

Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas

(2002/C 165/03)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

1. INTRODUÇÃO

1.1. Âmbito e objectivo das orientações

1. As presentes orientações estabelecem os princípios a utilizar pelas autoridades reguladoras nacionais (ARN) na análise dos mercados e da concorrência efectiva no âmbito do novo quadro regulamentar para as redes e serviços de comunicações electrónicas.
2. Este novo quadro regulamentar compreende cinco directivas: Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas ⁽¹⁾, a seguir designada directiva-quadro; Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas ⁽²⁾, a seguir designada directiva autorização; Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos ⁽³⁾, a seguir designada directiva acesso; Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas ⁽⁴⁾, a seguir designada directiva serviço universal; directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas ⁽⁵⁾. Todavia, até a última directiva referida ser formalmente adoptada, a Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações ⁽⁶⁾ continuará a ser a directiva aplicável.
3. No âmbito do quadro regulamentar de 1998, as áreas de mercado do sector das telecomunicações sujeitas a regulamentação *ex ante* foram estabelecidas nas directivas relevantes, mas não constituíam mercados definidos nos termos dos princípios do direito da concorrência. Nestas áreas de mercado definidas no âmbito do quadro regulamentar de 1998, as ARN tinham competência para designar empresas como tendo um «poder de mercado significativo» caso detivessem 25 % da quota de mercado, com a possibilidade de se afastar deste limiar ao tomar em consideração a capacidade da organização para influir nas condições do mercado, a relação de grandeza entre o seu volume de negócios e a dimensão do mercado, o seu controlo sobre os meios de acesso dos utilizadores finais, o seu acesso a recursos financeiros e a sua experiência em matéria de oferta de produtos e serviços no mercado.
4. Nos termos do novo quadro regulamentar, os mercados a regulamentar estão definidos de acordo com os princípios do direito europeu da concorrência. Estes estão definidos

pela Comissão na sua recomendação relativa a mercados de produtos e serviços relevantes nos termos do n.º 1 do artigo 15.º da directiva-quadro (a seguir designada «a recomendação»). Quando as circunstâncias nacionais o justificarem, as ARN podem também identificar outros mercados, de acordo com os procedimentos estabelecidos nos artigos 6.º e 7.º da directiva-quadro. No caso de mercados transnacionais passíveis de regulamentação *ex ante*, estes serão, quando adequado, identificados pela Comissão numa decisão relativa aos mercados transnacionais relevantes nos termos previstos no n.º 4 do artigo 15.º da directiva-quadro (a seguir designada «a decisão relativa a mercados transnacionais»).

5. Em todos estes mercados, as ARN intervirão impondo obrigações às empresas apenas quando se considerar que os mercados não são efectivamente concorrenciais ⁽⁷⁾ em consequência de essas empresas deterem uma posição equivalente a uma posição dominante na acepção do artigo 82.º do Tratado CE ⁽⁸⁾. A noção de posição dominante foi definida na jurisprudência do Tribunal de Justiça como uma posição de poder económico que permite a uma empresa comportar-se, em grande medida, de modo independente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores. Em consequência, no âmbito do novo quadro regulamentar, ao contrário do que acontecia com o quadro de 1998, a Comissão e as ARN basear-se-ão nos princípios e metodologias do direito da concorrência para definir os mercados a regulamentar *ex ante* e para avaliar se essas empresas detêm um poder de mercado significativo (PMS) nesses mercados.
6. As presentes orientações destinam-se a guiar as ARN no exercício das suas novas responsabilidades de definição de mercados e de avaliação do PMS. Estas orientações foram adoptadas pela Comissão nos termos previstos no n.º 2 do artigo 15.º da directiva-quadro, após consulta às autoridades nacionais relevantes e na sequência de uma consulta pública, cujos resultados foram tidos em devida consideração.
7. Nos termos do n.º 3 do artigo 15.º da directiva-quadro, as ARN devem dar a maior importância a estas orientações. Tal será um elemento importante em qualquer avaliação a efectuar pela Comissão quanto à proporcionalidade e legalidade das decisões propostas pelas ARN, tendo em conta os objectivos da política nesta matéria estabelecidos no artigo 8.º da directiva-quadro.
8. As presentes orientações incidem especificamente nos seguintes assuntos: a) definição do mercado; b) avaliação do PMS; c) designação de PMS e d) questões processuais relacionadas com todas estas matérias.

9. As orientações foram elaboradas para utilização pelas ARN do seguinte modo:

- para definir a dimensão geográfica dos mercados de produtos e serviços identificados na recomendação. As ARN não definirão o âmbito geográfico de mercados transnacionais, na medida em que a sua dimensão geográfica será definida em decisão relativa aos mercados transnacionais,
- para efectuar, utilizando a metodologia definida na secção 3 das orientações, uma análise das condições de concorrência prevalentes nos mercados identificados na recomendação e na decisão e pelas ARN,
- para identificar mercados nacionais ou subnacionais relevantes de produtos e serviços não incluídos na lista da recomendação, quando as circunstâncias nacionais o justificarem e na sequência dos procedimentos estabelecidos nos artigos 6.º e 7.º da directiva-quadro,
- para designar, após a análise do mercado, as empresas com PMS no mercado relevante e para impor medidas *ex ante* proporcionais e consistentes com os termos do quadro regulamentar, conforme descrito nas secções 3 e 4 das orientações,
- para prestar assistência aos Estados-Membros e às ARN na aplicação do n.º 1, alínea f), do artigo 11.º da directiva autorização e do n.º 1 do artigo 5.º da directiva-quadro, assegurando assim que as empresas respeitem a obrigação de fornecer as informações necessárias que permitam às ARN determinar quais são os mercados relevantes e avaliar o poder de mercado significativo nos mesmos,
- para orientar as ARN no tratamento de informações confidenciais susceptíveis de serem fornecidas por:
 - empresas nos termos do n.º 1, alínea f), do artigo 11.º da directiva autorização e do n.º 1 do artigo 5.º da directiva-quadro,
 - autoridades nacionais da concorrência (ANC), no âmbito da cooperação prevista no n.º 5 do artigo 3.º da directiva-quadro, e
 - Comissão e autoridades reguladoras nacionais (ARN), no âmbito da cooperação prevista no n.º 2 do artigo 5.º da directiva-quadro.

10. As presentes orientações estão estruturadas da seguinte forma:

A **secção 1** apresenta uma introdução e uma panorâmica sobre os antecedentes, finalidade, âmbito e conteúdo das orientações. A **secção 2** descreve a metodologia a utilizar pelas ARN a fim de definir o âmbito geográfico dos mercados identificados na recomendação relativa aos

mercados, bem como definir os mercados relevantes fora do âmbito dessa recomendação. A **secção 3** enuncia os critérios para avaliação do PMS num mercado relevante. A **secção 4** apresenta as conclusões a que poderão chegar as ARN nas suas análises de mercado e descreve as possíveis acções a empreender em função dessas conclusões. A **secção 5** enumera os poderes de investigação das ARN, sugere procedimentos de coordenação entre as ARN e entre estas e as ANC e descreve procedimentos de coordenação e de cooperação entre as ARN e a Comissão. Finalmente, a **secção 6** descreve os procedimentos a seguir para as consultas públicas e a publicação das decisões propostas pelas ARN.

11. O principal objectivo das presentes orientações é garantir a coerência da abordagem das ARN ao aplicarem o novo quadro regulamentar e, especialmente, ao designarem empresas com PMS em aplicação das disposições do quadro regulamentar.
12. Ao publicar as presentes orientações, a Comissão pretende igualmente explicar às partes interessadas e às empresas presentes no sector das comunicações electrónicas a forma como as ARN deverão proceder às suas avaliações do PMS, ao abrigo da directiva-quadro, maximizando assim a transparência e a segurança jurídica da aplicação da legislação sectorial específica.
13. A Comissão procederá à alteração das presentes orientações sempre que oportuno, em função da experiência adquirida na aplicação do quadro regulamentar e da evolução da situação na jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.
14. As presentes orientações não limitam, de forma alguma, os direitos conferidos pelo direito comunitário a indivíduos ou empresas. Estas não prejudicam de forma alguma a aplicação do direito comunitário e especialmente da regulamentação em matéria de concorrência, por parte da Comissão e das autoridades nacionais relevantes, bem como a sua interpretação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e pelo Tribunal de Primeira Instância. As presentes orientações não prejudicam qualquer acção que a Comissão possa tomar ou quaisquer orientações que a Comissão possa emitir no futuro no que diz respeito à aplicação do direito europeu da concorrência.

1.2. Princípios e objectivos políticos subjacentes às medidas sectoriais específicas

15. As ARN devem procurar atingir os objectivos da política nesta matéria definidos nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 8.º da directiva-quadro. Estes inserem-se em três categorias:

- promoção de um mercado aberto e concorrencial para as redes, serviços e recursos conexos de comunicações electrónicas,
- desenvolvimento do mercado interno, e
- promoção dos interesses dos cidadãos europeus.

16. O objectivo da imposição de obrigações *ex ante* a empresas designadas como detentoras de PMS é garantir que as empresas não possam utilizar o seu poder de mercado para restringir ou distorcer a concorrência no mercado relevante nem para alargar esse poder de mercado a mercados adjacentes.
 17. Estas obrigações regulamentares apenas devem ser impostas aos mercados de comunicações electrónicas cujas características sejam susceptíveis de justificar regulamentação sectorial específica e nos quais as ARN relevantes tenham determinado a existência de um ou mais operadores com PMS.
 18. Os mercados de produtos e serviços cujas características sejam susceptíveis de justificar regulamentação sectorial específica são identificados pela Comissão na respectiva recomendação e, quando as circunstâncias nacionais justificarem a definição de mercados relevantes diferentes, pelas ARN de acordo com os procedimentos estabelecidos nos artigos 6.º e 7.º da directiva-quadro⁽⁹⁾. Além disso, alguns outros mercados estão especificamente identificados no artigo 6.º da directiva acesso e nos artigos 18.º e 19.º da directiva serviço universal.
 19. No que diz respeito a cada um desses mercados relevantes, as ARN avaliarão se a concorrência é efectiva. A conclusão de que existe uma concorrência efectiva num mercado relevante é equivalente a uma conclusão de que nenhum operador detém, individual ou conjuntamente, uma posição dominante nesse mercado. Em consequência, para fins de aplicação do novo quadro regulamentar entende-se por concorrência efectiva que no mercado relevante não existe nenhuma empresa que detenha, sozinha ou em conjunto com outras empresas, uma posição dominante individual ou conjunta. Se as ARN concluírem que um mercado relevante não é efectivamente concorrencial, estas designarão as empresas com PMS nesse mercado e imporão obrigações específicas adequadas ou manterão ou alterarão essas obrigações caso já existam, de acordo com o estabelecido no n.º 4 do artigo 16.º da directiva-quadro.
 20. Ao efectuar a sua análise do mercado, nos termos do artigo 16.º da directiva-quadro, as ARN procederão a uma avaliação prospectiva e estrutural do mercado relevante, com base nas condições de mercado existentes. As ARN devem determinar se o mercado é prospectivamente concorrencial e, portanto, se qualquer falta de concorrência efectiva será duradoura⁽¹⁰⁾, tendo em conta as evoluções do mercado previstas ou razoavelmente previsíveis durante um período de tempo razoável. O período efectivo utilizado deverá reflectir as características específicas do mercado e a data prevista para a revisão seguinte do mercado relevante pela ARN. Na sua análise, as ARN devem tomar em consideração dados anteriores, caso esses dados sejam relevantes para a evolução nesse mercado num futuro previsível.
 21. Ao designarem empresas como detendo um PMS, as ARN devem impor-lhes uma ou mais obrigações regulamentares, de acordo com as directivas relevantes e tendo em conta o princípio da proporcionalidade. A título excepcional, as ARN podem impor obrigações de acesso e interligação superiores às especificadas na directiva acesso, desde que tal se processe com o acordo prévio da Comissão, conforme previsto no n.º 3 do artigo 8.º dessa mesma directiva.
 22. No exercício das suas competências regulamentares ao abrigo dos artigos 15.º e 16.º da directiva-quadro, as ARN têm poderes discricionários que reflectem a complexidade de todos os factores relevantes que devem ser avaliados (económicos, factuais e jurídicos) na identificação do mercado relevante e na determinação da existência de empresas com PMS. Este poder discricionário continua todavia sujeito aos procedimentos previstos nos artigos 6.º e 7.º da directiva-quadro.
 23. As decisões regulamentares adoptadas pelas ARN ao abrigo das directivas terão um impacto no desenvolvimento do mercado interno. A fim de prevenir quaisquer efeitos negativos no funcionamento do mercado interno, as ARN devem garantir a implementação coerente das disposições às quais se aplicam as presentes orientações. Essa coerência só pode ser alcançada através de uma estreita coordenação e cooperação com as outras ARN, com as ANC e com a Comissão, tal como previsto na directiva-quadro e recomendado na secção 5.3 das presentes orientações.
- ### 1.3. Relação com o direito da concorrência
24. No âmbito do quadro regulamentar, os mercados serão definidos e o PMS avaliado com metodologias idênticas às do direito da concorrência. Em consequência, a definição de âmbito geográfico dos mercados identificados na recomendação, a definição, sempre que necessário, dos mercados relevantes de produtos/serviços fora do âmbito da recomendação e a avaliação da concorrência efectiva pelas ARN devem ser coerentes com a jurisprudência e a prática em matéria de concorrência. Com vista a garantir essa coerência, as presentes orientações baseiam-se em: 1. Jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no que diz respeito à definição de mercado e à noção de posição dominante na acepção do artigo 82.º do Tratado CE e do artigo 2.º do regulamento relativo ao controlo das concentrações⁽¹¹⁾; 2. «Orientações relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência no sector das telecomunicações»⁽¹²⁾; 3. «Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência»⁽¹³⁾ a seguir designada «comunicação relativa à definição de mercado» e 4. «Comunicação sobre a aplicação das regras de concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações»⁽¹⁴⁾, a seguir designada «comunicação relativa ao acesso».

25. A utilização das mesmas metodologias garante que o mercado relevante definido para fins da regulamentação sectorial específica corresponderá, na maioria dos casos, às definições de mercado que seriam aplicáveis ao abrigo do direito da concorrência. Em alguns casos e pelos motivos explicitados na secção 2 das presentes orientações, os mercados definidos pela Comissão e pelas autoridades de concorrência em processos sobre esta matéria podem diferir dos identificados na recomendação e na decisão e/ou dos mercados definidos pelas ARN ao abrigo do n.º 3 do artigo 15.º da directiva-quadro. O n.º 1 do artigo 15.º da directiva-quadro estabelece claramente que os mercados a definir pelas ARN para fins de regulamentação *ex ante* em nada prejudicam os definidos pelas ANC e pela Comissão no exercício das suas respectivas competências ao abrigo do direito da concorrência em processos específicos.
26. Para fins de aplicação do direito comunitário da concorrência, a comunicação da Comissão relativa à definição de mercado explicita que o conceito de mercado relevante está estreitamente ligado aos objectivos a atingir no âmbito das políticas comunitárias. Os mercados definidos ao abrigo dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE são geralmente definidos com carácter *ex post*. Nestes casos, a análise considerará factos que já tiveram lugar no mercado e não será influenciada por possíveis evoluções futuras. Pelo contrário, ao abrigo das disposições de controlo em matéria de concentrações do direito da concorrência da CE, os mercados são geralmente definidos numa base prospectiva.
27. Por outro lado, os mercados relevantes definidos para fins de regulamentação sectorial específica serão sempre avaliados numa base prospectiva, dado que a ARN incluirá na sua avaliação uma apreciação da evolução futura do mercado. No entanto, nas suas análises de mercado as ARN não devem ignorar, quando relevante, dados anteriores ao procederem à avaliação das perspectivas futuras do mercado relevante (ver também secção 2 *infra*). O ponto de partida para a realização de uma análise de mercado para fins do disposto no artigo 15.º da directiva-quadro não é a existência de um acordo ou de uma prática concertada no âmbito do artigo 81.º do Tratado CE, nem de uma concentração no âmbito do regulamento relativo às concentrações, nem de um alegado abuso de posição dominante no âmbito do artigo 82.º do Tratado CE, mas tem antes como base uma avaliação prospectiva global da estrutura e do funcionamento do mercado em estudo. Embora as ARN e as autoridades da concorrência, ao examinarem as mesmas questões nas mesmas circunstâncias e com os mesmos objectivos, devam em princípio chegar às mesmas conclusões, não é de excluir a possibilidade de, tendo em conta as diferenças supramencionadas e em especial a incidência mais vasta da avaliação das ARN, os mercados definidos para fins da lei da concorrência e os mercados definidos para efeitos da regulamentação sectorial específica nem sempre serem idênticos.
28. Embora a análise das concentrações seja também aplicada *ex ante*, esta não é efectuada periodicamente como acontece com a análise das ARN ao abrigo do novo quadro regulamentar. A autoridade da concorrência não tem, em princípio, oportunidade de efectuar uma revisão periódica da sua decisão em função da evolução do mercado, enquanto as ARN têm a obrigação de proceder à revisão das suas decisões periodicamente, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 16.º da directiva-quadro. Este factor pode influenciar o âmbito e a amplitude da análise de mercado e da avaliação da concorrência efectuadas pelas ARN e, por esta razão, as definições de mercado no âmbito do novo quadro regulamentar, mesmo em áreas similares, podem em alguns casos ser diferentes das definições de mercado estabelecidas pelas autoridades da concorrência.
29. Considera-se que os mercados não identificados na recomendação não necessitarão de regulamentação sectorial específica *ex ante*, excepto se a ARN puder justificar essa regulamentação de um mercado relevante adicional ou diferente de acordo com o procedimento previsto no artigo 7.º da directiva-quadro.
30. A designação de uma empresa como detendo um PMS num mercado identificado para fins da regulamentação *ex ante* não implica automaticamente que essa empresa seja também dominante para fins do disposto no artigo 82.º do Tratado CE ou em disposições nacionais similares. Além disso, a designação de PMS não tem qualquer relação com o facto de essa empresa ser responsável por um eventual abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º do Tratado CE ou das leis da concorrência nacionais. Implica somente que, numa perspectiva estrutural e de curto a médio prazo, o operador tem e terá, no mercado relevante identificado, um poder de mercado suficiente que lhe permite agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores e tal exclusivamente para fins do disposto no artigo 14.º da directiva-quadro.
31. Na prática, não é de excluir a possibilidade de surgirem procedimentos paralelos no âmbito da regulamentação *ex ante* e do direito da concorrência no que diz respeito a diferentes tipos de problemas em mercados relevantes⁽¹⁵⁾. As autoridades da concorrência podem, por conseguinte, efectuar as suas próprias análises de mercado e impor soluções adequadas em matéria de direito da concorrência, em paralelo com quaisquer medidas sectoriais específicas aplicadas pelas ARN. No entanto, é de salientar que essa aplicação simultânea de soluções por diferentes autoridades reguladoras incidiria em problemas diferentes nesses mercados. As obrigações *ex ante* impostas pelas ARN a empresas com PMS destinam-se a satisfazer os objectivos específicos estabelecidos nas directivas relevantes, enquanto as soluções ao abrigo do direito da concorrência se destinam a impor sanções a acordos ou comportamentos abusivos que restringem ou distorcem a concorrência no mercado relevante.

32. No que diz respeito aos mercados emergentes, o vigésimo sétimo considerando da directiva-quadro refere que não devem ser sujeitos a uma regulamentação *ex ante* inadequada os novos mercados onde na realidade o líder do mercado terá, muito provavelmente, uma parte substancial do mesmo. Tal deve-se ao facto de uma imposição prematura de regulamentação *ex ante* poder influenciar indevidamente as condições da concorrência que se desenharam num mercado novo e emergente. Deve ser simultaneamente evitado o encerramento desses mercados emergentes pela empresa líder. Sem prejuízo da adequação da intervenção por parte das autoridades da concorrência em casos individuais, as ARN devem certificar-se que podem justificar plenamente qualquer forma de intervenção *ex ante* precoce num mercado emergente, em especial visto manterem a capacidade de intervir numa fase posterior, no contexto da reavaliação periódica dos mercados relevantes.

2. DEFINIÇÃO DOS MERCADOS

2.1. Introdução

33. Nas orientações relativas à concorrência de 1991⁽¹⁶⁾, a Comissão reconheceu as dificuldades inerentes à definição de mercado relevante num sector que apresenta uma evolução tecnológica rápida, como é o caso das telecomunicações. Embora esta afirmação continue a ser válida no que diz respeito ao sector das comunicações electrónicas, a Comissão, desde a publicação dessas orientações, adquiriu uma experiência considerável na aplicação das regras da concorrência num sector dinâmico caracterizado por inovações e alterações tecnológicas constantes, no quadro das suas funções de gestão da transição de uma situação de monopólio para um ambiente concorrencial no sector em causa. De salientar todavia que as presentes orientações não se destinam a explicar o modo de aplicação das regras da concorrência, em geral, no sector das comunicações electrónicas, incidindo, pelo contrário, exclusivamente em questões relacionadas com: i) a definição de mercado e ii) a avaliação do poder de mercado significativo, na acepção do artigo 14.º da directiva-quadro (a seguir designado «PMS»).

34. Ao avaliar se uma empresa detém um PMS, isto é, se goza «de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores»⁽¹⁷⁾, a definição do mercado relevante é de importância primordial uma vez que a concorrência efectiva só pode ser apreciada em relação ao mercado assim definido⁽¹⁸⁾. A utilização da expressão «mercado relevante» implica a descrição dos produtos ou serviços que constituem um mercado e a avaliação do âmbito geográfico do mesmo (os termos «produtos» e «serviços» são utilizados de forma indistinta no presente texto). A este respeito refira-se que os mercados relevantes definidos ao abrigo do quadro regulamentar de 1998 eram distintos dos identificados para efeitos do direito da concorrência, uma vez que se baseavam em determinados aspectos específicos associados às comunicações de extremo-a-extremo e não em critérios relacionados com a oferta e a procura utilizados numa análise à luz do direito da concorrência⁽¹⁹⁾.

35. A definição de mercado não é um processo mecânico nem abstracto, exigindo uma análise de todos os dados disponíveis referentes ao comportamento anterior do mercado e uma compreensão geral dos mecanismos de um determinado sector. Em especial, para efectuar uma análise prospectiva do mercado é preferível optar por uma abordagem dinâmica em vez de uma abordagem estática⁽²⁰⁾. Quanto a este aspecto, qualquer experiência adquirida pelas ARN, ANC ou pela Comissão decorrente da aplicação das regras em matéria de concorrência ao sector das telecomunicações reveste-se claramente de particular importância para a aplicação do artigo 15.º da directiva-quadro. Por conseguinte, quaisquer informações recolhidas, resultados obtidos, estudos ou relatórios encomendados ou utilizados pelas ARN (ou ANC) no exercício das suas funções, relativamente às condições de concorrência nos mercados das telecomunicações (desde que, obviamente, essas condições de mercado tenham permanecido inalteradas desde então) deverão servir como ponto de partida para efeitos da aplicação do artigo 15.º da directiva-quadro e da realização de uma análise de mercado prospectiva⁽²¹⁾.

36. Os principais mercados de produtos e serviços cujas características são susceptíveis de justificar a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* são identificados na recomendação que a Comissão deverá adoptar nos termos do n.º 1 do artigo 15.º da directiva-quadro, bem como numa eventual decisão relativa a mercados transnacionais que a Comissão decida adoptar nos termos do n.º 4 do artigo 15.º da directiva-quadro. Portanto, na prática as ARN terão normalmente por função definir o âmbito geográfico do mercado relevante, muito embora tenham a possibilidade, prevista no n.º 3 do artigo 15.º da directiva-quadro, de definir outros mercados para além dos enumerados na recomendação, de acordo com o estabelecido no artigo 7.º da directiva-quadro (ver secção 6 *infra*).

37. Não obstante o facto de uma análise prospectiva das condições de mercado poder, em alguns casos, conduzir a uma definição de mercado diferente da resultante de uma análise de mercado baseada em comportamentos anteriores⁽²²⁾, as ARN devem contudo procurar preservar, sempre que possível, a coerência na metodologia adoptada entre, por um lado, as definições de mercado desenvolvidas para efeitos da regulamentação *ex ante* e, por outro, as definições de mercado desenvolvidas para efeitos da aplicação das regras de concorrência. No entanto, tal como estabelecido no n.º 1 do artigo 15.º da directiva-quadro e na secção 1 das presentes orientações, os mercados definidos no âmbito da regulamentação sectorial específica são estabelecidos sem prejuízo dos mercados que podem ser definidos em casos específicos ao abrigo do direito da concorrência.

2.2. Principais critérios para a definição do mercado relevante

38. Em que medida a oferta de um produto ou o fornecimento de um serviço numa dada área geográfica constitui o mercado relevante depende da existência de pressões da concorrência no comportamento do ou dos produtores ou fornecedores de serviços em causa, em termos de fixação de preços. Existem dois principais tipos de pres-

- são da concorrência a considerar na avaliação do comportamento das empresas no mercado: i) a substituíbilidade do lado da procura e ii) a substituíbilidade do lado da oferta. Existe uma terceira fonte de pressão concorrencial no comportamento do operador que é a concorrência potencial. A diferença entre concorrência potencial e a substituíbilidade do lado da oferta reside no facto de esta última responder prontamente a um aumento do preço, enquanto os potenciais novos operadores poderão necessitar de mais tempo para iniciar o seu fornecimento ao mercado. A substituíbilidade da oferta não envolve custos suplementares significativos, enquanto a potencial entrada de novos operadores apresenta custos irrecuperáveis significativos⁽²³⁾. A existência de concorrência potencial pode assim ser analisada para avaliar se um mercado é efectivamente concorrencial, na acepção da directiva-quadro, isto é, se existem empresas com PMS⁽²⁴⁾.
39. A substituíbilidade do lado da procura é utilizada para avaliar em que medida os consumidores estão dispostos a substituir o serviço ou o produto em questão por outros serviços ou produtos, enquanto a substituíbilidade do lado da oferta indica se outros fornecedores⁽²⁵⁾, para além dos que oferecem o produto ou serviço em questão, alterariam, imediatamente ou a curto prazo, a sua linha de produção ou proporiam os serviços ou produtos relevantes sem incorrerem em custos suplementares significativos.
40. Uma das formas de avaliação da existência de substituíbilidade do lado da oferta e da procura consiste em aplicar o denominado «teste do monopolista hipotético»⁽²⁶⁾. No âmbito deste teste, a ARN deverá averiguar o que sucederia em caso de um pequeno mas significativo aumento duradouro dos preços de um dado produto ou serviço, no pressuposto de que os preços de todos os outros produtos ou serviços se manteriam constantes (a seguir denominado «aumento relativo dos preços»). Embora a importância de um aumento de preços dependa de cada caso individual, na prática as ARN devem normalmente considerar as reacções dos clientes (consumidores ou empresas) a um aumento permanente dos preços de 5 % a 10 %⁽²⁷⁾. As respostas dos consumidores ou empresas em causa ajudarão a determinar se existem produtos de substituição e, em caso afirmativo, quais os limites do mercado do produto relevante⁽²⁸⁾.
41. Como ponto de partida, a ARN deveria aplicar este teste, em primeiro lugar a um produto ou serviço de comunicações electrónicas oferecido numa dada área geográfica, cujas características poderiam justificar a imposição de obrigações regulamentares e, subsequentemente, acrescentar outras áreas ou produtos suplementares se a concorrência desses produtos ou áreas exercer uma pressão sobre o preço do serviço ou produto principal em questão. Dado ser provável que um aumento relativo do preço de um conjunto de produtos⁽²⁹⁾ resulte numa perda de vendas, a questão-chave é determinar se a perda de vendas seria suficiente para compensar o aumento de lucros que seriam de outra forma obtidos através das vendas efectuadas após o aumento dos preços. A avaliação da substituíbilidade do lado da procura e do lado da oferta proporciona uma forma de aferição da quantidade das vendas que serão provavelmente perdidas e, consequentemente, de determinação do âmbito do mercado relevante.
42. Em princípio, o «teste do monopolista hipotético» só é pertinente para os serviços ou produtos cujo preço é determinado livremente e não é objecto de regulamentação. Por conseguinte, a hipótese de trabalho será que os preços correntes prevalecentes são estabelecidos a níveis concorrenciais. Se, no entanto, um serviço ou produto for oferecido a um preço regulamentado, fixado em função dos custos, presume-se que esse preço foi estabelecido a um nível concorrencial na ausência de indicação em contrário e, por conseguinte, deve ser tomado como ponto de partida para a aplicação do «teste do monopolista hipotético»⁽³⁰⁾. Em teoria, se a elasticidade da procura de um dado serviço ou produto for significativa, mesmo a preços concorrenciais relativos, a empresa em questão carece de poder de mercado. Se, pelo contrário, a elasticidade for elevada mesmo a preços correntes, tal pode significar apenas que a empresa em questão já exerceu o seu poder de mercado a um nível tal que os subsequentes aumentos de preços não aumentarão os seus lucros. Nesse caso, a aplicação do teste do monopolista hipotético pode dar origem a uma definição de mercado diferente da que resultaria se os preços fossem estabelecidos a um nível concorrencial⁽³¹⁾. Qualquer avaliação da definição de mercado deve, por conseguinte, tomar em consideração esta dificuldade potencial. No entanto, as ARN devem proceder partindo do princípio que os níveis de preços prevalecentes proporcionam uma base razoável para iniciar a análise relevante, excepto se existirem provas de que tal não é efectivamente o caso.
43. Se uma ARN decidir recorrer ao teste do monopolista hipotético, este deverá então ser aplicado até se poder estabelecer que um aumento relativo de preços nos mercados geográficos e do produto definidos não levará os consumidores a optarem rapidamente por substitutos disponíveis ou a abastecer-se junto de fornecedores localizados noutras áreas.
- ### 2.2.1. O mercado do produto/serviço relevante
44. De acordo com a jurisprudência, o mercado do produto/serviço relevante inclui todos os produtos e/ou serviços suficientemente permutáveis ou substituíveis, não só em termos das suas características objectivas, graças às quais estão particularmente aptos para satisfazer as necessidades constantes dos consumidores, os seus preços ou a sua utilização pretendida, mas também em termos das condições da concorrência e/ou da estrutura da procura e da oferta no mercado em questão⁽³²⁾. Os produtos ou serviços com um grau de substituíbilidade reduzido ou relativo entre si não fazem parte do mesmo mercado⁽³³⁾. Assim, as ARN devem iniciar o exercício de definição do mercado do produto ou serviço relevante agrupando os produtos ou serviços utilizados pelos consumidores para as mesmas finalidades (utilização final).

45. Embora a questão da utilização final de um produto ou serviço esteja estreitamente associada às suas características físicas, podem ser utilizados diferentes tipos de produtos ou serviços para a mesma finalidade. Por exemplo, os consumidores podem utilizar serviços distintos, como ligações por cabo e satélite, para o mesmo fim, nomeadamente o acesso à internet. Neste caso, ambos os serviços (serviços de acesso por cabo e por satélite) podem ser incluídos no mesmo mercado do produto. Em contrapartida, os serviços de radiomensagens e de telefonia móvel, aparentemente aptos a oferecer o mesmo serviço, ou seja, o envio de pequenas mensagens nos dois sentidos, podem pertencer a mercados de produto distintos tendo em conta as diferentes percepções do consumidor no que diz respeito à sua funcionalidade e utilização final.
46. Em relação a um produto ou serviço determinado, as diferenças em termos de modelos de determinação de preços e de outras condições da oferta podem igualmente implicar grupos distintos de consumidores. Assim, ao analisar os preços, as ARN podem, em relação basicamente ao mesmo serviço, definir mercados distintos para a clientela de particulares e a clientela de empresas. Por exemplo, o facto de os operadores que fornecem serviços de comunicações electrónicas internacionais a retalho estabelecerem uma distinção entre a clientela de particulares e a clientela de empresas, aplicando vários tipos de preços e descontos, levou a Comissão a considerar que esses dois grupos constituem mercados distintos no que diz respeito a esses serviços (ver *infra*). No entanto, para que os produtos possam ser considerados substitutos no lado da procura não é necessário que sejam oferecidos ao mesmo preço. Um produto ou serviço de baixa qualidade vendido a um baixo preço poderá muito bem constituir um substituto eficaz de um produto de qualidade mais elevada vendido a preços mais elevados. O que interessa neste caso são as respostas prováveis dos consumidores na sequência de um aumento relativo dos preços ⁽³⁴⁾.
47. Além disso, a substituíbilidade do produto entre vários serviços de comunicações electrónicas será cada vez maior graças à convergência de várias tecnologias. A utilização dos sistemas digitais conduz a uma semelhança cada vez maior no desempenho e nas características dos serviços de rede que utilizam tecnologias distintas. Por exemplo, uma rede com comutação de pacotes, como a internet, pode ser utilizada para transmitir sinais vocais digitalizados em concorrência com os serviços clássicos de telefonia vocal ⁽³⁵⁾.
48. Assim, com vista a completar a sua análise de definição do mercado, uma ARN, para além de considerar os serviços ou produtos cujas características, preços e utilização os tornam suficientemente permutáveis, deveria igualmente examinar, quando oportuno, as condições prevalentes em termos de substituíbilidade da procura e da oferta, aplicando o teste do monopolista hipotético.
- 2.2.1.1. Substituíbilidade do lado da procura**
49. A substituíbilidade do lado da procura permite às ARN determinar os produtos ou gamas de produtos de substituição que os consumidores poderiam passar a usar no caso de um aumento relativo dos preços. Para determinar a existência de substituíbilidade da procura, as ARN deveriam ter em conta quaisquer comportamentos anteriores dos consumidores. As ARN deverão analisar as flutuações históricas de preços, se disponíveis, dos produtos potencialmente concorrentes, quaisquer dados relativos à evolução de preços e informações pertinentes sobre tarifas. Nessas circunstâncias, dever-se-á ter em conta dados reveladores de que no passado os consumidores optaram rapidamente por outros produtos ou serviços em resposta a alterações dos preços. Na ausência desses registos e sempre que necessário, as ARN terão de procurar e avaliar a resposta provável dos consumidores e fornecedores a um aumento relativo dos preços do serviço em causa.
50. A possibilidade de os consumidores substituírem um produto ou serviço por outro em função de um pequeno mas significativo aumento duradouro dos preços pode, no entanto, ser travada por custos de substituição consideráveis. Os consumidores que investiram em tecnologia ou que efectuaram quaisquer outros investimentos necessários a fim de receberem um serviço ou utilizarem um produto podem não estar dispostos a incorrer em custos suplementares resultantes da sua opção por outro produto ou serviço de substituição. Do mesmo modo, os clientes dos actuais fornecedores podem igualmente estar «bloqueados» por contratos a longo prazo ou pelos custos proibitivos de uma mudança de terminais. Por conseguinte, numa situação em que os utilizadores finais enfrentam custos de mudança significativos para poderem substituir o produto A pelo produto B, estes dois produtos não devem ser incluídos no mesmo mercado relevante ⁽³⁶⁾.
51. A substituíbilidade da procura centra-se no carácter permutável dos serviços ou produtos do ponto de vista do comprador. No entanto, uma definição correcta do mercado do produto pode exigir também uma avaliação da substituíbilidade potencial do lado da oferta.
- 2.2.1.2. Substituíbilidade do lado da oferta**
52. Ao avaliar a substituíbilidade do lado da oferta, as ARN podem igualmente ter em conta a probabilidade de empresas, que nesse momento não se encontram presentes no mercado do produto relevante, decidirem entrar no mercado numa escala temporal razoável ⁽³⁷⁾, na sequência de um aumento relativo de preços, isto é, de um pequeno mas significativo aumento duradouro dos preços. Nos casos em que os custos globais de mudança da produção para o produto em questão sejam pouco relevantes, esse produto poderá ser incluído na definição do mercado do produto. O facto de uma empresa rival possuir alguns dos bens necessários para fornecer um determinado serviço é imaterial caso seja necessário um investimento adicional significativo a fim de comercializar e oferecer os serviços em causa com lucro ⁽³⁸⁾. Além disso, as ARN deverão verificar se um dado fornecedor utilizaria ou alteraria efectivamente as suas capacidades de produção para produzir o produto em questão ou oferecer o serviço relevante (por exemplo, se a sua capacidade está bloqueada por acordos de fornecimento a longo prazo, etc.). A substituíbilidade do lado da procura meramente hipotética não é suficiente para efeitos da definição de mercado.

53. Importa igualmente ter em conta eventuais requisitos legais ou regulamentares susceptíveis de impedir uma entrada atempada no mercado relevante e, conseqüentemente, de desincentivar a substituibilidade do lado da oferta. Por exemplo, atrasos e obstáculos na conclusão de acordos de interligação ou de partilha de locais, na negociação de quaisquer outras formas de acesso à rede ou na obtenção de direitos de passagem para a extensão de redes ⁽³⁹⁾ podem, a curto prazo, tornar pouco viável a oferta de novos serviços e a instalação de novas redes por parte de concorrentes potenciais.
54. Tendo em conta o exposto, a substituibilidade da oferta pode servir não só para a definição do mercado relevante, mas também para a identificação do número de participantes no mercado.
- ### 2.2.2. Mercado geográfico
55. Uma vez identificado o mercado do produto relevante, o passo seguinte será definir a dimensão geográfica do mercado do produto ou serviço. Só depois da definição da dimensão geográfica do mercado do produto ou serviço é que a ARN pode avaliar correctamente as condições de concorrência efectiva no mercado em questão.
56. De acordo com a jurisprudência, o mercado geográfico relevante inclui uma área na qual as empresas em causa participam na oferta e procura dos produtos ou serviços relevantes, onde as condições de concorrência são semelhantes ou suficientemente homogéneas e que podem ser distinguidas das áreas vizinhas onde as condições de concorrência prevalentes são consideravelmente diferentes ⁽⁴⁰⁾. A definição de mercado geográfico não exige que as condições de concorrência entre negociantes ou fornecedores de serviços sejam perfeitamente homogéneas. Basta que sejam semelhantes ou suficientemente homogéneas, pelo que apenas as áreas em que as condições de concorrência são «heterogéneas» podem não ser consideradas como um mercado uniforme ⁽⁴¹⁾.
57. O processo de definição dos limites do mercado geográfico segue a mesma via que a supramencionada em relação à avaliação da substituibilidade do lado da procura e da oferta na sequência de um aumento relativo dos preços.
58. Do mesmo modo, no que diz respeito à substituibilidade do lado da procura as ARN deveriam avaliar sobretudo as preferências dos consumidores, bem como os seus hábitos actuais de aquisição em termos geográficos. Nomeadamente, questões linguísticas podem explicar que certos serviços não estejam disponíveis nem sejam comercializados em diferentes zonas linguísticas. Em termos de substituibilidade do lado da oferta, nos casos em que se possa estabelecer que, na perspectiva de um aumento relativo dos preços, operadores nesse momento não envolvidos ou presentes no mercado relevante decidirão todavia entrar nesse mercado a curto prazo, a definição de mercado deverá então ser alargada de modo a incluir esses operadores «exteriores».
59. No sector das comunicações electrónicas, o âmbito geográfico do mercado relevante tem sido tradicionalmente definido em função de dois critérios principais ⁽⁴²⁾:
- a) A área abrangida por uma rede ⁽⁴³⁾; e
 - b) A existência de instrumentos legais e regulamentares ⁽⁴⁴⁾.
60. Com base nesses dois critérios principais ⁽⁴⁵⁾, os mercados geográficos podem ser considerados locais, regionais, nacionais ou abrangendo o território de dois ou mais países (por exemplo, mercados pan-europeus, a nível do EEE ou globais).
- ### 2.2.3. Outras questões relativas à definição de mercado
61. Para fins da regulamentação *ex ante*, o mercado geográfico pode, em casos excepcionais, ser definido numa base de rota-a-rota. Em especial, ao considerar a dimensão dos mercados de serviços internacionais de comunicações electrónicas a retalho ou grossistas, poderá ser oportuno considerar pares de países ou de cidades como mercados distintos ⁽⁴⁶⁾. Obviamente que, do lado da procura, a entrega de uma chamada num país não substitui a sua entrega num outro país. Por outro lado, a questão de determinar se os serviços de transmissão indirecta, isto é, reencaminhamento ou trânsito da chamada através de um país terceiro, constituem substitutos reais do lado da oferta depende das especificidades do mercado e devem ser decididas caso a caso ⁽⁴⁷⁾. No entanto, um mercado de oferta de serviços numa rota bilateral seria de âmbito nacional dado que os padrões da oferta e procura em ambos os lados da rota corresponderiam muito provavelmente a diferentes estruturas de mercado ⁽⁴⁸⁾.
62. Na sua comunicação relativa à definição de mercado, a Comissão chamou a atenção para certos casos em que os limites do mercado relevante podem ser alargados de modo a ter em conta produtos ou áreas geográficas que, apesar de não serem directamente substituíveis, deverão ser incluídos na definição de mercado devido à denominada «substituibilidade em cadeia» ⁽⁴⁹⁾. Em suma, verifica-se substituibilidade em cadeia se puder ser demonstrado que o produto B é um produto de substituição para os produtos A e C, embora os produtos A e C não sejam produtos de substituição directos, pelo que os produtos A e C podem ser considerados como parte integrante do mesmo mercado do produto uma vez que a fixação dos seus preços pode ser condicionada pela substituibilidade do produto B. Aplica-se o mesmo raciocínio à definição de mercado geográfico. Perante o risco inerente de alargamento indevido do âmbito do mercado relevante, as conclusões relativas à substituibilidade em cadeia devem ser devidamente fundamentadas ⁽⁵⁰⁾.

2.3. A prática da Comissão

63. A Comissão adoptou um conjunto de decisões ao abrigo do Regulamento n.º 17 e do regulamento relativo ao controlo das concentrações no que diz respeito ao sector das telecomunicações electrónicas. Estas decisões podem ser de especial interesse para as ARN no que diz respeito à metodologia aplicada pela Comissão na definição do mercado relevante ⁽⁵¹⁾. Todavia, tal como referido *supra*, num sector caracterizado pela inovação constante e por uma rápida convergência tecnológica, é óbvio que qualquer definição actual de mercado corre o risco de se tornar inadequada ou irrelevante num futuro próximo ⁽⁵²⁾. Além do mais, os mercados definidos ao abrigo do direito da concorrência em nada prejudicam os mercados definidos ao abrigo do novo quadro regulamentar, dado que o contexto e a escala temporal em que é realizada a análise de mercado podem ser diferentes ⁽⁵³⁾.
64. Tal como referido na comunicação relativa ao acesso, no sector das telecomunicações existem pelo menos dois tipos principais de mercados relevantes a considerar, designadamente o dos serviços fornecidos aos utilizadores finais (mercado dos serviços) e o do acesso às infra-estruturas necessárias para a prestação desses serviços (mercado relativo ao acesso) ⁽⁵⁴⁾. No âmbito destas duas grandes definições de mercado podem ser feitas outras distinções de mercado em função das características da procura e da oferta.
65. Em especial, na sua prática decisória a Comissão distinguirá normalmente entre a oferta de serviços e a oferta da infra-estrutura de rede subjacente. Por exemplo, no que diz respeito à oferta da infra-estrutura, a Comissão identificou mercados distintos para a oferta de chamadas locais, interurbanas e internacionais ⁽⁵⁵⁾. No que diz respeito aos serviços fixos, a Comissão distinguiu entre o acesso do assinante (a retalho) a serviços comutados de telefonia vocal (locais, interurbanos e internacionais), o acesso do operador (grossista) a redes (locais, interurbanas e internacionais) e os serviços de comunicação de dados para empresas ⁽⁵⁶⁾. No que diz respeito ao mercado dos serviços fixos de telefonia a retalho, a Comissão distinguiu também entre a ligação inicial e o aluguer mensal ⁽⁵⁷⁾. Os serviços a retalho são oferecidos a duas classes distintas de consumidores, a saber, os utilizadores particulares e as empresas, podendo esta última categoria ser subdividida no mercado para as profissões liberais e as pequenas empresas e no mercado das grandes empresas ⁽⁵⁸⁾. No que diz respeito aos serviços a retalho de telefonia fixa oferecidos aos utilizadores particulares, as características da oferta e da procura parecem indicar que actualmente são oferecidos dois tipos principais de serviços: por um lado, serviços tradicionais de telefonia fixa (transmissão de voz e de dados em banda estreita) e, por outro, serviços de comunicações de elevado débito (actualmente sob forma de serviços xDLS) ⁽⁵⁹⁾.
66. No que diz respeito à oferta de serviços de telecomunicações móveis, a Comissão considerou que, do ponto de vista da procura, os serviços de telefonia móvel e fixa constituem mercados distintos ⁽⁶⁰⁾. A nível do mercado das comunicações móveis, os dados recolhidos pela Comissão indicam que este mercado de serviços inclui tanto os GSM 900 como os GSM 1 800 e possivelmente plataformas analógicas ⁽⁶¹⁾.
67. A Comissão determinou que o mercado de «acesso» inclui todos os tipos de infra-estruturas susceptíveis de serem utilizadas para a oferta de um dado serviço ⁽⁶²⁾. A questão de determinar se o mercado de infra-estruturas de rede deve ser dividido no número de submercados separados correspondentes ao número de categorias de infra-estruturas de rede existentes depende claramente do grau de substituíbilidade entre essas redes (alternativas) ⁽⁶³⁾. Este exercício deve ser efectuado em função da classe de utilizadores a quem é fornecido o acesso à rede. Importa porém estabelecer uma distinção entre oferta de infra-estrutura a outros operadores (nível grossista) e aos utilizadores finais (nível retalhista) ⁽⁶⁴⁾. A nível retalhista, pode fazer-se uma segmentação entre a clientela de empresas e de particulares ⁽⁶⁵⁾.
68. Se o serviço a fornecer disser exclusivamente respeito aos utilizadores finais assinantes de uma rede específica, o acesso aos pontos terminais dessa rede pode perfeitamente constituir um mercado do produto relevante. Tal não será o caso se for possível determinar que os mesmos serviços podem ser oferecidos à mesma classe de consumidores através de redes concorrentes alternativas facilmente acessíveis. Por exemplo, na sua comunicação relativa à oferta separada de acesso à linha de assinante ⁽⁶⁶⁾, a Comissão referiu que, embora existam alternativas à RTPC para a oferta de serviços de comunicações de elevado débito aos consumidores particulares (redes de fibra óptica, lacete local sem fios ou redes televisivas passíveis de modernização), nenhuma destas alternativas pode ser considerada um substituto da infra-estrutura fixa de lacete local ⁽⁶⁷⁾. No entanto, inovações e desenvolvimentos tecnológicos futuros poderão justificar conclusões diferentes ⁽⁶⁸⁾.
69. O acesso às redes de comunicações móveis pode igualmente ser definido com base em dois mercados potencialmente distintos: o da originação de chamadas e o da terminação de chamadas. A este respeito, a questão de determinar se o mercado de acesso às infra-estruturas de comunicações móveis está relacionado com o acesso a uma rede individual de comunicações móveis ou a todas as redes móveis em geral deve ser decidida caso a caso com base numa análise da estrutura e funcionamento do mercado ⁽⁶⁹⁾.

3. AVALIAÇÃO DO PODER DE MERCADO SIGNIFICATIVO (POSIÇÃO DOMINANTE)

70. De acordo com o artigo 14.º da directiva-quadro, considera-se que uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que

- lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores. Foi esta definição que a jurisprudência do Tribunal de Justiça atribuiu ao conceito de posição dominante constante do artigo 82.º do Tratado ⁽⁷⁰⁾. O novo quadro harmonizou a definição de PMS com a definição do Tribunal de posição dominante, na aceção do artigo 82.º do Tratado ⁽⁷¹⁾. Consequentemente, ao aplicar a nova definição de PMS, as ARN deverão certificar-se que as suas decisões estão de acordo com a prática da Comissão e com a jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias em matéria de posição dominante ⁽⁷²⁾. No entanto, a aplicação da nova definição de PMS, *ex ante*, exige alguns ajustamentos da metodologia relativamente à forma como o poder de mercado é avaliado. Em especial, ao avaliar *ex ante* se uma ou mais empresas se encontram numa posição dominante no mercado relevante, as ARN baseiam-se, em princípio, em conjuntos diferentes de pressupostos e perspectivas relativamente aos utilizados por uma autoridade de concorrência na aplicação do artigo 82.º *ex post*, no contexto de um abuso alegadamente cometido ⁽⁷³⁾. Muitas vezes, a falta de elementos de prova ou de dados sobre o comportamento anterior significa que a análise do mercado terá de se basear principalmente numa avaliação prospectiva. A exactidão da análise de mercado efectuada pelas ARN será assim condicionada pelos dados e informações disponíveis quando da adopção da decisão relevante.
71. O facto de as previsões iniciais de mercado de uma ARN não se concretizarem num dado caso não significa necessariamente que a sua decisão, no momento da sua adopção, seja incoerente com a directiva. Na aplicação *ex ante* da noção de posição dominante, as ARN deverão dispor dos poderes discricionários necessários tendo em conta o carácter complexo da situação económica, factual e jurídica a avaliar. De acordo com a directiva-quadro, as avaliações de mercado pelas ARN serão efectuadas periodicamente. Neste contexto, as ARN terão assim a possibilidade de reagir periodicamente à evolução do mercado e de adoptar as medidas que considerem necessárias.
- ### 3.1. Critérios para avaliação do PMS
72. Tal como salientado pelo Tribunal, o facto de se concluir da existência de uma posição dominante não exclui a possibilidade de uma certa concorrência no mercado. Esta apenas permite à empresa que beneficia dessa posição, senão determinar, pelo menos influenciar de forma apreciável as condições em que essa concorrência se desenvolverá e, em qualquer caso, poderá actuar em larga medida sem ter em conta eventuais pressões concorrenciais, enquanto tal atitude não a prejudicar ⁽⁷⁴⁾.
73. Numa análise *ex post*, uma autoridade da concorrência pode confrontar-se com vários exemplos de comportamentos de mercado, cada um deles indicador de um poder de mercado na aceção do artigo 82.º. No entanto, num contexto *ex ante*, o poder de mercado é aferido essencialmente em função do poder da empresa em causa de aumentar os preços através da limitação da produção, sem incorrer em perdas significativas de vendas ou de receitas.
74. O poder de mercado de uma empresa pode ser limitado pela existência de potenciais concorrentes ⁽⁷⁵⁾. Por conseguinte, uma ARN deve ter em conta a probabilidade de empresas que não se encontram nesse momento presentes no mercado do produto relevante poderem, a médio prazo, decidir entrar no mercado, na sequência de um pequeno mas significativo aumento duradouro dos preços. As empresas que, perante este aumento de preços, estão em condições de alterar ou alargar a sua linha de produção/serviços e entrar no mercado deverão ser consideradas pelas ARN como potenciais participantes no mercado, mesmo que nesse momento não fabriquem o produto nem ofereçam o serviço relevante.
75. Tal como explicado nos pontos *supra*, a posição dominante é determinada em função de uma série de critérios e a sua avaliação baseia-se, tal como mencionado, numa análise de mercado prospectiva baseada em condições de mercado existentes. As quotas de mercado são muitas vezes utilizadas como um indicador do poder de mercado. Embora uma quota de mercado elevada não seja suficiente para a determinação de um poder de mercado significativo (posição dominante), é improvável que uma empresa que não detenha uma quota significativa do mercado relevante se encontre numa posição dominante. É assim pouco provável que empresas com uma quota de mercado inferior a 25 % venham a usufruir de uma posição dominante (individual) no mercado em causa ⁽⁷⁶⁾. Na prática decisória da Comissão, as preocupações quanto a uma posição dominante individual surgem normalmente no caso de empresas com quotas de mercado superiores a 40 %, embora a Comissão possa, em alguns casos, preocupar-se com uma situação de posição dominante mesmo com quotas de mercado inferiores ⁽⁷⁷⁾, dado que esta situação ocorre mesmo sem uma grande quota de mercado. De acordo com a jurisprudência, quotas de mercado muito elevadas — superiores a 50 % — constituem, por si só, salvo em circunstâncias excepcionais, prova da existência de uma posição dominante ⁽⁷⁸⁾. Pode presumir-se que uma empresa com uma elevada quota de mercado detém um PMS, ou seja, se encontra numa posição dominante, se a sua quota de mercado se tiver mantido estável ao longo do tempo ⁽⁷⁹⁾. O facto de uma empresa com uma posição significativa no mercado ter vindo a reduzir gradualmente a sua quota de mercado pode muito bem indicar que o mercado se está a tornar mais concorrencial, mas não exclui a possibilidade da existência de um poder de mercado significativo. Por outro lado, quotas de mercado flutuantes ao longo do tempo podem indicar uma ausência de poder de mercado no mercado relevante.
76. No que diz respeito aos métodos utilizados para aferir a dimensão do mercado e as quotas de mercado, tanto o volume de vendas como o valor das mesmas fornecem informações úteis para a aferição do mercado ⁽⁸⁰⁾. No caso de produtos em grande quantidade é dada primazia ao volume, enquanto no caso de produtos diferenciados (isto é, produtos de marca) o valor das vendas e a quota de mercado serão considerados os melhores indicadores da posição relativa e da força de cada fornecedor. Em mercados por concurso, o número de contratos adjudicados e não adjudicados pode também ser utilizado como uma aproximação das quotas de mercado ⁽⁸¹⁾.

77. Os critérios a utilizar para aferir a quota de mercado da ou das empresas em causa dependerão das características do mercado relevante. Incumbe às ARN decidir quais são os critérios mais adequados para a aferição da presença no mercado. Por exemplo, as receitas provenientes de linhas alugadas, a capacidade alugada ou o número de pontos terminais de linhas alugadas constituem critérios que podem ser utilizados para a aferição do poder relativo de uma empresa nos mercados das linhas alugadas. Tal como indicado pela Comissão, o simples número de pontos terminais de linhas alugadas não tem em conta os vários tipos de linhas alugadas disponíveis no mercado — desde linhas alugadas analógicas para utilização vocal até linhas alugadas digitais de elevado débito, passando por linhas alugadas para comunicações locais, interurbanas e internacionais. Dos dois critérios em causa, o critério relativo às receitas das linhas alugadas parece ser o mais transparente e o menos difícil de aferir. Da mesma forma, as receitas das vendas a retalho, os minutos de chamada ou o número de linhas telefónicas fixas ou de assinantes de operadores de redes telefónicas públicas são critérios possíveis para a aferição das quotas de mercado das empresas presentes nestes mercados⁽⁸²⁾. Se o mercado definido for o mercado da interligação, um parâmetro de aferimento mais realista será o do aumento das receitas relativas às chamadas entregues aos clientes de redes fixas ou móveis. Tal explica-se pelo facto de a utilização das receitas, em vez de, por exemplo, os minutos de chamada, tomar em consideração que os minutos de chamada podem ter valores diferentes (isto é, chamadas locais, interurbanas e internacionais) e permitir assim uma aferição da presença no mercado que reflecte tanto o número de clientes como a cobertura da rede⁽⁸³⁾. Pelos mesmos motivos, a utilização do critério das receitas das chamadas entregues aos clientes das redes móveis poderá igualmente constituir a forma mais adequada para aferir a presença no mercado dos operadores de redes móveis⁽⁸⁴⁾.
78. É importante salientar que a existência de uma posição dominante não pode ser determinada com base exclusivamente em grandes quotas de mercado. Tal como já referido, a existência de grandes quotas de mercado significa apenas que o operador em causa poderá deter uma posição dominante. Em consequência, as ARN deverão efectuar uma análise exaustiva e global das características económicas do mercado relevante antes de chegar a uma conclusão quanto à existência de poder de mercado significativo. Quanto a esse aspecto, podem também ser utilizados os seguintes critérios para aferir o poder de uma empresa de agir, em larga medida, independentemente dos seus concorrentes, dos clientes e dos consumidores. Entre estes critérios contam-se:
- dimensão global da empresa,
 - controlo da infra-estrutura difícil de duplicar,
 - vantagens ou superioridade tecnológica,
 - baixo nível ou falta de contrapoder dos compradores,
 - acesso facilitado ou privilegiado aos mercados de capitais/recursos financeiros,
 - diversificação de produtos/serviços (por exemplo, produtos ou serviços agrupados),
 - economias de escala,
 - economias de âmbito,
 - integração vertical,
 - rede de vendas e distribuição altamente desenvolvida,
 - ausência de concorrência potencial,
 - barreiras à expansão.
79. Uma posição dominante pode resultar de uma combinação de quaisquer dos critérios supramencionados, os quais considerados separadamente podem não ser necessariamente determinantes.
80. A conclusão de que existe uma posição dominante pode igualmente depender da facilidade da entrada no mercado. De facto, a ausência de entraves à entrada desincentiva, em princípio, uma empresa com uma quota de mercado considerável de adoptar um comportamento anticoncorrencial independente. No sector das comunicações electrónicas, os entraves à entrada são muitas vezes elevados devido à existência de requisitos legislativos e regulamentares que limitam o número de licenças disponíveis ou a oferta de determinados serviços (por exemplo, serviços móveis 3G ou GSM/DCS). Além disso, existem entraves à entrada quando, para penetrar no mercado relevante, são necessários grandes investimentos e a programação de capacidades a longo prazo para se ser rentável⁽⁸⁵⁾. No entanto, grandes entraves à entrada poderão tornar-se menos relevantes no que diz respeito aos mercados caracterizados por progressos tecnológicos em curso. Nos mercados das comunicações electrónicas, poderão verificar-se pressões da concorrência decorrentes de ameaças inovadoras de concorrentes potenciais que não se encontram nesse momento presentes no mercado. Nesses mercados, a avaliação da concorrência deverá basear-se numa abordagem prospectiva.
81. No que diz respeito à relevância da noção de «recursos essenciais», para fins de aplicação da nova definição de PMS, não existe actualmente jurisprudência relativamente ao sector das comunicações electrónicas. Todavia, esta noção, que é relevante principalmente no caso da existência de um abuso de posição dominante na aceção do artigo 82.º do Tratado CE, é menos relevante em relação à avaliação *ex ante* do PMS na aceção do artigo 14.º da directiva-quadro. Em especial, a doutrina dos «recursos essenciais» é complementar das obrigações gerais existentes impostas à empresa dominante, como sejam as obrigações de não discriminação entre clientes, e tem sido aplicada em casos ao abrigo do artigo 82.º em circunstâncias excepcionais, como nos casos em que a recusa de fornecimento ou de concessão de acesso a terceiros limita ou impede a emergência de novos mercados, ou novos produtos, contrária ao disposto na alínea b) do artigo 82.º do Tratado. Tem assim sido principalmente associada às questões de acesso ou a casos que envolvam a

recusa de fornecimento ou a transacção ao abrigo do artigo 82.º do Tratado, sem qualquer tratamento discriminatório. De acordo com a jurisprudência, um produto ou serviço só pode ser considerado «necessário» ou «essencial» caso não exista nenhum substituto real ou potencial. Embora seja verdade que uma empresa que possua um «recurso essencial» se encontra, por definição, numa posição dominante no mercado relativo a esse recurso, o contrário nem sempre é verdade. O facto de um determinado recurso não ser «essencial» ou «indispensável» para uma actividade económica num mercado distinto, na acepção da jurisprudência⁽⁸⁶⁾, não significa que o proprietário desse recurso não possa encontrar-se numa posição dominante. Por exemplo, um operador de rede pode encontrar-se numa posição dominante apesar da existência de redes concorrentes alternativas se a dimensão ou a importância das suas redes lhe proporcionar a possibilidade de agir independentemente de outros operadores de rede⁽⁸⁷⁾. Por outras palavras, o que interessa é determinar se um determinado recurso proporciona ao seu proprietário um poder de mercado significativo nesse mercado, sem para tal ser necessário estabelecer se o referido recurso também pode ser considerado «essencial» ou «indispensável» na acepção da jurisprudência existente.

foi considerado que a Tetra Pak detinha um poder dominante sejam horizontais, encontrar-se-ão frequentemente ligações associativas estreitas, na acepção da jurisprudência do Tribunal, em mercados de integração vertical. Esta situação verifica-se muitas vezes no sector das telecomunicações, em que frequentemente um determinado operador detém uma posição dominante nos mercados da infra-estrutura e uma presença forte no mercado de serviços a jusante⁽⁹⁰⁾. Nestas circunstâncias, uma ARN pode considerar que esse operador detém um PMS nos dois mercados considerados em conjunto. Todavia, na prática, se uma empresa foi designada como detendo um PMS num mercado de acesso ou grossista a montante, as ARN estarão normalmente em posição de evitar quaisquer eventuais repercussões ou efeitos de alavanca a jusante no mercado de serviços ou a retalho, impondo a essa empresa qualquer uma das obrigações previstas na directiva relativa ao acesso que possa ser adequada para evitar tais efeitos. Em consequência, é apenas quando a imposição de obrigações *ex ante* a uma empresa dominante no mercado (de acesso) a montante não teve como resultado uma concorrência efectiva no mercado (a retalho) a jusante que as ARN devem considerar se o n.º 3 do artigo 14.º é aplicável.

82. Do exposto decorre que a doutrina dos «recursos essenciais» é menos relevante para fins da aplicação *ex ante* do artigo 14.º da directiva-quadro do que para a aplicação *ex post* do artigo 82.º do Tratado CE.

85. As considerações *supra* são também relevantes em relação a mercados horizontais⁽⁹¹⁾. Além disso, independentemente de os mercados em análise serem verticais ou horizontais, devem ser ambos mercados de comunicações electrónicas na acepção do artigo 2.º da directiva-quadro e devem ambos apresentar características que justifiquem a imposição de obrigações regulamentares *ex ante*⁽⁹²⁾.

3.1.1. Efeitos de alavanca do poder de mercado

83. De acordo com o n.º 3 do artigo 14.º da directiva-quadro, «caso uma empresa tenha um poder de mercado significativo num mercado específico, pode igualmente considerar-se que tem um poder de mercado significativo num mercado estreitamente associado se as ligações entre os dois mercados forem de molde a permitir utilizar num mercado, por efeito de alavanca, o poder detido no outro, reforçando assim o poder de mercado da empresa».

3.1.2. Posição dominante conjunta

84. Essa disposição pretende contemplar uma situação de mercado comparável à que deu origem ao acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo *Tetra Pak II*⁽⁸⁸⁾. No processo em questão, o Tribunal decidiu que uma empresa que detinha uma posição dominante num mercado e beneficiava de uma posição de líder num mercado distinto, mas estreitamente conexo, se encontrava assim colocada numa situação equiparável à de detenção de uma posição dominante no conjunto dos mercados em causa. Graças à sua posição dominante no primeiro mercado e à sua presença no mercado conexo secundário, uma empresa pode assim utilizar, por efeito de alavanca, o poder de mercado que detém no primeiro mercado e comportar-se independentemente dos seus clientes no segundo mercado⁽⁸⁹⁾. Embora no processo *Tetra Pak* o conjunto dos mercados em que

86. Nos termos do artigo 82.º do Tratado CE, uma posição dominante pode ser detida por uma ou mais empresas («posição dominante conjunta»). O n.º 2 do artigo 14.º da directiva-quadro estabelece igualmente que uma empresa pode deter um poder de mercado significativo, isto é, pode encontrar-se numa posição dominante, quer individualmente quer em conjunto com outras empresas.

87. Na sua comunicação relativa ao acesso, a Comissão declarou que, apesar de na altura tanto a sua prática como a jurisprudência do Tribunal de Justiça estarem ainda em evolução, consideraria que duas ou mais empresas detêm uma posição dominante conjunta quando se apresentam junto dos seus clientes e concorrentes da forma que se apresenta uma empresa única que se encontra numa posição dominante, desde que não exista entre elas uma concorrência efectiva. Na prática, a ausência de concorrência pode ser devida à existência de determinadas ligações entre essas empresas. No entanto, a Comissão declarou também que a existência dessas ligações não constitui um requisito prévio para se chegar a uma conclusão de posição dominante conjunta⁽⁹³⁾.

88. Desde a publicação da comunicação relativa ao acesso, o conceito de posição dominante conjunta foi aplicado em várias decisões da Comissão, adoptadas ao abrigo do Regulamento n.º 17 e do regulamento relativo ao controlo das concentrações. Além disso, tanto o Tribunal de Primeira Instância (TPI) como o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) proferiram acórdãos que contribuíram para um melhor esclarecimento do âmbito exacto deste conceito.

3.1.2.1. Jurisprudência do TPI/TJCE

89. A expressão «uma ou mais empresas» constante do artigo 82.º do Tratado CE implica que uma posição dominante pode ser detida por duas ou mais entidades económicas independentes entre si do ponto de vista jurídico e económico ⁽⁹⁴⁾.

90. Até à decisão do Tribunal de Justiça no processo *Compagnie Maritime Belge* ⁽⁹⁵⁾ e à decisão do Tribunal de Primeira Instância no processo *Gencor* ⁽⁹⁶⁾ (ver *infra*), podia argumentar-se que a determinação de posição dominante conjunta tinha por base a existência de relações económicas, na acepção de relações estruturais, ou de outros factores que podiam dar origem a uma ligação entre as empresas em causa ⁽⁹⁷⁾. A questão de determinar se a noção de posição dominante conjunta pode ser igualmente aplicável num mercado oligopolístico, isto é, num mercado composto por alguns vendedores, na ausência de qualquer tipo de relações entre as empresas presentes nesse mercado, foi levantada pela primeira vez no processo *Gencor*. O processo dizia respeito à legalidade de uma decisão adoptada pela Comissão, ao abrigo do regulamento relativo ao controlo das concentrações, que proibia a transacção notificada alegando que daria origem a um mercado duopolístico conducente a uma situação de posição dominante oligopolística ⁽⁹⁸⁾. Perante o TPI, as partes alegaram que a Comissão não tinha provado a existência de «relações» entre os membros do duopólio na acepção da jurisprudência existente.

91. O TPI refutou a alegação declarando, *inter alia*, não existir qualquer precedente jurídico que sugerisse que a noção de «relações económicas» se limitava à noção de relações estruturais entre as empresas em causa. Segundo o TPI, «no plano jurídico ou económico, não existe nenhuma razão para excluir do conceito de ligação económica a relação de interdependência que existe entre os membros de um oligopólio restrito no interior do qual, num mercado com as características apropriadas, designadamente em termos de concentração do mercado, de transparência e de homogeneidade do produto, estão em condições de prever os comportamentos recíprocos e são, portanto, fortemente incitados a alinhar o seu comportamento no mercado, de modo nomeadamente a aumentar os lucros comuns através de uma restrição da produção a fim de poderem aumentar os preços» ⁽⁹⁹⁾. Como referido pelo

Tribunal, as condições de mercado podem ser tais que «cada operador pode tomar consciência dos interesses comuns e, designadamente, fazer aumentar os preços sem ter que celebrar um acordo ou recorrer a uma prática concertada» ⁽¹⁰⁰⁾.

92. A decisão do TPI no processo *Gencor* foi seguidamente confirmada pelo TJCE no processo *Compagnie Maritime Belge*, no qual o Tribunal de Justiça forneceu novos elementos quanto à interpretação do conceito de posição dominante conjunta e quanto às condições a preencher para se chegar a essa conclusão. Segundo o Tribunal, a fim de demonstrar que duas ou mais empresas detêm uma posição dominante conjunta, é necessário considerar se as empresas em causa constituem conjuntamente uma entidade colectiva face aos seus concorrentes, parceiros comerciais e consumidores num dado mercado ⁽¹⁰¹⁾. Tal será o caso quando: i) não se verificar uma concorrência efectiva entre as empresas em causa e ii) essas mesmas empresas adoptarem uma conduta uniforme ou uma política comum no mercado relevante ⁽¹⁰²⁾. Apenas quando a resposta a essa questão for afirmativa, será adequado considerar se uma entidade colectiva detém efectivamente uma posição dominante ⁽¹⁰³⁾. Nomeadamente, é necessário verificar se existem relações económicas entre as empresas em causa que lhes permitam agir independentemente dos seus concorrentes, clientes e consumidores. O Tribunal de Justiça reconheceu que um acordo, uma decisão ou uma prática concertada (independentemente de ser objecto de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado) pode indubitavelmente dar origem a uma situação em que as empresas em causa mantêm entre si relações tais que o seu comportamento num dado mercado em que operam pode levar a que sejam consideradas uma entidade colectiva face aos seus concorrentes, parceiros comerciais e consumidores ⁽¹⁰⁴⁾.

93. No entanto, o simples facto de duas ou mais empresas estarem ligadas por um acordo, uma decisão de associação de empresas ou uma prática concertada, na acepção do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, não constitui por si só a base necessária para se chegar a essa conclusão. Tal como referido pelo Tribunal de Justiça, «a existência de uma posição dominante colectiva poderia resultar de outros factores de correlação e dependeria de uma apreciação económica, designadamente de uma apreciação da estrutura do mercado em causa» ⁽¹⁰⁵⁾.

94. Dos acórdãos pronunciados nos processos *Gencor* e *Compagnie Maritime Belge* pode concluir-se que, embora a existência de relações estruturais possa corroborar a existência de uma posição dominante conjunta, pode chegar-se à mesma conclusão no caso de um mercado oligopolístico ou altamente concentrado cuja estrutura por si só, em particular, é susceptível de produzir efeitos coordenados no mercado relevante ⁽¹⁰⁶⁾.

3.1.2.2. A prática decisória da Comissão e o anexo II da directiva-quadro

95. Numa série de decisões adoptadas ao abrigo do regulamento relativo ao controlo das concentrações, a Comissão considerou o conceito de posição dominante conjunta. Procurou nesses casos verificar se a estrutura dos mercados oligopolísticos em questão era susceptível de provocar efeitos coordenados nesses mercados ⁽¹⁰⁷⁾.

96. Na avaliação *ex ante* da possível existência ou emergência de um mercado que é ou poderia ser propício a uma dominância conjunta na forma de coordenação tácita, as ARN deveriam analisar:

a) Se as características do mercado são conducentes a uma coordenação tácita, e

(b) Se tal forma de coordenação é sustentável, ou seja: i) se algum dos oligopolistas tem capacidade e incentivos para se desviar do comportamento coordenado, tendo em conta a aptidão e os incentivos para retaliação por parte dos que não se desviam desse comportamento e ii) se os compradores/concorrentes marginais/potenciais novos operadores têm capacidade e incentivos para desafiar qualquer comportamento coordenado anticoncorrencial ⁽¹⁰⁸⁾.

97. Esta análise é facilitada pela observância de um certo número de critérios que estão resumidos no anexo II da directiva-quadro e que são também utilizados pela Comissão na aplicação da noção de posição dominante conjunta ao abrigo do regulamento relativo ao controlo das concentrações. De acordo com o referido anexo, «pode considerar-se que duas ou mais empresas gozam de uma posição dominante conjunta na acepção do artigo 14.º, mesmo na ausência de relações estruturais ou outras entre elas, se operarem num mercado cuja estrutura seja considerada como conducente a efeitos coordenados ⁽¹⁰⁹⁾. Sem prejuízo da jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de posição dominante conjunta, é provável que seja esse o caso sempre que o mercado satisfaça uma série de características adequadas, em especial em termos de concentração do mercado, transparência e outras características adiante referidas:

- mercado plenamente desenvolvido,
- falta de crescimento ou crescimento moderado da procura,
- pouca elasticidade da procura,
- homogeneidade do produto,
- estruturas de custos semelhantes,
- quotas de mercado semelhantes,
- falta de inovação técnica, tecnologia plenamente desenvolvida,
- ausência de excesso de capacidade,

— barreiras elevadas ao acesso,

— falta de um contrapoder dos compradores,

— falta de concorrência potencial,

— vários tipos de laços informais ou de outro tipo entre as empresas em questão,

— mecanismos de retaliação,

— falta de concorrência de preços ou pouca margem para essa concorrência».

98. O anexo II da directiva-quadro define explicitamente que a lista *supra* não é exaustiva e que os critérios não são cumulativos. Pelo contrário, a lista destina-se unicamente a ilustrar os tipos de elementos que podem ser utilizados para fundamentar afirmações sobre a existência de uma posição dominante conjunta (oligopolística) na forma de coordenação tácita ⁽¹¹⁰⁾. Tal como referido, a lista também mostra que a existência de relações estruturais entre as empresas em causa não constitui um requisito prévio para se considerar a existência de uma posição dominante conjunta. No entanto, é óbvio que, quando essas relações existem, podem ser utilizadas para explicar, juntamente com qualquer um dos critérios supramencionados, os motivos pelos quais podem surgir efeitos coordenados num determinado mercado oligopolístico. Na ausência dessas relações, é necessário considerar uma série de características do mercado, a fim de estabelecer se esse mercado é conducente a uma situação de dominância conjunta na forma de coordenação tácita. Embora essas características sejam frequentemente apresentadas sob a forma da lista supramencionada, é necessário proceder a uma análise de todas elas e efectuar uma avaliação global e não uma aplicação mecânica de uma «lista de verificação». Consoante as circunstâncias, o facto de um ou outro dos elementos estruturais geralmente associados à posição dominante não poder ser estabelecido de forma clara não constitui por si só um factor decisivo para a exclusão da possibilidade de um comportamento coordenado ⁽¹¹¹⁾.

99. Num mercado oligopolístico em que a maioria, senão mesmo a totalidade, dos critérios supramencionados se encontram reunidos, deverá ser determinado se, em particular os operadores de mercado possuem um forte incentivo para convergirem para um comportamento coordenado no mercado, em detrimento de um comportamento concorrencial. Esta situação verifica-se quando os benefícios a longo prazo resultantes de um comportamento anticoncorrencial compensam plenamente quaisquer vantagens a curto prazo resultantes do recurso a um comportamento concorrencial.

100. De salientar que a simples verificação de que um mercado se encontra concentrado não justifica necessariamente a conclusão de que a sua estrutura seja conducente a uma situação de posição dominante conjunta na forma de coordenação tácita ⁽¹¹²⁾.

101. Por último, na aplicação da noção de posição dominante conjunta na forma de coordenação tácita, os critérios que terão maior peso serão os essenciais para um comportamento coordenado no mercado específico em estudo. Por exemplo, no processo COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, a Comissão chegou à conclusão que, mesmo que os mercados de papel de impressão para jornais e revistas estivessem concentrados, os produtos fossem homogéneos, a procura fosse altamente inelástica, o poder de compra fosse limitado e os entraves à entrada fossem elevados, apesar disso a estabilidade limitada das quotas de mercado, a falta de simetria nas estruturas de custos e, nomeadamente, a falta de transparência das decisões de investimento e a ausência de um mecanismo de retaliação credível tornavam improvável e insustentável qualquer possibilidade de coordenação tácita entre os oligopolistas ⁽¹¹³⁾.
- 3.1.2.3. Posição dominante conjunta no sector das telecomunicações**
102. Na aplicação da noção de posição dominante conjunta, as ARN podem igualmente ter em conta as decisões adoptadas nos termos do regulamento relativo ao controlo das concentrações no sector das comunicações electrónicas, em que a Comissão analisou se as operações notificadas eram susceptíveis de dar origem a uma posição dominante conjunta.
103. No caso da *MCI WorldCom/Sprint*, a Comissão analisou se a entidade resultante da concentração, em conjunto com a Concert Alliance, poderia ser considerada como detendo uma posição dominante conjunta no mercado dos serviços de telecomunicações globais (GTS). Dado que os operadores nesse mercado estavam em concorrência em concursos em que os fornecedores eram seleccionados essencialmente nas primeiras fases do processo de concurso com base na sua capacidade para oferecer serviços sofisticados de alta qualidade e adaptados às necessidades, e não com base nos preços, a investigação da Comissão incidiu nos incentivos que os participantes no mercado teriam para adoptar um comportamento paralelo quanto à adjudicação dos contratos (em termos de a quem é ou foi adjudicado que contrato) ⁽¹¹⁴⁾. Após exame aprofundado da estrutura do mercado (homogeneidade do produto, grandes entraves à entrada, contrapoder dos clientes, etc.) a Comissão concluiu não ser capaz de demonstrar a ausência de pressões da concorrência por parte de concorrentes efectivos, um factor-chave na fundamentação da existência de um comportamento paralelo, decidindo assim não manter as suas objecções em relação a esse mercado ⁽¹¹⁵⁾.
104. No processo *BT/Esat* ⁽¹¹⁶⁾, uma das questões analisadas pela Comissão foi determinar se as condições do mercado irlandês de acesso telefónico à internet eram conducentes ao aparecimento de um duopólio entre o operador histórico, a Eircom, e a entidade resultante da concentração. A Comissão concluiu que tal não era caso pelos motivos a seguir expostos. Em primeiro lugar, as quotas de mercado não eram estáveis; em segundo lugar, a procura duplicava de seis em seis meses; em terceiro lugar, os produtos de acesso à internet não eram considerados homogéneos e, finalmente, a evolução tecnológica constituía uma das principais características do mercado ⁽¹¹⁷⁾.
105. No processo *Vodafone/Airtouch* ⁽¹¹⁸⁾, a Comissão considerou que a entidade resultante da concentração teria o controlo conjunto de dois dos quatro operadores de comunicações móveis presentes no mercado alemão das comunicações móveis (ou seja, D2 e E-Plus, sendo os dois restantes a T-Mobil e a VIAG Interkom). Uma vez que a entrada no mercado obedecia a uma regulamentação rigorosa, na medida em que as licenças eram limitadas ao número de radiofrequências disponíveis e que as condições de mercado eram transparentes, não se podia excluir que tais factores pudessem dar origem a um duopólio conducente a efeitos coordenados ⁽¹¹⁹⁾.
106. No processo *France Telecom/Orange*, a Comissão considerou que antes da entrada da Orange no mercado belga das comunicações móveis, os dois operadores existentes, a Proximus e a Mobistar, estavam em condições de exercer uma posição dominante conjunta. Tal como referido pela Comissão, nos quatro anos que precederam a entrada da Orange no mercado, os outros dois operadores praticaram preços relativamente semelhantes e transparentes, que seguiam exactamente as mesmas tendências ⁽¹²⁰⁾. Na mesma decisão, a Comissão rejeitou os argumentos de terceiros quanto ao risco de uma posição dominante conjunta por parte da Vodafone e da France Telecom no mercado da oferta de serviços pan-europeus de comunicações móveis aos clientes das redes móveis a nível internacional. Para além das assimetrias significativas entre as quotas de mercado dos dois operadores, considerou-se que se tratava de um mercado emergente caracterizado por uma procura crescente e muitos tipos de serviços diferentes em termos de oferta e de preços ⁽¹²¹⁾.

4. IMPOSIÇÃO, MANUTENÇÃO, ALTERAÇÃO OU SUPRESSÃO DE OBRIGAÇÕES AO ABRIGO DA DIRECTIVA-QUADRO

107. A secção 3 das presentes orientações tratou da análise dos mercados relevantes a efectuar pelas ARN de acordo com o artigo 16.º da directiva-quadro, a fim de determinar se um mercado é efectivamente concorrencial, isto é, se há empresas presentes nesse mercado que se encontram numa posição dominante. A presente secção destina-se a fornecer orientações às ARN sobre as acções a tomar após essa análise, ou seja, a imposição, manutenção, alteração ou supressão, conforme adequado, de obrigações regulamentares específicas a empresas designadas como detendo um PMS. A presente secção descreve também as circunstâncias em que obrigações semelhantes às que podem ser impostas a operadores com PMS podem, a título excepcional, ser impostas a empresas que não foram designadas como detendo um PMS.
108. As obrigações regulamentares específicas passíveis de imposição a empresas com PMS podem aplicar-se tanto a mercados grossistas como retalhistas. Em princípio, as obrigações relacionadas com os mercados grossistas são estabelecidas nos artigos 9.º e 13.º da directiva acesso. As obrigações relacionadas com os mercados retalhistas são estabelecidas nos artigos 17.º e 19.º da directiva serviço universal.

109. As obrigações relacionadas com os mercados grossistas são: transparência (artigo 9.º da directiva acesso), não discriminação (artigo 10.º), separação contabilística (artigo 11.º), obrigações de acesso e utilização de recursos de rede específicos (artigo 12.º) e controlo dos preços e contabilização dos custos (artigo 13.º). Além disso, o artigo 8.º da directiva acesso estabelece que as ARN podem impor obrigações fora do âmbito dessa lista. Para tal devem apresentar um pedido à Comissão, a qual tomará uma decisão após solicitar o parecer do Comité das Comunicações quanto à possibilidade de a ARN em causa ser autorizada a impor essas obrigações.
110. As obrigações estabelecidas na directiva serviço universal são: controlos regulamentares de serviços a retalho (artigo 17.º), disponibilidade de um conjunto mínimo de linhas alugadas (artigo 18.º e anexo VII) e selecção e pré-selecção do operador (artigo 19.º).
111. No âmbito do quadro regulamentar, estas obrigações só devem ser impostas a empresas que tenham sido designadas como detendo um PMS num mercado relevante, excepto em determinados casos definidos e enumerados na secção 4.3.
- 4.1. Imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações a operadores com PMS**
112. Conforme explicado na secção 1, a noção de concorrência efectiva significa que nenhuma empresa detém uma posição dominante no mercado relevante. Por outras palavras, a conclusão de que um mercado relevante é efectivamente concorrencial é, de facto, a determinação da não existência de uma posição dominante conjunta ou individual nesse mercado. Em contrapartida, a conclusão de que um mercado relevante não é efectivamente concorrencial é uma determinação da existência de uma posição dominante conjunta ou individual nesse mercado.
113. Se uma ARN determinar que um mercado relevante está sujeito a uma concorrência efectiva, não poderá então impor obrigações a qualquer operador nesse mercado relevante ao abrigo do artigo 16.º. Se a ARN tiver anteriormente imposto a uma ou mais empresas obrigações regulamentares nesse mercado, a ARN deve suprimir essas obrigações e não poderá impor quaisquer novas obrigações a essa(s) empresa(s). Conforme estabelecido no n.º 3 do artigo 16.º da directiva-quadro, quando a ARN propõe a supressão de obrigações regulamentares existentes, deverá comunicá-lo aos interessados com uma antecedência razoável.
114. Se uma ARN considerar que a concorrência no mercado relevante não é efectiva devido à presença de uma ou várias empresas numa posição dominante, deverá então designar, nos termos previsto no n.º 4 do artigo 16.º da directiva-quadro, a empresa ou empresas em causa como detendo um PMS e impor obrigações regulamentares adequadas a essa(s) empresa(s). No entanto, a mera designação de uma empresa como detendo um PMS num determinado mercado, sem imposição de quaisquer obrigações regulamentares, é inconsistente com as disposições do novo quadro regulamentar, nomeadamente com o n.º 4 do artigo 16.º da directiva-quadro. Por outras palavras, as ARN devem impor pelo menos uma obrigação regulamentar a uma empresa que tenha sido designada como detendo um PMS. Se uma ARN determinar a existência de mais de uma empresa em posição dominante, ou seja, se constatar a existência de uma posição dominante conjunta, deverá também determinar quais são as obrigações regulamentares mais adequadas a impor, com base no princípio da proporcionalidade.
115. Se essa empresa tiver sido anteriormente sujeita a obrigações ao abrigo do quadro regulamentar de 1998, a ARN deverá determinar se continuam a ser adequadas obrigações semelhantes no âmbito do novo quadro regulamentar, com base numa nova análise do mercado efectuada de acordo com as presentes orientações. Caso se considere que a empresa detém um PMS no mercado relevante ao abrigo do novo quadro, poderão então ser mantidas obrigações regulamentares semelhantes às impostas ao abrigo do quadro regulamentar de 1998. Em alternativa, essas obrigações podem ser alteradas ou estabelecidas novas obrigações previstas no novo quadro, conforme a ARN considerar adequado.
116. Excepto quando os compromissos internacionais da Comunidade no âmbito de tratados internacionais estabelecem a escolha da obrigação regulamentar (ver secção 4.4) ou quando as directivas estabelecem soluções específicas, como acontece nos artigos 18.º e 19.º da directiva serviço universal, as ARN deverão escolher entre uma gama de obrigações regulamentares definidas nas directivas, a fim de resolver um problema específico num mercado considerado como não sendo efectivamente concorrencial. Se as ARN tencionarem impor outras obrigações ao acesso e interligação para além das enumeradas na directiva acesso, deverão então apresentar um pedido à Comissão para aprovação da acção proposta. A Comissão deve solicitar o parecer do Comité das Comunicações antes de tomar a sua decisão.
117. O direito comunitário e, em especial, o artigo 8.º da directiva-quadro, estabelece que as ARN devem garantir que as medidas que impõem aos operadores com PMS ao abrigo do artigo 16.º da directiva-quadro são justificáveis em relação aos objectivos estabelecidos no artigo 8.º e proporcionais à realização desses objectivos. Desta forma qualquer obrigação imposta pelas ARN deve ser proporcional ao problema a resolver. O artigo 7.º da directiva-quadro estabelece que as ARN devem apresentar a fundamentação em que se baseia qualquer medida proposta quando a comunicam às outras ARN e à Comissão. Desta forma, para além da análise de mercado que serve de base à determinação de um PMS, as ARN devem incluir nas suas decisões uma justificação da medida proposta face aos objectivos definidos no artigo 8.º, bem como uma explicação do motivo pelo qual a sua decisão deve ser considerada proporcional.

118. O respeito do princípio da proporcionalidade será um critério fundamental utilizado pela Comissão para apreciar as medidas propostas pelas ARN, no âmbito do procedimento previsto no artigo 7.º da directiva-quadro. O princípio da proporcionalidade está bem estabelecido no direito comunitário. O princípio da proporcionalidade estabelece essencialmente que os meios utilizados para atingir um determinado fim não deverão exceder o estritamente necessário para atingir esse fim. A fim de determinar se uma medida proposta é compatível com o princípio da proporcionalidade, a acção a tomar deve ter um objectivo legítimo e os meios empregues para o atingir devem ser simultaneamente os necessários e menos onerosos, ou seja, devem ser o mínimo necessário para atingir o objectivo.

119. No entanto, especialmente nas fases iniciais da implementação do novo quadro, a Comissão não espera que as ARN suprimam obrigações regulamentares existentes impostas a operadores com PMS que tenham sido designadas para satisfazer necessidades regulamentares legítimas que continuam a ser relevantes, sem que sejam apresentadas provas claras de que essas obrigações atingiram o seu objectivo e já não são, por conseguinte, necessárias pelo facto de a concorrência ser considerada efectiva no mercado relevante. O novo quadro regulamentar prevê várias soluções para resolução de diferentes problemas identificados, devendo as soluções ser adaptadas a esses problemas específicos.

120. A Comissão, quando consultada conforme estabelecido no n.º 3 do artigo 7.º da directiva-quadro, verificará igualmente a conformidade de qualquer medida proposta pelas ARN com o quadro regulamentar no seu conjunto e avaliará igualmente o impacto da referida medida no mercado único.

121. A Comissão assistirá as ARN no sentido de garantir que estas adoptem tanto quanto possível abordagens coerentes na sua escolha das soluções nos casos em que se verificam situações semelhantes em diferentes Estados-Membros. Além disso, conforme referido no n.º 2 do artigo 7.º da directiva-quadro, as ARN procurarão chegar a acordo sobre os tipos de soluções mais adequadas para fazer face a situações particulares no mercado.

4.2. Mercados transnacionais: análise conjunta pelas ARN

122. O n.º 4 do artigo 15.º da directiva-quadro estabelece que a Comissão pode publicar uma decisão em que identifique os mercados do produto e do serviço que são transnacionais, abrangendo a totalidade do território da Comunidade ou uma parte substancial do mesmo. Nos termos do n.º 5 do artigo 16.º da directiva-quadro, as ARN em questão devem realizar em conjunto a análise do mercado e decidir se é necessária a imposição de obrigações. Na prática, espera-se que o Grupo Europeu de Reguladores proporcione um fórum adequado para essa análise conjunta.

123. Em geral, a análise conjunta pelas ARN seguirá procedimentos similares (por exemplo no que diz respeito à consulta pública) aos estabelecidos para os casos em que uma única entidade reguladora nacional realiza uma análise de mercado. Será necessário elaborar modalidades precisas para a análise colectiva e a tomada de decisão.

4.3. Imposição de determinadas obrigações regulamentares específicas a operadores sem PMS

124. Os pontos anteriores da presente secção estabelecem os procedimentos a seguir para a imposição de determinadas obrigações específicas a empresas com PMS, ao abrigo dos artigos 7.º e 8.º da directiva acesso e dos artigos 16.º a 19.º da directiva serviço universal. A título excepcional, podem ser impostas obrigações semelhantes a operadores para além dos designados como detendo um PMS nos casos a seguir indicados, enumerados no n.º 3 do artigo 8.º da directiva acesso:

- obrigações abrangendo nomeadamente o acesso a sistemas de acesso condicional, obrigações de interligação a fim de garantir a interoperabilidade extremo-a-extremo e o acesso a interfaces de programas de aplicação e a guias electrónicos de programas, com vista a garantir a acessibilidade a serviços de difusão digital de rádio e televisão específicos (n.ºs 1 e 2 do artigo 5.º e artigo 6.º da directiva acesso),
- obrigações que as ARN podem impor para a partilha de locais, quando as regras relativas à protecção do ambiente, da saúde e da segurança ou ao ordenamento do território privam outras empresas de alternativas viáveis para a partilha de locais (artigo 12.º da directiva-quadro),
- obrigações de separação contabilística impostas a empresas que fornecem serviços de comunicações electrónicas e usufruem de direitos especiais ou exclusivos noutros sectores (artigo 13.º da directiva-quadro),
- obrigações relativas aos compromissos assumidos por uma empresa no decurso de um procedimento de selecção concorrencial ou comparativo para o direito de utilização de uma radiofrequência (Condição B7 do anexo da directiva autorização, aplicado através do n.º 1 do artigo 6.º da referida directiva),
- obrigações de tratamento de chamadas para assinantes que utilizem recursos de numeração específicos e obrigações necessárias para a implementação da portabilidade dos números (artigos 27.º, 28.º e 30.º da directiva serviço universal),
- obrigações baseadas nas disposições relevantes da directiva dados pessoais, e
- obrigações a impor a operadores sem PMS a fim de dar cumprimento aos compromissos internacionais da Comunidade.

4.4. Relação com compromissos no âmbito da OMC

125. A CE e os seus Estados-Membros assumiram compromissos no quadro da OMC em relação a empresas que são «grandes fornecedores» de serviços básicos de telecomunicações⁽¹²²⁾. Essas empresas estão sujeitas a todas as obrigações previstas nos compromissos assumidos pela CE e pelos seus Estados-Membros no âmbito da OMC relativos a serviços básicos de telecomunicações. As disposições do novo quadro regulamentar, em especial as relativas ao acesso e à interligação, garantem que as ERN continuem a aplicar as obrigações relevantes a empresas que são grandes fornecedores, de acordo com os compromissos assumidos no quadro da OMC pela CE e pelos seus Estados-Membros.

5. PODERES DE INVESTIGAÇÃO E PROCEDIMENTOS DE COOPERAÇÃO PARA FINS DE ANÁLISE DO MERCADO

5.1. Panorâmica

126. A presente secção das orientações engloba os procedimentos relativos às competências de uma ARN para fins de obtenção das informações necessárias à realização da análise de mercado.

127. O quadro regulamentar contém disposições que permitem às ARN solicitar às empresas fornecedoras de serviços e redes de comunicações electrónicas a prestação de todas as informações, incluindo de carácter confidencial, necessárias para que as ARN possam proceder à avaliação da situação em termos de concorrência nos mercados relevantes e impor obrigações adequadas *ex ante*, garantindo assim a conformidade com o quadro regulamentar.

128. A presente secção das orientações inclui igualmente linhas de orientação destinadas a garantir uma cooperação efectiva entre as ARN e as ANC a nível nacional, entre as ARN e entre estas e a Comissão a nível comunitário. Esta secção trata, em especial, do intercâmbio de informações entre essas autoridades.

129. Muitos dos mercados das comunicações electrónicas encontram-se em rápida evolução e as suas estruturas estão a alterar-se rapidamente. As ARN devem garantir que a avaliação da concorrência efectiva, a consulta pública e a designação de operadores com PMS sejam efectuadas num período de tempo razoável. Qualquer atraso desnecessário na tomada de decisão poderá ter efeitos prejudiciais nos incentivos ao investimento por parte das empresas no mercado relevante e, por conseguinte, nos interesses dos consumidores.

5.2. Análise do mercado e poderes de investigação

130. Nos termos previstos no n.º 1 do artigo 16.º da directiva-quadro, as ARN devem realizar uma análise dos mercados relevantes identificados na recomendação em qualquer decisão, o mais depressa possível após a sua adopção ou respectiva revisão. As conclusões da análise de cada um dos mercados relevantes, juntamente com a acção regulamentar proposta, devem ser publicadas e sujeitas a um procedimento de consulta pública, tal como descrito na secção 6.

131. Na realização das suas análises de mercado, as ARN terão primeiro de recolher todas as informações consideradas necessárias para avaliar o poder de mercado num determinado mercado. Na medida em que é necessário recolher essas informações directamente das empresas, o artigo 11.º da directiva autorização estabelece que as empresas são obrigadas, nos termos da sua autorização geral, a fornecer as informações necessárias para que as ARN possam efectuar uma análise de mercado nos termos previsto no n.º 2 do artigo 16.º da directiva-quadro. Esta disposição é reforçada pela obrigação mais geral definida no n.º 1 do artigo 5.º da directiva-quadro, que estabelece que os Estados-Membros devem garantir que as empresas fornecedoras de redes e serviços de comunicações electrónicas prestem todas as informações necessárias para que as ARN assegurem a conformidade com o direito comunitário.

132. Ao solicitar informações a uma empresa, as ARN devem explicitar as razões que justificam o pedido e o prazo fixado para a apresentação dessas informações. Tal como previsto no n.º 4 do artigo 10.º da directiva autorização, podem ser atribuídas às ARN competências para a imposição de sanções pecuniárias às empresas por falta de envio de informações.

133. De acordo com o n.º 4 do artigo 5.º da directiva-quadro, as ARN devem publicar todas as informações que contribuam para um mercado aberto e concorrencial, de acordo com a regulamentação nacional sobre acesso público às informações e sujeitas à regulamentação comunitária e nacional em matéria de sigilo comercial.

134. No entanto, no que diz respeito a informações de natureza confidencial, o n.º 3 do artigo 5.º da directiva-quadro estabelece que as ARN devem assegurar a confidencialidade dessas informações, de acordo com a regulamentação nacional e comunitária relativa ao sigilo comercial. Essa obrigação de sigilo aplica-se igualmente a informações que tenham sido recebidas a título confidencial de outra autoridade pública.

5.3. Procedimentos de cooperação

Entre as ARN e as ANC

135. O n.º 1 do artigo 16.º da directiva-quadro prevê que as ARN se associem às ANC nas análises de mercado, conforme adequado. Os Estados-Membros devem criar os procedimentos necessários para garantir que a análise realizada ao abrigo do artigo 16.º da directiva-quadro seja efectuada de forma eficaz. Uma vez que as ARN procedem às suas análises de mercado de acordo com as metodologias previstas no direito da concorrência, a opinião das ANC relativamente à avaliação da concorrência apresenta grande relevância. A cooperação entre as ARN e as ANC será essencial, mas são as ARN que têm a responsabilidade jurídica de realização das análises relevantes. Nos casos em que, ao abrigo do direito nacional, as tarefas atribuídas de acordo com o artigo 16.º da directiva-quadro são executadas por dois ou mais organismos regulamentares separados, os Estados-Membros devem garantir uma divisão clara das tarefas e estabelecer procedimentos para a consulta e cooperação entre reguladores, a fim de assegurar uma análise consistente dos mercados relevantes.

136. O n.º 5 do artigo 3.º da directiva-quadro estabelece que as ARN e as ANC devem proceder à prestação recíproca das informações necessárias à aplicação do quadro regulamentar e a autoridade de recepção deverá assegurar o mesmo nível de confidencialidade que a autoridade de origem. As ANC devem fornecer às ARN todas as informações obtidas no uso das suas antigas competências de investigação e controlo do cumprimento, incluindo informações confidenciais.

137. As informações que sejam consideradas confidenciais por uma ANC, de acordo com a regulamentação comunitária e nacional sobre sigilo comercial, só devem ser comunicadas às ARN nos casos em que tal seja necessário para a aplicação das disposições do quadro regulamentar. As informações comunicadas deverão limitar-se ao que for pertinente e adequado ao objectivo dessa comunicação.

Entre a Comissão e as ARN

138. Para que o quadro regulamentar possa funcionar de forma eficiente e eficaz é essencial que se verifique um elevado nível de cooperação entre a Comissão e as ARN. É especialmente importante que exista uma cooperação informal efectiva. O Grupo Europeu de Reguladores será muito importante no sentido de proporcionar um quadro para essa cooperação, como parte integrante da sua missão de assistência e aconselhamento da Comissão. É provável que a cooperação seja de interesse mútuo, minimizando a possibilidade de divergências nas abordagens desenvolvidas pelas diferentes ARN, em especial no que diz respeito a soluções divergentes para tratar o mesmo problema ⁽¹²³⁾.

139. Nos termos do n.º 2 do artigo 5.º da directiva-quadro, as ARN devem fornecer à Comissão as informações necessárias para que esta desempenhe as tarefas previstas no Tratado. Tal inclui as informações relativas ao quadro regulamentar (a utilizar na verificação da compatibilidade legislativa das medidas da ARN), mas também as informações que a Comissão possa solicitar, por exemplo, para avaliar a conformidade com os compromissos assumidos no âmbito da OMC.

140. As ARN devem garantir que, ao apresentarem à Comissão as informações por elas solicitadas às empresas, estas tenham sido informadas de que essas informações foram apresentadas à Comissão.

141. A Comissão pode também disponibilizar essas informações a outra ARN, excepto se a ARN de origem tiver apresentado um pedido explícito e fundamentado em contrário. Embora não exista nenhum requisito jurídico que o preveja, a Comissão informará normalmente a empresa que forneceu originalmente essas informações de que estas foram transmitidas a outra ARN.

Entre as ARN

142. É da maior importância que as ARN desenvolvam uma abordagem regulamentar comum em todos os Estados-Membros, a qual contribuirá para o desenvolvimento de um verdadeiro mercado único das comunicações electrónicas. Para tal, o n.º 2 do artigo 7.º da directiva-quadro prevê que as ARN devem cooperar entre si e com a Comissão de forma transparente, a fim de assegurar a aplicação coerente, em todos os Estados-Membros, do novo quadro regulamentar. Espera-se que o Grupo Europeu de Reguladores seja uma instância de cooperação importante.

143. O n.º 2 do artigo 5.º da directiva-quadro prevê também que as ARN troquem informações directamente entre si, desde que seja apresentado um pedido devidamente fundamentado. Tal será especialmente necessário quando é necessário analisar um mercado transnacional, mas também será necessário no âmbito da cooperação no Grupo Europeu de Reguladores. Em todas as trocas de informação, as ARN devem manter a confidencialidade das informações recebidas.

6. PROCEDIMENTOS RELATIVOS À CONSULTA E À PUBLICAÇÃO DAS DECISÕES PROPOSTAS PELAS ARN

6.1. Mecanismo de consulta pública

144. Excepto em casos urgentes, conforme explicado *infra*, uma ARN que deseje tomar uma medida que tenha um impacto significativo no mercado relevante deve dar às partes interessadas a oportunidade de apresentar observações sobre a medida proposta. Para tal, a ARN deve proceder a uma consulta pública sobre essa proposta. Se a medida proposta disser respeito a uma decisão relativa a uma designação ou a uma não designação de PMS, deverá então incluir os seguintes elementos:

— definição do mercado utilizada e razões para tal, com excepção de informação confidencial de acordo com o direito europeu e nacional em matéria de sigilo comercial,

— dados justificativos da conclusão de posição dominante, com excepção das informações confidenciais de acordo com o direito nacional e europeu em matéria de sigilo comercial, juntamente com a identificação de quaisquer empresas propostas para designação como detendo um PMS,

— dados completos das obrigações sectoriais específicas que a ARN pretende impor, manter, alterar ou suprimir relativamente às empresas supramencionadas, juntamente com uma avaliação da proporcionalidade da medida proposta.

145. O período da consulta deverá ser razoável. No entanto, as decisões das ARN não poderão ser atrasadas excessivamente na medida em que tal poderá impedir o desenvolvimento do mercado. No que diz respeito a decisões relacionadas com a existência e designação de empresas com PMS, a Comissão considera que seria razoável um período de dois meses para a consulta pública. Poderiam ser fixados períodos diferentes em casos devidamente justificados. Pelo contrário, quando é proposta uma proposta de decisão de PMS com base nos resultados de uma consulta anterior, a duração do período de consulta relativamente a estas decisões poderá ser inferior a dois meses.

6.2. Mecanismos para consolidação do mercado interno das comunicações electrónicas

146. Se uma ARN pretender tomar uma medida abrangida pela definição de mercado ou pelos procedimentos de análise do mercado estabelecidos nos artigos 15.º e 16.º da directiva-quadro, bem como se as ARN aplicarem determinados outros artigos específicos do regulamento-quadro (124), e sempre que as medidas tenham um efeito no comércio entre os Estados-Membros, as ERN devem comunicar essas medidas, juntamente com a sua fundamentação, às ARN dos outros Estados-Membros e à Comissão de acordo com o previsto no n.º 3 do artigo 7.º da directiva-quadro. Tal deverá ser feito logo no início da respectiva consulta pública. As ARN devem então dar às outras ARN e à Comissão a possibilidade de apresentar observações sobre as medidas propostas pela ARN, antes da adopção de uma decisão final. O tempo de que dispõem as outras ARN e a Comissão para apresentar observações deve ser idêntico ao estabelecido pela ARN para a sua consulta pública nacional, excepto se este último for inferior ao período mínimo de um mês previsto no n.º 3 do artigo 7.º. A Comissão poderá decidir publicar as suas observações em circunstâncias devidamente justificadas.

147. No que diz respeito a medidas que podem afectar o comércio entre Estados-Membros, tal deverá ser entendido como medidas que poderão ter uma influência, directa ou indirecta, efectiva ou potencial, sobre a estrutura do comércio entre os Estados-Membros, de uma forma susceptível de criar um entrave ao mercado interno (125). Em consequência, é provável que a noção de um efeito no comércio entre Estados-Membros abranja uma vasta gama de medidas.

148. As ARN devem publicar os resultados da consulta pública, excepto quando se trate de informações confidenciais, de acordo com o direito europeu e nacional em matéria de sigilo comercial.

149. Com excepção de dois casos específicos, explicados no ponto seguinte, a ARN em causa pode adoptar a medida final após tomar em conta as opiniões expressas durante a consulta obrigatória. A medida final deve ser então comunicada à Comissão sem demora.

6.3. Poderes da Comissão para exigir a retirada das medidas propostas pela ARN

150. Nos termos do n.º 4 do artigo 7.º da directiva-quadro, há duas situações específicas em que a Comissão tem a possibilidade de exigir a uma ARN que retire uma proposta de medida abrangida pelo n.º 3 do artigo 7.º:

— a proposta de medida diz respeito à definição de um mercado relevante que difere do identificado na recomendação, ou

— a proposta de medida diz respeito a uma decisão quanto à designação ou não de uma empresa como detendo um PMS, quer individual quer conjuntamente com outras.

151. Relativamente às duas situações supramencionadas, em que a Comissão tenha informado a ARN no decurso do processo de consulta que considera que a proposta de medida iria criar um entrave ao mercado único europeu ou em que a Comissão tenha sérias dúvidas quanto à compatibilidade da medida proposta com o direito comunitário, a adopção da medida pode ser atrasada até um máximo de dois meses adicionais.

152. Durante este período de dois meses, a Comissão pode, após consulta ao Comité das Comunicações na sequência do procedimento consultivo (126), tomar uma decisão em que solicite à ARN que retire a medida proposta. A decisão da Comissão será acompanhada por uma análise circunstanciada e objectiva das razões pelas quais a Comissão considera que a medida proposta não deve ser aprovada, juntamente com as propostas específicas de alteração da mesma. Se a Comissão não tomar uma decisão durante esse período, a medida proposta pode ser adoptada pela ARN.

6.4. Casos urgentes

153. Em circunstâncias excepcionais, as ARN podem tomar medidas de urgência para salvaguardar a concorrência e proteger os interesses dos utilizadores. Por conseguinte, uma ARN pode adoptar excepcionalmente medidas proporcionais e provisórias sem consultar as partes interessadas, as ARN de outros Estados-Membros ou a Comissão. Quando uma ARN toma essas medidas urgentes deverá imediatamente comunicá-las, bem como a sua fundamentação, à Comissão e às outras ARN. A Comissão verificará a compatibilidade dessas medidas com a legislação comunitária e, em especial, apreciará a sua proporcionalidade relativamente aos objectivos do artigo 8.º da directiva-quadro.

154. Se a ARN desejar tornar permanentes as medidas provisórias, ou alargar o período da sua aplicação, deverá então seguir o procedimento de consulta normal definido *supra*. É difícil prever as circunstâncias que justificariam uma acção urgente com vista à definição de um mercado ou à designação de um operador com PMS, dado que tais medidas não são de execução imediata. A Comissão não espera portanto que as ARN utilizem procedimentos excepcionais nesses casos.

6.5. Adopção da decisão final

155. Logo que uma decisão da ARN se torne final, esta deverá notificar à Comissão os nomes das empresas que foram designadas como detentoras de PMS e as obrigações que lhes foram impostas, em conformidade com o previsto no n.º 2 do artigo 36.º da directiva serviço universal e n.º 2 do artigo 15.º e n.º 2 do artigo 16.º da directiva acesso. Subsequentemente, a Comissão disponibilizará esta informação de forma rápida e acessível e transmitirá

as informações ao Comité das Comunicações, conforme adequado.

156. Do mesmo modo, as ARN publicarão os nomes das empresas que designaram como detentoras de PMS e as obrigações que lhes foram impostas. As ARN devem assegurar a publicação de informações actualizadas de modo a garantir a facilidade do acesso às mesmas por parte de todos os interessados.

(¹) JO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

(²) JO L 108 de 24.4.2002, p. 21.

(³) JO L 108 de 24.4.2002, p. 7.

(⁴) JO L 108 de 24.4.2002, p. 51.

(⁵) A adoptar.

(⁶) JO L 24 de 30.1.1998, p. 1.

(⁷) Excepto quando o novo quadro regulamentar permite explicitamente a imposição de obrigações independentemente da situação do mercado em termos de concorrência.

(⁸) Artigo 14.º da directiva-quadro.

(⁹) Além disso, os mercados transnacionais cujas características sejam susceptíveis de justificar regulamentação sectorial específica podem ser identificados pela Comissão numa decisão relativa a mercados transnacionais.

(¹⁰) Considerando 27 da directiva-quadro.

(¹¹) Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395 de 30.12.1989, p. 1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180 de 9.7.1997, p. 1) (a seguir denominado «regulamento relativo ao controlo das concentrações»).

(¹²) Orientações relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência no sector das telecomunicações (JO C 233 de 6.9.1991, p. 2).

(¹³) 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).

(¹⁴) Comunicação sobre a aplicação das regras da concorrência aos acordos de acesso no sector das telecomunicações (JO C 265 de 22.8.1998, p. 2).

(¹⁵) Espera-se que uma cooperação efectiva entre as ARN e a ANC evite a duplicação de procedimentos relativos a questões de mercado idênticas.

(¹⁶) Orientações relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência no sector das telecomunicações (JO C 233 de 6.9.1991, p. 2).

(¹⁷) Número 2 do artigo 14.º da directiva-quadro.

(¹⁸) Processo C-209/98, *Entreprenörforeningens Affalds*. Colect. 2000, p. I-3743, ponto 57 e processo C-242/95 *GT-Link*, Colect. 1997, p. I-4449, ponto 36. Importa reconhecer que o objectivo da definição de mercado não constitui um fim em si mesmo, mas faz parte de um processo, nomeadamente, de avaliação do grau de poder de mercado de uma empresa.

(¹⁹) Ver 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 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações o mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações (JO L 192 de 24.7.1990, p. 1) («directiva-quadro ORA»); 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»); 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 de 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 ORA»).

(²⁰) Processos apensos C-68/94 e C-30/95, *França e outros/Comissão* Colect. 1998, p. I-1375. Ver igualmente a comunicação relativa à definição de mercado, ponto 12.

(²¹) Uma vez que o sector das comunicações electrónicas é caracterizado pela inovação e pela tecnologia, qualquer definição anterior do mercado poderá não ser necessariamente válida mais tarde.

(²²) Comunicação relativa à definição de mercado, p. 12.

(²³) Ver também a comunicação relativa à definição de mercado, pontos 20-23 e processo IV/M.1225 — *Enso/Stora* (JO L 254 de 29.9.1999), ponto 40.

(²⁴) Ver a comunicação relativa à definição de mercado, ponto 24. A distinção entre substituíbilidade da oferta e concorrência potencial nos mercados das comunicações electrónicas pode ser mais complicada que noutros mercados, tendo em conta o carácter dinâmico da primeira. O que interessa todavia é que a potencial entrada de outros fornecedores seja tomada em consideração nalguma das fases da análise do mercado relevante, ou seja, na fase inicial de definição do mercado ou na fase subsequente de avaliação do poder de mercado (PMS).

(²⁵) Não é necessário que todos os consumidores mudem para um produto concorrente; basta que se verifique uma mudança suficiente para que um aumento do preço relativo não seja lucrativo. Este requisito corresponde ao princípio da «permutabilidade suficiente» estabelecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça (ver *infra*, nota de pé-de-página 32).

- (26) Ver também a Comunicação relativa ao acesso, ponto 46, e o processo T-83/91, *Tetra Pak/Comissão*, Colect. 1994, p. II-755, ponto 68. Este teste é igualmente conhecido pela designação de critério do pequeno mas significativo aumento duradouro dos preços («small but significant non transitory increase in price» ou SSNIP). Embora o teste SSNIP seja apenas um exemplo dos métodos utilizados para definir o mercado relevante e apesar da sua natureza econométrica formal, ou das suas margens de erro (a chamada «falácia do celofane», ver *infra*), a sua importância reside principalmente na sua utilização como ferramenta conceptual para avaliação dos dados da concorrência entre diferentes produtos ou serviços.
- (27) Ver a comunicação relativa à definição de mercado, pontos 17-18.
- (28) Por outras palavras, se a elasticidade cruzada da procura entre dois produtos for elevada, poder-se-á concluir que os consumidores consideram esses produtos como substitutos próximos. Quando a escolha do consumidor é influenciada por outras considerações além dos aumentos de preço, o teste SSNIP poderá não constituir uma aferição adequada da substituíbilidade do produto; ver processo T-25/99, *Colin Arthur Roberts e Valerie Ann Roberts/Comissão*, Colect. 2001, p. II-1881.
- (29) No contexto da definição do mercado ao abrigo do artigo 82.º do Tratado CE, uma autoridade da concorrência ou um tribunal estimaria o «preço inicial» para aplicação do teste SSNIP com base no preço cobrado pelo alegado monopolista. Da mesma forma, no âmbito da avaliação prospectiva dos efeitos que uma concentração poderá ter na concorrência, o preço inicial basear-se-ia nos preços prevalecentes das partes na concentração. No entanto, quando uma ARN efectua uma análise do mercado para fins de aplicação do artigo 14.º da directiva-quadro, o serviço ou produto em questão pode ser oferecido por várias empresas. Nesses casos, o preço inicial deverá ser o «preço médio» da indústria.
- (30) De salientar que não se pode presumir que os preços resultantes de regulamentação que não tenha como objectivo garantir que os preços sejam baseados nos custos, mas sim garantir uma oferta acessível no contexto da oferta de serviços universais, sejam estabelecidos a nível concorrencial, nem devem servir de ponto de partida para a aplicação do teste SSNIP.
- (31) Na realidade, um dos inconvenientes da aplicação do teste SSNIP reside no facto de, em alguns casos, uma grande elasticidade cruzada da procura poder significar que a empresa já exerceu o seu poder de mercado, uma situação conhecida no direito e prática da concorrência como a «falácia do celofane». Nesses casos, o preço prevalecente não corresponde a um preço concorrencial. Não há dúvida que determinar se o preço prevalecente é fixado acima do nível concorrencial constitui um dos aspectos mais difíceis do teste SSNIP. As ARN que enfrentam estas dificuldades poderão basear-se noutros critérios para avaliar a substituíbilidade da procura e da oferta como, por exemplo, a funcionalidade dos serviços, as características técnicas, etc. É claro que, caso existam provas de que no passado uma empresa revelou um comportamento anticoncorrencial (fixação de preços) ou deteve um poder de mercado, tal poderá indicar que os seus preços não sofrem a pressão da concorrência e, em consequência, estão fixados acima do nível concorrencial.
- (32) Processo C-333/94 P, *Tetra Pak/Comissão*, Colect. 1996, p. I-5951, ponto 13, processo 31/80 *L'Oréal*, Colect. 1980, p. 3775, ponto 25, processo 322/81, *Michelin/Comissão*, Colect. 1983, p. 3461, ponto 37, processo C-62/86, *Akzo/Chemie/Comissão*, Colect. 1991, p. I-3359, processo T-504/93, *Tiercé Ladbroke/Comissão*, Colect. 1997, p. II-923, ponto 81, T-65/96, *Kish Glass/Comissão*, Colect. 2000, p. II-1885, ponto 62, processo C-475/99, *Ambulanz Glöckner e Landkreis Südwestpfalz*, Colect. 2001, p. I-0000, ponto 33. O teste da substituíbilidade ou permutabilidade suficiente foi estabelecido pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça no processo 6/72, *Europemballage e Continental Can/Comissão*, Colect. 1973, p. 215, ponto 32 e no processo 85/76, *Hoffmann La-Roche/Comissão*, Colect. 1979, p. 461, ponto 23.
- (33) Processo C-333/94 P, *Tetra Pak/Comissão*, Colect. 1996, p. I-5951, ponto 13, processo 66/86, *Ahmed Saeed*, Colect. 1989, p. 803, pontos 39 e 40, processo *United Brands/Comissão*, Colect. 1978, p. 207, pontos 22, 29 e 12; processo T-229/94, *Deutsche Bahn/Comissão*, Colect. 1997, p. II-1689, ponto 54. No processo *Tetra Pak*, o Tribunal confirmou que o facto de a procura de embalagens de cartão assépticas e não assépticas utilizadas para acondicionamento de sumos de frutas ser marginal e estável ao longo do tempo, relativamente à procura de embalagens de cartão utilizadas para acondicionamento de leite, comprovava a existência de uma muito pequena permutabilidade entre o sector de embalagens para produtos lácteos e não lácteos, *idem*, pontos 13 e 15.
- (34) Por exemplo, no caso de um aumento relativo dos preços, os consumidores de um serviço de qualidade/preço mais baixo podem mudar para um serviço de qualidade/preço mais elevado se o custo dessa mudança (excesso pago) for compensado pelo aumento do preço. Em contrapartida, os consumidores de um produto de qualidade mais elevada poderão já não aceitar um custo mais elevado e mudar para um serviço de menor qualidade. Nesses casos, os produtos de baixa e alta qualidade pareceriam ser substitutos efectivos.
- (35) Comunicação da Comissão — Estatuto das comunicações vocais na internet em conformidade com a legislação comunitária, em especial com a Directiva 90/388/CEE — Complemento à 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 telecomunicação (JO C 369 de 22.12.2000, p. 3). Da mesma forma não é de excluir que, no futuro, a tecnologia xDSL e os serviços de distribuição de vídeo multiponto baseados em lacetes locais sem fios possam ser utilizados para transmissão de materiais de TV em concorrência directa com outros sistemas de distribuição de TV baseados em sistemas por cabo, transmissão por satélite directamente para o domicílio (direct-to-home) e plataformas terrestres de transmissão analógica ou digital.
- (36) Devem ser sobretudo considerados os custos da mudança decorrentes de escolhas estratégicas por parte das empresas, mais do que por factores exógenos, juntamente com uma outra forma de entraves à entrada, na fase subsequente da avaliação do PMS. Quando um mercado se encontra ainda em crescimento, os custos totais da mudança para os consumidores já «cativos» podem não ser significativos e poderão, por conseguinte, não impedir a substituíbilidade do lado da procura ou da oferta.
- (37) A escala temporal a considerar para avaliação das respostas prováveis de outros fornecedores no caso de um aumento relativo de preços dependerá inevitavelmente das características de cada mercado e deverá ser decidido caso a caso.
- (38) Ver também o processo C-333/94, *Tetra Pak/Comissão*, cit., ponto 19. Tal como já referido, os investimentos necessários devem também ser efectuados numa escala temporal razoável.
- (39) Ver também processo COMP/M.2574 — *Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia*, ponto 58.
- (40) *United Brands*, cit., ponto 44, *Michelin*, cit., ponto 26, processo 247/86, *Alsatel/Novasam*, Colect. 1988, p. 5987, ponto 15; *Tiercé Ladbroke/Comissão*, cit., ponto 102.
- (41) *Deutsche Bahn/Comissão*, cit., ponto 92. Processo T-139/98 *AAMS/Comissão*, Colect. 2001, p. II-000, ponto 39.
- (42) Ver por exemplo, processo IV/M.1025 — *Mannesmann/Olivetti/Infostrada*, ponto 17, processo COMP/JV.23 — *Telefónica Portugal Telecom/Médi Telecom*.
- (43) Na prática, esta área corresponderá aos limites da área na qual um operador está autorizado a desenvolver as suas actividades. No processo COMP/M.1650 — *ACEA/Telefónica*, a Comissão referiu que tendo em conta que a empresa comum notificada teria uma licença limitada à área de Roma, o mercado geográfico poderia ser definido como um mercado local, ponto 16.

- (44) O facto de os operadores de comunicações móveis poderem oferecer serviços exclusivamente nas áreas em que foram autorizados e o facto de uma arquitectura de rede reflectir a dimensão geográfica das licenças de comunicações móveis explicam por que motivo se considera que os mercados das comunicações móveis têm um âmbito nacional. Os custos suplementares de ligação e de comunicações suportados pelos consumidores quando utilizam os serviços de itinerância no estrangeiro, juntamente com a perda de algumas funcionalidades suplementares de serviços (por exemplo, a ausência de serviço de mensagens no estrangeiro) vêm reforçar esta definição; ver processo IV/M.1439 — Telia/Telenor, ponto 124, processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, pontos 13-17, processo COMP/JV.17 — Mannesmann/Bell Atlantic/Omnitel, ponto 15.
- (45) Os acordos de interligação física podem igualmente ser tidos em conta para a definição do âmbito geográfico do mercado, processo IV/M.570 — TBT/BT/TeleDanmark/Telenor, ponto 35.
- (46) Processo IV/M.856 — British Telecom/MCI (II), ponto 19s., processo IV/JV.15 — BT/AT & T, pontos 84 e 92, processo COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, ponto 32. É extremamente improvável que a oferta de serviços de comunicações electrónicas possa ser segmentada com base em rotas bilaterais nacionais (ou locais).
- (47) Refira-se, por exemplo, o mercado de capacidade de transmissão nas rotas internacionais (isto é, estações de cabo que ligam o país A ao país E) em que pode existir um potencial de substituição entre as estações de cabo que servem vários países (isto é, estações de cabo que ligam o país A ao B, A ao C e A ao D) quando um fornecedor de capacidade de transmissão, relativamente à rota A a E, é ou seria obrigado a ter em conta a possibilidade de os consumidores passarem a utilizar qualquer uma das outras «rotas» também capazes de tratar o tráfego para ou em proveniência do país E.
- (48) Caso um mercado seja definido com base numa rota bilateral, o seu âmbito geográfico poderá ser mais vasto do que o nacional se os fornecedores estiverem presentes em ambos os lados do mercado e puderem satisfazer a procura proveniente de ambos os lados da rota relevante
- (49) Ver a comunicação relativa à definição de mercado, pontos 57 e 58. Por exemplo, a substituíbilidade em cadeia poderá ocorrer quando uma empresa que oferece serviços a nível nacional condiciona os preços cobrados por empresas que oferecem serviços em mercados geográficos distintos. Tal poderá ser o caso quando os preços cobrados pelas empresas que oferecem as redes por cabo em determinadas áreas estão condicionados por uma empresa dominante que opera a nível nacional; ver também processo COMP/M.1628 — TotalFina/Elf (JO L 143 de 29.5.2001, p. 1), ponto 188.
- (50) Os factos devem demonstrar claramente a interdependência de preços nos extremos da cadeia e o grau de substituíbilidade entre os produtos relevantes ou as áreas geográficas deverá ser suficientemente forte.
- (51) Nas suas decisões a Comissão fez nomeadamente referência à existência dos seguintes mercados: serviços internacionais de voz-telefonía (processo IV/M.856 — BritishTelecommunications/MCI (II), JO L 336 de 8.12.1997), serviços avançados de telecomunicações para empresas (processo IV/35.337, Atlas, JO L 239 de 19.9.1996, pontos 5-7, processo IV/35617, Phoenix/Global/One, JO L 239 de 19.9.1996, ponto 6, processo IV/34.857, BT-MCI (I), JO L 223 de 27.8.1994, serviços normalizados de transmissão de dados com comutação de pacotes de nível inferior, revenda de capacidade de transmissão internacional (processo IV/M.975 — Albacom/BT/ENI, ponto 24), audiokonferências (Albacom/BT/ENI, ponto 17), serviços por satélite (processo IV/350518 — Iridium, JO L 16 de 18.1.1997), serviços (avançados) de telecomunicações globais (processo IV/JV.15 — BT/AT & T, processo COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, ponto 84, processo COMP/M.2257 — France Telecom/Equant, ponto 18), serviços de assistência-listas telefónicas (processo IV/M.2468 — SEAT Pagine Gialle/ENIRO, ponto 19, processo COMP/M.1957 — VIAG Interkom/Telenor Media, ponto 8), serviços de acesso à internet para os utilizadores finais (processo IV/M.1439 — Telia/Telenor, processo COMP/JV.46 — Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein/Westfalen, ponto 26, processo COMP/M.1838 — BT/Esat, ponto 7), conectividade internet universal ou de topo (processo COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, ponto 52), serviços contínuos pan-europeus de telecomunicações móveis a clientes internacionais móveis (processo COMP/M.1975 — Vodafone Airtouch/Mannesmann, processo COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, ponto 15), serviços de itinerância a nível grossista (processo COMP/M.1863 — Vodafone/Airtel, ponto 17) e mercado para conectividade à rede internacional de sinalização (processo COMP/2598 — TDC/CMG/Migway JV, pontos 17-18).
- (52) Ver igualmente processos apensos T-125/97 e T-127/97, *The Coca-Cola Company e Outros/Comissão*, Colect. 2000, p. II-1733, pontos 81 e 82.
- (53) Ver igualmente o artigo 15.º da directiva-quadro
- (54) Comunicação relativa ao acesso, ponto 45.
- (55) Ver processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor
- (56) Ver Telia/Telenor, BT/AT & T, France Télécom/Equant, cit. Ver também decisão da Comissão de 20 de Maio de 1999, Cégétel + 4 (JO L 218 de 18.8.1999), ponto 22. No que diz respeito ao mercado emergente dos serviços globais de transmissão de dados em banda larga («global broadband data communications services — GBDS»), a Comissão considerou que esses serviços podem ser fornecidos através de três arquitecturas principais de rede: i) sistemas terrestres com fios; ii) sistemas terrestres sem fios e iii) sistemas de satélites, e que, do lado da procura, os GBDS fornecidos através de sistemas por satélite podem ser considerados um mercado distinto, processo COMP/M.1564 — Astrolink, pontos 20-23.
- (57) Directiva 96/19/CE, considerando 20 (JO L 74 de 22.3.1996, p. 13). Ver igualmente, comunicação da Comissão relativa à oferta separada de acesso à linha de assinante: permitir o fornecimento concorrencial e uma ampla gama de serviços de comunicações electrónicas, incluindo serviços multimédia de banda larga e internet de elevado débito (JO C 272 de 23.9.2000, p. 55). De acordo com o ponto 3.2, «embora as categorias dos serviços tenham de ser monitorizadas de perto, dada a rapidez da evolução tecnológica, e regularmente reavaliadas caso a caso, estes serviços não são normalmente substituíveis, neste momento, uns pelos outros, devendo considerar-se, por conseguinte, que constituem diferentes mercados relevantes».
- (58) A Comissão identificou mercados distintos de serviços para grandes multinacionais devido às diferenças significativas na procura (e oferta) de serviços a este grupo de clientes, em comparação com outros clientes (empresas) retalhistas, ver processo IV/JV.15 — BT/AT & T, processo COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, processo COMP/M.2257 — France Télécom/Equant.
- (59) Ver comunicação relativa à oferta separada de acesso à linha de assinante, cit., ponto 3.2. O mercado de serviços de comunicações de «alto débito» poderá ainda ser dividido em dois segmentos distintos em função da natureza dos serviços oferecidos (por exemplo, serviços internet, vídeo-a-pedido, etc.)
- (60) Processo COMP/M.2574 — Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia, ponto 33. Pode igualmente argumentar-se que o acesso telefónico à internet através dos telefones móveis de segunda geração constitui um mercado distinto do acesso telefónico através das redes de telecomunicações comutadas públicas. Segundo a Comissão, é pouco provável que o acesso à internet através dos telefones móveis seja um substituto dos actuais métodos de acesso à internet através de um PC, devido às dimensões diferentes do ecrã e ao formato do material que pode ser obtido através das várias plataformas; ver processo COMP/M.1982 — Telia/Oracle/Druitt, ponto 15 e processo COMP/JV.48 — Vodafone/Vivendi/Canal+.

- (61) Processo COMP/M.2469 — Vodafone/Airtel, ponto 7, processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch, processo IV/M.1669, Deutsche Telecom/One2One, ponto 7. Dever-se-á decidir caso a caso se este mercado pode ser subdividido num mercado dos transportadores (operadores de rede) e num mercado dos serviços a jusante; ver processo IV/M.1760 — Mannesmann/Orange, pontos 8-10, e processo COMP/M.2053 — Telenor/BellSouth/Sonofon, pontos 9-10.
- (62) Por exemplo, no processo *British Interactive Broadcasting/Open*, a Comissão referiu que na oferta de serviços básicos de telefonia vocal aos consumidores, o mercado relevante da infra-estrutura incluía não só a rede clássica de cobre da BT, mas também as redes de cabo dos operadores de cabo, aptos a fornecer serviços básicos de telefonia, e eventualmente as redes fixas sem fios, ver processo IV/36.359 (JO L 312 de 6.12.1999, pontos 33-38). No processo IV/M.1113 — Nortel/Norweb, a Comissão reconheceu que as redes eléctricas que utilizavam a tecnologia digital «para redes de energia eléctrica» podiam constituir uma alternativa ao acesso ao lacete local tradicional de telecomunicações, pontos 28-29.
- (63) Ao avaliar as condições concorrenciais da rede no mercado irlandês, que decorreria da plena liberalização do sector, a Comissão teve em conta igualmente a existência do que, na altura, se considerava serem os potenciais fornecedores de infra-estruturas alternativas, nomeadamente, a televisão por cabo e as redes de electricidade, Telecom Eireann, ponto 30. A Comissão deixou em aberto a questão de determinar se a oferta de uma capacidade de transmissão através de uma infra-estrutura de rede submersa constitui um mercado distinto das redes de transmissões terrestres ou por satélite, processo COMP/M.1926 — Telefonica/Tyco/JV, ponto 8.
- (64) Ver processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, ponto 79. Por exemplo, a Comissão identificou um mercado pan-europeu emergente para acesso grossista (SMS) a infra-estruturas de comunicações móveis no processo COMP/M.2598 — TDC/CMG/Migway JV, pontos 28-29.
- (65) Na aplicação destes critérios, a Comissão chegou à conclusão que, em termos de infra-estrutura fixa, a procura de aluguer de capacidade de transmissão e a oferta de serviços conexos a outros operadores se verifica a nível do mercado grossista (o mercado dos serviços de transportadores); ver processo IV/M.683 — GTS-Hermes Inc./HIT Rail BV, ponto 14, processo IV/M.1069 — WorldCom/MCI, JO L 116 de 4.5.1999, p. 1, Unisource, JO L 318 de 20.11.1997, p. 1, Phoenix/Global One, JO L 239 de 19.9.1996, p. 57 processo IV/JV.2 — Enel/FT/DT. No processo COMP/M.1439 — Telia/Telenor, a Comissão identificou padrões distintos da procura de acesso grossista e a retalho (assinantes) à infra-estrutura de redes (oferta ou acesso ao lacete local e oferta ou acesso à infra-estrutura de rede interurbana e internacional), pontos 75-83.
- (66) Ver nota de pé-de-página 58.
- (67) As fibras ópticas só são actualmente competitivas nos mercados de transmissão a montante, enquanto os lacetes locais sem fios, ainda a instalar, visarão sobretudo os particulares e as profissões liberais com necessidades de comunicações específicas. À excepção de alguns mercados nacionais, as actuais redes de TV por cabo exigem uma modernização dispendiosa a fim de fornecerem comunicações em banda larga bi-direccionais e, comparativamente às tecnologias xDSL, não oferecem uma largura de banda garantida dado que os clientes partilham o mesmo canal por cabo.
- (68) Ver igualmente o processo IV/JV.11 — @Home Benelux BV.
- (69) Por exemplo, se um operador de comunicações fixas pretender entregar chamadas aos assinantes de uma determinada rede, em princípio não terá outra alternativa senão ligar para a rede de que faz parte o receptor da chamada ou interligar-se a essa rede. Por exemplo, à luz do princípio do «pagamento pela parte que chama», os operadores de comunicações móveis não têm nenhum incentivo para competir, em termos de preço, na entrega de tráfego à sua própria rede. Ver também «*Competition issues in Telecommunications — Background Note for the Secretariat*» da OCDE, DAF/CLP/WP2(2001)3 e o comunicado de imprensa da Comissão IP/02/483.
- (70) Processo 27/76, *United Brands/Comissão*, Colect. 1978, p. 207.
- (71) Ver igualmente considerando 25 da directiva-quadro.
- (72) Ver o n.º 2 do artigo 14.º e o considerando 28 da directiva-quadro.
- (73) De salientar que não é necessário que as ARN detectem um abuso de posição dominante para designar uma empresa como detendo um PMS.
- (74) Processo 85/76, *Hoffmann-La Roche/Comissão*, Colect. 1979, p. 461, ponto 39. De salientar que para efeitos da regulamentação *ex ante*, se já tiverem sido impostas obrigações regulamentares a uma empresa, o facto de a concorrência poder ter sido reposta no mercado relevante em consequência exactamente das obrigações impostas, não significa que essa empresa já não detenha uma posição dominante e deixe de ser designada como detendo um PMS.
- (75) A ausência de qualquer produto ou serviço de substituição pode justificar a determinação de uma situação de dependência económica que é característica da existência de uma posição dominante. Ver decisões da Comissão, *Decca Navigator System*, JO L 43 de 15.2.1987, p. 27 e *Magill TV Guide*: ITP, BBC, RTE, JO L 78 de 21.3.1989, p. 43. Ver também processo 22/78, *Hugin/Comissão*, Colect. 1979, p. 1869, processo 226/84, *British Leyland/Comissão*. Colect. 1986, p. 3263.
- (76) Ver igualmente considerando 15 do Regulamento (CEE) n.º 4064/89.
- (77) *United Brands/Comissão*, cit. Quanto maior for a diferença entre a quota de mercado da empresa em questão e a dos seus concorrentes maior é a probabilidade de a referida empresa se encontrar em posição dominante. Por exemplo, no processo COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint verificou-se que uma entidade resultante da concentração teria, no mercado da oferta de conectividade de topo da internet, uma quota de mercado combinada absoluta superior a [35-45] %, ou seja várias vezes superior à do seu concorrente mais próximo, permitindo-lhe comportar-se de forma independente dos seus concorrentes e clientes (ver pontos 114, 123, 126, 146, 155 e 196).
- (78) Processo C-62/86, *AKZO/Comissão*, Colect. 1991, p. I-3359, ponto 60; processo T-228/97, *Irish Sugar/Comissão*, Colect. 1999, p. II-2969, ponto 70, processo *Hoffmann-La Roche/Comissão*, cit, ponto. 41, processo T-139/98, *AAMS e outros/Comissão*, Colect. 2001, p. II-0000, ponto 51. No entanto, quotas de mercado elevadas só podem constituir aferições exactas no pressuposto de os concorrentes não estarem em condições de aumentar suficientemente a sua produção para satisfazer a deslocação da procura, na sequência de um aumento de preços de uma empresa rival.

- (79) Processo *Hoffmann-La Roche/Comissão*, cit., ponto 41, processo C-62/86, *Akzo/Comissão*, Colect. 1991, p. I-3359, pontos 56, 59. «A posse de uma quota de mercado extremamente importante coloca a empresa que a detém durante um certo período, em razão do volume de produção e de oferta que representa — sem que os detentores de quotas sensivelmente mais reduzidas tenham a possibilidade de satisfazer rapidamente a procura que pretende afastar-se da empresa que detém a quota mais importante —, numa situação de força, transformando-a num parceiro obrigatório e assegurando-lhe, só por isso e pelo menos durante períodos relativamente longos, a independência de comportamento característica da posição dominante», processo *AAMS e outros/Comissão*, cit., ponto 51.
- (80) Comunicação relativa à definição de mercado, cit., p. 5.
- (81) Ver processo COMP/M.1741 — *MCI WorlCom/Sprint*, pontos 239-240. Todavia, nos mercados por concurso é importante não se basear apenas em quotas de mercado, dado que estas podem em si mesmas não ser representativas da posição efectiva das empresas; para mais considerações ver também processo COMP/M.2201 — *MAN/Auwärter*.
- (82) Ver *Determination of Organizations with Significant Power (SMP) for the implementation of the ONP Directive* [Organizações com poder significativo (PMS) para efeitos de aplicação da Directiva ORA], DG XIII, 1 de Março de 1999, no seguinte endereço: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/en/SMPdeter.pdf>, ponto 3.2.
- (83) *Idem*, ponto 5.2.
- (84) Relativamente ao mercado das interligações de redes fixas e móveis, o tráfego de chamadas entregues a aferir deverá incluir o tráfego na própria rede e o tráfego de interligação recebido de todas as outras redes fixas e móveis, a nível nacional ou internacional.
- (85) *Hoffmann-La Roche/Comissão*, cit., ponto 48. Um dos tipos mais importantes de entraves à entrada são os custos irrecuperáveis. Os custos irrecuperáveis são especialmente relevantes para o sector das comunicações electrónicas tendo em conta o facto de serem necessários grandes investimentos para a criação, por exemplo, de uma rede eficiente de comunicações electrónicas para a oferta de serviços de acesso e a probabilidade de se recuperar muito pouco se um novo operador decidir sair do mercado. Os entraves à entrada são agravados por economias de âmbito e densidade que caracterizam geralmente essas redes. Desta forma, uma grande rede tem sempre mais probabilidades de ter custos mais baixos do que uma mais pequena, tendo como consequência que um novo operador que deseje ganhar uma grande quota de mercado e ser capaz de competir teria de fixar preços inferiores aos do operador histórico, dificultando assim a recuperação dos seus custos.
- (86) Processos apensos C-241/91 P e C-242/91 P, *RTE e ITP/Comissão*, Colect. 1995, p. I-743, processo C-7/97, *Oscar Bronner*, Colect. 1998, p. I-7791 e processos apensos T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services e outros/Comissão*, Colect. 1998, p. II-3141.
- (87) Processo COMP/M.1741 — *MCI WorldCom/Sprint*, ponto 196.
- (88) Processo C-333/94 P, *Tetra Pak/Comissão*, Colect. 1996, p. I-5951.
- (89) Ver também processo COMP/M.2146 — *Tetra Laval/Sidel*, pontos 325-389, *sub judice*, T-5/02.
- (90) Ver comunicação relativa ao acesso, ponto 65.
- (91) No caso dos mercados horizontais, a análise do mercado deverá incidir na determinação da existência de ligações associativas estreitas que permitam a uma empresa dominante num mercado agir independentemente dos seus concorrentes num mercado vizinho. A ocorrência dessas ligações poderá verificar-se por referência ao tipo de comportamento dos fornecedores e utilizadores nos mercados em análise (os mesmos clientes e/ou fornecedores em ambos os mercados, ou seja, clientes que compram tanto chamadas vocais como acesso internet a retalho) ou ao facto de o produto ou serviço de entrada ser essencialmente idêntico [ou seja, oferta por um operador de comunicações fixas da infra-estrutura de rede a fornecedores de serviços internet (ISP) para a originação de chamadas e a terminação de chamadas a nível grossista]; ver também processo T-83/91, *Tetra Pak/Comissão*, cit., ponto 120 e processo COMP/M.2416 — *Tetra Laval/Sidel*.
- (92) O n.º 3 do artigo 14.º da directiva-quadro não se destina a ser aplicado em relação ao poder de mercado, por efeito de alavanca, de um mercado «regulamentado» sobre um mercado emergente «não regulamentado». Nesses casos, qualquer comportamento abusivo no mercado «emergente» seria normalmente tratado ao abrigo do artigo 82.º do Tratado CE.
- (93) Comunicação relativa ao acesso, ponto 79.
- (94) Processos apensos C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge e outros/Comissão*, Colect. 2000, p. I-1365.
- (95) *Idem*, ponto 39.
- (96) Processo T102/96, *Gencor/Comissão*, Colect. 1999, p. II-753.
- (97) Ver processos apensos T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *SIV e Outros/Comissão*, Colect. 1992, p. II-1403, ponto 358, processo C-393/92, *Almelo*, Colect. 1994, p. I-1477, ponto 43, processo C-96/94, *Centro Servizi Spediporto*, Colect. 1995, p. I-2883, ponto 33, processos apensos C-140/94, C-141/94 e C-142/94, *DIP*, Colect. 1995, p. I-3257, ponto 62, processo C-70/95, *Sodemare*, Colect. 1997, p. I-3395, ponto 46 e processos apensos C-68/94 e C-30/95 *França e outros/Comissão*, Colect. 1998, p. I-1375, ponto 221.
- (98) Processo IV/M.619 — *Gencor/ Lonhro* (JO L 11 de 14.1.1997, p. 30).
- (99) *Gencor/Comissão*, cit., p. 276.
- (100) *Idem*, ponto 277.
- (101) *Compagnie Maritime Belge e outros*, cit. ponto 39, ver também o processo T-342/99 *Airtours/Commission*, Colect. 2002, p. II-0000, ponto 76.
- (102) Ver em especial, *França e outros/Comissão*, cit., ponto 221.
- (103) *Compagnie Maritime Belge*, ponto 39.
- (104) *Idem* ponto 44.
- (105) *Idem* ponto 45.
- (106) A expressão «efeitos coordenados» tem o mesmo significado que a expressão «comportamento anticoncorrencial paralelo» também utilizada nas decisões da Comissão que aplicam o conceito de posição dominante conjunta (oligopolística).

- (107) Ver em especial, processos COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl e COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, processo COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, processo COMP/M. 2097 — SCA/Metsä Tissue, processo COMP/M. 1882 — Pirelli/BICC, processo COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, *sub judice*, T-310/00, processo IV/M.1524 — Airtours/First Choice (JO L 93 de 13.4.2000, p. 1), *sub judice* T-342/99, processo IV/M.1383 — Exxon/Mobil, processo IV/M.1313 — Danish Crown/Vestjyske Slagterier (JO L 20 de 25.1.2000, p. 1), processo IV/M.1225 — Enso/Stora (JO L 254 de 29.9.1999, p. 9), processo IV/M.1016 — Price Waterhouse/Coopers & Lybrand (JO L 50 de 26.2.1999, p. 27), processo IV/M.619 — Gencor/Lonrho, cit., processo IV/M.308, Kali + Salz/MdK/Treuhand (JO L 186 de 21.7.1994, p. 38) e processo IV/M.190 — Nestlé/Perrier (JO L 356 de 5.12.1992, p. 1).
- (108) Este é, em súmula, o tipo de análise efectuado pela Comissão em decisões anteriores relacionadas com a posição dominante conjunta; ver, por exemplo, processo IV/M.190 — Nestlé/Perrier (JO L 356 de 5.12.1992, p. 1), Gencor/Lonrho, cit., processo IV/M.1383 — Exxon/Mobil, ponto 259, processo IV/M.1524 — Airtours/First Choice (JO L 93 de 13.4.2000, p. 1) e processo COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, ponto 76; ver também, *Airtours v Commission*, cit., ponto 62.
- (109) Ver também o considerando 26 da directiva-quadro: «Pode considerar-se que duas ou mais empresas gozam de uma posição dominante não só quando existem relações estruturais ou outras entre elas, mas também quando a estrutura do mercado relevante conduz a efeitos coordenados, ou seja, encoraja a um comportamento anti-concorrencial paralelo ou alinhado».
- (110) Ver processo COMP/M.2498 — UPM-Kymmene/Haindl e processo COMP/M.2499 — Norske Skog/Parenco/Walsum, ponto 77.
- (111) Ver, por exemplo, processo COMP/M.2097 — SCA/Metsä Tissue.
- (112) Por exemplo, no processo COMP/M.2201 — MAN/Auwärter, apesar de duas das partes presentes no mercado alemão dos autocarros urbanos na Alemanha, MAN/Auwärter e EvoBus, fornecerem cada uma delas pouco menos de metade desse mercado, a Comissão concluiu não existir um risco de posição dominante conjunta. A Comissão considerou, nomeadamente, não ser provável qualquer divisão tácita do mercado entre a EvoBus e a MAN/Auwärter dado não existir nenhum mecanismo de coordenação viável. Em segundo lugar, disparidades significativas entre a EvoBus e a MAN/Auwärter, como sejam diferentes estruturas de custos, seriam propícias a que as empresas entrassem em concorrência em vez de em conluio. Da mesma forma, no processo Alcoa/British Aluminium a Comissão considerou que, apesar de duas das partes presentes no mercado relevante representarem quase 80 % das vendas, o mercado não podia ser considerado conducente a uma posição dominante oligopolística dado que: i) as quotas de mercado eram voláteis e instáveis e ii) a procura era bastante irregular, tornando assim difícil para as partes responder às acções da outra com vista a uma coordenação tácita do seu comportamento. Além do mais, o mercado não era transparente em relação aos preços e os compradores detinham um contrapoder significativo. As conclusões da Comissão foram ainda reforçadas pela ausência de qualquer mecanismo de retaliação credível capaz de suportar qualquer coordenação tácita e pelo facto de a concorrência no mercado se basear não só nos preços mas depender também, em larga medida, da inovação tecnológica e do seguimento após venda, processo COMP/M.2111 — Alcoa/British Aluminium.
- (113) Da mesma forma, no processo COMP/M.2348 — Outokumpu/Norzink, a Comissão considerou que, embora o mercado do zinco fosse composto por um pequeno número de intervenientes, os entraves à entrada eram grandes e as perspectivas de crescimento da procura baixas, pelo que era pouco provável a emergência de uma estrutura de mercado conducente a um comportamento coordenado se se pudesse demonstrar que: i) as partes não podiam manipular a formação de preços e ii) os produtores apresentavam estruturas de custos assimétricas e não estava criado nenhum mecanismo de retaliação credível.
- (114) Processo COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint, ponto 263.
- (115) *Idem*, pontos 257-302.
- (116) Processo COMP/M.1838 — BT/Esat.
- (117) *Idem*, pontos 10 a 14.
- (118) Processo IV/M.1430 — Vodafone/Airtouch.
- (119) *Idem* ponto 28. A emergência provável de um mercado duopolístico dizia exclusivamente respeito aos três maiores operadores de comunicações móveis, a D2 e a E-Plus, por um lado, e a T-Mobil, por outro, uma vez que a quota de mercado da VIAG Interkom era inferior a 5 %. As dúvidas da Comissão foram finalmente dissipadas após as partes proporem a alienação da participação total da Vodafone na E-Plus.
- (120) Processo COMP/M.2016 — France Telecom/Orange, ponto 26.
- (121) *Idem*, pontos 39-40. No seu documento de trabalho «*On the initial findings of the sector inquiry into mobile roaming charges*» (Conclusões iniciais do inquérito sectorial sobre as taxas de itinerância das comunicações móveis), a Comissão fez referência à: i) existência provável de várias relações económicas entre os operadores de comunicações móveis, nomeadamente através dos seus acordos de interligação, da sua filiação na Associação GSM, WAP e fórum UMTS, do facto de as modalidades e condições dos acordos de itinerância serem na sua maioria normalizados e ii) existência provável de grandes entraves à entrada no mercado. Na sua avaliação preliminar, a Comissão salientou também o facto de o mercado das comunicações móveis, em geral caracterizado pela tecnologia, não parecer ter afectado as condições da concorrência prevalentes no mercado grossista internacional de itinerância; ver http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/roaming/, pags. 24 e 25.
- (122) Compromissos GATS, assumidos pela CE no sector das telecomunicações: <http://gats-info.eu.int/gats-info/swtosvc.pl?&SECCODE=02.C>
- (123) O Comité das Comunicações estabelecido no artigo 22.º da directiva-quadro tem também como objectivo garantir uma cooperação efectiva entre a Comissão e os Estados-Membros.
- (124) Os artigos específicos abrangidos são os seguintes: artigos 15.º e 16.º da directiva-quadro (o último dos quais remete para os artigos 16.º a 19.º da directiva serviço universal e artigos 7.º e 8.º da directiva acesso), artigos 5.º e 8.º da directiva acesso (o último dos quais remete para as obrigações previstas nos artigos 9.º a 13.º da directiva acesso) e o artigo 16.º da directiva serviço universal (que remete para os artigos 17.º a 19.º da directiva serviço universal). Além disso, o artigo 6.º da directiva acesso, embora não explicitamente referenciado no artigo 7.º da directiva-quadro, contém em si mesmo uma referência ao artigo 7.º da directiva-quadro e está, por conseguinte, abrangido pelos procedimentos aí referidos.
- (125) Considerando 38 da directiva-quadro.
- (126) Conforme previsto no artigo 3.º da Decisão 1999/468/CE do Conselho que fixa as regras de exercício das competências de execução atribuídas à Comissão, esta tomará em alta consideração o parecer emitido pelo comité, mas não será obrigado a segui-lo.