

**CONSULTA PÚBLICA SOBRE O PROCESSO DE DEFINIÇÃO DE
MERCADOS RELEVANTES, AVALIAÇÃO DE PMS E IMPOSIÇÃO
DE OBRIGAÇÕES**

OPTIMUS, TELECOMUNICAÇÕES, S.A.

15 de Julho de 2003

I. Introdução

A Optimus, S.A., vem responder à Consulta Pública sobre o Processo de definição de Mercados Relevantes, Avaliação de PMS e Imposição de Obrigações (adiante, abreviadamente designada por «Consulta»).

Esta resposta reflecte a posição preliminar da Optimus e pode sofrer evoluções e modificações em face de dados mais concretos e decisões ou projectos de decisões mais concretos que o ICP – ANACOM venha a adoptar no decurso deste processo.

A Optimus não se considera, por conseguinte, definitivamente vinculada pelas posições assumidas aqui a título preliminar, reservando-se o direito de, noutras fases do processo que é objecto da Consulta, desenvolver, rever ou especificar as posições assumidas na presente resposta, a respeito da definição de mercados relevantes, de avaliação do grau de concorrência em cada um dos mercados, da designação de entidades com PMS ou da imposição, manutenção ou supressão de obrigações.

II. Responsável pela resposta à Consulta

Para qualquer assunto relacionado com a resposta à Consulta o ICP – ANACOM deverá contactar:

Dra. Daniela Antão
Directora de Regulação
Sonaecom, S.G.P.S.,S.A.

Rua do Viriato, nº 13, 6º
1069 – 315 Lisboa

Tel: + 351 21 0111 356

E-mail: dantao@sonae.com

Dra. Mafalda Morais
Direcção de Regulação
Sonaecom, S.G.P.S.,S.A.

Rua do Viriato, nº 13, 6º
1069 – 315 Lisboa

Tel: + 351 21 0111 047

E-mail: mafalda.morais@sonae.com

III. Abreviaturas utilizadas

Neste documento, as expressões abreviadas a seguir referida correspondem às referências ou definições respectivamente indicadas:

«**Linhas de Orientação**» - 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);

«**Recomendação**» - Recomendação da Comissão de 11/02/2003 relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, em conformidade com o disposto na Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas.

IV. Transposição do novo Quadro Regulamentar

a. Ordenação dos agrupamentos de serviços em prioridades

Questão 2.1.

Ordem pela qual se deverão analisar os agrupamentos de mercados “serviços móveis”, radiodifusão, e desagregação do lacete local e serviços de banda larga.

A Optimus, S.A., considera que o âmbito do 1.º Agrupamento, ou o âmbito do conjunto de mercados que se entenda intervir primeiramente (é irrelevante a inserção conceptual que se faça desde que se assegure a simultaneidade referida), está em aberto e deve ser justificada em face das respostas à presente Consulta.

Com relação com ao mercado dos serviços móveis, a Optimus entende, que urge regular e limitar o empolamento artificial dos efeitos de externalidade de rede que resultam da diferenciação entre os preços de chamadas *on-net* e *off-net* da TMN, bem como da prática, pelo Grupo PT, de regimes de tarifários agregados (*on-net*) para as chamadas entre a rede da PT Comunicações e a rede da TMN.

Sobre a regulação dos mercados dos “serviços fixos”, desagregação do lacete local e serviços de banda larga a Optimus, S.A., não tem um interesse fundamental, sufragando o entendimento das participadas do Grupo Sonaecom, S.G.P.S., S.A., Novis Telecom, S.A. e a Clixgest – Internet e Conteúdos, S.A. que respondem em documentos autónomos à presente Consulta.

Estes tarifários têm o efeito de reforçar artificialmente as barreiras à concorrência pelos demais operadores móveis, barreiras que são resultantes da dimensão das bases de clientes da TMN e da PT Comunicações já que tais tarifários não são fundados, ou, pelo menos, não são integralmente justificados por diferenças de preços grossistas de interligação.

Os serviços de radiodifusão não representam, para a Optimus, S.A., uma prioridade significativa, senão essencialmente em sede de intervenção regulamentar – sectorial ou horizontal – no sentido da abertura de conteúdos detidos pelo Grupo PT ao mercado.

Nestes termos, o entendimento da Optimus sobre a ordem de prioridades das análises e regulação dos mercados relevantes é o de que:

- a) O adiamento da análise de alguns mercados (os mercados 11 e 12 da Recomendação) caracteriza uma falta de cumprimento dos prazos de transposição,
- b) Estes atrasos são susceptíveis de criar vazios legislativos (de competências do ICP-ANACOM) para a adopção de actos novos no âmbito dos mercados *temporariamente* não regulados após a data de entrada em vigor do futuro diploma de transposição,
- c) Surgirão dúvidas sobre a aplicabilidade directa ou não de disposições das directivas em causa na pendência da intervenção do ICP-ANACOM.

Neste quadro, a opção menos prejudicial será a que respeite a seguinte ordem de prioridades:

- 1.º: Imperativa simultaneidade da análise dos mercados 11 e 12 da Recomendação com os mercados do 1.º Agrupamento;
- 2.º: Mercados dos “serviços móveis”
- 3.º: Radiodifusão

Questão 2.2.

Existem outros serviços de comunicações electrónicas, não integrados nos agrupamentos anteriores, que o ICP – ANACOM deva analisar?

A preterição da análise de “Outros Serviços”, mesmo que, por outros serviços se entenda “outros mercados” além dos que foram definidos na Recomendação, não faz sentido sempre que se trate de um novo mercado (ou de um “novo serviço”) que esteja associado

a algum dos mercados em análise: normalmente, é da análise e definição de um concreto mercado que ressalta a existência de um outro mercado distinto mas porventura estreitamente associado com aquele outro e relevante para a regulação do sector.

Se e na medida em que tal suceder e o novo mercado ou outro serviço em questão esteja associado a outros mercados em análise ou que destes seja *vizinhos*, esse “outro serviço” ou esse novo mercado deve ser analisado concomitantemente com aquele ou aqueles que lhe estão associados ou de que seja *vizinho*.

No que em concreto respeita à pergunta colocada e tendo presentes os três requisitos de que depende a sujeição de um mercado relevante à intervenção regulamentar (*ex ante*), a primeira observação que se impõe fazer é a de que a transposição e a entrada em vigor do novo quadro legislativo regulamentar não podem, em circunstância alguma, implicar um retrocesso das condições de concorrência nos mercados.

Aproveita-se ainda este contexto para sublinhar a errónea identificação do designado 2.º requisito de designação de um mercado para regulação que é feita na página 20 da Consulta: refere-se aí que é um “critério” (*rectius*, um requisito) a *inexistência de concorrência*. É óbvio que só por lapso – crê-se – resultante do carácter abreviado da referência, se fez esta alusão. Este é um requisito que obriga a uma apreciação dinâmica do mercado e consiste em verificar se «*um mercado, pelas suas características, evoluirá com o tempo para uma situação de concorrência efectiva*» (vide, por exemplo, página 9 da Exposição de Motivos e § 9 da Recomendação), o que é bem diferente de dizer-se que só será candidato a regulação um mercado onde *não exista concorrência*. Se fosse assim apenas se regulariam os mercados em situação de monopólio! (este ponto será retomado em resposta à questão 3.12, infra)

V. Princípios de definição de mercados relevantes, análise de PMS e imposição, manutenção, supressão ou alteração de obrigações

a. Definição de Mercados Relevantes

Questão 3.1.

Agregação de serviços de acordo com a utilização final

A definição de um dado mercado de produto ou serviço relevante é um exercício de determinação de substituíbilidade, ou fungibilidade, entre produtos ou entre serviços, a qual é determinada pelas decisões dos compradores (substituíbilidade do lado da procura) conjugadas com as decisões dos fornecedores ou prestadores (substituíbilidade do lado da oferta).

A substituíbilidade do lado da procura é determinada por um conjunto de factores, é revelada por um certo número de indicadores (instrumentos ou técnicas) e demonstrável com recurso a um certo número de meios de prova (dessa substituíbilidade).

Trata-se, em qualquer caso, de analisar a **substituíbilidade entre produtos ou entre serviços**: todos os “critérios” e “indicadores” referidos na Consulta a este respeito servem para aferir o grau de substituíbilidade entre produtos ou entre serviços. Portanto, não é correcta a afirmação de que o “critério” da “utilização final” é um, e que a “substituição do lado da procura” é um outro critério, como se pretende nos títulos 2.3.1.1. e 2.3.1.2. (cf. § 48 das Linhas de Orientação: o que aí se diz é que a análise da substituíbilidade entre produtos e entre serviços, depois de preliminarmente aferida em função das características, preços e utilização pretendida, deve, sempre que oportuno, ser complementada aplicando o teste do monopolista hipotético).

Portanto, na definição de um mercado relevante, de produto ou de serviço, incluem-se todos os produtos ou serviços que apresentam um grau de substituíbilidade elevado entre si e excluem-se todos os outros, sendo que a averiguação do grau de substituíbilidade é

determinada, tanto por factores, diga-se, intrínsecos aos produtos ou serviços (pelas suas características objectivas – características físicas, preços e utilização final) e por factores que lhe são extrínsecos (barreiras ou custos associados à substituição, condições de concorrência ou estrutura da procura ou da oferta).

A elasticidade cruzada da procura constitui um indicador fundamental do grau de substituibilidade entre produtos ou serviços.

É racional considerar-se que **estão no mesmo mercado de um certo produto ou serviço aqueles que exercem pressão concorrencial sobre esse produto ou serviço**. Para o determinar, a questão é saber se os clientes de um fornecedor de um certo produto ou serviço optariam por um produto ou serviço imediatamente disponível (ou por fornecedores situados noutra zona geográfica) em resposta a um hipotético pequeno mas significativo (entre 5% e 10%) aumento do preço do produto ou serviço (e na zona geográfica) em consideração. Se a substituição for suficiente para tornar o aumento de preço não lucrativo em virtude da consequente perda nas vendas, devem incluir-se os produtos ou serviços (e as zonas geográficas) que se tenham revelado substitutos no mesmo mercado relevante.

O exercício da delimitação do conjunto de produtos ou de serviços que integram o mesmo mercado relevante (definição do mercado de produto ou de serviço) inicia-se portanto, convenientemente, pela agregação de todos os serviços ou produtos que se apresentam, ***prima facie***, como substituíveis para o consumidor em virtude das suas características objectivas. Esta agregação preliminar deve ser confirmada por via da análise das elasticidades cruzadas. Nem sempre, porém, existe informação suficiente para o cálculo das elasticidades cruzadas. Nestes casos, a análise da substituibilidade fica muito mais dependente de juízos menos objectivos.

Os indicadores que são objecto da questão 3.1. constituem já meios de aferição da substituibilidade entre produtos ou entre serviços: a sua utilização serve o primeiro momento da agregação de serviços ou produtos (em função das suas características objectivas) e constituem em si mesmos indícios fortes de substituibilidade do lado da

procura, indícios que podem ser confirmados ou infirmados na análise das elasticidades cruzadas (cf. § 49 das Linhas de Orientação).

Nessa medida, a separação dos indicadores por cada um dos tipos de *critérios* feita nas questões 3.1., 3.2. e 3.3. é artificial e potencialmente redutora da utilidade dos indicadores (listados nas questões 3.1. e 3.3).

Deixam-se agora alguns reparos específicos à terminologia utilizada.

A Consulta, referindo-se à primeira das características objectivas que devem ser analisadas neste exercício, utiliza o termo “características técnicas” (1.º § do ponto 2.3.1.1., a pág.s 22): este termo pode enviesar a definição do mercado relevante *ab initio*.

O termo “características técnicas” deve ser substituído por “características físicas”, e deve ser considerado como uma das três vertentes das “características objectivas” que permitem definir o mercado de produto ou de serviço: características físicas, preços e utilização pretendida.

Através da análise das “características físicas” e da “utilização pretendida” para certo produto ou serviço pretende-se essencialmente identificar as necessidades que o produto satisfaz ou cuja satisfação é percebida pelos utilizadores (cf. § 44 das Linhas de Orientação). Ora, os utilizadores podem ser essencialmente indiferentes às “características técnicas” de certo produto. O que será determinante nas suas decisões de consumo será saber que necessidades consideram ver satisfeitas por certo produto ou serviço.

Exemplificando: os serviços de Internet prestados através da rede de cobre, por via de ligações telefónicas, devem, pelo menos neste primeiro exercício de agregação de serviços, ser aglutinados juntamente com os serviços de Internet prestados com recurso à rede de cabo. Agrupar os serviços em razão de “características técnicas” poderia induzir a análise em erro por poder conduzir à separação artificial dos dois serviços em mercados distintos, sem que essa separação fosse suportada por diferentes percepções que os

utilizadores fazem sobre a aptidão de um e outro serviços para satisfazer as mesmas necessidades de aceder e utilizar a Internet (vide § 45 das Linhas de Orientação). Este exemplo torna claro que o termo “características técnicas” pode induzir em erro e viciar toda a análise de mercado.

Poderia compreender-se que o termo “características técnicas” pretende substituir o termo “características físicas” dado o elevado grau de tecnicidade que caracteriza o sector das comunicações electrónicas. Ainda assim, deve o mesmo ser afastado nesta fase de agregação de serviços e produtos por ser susceptível de conduzir a falsos pressupostos na definição dos mercados de produto e de serviço. Tal não significa, naturalmente, que as características técnicas dos produtos sejam ignoradas na análise dos mercados.

Portanto, no título 2.3.1.1., a propósito da análise das características objectivas dos produtos ou dos serviços, deve fazer-se alusão, não às “características técnicas”, mas às “características físicas”.

Finalmente, a listagem de “indicadores” deve ser acompanhada da indicação do que concretamente se pretende esclarecer com a sua utilização, à semelhança do que se referiu acima. De outro modo, dificilmente a sua utilização será útil.

O método de definição de um mercado de produto ou serviço pode assim sistematizar-se da seguinte forma.

1. Análise da substituíbilidade do lado da procura

1.1. Factores que a condicionam

1.1.1. Características objectivas dos produtos ou serviços

1.1.1.1 Características físicas (necessidades que os produtos satisfazem)

1.1.1.2. Preços

1.1.1.3. Utilização pretendida

1.1.2. Barreiras e custos de substituição (que normalmente conduzem à exclusão de certo produto ou serviço de um dado mercado indicado pelos elementos anteriores)

1.1.3. Condições de concorrência e estrutura da procura e da oferta (que normalmente conduzem à segmentação, em mercados mais restritos, do grupo de serviços ou produtos previamente indicados pela análise dos elementos anteriores).

1.2. Cálculo ou apreciação do grau de substituibilidade através da verificação das elasticidades cruzadas, com recurso ao Teste do Monopolista Hipotético quando adequado

1.3. Técnicas de análise e demonstração da existência (e grau) de substituibilidade

1.3.1. Recolha de prova de substituição no passado recente

Por exemplo, através do conhecimento das consequências directas que um aumento de preços ou algum facto impeditivo do normal escoamento de certo produto teve no padrão de consumo de um outro.

1.3.2. Testes quantitativos

Testes econométricos e estatísticos que permitam fazer estimativas das elasticidades cruzadas da procura (e da oferta), baseadas na similitude de flutuações de preços ao longo do tempo, na causalidade entre sucessivos níveis de preços e a similitude ou a convergência de outros preços.

1.3.3. Opiniões (percepções) dos consumidores e dos concorrentes

O ICP – ANACOM (tal como o faz a Comissão Europeia) pode efectuar estudos de mercado e pode contactar consumidores e concorrentes questionando-os acerca da matéria respeitante à definição de certo mercado e, quando for adequado, questioná-los especificamente acerca do teste do monopolista hipotético.

1.3.4. Análise do impacto das barreiras e custos associados à modificação da procura para potenciais substitutos

Podem existir barreiras ou custos dos quais resulte que certo produto que, à partida pareceria substituto, não integre realmente o mesmo mercado de produto ou serviço (barreiras regulamentares, constrangimentos nos mercados a jusante, necessidade de incorrer em investimentos significativos para substituir o produto ou serviço, etc.)

1.3.5. Existência de diferentes categorias de clientes e discriminação de preços

«As diferenças em termos de modelos de determinações de preços e de outras condições de oferta podem implicar grupos distintos de consumidores» (§ 46 das Linhas de Orientação).

1.3.6. Estrutura da oferta e da procura

A existência, por exemplo, de redes de distribuição instaladas e fechadas (com contratos de exclusividade), por exemplo, ou até o próprio condicionamento das condições de acesso a certos produtos ou serviços em virtude do comportamento de empresas com posição dominante (ver infra, resposta à questão 3.2).

2. Substituibilidade do lado da oferta

... (vide infra em resposta às questões respectivas)

Questão 3.2.

Substituibilidade do lado da procura

Conforme a sistematização acima proposta e colocada a análise da substituibilidade no seu devido contexto, resulta que apenas o primeiro “critério” (*produtos ou gamas de produtos de substituição que os consumidores poderiam passar a usar no caso de um aumento relativo de preços*) é efectivamente um “critério” de aferição de substituibilidade. Todos os outros ditos “critérios” são instrumentos de obtenção de prova da existência ou não de substituibilidade ou, se se quiser, indicadores dessa mesma substituibilidade (*comportamentos anteriores dos consumidores, resultados do “teste do monopolista hipotético”, custos de substituição do lado da procura*).

Como resulta igualmente da sistematização acima proposta, se se pretender aferir a substituibilidade do lado da procura apenas com base nos indicadores objecto desta pergunta (designados por “critérios”), então a resposta à questão é a de que a listagem é incompleta, por ignorar outros factores que condicionam a substituibilidade da procura, como sejam a existência de diferentes modelos de determinação de preços e condições de oferta (ponto 1.3.5 supra) e a eventual existência de estruturas de oferta ou de procura que condicionam igualmente a substituibilidade de produtos ou de serviços entre si.

Importa acrescentar neste ponto que, como bem nota a Comissão Europeia, **a definição de um mercado relevante é frequentemente condicionada pela própria existência de uma ou mais empresas com posição dominante**. Frequentemente, aliás, a definição de certo mercado é essencialmente determinada pela actuação dessa ou dessas empresas no mercado. Veja-se, a título de exemplo: a utilização de contratos de longo prazo (efeito de *lock in*), a realização de vendas cruzadas, a prática de preços muito agressivos, de descontos de quantidade muito exigentes, a prática de preços proibitivos num mercado grossista do qual, noutras circunstâncias, poderiam resultar produtos de retalho substituíveis, todos estes podem ser factores suficientes para indicar a separação de dois produtos ou serviços em mercados distintos.

Portanto, é de toda a importância que a definição dos mercados relevantes seja feita em estreita correlação com a constatação de posições de força no mercado por parte de uma ou mais empresas, devendo por isso ser incluída já nesta fase da definição do mercado relevante a consideração das características da estrutura da oferta e da procura e, designadamente aquelas que são “impostas” por empresas em situação de domínio.

Questão 3.3.

Substituibilidade do lado da procura

Os indicadores listados são referidos na sistematização proposta em resposta à questão 3.1., pelo que se concorda com a sua adequação aos objectivos pretendidos, muito embora aos mesmos se devam adicionar os demais indicadores (ou elementos de prova) indicados nessa mesma sistematização, já que também esses tendem a demonstrar a existência e grau de substituibilidade entre produtos ou serviços.

Questão 3.4.**Substituibilidade do lado da oferta: critérios de análise**

Os “critérios” sublinhados carecem de precisão. Em vez de se tratar de verificar se existe a “possibilidade” de outros fornecedores começarem a fornecer o produto ou serviço, do que se trata é de verificar a “probabilidade” de esse facto se verificar. A diferença entre probabilidade e possibilidade condiciona directamente a análise, sendo que o critério adequado nesta sede atende à probabilidade de início de fornecimento do produto ou serviço por outros fornecedores que o não fazem, e não à possibilidade de tal acontecer.

Este é o entendimento sufragado nas Linhas de Orientação (§ 52) e não está correctamente acolhido no documento de Consulta, devendo ser rectificado em conformidade.

Questão 3.5.**Indicadores de avaliação da substituibilidade do lado da oferta**

No que respeita aos indicadores tendentes a aferir os “custos globais” da mudança propriamente ditos, importa:

- Adicionar os custos afundados (*sunk costs*) na produção ou fornecimento de produtos ou serviços em que o fornecedor já incorreu e que não recuperaria numa mudança de capacidades de produção;
- Precisar que, entre as *restrições à transferência de capacidade produtiva para o mercado potencial* se inclui a vinculação dessa empresa a fornecedores (e portanto, o bloqueamento da transferência da capacidade produtiva) por via condições contratuais de fidelização diferentes de prazos contratuais propriamente ditos, entre as quais avulta a existência de regimes de descontos de quantidade, os quais tendem, por natureza, a inibir a procura de

fornecedores ou tecnologias alternativos e, por conseguinte, a inibir também a sua entrada no mercado (vide, por exemplo, os regimes de descontos – recentemente eliminados por Deliberação do ICP-ANACOM – constantes da oferta grossista da PT Comunicações de acesso à rede ADSL ou do tarifário de circuitos alugados).

Questão 3.6.

Adequação do horizonte temporal de 1 ano para avaliar as questões associadas à substituibilidade da oferta

Só em face de cada mercado em concreto se pode definir o horizonte temporal adequado para aferir o grau de substituibilidade da oferta nesse mesmo mercado.

Questão 3.7.

Identificação do horizonte temporal adequado para a análise da concorrência potencial

Como se sabe, a análise da concorrência potencial serve essencialmente o propósito de aferir a existência de empresas com posição dominante num dado mercado.

A concorrência potencial dependerá directamente da existência e do tipo de barreiras à entrada. Portanto, só com base num conhecimento aprofundado de cada mercado relevante se poderá definir o horizonte temporal adequado à aferição da concorrência potencial nesse mercado, não sendo possível, nesta fase, nem à Optimus nem ao ICP-ANACOM, definir com carácter geral o horizonte temporal adequado para estes efeitos.

Note-se apenas que, «*num sector caracterizado pela inovação constante*» (§ 63 das Linhas de Orientação), a previsão da concorrência potencial pode ser muito subjectiva.

Questão 3.8.**Critérios de definição do mercado geográfico.**

Sim, considera-se que os critérios sublinhados serão, em geral, adequados, reservando-se a Optimus a possibilidade de considerar outros se na medida em que tal se justifique em relação à definição de cada mercado geográfico em concreto.

Questão 3.9.**Lista de indicadores para aferição dos critérios de definição do mercado geográfico.**

Sim, considera-se que os indicadores sublinhados serão, em geral, adequados, reservando-se a Optimus a possibilidade de considerar outros se na medida em que tal se justifique em relação à definição de cada mercado geográfico em concreto.

Questão 3.10.**Critérios de segmentação de mercados**

Sim, considera-se que os critérios sublinhados serão, em geral, adequados, reservando-se a Optimus a possibilidade de considerar outros se na medida em que tal se justifique em relação à definição de cada mercado em concreto.

Devem ainda assim evitar-se fragmentações excessivas dos mercados, apenas com o propósito de potenciar a aplicação de regulação *ex-ante*. Recorde-se a este respeito o princípio da regulamentação mínima e a consequente aplicação de regulação *ex-ante* apenas na medida em que tal se demonstre necessário para atingir os objectivos visados.

Questão 3.11.**Indicadores de aferição dos critérios de segmentação dos mercados**

Sim, considera-se que os indicadores sublinhados serão, em geral, adequados, reservando-se a Optimus a possibilidade de considerar outros se na medida em que tal se justifique em relação à definição de cada mercado geográfico em concreto.

Questão 3.12.**Identificação de mercados susceptíveis de regulação *ex ante***

A Optimus considera que a forma como os critérios para definição dos mercados candidatos a regulação *ex-ante* são apresentados no documento de consulta deverá ser ajustada à formulação dos mesmos descrita nos actos comunitários relevantes (veja-se o considerando 27 da Directiva Quadro e a página 9 da Exposição de Motivos da Recomendação).

Se a reputação, imagem e notoriedade de uma determinada empresa ou serviço não será, por si só, suficiente para espoletar a regulação do mercado em que opera essa empresa, já as vantagens absolutas de custos ou as vantagens resultantes de externalidades de redes são eminentemente associadas às barreiras estruturais relevantes e como tal enunciadas na Exposição de Motivos da Recomendação (página 9): *«[e]xiste um obstáculo estrutural à entrada quando, atendendo ao nível da procura, o estado da tecnologia e a estrutura de custos associada são tais que criam condições assimétricas entre os operadores históricos e os novos operadores, dificultando ou impedindo a entrada destes últimos. Por exemplo, poderão existir fortes obstáculos estruturais quando o mercado se caracteriza por economias substanciais de escala, âmbito e densidade e por elevados custos não-recuperáveis».*

Com efeito, a Optimus discorda firmemente da afirmação da ANACOM de que as vantagens resultantes de externalidades de rede não justificam a imposição de obrigações *ex-ante*. Pelo contrário, a Optimus considera que a existência de

externalidades de rede é precisamente uma das características do sector dos serviços móveis nacionais que poderá justificar intervenções *ex-ante* no mercado.

Ao longo da sua presença no mercado a Optimus tem tomado várias iniciativas com vista a alterar o efeito das externalidades de rede no nível de concorrência no mercado. Porém, face à estrutura de preços de retalho do operador dominante marcada pela oferta de chamadas *on-net* a preços reduzidos, provavelmente abaixo de custo, e a discriminação entre os preços de chamadas *on-net* e *off-net*, qualquer estratégia no sentido de combater o efeito das externalidades de rede na concorrência é financeiramente insustentável.

Assim, discorda-se que as externalidades de rede sejam espontaneamente eliminadas por pressões concorrenciais. De resto, a evolução das quotas de mercado nos serviços móveis têm demonstrado o contrário. As externalidades de redes e a estrutura e tarifas vigente têm potenciado o aumento da capacidade do operador de maior dimensão influenciar as condições de mercado, tornando-o imune, ou pelo menos minimizando o impacto das acções desencadeadas pelo(s) operador(es) mais pequeno(s).

Aliás, aquilo que aqui se afirma é incompatível com o que se afirma na página 40 e nas seguintes, a respeito das barreiras à expansão e, em particular, a respeito das externalidades de rede (parágrafo 3.1.2.3.).

Em boa verdade, não só as barreiras excluídas da análise para efeito de identificação de mercados candidatos contrariam frontalmente os obstáculos estruturais considerados relevantes para este efeito pela própria Comissão, na Recomendação (cf. último parágrafo da página 9 da Exposição de Motivos), como **parecem escolhidas à medida para excluir o Grupo PT!**

b. Avaliação de PMS

Questão 3.13, 3.14, 3.15, 3.16., 3.17., 3.18., 3.19, 3.20.

Dominância individual, quotas de mercado, concorrência entre empresas instaladas (grau de concentração, dimensão dos líderes de mercado, barreiras à expansão), rivalidade

Salvo o que a seguir se expõe, a Optimus expressa o seu acordo, em geral, às posições desenvolvidas e que são objecto das questões supra enumeradas, reservando-se a possibilidade de tomar posição particular diversa se e na medida em que tal se justifique em relação à designação de entidades com PMS em cada mercado relevante em concreto.

São as seguintes as reservas que desde já se impõe fazer à aplicabilidade de algumas considerações do ICP – ANACOM à actividade de prestação de serviços móveis:

1. Quotas de mercado

Os operadores móveis nacionais estão sujeitos a obrigações de cobertura e instalação de infra-estruturas de rede semelhantes. Acresce ainda que, face à importância da ubiquidade da rede como factor de sucesso no mercado, sobretudo, quando o concorrente entrante inicia a actividade alguns anos mais tarde do que os restantes, a opção seguida, não obstante o elevado esforço financeiro exigido, é geralmente a implantação tão cedo quanto possível de uma rede que atinja os níveis de cobertura oferecidos pelos operadores instalados há mais tempo no mercado.

Daqui decorre que o cenário de limitação de produção por parte de uma empresa que oferece serviços de comunicações móveis no mercado para assim provocar um aumento do preço é pouco realista. Dada a realidade nacional, tal comportamento significaria necessariamente a perda de um cliente para um concorrente.

Por isso, comportamentos tendentes a limitar a produção não se afiguram verosímeis no caso dos serviços móveis, designadamente, para efeitos de aferição de poder de mercado.

Neste seguimento, a consideração das quotas de mercado baseadas na capacidade instalada para efeitos de análise do mercado dos serviços móveis deverá ter em conta os factos atrás descritos, sob pena de se tirarem conclusões que não reflectem o poder de cada um dos operadores no mercado.

2. Grau de concentração

Tendo em conta que:

- (i) a utilização de um recurso escasso, o espectro radioelétrico, implica por definição limitações à entrada; e que
- (ii) as condições necessárias ao desenvolvimento da actividade de operador de telecomunicações móveis determinam a presença no mercado de um número limitado de entidades

a consideração do grau de concentração como forma de avaliar a concorrência no sector móvel poderá ser pouco esclarecedora.

3. Dimensão dos líderes de mercado

Face às características do mercado das comunicações, a consideração de indicadores como o número de empregados ou pontos de venda poderá enviesar as conclusões sobre a dimensão dos vários operadores no sentido de tornar mais reduzidos, em termos relativos, os operadores de maior dimensão.

No que diz respeito ao número de empregados refira-se o efeito do recurso a *outsourcing* para a prestação de alguns serviços, como por exemplo o serviço de apoio ao cliente.

Quanto ao número de pontos de venda, não se pode afastar a possibilidade de um operador mais pequeno ter necessidade de estabelecer acordos com um maior número de distribuidores, provavelmente oferecendo contrapartidas mais atractivas do que as que o operador de maior dimensão terá que dispensar, de modo a chegar ao maior número possível de potenciais utilizadores. Por seu lado, o operador de maior dimensão alavancando-se precisamente na notoriedade e base de clientes já alcançada poderá reduzir o número de pontos de venda.

4. Barreiras à expansão

A Optimus discorda que no caso do mercado de serviços móveis as quotas de mercado apenas sejam bons indicadores de poder de mercado significativo nos casos em que os concorrentes não podem expandir facilmente o seu volume de produção para fazer face ao aumento de procura resultante de um aumento de preço do rival.

Como referido anteriormente, no mercado móvel a expansão da capacidade de produção não surge como um obstáculo de maior à concorrência.

Efectivamente, na presença de uma estrutura de tarifas de retalho marcada por grandes diferenças entre preços *on-net* e *off-net*, a dificuldade de um operador de reduzida dimensão responder a um aumento de preços do operador com maior quota não advém tanto da escassez de capacidade de produção, mas sim da vantagem que o operador com maior quota tem devido à existência de externalidades de rede que lhe permitem, apesar de preços mais elevados, sobretudo *off-net*, manter, senão mesmo reforçar a sua quota de mercado.

5. Rivalidade: preços

A Optimus considera que poderão acontecer situações em que a existência de intensa rivalidade tarifária não seja necessariamente um indício de concorrência efectiva. Pode suceder que uma resposta rápida e constante do operador de maior

dimensão a movimentações de preços dos operadores de menor dimensão não seja mais do que uma estratégia para comprometer os efeitos que o operador de menor dimensão pretende alcançar com as alterações tarifárias.

De igual modo, a oferta de preços abaixo dos custos, a discriminação de preços entre as chamadas destinadas à própria rede e as destinadas às redes dos concorrentes poderá não ser mais do que uma forma de manter ou fortalecer o poder de mercado do operador de maior dimensão.

6. Práticas anti-concorrenciais

Face ao que foi exposto no ponto anterior, a Optimus rejeita a posição expressa pelo ICP – ANACOM de que as práticas anti-concorrenciais não são um critério determinante para a avaliação de PMS.

É um facto que práticas passadas não permitem isoladamente inferir tendências de práticas futuras, mas na ausência de medidas ou pressões externas, designadamente de carácter regulamentar, a entidade que as tem vindo a praticar não tem incentivos a alterar a sua conduta.

7. Rentabilidade

Enquanto entidades privadas, é inegável que os operadores de telecomunicações visam, por definição, o lucro. Neste pressuposto é não só legítimo, como desejável que, observadas as condições de sã concorrência no mercado onde actuam, as empresas persigam a maximização da eficiência e que tal se repercute na obtenção de lucros. Assim, somos de opinião que a obtenção de lucros não deve constituir por si só um motivo para penalização.

Porém, o que acabou de ser exposto não invalida que o nível de lucros seja considerado como um indicador legítimo sobre a capacidade dos operadores adoptarem comportamentos específicos para influenciar as condições do mercado.

Aliás, defendemos que este aspecto deverá ser devidamente ponderado aquando da avaliação da proporcionalidade e justificação da imposição de medidas regulatórias a entidades que actuam no mesmo mercado relevante.

Relativamente ao que poderão ser considerados lucros excessivos é imprescindível ter em conta as especificidades do sector móvel que têm sido amplamente expostas, designadamente a existência de custos fixos, a constante evolução tecnológica e a inovação permanente de serviços. Relativamente a este último aspecto frisamos que nem todos os produtos/serviços lançados pelos operadores beneficiam do mesmo sucesso junto do público, nem todos se traduzem em retorno positivo para os operadores.

Para aferir a rentabilidade das entidades que actuam no sector das comunicações a Optimus acredita que é útil comparar as taxas de rentabilidade dos recursos aplicados na actividade face ao custo de capital investido, designadamente através de vários indicadores financeiros considerados adequados para o efeito. Para além disso, defendemos que as comparações de rentabilidade sejam alargadas a empresas internacionais congéneres.

Questão 3.21

Identificação do horizonte temporal adequado para a análise da concorrência potencial

Vide resposta à questão 3.7.

Questão 3.22.,**Barreiras à entrada**

A Optimus expressa o seu acordo, em geral, às posições desenvolvidas e que são objecto da presente questão, reservando-se a possibilidade de tomar posição particular diversa se e na medida em que tal se justifique em relação à designação de entidades com PMS em cada mercado relevante em concreto.

Questão 3.23.,**Contra-poder negocial dos compradores**

Muito embora o critério em questão seja o do contra-poder negocial dos compradores, toda a análise aqui desenvolvida se reduz aos consumidores como compradores. Assim, a análise não é adequada para mercados grossistas.

Porém, nos mercados grossistas o contra-poder negocial dos compradores é uma realidade, determinando que em certas circunstâncias, mesmo uma empresa com elevada quota de mercado esteja efectivamente coarctada na sua liberdade de actuação pelo poder disciplinador do comprador grossista.

Esta situação deriva, designadamente, da natureza bilateral das relações a nível grossista. Uma entidade que compra serviços a outra empresa também lhe vende serviços, podendo por essa via exercer pressão sobre a empresa vendedora. De notar que a pressão da empresa compradora será tão mais efectiva quanto maior a sua quota de mercado de retalho e, conseqüentemente, a sua capacidade de condicionar o acesso a um grande número de utilizadores de serviços de comunicações. Para além disto, também a possibilidade da empresa compradora discriminar os seus preços de retalho em função dos valores que lhe são cobrados pela empresa grossista vendedora, limita a capacidade da empresa grossista vendedora impor preços excessivamente elevados.

Em resposta à solicitação de situações concretas do mercado português das comunicações electrónicas que poderiam não ser correctamente identificadas, refira-se o caso paradigmático do fornecimento de interligação de terminação: muito embora a lei e as regras desenvolvidas pelo regulador até ao presente disponham que compete ao operador que termina uma chamada a definição desse preço de terminação, é por demais conhecida a incapacidade de a Optimus obter das empresas do Grupo PT que contratam serviços de terminação o pagamento dos preços e a satisfação das demais condições de interligação considerados adequadas.

De igual modo, a discriminação pela PT Comunicações dos preços de retalho das comunicações originadas na sua rede e destinadas à Optimus é um exemplo evidente do segundo aspecto que prova a existência de contra-poder negocial dos compradores a nível grossista

Nos mercados de terminação este é, aliás, um factor decisivo para a exclusão de certos operadores da sua designação como detendo PMS.

Questão 3.24.

Alavancagem de poder de mercado

Os mercados emergentes não estão, nem podem estar necessariamente excluídos da possibilidade de serem candidatos a intervenção regulamentar (por via da consideração de que uma empresa com PMS num mercado exerce poder de alavancagem num mercado emergente) pelo simples facto de se tratarem de mercados emergentes. Nem é esse, sequer, o entendimento sufragado pela Comissão Europeia: tudo quanto se pretende é que as ARN se rodeiem de particulares cautelas quando se trate de intervir num mercado emergente.

Aliás, o que é muito provável é que o operador com posição dominante num determinado mercado a montante do retalho tenha a capacidade – tecnológica, financeira, comercial e até o quase monopólio ao nível da infra-estrutura – para liderar e condicionar a criação de mercados emergentes e de ser sistematicamente o pioneiro.

Essa tem sido, aliás, a história, em Portugal do desenvolvimento, primeiro, de serviços de Internet sobre a rede de cabo do grupo PT, foi em seguida a história do desenvolvimento dos serviços ADSL sobre a rede de cobre da concessionária e está a ser, noutro sentido, o caso da voz sobre cabo do operador dominante de televisão por cabo: neste caso, é porque o proprietário único das duas redes tem um inexorável conflito de interesses na exploração das duas redes que a rede de televisão por cabo não foi construída nem melhorada para permitir a prestação de serviços telefónicos.

Questão 3.25.

Dominância conjunta

Sem prejuízo dos comentários apresentados, a Optimus expressa o seu acordo, em geral, às posições desenvolvidas e que são objecto da presente questão, reservando-se a possibilidade de tomar posição particular diversa se e na medida em que tal se justifique em relação à designação de entidades com PMS conjunta em cada mercado relevante em concreto.

Desde já relevamos que a análise de dominância conjunta não pode ser enviesada no sentido de encontrar evidências que indiquem a sua existência.

Deve notar-se que a análise de situações de posição dominante conjunta não deve focar-se nos aspectos estruturais do mercado em causa, na medida em que, conforme já explanado anteriormente, a estrutura do mercado e respectivas características, que poderiam ser encaradas como indício de dominância conjunta, poderão não ser mais do que o produto do funcionamento do mercado. Por exemplo, a existência de uma

estrutura de mercado de oligopólio no sector dos serviços móveis não pode ser encarada como revelador de dominância conjunta.

A análise de dominância conjunta deverá antes centrar-se nos comportamentos adoptados pelas entidades intervenientes no mercado. Sendo que fenómenos de seguidismo ou movimentações paralelas pontuais dos operadores que actuam no mesmo mercado, plenamente justificáveis do ponto de vista comercial como reacções a movimentações dos concorrentes, não podem ser confundidas como evidência de dominância conjunta.

Perante o perigo de sucumbir a análises precipitadas e evidências enganadoras, a Optimus frisa a necessidade da determinação de dominância conjunta ser larga e objectivamente fundamentada, afastando-se de situações pontuais.

c. Imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações

Nesta fase do processo a Optimus nada tem a objectar aos fundamentos teóricos que o ICP – ANACOM apresenta como princípios orientadores das suas futuras decisões relativamente à imposição, manutenção alteração ou supressão de obrigações.

De resto, é com especial agrado que a Optimus constata que o ICP- ANACOM assume a necessidade de justificar as suas decisões, tendo em conta o impacto que as mesmas terão nos interesses de longo prazo dos consumidores, bem como nas empresas que prestam os serviços aos consumidores.

Como a Optimus teve oportunidade de frisar noutras ocasiões, a defesa do interesse de consumidores passa necessariamente pela defesa de uma indústria saudável e sustentável a prazo, exigindo-se assim que o impacto das medidas a adoptar seja considerado de forma global, numa perspectiva dos efeitos imediatos, mas também de longo prazo.

Questão 27 (erro de numeração)

Obrigações correctivas

Sem prejuízo de em presença de um mercado concreto vir a mostrar adequada a imposição de outras medidas correctivas, a Optimus revê-se no entendimento expresso sobre esta matéria pelas participadas do Grupo Sonaecom, S.G.P.S., S.A., Novis Telecom, S.A. e a Clixgest – Internet e Conteúdos, S.A., que respondem em documentos autónomos à presente Consulta.

VI. Serviços fixos comutados de baixo débito

As questões apresentadas no capítulo 4. , excepto a questão 4.2., não dizem particular respeito à actividade da Optimus, pelo que a Optimus não se apresentará respostas a essas questões.

Questão 4.2.

Análise dos serviços fixos e dos serviços móveis

Estes dois serviços integram claramente mercados separados, e esta separação é plenamente justificada.

Aproveita-se para referir que do que se trata não é de saber se estes são *serviços distintos*: obviamente que o são; do que se trata é de saber se integram ou não o mesmo mercado relevante, caso em que a resposta é negativa.

É este o entendimento expresso na Exposição de Motivos da Recomendação (página 17) e nas Linhas de Orientação (§ 66) ao qual se adere. Este entendimento é corroborado

pelas características dos mercados dos serviços fixos e móveis nacionais, das quais se destacam as seguintes:

- a) Diferentes percepções dos utilizadores sobre as necessidades que o SFT e o SMT podem satisfazer, que resultam, desde logo da mobilidade do último por oposição ao carácter fixo do primeiro.
- b) Diferenças de preços;
- c) Diferente valor social que lhes é atribuído e hábitos de consumo que estão associados ao SMT e que não têm correspondente no SFT.
- d) Associação do SFT a serviços que são suportados na linha telefónica fixa que diferenciam cada um dos serviços e logo a procura respectiva. Não é previsível que a médio prazo, mesmo num cenário de grande penetração dos serviços UMTS, os consumidores optem indiferentemente por um ou outro serviço para poder realizar comunicações de voz e de dados de banda larga através de terminais móveis e de computadores.
- e) A existência de diferentes níveis de saturação dos mercados móvel e fixo.
- f) Estrutura de custos e configuração tecnológica de redes radicalmente distintas.
- g) Finalmente, os custos globais e o esforço de investimento inicial são de tal monta que impedem de considerar que um fornecedor de telefone fixo possa entrar no mercado móvel num curto prazo em resposta a um aumento hipotético do preço dos serviços móveis; a inversa também é verdadeira.

A perda de tráfego de chamadas entre serviços fixos para as comunicações móveis não deverá ser confundida com uma eventual substituibilidade da oferta e muito menos da substituibilidade do lado da procura destes dois serviços entre si.

Porém, e como já se teve o ensejo de referir (vide resposta à questão 2.1., para a qual se remete), a existência de certo tipo de ofertas comerciais que tendem a tratar comercialmente o tráfego fixo – móvel (PT Comunicações e TMN) como tráfego dentro da mesma rede, justificam e impõem a necessidade premente de intervenção regulamentar no nível de preços das chamadas entre as redes da PT Comunicações e da TMN pelos efeitos de reforço artificial de uma já barreira estrutural de monta e não transitória que resulta das externalidade de rede geradas pelas redes (bases de clientes) de cada um destes operadores individualmente consideradas, e muito mais quando consideradas conjuntamente.