

Estudo de caso

Abuso de posição dominante por parte das empresas do Grupo PT e do Grupo ZON nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga (PRC/2003/05)

Sumário

1. Em 28 de agosto de 2009 o Conselho da Autoridade da Concorrência (AdC) condenou um conjunto de empresas do Grupo PT¹ e do Grupo ZON² pela prática de um abuso de posição dominante, ocorrido entre 22 de maio de 2002 e 30 de junho de 2003, traduzido na fixação artificial de preços, na discriminação e na limitação da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e do investimento nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga.
2. Pela prática em causa foi aplicada às arguidas que integravam o Grupo PT uma coima de 45,016 milhões de euros às arguidas que integravam o Grupo ZON uma coima de 8,046 milhões de euros, perfazendo um total 53,062 milhões de euros.
3. A título de sanção acessória, por a gravidade da prática o justificar, foi ainda determinado que as arguidas fizessem publicar, no prazo de 20 dias a contar do trânsito em julgado da decisão, um extrato da mesma na II Série do Diário da República e num jornal de expansão nacional.

Denúncia

4. O processo foi iniciado no final de 2003, na sequência de denúncias de diversas empresas concorrentes³ das arguidas.
5. As condutas objeto de denúncia prendiam-se, concretamente, com a definição e aplicação, no período compreendido entre 22 de maio de 2002 e 30 de junho de 2003, dos tarifários grossista “Rede ADSL PT”, da PTC, e retalhistas “SAPO ADSL.PT”, da TELEPAC II, e “Netcabo Speed On 640”, “Netcabo Speed Use RC” e “Netcabo Speed On 128”, da TV CABO.
6. À data dos factos, todas as empresas arguidas integravam o Grupo PT.

Mercados relevantes e posição dominante

7. Os mercados relevantes foram identificados e definidos como os mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga, de âmbito nacional.
8. Em síntese, pode afirmar-se que o serviço retalhista de acesso em banda larga consiste na venda (a um utilizador final) de capacidade de transmissão de um débito de dados elevado, principalmente de dados associados à utilização da *Internet*.

¹ Portugal Telecom S.G.P.S., S.A. (PT SGPS) e PT Comunicações, S.A. (PTC).

² ZON – Multimédia, Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.G.P.S, S.A. (ZON) e ZON – TV CABO Portugal, S.A. (TV CABO).

³ Clixgest Internet e Conteúdos, S.A., Novis Telecom, S.A., Onitelecom – Infocomunicações, S.A. e Media Capital Telecomunicações, S.A.

9. Já o serviço grossista de acesso em banda larga ocorre num mercado em que apenas atuam operadores de comunicações eletrónicas e não consumidores, no qual os operadores contratam as componentes da rede básica de comunicações (detida pelo Grupo PT em regime de serviço público), que são fundamentais para, sobre essa rede, fornecer o serviço retalhista de acesso em banda larga aos seus clientes finais.
10. Em 2002 e 2003 as empresas do Grupo PT detinham posições dominantes nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga, nos seguintes termos:
 - i. No mercado grossista, o Grupo PT, através da PTC, era o único fornecedor a terceiros de serviços de acesso em banda larga. Em consequência, a oferta grossista “Rede ADSL PT” desse Grupo assumia-se como incontornável para a prestação destes e de outros serviços de comunicações eletrónicas pelos operadores alternativos aos do Grupo PT.
 - ii. Já no mercado retalhista de acesso em banda larga, as empresas do Grupo PT (TELEPAC II e TV CABO) detinham uma quota de mercado de 70,7% em 2002 e de 77,7% em 2003.

Comportamentos

Esmagamento de margens

11. Com base na análise levada a cabo pela AdC⁴, foi possível demonstrar que um Operador Iguamente Eficiente (OIE) a uma empresa retalhista do Grupo verticalmente integrado a atuar no mercado de venda de acesso em banda larga (no caso, igualmente eficiente à TELEPAC II e à TV CABO, do Grupo PT), com preços idênticos aos praticados para os produtos de referência da TELEPAC II ou da TV CABO, e que ao mesmo tempo tivesse de suportar os custos que os operadores alternativos aos operadores retalhistas do Grupo verticalmente integrado tinham de suportar, decorrentes da aplicação dos preços das versões 11 a 15.9 da oferta grossista “Rede ADSL PT”, comercializada pela PTC, obteria um lucro económico sempre negativo, isto é, teria prejuízo económico.
12. Tal acontece porque a definição, nos termos em que foi realizada pelas arguidas, dos preços grossistas (versões 11 a 15.9 da oferta grossista “Rede ADSL PT”, da PTC) e retalhistas (da TELEPAC II e da TV CABO) do serviço de acesso em banda larga mostra que essas empresas fixaram artificialmente os preços nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga de modo a impedirem a existência de uma margem suficiente para cobrir os restantes custos retalhistas.
13. Isto é, da factualidade analisada resulta que as arguidas determinaram ilicitamente os preços no mercado, induzindo artificialmente a alta do preço grossista (por comparação com o preço retalhista) e a baixa do preço retalhista (por comparação com o preço grossista), impondo, de forma direta, preços não equitativos, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da LdC, aplicável *ex vi* artigo 6.º, n.º 3, alínea a) da mesma Lei⁵ e do artigo 102.º, alínea a) do TFUE⁶, respetivamente.

⁴ Utilizando, para o efeito, o teste do Operador Iguamente Eficiente (OIE), que verifica se um operador igualmente eficiente ao operador retalhista do Grupo verticalmente integrado com posição dominante no mercado grossista poderia, de forma independente, obter lucro económico se tivesse de incorrer nos custos da oferta grossista em que os operadores concorrentes ao Grupo verticalmente integrado incorrem e praticasse os preços retalhistas do operador desse Grupo.

⁵ Correspondente, hoje em dia, à proibição do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁶ Na altura ainda sob a numeração: artigo 82.º, alínea a) do Tratado CE.

Discriminação

14. Mais se demonstrou que a definição e aplicação do sistema de descontos constante das versões 11 a 15.9 da oferta grossista “Rede ADSL PT”, bem como a alteração do sistema que resultava das versões anteriores (6 a 10) para o da versão 11 dessa oferta, indica a sua criação à medida para um determinado operador retalhista (a TELEPAC II), uma vez que só este era elegível para a obtenção de descontos e, nestes, dos descontos revistos em alta (isto é, para a obtenção de descontos em condições mais favoráveis).
15. Ou seja, ficou demonstrado que o esquema de descontos das versões 11 a 15.9 da oferta grossista “Rede ADSL PT” não serviu mais do que para, por um lado, determinar a atribuição de descontos significativos a uma e só a uma empresa (no caso a TELEPAC II), e, por outro lado, para evitar a obtenção de quaisquer descontos por parte dos operadores alternativos aos retalhistas do Grupo PT.
16. Para a obtenção deste resultado as empresas do Grupo PT criaram um conjunto de critérios para a atribuição de descontos que, sabiam, iriam ter (e tiveram, como a realidade veio a demonstrar) como efeito a exclusão dos operadores alternativos da obtenção de quaisquer descontos, senão veja-se:
 - i. Criaram, como primeira barreira, a obrigatoriedade de formalização do contrato por um período longo (5 anos) como condição indispensável para a obtenção de descontos (sabendo que os operadores alternativos não teriam incentivos à contratação por esse período);
 - ii. Criaram, como segunda barreira, alterações aos patamares e percentagens de desconto no âmbito da oferta, de modo a beneficiar a TELEPAC II (que aumentaria a percentagem de desconto de que beneficiaria) em detrimento dos operadores alternativos (cujas percentagens de desconto seriam reduzidas ou deixariam mesmo de existir).
17. Assim, no que respeita ao tarifário das versões 11 a 15.9 da oferta grossista “Rede ADSL PT” – em função dos limiares dos escalões de desconto definidos, da sua evolução não linear, da distribuição das empresas pelos escalões daí resultante, das percentagens de desconto aplicáveis, e da variação da posição relativa das empresas de retalho, bem como da definição das condições de obtenção de descontos nos termos expressos – concluiu-se que esse tarifário tinha natureza discriminatória, evidenciando a aplicação sistemática de condições desiguais a prestações equivalentes em benefício das empresas do Grupo PT (em concreto, da TELEPAC II) e em detrimento das concorrentes, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º, n.º 1, alínea e), aplicável *ex vi* artigo 6.º, n.º 3, alínea a) da LdC⁷ e do artigo 102.º, alínea c) do TFUE⁸.

Limitação da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico e dos investimentos

18. Finalmente, demonstrou-se que, no contexto e em resultado dos comportamentos de *esmagamento de margens* e de *discriminação* acima descritos, as arguidas controlaram e limitaram a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico e os investimentos, em prejuízo dos consumidores, nos termos e para os efeitos do artigo 4.º, n.º 1, alínea c) do da LdC, aplicável *ex vi* artigo 6.º, n.º 3, alínea a) da mesma Lei⁹ e do artigo 102.º, alínea b) do TFUE¹⁰.

⁷ Correspondente, hoje em dia, à proibição do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

⁸ Na altura ainda sob a numeração: artigo 82.º, alínea c) do Tratado CE.

⁹ Correspondente, hoje em dia, à proibição do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

¹⁰ Na altura ainda sob a numeração: artigo 82.º, alínea b) do Tratado CE.

Efeitos dos comportamentos

19. Dos comportamentos das arguidas resultaram efeitos de exclusão nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga, onde as empresas concorrentes ao Grupo PT se viram impedidas de competir em igualdade de circunstâncias, incorrendo em perdas e, em alguns casos, vendo-se forçadas a sair do mercado.
20. Em consequência, a quota de mercado¹¹ dos concorrentes das empresas do Grupo PT foi reduzida de 36% (antes do período das práticas) para 19% (durante o período das práticas), tendo o Grupo PT, em contrapartida, beneficiado de uma taxa de crescimento do número de novos clientes de acesso em banda larga de 193%, durante o período dos comportamentos abusivos.
21. Na sequência desses comportamentos, a empresa Media Capital Telecomunicações, S.A. abandonou o mercado de fornecimento de serviços de acesso à *Internet* em banda larga e a empresa Clixgest *Internet* e Conteúdos, S.A. suspendeu a sua oferta para novos clientes.
22. Ficou igualmente demonstrado no processo que, com os comportamentos abusivos, as empresas do Grupo PT restringiram a concorrência num conjunto de mercados conexos com o acesso em banda larga, prejudicando, designadamente, a implementação da oferta desagregada do lacete local (no final do período dos comportamentos abusivos Portugal era o segundo país da UE15 com menor percentagem de lacetes locais desagregados) e atrasando o desenvolvimento da banda larga (em termos de tempo e de velocidade de acesso) no nosso país.

Decisão

23. Entendeu a Autoridade da Concorrência que, ao adotarem os comportamentos acima descritos, as arguidas exploraram, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, e n.º 3, alínea a) da LdC¹² e do artigo 102.º do TFUE¹³, as posições de domínio que (as empresas d) o Grupo PT detinha(m) nos mercados grossista e retalhista de acesso em banda larga.
24. A adoção do comportamento abusivo por parte das empresas do Grupo PT teve por objeto, e também como efeito, a restrição da concorrência nestes mercados, bem como no mercado grossista de acesso ao lacete local desagregado, e também noutros serviços dependentes do acesso em banda larga.
25. As práticas das arguidas constituem uma contraordenação na aceção do artigo 42.º, punível nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea a), e artigo 44.º da LdC¹⁴.
26. Tendo em conta as considerações enunciadas, foi determinado:
 - aplicar à arguida PT SGPS uma coima no valor de 386.571,00 Euros;
 - aplicar à arguida PTC destinatária da presente Decisão uma coima no valor de 44.629.053,00 Euros, resultante da soma das coimas aplicáveis à Arguida PTC e à arguida originária TELEPAC II;

¹¹ Mercado retalhista de acesso em banda larga.

¹² Atual artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

¹³ Na altura ainda sob a numeração: artigo 82.º do Tratado CE.

¹⁴ Atuais artigos 67.º e ss. da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

- não aplicar à arguida ZON qualquer coima por esta apresentar um volume de negócios de 0 Euros no ano de referência;
- aplicar à arguida TV CABO uma coima no valor de 8.046.243,00 Euros.

Recurso judicial

27. A decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência de 28.08.2009 foi objeto de recurso das arguidas para o Tribunal de Comércio de Lisboa que, em 04.10.2011, declarou extinto, por efeito de prescrição, o procedimento contraordenacional.

Questões para os grupos de trabalho:

Do ponto de vista de uma Autoridade de Concorrência:

1. Quais os principais argumentos jurídicos e económicos que tem de apresentar para demonstrar a existência de abuso de posição dominante? Em particular, quais os argumentos necessários para demonstrar:
 - i) A posição dominante?
 - ii) O abuso – no caso, o esmagamento de margens e a discriminação?
2. O que significa que o abuso de posição dominante é proibido se tiver *por objeto* ou *por efeito* uma restrição da concorrência?
3. No caso concreto, o comportamento anticoncorrencial foi adotado num mercado sujeito a regulação setorial. Em particular, a oferta grossista “Rede ADSL PT” é uma oferta regulada. As versões 11 a 15.9 dessa oferta tiveram uma “*decisão de não oposição*” à sua entrada em vigor por parte do ICP-ANACOM. Neste contexto, reflita sobre as relações entre concorrência e regulação setorial. Discuta de que modo a decisão de não oposição do ICP-ANACOM pode/deve ser valorada no processo contraordenacional por violação das normas concorrenciais.
4. A quem cabe o ónus da prova da verificação de eventuais justificações objetivas?
5. Determinada a afetação do comércio entre os Estados-Membros, a Autoridade da Concorrência considerou que a infração das arguidas violou – para além do artigo 6.º da LdC [atual artigo 11.º da Lei n.º 19/2012] – o artigo 102.º do TFUE [na altura sob a numeração: artigo 82.º do Tratado CE]. Como compatibilizar, do ponto de vista sancionatório, a violação destas duas normas distintas?
6. Considerando o conceito de *empresa* utilizado no direito da concorrência, poderá a saída das arguidas ZON e TV CABO do Grupo PT (ocorrida após o fim da prática dos factos, mas antes da decisão condenatória da AdC) relevar em termos de imputação subjetiva do abuso? Porquê?

Do ponto de vista das Arguidas:

1. Quais os principais argumentos jurídicos e económicos que apresentaria na defesa face ao enquadramento legal descrito? Em particular, quais os argumentos necessários para demonstrar:
 - i) A inexistência de posição dominante?
 - ii) A não verificação do abuso – no caso, do esmagamento de margens e da discriminação?

2. Em que medida a não demonstração de *efeitos* restritivos da concorrência, resultantes do comportamento das arguidas, inibe a ação sancionatória da Autoridade da Concorrência?
3. No caso concreto, o comportamento anticoncorrencial foi adotado num mercado sujeito a regulação setorial. Em particular, a oferta grossista “Rede ADSL PT” é uma oferta regulada. As versões 11 a 15.9 dessa oferta tiveram uma “*decisão de não oposição*” à sua entrada em vigor por parte do ICP-ANACOM. Neste contexto, reflita sobre as relações entre concorrência e regulação setorial. Discuta de que modo a decisão de não oposição do ICP-ANACOM pode/deve ser valorada no processo contraordenacional por violação das normas concorrenciais.
4. A quem cabe o ónus da prova da verificação de eventuais justificações objetivas?
5. Determinada a afetação do comércio entre os Estados-Membros, a Autoridade da Concorrência considerou que a infração das arguidas violou – para além do artigo 6.º da LdC [atual artigo 11.º da Lei n.º 19/2012] – o artigo 102.º do TFUE [na altura sob a numeração: artigo 82.º do Tratado CE]. É concebível e compatível, do ponto de vista sancionatório, a punição pela violação destas duas normas distintas? Em que termos?
6. Considerando o conceito de *empresa* utilizado no direito da concorrência, poderá a saída das arguidas ZON e TV CABO do Grupo PT (ocorrida após o fim da prática dos factos, mas antes da decisão condenatória da AdC) relevar em termos de imputação subjetiva do abuso? Porquê?