, basta recordar que, sendo nuns casos, na prática, o único fornecedor grossista de circuitos alugados (caso do mercado grossista de segmentos terminais) e nos outros o principal, com uma quota de mais de 86% do mercado (caso do mercado grossista de segmentos de trânsito), a arguida estava necessariamente na posse do histórico de facturação dos seus próprios clientes.
1024. Por outro lado, conhecia a estratégia das empresas do grupo económico que integra (Grupo PT).
1025. Assim, em 16 de Dezembro de 2002, quando remeteu ao ICP-ANACOM a sua proposta de tarifário e, posteriormente, durante o período de vigência do mesmo, conhecia o funcionamento do sistema de descontos nos termos descritos e estava em condições de prever e, depois, de efectivamente comprovar, os efeitos decorrentes da sua aplicação, tal como descritos pela Autoridade da Concorrência no ponto 2.4.5 da NI (cf. especialmente §256, §260, §272, §273, §287 e §301 da NI).
1026. Isto é, estava em condições de conhecer o carácter discriminatório daquele sistema de descontos e os seus efeitos de limitação da produção, da distribuição e do desenvolvimento técnico e investimento, tal como descritos pela Autoridade da Concorrência.

⁴⁴² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

1027. Alega ainda a arguida na defesa escrita que apresentou que «o sistema de descontos de quantidade do Tarifário de Março de 2003 foi elaborado para corrigir aspectos que o ICP-ANACOM considerou indesejáveis e, consequentemente, em conformidade com as orientações do Regulador» (cf. §113 da defesa escrita⁴⁴³).
1028. Em primeiro lugar, tal como referido na NI (cf. §333 e §445), a Autoridade da Concorrência não excluiu, antes considerou, as eventuais vantagens da alteração do tarifário de circuitos alugados da PTC em conformidade com as orientações do regulador.
1029. Mas, no que a análise jus-concorrencial diz respeito, mesmo admitindo as vantagens de simplificação, de transparência e de redução dos preços, inerentes à estrutura de descontos do tarifário em análise face ao tarifário anterior, nenhuma destas razões se prende com a definição dos limites dos escalões e taxas de desconto nos termos adoptados, não obstante a que a arguida tivesse definido e aplicado um sistema de descontos com uma estrutura semelhante e não lesivo da concorrência.
1030. No entanto, há que esclarecer, tal como referido nos §261 e §262 da NI, que na deliberação de 26 de Dezembro de 2002, através da qual decidiu não se opor à entrada em vigor do tarifário em apreço, o regulador manifestou desde logo as suas preocupações, revelando que «sem prejuízo de o novo regime de descontos favorecer a transparência, simplicidade e alinhamento com as práticas correntes europeias [...], a posição de algumas empresas poderá deteriorar-se em termos absolutos e relativos e os escalões de descontos mais elevados poderão ser alcançados expectavelmente apenas por empresas do Grupo PT», comprometendo-se a «reanalisar, à luz dos resultados que viessem a ser apurados, a adequabilidade do novo sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado»⁴⁴⁴.
1031. Isto é, o próprio ICP-ANACOM, com base na informação de que dispunha no momento, alertou para a possibilidade de virem a verificar-se restrições da

⁴⁴³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁴⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

concorrência, não obstante as vantagens decorrentes da aplicação do tarifário de aluguer de circuitos em causa.

1032. Factos que igualmente salientou ao pronunciar-se em 01 de Março de 2004⁴⁴⁵, em resposta ao ofício da Autoridade da Concorrência que lhe deu conhecimento dos factos objecto do presente processo de contra-ordenação⁴⁴⁶ e no parecer emitido em 09 de Abril de 2008, nos termos do n.º 2 do art. 28.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.
1033. Acresce que a não oposição do ICP-ANACOM à entrada em vigor, a partir de 01 de Março de 2003, do tarifário de circuitos alugados da PTC – relevando na análise desenvolvida pela Autoridade da Concorrência na presente Decisão em matéria de imputação subjectiva – não equivale à desoneração da arguida de quaisquer (presentes ou futuras) responsabilidades, *maxime* jus-concorrenciais.
1034. Com efeito, o que o regulador fez em Dezembro de 2002⁴⁴⁷ foi analisar a adequação do tarifário, nos termos das atribuições e competências de que dispõe, de acordo com a informação disponibilizada pela arguida e com base na proposta de tarifário que esta lhe apresentou.
1035. A arguida, para além de fornecer a informação que está na base da análise do ICP-ANACOM e de propor o tarifário, dispõe, após a não oposição do regulador à entrada em vigor do mesmo, de ampla liberdade de conformação às exigências normativas regulatórias e concorrenciais, uma vez que a pronúncia do regulador equivale – como é do conhecimento da arguida – a uma definição dos requisitos mínimos (no caso, à fixação de um tecto máximo para os preços dos circuitos) de vigência daquele tarifário.
1036. Assim, o dever de conformação da arguida com a deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM não anula a margem de liberdade daquela

⁴⁴⁵ Cf. ofício ANACOM-S04070/2004, de 01.03.2004, de fls. 0167 a fls. 0177, e, a este propósito, especialmente, fls. 0167 a fls. 0169.

⁴⁴⁶ Cf. ofício AdC com ref.ª n.º OF/64/2004/DMA/ADC, de 15.01.2004, de fls. 0132 a fls. 0133.

⁴⁴⁷ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

empresa para acomodar, também, as exigências do Direito da Concorrência⁴⁴⁸.

1037. Nem lhe afasta a consciência de que a sua conduta resultaria, potencialmente, em restrições concorrenciais.
1038. Aliás, conforme referido *supra*, na deliberação de 26 de Dezembro de 2002⁴⁴⁹ o ICP-ANACOM alertou expressamente para esse risco, pelo que a arguida, também por este meio, estava em condições de comprovar o carácter e as consequências ilícitos do seu comportamento.
1039. Entende, assim, a Autoridade da Concorrência não terem aplicação no presente processo de contra-ordenação quaisquer «causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, mormente aquelas que se encontram enunciadas nos artigos 31.º a 39.º do Código Penal», não tendo a arguida avançado quaisquer elementos que permitissem chegar a conclusão diversa.
1040. Por outro lado, não tendo a arguida levantado a questão, mas podendo a mesma assumir relevância no âmbito do presente processo de contra-ordenação, a Autoridade da Concorrência considerou na sua análise, também, a possibilidade da existência de erro da arguida nos termos previstos no art. 8.º e/ou no art. 9.º do RGIMOS⁴⁵⁰.
1041. Todavia, não foram alegados, nem resultam do processo, quaisquer elementos que permitiam à Autoridade da Concorrência chegar à conclusão de que a PTC, efectivamente, agiu em erro.

⁴⁴⁸ Ficam afastadas por esta via, desde logo, por exemplo, o «conflito de deveres» – que pressupõe, para além da existência de um «conflito» [não verificada no presente processo de contra-ordenação], a impossibilidade de cumprimento simultâneo dos deveres conflitantes [o que no PRC-01/04, nos termos referidos *supra*, também não acontece]; e «o cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade» – que pressupõe, por um lado, a imposição de um dever [no PRC-01/04 o “dever” decorrente da intervenção regulatória limitou-se à definição de um regime de preços máximos, que admitia uma margem de liberdade da arguida na determinação da sua conduta compatível com a acomodação das exigências jus-concorrenciais] e, por outro lado, no caso de o dever advir de «ordem legítima da autoridade», a competência da «autoridade» em causa para a emissão dessa ordem [no que ao PRC-01/04 respeita, deve esclarecer-se que cabe à Autoridade da Concorrência – e não ao ICP-ANACOM, embora a colaboração deste possa ser mobilizada nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho – a aplicação do direito da concorrência nacional, não se vislumbrando que uma “ordem” do regulador pudesse isentar a arguida do cumprimento da lei da concorrência].

⁴⁴⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

⁴⁵⁰ Aplicáveis *ex vi* art. 19.º e art. 22.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.



1042. Pelo contrário, as circunstâncias em que a arguida agiu, detalhadamente descritas na presente Decisão⁴⁵¹, concorrem para afastar essa possibilidade.
1043. Ainda assim, a não oposição do ICP-ANACOM ao tarifário proposto pela PTC em 16 de Dezembro de 2002, e que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, entendida pela Autoridade da Concorrência nos termos referidos *supra* (cf. §1033 e ss.), é devidamente considerada por esta Autoridade na sua análise, designadamente para efeitos de redução da intensidade da culpa da arguida⁴⁵².
1044. Cerca de um ano depois da entrada em vigor do tarifário em análise, o ICP-ANACOM determinou, através da deliberação do Conselho de Administração de 10 de Fevereiro de 2004, a cessação da aplicação desse tarifário e a sua reestruturação no sentido de garantir a adequação do sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado⁴⁵³ (cf. §194 e §375 da NI), reconhecendo, explicitamente a verificação do risco para o qual alertara em 26 de Dezembro de 2002⁴⁵⁴.
1045. Argumenta ainda a arguida que na altura da elaboração da proposta do tarifário em apreço «não era previsível que a facturação decaísse, ainda que se antecipasse o impacto negativo da descida dos preços», avançando com estimativas de crescimento do mercado (cf. §113 e ss. da defesa escrita⁴⁵⁵).
1046. Segundo a arguida, «o UMTS iria também levar a um aumento de procura por parte dos outros operadores móveis, pelo que as expectativas da PTC eram no sentido de crescimento da procura de circuitos, não obstante os atrasos verificados no UMTS a partir de meados de 2001. Acrescem ainda as expectativas do aumento adicional da procura de circuitos para responder às

⁴⁵¹ Incluindo o facto de a deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900, alertar para a possibilidade de restrições concorrenciais decorrentes da aplicação do tarifário de aluguer de circuitos proposto pela arguida em 16 de Dezembro de 2002. Cf. *supra*, ponto 4.1.2.

⁴⁵² Cf. *infra* ponto 4.1.6.2.7.

⁴⁵³ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴⁵⁴ Pelas razões apontadas nos §424 e ss. da NI, o regulador considerou o sistema de descontos da arguida discriminatório. Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

⁴⁵⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

A.F.

necessidades dos operadores envolvidos na TDT» (cf. §118 da defesa escrita⁴⁵⁶).

1047. Ora, conforme análise desenvolvida *supra* (ponto 3.4.6.7 e, designadamente, §574 e ss.), para a qual se remete, o efeito na facturação resultante do decréscimo dos preços dos circuitos alugados era previsível e não podia de forma alguma ser pouco significativo, na medida em que, tal como referido pela própria arguida no §87 da sua defesa escrita⁴⁵⁷, a redução dos preços dos circuitos alugados decorrente da adopção do tarifário em análise foi substancial.
1048. Por outro lado, as estimativas avançadas pela arguida neste contexto traduzem meras situações hipotéticas, enunciadas sem qualquer sustentação factual.
1049. Acresce que a arguida, em 16 de Dezembro de 2002, tinha perfeita consciência, por um lado, dos atrasos registados no lançamento da oferta comercial do UMTS que afectavam negativamente as necessidades de circuitos alugados por parte dos operadores móveis e, por outro lado, das dificuldades enfrentadas pela OniWay e da sua previsível saída do mercado.
1050. De acordo, ainda, com a mesma análise e relativamente ao lançamento da TDT, que segundo a arguida se traduziria num aumento adicional da procura de circuitos alugados para responder às necessidades dos operadores envolvidos (nos §120 e §121 da defesa escrita⁴⁵⁸), verificou-se que em 16 de Dezembro de 2002, a arguida tinha conhecimento quer dos atrasos registados no lançamento da TDT, quer da grande probabilidade de revogação da licença atribuída, em face do incumprimento das condições da mesma pela PTDP.
1051. Assim, nos termos já descritos (ponto 3.4.6.7 da presente Decisão), não procedem os argumentos da arguida relativamente às expectativas de aumento da procura do aluguer de circuitos tal como os alegou na defesa escrita que apresentou.

⁴⁵⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁵⁷ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁵⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

1052. Acrescenta a arguida que «a Autoridade da Concorrência pretende aplicar uma coima à PTC pela adopção de tarifários (em especial do Tarifário de Março de 2003) que foram objecto de apreciação e de aprovação pelo ICP-ANACOM contemporaneamente à respectiva aplicação» (§327 da defesa escrita⁴⁵⁹).
1053. Entende a PTC que «a intervenção do ICP-ANACOM na matéria em causa, nos termos em que foi feita, exclui, desde logo, a possibilidade de a Autoridade da Concorrência apreciar os comportamentos da Arguida» (§328 da defesa escrita⁴⁶⁰).
1054. Para esta empresa «a Autoridade da Concorrência entendeu iniciar o processo de contra-ordenação para, alegadamente, “verificar” se o Tarifário de Março de 2003 — que já tinha sido apreciado e aprovado pelo ICP-ANACOM — violaria alguma norma do direito da concorrência» (§329 da defesa escrita⁴⁶¹).
1055. Mais afirma a PTC que a Autoridade da Concorrência «pode opinar como lhe aprouver sobre a política de regulação do ICP-ANACOM mas, obviamente, não pode sancionar um particular — *in casu*, a PTC — que agiu de acordo com as deliberações dessa mesma entidade reguladora e não podia agir de outro modo» (§330 da defesa escrita⁴⁶²).
1056. Entende a arguida que «ao aplicar o Tarifário de Março de 2003 em cumprimento da Decisão do ICP-ANACOM de 26.12.2002 a PTC observou uma exigência legal que não lhe conferia qualquer margem de manobra para acomodar as determinações da Lei nº18/2003 e do artigo 82º do Tratado CE, pelo menos com o sentido que a Autoridade da Concorrência lhes atribui na Nota de Ilicitude», concluindo que «a aplicação do referido tarifário não pode consequentemente ser considerada como uma violação das regras de concorrência, desde logo porque a aplicação destas pressupõe que a Arguida se lhes possa conformar, o que não acontece, sendo que tanto a Lei nº18/2003 como os artigos 81º e 82º do Tratado CE têm o seu âmbito de

⁴⁵⁹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶⁰ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶¹ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶² Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

actuação circunscrito às condutas que não estão condicionadas por lei» (§331 e §332 da defesa escrita⁴⁶³).

1057. Continua a arguida, na sua defesa escrita, que «ainda que se entenda que a actuação da PTC é ilícita — o que não se admite — sempre se dirá que — contrariamente ao que resulta da Nota de Ilícitude — a intervenção do ICP-ANACOM nos termos acima descritos, não pode deixar de ser ponderada na apreciação da matéria da culpa da Arguida» (§333 da defesa escrita⁴⁶⁴).
1058. «Ao contrário do que a Autoridade da Concorrência defende na Nota de Ilícitude, tendo a PTC agido com base em decisões do ICP-ANACOM, não poderia sequer antecipar que se pudesse vir a entender que a aplicação do Tarifário de Março de 2003 - não obstante ter sido autorizado pela entidade reguladora sectorial (!) - poderia violar alguma norma do direito da concorrência. Na realidade, o ICP-ANACOM encontra-se adstrito ao cumprimento de objectivos de regulação das comunicações electrónicas que pressupõem, precisamente, entre outros, que o Regulador assegure a inexistência de distorções ou entraves à concorrência» (cf. §334 e §335 da defesa escrita⁴⁶⁵).
1059. «Em consequência a PTC nunca poderia ter agido dolosamente, e muito menos com "um elevado grau de insensibilidade aos valores tutelados pelas normas violadas". Nesta medida, e na falta manifesta do elemento subjectivo do tipo, deve o presente processo ser arquivado» (cf. §336 e §337 da defesa escrita⁴⁶⁶).
1060. Relativamente à argumentação da arguida descrita nos parágrafos anteriores, a Autoridade da Concorrência esclarece, em primeiro lugar e conforme análise desenvolvida *infra* no ponto 4.1.3 da presente Decisão (em especial, os §1068 a §1084), a intervenção do ICP-ANACOM não preclui a intervenção da Autoridade da Concorrência, nem desonera a arguida da obrigação de conformação com normas do Direito da Concorrência e consequente responsabilização por violação das mesmas.
1061. Não procedem, assim, nos termos avançados pela arguida, os argumentos de que a intervenção do ICP-ANACOM precludiria qualquer intervenção por

⁴⁶³ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶⁴ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶⁵ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

H.

parte da Autoridade da Concorrência, nem que a intervenção daquele regulador em 26 de Dezembro de 2002 afastaria o «elemento subjectivo do tipo», designadamente o dolo e a culpa, do comportamento da arguida.

1062. Não obstante, na sequência do alegado pela arguida⁴⁶⁷ e conforme análise desenvolvida *supra* (cf. §1014 e ss., em particular §1043), entendeu-se que o grau de culpa da arguida foi menor, na medida em que a empresa agiu no quadro de uma intervenção do regulador sectorial (que, todavia, lhe dava margem suficiente para, na sua actuação, acomodar quer as exigências normativas regulatórias, quer as concorrenciais).
1063. Em conclusão, do exposto foi possível concluir que a arguida agiu com dolo, já que, conhecendo as normas legais aplicáveis, não se absteve de praticar de forma deliberada os actos acima descritos.
1064. Fê-lo culposamente, nos termos *supra* expostos.
1065. Entende, assim, a Autoridade da Concorrência que a arguida na sua defesa escrita não logrou avançar factos que permitissem infirmar a imputação subjectiva (a título de dolo) que lhe foi feita através da NI, sendo, no entanto, mais reduzido o seu grau de culpa.

4.1.3 Posição da arguida / Posição da Autoridade da Concorrência: Questão suscitada pela arguida relativamente à inaplicabilidade do Direito da Concorrência

1066. Sob o título «Enquadramento regulamentar da oferta» (cf. §213 a §305 da defesa escrita⁴⁶⁸), a arguida a procede à descrição da génese do mercado de circuitos alugados; descreve o tarifário em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, bem os tarifários que o precederam; alega a conformidade do tarifário em apreço com o quadro regulamentar em vigor; e, finalmente, considera que a actuação do regulador sectorial preclui a intervenção da Autoridade da Concorrência.
1067. Relativamente à descrição da génese do mercado de circuitos alugados e às descrições do tarifário em análise e dos tarifários que o precederam,

⁴⁶⁷ «Ainda que se entenda que a actuação da PTC é ilícita — o que não se admite — sempre se dirá que — contrariamente ao que resulta da Nota de Ilícitude — a intervenção do ICP-ANACOM nos termos acima descritos, não pode deixar de ser ponderada na apreciação da matéria da culpa da Arguida» (§333 da defesa escrita). Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁶⁸ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

Autoridade da Concorrência remete para os pontos 3.4.2 a 3.4.5, *supra*, da presente Decisão, nos quais é desenvolvida análise semelhante (e também já constante dos pontos 2.4.1 a 2.4.4 da NI).

1068. No que concerne a alegada conformidade do tarifário grossista de circuitos alugados em vigor entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 ao quadro regulamentar em vigor, começa por esclarecer-se que à Autoridade da Concorrência não incumbe a realização da análise da conformidade do comportamento da arguida com as orientações do regulador sectorial, nem tal foi efectuado no âmbito do presente processo de contra-ordenação.
1069. Por outro lado, no que à análise jus-concorrencial – esta sim atribuição da Autoridade da Concorrência – diz respeito, mesmo admitindo as vantagens de simplificação, de transparência e de redução dos preços, inerentes à estrutura de descontos do tarifário em análise face ao tarifário anterior, nenhuma destas razões se prende com a definição dos limites dos escalões e taxas de desconto nos termos adoptados, não obstando também a que a arguida tivesse definido e aplicado um sistema de descontos com uma estrutura semelhante e não lesivo da concorrência, conforme já referido.
1070. O próprio regulador sectorial, na sua deliberação de 26 de Dezembro de 2002, ao analisar o tarifário em apreço manifestou, desde logo, as suas preocupações, referindo «sem prejuízo de o novo regime de descontos favorecer a transparência, simplicidade e alinhamento com as práticas correntes europeias [...], a posição de algumas empresas poderá deteriorar-se em termos absolutos e relativos e os escalões de descontos mais elevados poderão ser alcançados expectavelmente apenas por empresas do Grupo PT»⁴⁶⁹.
1071. Nesse sentido, comprometeu-se a «reanalisar, à luz dos resultados que viessem a ser apurados, a adequabilidade do novo sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado»⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

⁴⁷⁰ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 26.12.2002, constante de fls. 0898 a fls. 0900.

1072. Esta reanálise veio efectivamente a ter lugar em 10 de Fevereiro de 2004, tendo o regulador sectorial constatado que «a aplicação da nova estrutura de descontos, definida pela PTC no âmbito da reformulação da sua oferta de circuitos alugados, originou: (a) a atribuição de percentagens de desconto mais elevadas às empresas do Grupo PT (TMN e PT Prime), comparativamente às percentagens de desconto atribuídas aos restantes prestadores; (b) a variação do posicionamento relativo dos vários operadores em relação ao desconto auferido, constatando-se que a actual estrutura de descontos beneficiou a PT Prime em prejuízo dos prestadores concorrentes»⁴⁷¹.
1073. Para esta entidade reguladora, «os aspectos acima identificados resulta[ra]m num agravamento das condições de concorrência face à PT Prime, uma vez que os restantes operadores incorre[ra]m em custos grossistas relativos significativamente mais elevados»⁴⁷².
1074. Concluiu ainda o regulador sectorial que «os preços dos circuitos alugados e os respectivos descontos de que beneficia[ra]m as empresas do Grupo PT penaliza[ra]m as condições de exploração dos concorrentes, sem agravar os resultados do Grupo»⁴⁷³.
1075. Assim, o ICP-ANACOM determinou a cessação da aplicação do tarifário analisado e a entrada em vigor, a partir de 08 de Março de 2004, de um novo tarifário⁴⁷⁴, tendo vista assegurar a adequação do sistema de descontos aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado.
1076. O regulador procurou adoptar uma decisão que conduzisse ao «estabelecimento de um mercado com condições efectivamente concorrenciais, estabelecendo uma estrutura de descontos que, permit[isse] reflectir os maiores ganhos de eficiência incorridos com elevados volumes de

⁴⁷¹ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴⁷² Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴⁷³ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴⁷⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

contratação nos clientes que mais contribu[iss]em para a mesma, e eliminando condições contrárias ao estabelecimento de um mercado concorrencial», tendo considerado que a nova estrutura de descontos deveria «permitir a eliminação das assimetrias ao nível dos descontos de que beneficia[va]m as empresas do Grupo PT em relação aos OOLs [Outros Operadores Licenciados], permitindo que mais que uma empresa benefici[ass]e de uma determinada percentagem de desconto e ainda a coexistência, num mesmo patamar, entre empresas do Grupo PT e empresas concorrentes»⁴⁷⁵.

1077. Assim, ao contrário do que alega a arguida, relativamente ao tarifário que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, o sentido da intervenção do regulador sectorial foi o de adoptar a decisão possível em face da informação disponível.
1078. Ou seja, foi com base na informação disponibilizada e na proposta de tarifário apresentada pela arguida que o regulador sectorial, ouvidos outros intervenientes no mercado, decidiu não se opor esta última.
1079. Resultando da própria natureza da regulação económica que a empresa regulada disponha sempre de um nível de informação superior ao do regulador, esta assimetria de informação contextualiza toda e qualquer tomada de decisão por parte deste último.
1080. Não pode, por esta via, a intervenção do ICP-ANACOM ter o sentido e a força que a arguida lhe pretende conferir nos argumentos que mobilizou na defesa escrita.
1081. Acresce que, relativamente à «margem de liberdade» que permitisse à arguida «deixar de aplicar o tarifário nos termos aprovados pelo ICP-ANACOM» (cf. §299 da defesa escrita⁴⁷⁶), o sentido da intervenção do regulador sectorial, conforme já referido *supra*, prende-se com a definição de preços máximos ("condições mínimas")⁴⁷⁷, sem prejuízo de a PTC poder

⁴⁷⁵ Cf. Relatório de audiência prévia sobre o sentido provável da deliberação do ICP-ANACOM referente à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0901 a fls. 0907.

⁴⁷⁶ Cf. comunicação VdA de 22.06.2007, de fls. 0943 a fls. 1019.

⁴⁷⁷ Na deliberação de 19.09.2002, relativa ao processo de aprovação do tarifário em apreço, no ponto «V. Actuação», refere que «a PTC deverá reformular, no prazo de dez dias, a proposta de tarifário de circuitos alugados apresentada em 14/12/01, de acordo com os princípios seguintes e registando as seguintes reduções mínimas nas receitas [equivalentes à definição de preços máximos], líquidas de descontos (segundo a informação sobre descontos corrigida na carta da PTC de 08/05/02 com a ref.ª n.º

H.

conformar o seu tarifário com as exigências normativas regulatórias e concorrenciais, alterando-o dentro dos limites que lhe foram estabelecidos.

1082. Ou seja, quer antes (através da informação fornecida e proposta de tarifário submetida ao ICP-ANACOM), quer depois da intervenção do regulador, existe para a arguida uma ampla margem de manobra para conformação do tarifário em causa às exigências normativas regulatórias e concorrenciais.

1083. Neste sentido, a arguida dispunha de suficiente espaço para acomodação da deliberação do regulador sectorial sem que a sua conduta se traduzisse em qualquer restrição da concorrência e, da mesma forma, podia conformar-se à legislação da concorrência sem ter que incorrer em qualquer violação regulatória (e na prática da respectiva contra-ordenação)⁴⁷⁸.

1084. Aliás, a prática decisória recente da Comissão Europeia e a jurisprudência comunitária no sector das comunicações electrónicas confirmam o entendimento da Autoridade da Concorrência relativamente a esta questão, recordando-se a título de exemplo os (recentes) casos Deutsche Telekom AG e Telefónica S.A.⁴⁷⁹.

019217), face à proposta apresentada e tendo por referência o parque de circuitos existente em Junho de 2001» [sublinhado nosso]. Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reformulação da oferta de circuitos alugados da PTC, de 19.09.2002, constante de fls. 0892 a fls. 0895.

Ainda a este propósito, o regulador na sua decisão relativa à avaliação de PMS, quando analisa as obrigações regulamentares passíveis de serem impostas ao operador dominante e, em particular, a necessidade de imposição de um controlo de preços e contabilização de custos refere que «o estabelecimento de preços máximos [na oferta de referência de circuitos alugados], orientados para os custos, evitando preços excessivos, não previne, per se, a definição de preços retalhistas (excessivamente) baixos pela empresa dominante» [sublinhado nosso]. Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa ao mercado retalhista de circuitos alugados e mercados grossistas dos segmentos terminais e de trânsito de circuitos alugados, de 08.07.2005, p. 86, constante de fls. 0786 a fls. 0832.

⁴⁷⁸ Conforme referido *supra*, não é invocada pela arguida qualquer específica causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, limitando-se a PTC a referir genericamente que a Autoridade da Concorrência «olvid[ou] [...] a possibilidade de existência de causas de exclusão da culpa e da ilicitude, mormente aquelas que se encontram enunciadas nos artigos 31.º a 39.º do Código Penal» (cf. §29 da defesa escrita).

Ora, conforme igualmente já demonstrado, a Autoridade da Concorrência não olvidou, nem olvida, essa possibilidade, apenas verificou que as mesmas não tinham aplicação no presente processo de contra-ordenação.

Em concreto, e no que ao presente parágrafo respeita, por exemplo, uma eventual (não invocada) causa de exclusão de ilicitude decorrente do cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade não tem aplicação, precisamente do facto de na sua conduta a arguida ter tido uma ampla margem de manobra para conformação do tarifário em causa às exigências normativas, quer às regulatórias quer às concorrenciais.

⁴⁷⁹ Cf. Decisão da Comissão de 21.05.2003 no(s) caso(s) COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG, recentemente confirmada pelo TPI (Cf. Acórdão do TPI, caso T-271/03, de 10.04.2008); e Decisão da Comissão de 04.07.2007 no caso COMP/38.784 - Wanadoo España vs. Telefónica S.A.

1085. No Acórdão do TPI relativo ao caso Deutsche Telekom AG⁴⁸⁰, este Tribunal afirmou, por exemplo:

- i. «Quanto a este ponto, há que recordar desde logo que o facto de as tarifas da recorrente terem de ser aprovadas pela RegTP não elimina a sua responsabilidade nos termos do artigo 82.º CE (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 1985, BNIC, 123/83, Recueil, p. 391, n.os 21 a 23)» (cf. §107 do Acórdão do TPI);
- ii. «A este respeito, importa sublinhar, em primeiro lugar, que ainda que a RegTP, à semelhança de qualquer órgão de Estado, seja obrigada a respeitar as disposições do Tratado CE (v., neste sentido, acórdão CIF, referido no n.º 86 supra, n.º 49), esta autoridade constituía, à época dos factos do litígio, a autoridade alemã responsável pela aplicação da regulamentação sectorial no domínio das telecomunicações, e não a autoridade de concorrência do Estado-Membro em causa. Ora, as autoridades reguladoras nacionais actuam em conformidade com o direito nacional, o qual pode ter objectivos que, inscrevendo-se nas políticas das telecomunicações, são diferentes dos da política comunitária de concorrência [v. Comunicação da Comissão, de 22 de Agosto de 1998, sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações – Enquadramento, mercados relevantes e princípios (JO C 265, p. 2), n.º 13]» (cf. §113 do Acórdão do TPI);
- iii. «No entanto, uma vez que a recorrente fixa livremente as suas tarifas ADSL dentro dos limites previstos na legislação alemã, as suas práticas tarifárias neste domínio são susceptíveis de ser abrangidas pelo artigo 82.º CE (v. n.os 87 e 88 supra)» (cf. §145 do Acórdão do TPI).

1086. Finalmente, no concerne ao argumento da arguida de que actuação do regulador sectorial preclude a intervenção da Autoridade da Concorrência, cumpre salientar que tratando-se de uma actividade económica, a oferta de circuitos alugados da PTC está sujeita à intervenção da Autoridade da Concorrência⁴⁸¹, nos termos e para os efeitos do art. 14.º da Lei da

⁴⁸⁰ Cf. Acórdão do TPI, caso T-271/03, de 10.04.2008, em particular, §69 a §152, bem como, a propósito da responsabilidade subjectiva da arguida, os §295 e ss.

⁴⁸¹ A Lei da Concorrência é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público ou cooperativo nos termos do n.º 1 do art. 1.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

01900
A.F.

Concorrência, conforme oportunamente referido na NI (cf. §345 e ss.) e na presente Decisão (cf. ponto 4 da presente Decisão).

1087. Isto é, o respeito pelas regras da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, nos limites das atribuições e competências que lhe são legalmente cometidas, cabendo-lhe aplicar a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público ou cooperativo.
1088. Assim, independentemente da análise regulatória que sobre aquela conduta da arguida possa ter existido, a entidade competente para a análise jus-concorrencial nos termos da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é a Autoridade da Concorrência.
1089. Por outro lado, conforme já referido *supra* (entre outros, §1014 e ss. e também §1075 e ss.), a não oposição do ICP-ANACOM à entrada em vigor, a partir de 01 de Março de 2003, do tarifário de circuitos alugados proposto pela PTC em 16 de Dezembro de 2002 não poderia, de todo, desonerar a arguida de quaisquer (presentes ou futuras) responsabilidades, *maxime* jus-concorrenciais.

4.1.4 Execução temporal da infracção

1090. A oferta (grossista) de circuitos alugados da PTC objecto de análise entrou em vigor em 01 de Março de 2003⁴⁸², tendo sido praticada por esta empresa até 07 de Março de 2004⁴⁸³.
1091. Os factos analisados tiveram por base o tarifário do serviço de aluguer de circuitos e respectivo regime de descontos constantes desta oferta⁴⁸⁴.

⁴⁸² Cf. comunicação PTC com ref.ª n.º 0501200435, de 07.03.2005, de fls. 0185 a fls. 0321, e deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴⁸³ Com efeito, em 10.02.2004, por deliberação de do Conselho de Administração do ICP-ANACOM, foi determinada a cessação da sua aplicação e a entrada em vigor, a partir de 08 de Março de 2004, de um novo tarifário. Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004, constante de fls. 0579 a fls. 0585.

⁴⁸⁴ Note-se que as ofertas de circuitos alugados da PTC, em vigor por determinados períodos de tempo, integram e definem o conteúdo das relações contratuais através das quais aquela empresa se obriga a proporcionar aos operadores ou prestadores de serviços de comunicações electrónicas, mediante retribuição, o gozo temporário de determinados circuitos da sua rede.

A.H.

1092. A prática dos factos desenvolveu-se, assim, por vontade da arguida, durante todo o tempo em que vigorou e se aplicou aquele tarifário de circuitos alugados.
1093. Deste modo, ao primeiro momento – traduzido na criação do estado antijurídico⁴⁸⁵, seguiu-se um outro – de manutenção ou permanência daquele estado⁴⁸⁶, e que consistiu no não cumprimento do comando que impunha a remoção da compressão do bem jurídico em que a ofensa se traduzia.
1094. Entende-se, assim, que a execução da infracção persistiu desde o momento em que o tarifário em causa entrou em vigor até ao momento em que produziu efeitos a deliberação do regulador sectorial que a fez cessar, altura em que foi posto termo ao estado antijurídico em que a arguida se havia voluntariamente colocado e em que puderam ser reafirmados o estado e o interesse que as normas jurídicas (concorrenciais) violadas visavam proteger.
1095. A prática da PTC consubstanciou, como tal, uma infracção permanente (ou duradoura), tendo a sua execução sido prolongada no tempo desde 01 de Março de 2003 até 07 de Março de 2004.

4.1.5 Aplicação da lei no tempo

1096. De acordo com o art. 5.º do RGIMOS, aplicável *ex vi* art. 19.º e 22.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, «o facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado [...]».
1097. No presente processo de contra-ordenação, tratando-se de uma infracção cuja execução se prolongou no tempo por vontade da arguida, verifica-se que a prática decorreu desde 01 de Março de 2003 e até 07 de Março de 2004, altura em que deve entender ter sido praticado o (*rectius*, ter cessado a prática do) facto.
1098. Deste modo, considerando o disposto no n.º 1 do art. 3.º do RGIMOS, nos termos do qual «a punição da contra-ordenação é determinada pela lei

⁴⁸⁵ Correspondente à data de entrada em vigor do tarifário.

⁴⁸⁶ Correspondente a todo o tempo em que vigorou e foi aplicado aquele tarifário.

A.P.

vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende», aplicável *ex vi* art. 19.º e art. 22.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, verifica-se que a infracção da PTC ainda persistia quando entrou em vigor a Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho), isto é em 16 de Junho de 2003⁴⁸⁷, pelo que esta era a lei vigente no momento da prática do facto.

1099. Nestes termos, deve ser considerada aplicável à totalidade da factualidade típica a Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, ao abrigo da qual deverá ser apreciada a prática da PTC⁴⁸⁸.
1100. Do ponto de vista do direito comunitário, a factualidade típica é apreciada à luz do disposto no art. 82.º do Tratado CE.

4.1.6 Determinação da medida da coima

1101. A PTC, através do tarifário referente ao serviço de aluguer de circuitos que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004 aplicou sistematicamente, relativamente a prestações equivalentes, condições discriminatórias (ou desiguais), nos termos e para os efeitos do art. 4.º, n.º 1, alínea e) da Lei da Concorrência⁴⁸⁹ e do art. 82.º, alínea c), do Tratado CE.
1102. De igual modo limitou, nos termos do art. 4.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Concorrência⁴⁹⁰ e do art. 82.º, alínea b), do Tratado CE, a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico e o investimento relativos ao serviço em causa, em prejuízo da concorrência e dos consumidores.
1103. Ao fazê-lo explorou, nos termos do art. 6.º, n.º 1, e n.º 3, alínea a) da Lei da Concorrência e do art. 82.º, alínea c), do Tratado CE, a posição de domínio que detinha nos mercados grossistas de segmentos terminais de circuitos alugados analógicos e digitais sem distinção de capacidade; e de segmentos de trânsito de circuitos alugados analógicos e digitais sem distinção de capacidade.

⁴⁸⁷ A data 16.06.2003 refere-se à data de entrada em vigor desta lei no território continental; nas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores a data de entrada em vigor da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, é 26.06.2003. Cf. a Lei n.º 74/98, de 11 de Novembro.

⁴⁸⁸ Sem prejuízo de, conforme referido, entre outros, nos §375 e §785, a prática se ter iniciado (ainda) na vigência do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

⁴⁸⁹ Aplicável *ex vi* art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

⁴⁹⁰ Aplicável *ex vi* art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

1104. A adopção deste comportamento abusivo por parte da PTC teve por objecto e como efeito a restrição da concorrência naqueles mercados grossistas, bem como no mercado retalhista de circuitos alugados, constituído por circuitos analógicos e circuitos digitais até 2 Mbps *inclusive* (suportados também em tecnologias xDSL simétricas) e também nos mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas.
1105. O comportamento da arguida constitui uma contra-ordenação na acepção do art. 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, preenchendo todos os elementos (objectivos e subjectivos) daquele tipo de ilícito.
1106. A mesma prática resulta, ainda, proibida por força da alínea b) e da alínea c) do art. 82.º do Tratado CE, constituindo uma contra-ordenação nos termos do art. 42.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

4.1.6.1 Moldura aplicável e volume de negócios da arguida

1107. A moldura abstracta da coima corresponde ao intervalo em percentagem do volume de negócios indicado no art. 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, para cada tipo de contra-ordenação aí previsto.
1108. Segundo a alínea a) do n.º 1 do art. 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, «Constitui contra-ordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas partes na infracção, 10% do volume de negócios no último ano: a) A violação do disposto nos art. 4.º, 6.º e 7.º».
1109. No caso do processo n.º PRC-01/04, trata-se de uma violação do art. 6.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (e do art. 82.º do Tratado CE).
1110. Em 2004, a PTC apresentou um volume de negócios correspondente a 2.116.268.359 Euros⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Cf. Relatório e Contas do ano de 2004, da PTC, de fls. 1464 a fls. 1569 (cf. em especial fls. 1539).

1111. Assim, nos termos da alínea a) do n.º 1 do art. 43.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, a (moldura da) coima aplicável à arguida não poderá, no presente processo de contra-ordenação, exceder 211.626.836 Euros.

4.1.6.2 Critérios de determinação da coima

1112. Nos termos do disposto no art. 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, as coimas a que se refere o art. 43.º são fixadas tendo em consideração, entre outras, as seguintes circunstâncias: (i) a gravidade da infracção para a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado nacional; (ii) as vantagens de que tenham beneficiado as empresas infractoras, em consequência da infracção; (iii) o carácter reiterado ou ocasional da infracção; (iv) o grau de participação na infracção; (v) a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência até ao termo do procedimento administrativo; e (vi) o comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.

4.1.6.2.1 Gravidade da infracção

1113. No que respeita à gravidade da infracção, releve-se que o abuso de posição dominante em causa no presente processo de contra-ordenação se produziu nos mercados grossistas de circuitos alugados, constituindo estes um *input* essencial para a oferta destes serviços no respectivo mercado retalhista, bem como para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas (e.g. serviços telefónicos publicamente disponíveis em local fixo, serviços de acesso em banda larga, serviços de comunicações móveis, entre outros) pelos operadores concorrentes das empresas do Grupo PT (conforme o descrito, entre outros, nos §363 e ss. da presente Decisão).

1114. Acresce que a PTC, em face das suas quotas de mercado, da capilaridade da sua rede e do âmbito nacional da mesma, é um *parceiro comercial inevitável*⁴⁹² nos mercados relevantes identificados, não existindo alternativas efectivas no mercado nacional ao serviço grossista de aluguer de circuitos desta empresa.

⁴⁹² Cf., quanto a este conceito, Acórdão proferido no Processo 85/76 Hoffmann-La Roche/Comissão Europeia; Acórdão proferido no Processo C-95/04 British Airways/Comissão Europeia; e, finalmente, Acórdão proferido no Processo T-2003/01 Michelin/Comissão Europeia.

1115. Neste sentido, os operadores concorrentes do Grupo PT ficam dependentes da contratação do serviço de aluguer de circuitos à arguida para a oferta de serviços nos vários mercados retalhistas de comunicações electrónicas.
1116. Assim sendo, parte significativa da concorrência nos vários mercados de comunicações electrónicas depende das condições definidas pela PTC nos mercados grossistas de circuitos alugados, tendo o comportamento da arguida restringido a concorrência neste (e, indirectamente, naqueles) mercado(s), conforme análise dos pontos 3.4.7, 3.5 e 4.1.1.5, *supra*, da presente Decisão.
1117. Considera-se que a prática da PTC foi, nestes termos, apta a prejudicar gravemente, quando não a eliminar, a concorrência, tendo-a efectivamente prejudicado, dificultando a entrada e/ou a expansão nos mercados grossistas e no mercado retalhista de circuitos alugados, bem como nos mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas.
1118. Estas considerações são reforçadas se se atentar o específico sector em que a arguida actua, constituindo as comunicações electrónicas um factor essencial de desenvolvimento e progresso económico e de promoção do bem-estar social.
1119. Não obstante, apesar do exposto e da saída do mercado de diversas empresas clientes do serviço grossista de aluguer de circuitos da PTC, não resulta evidência de que estes parceiros comerciais tenham sido efectivamente excluídos do mercado de circuitos alugados em virtude do comportamento da arguida.
1120. Nestes termos, apesar de esta Autoridade ter considerado na NI que a infracção era susceptível de ser qualificada como muito grave (cf. §508 da NI), em face do *supra* exposto entende-se, na presente Decisão, que a mesma encerra um carácter grave.

4.1.6.2.2 Vantagens para a empresa infractora

1121. A infracção objecto do presente processo de contra-ordenação consubstancia uma prática de abuso de posição dominante traduzida numa discriminação, por parte da PTC, em benefício das empresas do grupo económico em que



se insere e em prejuízo das empresas concorrentes, cuja actividade, expansão e investimento resultaram, assim, também limitados.

1122. A prática manifestou-se na concessão, por parte da arguida, de vantagens competitivas significativas às empresas do Grupo PT que operavam no mercado retalhista de circuitos alugados, em detrimento das concorrentes, limitando a sua expansão no mercado.
1123. As vantagens para a empresa infractora, conforme descrito nos pontos 3.4.7 e 3.5 da presente Decisão, relacionam-se, em primeiro lugar, com o facto de o tarifário em apreço ter potenciado a manutenção e consolidação da estrutura dos mercados retalhista e grossistas de circuitos alugados e nos mercados adjacentes (mercados retalhistas que utilizam circuitos alugados como *input* para a oferta de outros serviços de comunicações electrónicas - e.g. serviços telefónicos publicamente disponíveis em local fixo, serviços de acesso em banda larga, serviços de comunicações móveis, entre outros), nos quais a arguida e/ou as empresas do Grupo PT assumem uma posição claramente dominante.
1124. A arguida obteve, com directo prejuízo da concorrência, ganhos ilícitos a favor do grupo económico em que se insere, correspondentes à limitação das ofertas de serviços dos operadores concorrentes ao Grupo PT.
1125. A infracção praticada foi, assim, apta a proporcionar às empresas do Grupo PT o benefício decorrente da possibilidade da actuarem no mercado sem concorrência ou com concorrência fortemente diminuída.
1126. Aliás, verifica-se que a PTC se manteve, na prática, como único fornecedor grossista de segmentos terminais de circuitos alugados; que a sua quota de mercado se tem mantido em valores muito próximos dos 100% nos segmentos terminais analógicos e digitais, independentemente da capacidade de transmissão; que no mercado grossista de segmentos de trânsito analógicos apenas está presente a PTC, com uma quota de 100%; e, finalmente, que no mercado grossista de segmentos de trânsito digitais, a quota de mercado, em receitas, da PTC foi, entre 2000 e 2004, sempre superior a cerca de 86%.

1127. No que se refere ao mercado retalhista, as empresas do Grupo PT detêm uma quota de 100% nos circuitos alugados analógicos e de 93% nos circuitos alugados digitais.
1128. Acresce que as vantagens para a PTC se traduziram igualmente na sobrecarga do preço dos serviços (de circuitos alugados e outros serviços de comunicações electrónicas que utilizam os circuitos como *input*) prestados pelos operadores alternativos por via do tarifário grossista de circuitos alugados da arguida, o que não permitiu que os mesmos se assumissem como concorrentes efectivos das empresas do Grupo PT.
1129. Por outro lado, com base na simulação realizada pela Autoridade da Concorrência⁴⁹³ destinada a apurar a situação que existiria no caso de o comportamento ilícito não ter existido (*situação hipotética actual*), foi possível estimar os efeitos directos da prática da arguida em relação aos operadores alternativos aos do Grupo PT (cf. ponto 3.4.7.2 da presente Decisão, em particular, §696 e ss.).

4.1.6.2.3 Carácter reiterado ou ocasional da infracção

1130. No que respeita ao carácter reiterado ou ocasional da infracção, cabe referir que não são conhecidos à arguida, ao momento, antecedentes contra-ordenacionais jus-concorrenciais.

4.1.6.2.4 Grau da participação na infracção

1131. A arguida actuou como autora da infracção, sendo-lhe inteiramente imputáveis os factos em apreço.

4.1.6.2.5 Colaboração prestada à Autoridade até ao termo do procedimento administrativo

1132. A arguida actuou no processo em estrita conformidade com as normas aplicáveis, tendo a colaboração prestada à Autoridade da Concorrência sido traduzida na resposta aos pedidos de informação.

⁴⁹³ Resultante da aplicação do tarifário posterior (reconhecendo a vantagem da aplicação da estrutura de descontos que lhe era subjacente) aos dados facturação referentes ao período compreendido entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004.

4.1.6.2.6 Comportamento do infractor na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

1133. No presente processo de contra-ordenação, não existiu qualquer comportamento voluntário das arguidas na eliminação das práticas proibidas, tendo essa eliminação resultado exclusivamente de uma determinação do regulador sectorial que, na sequência de uma reanálise da adequação do sistema de descontos incorporados naquele tarifário aos princípios regulamentares aplicáveis e às condições de promoção de uma sã concorrência no mercado, deliberou, em 10 de Fevereiro de 2004, a substituição do tarifário em apreço por um novo tarifário a partir de 08 de Março de 2004⁴⁹⁴.

1134. Não obstante, deve relevar-se que a arguida, a partir de 08 de Março de 2004, deu cumprimento cabal à deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM de 10 de Fevereiro de 2004.

1135. No que respeita à reparação dos prejuízos causados à concorrência, até ao momento não existiu qualquer reparação por parte da arguida.

4.1.6.2.7 Outras circunstâncias relevantes

1136. Valorou a Autoridade da Concorrência, enquanto circunstância relevante para efeitos de determinação da medida da coima, a susceptibilidade de afectação do comércio entre Estados-Membros (conforme análise do ponto 4.1.1.6, *supra*), entendendo constituírem as consequências do comportamento da arguida a nível intracomunitário um elemento agravante, assim considerado no contexto do art. 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho⁴⁹⁵.

1137. Nos termos descritos no ponto 4.1.2 *supra*, verificou-se que a arguida, no que respeita aos factos objecto do presente processo de contra-ordenação, agiu com dolo eventual, já que representando o resultado como uma consequência possível (provável) da sua conduta não renunciou a esta.

⁴⁹⁴ Cf. deliberação do Conselho de Administração do ICP-ANACOM (decisão final) relativa à reestruturação das condições associadas ao serviço de aluguer de circuitos prestado pela PTC, de 10.02.2004.

⁴⁹⁵ No mesmo sentido, cf. Sentença TCL, 2.º Juízo, Processo n.º 965/06.9TYLSB de 02 de Maio de 2007 (Sentença Sal), p. 59. Decisão esta objecto de Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 3ª Secção, (Processo n.º 7251/07).

1138. Não obstante, a circunstância de a arguida ter agido no quadro de uma deliberação do regulador sectorial de não oposição à entrada em vigor do tarifário objecto do presente processo de contra-ordenação, nos termos descritos no ponto 4.1.2.1 *supra*, não desonerando a PTC da responsabilidade jus-concorrencial a que estava (e está) adstrita, foi considerada pela Autoridade da Concorrência como circunstância atenuante para efeitos de diminuição do grau de culpa da arguida.

1139. Entende-se, assim, que a PTC agiu com um dolo de intensidade reduzida.

1140. Para além das circunstâncias identificadas, verificou-se não existirem no presente processo de contra-ordenação quaisquer outras circunstâncias agravantes ou atenuantes.

4.1.6.3 Coima concretamente aplicada

1141. Assim, ponderados os critérios do art. 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, nos termos descritos nos parágrafos anteriores, determina a Autoridade da Concorrência que a coima a aplicar no processo de contra-ordenação registado sob o n.º PRC-01/04 seja de 2.116.268,00€ (dois milhões cento e dezasseis mil duzentos e sessenta e oito Euros), correspondente a 0,1% do volume de negócios de 2004 da arguida.

4.1.7 Sanções acessórias

1142. Nos termos do art. 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, «caso a gravidade da infracção o justifique, a Autoridade promove a publicação, a expensas do infractor, da decisão proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei no Diário da República e ou num jornal nacional de expansão nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante em que a prática proibida produziu os seus efeitos».

1143. Tendo em conta a gravidade da infracção em causa e a afectação sensível do comércio intracomunitário, bem como as exigências de prevenção geral e especial, determina-se à arguida que faça publicar, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão, um extracto da mesma, a delimitar pela Autoridade da Concorrência, nos termos e conforme cópia que lhe será comunicada, na II Série do Diário da República e num jornal de expansão nacional.

5. DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o Conselho da Autoridade da Concorrência decide:

Primeiro

A arguida PT Comunicações, S.A. (PTC), destinatária da presente Decisão, ao incorrer, através do tarifário referente ao serviço de aluguer de circuitos que vigorou entre 01 de Março de 2003 e 07 de Março de 2004, numa prática que se traduziu na aplicação sistemática de condições discriminatórias (ou desiguais) relativamente a prestações equivalentes e na limitação da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e do investimento, explorou abusivamente a posição dominante que detinha nos mercados grossistas de circuitos alugados, tendo por objecto e como efeito impedir, falsear e restringir a concorrência naqueles mercados e nos mercados que utilizam os circuitos alugados como *input* para a oferta de serviços de comunicações electrónicas.

A prática da arguida resulta proibida nos termos do 6.º, n.º 1 e n.º 2 e do art. 4.º, n.º 1, alínea c) e alínea e), aplicáveis por força do art. 6.º, n.º 3, alínea a) da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e também nos termos da alínea b) e da alínea c) do art. 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, constituindo uma contra-ordenação na acepção do art. 42.º, punível nos termos dos art. 43.º, n.º 1, alínea a), e art. 44.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

Segundo

Tendo em conta as considerações *supra* enunciadas, é aplicada à arguida destinatária da presente Decisão uma coima no valor de 2.116.268,00€ (dois milhões cento e dezasseis mil duzentos e sessenta e oito Euros).

Terceiro

A título de sanção acessória, por a gravidade da prática o justificar e ao abrigo do art. 45.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, ordena-se à arguida que faça publicar, no prazo de 20 (vinte) dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão, um extracto da mesma, a delimitar pela Autoridade da Concorrência, nos

termos e conforme cópia que lhe será comunicada, na II Série do Diário da República e num jornal de expansão nacional.

Quarto

Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 92.º, na alínea b) do n.º 2 e no n.º 3 do art. 94.º do RGIMOS, é fixado em 250,00€ (duzentos e cinquenta Euros), o montante das custas a suportar pela arguida no presente processo.

Quinto

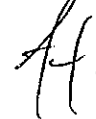
A coima aplicada e as custas deverão ser pagas no prazo máximo de 10 (dez) dias após a presente Decisão se ter tornado definitiva ou, em caso de impugnação judicial, após o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial condenatória, mediante guias a levantar na Autoridade da Concorrência⁴⁹⁶.

Sexto

Adverte-se a arguida, nos termos do art. 58.º do RGIMOS, que:

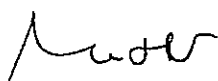
- a) A presente condenação torna-se definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do art. 59.º do RGIMOS e do art. 50.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho;
- b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso a arguida, o Ministério Público ou a Autoridade da Concorrência não se oponham, mediante simples despacho;
- c) Tornando-se definitiva ou transitada em julgado a presente Decisão, a coima aplicada deverá ser paga no prazo máximo de 10 (dez) dias a contar do dia em que esta se torne definitiva ou transite em julgado;
- d) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade da Concorrência.

⁴⁹⁶ Para este efeito, deve a arguida requerer à Autoridade da Concorrência a passagem das respectivas guias com referência ao processo n.º PRC-01/04.



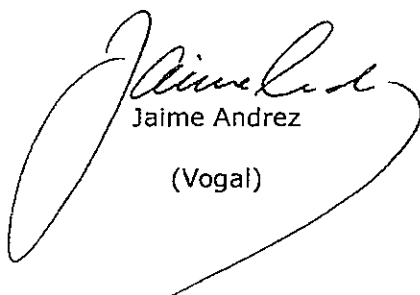
Lisboa, 28 de Agosto de 2008

O Conselho da Autoridade da Concorrência



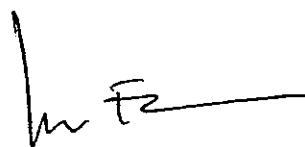
Manuel Sebastião

(Presidente)



Jaime Andrez

(Vogal)



João Espírito Santo Noronha

(Vogal)