Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações

ENQUADRAMENTO, MERCADOS RELEVANTES E PRINCÍPIOS

(98/C 265/02)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

PREFÁCIO

No sector das telecomunicações, os acordos de acesso são fulcrais para que os operadores de mercado possam tirar partido dos benefícios da liberalização.

A presente comunicação prossegue três objectivos:

— estabelecer os princípios de acesso decorrentes do direito da concorrência da União Europeia, conforme constantes de um importante número de decisões da Comissão, por forma a criar uma maior segurança no mercado e condições mais estáveis para o investimento e a adopção de iniciativas comerciais nos sectores das telecomunicações e dos *multimedia*,

— definir e clarificar a relação entre o direito da concorrência e a legislação específica ao sector com base no artigo 100ºA (em especial, no que se refere à relação entre as regras da concorrência e a legislação relativa à oferta de rede aberta),

— explicar a forma como as regras da concorrência serão aplicadas de uma forma coerente nos sectores associados à prestação de novos serviços e, nomeadamente, no que se refere às questões de acesso e aos *gateways* (pontos de acesso) neste contexto.

INTRODUÇÃO

1. O calendário relativo à plena liberalização do sector das telecomunicações foi já estabelecido, tendo a maioria dos Estados-membros de suprimir os últimos entraves ao fornecimento, em condições concorrenciais, de redes e serviços de telecomunicações para os consumidores até 1 de Janeiro de 1998 ([1]). Em consequência desta liberalização, surgirá um segundo conjunto de produtos ou serviços conexos, bem como a necessidade de acesso às infra-estruturas essenciais para a prestação destes serviços. Neste sector, a interconexão à rede de telecomunicações comutada pública constitui o exemplo mais ilustrativo deste tipo de acesso, muito embora não seja o único. A Comissão declarou que definirá o tratamento aplicável aos acordos de acesso no sector das telecomunicações ao abrigo das regras da concorrência ([2]). A presente comunicação aborda, por conseguinte, a questão da forma como as regras e os processos de concorrência são aplicáveis aos acordos de acesso no âmbito da regulamentação harmonizada, a nível da Comunidade Europeia e a nível nacional, no sector das telecomunicações.

2. O quadro regulamentar relativo à liberalização das telecomunicações é constituído pelas directivas de liberalização adoptadas nos termos do artigo 90º do Tratado e pelas directivas de harmonização adoptadas ao abrigo do artigo 100ºA, incluindo nomeadamente, o quadro da oferta de rede aberta (ORA), que estabelece regras harmonizadas em matéria de acesso e interconexão à rede de telecomunicações e ao serviço de telefonia vocal dos organismos de telecomunicações. O enquadramento jurídico proporcionado pela legislação de liberalização e harmonização constitui contexto geral em que se insere qualquer iniciativa tomada pela Comissão na aplicação das regras da concorrência. Tanto a legislação relativa à liberalização (directivas fundadas no artigo 90º) ([3]) como a legislação

em matéria de harmonização (directivas ORA) ([4]) têm por objectivo assegurar a consecução dos objectivos da Comunidade enunciados no artigo 3º do Tratado CE e, nomeadamente, a criação de «um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno» e um «mercado interno caracterizado pela abolição, entre os Estados-membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais».

3. A Comissão publicou orientações relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência no sector das telecomunicações ([5]). A presente comunicação pretende completar as referidas orientações que não incidem expressamente sobre as questões de acesso.

4. No sector das telecomunicações, a legislação em matéria de liberalização e harmonização autoriza e simplifica os esforços das empresas comunitárias que pretendam iniciar novas actividades em novos mercados, permitindo consequentemente que os utilizadores comunitários beneficiem de uma concorrência acrescida. Estas vantagens não devem ser postas em causa por práticas restritivas ou abusivas por parte das empresas: as regras comunitárias da concorrência são, por conseguinte, fundamentais para assegurar que esta evolução seja levada a bom termo. Aos novos operadores deve ser assegurado, na fase inicial, o direito de acesso às redes dos operadores de telecomunicações (OT) em actividade. Diversas autoridades, a nível regional, nacional e comunitário, desempenham um papel na regulamentação deste sector. Para que a concorrência funcione correctamente no mercado interno, deve ser assegurada uma coordenação eficaz entre estas instituições.

5. A parte I da comunicação expõe o enquadramento jurídico e explica a forma como a Comissão tenciona evitar a duplicação desnecessária dos procedimentos, salvaguardando simultaneamente os direitos das empresas e dos utilizadores ao abrigo das normas da concorrência. Neste contexto, os esforços envidados pela Comissão no sentido de incentivar a aplicação descentralizada das regras de concorrência pelos tribunais e autoridades nacionais visam obter soluções a nível nacional, salvo se estiver envolvido um interesse comunitário significativo num determinado caso. No sector das telecomunicações, os procedimentos específicos previstos no quadro ORA visam igualmente solucionar os problemas de acesso, em primeira instância, a um nível nacional descentralizado, com a possibilidade ulterior de conciliação a nível comunitário em determinadas circunstâncias. A parte II define a abordagem da Comissão no que respeita à definição de mercado neste sector. A parte III enuncia os princípios que a Comissão observará na aplicação das regras da concorrência e destina-se a auxiliar os operadores no mercado de telecomunicações a estruturar os seus acordos de acesso, esclarecendo os requisitos estabelecidos pelo direito da concorrência neste domínio. Os princípios delineados na presente comunicação não se aplicam apenas à telecomunicações fixas tradicionais, como também a todas as telecomunicações, incluindo áreas como as telecomunicações via satélite e as comunicações móveis.

6. A presente comunicação baseia-se na experiência da Comissão adquirida no âmbito de diversos processos ([6]) e em determinados estudos realizados neste sector a pedido da Comissão ([7]). Dado que a presente comunicação se baseia nas regras de concorrência geralmente aplicáveis, os princípios nela delineados serão também aplicáveis, na medida em que surjam problemas comparáveis, noutras áreas como, por exemplo, as questões de acesso nos sectores das telecomunicações digitais de modo geral. De igual forma, vários princípios consignados no Tratado serão relevantes para qualquer empresa que detenha uma posição dominante, incluindo noutros domínios que não as telecomunicações.

7. A presente comunicação baseia-se nos problemas que se levantaram na fase inicial de transição de mercados em regime de monopólio para mercados concorrenciais. Dada a convergência dos sectores de telecomunicações, radiodifusão e tecnologia da informação ([8]) e a crescente concorrência nestes mercados, levantar-se-ão novas questões, o que poderá exigir a adaptação do âmbito e dos princípios definidos na presente comunicação a estes novos sectores.

8. Os princípios delineados no presente documento serão aplicáveis às práticas no exterior da Comunidade na medida em que essas práticas tenham repercussões na Comunidade e afectem as trocas comerciais entre os Estados-membros. Na aplicação das regras da concorrência, a Comissão deve respeitar as obrigações impostas à Comunidade nos termos do acordo de telecomunicações da Organização Mundial do Comércio (OMC) ([9]). A Comissão observa igualmente que continuam a desenrolar-se as discussões relativas ao sistema de taxas de repartição internacional no quadro da União Internacional das Telecomunicações (UIT). A presente comunicação em nada prejudica a posição adoptada pela Comissão no âmbito destas discussões.

9. A presente comunicação não restringe de modo algum os direitos conferidos pelo direito comunitário aos particulares ou às empresas e não prejudica a interpretação das regras da concorrência comunitá-

rias pelo Tribunal da Primeira Instância ou pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A presente comunicação não tem por objecto constituir uma análise aprofundada de todos os eventuais problemas de concorrência que se possam levantar neste sector: existem já outros problemas, sendo provável que se coloquem outros no futuro.

10. A Comissão apreciará se a presente comunicação deve ser alterada ou aditada à luz da experiência inicialmente adquirida no âmbito de um mercado de telecomunicações liberalizado.

PARTE I — ENQUADRAMENTO

1. Regras da concorrência e regulamentação sectorial específica

11. Os problemas de acesso na acepção mais lata do termo podem ser solucionados a diferentes níveis e com base numa gama de disposições legislativas, de índole nacional ou comunitária. Um prestador de serviços confrontado com um problema de acesso como, por exemplo, a recusa injustificada de um OT de fornecer uma linha alugada (ou fornecê-la em condições razoáveis), linha essa necessária para que o requerente preste serviços aos seus clientes, pode optar entre diversas vias de recurso para sanar o problema. De modo geral, as partes lesadas beneficiarão de diversas vantagens, pelo menos numa fase inicial, se optarem pelas vias de recurso a nível nacional. A este nível, os requerentes disporão de duas alternativas principais, designadamente: (1) procedimentos regulamentares nacionais específicos já instituídos em conformidade com o direito comunitário e harmonizados ao abrigo da oferta de rede aberta (ver nota de pé-de-página 4) e (2) a interposição de uma acção ao abrigo do direito nacional e/ou comunitário perante um tribunal ou autoridade nacional responsável em matéria de concorrência ([10]).

12. As denúncias apresentadas à Comissão ao abrigo das regras da concorrência em vez de, ou para além das apresentadas perante os tribunais nacionais, as autoridades responsáveis pela concorrência e/ou as entidades regulamentadoras nacionais ao abrigo dos procedimentos ORA serão tratadas segundo a prioridade que lhes deve ser atribuída atendendo à urgência, carácter inédito ou transnacional do problema em causa e tendo em conta a necessidade de evitar a duplicação dos procedimentos (ver pontos 23 e seguintes).

13. A Comissão reconhece que as entidades regulamentadoras nacionais (ERN) ([11]) desempenham funções distintas e que operam num enquadramento jurídico diferente do da Comissão sempre que esta última intervenha na aplicação das regras da concorrência. Em primeiro lugar, as ERN operam ao abrigo do direito nacional, embora executem frequentemente as disposições consignadas no direito comunitário. Em segundo lugar, esse direito, dado que se baseia em considerações relacionadas com a política das telecomunicações, pode visar a consecução de objectivos diferentes embora consistentes com os objectivos da política da concorrência comunitária. A Comissão coopera na medida do possível com as ERN e estas últimas devem igualmente cooperar entre si, nomeadamente, no que diz respeito a questões transfronteiras ([12]). Ao abrigo do direito comunitário, as autoridades nacionais, incluindo as entidades regulamentadoras e as autoridades responsáveis pela concorrência, têm a obrigação de não autorizar qualquer prática ou acordo que seja contrário ao direito comunitário da concorrência.

14. As regras comunitárias da concorrência não são suficientes para a resolução global dos diversos problemas que se colocam no sector das telecomunicações. As ERN dispõem consequentemente de um mandato muito mais vasto e de um importante papel de grande alcance na regulação deste sector. É igualmente de observar que, na óptica do direito comunitário, estas autoridades devem ser independentes ([13]).

15. Cabe também assinalar que as directivas ORA impõem aos operadores de telecomunicações nacionais que tenham um importante poder de mercado determinadas obrigações em matéria de transparência e não discriminação que vão muito além das que seriam normalmente impostas nos termos do artigo 86º do Tratado CE. As directivas ORA estabelecem obrigações em matéria de transparência, fornecimento e políticas de preços. Estas obrigações são impostas pelas ERN que êm igualmente competência para assegurar uma concorrência efectiva ([14]).

16. Em relação ao disposto no artigo 86º do Tratado CE, e por motivos de conveniência, a presente comunicação foi elaborada partindo do pressuposto de um único operador de telecomunicações em posição dominante. Tal não será forçosamente o caso em todos os Estados-membros: por exemplo, desenvolver-se-ão progressivamente novas redes de telecomunicações que oferecerão uma cobertura cada vez mais vasta. Estas redes de telecomunicações alternativas poderão já ser suficientemente amplas e extensas para substituir, parcial ou totalmente, as redes nacionais existentes, ou poderão acabar por sê-lo, devendo tal facto ser tido em consideração. A existência e a posição no mercado de operadores concorrentes serão factores relevantes para determi-

nar a existência de uma posição dominante única ou conjunta, pelo que as referências à existência de uma posição dominante na presente comunicação deverão ser interpretadas tendo em conta o que precede.

17. Atendendo à sua responsabilidade em matéria de política comunitária da concorrência, a Comissão deve velar pelo interesse geral da Comunidade. Os recursos administrativos de que dispõe a Comissão para o desempenho desta função são forçosamente limitados e não podem ser utilizados para resolver todos os casos de que tem conhecimento. É por este motivo que a Comissão deve, em geral, tomar todas as medidas que se impõem e matéria de organização para o desempenho das suas funções, devendo nomeadamente definir as suas prioridades ([15]).

18. Consequentemente, a Comissão indicou que, no âmbito das suas competências em matéria de tomada de decisões, tenciona atribuir prioridade às notificações, denúncias ou processos oficiosos que apresentem um interesse especial para a Comunidade de um ponto de vista político, económico ou jurídico ([16]). Sempre que um determinado caso não apresentar estas características, as notificações não serão normalmente objecto de uma decisão formal mas de um ofício de arquivamento mediante autorização das partes, devendo as denúncias ser examinadas, regra geral, pelos tribunais nacionais ou por outras autoridades relevantes. Neste contexto, é de observar que as regras da concorrência têm efeito directo ([17]), pelo que o direito comunitário da concorrência é aplicável nos tribunais nacionais. Mesmo nos casos em que sejam aplicáveis outras disposições legislativas comunitárias, isso não impede que seja necessário respeitar as regras comunitárias da concorrência ([18]).

19. Outras autoridades nacionais, nomeadamente, as ERN que actuam no enquadramento ORA, têm competência sobre determinados acordos de acesso (que lhes devem ser notificados). No entanto, a notificação de um acordo a uma ERN não suprime a necessidade de notificação do acordo à Comissão. As ERN devem velar para que as medidas por elas tomadas sejam compatíveis com o direito comunitário da concorrência ([19]), o que as impede de tomar medidas susceptíveis de prejudicar a protecção efectiva conferida pelo direito comunitário ao abrigo das regras de concorrência ([20]). Por conseguinte, estas entidades não poderão aprovar acordos contrários às regras da concorrência ([21]). Se a intervenção das autoridades nacionais puser em causa esses direitos, o Estado-membro em causa pode ser obrigado a pagar uma indemnização às pessoas lesadas pela referida intervenção ([22]). Além disso, as ERN têm competência, ao abrigo das directivas ORA, para tomar medidas no sentido de assegurar uma concorrência efectiva ([23]).

20. Em princípio, os acordos de acesso regulam a prestação de determinados serviços entre empresas independentes e não resultam na criação de uma entidade autónoma distinta das partes nos acordos. Os acordos de acesso não são, deste modo, geralmente abrangidos pelo âmbito de aplicação do regulamento das concentrações ([24]).

21. Contudo, ao abrigo do Regulamento nº 17 ([25]), à Comissão pode ser apresentada qualquer questão relacionada com os acordos de acesso mediante a notificação de um acordo deste tipo, apresentada por uma ou mais partes envolvidas ([26]), mediante uma denúncia formulada por um terceiro relativamente a um acordo de acesso restritivo ou ao comportamento de um empresa dominante no que respeita à concessão ou à recusa de acesso ([27]), mediante um processo oficioso da Comissão relativo à concessão ou recusa de acesso, ou ainda mediante um inquérito sectorial ([28]). Além disso, a autor de uma denúncia pode solicitar que a Comissão tome medidas provisórias com vista a impedir a ocorrência de uma situação susceptível de provocar um dano grave e irreparável ao denunciante ou que seja contrária ao interesse geral ([29]). Cabe assinalar, todavia, que nos casos de maior urgência se pode obter uma ordem para pôr termo a uma infracção mais rapidamente junto dos tribunais nacionais do que junto da Comissão ([30]).

22. Existem diversas áreas em que os acordos estarão simultaneamente sujeitos às regras da concorrência e a uma regulamentação sectorial específica a nível nacional ou europeu, nomeadamente, a regulamentação relativa ao mercado interno. No sector das telecomunicações, as directivas ORA visam estabelecer um regime regulamentar para os acordos de interconexão. Dada a natureza específica das regras ORA e o facto de poderem ir além dos requisitos enunciados no artigo 86º, as empresas que operam no sector das telecomunicações devem estar cientes de que a observância das normas comunitárias da concorrência não as exime da sua obrigação de respeitar as obrigações impostas no quadro ORA e vice-versa.

2. **Acção da Comissão em matéria de acordos de acesso** ([31])

23. Os acordos de acesso com cláusulas restritivas suscitam problemas abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 85º. Os acordos em que participem empresas que detenham uma posição dominante ou exerçam um poder de monopólio suscitam problemas levantados ao abrigo do artigo 86º.: problemas suscitados pelo domínio de uma ou mais partes assumirão em geral maior significado no contexto de um acordo específico do que no âmbito do artigo 85º. Esta categoria de acordos, analisada no seu conjunto, é particularmente importante, pelo que se afigura conveniente que a Comissão enuncie o mais claramente possível o enquadramento jurídico comunitário no âmbito do qual estes acordos devem ser concluídos.

Notificações

24. Na aplicação das regras da concorrência, a Comissão basear-se-á nas directivas ORA que estabelecem o quadro para a intervenção a nível nacional das ERN. Sempre que os acordos forem abrangidos pelo nº. 1 do artigo 85º., estes devem ser notificados à Comissão para poderem beneficiar de uma isenção ao abrigo do nº. 3 do mesmo artigo. No caso de os acordos serem notificados, a Comissão tenciona pronunciar-se sobre algumas notificações mediante a adopção de decisões formais, uma vez devidamente publicadas no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* e em conformidade com os princípios em seguida delineados. Uma vez estabelecidos de forma clara os princípios jurídicos, a Comissão tenciona subsequentemente enviar ofícios de arquivamento no que diz respeito às outras notificações que suscitem os mesmos problemas.

3. **Denúncias**

25. As pessoas singulares ou colectivas que disponham de um interesse legítimo podem, em determinadas circunstâncias, apresentar uma denúncia à Comissão, solicitando que seja posto termo, mediante a adopção de uma decisão da Comissão, a uma infracção aos artigos 85º. ou 86º. do Tratado CE. Além disso, o autor de uma denúncia pode solicitar à Comissão a tomada de medidas provisórias sempre que seja iminente a ocorrência de um dano grave e irreparável ([32]). O eventual autor de uma denúncia dispõe de outras opções tão ou mais eficazes como, por exemplo, a interposição de uma acção perante os tribunais nacionais. Neste contexto, é de observar que as acções interpostas perante os tribunais nacionais podem oferecer aos particulares e empresas vantagens consideráveis, designadamente ([33]):

— os tribunais nacionais podem analisar e atribuir uma indemnização por danos decorrentes de uma infracção às regras da concorrência,

— os tribunais nacionais podem geralmente adoptar medidas cautelares e ordenar que seja posto termo a uma infracção mais rapidamente do que a Comissão,

— perante os tribunais nacionais, é possível conjugar um pedido de indemnização ao abrigo do direito comunitário com um pedido idêntico ao abrigo do direito nacional,

— perante um tribunal nacional as despesas judiciais podem ser reembolsadas à parte vencedora.

Além disso, os princípios regulamentares nacionais específicos, conforme harmonizados ao abrigo das directivas ORA, podem prever vias de recurso a nível nacional e, caso necessário, a nível comunitário.

3.1. **Recurso aos procedimentos nacionais e aos procedimentos ORA**

26. Como supramencionado ([34]), a Comissão tomará em consideração o interesse comunitário de todos os casos de que tenha conhecimento. Na apreciação do interesse comunitário, a Comissão examina o seguinte:

«(. . .) cabe-lhe, designadamente, ponderar a importância da infracção alegada para o funcionamento do mercado comum, a probabilidade de poder provar a sua existência e a extensão das diligências de investigação necessárias para desempenhar, nas melhores condições, a sua missão de vigilância do respeito dos artigos 85º. e 86º. (. . .)» ([35]).

Outro elemento essencial a ter em conta nesta apreciação é o grau em que os tribunais nacionais estão em condições de fornecer uma solução eficaz a uma infracção aos artigos 85º. e 86º. Tal pode revelar-se difícil, por exemplo, em casos que envolvam elementos extraterritoriais.

27. O nº 1 do artigo 85º e o artigo 86º do Tratado CE produzem efeitos directos nas relações entre particulares que devem ser salvaguardados pelos tribunais nacionais ([36]). No que respeita às acções junto da ERN, a directiva ORA «Interligação» prevê que as referidas autoridades podem intervir e impor alterações relativamente à existência e ao teor dos acordos de acesso. As ERN devem tomar em consideração «a necessidade de fomentar um mercado concorrencial» e podem impor condições sobre uma ou mais partes, entre outros, «a fim de assegurar uma concorrência efectiva» ([37]).

28. Um litígio pode ser apresentado à apreciação da própria Comissão quer ao abrigo das regras da concorrência, quer ao abrigo do procedimento de conciliação ORA. A existência de inúmeros processos simultâneos pode conduzir a uma duplicação desnecessária dos esforços de investigação da Comissão e das autoridades nacionais. Quando forem apresentadas denúncias à Comissão nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17, estando simultaneamente a decorrer outras acções relevantes junto de uma autoridade ou tribunal competente a nível nacional ou europeu, regra geral, a Direcção-Geral da Concorrência não realizará qualquer averiguação sobre a existência de uma infracção ao disposto nos artigos 85º e 86º do Tratado CE. Tal encontra-se, contudo, sujeito aos pontos a seguir referidos.

3.2. **Salvaguarda dos direitos do autor da denúncia**

29. As empresas têm o direito de beneficiar de uma protecção efectiva dos direitos que lhes são conferidos pelo direito comunitário ([38]). Estes direitos ficariam comprometidos se os processos nacionais conduzissem a um atraso excessivo na intervenção da Comissão, sem uma resolução satisfatória da questão a nível nacional. No sector das telecomunicações, os ciclos de inovação são relativamente curtos e qualquer atraso substancial na resolução de um litígio em matéria de acesso poderia, na prática, corresponder a uma recusa de acesso, o que prejudicaria assim a correcta resolução da questão.

30. Deste modo, a Comissão entende que um litígio em matéria de acesso perante uma ERN deve ser sanado dentro de um período de tempo razoável, ou seja, normalmente no prazo de seis meses a partir da data em que a referida autoridade teve conhecimento do problema. Esta resolução pode assumir a forma de uma decisão final ou de medidas cautelares que salvaguardem os direitos do autor da denúncia. Se não for obtida uma resolução deste tipo, afigura-se que os direitos das partes não estão a ser efectivamente protegidos pelo que a Comissão pode, em princípio, mediante pedido do autor da denúncia, iniciar a sua própria investigação sobre o caso em conformidade com os seus procedimentos normais, após consulta e em cooperação com a autoridade nacional em questão. De modo geral, a Comissão não dará início a tais investigações se já intervier num processo em curso ao abrigo do procedimento de conciliação ORA.

31. Além disso, a Comissão deve sempre examinar cada processo numa base casuística, intervindo se considerar que, num caso específico, se defronta com um importante interesse comunitário que afectará, ou é susceptível de afectar, a concorrência em vários Estados-membros.

3.3. **Medidas provisórias**

32. No que respeita a qualquer pedido de adopção de medidas provisórias, a existência ou a possibilidade de procedimentos nacionais é relevante para determinar se existe ou não um risco de dano grave e irreparável. À primeira vista, estes processos deverão suprimir o risco de qualquer dano deste tipo, não devendo a Comissão tomar medidas provisórias se não for feita prova da existência de um risco deste tipo.

33. A possibilidade de adopção de medidas provisórias sob a forma de injunção e os critérios relativos à sua aplicação constituem um factor importante a tomar em consideração pela Comissão para chegar a esta conclusão. Na impossibilidade de adopção das referidas medidas, ou se estas não forem suscetíveis de proteger os direitos do autor da denúncia ao abrigo do direito comunitário, a Comissão considerará que os processos nacionais não suprimiram o risco de danos, pelo que iniciará a sua própria análise do processo.

4. **Investigações oficiosas e inquéritos sectoriais**

34. Caso necessário, a Comissão poderá iniciar uma investigação oficiosa. Poderá também realizar um in-

quérito sectorial, na condição de consultar o Comité Consultivo das autoridades dos Estados-membros competentes em matéria de concorrência.

5. **Coimas**

35. A Comissão pode impor coimas num montante até 10 % do volume de negócios anual a nível mundial das empresas que infrinjam, deliberadamente ou por negligência, o disposto no nº 1 do artigo 85º ou o artigo 86º ([39]). Quando os acordos tenham sido notificados ao abrigo do Regulamento nº 17 para efeitos de isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º, a Comissão não pode impor qualquer coima relativamente às actividades descritas na notificação ([40]) no que respeita ao período subsequente a essa notificação, salvo no caso de se verificar ou de se ter verificado uma infracção ao disposto no artigo 86º Contudo, a Comissão pode retirar a imunidade em matéria de coimas informando as empresas em causa que, após análise preliminar, considera aplicável o disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado, não se justificando a aplicação do disposto no nº 3 do mesmo artigo ([41]).

36. A directiva ORA «Interligação» contém duas disposições específicas que são relevantes em matéria de coimas no âmbito das regras da concorrência. Em primeiro lugar, prevê que os acordos de interconexão devem ser comunicados às ERN relevantes e colocados à disposição dos terceiros interessados, à excepção dos extractos do acordo respeitantes à estratégia comercial das partes ([42]). Em segundo lugar, prevê que a ERN deve dispor de uma série de poderes que lhe permitam influir sobre os acordos de interconexão ou alterá-los ([43]). Estas disposições asseguram a devida publicidade dos acordos e permitem à ERN assegurar, quando adequado, uma concorrência efectiva no mercado.

37. Sempre que um acordo tenha sido notificado a uma ERN, mas não à Comissão, esta última considera que não se justificará, regra geral, a imposição de uma coima relativamente ao acordo, mesmo se este, em última instância, incluir disposições que infrinjam o disposto no artigo 85º Caberá, contudo, impor uma coima em determinados casos, por exemplo:

a) Se o acordo contiver disposições contrárias ao disposto no artigo 86º; e/ou

b) Se a infracção ao artigo 85º for particularmente grave.

A Comissão publicou recentemente orientações para o cálculo das coimas ([44]).

38. A notificação à ERN não substitui a notificação à Comissão e não limita a possibilidade de que dispõem as partes interessadas de apresentar uma denúncia à Comissão ou de esta iniciar uma investigação oficiosa sobre os acordos de acesso. Também não limita os direitos de terceiros de solicitar uma indemnização perante um tribunal nacional devido aos danos provocados por acordos anticoncorrenciais ([45]).

PARTE II — MERCADOS RELEVANTES

39. No decurso das suas investigações a realizar em conformidade com o enquadramento estabelecido na primeira parte, a Comissão adoptará a abordagem respeitante à definição de mercados relevantes estabelecida na comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência ([46]).

40. As empresas são sujeitas a três condicionalismos principais em matéria de concorrência: a substituibilidade a nível da procura, a substituibilidade a nível da oferta e a concorrência potencial, constituindo o primeiro factor o elemento de disciplina mais imediato e mais eficaz sobre os fornecedores de um dado produto ou serviço. Deste modo, a substituibilidade a nível da procura é o principal instrumento utilizado para definir o mercado do produto relevante em que poderão ser identificadas as restrições da concorrência para efeitos do disposto no nº 1 do artigo 85º e no artigo 86º

41. A substituibilidade a nível da oferta pode, em determinadas circunstâncias adequadas, ser utilizada como um elemento complementar para a definição dos mercados relevantes. Na prática, não pode ser estabelecida uma distinção clara entre este elemento e a concorrência potencial. A substituibilidade a nível da oferta e a concorrência potencial são utilizados no intuito de determinar se uma empresa detém uma posição dominante ou se a restrição da concorrência é significativa na acepção do artigo 85º, ou se a concorrência foi eliminada.

42. Na análise dos mercados relevantes, impõe-se analisar a evolução no mercado a curto prazo.

Nas secções subsequentes, são delineados alguns princípios básicos que assumem particular relevância no sector das telecomunicações.

1. **Mercado de produto relevante**

43. A secção 6 do formulário A/B define o mercado de produto relevante da seguinte forma:

«O mercado de produto relevante engloba todos os produtos e/ou serviços que, em função das suas características, preços e utilização prevista, o consumidor considera substituíveis».

44. A liberalização do sector das telecomunicações conduzirá ao aparecimento de um segundo tipo de mercado, designadamente, o do acesso às infra-estruturas actualmente necessárias para a prestação dos serviços liberalizados. A interconexão à rede de telecomunicações comutada pública constitui um exemplo ilustrativo deste acesso. Sem esta interconexão, os terceiros não poderão prestar, por exemplo, serviços gerais de telefonia vocal que sejam viáveis do ponto de vista comercial.

45. É óbvio, por conseguinte, que no sector das telecomunicações existem pelo menos dois tipos de mercados relevantes a considerar, designadamente, o dos serviços a fornecer aos utilizadores finais e o do acesso às infra-estruturas necessárias para a prestação desses serviços aos utilizadores finais (informação, rede física, etc.). No âmbito de um caso específico, será necessário definir os mercados de serviços e de acesso relevantes como, por exemplo, o da interconexão à rede de telecomunicações pública e a prestação de serviços públicos de telefonia vocal, respectivamente.

46. Quando oportuno, a Comissão aplicará o critério do mercado relevante, que consiste em colocar a questão de saber se, na eventualidade de todos os prestadores de serviços em causa aumentarem os preços em 5-10 %, os seus lucros globais aumentariam. Em função deste critério, e em caso afirmativo, o mercado em causa será considerado um mercado relevante distinto.

47. A Comissão considera que os princípios que regem estes mercados ao abrigo do direito da concorrência são os mesmos, independentemente do mercado específico em causa. Atendendo ao ritmo da mutação tecnológica neste sector, qualquer tentavia no sentido de definir mercados de produto específicos na presente comunicação correria o risco de tornar-se rapidamente incorrecta ou obsoleta. A definição de mercados de produto específicos — por exemplo, a determinação do facto de as instalações associadas à origem ou ao destino das chamadas se integrarem ou não no mesmo mercado de infra-estruturas — deve ser feita, de preferência, à luz de um exame minucioso de um caso específico.

1.1. **Mercado de serviços**

48. Em traços largos, o mercado de serviços pode ser definido como a prestação de serviços de telecomunicações a um utilizador. Diferentes serviços de teleciomunicações serão considerados substituíveis entre si se apresentarem um grau suficiente de intersubstituibilidade para o utilizador final, o que implica a possibilidade de uma concorrência efectiva entre os diferentes prestadores destes serviços.

1.2. **Acesso às infra-estruturas**

49. Para que um prestador de serviços possa fornecer serviços aos utilizadores finais, será frequentemente necessário o acesso a uma ou mais infra-estruturas (a montante ou a jusante). Por exemplo, para fornecer materialmente o serviço aos utilizadores finais é necessário o acesso aos pontos terminais da rede de telecomunicações a que os referidos utilizadores finais se encontram conectados. Este acesso pode ser obtido por meios físicos através de infra-estruturas locais específicas ou partilhadas, asseguradas de forma autónoma ou alugadas junto de um fornecedor de infra-estrutura local. Pode ser igualmente obtido quer através de um prestador de serviços de que estes utilizadores finais já sejam assinantes, quer através de um fornecedor de interconexões com acesso directo ou indirecto aos pontos terminais relevantes.

50. Para além do acesso físico, um prestador de serviços pode carecer do acesso a outras infra-estruturas a fim de lhe permitir comercializar os seus serviços aos utilizadores finais: por exemplo, um prestador de serviços deve estar em condições de divulgar os seus serviços junto dos utilizadores finais. Sempre que uma entidade detenha uma posição dominante a nível da prestação de serviços como, por exemplo, no caso da informação prestada mediante listas, levantam-se problemas análogos aos do acesso físico.

51. Em muitos casos, a Comissão debruçar-se-á sobre as questões associadas ao acesso físico sempre que for necessária um acesso à interconexão às infra-estruturas da rede do operador de telecomunicações em posição dominante ([47]).

52. Alguns operadores de telecomunicações em actividade podem cair na tentação de se opor à concessão do acesso a outros prestadores de serviços ou operadores de rede, nomeadamente em domínios em que o serviço proposto entrará em concorrência com um serviço prestado pelos primeiros. Tal manifestar-se-á frequentemente sob a forma de um atraso injustificado na concessão do acesso, relutância quanto à concessão do acesso ou sua atribuição apenas com base em condições desvantajosas. Cabe às regras da concorrência garantir que estes potenciais mercados de acesso se possam desenvolver e não permitir que os operadores em actividade exerçam o seu controlo em matéria de acesso de molde a comprometer a evolução dos mercados de serviços.

53. É de salientar que, no sector das telecomunicações, prevê-se que a liberalização conduza ao desenvolvimento de novas redes alternativas que acabarão por ter um impacto sobre a definição do mercado de acesso, envolvendo o operador de telecomunicações em actividade.

2. **Mercado geográfico relevante**

54. Os mercados geográficos relevantes são definidos no formulário A/B da seguinte forma:

«O mercado geográfico relevante engloba a área em que as empresas em causa fornecem os seus produtos ou prestam os seus serviços e em que as condições de concorrência são suficientemente homogéneas para permitir estabelecer uma distinção relativamente a áreas vizinhas devido, nomeadamente, a condições de concorrência substancialmente diferentes».

55. No que se refere à prestação de serviços de telecomunicações e aos mercados de acesso, o mercado geográfico relevante será a área em que as condições objectivas de concorrência aplicáveis aos prestadores de serviços sejam análogas e em que os concorrentes possam prestar os seus serviços. Será, por conseguinte, necessário examinar a possibilidade de estes prestadores de serviços acederem a um utilizador final em qualquer parte desta área, em condições semelhantes e economicamente viáveis. As condições regulamentares, tais como as modalidades de concessão das licenças e os eventuais direitos exclusivos ou especiais detidos pelos fornecedores de acesso local concorrentes são particularmente importantes neste contexto ([48]).

PARTE III — PRINCÍPIOS

56. A Comissão aplicará os seguintes princípios nos casos que lhe venham a ser apresentados.

57. A Comissão reconheceu que:

«Os artigos 85º e 86º (...) constituem legislação em vigor e aplicável em toda a Comunidade, não podendo entrar em conflito com outras regras comunitárias com as quais formam um quadro coerente de regulamentação. (...) é óbvio que os actos comunitários adoptados no sector de telecomunicações devem ser interpretados de um modo consistente com as regras de concorrência de forma a assegurar o melhor desenvolvimento possível de todos os aspectos da política comunitária de telecomunicações. (...) Isto aplica-se, nomeadamente, à relação entre as regras de concorrência aplicáveis às empresas e as regras da ORA» ([49]).

58. Deste modo, as regras da concorrência continuam a aplicar-se sempre que outras disposições do Tratado ou do direito derivado sejam aplicáveis. No quadro dos acordos de acesso, as disposições relativas ao mercado interno e à concorrência consignadas no direito comunitário são igualmente importantes, possuindo um efeito de reforço mútuo para o bom funcionamento do sector em causa. Assim, ao efectuar uma apreciação ao abrigo das regras da concorrência, a Comissão procurará basear-se tanto quanto possível nos princípios consagrados na legislação de harmonização. Convém também recordar que vários princípios do direito da concorrência a seguir enunciados são também objecto de regras específicas no enquadramento ORA. Uma aplicação adequada dessas regras poderá frequentemente evitar o recurso ao direito da concorrência.

59. No que respeita ao sector das telecomunicações, deve ser atribuída atenção ao custo das obrigações de serviço universal. O nº 2 do artigo 90º do Tratado CE pode justificar derrogações aos princípios consignados nos artigos 85º e 86º do Tratado CE. Os aspectos mais específicos das obrigações de serviço universal constituem uma questão do foro regulamentar. O âmbito de aplicação do nº 2 do artigo 90º foi especificado nas directivas adoptadas nos termos do artigo 90º no sector das telecomunicações e a Comissão aplicará as regras da concorrência neste contexto.

60. Os artigos 85º e 86º do Tratado CE são aplicáveis normalmente aos acordos ou práticas que tenham sido aprovados ou autorizados por uma autoridade nacional ([50]), ou quando a autoridade nacional tenha solicitado a inclusão de determinadas condições no acordo a pedido de uma ou mais partes envolvidas.

61. No entanto, se uma ERN solicitar a introdução de condições contrárias às regras da concorrência, às empresas envolvidas não serão na prática aplicadas quaisquer coimas, embora o Estado-membro em causa se encontre numa situação de infracção ao disposto na alínea g) do artigo 3º e no artigo 5º do Tratado CE ([51]), podendo assim ser objecto de um recurso de incumprimento por parte da Comissão nos termos do artigo 169º do Tratado CE. Além disso, se uma empresa que beneficia de direitos especiais ou exclusivos na acepção do artigo 90º, ou uma empresa pública for obrigada ou autorizada por uma ERN a adoptar um comportamento que constitua um abuso da sua posição dominante, o Estado-membro em causa violaria igualmente o disposto no nº 1 do artigo 90º, podendo a Comissão adoptar uma decisão a exigir que fosse posto termo à referida infracção ([52]).

62. As ERN podem impor normas rigorosas em matéria de transparência, obrigações de fornecimento e políticas de preços no mercado, nomeadamente quando tal for necessário nas fases iniciais da liberalização. Quando oportuno, recorrer-se-á a disposições legislativas como, por exemplo, o enquadramento ORA para clarificar a interpretação das regras da concorrência ([53]). Atendendo à obrigação que recai sobre ERN de assegurar a existência de uma concorrência efectiva, a aplicação das regras da concorrência revela-se igualmente necessária para a devida interpretação dos princípios ORA. Convém também notar que muitas das questões a seguir enunciadas são igualmente abrangidas por regras inseridas na directiva relativa à plena concorrência e no enquadramento ORA, bem como nas directivas relativas à concessão de licenças e à protecção dos dados: a efectiva aplicação desde quadro regulamentar poderá evitar que se coloquem muitas das questões em matéria de concorrência a seguir apresentadas.

1. **Posição dominante (artigo 86º)**

63. Para uma empresa prestar serviços no mercado das telecomunicações, pode precisar do acesso a diversas infra-estruturas. Para a prestação de serviços de telecomunicações, por exemplo, será geralmente necessária a interconexão à rede de telecomunicações comutada pública. O acesso a esta rede estará quase sempre dependente de um operador de telecomunicações em posição dominante. No que respeita aos acordos de acesso, o factor mais relevante na apreciação da Comissão será a posição dominante resultante do controlo das infra-estruturas.

64. A questão de saber se uma empresa tem ou não uma posição dominante não depende apenas dos direitos conferidos a essa empresa. A mera supressão dos monopólios legais não significa o fim de uma posição dominante. Com efeito, não obstante as directivas de liberalização, o desenvolvimento de uma concorrência efectiva por parte dos fornecedores alternativos de rede com capacidade e o alcance geográfico necessários será um processo moroso.

65. É igualmente provável que o acórdão proferido pelo Tribunal no âmbito do processo Tetra Pak se revele importante para o sector das telecomunicações. Nesta instância, o Tribunal sustentou que, atendendo às ligações extremamente estreitas entre o mercado em que se verificava a existência de uma posição dominante e o mercado em que tal não sucedia ([54]), e dada a sua quota de mercado muito elevada no primeiro, a Tetra Pak encontrava-se:

«numa situação equiparável à detenção de uma posição dominante no conjunto desses mercados».

O processo Tetra Pak incidia sobre mercados horizontais estreitamente ligados entre si: a análise é igualmente válida, contudo, para os mercados verticais estreitamente ligados entre si que serão um fenómeno corrente no sector das telecomunicações. Neste sector, sucede frequentemente que um determinado operador detém uma posição extremamente forte nos mercados de infra-estrutura e nos respectivos mercados a jusante. Os custos da infra-estrutura constituem normalmente o elemento de custo mais importante das operações a jusante. Além disso, os operadores defrontarão frequentemente os mesmos concorrentes nos mercados das infra-estruturas e a jusante.

66. Pode antever-se, por conseguinte, diversas situações em que existirão mercados estreitamente relacionados entre si, juntamente com um operador com um importante poder de mercado em pelo menos um destes mercados.

67. Se estas condições forem reunidas, pode justificar-se que a Comissão considere que esse operador se encontra numa situação equiparável à detenção de uma posição dominante no conjunto desses mercados.

68. No sector das telecomunicações, o conceito de «infra-estruturas essenciais» será, em muitos casos, relevante na determinação das obrigações dos operadores de telecomunicações em posição dominante. A expressão infra-estrutura essencial é utilizada para descrever as instalações ou infra-estruturas que sejam essenciais para alcançar os clientes e/ou permitir aos concorrentes exercer as suas actividades e que não possam ser duplicadas de forma viável ([55]).

69. Uma empresa que controla o acesso a uma infra-estrutura essencial detém uma posição dominante na acepção do artigo 86º. De modo inverso, uma empresa pode deter uma posição dominante nos termos do artigo 86º sem controlar uma infra-estrutura essencial.

1.1. **Mercado de serviços**

70. Um dos factores utilizados para avaliar o poder de mercado de uma empresa é o volume de vendas imputável a essa empresa, expresso em percentagem das vendas totais no mercado de serviços substituíveis na área geográfica relevante. No que respeita ao mercado de serviços, a Comissão analisará, nomeadamente, o volume de negócios gerado pela venda de serviços substituíveis, excluindo a venda ou utilização interna de serviços de interconexão e a venda ou utilização interna da infra-estrutura local ([56]), tendo em conta as condições concorrenciais e a estrutura da oferta e da procura no mercado.

1.2. **Acesso às infra-estruturas**

71. O conceito de «acesso», tal como mencionado no ponto 45, pode referir-se a uma diversidade de situações, incluindo a disponibilidade de linhas alugadas por forma a permitir a um prestador de serviços consolidar a sua própria rede e à interconexão na acepção restrita do termo, isto é, a interconexão de duas redes de telecomunicações, por exemplo, a móvel e a fixa. Em relação ao acesso, é provável que subsista ainda por algum tempo a posição dominante dos operadores em actividade mesmo após a realização da liberalização prevista por lei. O operador em actividade, que controla as infra-estruturas, é muitas vezes igualmente o maior prestador de serviços, não tendo ressentido até à data a necessidade de estabelecer qualquer distinção entre os serviços de transporte de telecomunicações e a prestação dos referidos serviços aos utilizadores finais. De modo geral, um operador que seja igualmente um prestador de serviços não exige à sua divisão de serviços a jusante qualquer pagamento relativo ao acesso, pelo que não tem sido fácil calcular as receitas a afectar a esta infra-estrutura. Se um operador fornecer tanto o acesso como os serviços, é necessário separar, tanto quanto possível, as receitas imputáveis a cada um dos mercados antes de utilizá-las como base de cálculo das quotas de mercado em que a empresa opera. O nº 2 do artigo 8º da directiva «Interligação» propõe solucionar este problema mediante a introdução da obrigação de apresentar contas separadas para «as actividades relacionadas com a interligação — que abrangem tanto os serviços de interligação fornecidos internamente como os serviços de interligação fornecidos a terceiros — e outras actividades». A proposta de recomendação da Comissão relativa à separação das contas no quadro da interligação poderá igualmente revelar-se útil neste contexto.

72. O significado económico da obtenção do acesso depende igualmente da cobertura da rede em relação à qual se pretende a interconexão. Por conseguinte, para além de recorrer aos dados relativos ao volume de negócios, a Comissão terá igualmente em conta, quando possível, o número de clientes que subscreveram serviços prestados pela empresa em posição dominante que sejam comparáveis com aqueles que o prestador de serviços que solicita o acesso tenciona fornecer. Consequentemente, o poder de mercado de uma determinada empresa será calculado parcialmente com base no número de assinantes ligados aos pontos terminais da rede de telecomunicações dessa empresa, em percentagem do número total de assinantes ligados aos pontos terminais na área geográfica relevante.

Substituibilidade a nível da oferta

73. Como supramencionado (ver ponto 41), a substituibilidade a nível da oferta é igualmente relevante para a questão da existência ou não de uma posição dominante. Uma quota de mercado superior a 50 % ([57]) é geralmente suficiente para demonstrar a existência de uma posição dominante, embora sejam examinados outros factores. Por exemplo, a Comissão analisará a eventual existência de outros fornecedores de rede na área geográfica relevante, a fim de determinar se a densidade dessas infra-estruturas alternativas é suficiente para concorrer com a rede do operador em actividade, bem como a possibilidade de penetração no mercado de novos fornecedores de acesso.

Outros factores relevantes

74. Para além dos dados relativos às quotas de mercado e da substituibilidade a nível da oferta, a Comissão examinará igualmente, a fim de determinar se um operador detém ou não uma posição dominante, se este dispõe de acesso privilegiado a infra-estruturas não passíveis de serem duplicadas de forma razoável segundo um calendário adequado, quer por motivos jurídicos quer por motivos financeiros (custos demasiado elevados).

75. À medida que irão surgindo novos fornecedores de acesso concorrentes que coloquem em causa a posição dominante do operador em actividade, o âmbito dos direitos que lhes foram atribuídos pelas autoridades dos Estados-membros e, nomeadamente, o seu alcance territorial, desempenharão um importe papel na determinação do poder de mercado. A Comissão acompanhará de perto a evolução do mercado no que diz respeito a estas questões e terá em conta qualquer alteração das condições de mercado na sua apreciação dos problemas de acesso ao abrigo das regras da concorrência.

1.3. **Posição dominante conjunta**

76. A formulação do artigo 86º indica claramente que este artigo é igualmente aplicável sempre que uma posição dominante for detida por mais de uma empresa. As circunstâncias em que se verifica uma posição dominante conjunta e em que se regista um abuso da mesma não foram ainda plenamente clarificadas pela jurisprudência dos tribunais comunitários ou pela prática da Comissão, estando o direito ainda em plena evolução neste domínio.

77. A redacção do artigo 86º («uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante») refere uma situação diferente da proibição relativa aos acordos anticoncorrenciais ou práticas concertadas consignada no artigo 85º Sustentar o contrário violaria os princípios normais de interpretação do Tratado e retiraria à disposição em causa qualquer significado e efeito prático. Tal não exclui, contudo, a aplicação paralela dos artigos 85º e 86º ao mesmo acordo ou prática, facto esse que foi sustentado pela Comissão e pelo Tribunal em diversos processos ([58]), nem nada impede a Comissão de intervir apenas ao abrigo de uma das referidas disposições quando ambas são aplicáveis.

78. Duas empresas, cada uma detendo uma posição dominante num mercado nacional separado, não correspondem a duas empresas detendo uma posição dominante conjunta. Para que duas ou mais empresas detenham uma posição dominante conjunta, devem ter em conjunto e em grande parte a mesma postura face aos seus clientes e concorrentes, tal como uma única empresa em posição dominante. No que se refere mais especificamente ao sector das telecomunicações, uma posição dominante conjunta pode ser obtida por dois operadores de infra-estrutura de telecomunicações cobrindo o mesmo mercado geográfico.

79. Além disso, para que duas ou mais empresas detenham em conjunto uma posição dominante é necessário, muito embora não seja suficiente, que não exista qualquer concorrência efectiva entre as empresas no mercado relevante. Na prática, a ausência de qualquer concorrência pode ser frequentemente devida ao facto de as empresas possuírem ligações entre si como, por exemplo, acordos de cooperação ou interconexão. A Comissão considera, porém, que nem a teoria económica, nem o direito comunitário pressupõem a necessidade, do ponto de vista jurídico, de ligações desse tipo para a existência de uma posição dominante conjunta ([59]). É considerada uma ligação económica suficiente o tipo de interdependência que se verifica frequentemente nas situações de oligopólio. Não existe aparentemente qualquer motivo, do ponto de vista jurídico ou da teoria económica, para exigir qualquer outro elo económico entre as empresas que detenham uma posição dominante conjunta. Não obstante, na prática essas relações existirão frequentemente no sector das telecomunicações em que os operadores nacionais possuirão quase inevitavelmente elos de diversos tipos entre si.

80. Podemos citar, a título de exemplo, o acesso à linha de assinantes que, nalguns Estados-membros, pode muito bem ser controlado num futuro próximo por dois operadores — o operador em actividade e um operador de televisão por cabo. A fim de prestar determinados serviços aos clientes, é necessário o acesso à linha de assinantes quer do operador de telecomunicações quer do operador de televisão por cabo. Consoante as circunstâncias e em especial consoante as relações entre os dois, pode verificar-se que nenhum dos operadores detenha uma posição dominante embora, no seu conjunto, possam exercer um poder de monopólio conjunto em relação ao acesso a estas infra-estruturas. A longo prazo, a evolução tecnológica poderá assegurar a viabilidade de outros mecanismos de acesso às linhas de assinantes como, por exemplo, as redes de energia eléctrica: esses mecanismos serão tomados

em consideração para determinar a existência de uma posição dominante individual ou conjunta.

2. **Abusos de posição dominante**

81. A aplicação do artigo 86º pressupõe a existência de uma posição dominante, bem como alguma ligação entre a posição dominante e o alegado comportamento abusivo. No sector das telecomunicações, será frequentemente necessário examinar uma série de mercados associados, em que um determinado operador poderá deter uma posição dominante num ou mais desses mercados. Nestas circunstâncias, há diversas situações que poderão dar origem a abusos:

— comportamento no mercado em que existe uma posição dominante com repercussões a nível desse mercado ([60]),

— comportamento no mercado em que existe uma posição dominante com repercussões a nível de outros mercados que não esse mercado ([61]),

— comportamento num mercado que não o mercado em que exista uma posição dominante e com repercussões a nível deste último ([62]),

— comportamento num mercado que não o mercado em que exista uma posição dominante e com repercussões a nível de outros mercados que não este último ([63]).

82. Não obstante o facto de as circunstâncias económicas e de facto do sector das telecomunicações serem muito frequentemente inéditas, é possível aplicar em muitos casos os princípios consagrados do direito da concorrência. Na análise de um problema de concorrência neste sector, é importante ter em conta a jurisprudência existente e a prática da Comissão em matéria de decisões relativas, por exemplo, ao poder de mercado, à discriminação e à venda por pacotes.

2.1. **Recusa de acesso a infra-estruturas e aplicação de condições desfavoráveis**

83. A recusa de permitir o acesso pode ser proibida nos termos do artigo 86º se advier de uma empresa que detenha uma posição dominante em virtude de controlar as infra-estruturas, como será normalmente o caso dos operadores de telecomunicações em actividade num futuro próximo. Uma recusa pode ter:

«o efeito de prejudicar a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o aumento dessa concorrência». ([64]).

Uma recusa só será abusiva se tiver efeitos anti-concorrenciais ou resultar de uma situação de exploração. Os mercados de serviços no sector das telecomunicações terão inicialmente poucos operadores concorrentes, pelo que as recusas afectarão geralmente a concorrência nesses mercados. Em todos os casos de recusa, a justificação será atentamente examinada, a fim de determinar se a mesa tem razões objectivas.

84. Em termos genéricos, podem verificar-se tres cenários relevantes:

a) A recusa de permitir o acesso para efeitos de um serviço, quando tal já foi concedido pelo fornecedor de acesso a outro operador para exercer a sua actividade nesse mercado de serviços;

b) A recusa de permitir o acesso para efeitos de um serviço, quando tal acesso não foi concedido pelo fornecedor de acesso a qualquer outro operador para exercer a sua actividade nesse mercado de serviços;

c) A retirada do acesso a um cliente existente.

Discriminação

85. No que respeita ao primeiro cenário acima descrito, é claro que a recusa de fornecer um serviço a um novo cliente em circunstâncias em que o proprietário das infra-estruturas em posição dominante presta já esse serviço a um ou mais clientes que operam no mesmo mercado a jusante constitui um tratamento discriminatório que, se restringir a concorrência nesse mesmo mercado, constituirá um abuso. Quando os operadores de rede oferecem serviços a retalho idênticos ou semelhantes aos da parte que solicita o acesso, estes poderão dispor do incentivo e da oportunidade de restringir a concorrência e de abusar da sua posição dominante. É evidente que pode haver motivos fundamentados para esta recusa, por exemplo, face aos requerentes que representem um risco de crédito potencial. Na ausência de quaisquer motivos fundamentados, uma recusa constituirá normalmente um abuso de posição dominante no mercado de acesso.

86. Em termos gerais, a empresa em posição dominante deve propiciar o acesso de forma a que os bens e serviços oferecidos às empresas a jusante o sejam com base em condições não menos favoráveis que as concedidas às outras partes, incluindo as suas próprias operações correspondentes a jusante.

Infra-estruturas essenciais

87. No que se refere à segunda situação mencionada, levanta-se a questão de saber se o fornecedor de acesso deve ser obrigado a celebrar um contrato com o prestador de serviços a fim de permitir a este último operar num novo mercado de serviços. Sempre que as restrições em matéria de capacidade não constituam um problema e que a empresa que recusa conceder o acesso às suas infra-estruturas não permitiu o acesso a essa infra-estrutura, nem a uma divisão própria a jusante, nem a qualquer outra empresa que opere nesse mercado de serviços, não se vê com clareza que outra justificação objectiva possa ser alegada.

88. No sector dos transportes ([65]), a Comissão estabeleceu que uma empresa que controle uma infra-estrutura essencial deve facultar o acesso em determinadas circunstâncias ([66]). Os mesmos princípios são aplicáveis ao sector das telecomunicações. Se não existirem quaisquer alternativas comercialmente viáveis ao acesso solicitado e se o acesso não for concedido, a parte requerente não poderá operar no mercado de serviços. A recusa neste caso limitaria, por conseguinte, o desenvolvimento de novos mercados ou de novos produtos nesses mercados, o que infringe o disposto na alínea b) do artigo 86.º ou impede o desenvolvimento da concorrência nos mercados existentes. Uma recusa que dê origem a quaisquer repercussões deste tipo é susceptível de constituir um abuso.

89. O princípio que obriga as empresas em posição dominante a celebrar contratos em determinadas circunstâncias será frequentemente relevante ao sector das telecomunicações. Actualmente, existem monopólios ou monopólios virtuais no fornecimento de infra-estruturas de rede relativamente à maior parte dos serviços de telecomunicações na Comunidade Europeia. Mesmo nos casos em que as restrições foram ou serão brevemente suprimidas, a concorrência nos mercados a jusante continuará a depender da política de preços e das condições de acesso aos serviços de rede a montante que reflectirão apenas gradualmente as forças concorrenciais no mercado. Atendendo ao ritmo da mutação tecnológica no sector das telecomunicações, é possível antever situações em que as empresas procurarão oferecer novos produtos ou serviços que não se encontram em concorrência com os produtos ou serviços já prestados pelo operador de acesso em posição dominante mas em relação aos quais este operador manifesta relutância em outorgar o acesso.

90. A Comissão deve velar para que o controlo sobre as infra-estruturas de acesso de que beneficiam os operadores em actividade não seja utilizado para prejudicar o desenvolvimento da concorrência no sector das telecomunicações. Uma empresa que detenha uma posição dominante num determinado mercado de serviços e que abuse dessa posição em violação do artigo 86.º pode ser obrigada, a fim de pôr termo ao abuso, a permitir o acesso à sua infra-estrutura a um ou mais concorrentes nesse mercado. Em especial, considera-se que uma empresa abusa da sua posição dominante se evitar o aparecimento de um novo produto ou serviço.

91. O ponto de partida para a análise da Comissão será a identificação do mercado existente ou potencial em relação ao qual é solicitado o acesso. A fim de determinar se o acesso deve ser imposto ao abrigo das regras da concorrência, será tido em conta o facto de a empresa em posição dominante respeitar ou não a sua obrigação de não discriminação (ver *infra*) ou de estarem cumulativamente reunidas as seguintes condições:

a) O acesso à infra-estrutura em causa é, em geral, essencial para que as empresas concorram nesse mercado ([67]).

Consequentemente, neste contexto, a questão fulcral consiste em definir o conceito de essencial. Não basta que a posição da empresa que solicita o acesso passe a ser mais vantajosa no caso de ser facultado o mesmo, sendo necessário que a sua recusa torne as actividades propostas impossíveis ou inviáveis do ponto de vista económico.

Embora, por exemplo, a infra-estrutura alternativa possa ser utilizada, a partir de 1 de Julho de 1996, para a prestação de serviços liberalizados, decorrerá ainda algum tempo antes de esta constituir, em muitos casos, uma alternativa satisfatória à infra-estrutura do operador em actividade. Essa infra-estrutura alternativa não oferece actualmente uma cobertura geográfica com a mesma densidade que a da rede do operador de telecomunicações em actividade;

b) Existe capacidade disponível suficiente para facultar o acesso;

c) O proprietário da infra-estrutura não consegue satisfazer a procura num mercado de serviços ou produtos já existente, bloqueia o eventual aparecimento de um novo serviço ou produto, ou impede a concorrência num mercado existente ou potencial de determinado serviço ou produto;

d) A empresa requerente está disposta a pagar um montante razoável e não discriminatório e respeitará, em todo o caso, modalidades e condições de acesso não discriminatórias;

e) Não existe qualquer motivo objectivo para recusar o acesso.

Os motivos pertinentes neste contexto podem incluir a dificuldade intransponível de facultar o acesso à empresa requerente, ou a necessidade de um proprietário de uma infra-estrutura, que investiu na introdução de um novo produto ou serviço, ter tempo suficiente e a oportunidade de utilizar a infra-estrutura de forma a introduzir o novo produto ou serviço no mercado. Todavia, qualquer justificação deverá ser objecto de uma análise cuidadosa numa base casuística. É especialmente importante no sector das telecomunicações que os benefícios para os consumidores finais que advêm de um ambiente concorrencial não sejam comprometidos pelas acções das empresas estatais ex-monopolistas destinadas a evitar o aparecimento e desenvolvimento da concorrência.

92. Para determinar a ocorrência de uma infracção ao artigo 86º, deve ser tomada em consideração quer a situação de facto nessa e noutras áreas geográficas quer, se for caso disso, a relação entre o acesso solicitado e a configuração técnica da infra-estrutura.

93. A questão da justificação objectiva exigirá uma análise particularmente aprofundada neste domínio. Para além de determinar se as dificuldades citadas num caso específico são suficientemente graves para justificar a recusa de acesso, as autoridades relevantes devem igualmente decidir se estas dificuldades compensam os prejuízos a nível da concorrência se o acesso for recusado ou os mercados de serviços a jusante forem consequentemente limitados.

94. Os prazos, a configuração técnica e o preço são três elementos fundamentais relacionados com o acesso que podem ser manipulados pelo respectivo fornecedor para recusar o acesso à infra-estrutura.

95. Os operadores de telecomunicações em posição dominante têm a obrigação de tratar de forma eficiente os pedidos de acesso: atrasos indevidos e inexplicáveis ou injustificados nas respostas a um pedido de acesso podem constituir um abuso. Em especial, contudo, a Comissão procurará comparar a resposta a um pedido de acesso com:

a) O prazo habitual e as condições normalmente aplicáveis quando a parte requerida faculta o acesso às suas instalações à sua própria filial ou divisão operacional;

b) As respostas a pedidos de acesso a infra-estruturas análogas noutros Estados-membros;

c) As explicações apresentadas para qualquer atraso no tratamento dos pedidos de acesso.

96. De igual forma, as questões associadas à configuração técnica serão objecto de uma análise aprofundada para determinar se são genuínas. Em princípio, as regras da concorrência exigem que o acesso seja facultado à parte que o solicite no ponto que mais favoreça esta última, sempre que viável do ponto de vista técnico para o fornecedor do acesso. As questões relacionadas com a viabilidade técnica podem constituir um motivo objectivo para recusar o fornecimento (por exemplo, o tráfego em relação ao qual é solicitado o acesso tem de satisfazer as normas técnicas correspondentes das infra-estruturas, ou podem colocar-se problemas de limitação da capacidade no caso de se levantarem problemas de escassez) ([68]).

97. A fixação de preços excessivos em matéria de acesso, para além de ser uma prática abusiva em si ([69]), pode corresponder igualmente a uma recusa efectiva de acesso.

98. Vários elementos destes critérios exigem uma análise minuciosa. As questões associadas à fixação de preços no sector de telecomunicações serão simplificadas com as obrigações estabelecidas nas directivas «ORA» no sentido de aplicação de sistemas transparentes de contabilidade analítica.

Retirada do fornecimento

99. No que respeita à terceira situação referida no ponto 72, algumas decisões anteriores da Comissão, bem como a jurisprudência do Tribunal, incidiram na retirada do fornecimento aos concorrentes a jusante (o terceiro caso supramencionado). No processo Commercial Solvents, o Tribunal sustentou o seguinte:

«Uma empresa que detém uma posição dominante no mercado de matérias-primas e que, com o objectivo de reservar essas matérias-primas para fabricar os seus próprios produtos transformados, recusa fornecer um cliente que, por seu turno, é ele próprio fabricante desses produtos, suprimindo assim a concorrência por parte deste cliente, explora de forma abusiva a sua posição dominante na acepção do artigo 86º.» ([70]).

100. Embora este processo incida na retirada de um produto, não há qualquer diferença, em princípio, entre esta questão e a retirada de acesso. A rescisão unilateral dos acordos de acesso levanta problemas muito análogos aos examinados em relação à recusa de acesso. A retirada do acesso a um cliente existente constituirá geralmente uma exploração abusiva de uma posição dominante. Uma vez mais, devem ser apresentados motivos objectivos para justificar essa rescisão. Quaisquer motivos deste tipo devem ser proporcionais aos efeitos decorrentes da retirada do acesso a nível da concorrência.

2.2. **Outras formas de abuso**

101. A recusa de acesso é apenas uma das possíveis formas de abuso nesta matéria. Podem também ocorrer abusos nas situações em que foi facultado o acesso. Assim, verificar-se-á um abuso se, nomeadamente, o operador adoptar um comportamento discriminatório ou se as iniciativas por ele tomadas limitarem de outro modo os mercados ou o desenvolvimento técnico. São em seguida citados os tipos de abuso que podem verificar-se, embora esta lista não assuma um carácter exaustivo.

Configuração da rede

102. A configuração da rede por um operador de rede em posição dominante que torne o acesso objectivamente mais difícil para os prestadores de serviços ([71]) pode constituir um abuso, salvo se for justificado por motivos objectivos. Uma razão objectiva pode consistir no facto de uma dada configuração melhorar a eficiência da rede em geral.

Vendas subordinadas

103. Constitui motivo de particular preocupação a existência de vendas subordinadas de serviços em relação aos quais o operador de telecomunicações detém uma posição dominante e serviços em que sucede o inverso ([72]). Quando o operador de rede verticalmente integrado em posição dominante obriga a parte que solicita o acesso a adquirir um ou mais serviços ([73]) sem que tal se justifique, isso pode impedir os concorrentes do fornecedor de acesso em posição dominante de oferecerem estes elemenos do pacote de forma independente. Este requisito pode assim constituir um abuso nos termos do artigo 86º.

Além disso, o Tribunal estabeleceu o seguinte:

«. . . mesmo quando a venda ligada de dois produtos seja conforme aos usos comerciais ou quando exista uma relação natural entre os dois produtos em questão, ela pode ainda assim constituir um abuso na acepção do artigo 86º, a menos que se justifique objectivamente . . .» ([74]).

Fixação de preços

104. Para determinar se há ou não um problema em matéria de fixação de preços ao abrigo das regras da concorrência, é necessário demonstrar que os custos e as receitas são imputados de uma forma adequada. Uma imputação inadequada dos custos e qualquer interferência a nível dos preços de transferência podem ser utilizados como mecanismos para dissimular a fixação de preços excessivos, preços predatórios ou uma compressão dos preços.

Preços excessivos

105. Os problemas de preços relacionados com o acesso por parte dos prestadores de serviços às infra-estruturas de um operador em posição dominante prender-se-ão frequentemente com a fixação de preços excessivamente elevados ([75]): na ausência de qualquer alternativa viável à infra-estrutura em relação

à qual os prestadores de serviços solicitam o acesso, o operador em posição dominante ou em situação de monopólio pode ser tentado a imputar preços excessivos.

106. O Tribunal de Justiça definiu um preço excessivo como «sendo excessivo em relação ao valor económico do serviço prestado» ([76]). Além disso, o Tribunal estabeleceu de modo claro uma forma como tal poderia ser calculado:

«Este excesso pode, entre outros, ser determinado de forma objectiva, se for possível calculá-lo com base numa comparação entre o preço de venda do produto em causa e o seu custo de produção» ([77]).

107. É necessário que a Comissão determine quais os custos efectivos do produto relevante. Revela-se fundamental, por conseguinte, uma afectação de custos adequada para determinar se um preço é ou não excessivo. Por exemplo, quando uma empresa desenvolve actividades diversas, impõe-se uma imputação dos custos relevantes às diversas actividades, juntamente com a devida contribuição a favor dos custos comuns. Poderá ser igualmente necessário que a Comissão determine a metodologia adequada de afectação dos custos sempre que esta questão for problemática.

108. O Tribunal indicou também que, na determinação de um preço excessivo, pode ser tomada em consideração a legislação comunitária que define os princípios em matéria de fixação de preços que sejam aplicáveis a um sector específico ([78]).

109. Além disso, a comparação com outras áreas geográficas pode igualmente contribuir para identificar um preço excessivo: o Tribunal defendeu que, quando possível, devia ser feita uma comparação entre os preços cobrados por uma empresa em posição dominante e os imputados nos mercados abertos à concorrência ([79]): Esta comparação poderia servir de ponto de partida para determinar se os preços imputados pela empresa em posição dominante são equitativos ([80]). Nalgumas instâncias em que não dispunham de dados comparativos, as autoridades regulamentadoras procuraram determinar o preço que teria sido fixado num mercado concorrencial ([81]). Em circunstâncias adequadas, a Comissão pode ter em conta essa análise para determinar se o preço é ou não excessivo.

Preços predatórios

110. Verificam-se preços predatórios quando, nomeadamente, uma empresa em posição dominante vende um bem ou um serviço a um preço inferior aos custos de produção por um longo período de tempo, com a finalidade de vedar o acesso ao mercado ou de levar um concorrente à falência, permitindo à primeira aumentar ainda mais o seu poder de mercado e, posteriormente, os seus lucros cumulados. Esses preços anormalmente baixos constituem uma infracção ao disposto na alínea a) do artigo 86º. Um problema deste tipo pode surgir, por exemplo, no contexto da concorrência entre diferentes redes de infra-estruturas de telecomunicações, em que um operador em posição dominante pode ter tendência a imputar preços anormalmente baixos em matéria de acesso a fim de suprimir a concorrência por parte de outros fornecedores de infra-estrutura (emergentes). Em geral, constitui prática abusiva fixar um preço que seja inferior aos custos variáveis médios da empresa em posição dominante ou que se situe abaixo dos custos totais médios e que se integre numa estratégia anticoncorrencial ([82]). Nos sectores das redes, a simples aplicação da regra supramencionada não reflectiria a realidade económica dos referidos sectores.

111. Esta regra foi estabelecida no âmbito do processo Akzo em que o Tribunal definiu os custos variáveis médios como «custos que variam em função das quantidades produzidas» ([83]), tendo explicado o raciocínio subjacente a esta regra da seguinte forma:

«Uma empresa dominante não tem, efectivamente, nenhum outro interesse em praticar tais preços, que não seja o de eliminar os seus concorrentes para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio, uma vez que cada venda implica para ela uma perda, ou seja, a totalidade dos custos fixos (quer dizer, dos que permanecem constantes, qualquer que seja a quantidade produzida), e uma parte, pelo menos, dos custos variáveis atribuíveis à unidade produzida».

112. A fim de comercializar um serviço ou conjunto de serviços de forma rentável, um operador deve adoptar uma estratégia de preços que assegure a cobertura da totalidade dos seus custos adicionais resultantes da prestação desse serviço ou conjunto de serviços pelas receitas adicionais obtidas em consequência do fornecimento desse serviço ou conjunto de serviços. Quando um operador em posição dominante fixa um preço para um determinado produto ou serviço que seja inferior aos seus custos totais médios de prestação desse serviço, o operador deve justificar este preço do ponto de vista comercial: se o benefício que um operador dominante

retira de uma política de preços deste tipo resulta apenas no enfraquecimento da posição de um ou mais dos seus concorrentes, nesse caso, trata-se de um abuso de posição dominante.

113. Tal como referido pelo Tribunal de Justiça no âmbito do processo Akzo, a Comissão deve determinar o preço abaixo do qual uma empresa só realizaria lucros com o enfraquecimento ou a eliminação de um ou mais concorrentes. As estruturas de custos dos sectores de redes tendem a ser bastante diferentes das estruturas prevalecentes na maioiria dos outros sectores dado que os primeiros se caracterizam por custos comuns e conjuntos muito mais elevados.

114. Por exemplo, no caso de fornecimento de serviços de telecomunicações, um preço que seja equivalente ao custo variável de um serviço pode ser substancialmente inferior ao preço que o operador deve imputar para assegurar a cobertura dos custos associados à prestação do referido serviço. Na aplicação do critério Akzo aos preços a serem imputados ao longo do tempo por um operador, e que estarão na base das eventuais decisões de investimento a tomar por este operador, os custos examinados devem incluir a totalidade dos custos adicionais associados à prestação do serviço. Na análise da situação, deve ser tido em conta o período de tempo necessário ao longo do qual os custos devem ser examinados. Na maioria dos casos, tudo leva a crer que não é adequado tomar em consideração períodos muito curtos nem muito longos.

115. Nestas circunstâncias, a Comissão deverá frequentemente analisar os custos adicionais médios inerentes à prestação de um serviço, podendo ter de examinar os custos adicionais médios durante um período de tempo superior a um ano.

116. No caso de surgir um problema, as regras ORA e a recomendação da Comissão relativamente aos requisitos a observar em matéria de contabilidade e transparência deverão contribuir para assegurar a aplicação efectiva do artigo 86º neste contexto.

Compressão de preços

117. Quando o operador detém uma posição dominante no mercado de produtos ou serviços, uma compressão de preços pode constituir um abuso. Pode ser demonstrada a existência de uma compressão de preços se for comprovado que as operações a jusante de uma empresa em posição dominante não seriam rentáveis com base no preço a montante cobrado aos seus concorrentes por uma divisão de serviços a montante da empresa em posição dominante. A divisão não lucrativa a jusante poderia ser dissimulada se o operador em posição dominante afectasse os custos às suas operações de acesso, custos esses que deveriam ser correctamente imputados às operações a jusante, ou tivesse de outro modo indevidamente determinado os preços de transfêrencia no âmbito da empresa. A recomendação da Comissão relativa à separação das contas no quadro da interconexão aborda esta questão, assinalando a proficuidade de contas separadas para as diferentes áreas comerciais no âmbito de um operador em posição dominante integrado verticalmente. A Comissão pode, se for caso disso, obrigar a empresa em posição dominante a apresentar contas separadas que tenham sido auditadas e que incidam sobre todos os aspectos necessários das actividades dessa empresa. No entanto, a existência de contas separadas não garante a inexistência de um abuso. A Comissão examinará, quando oportuno, os factos numa base casuística.

118. Em circunstâncias adequadas, pode ser igualmente demonstrada a existência de uma compressão de preços se for comprovado que a margem entre o preço facturado aos concorrentes no mercado a jusante (incluindo as eventuais operações a jusante do próprio operador) em matéria de acesso e o preço imputado pelo operador da rede no mercado a jusante é insuficiente para permitir a um prestador de serviços razoavelmente eficiente no mercado a jusante registar um nível de lucros normal (excepto se a empresa em posição dominante puder demonstrar que as suas operações a jusante são excepcionalmente eficientes) ([84]).

119. Na presença de qualquer um destes cenários, os concorrentes no mercado a jusante defrontar-se-iam com uma «compressão de preços» susceptível de os levar a abandonar o mercado.

Discriminação

120. Um fornecedor de acesso em posição dominante não pode estabelecer qualquer discriminação entre as partes em diferentes acordos de acesso sempre que esta discriminação restrinja a concorrência. Em especial, qualquer diferenciação baseada na utilização que será feita do acesso e não nas diferenças existentes entre as transacções para o fornecedor desse acesso é susceptível de restringir ou falsear a concorrência, infringindo o disposto no artigo 86º. Esta discriminação pode assumir a forma de imposição de condições distintas, incluindo a imputação de preços diferentes ou a diferenciação dos acordos de acesso, salvo nos casos em que essa discriminação seja objectivamente justificada, por exemplo, com base em considerações de teor financeiro ou técnico ou devido ao facto de os utentes operarem a níveis diferentes. Essa discriminação é susceptível de restringir a concorrência no mercado a jusante em que a empresa que solicita o acesso pretende exercer actividades, na medida em que pode limitar

a possibilidade desse operador penetrar no mercado ou de nele expandir as suas actividades ([85]).

121. De igual forma, essa discriminação pode ter repercussões a nível da concorrência sempre que ocorrer entre operadores em mercados a jusante estreitamente relacionados entre si. Perante a existência de dois mercados de produto a jusante distintos, mas em que um produto possa ser considerado substituível por outro, não fosse a existência de uma diferença de preço entre os dois produtos, qualquer discriminação a nível do preco facturado aos prestadores destes dois produtos poderia contribuir para diminuir a concorrência existente ou potencial. Por exemplo, muito embora seja provável que os serviços de telefonia vocal fixa e móvel representem actualmente mercados de produto distintos, é de prever a sua convergência no futuro. A facturação de preços de interconexão mais elevados aos operadores de serviços móveis do que aos operadores de serviços fixos tenderia a prejudicar esta convergência, sendo consequentemente susceptível de ter efeitos sobre a concorrência. São de prever efeitos semelhantes a nível da concorrência noutros mercados de telecomunicações.

Em todo o caso, essa discriminação seria difícil de justificar atendendo à obrigação de fixar os preços em função dos custos.

122. No que diz respeito à discriminação em matéria de preços, a alínea c) do artigo 86º proíbe a discriminação desleal por parte de uma empresa dominante entre os clientes dessa empresa ([86]), incluindo a discriminação entre os clientes em função do facto de estes aceitarem ou não negociar exclusivamente com essa empresa em posição dominante.

123. O artigo 7º da directiva «interligação» prevê o seguinte:

«Poderão ser estabelecidas diferentes tarifas, termos e condições de interligação para diferentes categorias de organizações autorizadas a fornecer redes e serviços sempre que tais diferenças possam ser objectivamente justificadas com base no tipo de interligação fornecida e/ou nas condições nacionais de licenciamento relevantes . . .» (na condição de essas diferenças não darem origem a distorções de concorrência).

124. Nesse caso específico, deve ser determinado se dessas diferenças resultam distorções da concorrência. É importante recordar que os artigos 85º e 86º prendem-se com questões associadas à concorrência e não com problemas regulamentares. O disposto no artigo 86º não pode ser aplicado para obrigar uma empresa em posição dominante a conceder um tratamento distinto a diferentes categorias de clientes, salvo se tal for o resultado das condições de mercado e dos princípios consignados no artigo 86º. Ao invés, o artigo 86º proíbe as empresas em posição dominante de discriminarem entre transacções semelhantes sempre que essa discriminação tiver repercussões a nível da concorrência.

125. Pode constituir um abuso qualquer discriminação sem uma razão objectiva relacionada com um determinado aspecto ou condição de um acordo de acesso. A discriminação pode incidir sobre diversos elementos como, por exemplo, os preços, os prazos, o acesso técnico, o encaminhamento ([87]), a numeração, as restrições sobre a utilização a rede que excedam os requisitos necessários e a utilização dos dados sobre a rede de clientes. Todavia, a existência de discriminação só poderá ser determinada numa base casuística. A discriminação é contrária ao disposto no artigo 86º, independemente de resultar ou transparecer das condições constantes do acordo de acesso.

126. Neste contexto, o operador de rede encontra-se sujeito à obrigação geral de oferecer aos clientes independentes um tratamento análogo ao propiciado à sua própria filial ou divisão de serviços a jusante. A natureza do cliente e os seus requisitos podem desempenhar um papel significativo para determinar se as transacções são comparáveis. Diferentes preços para clientes a níveis distintos (por exemplo, a nível grossista e retalhista) não constituem necessariamente uma prática discriminatória.

127. Podem surgir problemas de discriminação no que respeita à configuração técnica do acesso, atendendo à sua importância neste contexto.

O grau de sofisticação técnica do acesso: as restrições sobre o tipo ou «nível» na hierarquia da central na rede envolvida no acesso ou as capacidades técnicas da referida central assumem uma importância directa para a concorrência. Estas podem consistir na infra-estrutura disponível para facilitar uma conexão ou no tipo de interface e no sistema de sinalização utilizado para determinar o tipo de serviço disponível para a parte que solicita o acesso (por exemplo, infra-estrutura de rede inteligente).

O número e/ou a localização dos pontos de conexão: pode ser importante o requisito de recolher e distribuir o tráfego para determinadas áreas na central de comutação que sirva directamente a referida área em vez de isso ser efectuado a um nível mais elevado na hieraquia da rede. A parte que solicita o acesso incorre em despesas suplementares, quer por fornecer ligações a maior distância do seu centro de comutação quer por estar obrigada a pagar tarifas mais elevadas de transporte.

Igualdade de acesso: uma característica fundamental de um sistema de telecomunicações concorrencial é a possibilidade de os clientes da parte que solicita o acesso obterem os serviços prestados pelo fornecedor de acesso utilizando o mesmo número de dígitos que os clientes deste último.

Justificação objectiva

128. Entre as justificações objectivas podem incluir-se quaisquer factores relativos ao funcionamento efectivo da rede propriedade do fornecedor do acesso ou às restrições em matéria de licenciamento em conformidade com, por exemplo, as normas em matéria de propriedade intelectual.

2.3. **Abuso de posição dominante conjunta**

129. No caso de uma posição dominante conjunta (ver pontos 76 e seguintes), o comportamento adoptado por uma das empresas que detêm conjuntamente tal posição dominante pode constituir uma prática abusiva, ainda que as outras empresas não adoptem o mesmo comportamento.

130. Para além das soluções contempladas no âmbito das regras da concorrência, se nenhum operador se manifestar na disposição de conceder o acesso e se não existir qualquer motivo de índole técnica ou comercial que justifique essa recusa, seria de esperar que a ERN sanasse o problema ao ordenar a uma ou mais empresas a concessão do acesso em conformidade com a directiva «ORA» ou ao abrigo do direito nacional.

3. **Acordos de acesso (artigo 85º)**

131. As restrições da concorrência previstas ou resultantes dos acordos de acesso podem ter dois efeitos distintos: restringir a concorrência entre as duas partes no acordo de acesso ou restringir a concorrência de terceiros, por exemplo, mediante a exclusividade atribuída a uma ou a ambas as partes no acordo. Além disso, quando uma parte tiver uma posição dominante, as condições do acordo de acesso podem conduzir a um reforço dessa posição dominante ou a uma extensão da referida posição num mercado conexo ou podem ainda constituir uma exploração ilícita da posição dominante mediante a imposição de condições arbitrárias.

132. Os acordos de acesso em que este é, em princípio, ilimitado, não constituem, em geral, uma restrição da concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º. As obrigações de exclusividade previstas em contratos de concessão de acesso a uma empresa restringem em geral a concorrência, uma vez que limitam o acesso à infra-estrutura a outras empresas. Dado que a maioria das redes tem maior capacidade do que aquela que cada utilizador em geral precisa, tal será normalmente o caso no sector das telecomunicações.

133. Os acordos de acesso podem fomentar de forma significativa a concorrência, uma vez que podem melhorar o acesso ao mercado a jusante. Os acordos de acesso no quadro da interconexão são fundamentais para a interoperabilidade dos serviços e da infra-estrutura, incrementando deste modo a concorrência no mercado de serviços a jusante, susceptível de englobar um maior valor acrescentado do que a infra-estrutura local.

134. No entanto, é evidente que alguns acordos de acesso ou determinadas cláusulas dos mesmos podem eventualmente ter repercussões negativas sobre a concorrência. Por exemplo, os acordos de acesso podem:

a) Ser utilizados como um instrumento de coordenação dos preços;

b) Conduzir à repartição dos mercados;

c) Provocar efeitos de exclusão sobre terceiros ([88]);

d) Conduzir ao intercâmbio de informações sensíveis, do ponto de vista comercial, entre as partes.

135. O risco da coordenação dos preços é particularmente acentuado no sector das telecomunicações, uma vez que os encargos em matéria de interconexão correspondem frequentemente a 50 % ou mais

do custo total dos serviços prestados, sendo normalmente necessária a interconexão com um operador em posição dominante. Nestas circunstâncias, a margem para a concorrência de preços é limitada e o risco (e a gravidade) da coordenação de preços é proporcionalmente maior.

136. Por outro lado, os acordos de interconexão entre os operadores de rede podem, em determinadas circunstâncias, ser um instrumento de repartição do mercado entre o operador de rede que faculta o acesso e o operador de rede que solicita o mesmo, em detrimento do aparecimento de uma concorrência entre os mesmos a nível da rede.

137. Num enquadramento liberalizado de telecomunicações, os tipos de restrições da concorrência acima referidos serão rigorosamente controlados pelas autoridades nacionais e pela Comissão ao abrigo das regras da concorrência. A regulamentação nacional em nada afecta o direito de as partes prejudicadas por qualquer tipo de comportamento anticoncorrencial apresentarem uma denúncia à Comissão.

Cláusulas abrangidas pelo nº 1 do artigo 85º

138. A Comissão identificou determinados tipos de restrições que podem potencialmente infringir o disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado CE e que requerem, por conseguinte, uma isenção individual. Estas cláusulas prender-se-ão normalmente com o quadro comercial de acesso.

139. No sector das telecomunicações, a interconexão conduz inevitavelmente a uma situação em que as partes passam a dispor de determinadas informações sobre os clientes e o tráfego dos seus concorrentes. Este intercâmbio de informações pode, em determinados casos, influenciar o comportamento concorrencial das empresas em causa e pode ser facilmente utilizado pelas partes para efeitos de práticas concertadas como, por exemplo, a repartição de mercados ([89]). A directiva «interligação» prevê que as informações recebidas de uma entidade que solicite a interconexão apenas devem ser utilizadas para as finalidades para as quais foram prestadas. No intuito de velar pela observância das regras da concorrência e da directiva «interligação», os operadores deverão introduzir garantias, no intuito de assegurar que a informação confidencial seja apenas transmitida aos sectores das empresas envolvidos nos acordos de acesso e que não seja utilizada para fins anticoncorrenciais. Desde que estas garantias sejam totais e funcionem de forma adequada, não deverá haver, em princípio, qualquer motivo para que os acordos de interconexão sejam abrangidos pelo âmbito de aplicação do nº 1 do artigo 85º

140. Os acordos de exclusividade, por exemplo, em que o tráfego será transportado exclusivamente através da rede de telecomunicações de uma ou ambas as partes em vez de ser através da rede de outras partes com as quais tenham sido celebrados acordos de acesso exigirão igualmente uma análise nos termos nº 3 do artigo 85º Se não for apresentada qualquer justificação para um encaminhamento deste tipo, essas cláusulas serão proibidas. Essas cláusulas de exclusividade não constituem, contudo, uma componente intrínseca dos acordos de interconexão.

141. Os acordos de acesso que tenham sido concluídos com uma finalidade anticoncorrencial só muito dificilmente preencherão os critérios para uma isenção individual ao abrigo do nº 3 do artigo 85º

142. Além disso, os acordos de acesso podem ter repercussões sobre a estrutura concorrencial do mercado. As tarifas de acesso local representarão frequentemente uma proporção considerável do custo total dos serviços prestados aos utilizadores finais pela parte que solicita o acesso, deixando assim uma margem limitada para a concorrência de preços. Em virtude da necessidade de salvaguardar este limitado grau de concorrência, a Comissão atribuirá, por conseguinte, especial atenção à análise dos acordos de acesso no contexto dos seus prováveis efeitos sobre os mercados relevantes, a fim de assegurar que esses acordos não constituam uma forma dissimulada e indirecta de fixar ou coordenar os preços finais para os utilizadores finais, o que representa uma das infracções mais graves ao artigo 85º do Tratado CE ([90]). Tal suscita particular preocupação nos mercados oligopolísticos.

143. Por outro lado, as cláusulas que envolvam uma discriminação conducente à exclusão de terceiros são igualmente restritivas da concorrência. A mais importante é a discriminação em matéria de preços, qualidade ou outros aspectos comercialmente significativos e relacionados com o acesso em detrimento da parte que o requer, cujo objectivo consistirá geralmente em favorecer indevidamente as operações do fornecedor de acesso.

4. **Efeitos sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros**

144. A aplicação dos artigos 85º e 86º exige que se produzam efeitos sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros.

145. Para que um acordo tenha efeitos sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros, a Comissão deve poder:

«prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de factores objectivos de direito ou de facto, que o acordo em causa pode influir, de forma directa ou indirecta e efectiva ou potencial, sobre a padrão das trocas comerciais entre os Estados-membros» ([91]).

Não é necessário que cada uma das restrições da concorrência previstas no acordo seja susceptível de afectar as trocas comerciais ([92]), desde que tal decorra do acordo no seu conjunto.

146. No que se refere aos acordos de acesso no sector das telecomunicações, a Comissão considerará não apenas o efeito directo das restrições da concorrência sobre o comércio intracomunitário a nível dos serviços de acesso, como também os efeitos sobre o comércio intracomunitário no mercado dos serviços de telecomunicações a jusante. A Comissão terá igualmente em conta a possibilidade de estes acordos compartimentarem um dado mercado geográfico, o que poderia impedir as empresas já estabelecidas noutros Estados-membros de concorrerem no mesmo.

147. Os acordos de acesso no sector das telecomunicações afectarão normalmente as trocas comerciais entre os Estados-membros, uma vez que os serviços prestados ao longo de uma rede são comercializados em toda a União Europeia e os acordos de acesso podem determinar a capacidade de um prestador de serviços ou de um operador fornecer um determinado serviço. Mesmo nos mercados que assumam um carácter sobretudo nacional, como sucederá geralmente na fase actual do processo de liberalização, os abusos de posição dominante afectarão, regra geral, a estrutura do mercado, o que terá repercussões sobre o comércio entre os Estados-membros.

148. Os casos neste domínio que envolvam problemas abrangidos pelo disposto no artigo 86º são susceptíveis de incidirem sobre a existência de cláusulas abusivas nos acordos de acesso ou a recusa de celebração de um acordo de acesso com base em condições adequadas, ou ainda a recusa pura e simples de conclusão de qualquer tipo de acordo nesta matéria. Como tal, os critérios acima enumerados para determinar se um acordo de acesso é susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-membros serão igualmente relevantes neste contexto.

CONCLUSÕES

149. A Comissão considera que as regras da concorrência e a regulamentação sectorial específica constituem um conjunto coerente de medidas destinadas a garantir um quadro liberalizado e concorrencial para os mercados das telecomunicações na Comunidade Europeia.

150. Na sua intervenção neste sector, a Comissão procurará evitar a duplicação desnecessária e processos, em especial os processos da concorrência e os processos regulamentares nacionais/comunitários estabelecidos no enquadramento ORA.

151. Sempre que sejam invocadas as regras da concorrência, a Comissão determinará os mercados relevantes e aplicará o disposto nos artigos 85º e 86º em conformidade com os princípios delineados no presente documento.

(1) Nos termos das Directivas 96/19/CE e 96/2/CE da Comissão (referidas na nota 3) alguns Estados-membros podem solicitar uma derrogação à plena liberalização por determinados períodos limitados. A presente comunicação em nada prejudica essas derrogações e a Comissão tomará em consideração a existência de uma eventual derrogação desse tipo na aplicação das regras de concorrência aos acordos de acesso, conforme descrita na presente comunicação.

Ver:

Decisão 97/114/CE da Comissão, de 27 de Novembro de 1996, relativa aos períodos adicionais solicitados pela Irlanda para a transposição das Directivas 90/388/CEE e 96/2/CE no que respeita à plena concorrência nos mercados de telecomunicações (JO L 41 de 12.2.1997, p. 8).

Decisão 97/310/CE da Comissão, de 12 de Fevereiro de 1997, relativa à concessão de períodos de execução adicionais a Portugal para a transposição das Directivas 90/388/CEE e 92/2/CE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações (JO L 133 de 24.5.1997, p. 19).

Decisão 97/568/CE da Comissão, de 14 de Maio de 1997, relativa à concessão ao Luxemburgo de períodos de execução adicionais para a aplicação da Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações (JO L 234 de 26.8.1997).

Decisão 97/603/CE da Comissão, de 10 de Junho de 1997, relativa aos períodos adicionais solicitados pela Espanha para a transposição da Directiva 90/388/CEE no que respeita à plena concorrência nos mercados de telecomunicações (JO L 243 de 5.9.1997, p. 48).

Decisão 97/607/CE da Comissão, de 18 de Junho de 1997, relativa aos períodos adicionais solicitados pela Grécia para a transposição da Directiva 90/388/CEE no que respeita à plena concorrência nos mercados de telecomunicações (JO L 245 de 9.9.1997, p. 6).

(2) Comunicação da Comissão de 3 de Maio de 1995 ao Parlamento Europeu e ao Conselho, «Consulta sobre o Livro Verde respeitante à liberalização da infra-estrutura de telecomunicações e das redes de televisão por cabo» [COM(95) 158 final].

(3) Directiva 88/301/CEE da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações (JO L 131 de 27.5.1988, p. 73).

Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192 de 24.7.1990, p. 10).

Directiva 94/46/CE da Comissão, de 13 de Outubro de 1994, que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE, em especial, no que diz respeito às comunicações por satélite (JO L 268 de 19.10.1994, p. 15).

Directiva 95/51/CE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados (JO L 256 de 26.10.1995, p. 49).

Directiva 96/2/CE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que respeita às comunicações móveis e pessoais (JO L 20 de 26.1.1996, p. 59).

Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados de serviços telecomunicações (JO L 74 de 22.3.1996, p. 13).

(4) Os acordos de interconexão representam a forma mais importante dos acordos de acesso no sector das telecomunicações. O enquadramento de base dos acordos de interconexão é estabelecido pelas regras relativas à oferta de rede aberta (ORA) e é neste contexto que cabe analisar a aplicação das regras da concorrência:

Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) (JO L 199 de 26.7.1997, p. 32) (directiva «Interligação»).

Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações (JO L 117 de 7.5.1997, p. 15) (directiva «Licenças»).

Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações (JO L 192 de 24.7.1990, p. 1).

Directiva 92/44/CEE do Conselho, de 5 de Junho de 1992, relativa à aplicação da oferta de uma rede aberta às linhas alugadas (JO L 165 de 19.6.1992, p. 27) (directiva «Linhas alugadas»), alterada pela Directiva 97/51/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 295 de 29.10.1997, p. 23) (directiva «Quadro»).

Directiva 95/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1995, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal (JO L 321 de 30.12.1995, p. 6), substituída pela Directiva 98/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 1998, relativa à aplicação da oferta da rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial (JO L 101 de 1.4.1998, p. 24) (directiva «Telefonia vocal»).

Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao processamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações (JO L 24 de 30.1.1998, p. 1) (directiva «protecção de dados»).

(5) JO C 233 de 6.9.1991, p. 2.

(6) No domínio das telecomunicações, nomeadamente:

Decisão 91/562/CEE da Comissão, de 18 de Outubro de 1991, Eirpage (JO L 306 de 7.11.1991, p. 22).

Decisões 96/546/CE e 96/547/CE da Comissão de 17 de Julho de 1996, Atlas e Phoenix (JO L 239 de 19.9.1996, p. 23 e 57)

Decisão 97/780/CE da Comissão de 29 de Outubro de 1997, Unisource (JO L 318 de 20.11.1997, p. 1).

Existem também vários processos pendentes relacionados com questões de acesso.

(7) «Competition aspects of interconnection agreements in the telecommunications sector», Junho de 1995;

«Competition aspects of access by service providers to the resources of telecommunications operators», Dezembro de 1995. Ver também «Competition Aspects of Access Pricing», Dezembro de 1995.

(8) Ver Livro Verde da Comissão relativo à convergência dos sectores das telecomunicações, dos meios de comunicação social e das tecnologias da informação e às suas implicações na regulamentação — Para uma abordagem centrada na sociedade da informação [COM(97) 623 final, de 3 de Dezembro de 1997].

(9) Ver Decisão 97/838/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 1997, relativa à celebração em nome da Comunidade Europeia, no que se refere às matérias da sua competência, dos resultados das negociações da OMC no domínio dos serviços de telecomunicações de base (JO L 347 de 18.12.1997, p. 45).

(10) No caso da directiva ORA «Linhas alugadas», é prevista uma primeira fase em que o utilizador lesado pode recorrer à entidade regulamentadora nacional. Tal pode propiciar uma série de vantagens. No sector das telecomunicações, em que a experiência já revelou que as empresas manifestam frequentemente relutância em denunciar o comportamento do OT em relação ao qual ressentem uma forte dependência não apenas no que respeita ao ponto específico do conflito mas também num contexto muito mais lato, os procedimentos previstos ao abrigo da ORA constituem uma solução atractiva. Por outro lado, os procedimentos ORA podem englobar uma gama mais vasta de problemas de acesso do que os que poderiam ser abordados com base nas regras da concorrência. Por último, estes procedimentos podem oferecer aos utilizadores a vantagem da proximidade e da familiariedade com os procedimentos administrativos nacionais. A língua é igualmente outro factor a ter em conta.

Nos termos da directiva «Linhas alugadas», se uma solução não puder ser encontrada a nível nacional, é prevista uma segunda fase a nível europeu (procedimento de conciliação). Um acordo entre as partes envolvidas deve ser então obtido no prazo de dois meses, com uma eventual prorrogação de um mês em caso de anuência das partes.

(11) Uma entidade regulamentadora nacional é um organismo regulamentador nacional das telecomunicações criado por um Estado-membro ao abrigo da directiva «Serviços», com a alteração que lhe foi introduzida, e nos termos do enquadramento ORA. A lista de entidades regulamentadoras nacionais é publicada regularmente no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, podendo ser consultada uma cópia da lista mais actualizada no seguinte endereço: http://www.ispo.cec.be

(12) Artigos 9º e 17º da directiva «Interligação».

(13) Ver artigo 7º da directiva «Serviços» (nota 3) e artigo 5ºA da directiva ORA «Enquadramentos» (nota 4). Ver também comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a situação de transposição e de aplicação da Directiva 90/388/CEE relativa à concorrência nos mercados dos serviços de telecomunicações (JO C 275 de 10.10.1995, p. 2 e seguintes).

Ver também processo C-91/94, Thierry Tranchant e Telephones Stores SARL, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1995, Colectânea 1995, p. I-3911.

(14) Ver nº 3 do artigo 9º da directiva ORA «Interligação», citada na nota de pé-de-página 4.

(15) Processo T-24/90, Automec/Comissão, Colectânea 1992, p. II-2223, ponto 77, e processo T-114/92, BEMIM, Colectânea 1995, p. II-147.

(16) Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85º e 86º do Tratado CE (JO C 39 de 13.2.1993, p. 6, ponto 14).

Comunicação sobre a cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência e a Comissão (JO C 313 de 15.10.1997, p. 3).

(17) Processo 127/73, BRT/SABAM, Colectânea 1974, p. 51.

(18) Processo 66/86, Ahmed Saeed, Colectânea 1989, p. 838.

(19) Não devem, por exemplo, incentivar, reforçar ou aprovar as consequências de um comportamento anticoncorrencial: Ahmed Saeed, ver nota de pé-de-página 18; processo C-153/93, República Federal da Alemanha/Delta Schiffahrtsges., Colectânea 1994, p. I-2517; processo 267/86, Van Eycke, Colectânea 1988, p. 4769.

(20) Processo 13/77, GB-Inno-BM/ATAB, Colectânea 1977, p. 2115, ponto 33: «embora seja certo que o disposto no artigo 86º se destina às empresas, não deixa de ser igualmente certo que o Tratado impõe aos Estados-membros a obrigação de não tomar ou manter em vigor medidas susceptíveis de eliminar a eficácia da referida disposição».

(21) Para mais informações sobre as obrigações das autoridades nacionais, ver processo 103/88, Fratelli Costanzo Spa, Colectânea 1989, p. 1839.

No processo Ahmed Saeed (ver nota 18): «os artigos 5º e 90º do Tratado CE devem ser interpretados no sentido de que: i) proíbem às autoridades nacionais favorecer a conclusão de acordos sobre tarifas contrários ao disposto no nº 1 do artigo 85º ou, eventualmente, no artigo 86º do Tratado; ii) impedem a aprovação, por essas autoridades, das tarifas decorrentes dos referidos acordos».

(22) Processos apenos C-6/90 e 9/90, Francovich e outros/República italiana, Colectânea 1991, p. I-5357; processos apensos C-46/93, Brasserie du Pêcheur SA/Alemanha, e processo C-48/93, R/Secretário de Estados dos Transportes *ex parte* Factortame Ltd e outros, acórdão de 5 de Março de 1996, Colectânea 1996, p. I-1029.

(23) Ver, por exemplo, décimo oitavo considerando da directiva «Linhas alugadas» referida na nota de pé-de-página 4 e no nº 3 do artigo 9º da directiva ORA «Interligação».

(24) Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas (JO L 395 de 30.12.1989, p. 1); versão corrigida: JO L 257 de 21.9.1990, p. 13).

(25) Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado (JO 13 de 21.2.1962, p. 204/62), com as alterações que lhe foram introduzidas.

(26) Artigo 2º e nº 1 do artigo 4º do Regulamento nº 17.

(27) Artigo 3º do Regulamento nº 17.

(28) Artigos 3º e 12º do Regulamento nº 17.

(29) Processo 792/79 R, Camera Care/Comissão, Colectânea 1980, p. 119. Ver também processo T-44/90, La Cinq/Comissão, Colectânea 1992, p. II-1.

(30) Ver ponto 16 da comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais citada na nota de pé-de-página 16.

(31) Artigo 2º ou nº 1 do artigo 4º do Regulamento nº 17.

(32) Camera Care e La Cinq, referidos na nota de pé-de-página 29.

(33) Ver ponto 16 da comunicação relativa à cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais, citada na nota de pé-de-página 16.

(34) Ver ponto 18.

(35) Ver Automec, nota de pé-de-página 15, ponto 86.

(36) BRT/SABAM, nota de pé-dé-página 17.

(37) Nºs 1 e 3 do artigo 9º da directiva ORA «Interligação».

(38) Processo 14/83, Von Colson, Colectânea 1994, p. 1891.

(39) Nº 2 do artigo 15º do Regulamento nº 17.

(40) Nº 5 do artigo 15º do Regulamento nº 17.

(41) Nº 6 do artigo 15º do Regulamento nº 17.

(42) Alínea c) do artigo 6º da directiva ORA «Interligação».

(43) Ver, entre outros, o artigo 9º da directiva ORA «Interligação».

(44) Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do nº 2 do artigo 15º do Regulamento nº 17 e do nº 5 do artigo 65º do Tratado CECA (JO C 9 de 14.1.1998).

(45) Ver nota 22.

(46) Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 5).

(47) Por interconexão deve entender-se, nos termos da directiva «Plena concorrência»: «... a ligação física e lógica das instalações de telecomunicações de organismos que oferecem redes de telecomunicações e/ou que fornecem serviços de telecomunicações, a fim de permitir aos utilizadores de um organismo comunicarem com os utilizadores do mesmo ou outro organismo ou acederem a serviços fornecidos por organismos terceiros.»

Na directiva «Plena concorrência» e nas directivas ORA, os serviços de telecomunicações são definidos da seguinte forma: «os serviços que consistem, no todo ou em parte, na transmissão e no encaminhamento de sinais através da rede de telecomunicações».

Inclui, por conseguinte, a transmissão de sinais de radiodifusão e as redes de televisão por cabo.

A própria rede de telecomunicações é definida como: «... o equipamento de transmissão e, quando aplicável, o equipamento de comutação e outros recursos que permitam o transporte de sinais entre pontos terminais definidos por fios, por feixes hertzianos, por meios ópticos ou outros meios electromagnéticos».

(48) Decisão 94/894/CE da Comissão de 13 de Dezembro de 1994, Eurotunnel (JO L 354 de 31.12.1994, p. 66).

(49) Orientações relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência no sector das telecomunicações (ver ponto 5 *supra*), pontos 15 e 16.

(50) Decisão 82/896/CEE da Comissão, de 15 de Dezembro de 1982, AROW/BNIC (JO L 379 de 31.12.1982, p. 1).

(51) Ver nota de pé-de-página 18.

(52) Processos apensos C-48/90 e C-66/90, Países Baixos e outros/Comissão, Colectânea 1992, p. I-565.

(53) Ver Ahmed Saeed, nota de pe-de-página 18, em que a legislação ao mercado interno no que respeita à fixação de preços foi utilizada como instrumento para determinar o nível de preços que podia ser considerado arbitrário para efeitos do artigo 86º.

(54) Em cada mercado, a Tetra Pak defrontava-se com os mesmos clientes potenciais e concorrentes efectivos. Processo C-333/94 P, Colectânea 1996, p. I-5951.

(55) Ver também a definição incluída no «Additional commitment on regulatory principles by the European Communities and their Member States» utilizada pelo Grupo sobre as telecomunicações básicas no âmbito das negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC):

«Por infra-estruturas essenciais deve entender-se as infra-estruturas de uma rede e serviço de transporte de telecomunicações públicas que:

a) sejam exclusiva ou principalmente fornecidas por um único fornecedor ou por um número limitado de fornecedores, e

b) não possam ser substituídas de forma viável, do ponto de vista económico ou técnico, para a prestação de um serviço».

(56) Processo 6/72, Continental Can, Colectânea 1973, p. 215.

(57) É de observar neste contexto que, ao abrigo do enquadramento ORA, uma organização poderá ser notificada como tendo um poder de mercado significativo. A questão de determinar se uma organização detém ou não um poder de mercado significativo depende de um certo número de factores, mas a presunção inicial é a de que uma organização com uma quota de mercado correspondente a mais de 25 % será normalmente considerada como detendo um poder de mercado significativo. A Comissão tomará em consideração o facto de uma empresa ter sido notificada como detendo um poder de mercado significativo, de acordo com as regras ORA, na sua apreciação efectuada em conformidade com as regras da concorrência.

É evidente, contudo, que o conceito de poder de mercado significativo corresponde a uma situação de poder económico num mercado inferior ao resultante de uma posição dominante; uma empresa que detenha um poder de mercado significativo ao abrigo das regras ORA não implicará, por conseguinte, qualquer presunção quanto à existência de uma posição dominante, muito embora numa situação específica tal possa ser efectivamente o caso. Outro factor importante a ter em conta, no entanto, consistirá em saber se a definição de mercado utilizado no enquadramento ORA constitui uma definição adequada para a aplicação das regras da concorrência.

(58) Processo 85/76, Hoffmann-La Roche, Colectânea 1979, p. 461, Decisão 89/113/CEE da Comissão, de 21 de Dezembro de 1988, Decca Navigator System (JO L 43 de 12.2.1989, p. 27).

(59) Decisão 92/553/CEE da Comissão, de 22 de Julho de 1992, Nestlé/Perrier (JO L 356 de 5.12.1992, p. 1).

(60) A situação mais corrente.

(61) Processos apensos 6/73 e 7/73 Commercial Solvents/Comissão, Colectânea 1974, p. 223 e Processo 311/84 CBEM/CLT e IPB, Colectânea 1985, p. 3261.

(62) Processo C-62/86 AKZO/Comissão, Colectânea 1991, p. I-3359 e Processo T-65/89 BPB Industries e British Gypsum/Comissão, Colectânea 1993, p. II-389.

(63) Processo C-333/94P, Tetra Pak International SA/Comissão, Colectânea 1996, p. I-5951. Nesta quarta situação, a aplicação do artigo 86º só pode ser justificada em circunstâncias especiais (Tetra Pak, pontos 29 e 30).

(64) Processo 85/76 Hoffmann-La Roche, Colectânea 1979, p. 461.

(65) Decisão 94/19/CE da Comissão, Sea Containers/Stena Sealink (JO L 15 de 18.1.1994, p. 8);
Decisão 94/119/CE da Comissão relativa à recusa de acesso às instalações do porto de Rødby (JO L 55 de 26.2.1994, p. 52).

(66) Ver também (entre outros):
Processos 6/73 e 7/73, Commercial Solvents/Comissão, Colectânea 1974, p. 223;
Acórdão 311/84, Télémarketing, Colectânea 1985, p. 3261;
Processo C-18/88 RTT/GB-Inno, Colectânea 1991, p. I-5941;
Processo C-260/89, Elliniki Radiophonia Teleorassi, Colectânea 1991, p. I-2925;
Processos T-69, T-70 e T-76/89, RTE, BBC e ITP/Comissão, Colectânea 1991, p. II-485, 535, 575;
Processo C-271/90, Espanha/Comissão, Colectânea 1992, p. I-5833;
Processos C-241/91P e 242/91P, RTE e ITP Ltd/Comissão (Magill), Colectânea 1995, p. I-743.
Decisões da Comissão:
76/185/CECA, de 29 de Outubro de 1975 — National Carbonizing Company (JO L 35 de 10.2.1976, p. 6);
88/589/CEE — London European — Sabena (JO L 317 de 24.11.1988, p. 47);
92/213/CEE — British Midland/Aer Lingus (JO L 96 de 10.4.1992, p. 34);
B&I/Sealink, (1992) 5 CMLR 255; Boletim CE nº 6 — 1992, ponto 1.3.30.

(67) Seria insuficiente demonstrar que um operador carece do acesso a uma infra-estrutura a fim de concorrer num mercado a jusante. É necessário demonstrar que esse acesso é necessário para todos os operadores, salvo concorrentes excepcionais, para que o acesso seja tornado obrigatório.

(68) Como referido no ponto 91.

(69) Ver ponto 105.

(70) Processos apensos 6/73 e 7/73, Commercial Solvents, Colectânea 1974, p. 223.

(71) Ou seja, a utilização da rede para alcançar os seus próprios clientes.

(72) Esta situação está também prevista no âmbito do enquadramento ORA: ver o nº 4 do artigo 7º da directiva interligação, o nº 4 do artigo 12º da directiva relativa à telefonia vocal e o anexo II da directiva relativa ao enquadramento ORA.

(73) Isto é, incluindo os que são supérfluos para este último ou os que são susceptíveis de constituir serviços que o próprio requerente poderia prestar aos seus clientes.

(74) Tetra Pak International, com referência na nota 63.

(75) A comunicação da Comissão, de 27 de Novembro de 1996, sobre critérios de avaliação dos regimes nacionais de cálculo dos custos e de financiamento do serviço universal no sector das telecomunicações e orientações para os Estados-membros sobre o funcionamento de tais regimes será relevante para determinar até que ponto se poderá invocar a obrigação do serviço universal para justificar a imposição de encargos adicionais associados à repartição do custo líquido da prestação do serviço universal [COM(96) 608]. Ver também a referência à obrigação do serviço universal no ponto 59.

(76) General Motors NV/Comissão das Comunidades Europeias. Processo 26/75, Colectânea 1975, p. 1367, ponto 12.

(77) United Brands e United Brands Continental BV/Comissão das Comunidades Europeias, Colectânea 1978, p. 207.

(78) Ahmed Saeed, referido na nota 18, ponto 43.

(79) Acórdão do Tribunal (Sexta Secção) de 4 de Maio de 1988. Corinne Bodson/SA Pompes funèbres des régions libérées, Processo 30/87, Colectânea 1988, p. 2479.
Ver também:
François Lucazeau e outros/Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) e outros. Processos apensos 110/88, 241/88 e 242/88, Colectânea 1989, p. 2811, ponto 25:
«... quando uma empresa em posição dominante impõe, pelos serviços que presta, tabelas sensivelmente mais elevadas do que as praticadas noutros Estados-membros e quando a comparação dos níveis das tabelas foi efectuada uma base homogénea, essa diferença deve ser considerada indício de um abuso de posição dominante. Cabe, neste caso, à empresa em questão justificar a diferença, baseando-se nas divergências objectivas entre a situação do Estado-membro em causa e a prevalecente em todos os outros Estados-membros».

(80) Ver regras ORA e recomendação da Comissão relativa à interligação num mercado das telecomunicações liberalizado (JO L 73 de 12.3.1998, p. 42) (texto da recomendação) e (JO C 84 de 19.3.1998, p. 3) (Comunicação sobre a recomendação).

(81) Por exemplo, no seu cálculo das tarifas de interconexão.

(82) Ver Akzo, processo C-62/86, Colectânea 1991, p. 3359, citado na nota 62.

(83) Akzo, ponto 71.

(84) Decisão 88/518/CEE da Comissão, Brown Napier/British Sugar (JO L 284 de 19.10.1988, p. 41): a margem entre os preços por grosso e os preços a retalho foi reduzida de tal forma que o adquirente grossista com operações de acondicionamento tão eficientes como as do fornecedor grossista não podia exercer actividades rentáveis no mercado retalhista. Ver também National Carbonising, nota de pé-de-página 66.

(85) Todavia, quando a capacidade da infra-estrutura está subutilizada, facturar um preço diferente para o acesso em função da procura nos diferentes mercados a jusante pode justificar-se, na medida em que essa diferenciação permitir uma melhor utilização da infra-estrutura e um maior desenvolvimento de determinados mercados, e desde que essa diferenciação não restrinja ou falseie a concorrência. Neste caso, a Comissão analisará os efeitos globais dessa diferenciação de preços em todos os mercados a jusante.

(86) Processo C-310/93 P, BPB Industries PLC e British Gypsum Ltd/Comissão, Colectânea 1995, p. I-865, 904, relativo à discriminação praticada pela BPB entre os seus clientes no mercado conexo de placas de estuque.

(87) Isto é, para uma lista privilegiada de operadores de rede correspondentes.

(88) Decisão 94/663/CE da Comissão, Night Services (JO L 259 de 7.10.1994, p. 20); Decisão 94/894/CE da Comissão, nota 48.

(89) Processo T-34/92, Fiatagri UK Ltd, Colectânea 1994, p. II-905. Processo C-8/95 P New Holland Ford/Comissão, sentença de 28 de Maio de 1998, Colectânea 1994, p. II-957.

Processo T-35/92, John Deere Ltd/Comissão.

Processo C-7/95 P John Deere/Comissão, sentença de 28 de Maio de 1998.

Recurso contra a Decisão 92/157/CEE da Comissão, UK Agricultural Tractor Registration Exchange (JO L 68 de 13.3.1992, p. 19).

(90) Processo 8/72, Vereniging van Cementhandelaaren/Comissão, Colectânea 1972, p. 977;

Processo 123/85, Bureau National Interprofessionnel du Cognac/Clair, Colectânea 1985, p. 391.

(91) Processo 56/65, STM, Colectânea 1966, p. 235, ponto 249.

(92) Processo 193/83, Windsurfing International Inc/Comissão, Colectânea 1986, p. 611.

Não oposição a uma operação de concentração notificada

(Processo IV/M.1182 — *** Akzo Nobel/Courtaulds)

(98/C 265/03)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

Em 30 de Junho de 1998, a Comissão decidiu não se opor à concentração notificada acima referida e declará-la compatível com o mercado comum. Esta decisão é tomada com base no nº 1, alínea b), do artigo 6º do Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho. O texto completo da decisão está disponível apenas em inglês e será tornado público depois de liberto do sigilo comercial. Estará disponível:

— em versão papel através dos serviços de vendas do Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias (ver lista na contracapa),

— em formato electrónico na versão «CEN» da base de dados Celex, com o número de documento 398M1182. Celex é o sistema de documentação automatizado de legislação da Comunidade Europeia; para mais informações sobre a assinatura é favor contactar:

EUR-OP
Information, Marketing and Public Relations (OP/4B)
2, rue Mercier
L-2985 Luxembourg
[tel. (352) 29 29-42455; fax (352) 29 29-42763].