

A. M. PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE & ASSOCIADOS
Sociedade de Advogados

ANTÓNIO MARIA PEREIRA
LUÍS SÁRAGGA LEAL
FRANCISCO DE OLIVEIRA MARTINS
JOSE MIGUEL JUDICE
JOSE MANUEL SERRA FORMIGAL
FERNANDO CAMPOS FERREIRA
VICTOR REFECA FERNANDES
PEDRO SÁRAGGA LEAL
DULCE FRANCO
JOSE LUIS DA CRUZ VILAÇA
NUNO LIBANO MONTEIRO
GABRIELA RODRIGUES MARTINS
ABEL MESQUITA
VASCO MARQUES CORREIA
MANUEL SANTOS VITOR
LUÍS MIGUEL PAIS ANTUNES
DIOGO LEITE DE CAMPOS
JORGE DE BRITO PEREIRA
PEDRO FARJA
MARIA JOSE VERDE

ANA TERESA PULIDO
TERESA DE MELO RIBEIRO
MARIA CASTELOS
NUNO MORAIS SARMENTO
SOFIA DE SEQUEIRA GALVÃO
JOSE FILIPE ABECASIS
JOSE JACOME
JOÃO MEDEIROS
JOÃO NUNO RIQUITO

ISABEL NOLASCO CRESPO
DORA MARI RICIO
ANTÓNIO CAMILO MARTINS
NUNO DE BRITO LOPES
RITA GAMA ABBREI
JOÃO MARIOTO MONTEIRO
FREDERICO PERRY VIDAL
TIAGO CORTES

JOÃO MAGALHÃES RAHALHO
FERNANDO SILVA FERNANDES
RITA OLIVEIRA RAMIRO
CLAUDIA VARELA
CAMILA PINTO LIMA
SOFIA GOMES DA COSTA
MANUELA TAVARES MORAIS
PAULO FARINHA ALVES
ANABELA GONÇALVES FERREIRA
PEDRO METELO DE NAPOLÉS
TIAGO MENDONÇA DE CASTRO
MARTIM MORGADO
RICARDO OLIVEIRA
SOFIA LOBO
BARBARA GODINHO CORREIA
NUNO DA CUNHA BARBARÉ
MIGUEL URBANO
SANDRA RATO
SÓNIA TEIXEIRA DA MOTA

RUI NEVES DOS SANTOS
NUNO GUEDES VAZ
TOMÁS PESSANHA
JOÃO MIGUEL CADILHE
VITOR PEREIRA DAS NEVES
INÉS GOMES DA CRUZ
LUÍS SOBRAL
PEDRO MELO
PAULO DE MOURA MARQUES
MARIA DO CARMO DIAS COELHO
DANIEL REIS
MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES
PEDRO AMARAL E ALMEIDA

LEILA SYROP
RITA ALARGO JUDICE
RITA SÁBIOREIS GOMES
SUSANA SANTOS VALENTE
EDUARDO SOUZEIRA PINTO
VASCO FRANCO
LUÍS MIGUEL ROMÃO

SUSANA SOUZEIRINHO
ANGELA DELFINO
ANTÓNIO BOCALIM ALVES
JOAQUIM SHEERMAN DE MACEDO
MARIA JOÃO RIBEIRO MATA
MARIA LEONOR FRANCISCO
MARTA PEDRO
ORÉLIA PINTO DE QUEIROZ
RUI EL RIBEIRO CORREIA
ANA MENDES MARTINS
RUI ALVES FERREIRA
PATRICIA DIAS MENDES
FELIPE JORGE VIEIRA
FELIPE COSTA
SÓNIA SANTOS VIANA
ANA RODRIGUES VENTURA
FELIPE CASARDO CARVALHO
MARTA JOÃO MELIENS
CAROLINA REGO COSTA
LUÍS MIGUEL MENDES
VITOR GORJÃO RODRIGUES
SARA REIS
RITA SOUZA GOMES
TILMA PIRES DE LIMA
CRISTINA RIGAUDO
ALEXANDRA MOTA GOMES

RITA ASSIS FERREIRA
JOANA PIZARRO BRAGO
MARTA SILVA
ROBERTHEE CHOUSSY
CARLA MADEIRA PAPA
MARGARIDA OSÓRIO DE AMORIM
ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA
SUSANA SANTOS VITOR
FELIPE AZEVEDO
TIAGO VIGOSO
HUGO MENDONÇA
JOANA BARDONETA DE ALMEIDA
FELIPE MARTINS
ANA CRUZ SOUZEIRA
MANUEL DA SILVA GOMES
SARA BLANCO DE MORAIS
TIAGO ANTUNES
LUÍS MARIOTTES PINTO
MARGARIDA PAIS DE SOUSA
TERESA PESSOA BRANDÃO
ANA OLIVEIRA ROCHA
ANTÓNIO CILISTO PATO
NUNO PESTANA ROSA
SÓNIA RAMOS MORA
RUI MANUEL PEREIRA DIAS
DIARTE SCHRODT LINO

RUI CHANCERELLE DE MACHETE
CONSULTOR

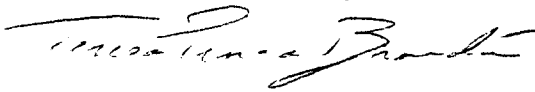
Exmo. Senhor
Dr. António Robalo de Almeida
PT Comunicações, S.A.
Forum Picoas

27 de Dezembro de 2004

Exmo. Senhor,

De acordo com o combinado, junto envio o Parecer solicitado.

Com os meus melhores cumprimentos,

FPI
José Luís da Cruz Vilaça


PARECER
SOBRE A LEGALIDADE DO PRODUTO "OPTIMUS HOME"
À LUZ DO DIREITO DAS TELECOMUNICAÇÕES, DO DIREITO DO
CONSUMIDOR E DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Solicita-nos a PT Comunicações, S.A. (adiante, "PTC") que, com carácter de urgência, nos pronunciemos sobre a comunicação do ICP-ANACOM relativa ao sentido provável da decisão relativamente ao pedido submetido pela NOVIS Telecom, S.A. ("NOVIS") em 7 de Dezembro último. O parecer debruçar-se-á sobre a questão em três perspectivas: direito das telecomunicações, direito do consumidor e direito da concorrência.

O pedido da NOVIS diz respeito a um serviço que foi descrito da forma seguinte no formulário entregue ao ICP-ANACOM:

«Serviço de comunicações fixo que utiliza a tecnologia GSM na componente de acesso local e a rede comutada fixa para o encaminhamento das chamadas. Os assinantes do serviço utilizarão um terminal GSM. Estes terminais terão associado um número de acesso de nível 2 (2xxxxxxx) e terão uma cobertura numa circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros. A NOVIS assegura a portabilidade dos números dentro do nível 2 de numeração. Os preços de retalho serão semelhantes aos preços do actual serviço telefónico acessível em local fixo.»

PARECER

PARTE I - A questão à luz do Direito das Telecomunicações

Contexto Regulatório

1. No dia 12 de Novembro de 2004, a NOVIS notificou o ICP-ANACOM, autoridade reguladora nacional no domínio das telecomunicações¹, nos termos do artigo 21.º da Lei das Comunicações Electrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro ("LCE"), de um serviço denominado "Optimus Home".

No dia 26 de Novembro de 2004, o ICP-ANACOM emitiu uma deliberação que interditou de imediato a comercialização do serviço Optimus Home com base nos fundamentos seguintes:

- O Optimus Home é um serviço que utiliza a rede móvel GSM da Optimus e portanto não pode ser prestado na "gama 2" de numeração do Plano Nacional de Numeração ("PNN") [a gama 2 está reservada ao serviço fixo de telefone];
- A NOVIS não pode portar números de clientes de outros prestadores (de serviço telefónico fixo) para o Optimus Home (serviço móvel) porque a portabilidade de operador não se aplica a serviços distintos.

2. Na sequência desta deliberação, a NOVIS apresentou uma nova notificação, no dia 7 de Dezembro de 2004, relativa ao

¹ ICP - Autoridade Nacional de Comunicações, S.A., (doravante, "ICP-ANACOM"), criado pelo Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de Julho, cuja

Optimus Home (objecto da comunicação relativa ao sentido provável da decisão, que aqui se dá por integralmente reproduzida).

Após análise da nova notificação, verifica-se que só há uma alteração relativamente à descrição do serviço notificado no dia 12 de Novembro de 2004:

- A área de cobertura do terminal passa a ser uma circunferência com um raio de, aproximadamente, 2 000 metros (o serviço notificado a 12 de Novembro tinha uma área de cobertura equivalente à área respectiva como definida no PNN, por exemplo, um terminal com número 21xxxxxx, teria cobertura na zona de Lisboa tal como definida no PNN).

De resto, o serviço deixa de ser descrito como um serviço "convergente fixo-móvel" e passa a ser designado como serviço fixo de telefone ("SFT").

A este respeito, releve-se que o sentido provável da decisão contém uma determinação no sentido de a NOVIS apresentar informação para os utilizadores relativamente à zona de cobertura do serviço e das limitações relacionadas com a localização do utilizador nas chamadas realizadas para o 112.

3. Verificamos que os pressupostos que, de acordo com o ICP-ANACOM, determinaram a decisão de 26 de Novembro de proibir a comercialização do Optimus Home - utilização da rede GSM da OPTIMUS - ainda se verificam.

actual designação, estrutura e atribuições constam do Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro.

Com efeito, o facto de a área de cobertura do serviço ser definida de forma diversa (tendencialmente, a área de cobertura será menor) não altera o facto de o serviço continuar a utilizar a rede GSM da OPTIMUS.

Neste sentido, o sentido provável da decisão de 10 de Dezembro de 2004 não é coerente com a deliberação de 26 de Novembro de 2004. Das duas uma: ou o ICP-ANACOM está a reconhecer que tomou uma decisão incorrecta a 26 de Novembro e, neste caso, deveria revogar expressamente a deliberação de 26 de Novembro; ou o ICP-ANACOM prepara-se agora para emitir uma deliberação ilegal.

Serviço fixo ou serviço móvel?

4. Cumpre averiguar se a utilização de uma rede de comunicações móveis (tecnologia GSM) pode ser utilizada no âmbito da prestação de um serviço de comunicações fixo.

5. Não obstante o princípio da neutralidade tecnológica - a tecnologia utilizada não pode ter repercussões aos nível da regulação das redes e dos serviços -, a distinção entre serviços de comunicações fixos e móveis continua a ter relevância.

O próprio ICP-ANACOM invocou, na sua deliberação de 26 de Novembro e na recente comunicação de 10 de Dezembro sobre o sentido provável da decisão, definições de serviço móvel terrestre (SMT).

A relevância da distinção deve-se ao facto de os dois serviços estarem sujeitos a regras diferentes. De facto, o SMT utiliza necessariamente frequências, dependentes da

atribuição de direitos individuais de utilização. No caso da OPTIMUS, esta atribuição resulta da licença n.º ICP-014/TCM, concedida na sequência de um concurso público, aberto pelo Despacho MEPAT de 9 de Julho de 1997, publicado no D.R., 2ª Série, de 15 de Julho de 1997.

6. Assinale-se que o princípio da neutralidade exige que o mesmo serviço seja regulado da mesma forma sendo irrelevante a tecnologia utilizada; mas isto não significa que todos os serviços devem ser tratados da mesma forma.

Como exemplo das diferentes obrigações aplicáveis aos diferentes serviços, refira-se apenas que a licença da OPTIMUS impõe determinadas obrigações específicas de cobertura do território nacional, de garantia de qualidade do serviço e de pagamento de taxas de utilização do espectro radioelétrico.

Relativamente às redes e serviços de comunicações fixos, assinale-se que estes estão obrigados a assegurar a integridade das respectivas redes e a disponibilidade das redes e serviços em situações de emergência (artigo 49.º da LCE).

7. Ora, resulta da descrição do Optimus Home que **este serviço não é um serviço de comunicações fixas**. Isto porque um serviço de comunicações fixas implica a existência de um ponto de acesso à rede num local fixo.

No entanto, o ponto de acesso à rede no Optimus Home é um terminal móvel (GSM). Por definição o utilizador deste serviço poderá fazer e receber chamadas em qualquer local onde se encontre.

O facto de a mobilidade do serviço ser reduzida (circunscrita a uma área geográfica) não altera este facto: o ponto de acesso é móvel.

8. Aliás, refira-se que a afirmação contida na notificação da NOVIS segunda a qual o serviço

*«garante aos consumidores cobertura numa circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros, à **semelhança do que sucede com outras tecnologias wireless**» (sublinhado nosso)*

é um contra-senso.

As outras invocadas "tecnologias wireless", como por exemplo, o Wi-Fi, o Bluetooth, o DECT, o FWA, **são todas tecnologias utilizadas em redes de comunicações fixas**: um circuito radioelétrico de baixa capacidade permite a ligação ao ponto de terminação de rede fixo.

O ICP-ANACOM parece confundir o "equipamento terminal (sem fios)" com o "ponto de acesso à rede". O que define um serviço móvel é, perdoe-se a tautologia, a sua mobilidade. A mobilidade (reduzida) não pode ser confundida com a utilização de um terminal sem fios num ponto de acesso **num local fixo**.

Ou seja, muito embora a funcionalidade do serviço aproxime-se da funcionalidade de um serviço de comunicações fixo com a redução da mobilidade, **não há um acesso num local fixo.**

9. Aspecto revelador da existência de um serviço móvel é o facto de o ICP-ANACOM determinar que a utilização de terminais GSM pela NOVIS está sujeita a uma taxa de utilização do espectro. Concretamente, está sujeita à taxa de € 2,78 por cada estação móvel (terminal GSM), identificada pelo código 22107, inserida na secção aplicável ao Serviço Móvel Terrestre das Taxas de Radiocomunicações, aprovadas pela Portaria n.º 1047/2004, de 16 de Agosto.

10. Os aspectos alegados pelo ICP-ANACOM (mas não demonstrados) sobre o efeito pró-competitivo do Optimus Home não justificam o atropelamento da distinção entre os serviços móveis e fixos.

11. A NOVIS notificou um serviço caracterizando-o como um serviço fixo quando, de facto, se trata de um serviço móvel.

O facto de o Optimus Home utilizar elementos de rede fixa (da NOVIS) e de a interligação ser feita através da NOVIS, não altera o facto de se tratar de uma rede de comunicações que utiliza a tecnologia GSM, que é constituída por estações de base e estações móveis. Nada impede que uma rede de comunicações móveis utilize elementos de rede fixa (como, por exemplo, circuitos alugados de operadores de redes de comunicações fixas), como, de resto, é o caso da rede da OPTIMUS.

Neste sentido, a notificação efectuada pela NOVIS a 7 de Dezembro configura uma fraude à lei.

12. O objectivo pretendido pela NOVIS e OPTIMUS é evidente. A NOVIS atribui blocos de numeração da gama 2 aos terminais GSM, que se tornam em pontos de acesso móveis travestidos de fixos e, desta forma, evita os custos elevados da terminação fixo-móvel. Refira-se, a propósito, que os custos de terminação fixo-móvel na rede OPTIMUS são os mais elevados do mercado.

13. É verdade que os dois operadores envolvidos, NOVIS e OPTIMUS, são titulares das licenças necessárias para assegurar as diferentes componentes do Optimus Home: a OPTIMUS é titular de uma licença de SMT (rede GSM, cartões SIM) e a NOVIS é titular de uma licença de SFT (blocos de numeração da gama 2 e acordos de interligação em vigor com os restantes operadores).

No entanto, o serviço não pode ser caracterizado como um serviço de comunicações fixo. O serviço utiliza a rede GSM, o que, aliás, foi correctamente identificado pelo ICP-ANACOM na sua deliberação de 26 de Novembro.

14. A distinção entre acesso e interligação realizada pelo ICP-ANACOM na comunicação relativa ao sentido provável da decisão é falaciosa. O ICP-ANACOM parece defender que não existe interligação entre a NOVIS e OPTIMUS (ao invés, existiria um acordo de acesso) porque a NOVIS estaria apenas a utilizar a capacidade de transmissão da rede da OPTIMUS e, portanto, a NOVIS não estaria a realizar uma ligação física e lógica entre a sua rede e a rede da OPTIMUS.

Ora, as chamadas são terminadas pela OPTIMUS num terminal GSM, que utiliza um **cartão SIM registado na rede da OPTIMUS**. Não é sustentável, por isso, a afirmação de que é a NOVIS que realiza a terminação das chamadas.

15. Questão fulcral é a de saber se a OPTIMUS pode utilizar a sua rede para este efeito. De facto, a licença da OPTIMUS tem por objecto a prestação do SMT.

Ora, na comunicação do sentido provável da decisão, o ICP-ANACOM autoriza a OPTIMUS a utilizar as suas frequências para a prestação de serviços de voz em local fixo (?) pela NOVIS, o que configura uma alteração da licença da OPTIMUS.

Somos da opinião que este tipo de alteração não faz sentido. A utilização da rede GSM no âmbito de um serviço com características menos completas e inovadoras do que o serviço "normal" da OPTIMUS, dispensado dos valores mínimos de qualidade prescritos pela licença GSM, contribui de forma negativa para o desenvolvimento da sociedade da informação e para a disponibilização de serviços de elevada qualidade para os utilizadores, atribuições legais do ICP-ANACOM.

Numeração

16. Questão diversa diz respeito à numeração, cuja utilização está sujeita a atribuição de direitos individuais. Na sua deliberação de 26 de Novembro o ICP-ANACOM decidiu que a NOVIS não poderia utilizar números da gama 2 para um serviço de comunicações móveis.

17. Refira-se que o PNN distingue os serviços fixos (2xxxxxxx), que utiliza números geográficos, do SMT (9xxxxxxx), que utiliza números não geográficos.

Como foi explicado, a natureza móvel do serviço não foi alterada pelas alterações comunicadas pela NOVIS a 7 de Dezembro.

Por esta razão, a desconformidade com o PNN mantém-se.

Isto porque, ao invés do que é agora afirmado pelo ICP-ANACOM, **a redução da área de cobertura não transforma um ponto de acesso móvel num ponto de acesso fixo.**

18. Existe ainda um pressuposto de facto incorrecto. O ICP-ANACOM refere que o serviço «*apresenta-se com uma base geográfica definida*». Muito embora a restrição da mobilidade contribua para a tentativa de criação de uma base geográfica, não é verdade que esta esteja definida. Com efeito, na comunicação enviada pela Sonaecom ao ICP-ANACOM no dia 9 de Dezembro de 2004 é expressamente admitido que a restrição da cobertura é um exercício técnico de elevada complexidade e difícil concretização.

Aliás, este facto não é surpreendente, pois a tecnologia foi concebida para ser um meio móvel de comunicação.

Por esta razão, a utilização de números da gama 2 é totalmente destituída de sentido. E aqui, a alteração da fundamentação do ICP-ANACOM revela-se deveras surpreendente. Esta entidade vem agora dizer (depois de ter decidido que existia uma violação do PNN) que a NOVIS pode utilizar a gama 2 «*desde que a mobilidade associada ao*

terminal seja apenas a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo».

Ora, insista-se, **não há um acesso num local fixo**. O acesso é realizado através de um terminal GSM móvel na área abrangida pela estação de base em que o utilizador se encontra. O facto de a OPTIMUS (pois é a OPTIMUS que tem esta capacidade) limitar a mobilidade ao desactivar o terminal quando este se movimenta para fora da área de cobertura da estação de base relevante não altera a natureza móvel do acesso.

Neste sentido, a utilização da gama 2 desvirtua por completo o PNN. A distinção dos serviços e a utilização de números geográficos e não geográficos deixa de fazer sentido.

Concretamente, a utilização de números da gama 2 para o Optimus Home viola a regra contida na alínea c) do número 2 do artigo 17.º da LCE, segundo o qual a atribuição de recursos de numeração deverá ser realizada de acordo com procedimentos transparentes.

19. Adicionalmente, há uma utilização ineficiente de um recurso escasso. Isto porque o funcionamento do serviço implica o registo de cartões SIM na rede da OPTIMUS, que tem associados números da gama 9 (93xxxxxxx), que funcionam como "dummy numbers" porque os utilizadores apenas se apercebem do número da gama 2 associado a esse terminal. Neste sentido, o serviço implica a utilização de 2 números para um único ponto de acesso à rede.

É o ICP-ANACOM que tem competência para elaborar o PNN e, neste sentido, pode realizar alterações ao mesmo, desde que

sejam respeitados os princípios de transparência e consulta dos interessados. No entanto, o ICP-ANACOM não pode violar o PNN por si elaborado.

Portabilidade

20. Questão relacionada diz respeito à portabilidade dos números. De acordo com a descrição do serviço, a NOVIS afirma que os números dos actuais clientes da PTC podem ser portados para a NOVIS.

Ora, só existe portabilidade, nos termos do artigo 54.º da LCE, no âmbito do mesmo serviço, condição esta que não existe na presente situação. Como foi explicado supra, o Optimus Home não integra o SFT, pelo que os números da PTC não podem ser portados para a NOVIS no âmbito do Optimus Home.

Conclusão preliminar

21. O serviço Optimus Home não pode ser prestado nos moldes notificados porque, na medida em que não configura um SFT, há uma fraude à lei.

PARTE II - A questão à luz do Direito do Consumidor

22. Para efectuar uma análise, à luz do direito do consumidor, do sentido provável da decisão a ser adoptada pelo ICP-ANACOM, no que concerne ao produto Optimus Home, cumpre, em primeiro lugar aferir qual o papel desta entidade no que toca à protecção do consumidor de serviços

de comunicações electrónicas. Por outro lado, dever-se-á analisar em que termos é que o ICP-ANACOM actua e quais as consequências desta actuação face ao consumidor.

23. Nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º da LCE, é um objectivo de regulação das comunicações electrónicas, a prosseguir pelo ICP-ANACOM, «defender os interesses dos cidadãos, nos termos da presente lei».

Preenchendo este conceito, dá-nos o n.º 4 do mesmo artigo, vários exemplos de como deverá esta entidade garantir tal defesa, nomeadamente:

«Assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores no seu relacionamento com as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas (...)» (alínea b)); e,

«Promover a prestação de informações claras, exigindo, nomeadamente, transparência nas tarifas e nas condições de utilização dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.» (alínea d)).

24. Também no âmbito da função fiscalizadora dos seus regulados, deverá o ICP-ANACOM velar pelo cumprimento, por parte dos operadores, de todas regras destinadas a proteger os utilizadores finais dos serviços em questão. Desta forma, destaque-se a seguinte condição para o exercício da actividade que pode ser imposta às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas:

«Regras de protecção dos consumidores específicas do sector das comunicações electrónicas,

incluindo condições em conformidade com a seguinte lei.» (alínea j) do n.º 1 do artigo 27.º da LCE)

Do exposto, decorre claramente a **obrigação específica do ICP-ANACOM de proteger os consumidores de serviços de comunicações electrónicas**. Adicionalmente, é a própria LCE que vem afirmar que há condições e regras aplicáveis aos prestadores de serviços que têm como objectivo a protecção do consumidor.

25. Desta forma se compreende o contexto da deliberação do ICP-ANACOM, de 26 de Novembro de 2004, que veio determinar à NOVIS a interdição imediata da comercialização do serviço Optimus Home, bem como a adopção de medidas que prevenissem a continuidade da sua publicitação ao público por qualquer meio.

Recordem-se os argumentos que, na perspectiva da lesão dos direitos e interesses dos utilizadores do serviço, levaram a que o serviço Optimus Home fosse considerado ilegal. Na perspectiva daquela deliberação, o serviço apresentado como "convergente fixo-móvel", apresentaria todas as características e funcionalidades essenciais de um serviço móvel, e não de um serviço fixo de telefone; ao mesmo tempo, tal serviço propunha-se a utilizar um número geográfico correspondente/associado a um serviço telefónico acessível ao público em local fixo; e, conjugando estes dois factores, existiria uma desprotecção dos potenciais utilizadores daquele serviço.

Será de destacar que a desconformidade deste serviço com normas atinentes à protecção dos consumidores era, na perspectiva do ICP-ANACOM, tão grave que justificou a

preterição do acto procedimental de audiência dos interessados, i.e., que tendo em conta os valores em causa, existia uma justificação para não ser garantido o **princípio do contraditório** aos interessados na prestação do serviço Optimus Home.

26. É nosso entendimento que tal deliberação, proibindo a utilização deste serviço, foi estruturada numa vertente prática fundamental de protecção do consumidor e na manutenção da segurança jurídica, criando uma relação entre as normas violadas e a sua função última de protecção do consumidor.

27. Ora, não apenas decorrente do **princípio da igualdade**, mas também da ideia de segurança jurídica na actuação administrativa, está a obrigação da autovinculação da Administração à conduta que haja adoptado antes, com o intuito de fazer face a situações iguais às que são, em momento posterior, objecto de procedimento.

Esta ideia de "regra do precedente" na Administração depende da verificação de determinados requisitos. Analisemos, então a presente situação, tendo em conta tais requisitos tal como enunciados por Mário Esteves de Oliveira e Outros ("Código do Procedimento Administrativo Anotado", 2ª Edição, pp. 101 e ss.):

- **Identidade subjectiva** - A deliberação de 26 de Novembro de 2004 e o sentido provável da deliberação que é agora objecto de análise, não apenas são proferidas pela mesma entidade administrativa, o ICP-ANACOM, como são destinadas a regular a situação concreta de um Particular, seu administrado;

- **Identidade objectiva** - Os elementos objectivos das duas situações submetidas à apreciação por parte do ICP-ANACOM, conforme foi já objecto de análise no presente parecer, em nada variam nas suas características fundamentais, i.e., o serviço Optimus Home continuará a utilizar uma rede GSM e uma numeração própria do SFT (não nos parecendo relevante, senão para pior, a nova denominação do serviço - de "convergente fixo-móvel" para "fixo" - como adiante melhor explicaremos);

- **Identidade normativa** - Na situação em análise, não apenas são os dois serviços Optimus Home enquadráveis na disciplina jurídica das telecomunicações, como são enquadráveis precisamente nas mesmas questões dentro da área do Direito das Telecomunicações, i.e., definição legal de SFT e de SMT, possibilidade de utilização de uma rede móvel para prestação de um serviço de SFT e, no âmbito desta última, as regras legais vigentes atinentes à numeração, portabilidade, protecção do consumidor, etc.

28. Tendo em conta que nenhuma das normas invocadas naquela deliberação foi alterada, entre 26.11.2004 e o sentido provável da nova deliberação, de 10.12.2004, isto significará, por um lado, que o ICP-ANACOM deixou de considerar, ao arrepio das regras constantes da LCE supra mencionadas, que as normas que o serviço Optimus Home desrespeitava teriam uma vertente de protecção ao consumidor.

29. Adicionalmente, reparamos que, no seu projecto de deliberação, o ICP-ANACOM não contraria quaisquer dos fundamentos invocados na anterior deliberação no que toca aos utilizadores finais do serviço mas, tão-somente,

analisa a questão do ponto de vista da «transparência na informação aos utilizadores».

Não se nos afigura aceitável, por motivos de respeito da segurança jurídica e das expectativas legítimas dos consumidores, o entendimento de que tais regras possam ser "ultrapassadas", se convenientemente documentado o consumidor do carácter excepcional deste serviço relativamente aos restantes serviços oferecidos pelos restantes operadores que foram criados em compatibilidade com o normativo em vigor.

Aliás, o sentido provável da decisão não fornece qualquer informação sobre como esta comunicação deverá ser veiculada pela NOVIS, pelo que existe o risco de a NOVIS incluir um texto de estilo norte-americano (*disclaimer*) na embalagem do Optimus Home que ninguém lerá.

30. Por um lado, será relevante realçar que a decisão constante da deliberação (revogada implicitamente?) não assentou em qualquer margem de apreciação da conveniência daquele serviço, por parte do ICP-ANACOM, mas sim na sua interpretação das normas aplicáveis. Pelo que nunca seria fundamento bastante, por total incoerência, a aceitação deste serviço pelo facto de o mesmo contribuir «para o desenvolvimento da concorrência» ou o «aumento da diversidade de ofertas disponíveis aos utilizadores», ainda que o mesmo não seja compaginável com as regras actuais em vigor.

31. Por outro lado, é de fundamental importância esclarecer que a protecção do consumidor médio não se basta com a informação, por parte do prestador de serviços, «que o serviço em causa não é idêntico aos serviços de voz

tradicionalmente prestados através de meios físicos em local fixo», tendo igualmente o ICP-ANACOM um papel preponderante na informação que presta ao público, bem como na aplicação prática das regras que cria.

32. Com efeito, ao afirmar que a NOVIS deverá assegurar que os seus consumidores tenham a clara percepção da diferença entre os «*tradicionais serviços fixos*» e o serviço proposto e, ao mesmo tempo, a qualificar o serviço Optimus Home como um «*serviço fixo de telefone*», o ICP-ANACOM está a admitir que o conceito dos consumidores de SFT já não corresponde à mesma realidade e, conseqüentemente, a criar uma grave instabilidade na confiança dos consumidores quanto ao tipo de serviço que podem adquirir, bem quanto à entidade que regula o mercado das comunicações electrónicas.

33. Do ponto de vista do consumidor, aliás, cremos que a alteração da denominação do serviço de Optimus Home de "*convergente fixo-móvel*" para "*SFT*" apenas vem acentuar a desprotecção dos consumidores: na primeira denominação seria mais provável o consumidor médio compreender que o serviço proposto não substituiria totalmente o tradicional serviço de telefone fixo; na segunda denominação, o consumidor médio apenas se aperceberá das verdadeiras diferenças através da informação prestada pelo respectivo prestador.

34. Principalmente, consideramos que as diferenças entre «*os tradicionais serviços fixos*» e o «*novo serviço fixo*» são extremamente importantes. Senão veja-se:

Qualidade expectável do produto

35. É o próprio ICP-ANACOM que reconhece que o serviço Optimus Home nunca irá assegurar um nível de qualidade áudio idêntico ao prestado no SFT e que não se consegue garantir que o serviço tem sempre cobertura na morada onde o utilizador pretende utilizar o terminal. Com efeito, e de forma sumária, é sabido que o SFT detém uma qualidade áudio superior à prestada através de um serviço de SMT.

Aliás, e ainda neste ponto, refira-se que o novo serviço Optimus Home, não só não terá este tipo de qualidade áudio, como também escapará, através da denominação utilizada, às condições específicas obrigatórias de qualidade, constantes das licenças de SMT (utilização de GSM). Veja-se, a este exemplo, a licença de SMT da OPTIMUS:

«12.º - De acordo com o faseamento de cobertura referido no artigo 10.º, a OPTIMUS - TELECOMUNICAÇÕES, S.A. fica obrigada a garantir os valores mínimos de qualidade do SMT nos seguintes termos:

a) Tempo de admissão ao serviço, entendido este como o tempo máximo para poder usufruir do serviço uma vez solicitado pelo cliente: 15 minutos;

b) Grau de disponibilidade do serviço, entendido este como a percentagem de tempo ao longo do ano em que a rede se encontra disponível, em função das áreas de cobertura definidas ao longo do tempo: 99,977%.»

Ou seja, a qualidade do serviço Optimus Home, característica essencial para efeitos da informação do consumidor, não só é inferior ao "tradicional" serviço SFT, como também se poderá vir a revelar inferior, por falta de regulação específica, a um serviço de SMT.

36. É, naturalmente, duvidoso que a comunicação efectuada pela Novis sobre o seu serviço reflecta de forma clara esta diferença de qualidade, já que o seu interesse será sempre a promoção do mesmo.

Potencialidades tradicionalmente inerentes ao SFT

37. Decorrente de várias décadas de utilização do SFT e das consequentes evoluções tecnológicas do mesmo, o consumidor associa ao SFT, designadamente, as seguintes potencialidades:

- Voicemail;
- Identificação de linha chamadora;
- Telecópia;
- Acesso à Internet (*Dial-up*, RDIS e xDSL)
- Selecção chamada a chamada; e,
- Pré-selecção;

38. Ora, o facto é que o **serviço Optimus Home, que se apresenta como SFT**, assegura apenas o serviço de *voicemail* (prestado pela OPTIMUS) e a identificação da linha chamadora, **não conseguindo garantir nenhuma das restantes potencialidades acima referidas.**

39. Como facilmente se percebe, a natureza de "parente pobre" do SFT dificilmente será comunicada, de forma adequada, pela NOVIS ao consumidor. Uma vez mais, o interesse da NOVIS é o da promoção do seu serviço.

40. Deve pois concluir-se, também por isto, que a publicidade do Optimus Home, tal como apresentada até

agora, se afigura claramente enganosa, em contravenção directa ao disposto no n.º 2 do artigo 60.º da Constituição.

Segurança decorrente do SFT

41. O SFT apresenta ainda uma outra característica que um serviço baseado numa rede de GSM não poderá repetir - a independência relativamente à necessidade de alimentação eléctrica - com efeito, embora seja esta uma qualidade pouco reconhecida no dia a dia dos consumidores de SFT, certo é que em situações de emergência e falha de electricidade (veja-se, por exemplo, um caso de incêndio, em que a luz falhe), o Serviço Optimus Home não conseguirá, pela limitação das baterias dos telefones móveis, substituir-se ao SFT.

Deveria, também, ser expressamente alertado ao consumidor para a falta desta característica do Serviço Optimus Home.

Identificabilidade do serviço / prestador

42. Ao adquirir um serviço denominado "Optimus Home", o consumidor médio pressuporá, evidentemente, que está a contratar com a OPTIMUS, e não que está a celebrar um contrato com a NOVIS e provavelmente ficará surpreendido quando receber facturas desta empresa.

43. Mais, a questão de identificabilidade do prestador do serviço torna-se tanto mais relevante quanto a marca OPTIMUS é universal e exclusivamente associada a um serviço

móvel. Consequentemente, ou existirá uma presunção, por parte do destinatário da promoção do serviço, de que a OPTIMUS entrou no mercado do SFT, ou então de que o SFT é uma espécie de móvel, daqui resultando uma total confusão por parte do consumidor entre os conceitos de SFT e SMT.

44. Finalmente, e ainda na perspectiva de comparação entre o serviço SFT e o serviço Optimus Home, deverá ser referida a publicidade que tem vindo a ser efectuada na promoção do Serviço Optimus Home.

A este respeito, pese embora a deliberação do ICP-ANACOM de 26 de Novembro de 2004, cumpre afirmar que, apenas no que respeita à publicidade televisiva, foi cumprida aquela Deliberação.

45. O conceito de publicidade, tal como se encontra no n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade², aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, é:

«qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de:

- a) Promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços;*
- b) Promover ideias, princípios iniciativas ou instituições.»*

Neste sentido, o Serviço Optimus Home continua a ser publicitado.

² Com a última redacção resultante do Decreto-Lei n.º 224/2004, de 4 de Dezembro.

46. Na publicidade televisiva efectuada, onde é criada uma imagem de "monstro PT" em comparação com o novo serviço Optimus Home, verificamos que um dos principais argumentos utilizados pelos promotores é a alegada vantagem de aquisição deste novo serviço, por não obrigar a uma assinatura mensal.

Ora, antes de mais, e tendo em conta o exposto, vimos já que os serviços SFT e Optimus Home não são comparáveis, por não responderem às mesmas necessidades e terem características e potencialidades distintas. Isto resulta na ilicitude da publicidade comparativa efectuada, nos termos do artigo 16.º do Código da Publicidade³.

47. Mas mesmo que nos ativésemos à questão da desnecessidade de assinatura no âmbito do Serviço Optimus Home, ainda assim teríamos de chegar à mesma conclusão, visto que esta publicidade se revela completamente enganadora, do ponto de vista da protecção do consumidor.

Com efeito, o Serviço Optimus Home, não requerendo assinatura por parte dos seus utilizadores, obriga ao carregamento (consumo) mínimo obrigatório mensal de € 12,50, valor este muito semelhante ao valor da assinatura mensal da PTC, que será perdido caso não sejam realizadas as chamadas correspondentes num período determinado (6 meses).

Ora, o carregamento obrigatório de um cartão não é idêntico ao consumo desonerado do serviço. De facto, analisando as consequências práticas entre a utilização de um serviço que requer assinatura e de um outro que requer carregamentos

³ Na redacção resultante do Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de Setembro.

obrigatórios e periódicos, verifica-se que, em ambos os casos, existe um custo fixo, quer se utilize o serviço ou não.

Aliás, no caso do serviço Optimus Home, este custo - publicitado como uma vantagem - traduz-se numa perda de benefício quando não são gastos os montantes carregados.

48. Ou seja, verificamos que a promoção deste serviço se tem alicerçado numa comparação de serviços idênticos - que não o são - e numa diferenciação numa característica específica, enganadoramente mais positiva para o consumidor (a desnecessidade de assinatura) que, na prática, não se traduz numa vantagem apreciável para o consumidor.

Conclusões preliminares

49. Tendo em conta o exposto, consideramos que a forma como este serviço foi introduzido no mercado e vai manter-se, caso o sentido provável da Deliberação do ICP-ANACOM venha a ser sufragado, viola frontalmente os direitos dos consumidores e os princípios que devem reger este instituto.

Nomeadamente, consideramos que existe uma clara insuficiência na informação que deve ser satisfeita ao público, bem como um potencial entendimento do ICP-ANACOM, que gerará, naturalmente, nos utilizadores finais, uma expectativa de identidade entre os serviços SFT e Optimus Home, que não existe.

A publicidade do produto Optimus Home, tal como tem existido e persistido no mercado, afigura-se enganosa,

sendo por isso contrária ao Código da Publicidade e à própria Constituição da República.

Em particular, a ser considerado admissível o produto Optimus Home, o que só por absurdo se admite venha a suceder, sugere-se que sejam desencadeadas, designadamente junto do Instituto do Consumidor, as diligências necessárias a assegurar o cumprimento da legislação relativa a publicidade de bens e serviços, designadamente pelo decretamento das medidas cautelares que se afigurem adequadas à protecção dos direitos e interesses dos consumidores.

PARTE III - A questão à luz do Direito da Concorrência

Contexto regulatório da concorrência nas telecomunicações

50. O sector das telecomunicações, como qualquer outro, está hoje plenamente submetido ao direito da concorrência, tanto nacional (n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, "Lei da Concorrência") como comunitário (artigos 81.º e 82.º do Tratado da Comunidade Europeia, "CE").

51. É certo que a legislação específica das telecomunicações tem também relevo jusconcorrencial, desde logo porque é significativamente orientada para e pelo valor da livre concorrência, o que constitui uma característica marcante do novo quadro regulamentar comunitário e de que a LCE constitui o principal elemento de implementação normativo no espaço jurídico nacional.

Pode recordar-se, a propósito, que o novo quadro normativo comunitário contém, como princípio director, o da submissão da regulamentação das telecomunicações ao espírito e

princípios fundamentais do ordenamento jurídico da concorrência. De facto, toda a regulação aparece marcada pela teleologia jusconcorrencial e o seu objectivo último parece ser, numa fórmula feliz, o de **«allow antitrust remedies to be the only ones needed in the long term»** (Mario Monti)⁴.

Isso mesmo é reforçado pela referência ao conjunto de princípios e objectivos gerais, designadamente de carácter regulatório, expressos na Directiva Quadro⁵ (artigo 8.º) e que poderemos, sinteticamente, resumir do seguinte modo:⁶

- Promoção da concorrência ao nível da procura e da oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, bem como de recursos e serviços conexos;
- Protecção dos consumidores e dos seus direitos individuais e contratuais;
- Não discriminação;
- Transparência;
- Neutralidade tecnológica⁷, segurança e integridade das redes.

⁴ Discurso de 26 de Janeiro de 2004 ao *European Regulators Group Hearing on Remedies* (www.europa.eu.int/rapid).

⁵ Directiva n.º 2001/21/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 - JO, L 108, de 24.4.2002, pp. 33.

⁶ Além de outros, extremamente relevantes, que resultam de diferentes directivas. Assim, por exemplo, o princípio da liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas (artigo 3.º da Directiva Autorização), submetida apenas, em termos gerais, a uma notificação e a uma autorização geral, cujo desrespeito, ainda que grave, só excepcionalmente pode conduzir à aplicação de sanções não pecuniárias de cariz administrativo (artigo 10.º da Directiva Autorização).

⁷ A neutralidade tecnológica não aparece como uma obrigação imperativa, mas apenas tendencial: «Os Estados membros deverão

52. O respeito pelas regras de defesa da concorrência é assegurado, em primeira-mão, pela Autoridade da Concorrência, instituída pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro (artigo 14.º da Lei da Concorrência). Esta garantia é prestada, contudo, em articulação com o regulador sectorial, impondo a legislação da concorrência (tanto o Decreto-Lei n.º 10/2003 como a Lei da Concorrência) o necessário respeito pelos mecanismos de articulação entre o regulador geral da concorrência (Autoridade da Concorrência) e o regulador sectorial, que é, no domínio em apreço, o ICP-ANACOM.

A articulação entre a Autoridade da Concorrência e o ICP-ANACOM rege-se pelo disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro, e, em particular, nos domínios que podem relevar para o presente parecer, pelo disposto nos artigos 15.º e 29.º da Lei da Concorrência.

Telecomunicações e direito da concorrência

53. Apesar de já não existir norma de redacção semelhante à do primitivo n.º 1 do artigo 16.º da Lei de Bases das Telecomunicações (Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto), segundo a qual eram

«(...) proibidas aos operadores de redes e prestadores de serviços de telecomunicações quaisquer práticas que falseiem as condições de concorrência ou que se traduzam em abuso de posição dominante»,

assegurar que as autoridades reguladoras nacionais (...) tomem na máxima conta que é desejável garantir a neutralidade tecnológica da

o certo é que a submissão geral do sector das telecomunicações à Lei da Concorrência deve conduzir ao mesmo exacto resultado.

Abuso de posição dominante

54. Importa ter presente que o direito da concorrência só poderia ser chamado a intervir na hipótese, que só por absurdo se poderá admitir, ainda que sempre sem conceder, de os argumentos relativos ao domínio regulatório e de protecção dos consumidores não porem em causa, como de facto põem, s.m.o., a legalidade do produto em causa.

55. Do ponto de vista do direito da concorrência, a questão que se colocaria seria, então e no essencial, a de saber se o lançamento e a exploração do produto em causa constituirá um abuso de posição dominante.

56. Numa análise superficial, é corrente afirmar-se, até ao presente momento, que a OPTIMUS, no domínio do serviço móvel de telefone, e a NOVIS, no domínio do serviço fixo de telefone (SFT), não dispõem de posição dominante nos mercados relevantes⁸.

Tal resultaria das suas quotas de mercado, mas também do facto de sofrerem uma significativa concorrência dos demais operadores no mercado, a Vodafone e a TMN, no domínio do

regulamentação» (artigo 8.º, n.º 1, § 2).

⁸ O ICP-ANACOM considera, no entanto, que todos os operadores de redes públicas telefónicas fixas têm poder de mercado significativo no fornecimento de serviços de terminação na sua própria rede (mercados 8 e 9 - Deliberação de Julho de 2004).

serviço móvel, e de um conjunto de empresas, com a PTC à cabeça, no domínio do SFT.

57. Contudo, impõe-se recordar, ainda que sucintamente e de forma genérica, alguns aspectos cruciais para a análise da questão.

Primeiro, que **uma posição dominante se afere em relação ao mercado relevante**, em termos de produto/serviço e em termos geográficos.

Segundo, que **uma posição dominante não resulta apenas - dir-se-á, nem sequer principalmente - de uma quota de mercado**, e muito menos de uma quota de mercado actual.

58. O conceito de "**posição dominante**", tal como é entendido no domínio do direito da concorrência⁹, por força da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (doravante, "TPI"), refere-se à circunstância de uma ou mais empresas gozarem

«de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos

⁹ Em geral, sobre o conceito, A. Jones/B. Sufrin, *EC Competition Law - text, cases and materials*, Oxford, 2001, pp. 260-321; Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 5.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2001, pp. 685-716; Richard Whish, *Competition Law*, 5.^a ed., Butterworths, Londres, 2003, pp. 152-166; J. Faull/A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, pp. 122-145. Em língua portuguesa, vide J. M. Caseiro Alves, *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*, Coimbra, 1989, pp. 68-76; ou, em termos gerais, M. Gorjão-Henriques, *Direito Comunitário*, 2.^a ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2003, pp. 472-476.

consumidores» (artigo 14.º, n.º 2, da Directiva Quadro).¹⁰

Para se concluir que uma ou mais empresas dispõem de uma posição dominante, impõe-se ter em conta um conjunto amplo de índices, não cumulativos, tais como:

- As quotas de mercado das diversas empresas intervenientes no mercado e a sua estabilidade ou flutuação ao longo do tempo, como é explicitado nas *Orientações sobre avaliação de PMS*¹¹;
- A existência de concorrentes potenciais;
- A existência de entraves à entrada no mercado, tais como aqueles que resultam de:
 - (i) Requisitos legislativos e regulamentares que limitam o número de licenças disponíveis ou a oferta de determinados serviços;
 - (ii) Elevados níveis de investimento inicial; ou
 - (iii) Necessidade de proceder a uma programação de capacidades a longo prazo para assegurar níveis mínimos de rentabilidade expectável;
- O "efeito de alavanca" que pode verificar-se quando a empresa está presente num mercado estreitamente associado, situação típica no sector das comunicações electrónicas;
- O controlo de uma infra-estrutura que se mostre difícil de duplicar;¹²

¹⁰ Para os índices, não cumulativos, de existência de uma posição dominante, v.g. Anexo II da Directiva Quadro.

¹¹ *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* - JO, C 165, de 11.07.2002, pp. 13, n.º 75.

¹² A tendência assumida é de se considerar preferível uma «infra-structure-based competition». O estudo da OVUM, *Barriers to competition in the supply of electronic communications networks and*

- Eventuais vantagens tecnológicas que atribuam uma superioridade nesse domínio;
- A falta ou o baixo nível de contrapoder dos compradores;
- O acesso facilitado ou privilegiado aos mercados de capitais/recursos financeiros;
- A diversificação de produtos/serviços (por exemplo, produtos ou serviços agrupados);
- A existência de economias de escala;
- Economias de âmbito (*economies of scope*);
- Integração vertical;
- Redes de vendas ou de distribuição altamente desenvolvidas;
- Barreiras à expansão, etc.

59. Ora, se fosse possível admitir como lícito o produto em causa, o que não é admissível senão num cenário absurdo, então afigurar-se-ia necessário analisar o produto e os mercados em que este procura ou se propõe operar, para determinar, à luz dos critérios económicos utilizáveis, **se as empresas em causa dispõem de uma posição dominante no mercado relevante**¹³ e se poderão estar a abusar da posição dominante.

*services - a final report to the European Commission, ECSC-EC-EAEC Brussels-Luxemburgo, Novembro 2003, pág. 14, afirma: «NRAs are constantly faced with the problem of trying to determine the proper relationship between measures designed to promote **infrastructure-based competition** and measures designed to promote **service-based competition**: where it is viable, **infrastructure-based competition is better than service based competition**» (sublinhado no original) (www.ovum.com).*

¹³ Em termos gerais, diga-se apenas que, do ponto de vista do mercado do produto, a jurisprudência dos tribunais comunitários entende que, para ser considerado como constituindo objecto de um mercado suficientemente distinto, o serviço ou o bem em causa deve poder ser individualizado por características particulares que o diferenciem de outros serviços ou bens a ponto de ser pouco intermutável com eles e sofrer a sua concorrência apenas de maneira pouco sensível (v. os

É certo que esta análise não poderá ser feita neste momento, considerando os escassos dados económicos disponíveis. Mas, de todo o modo, importa ter presente que, no direito da concorrência, a posição dominante e o abuso podem produzir-se no mesmo mercado ou em mercados conexos, mesmo que nestes últimos a empresa não disponha de posição dominante¹⁴.

60. À luz dos elementos disponíveis, parece poder, desde já, concluir-se que:

acórdãos do Tribunal de Justiça de 11.4.1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro*, 66/86, Colect., I-803, n.ºs 39 e 40, e de 14.2.1978, *United Brands c. Comissão*, 27/76, Colect. 1978, p. 277, n.ºs 11 e 12, e o acórdão do TPI de 12.12.1991, *Hilti c. Comissão*, T-30/89, Colect., II-1439, n.º 64). Neste quadro, o grau de intermutabilidade entre produtos deve ser avaliado em função das características objectivas destes, bem como em função da estrutura da procura, da oferta no mercado e das condições de concorrência (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 9.11.1983, *Michelin c. Comissão*, 322/81, Recueil, p. 3461, n.º 37, e o acórdão do TPI de 6.10.1994, *Tetra Pak c. Comissão*, cit., n.º 63).

¹⁴ Acórdão do TPI de 6.10.1994, *Tetra Pak International SA c. Comissão (Tetra Pak II)*, T-83/91, Colect., II-755, n.º 122, onde o Tribunal declarou: «*Resulta do conjunto das considerações precedentes que, no contexto do caso em apreço, as práticas aplicadas (...) nos mercados não assépticos são susceptíveis de ficar abrangidas pelo artigo 86.º do Tratado, sem que seja necessário provar a existência de uma posição dominante nestes mercados isoladamente considerados, na medida em que a proeminência desta empresa nos mercados não assépticos, combinada com os laços estreitos de conexão entre estes mercados e os mercados assépticos, conferia (...) uma independência de comportamento relativamente aos outros operadores económicos presentes nos mercados não assépticos, capaz de justificar a sua responsabilidade particular, nos termos do artigo 86.º, na manutenção de uma concorrência efectiva e não falseada nestes mercados*». Esta jurisprudência foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, em sede de recurso, em acórdão de 14.11.1996 (C-334/94 P, Colect., I-5951) e, posteriormente, no acórdão de 16.3.2000, *Compagnie Maritime Belge*, C-395/96 P e 396/96 P, Colect. I-1365, n.º 114.. Vide ainda o acórdão do Tribunal de Justiça de 6.3.1974, *ICI e Commercial Solvents c. Comissão*, 6/73 e 7/73, Colect., I-119, n.º 22, e, por último, o acórdão do TPI de 17.12.2003, *British Airways c. Comissão*, T-219/99, n.º 127 (ainda não publicado).

- 1) A aceitação da licitude desta **oferta da OPTIMUS/NOVIS constituiria uma revolução no domínio do mercado das telecomunicações que não respeita o quadro regulamentar sectorial em vigor** (o que já foi supra analisado, nas Partes I e II do presente parecer);
- 2) Se, por absurdo, a licitude do produto em causa fosse admissível, impor-se-ia uma análise do mercado ou mercados relevantes, do ponto de vista geográfico e do produto/serviço, para averiguar sobre a existência de uma **posição dominante** no mercado; e
- 3) Impor-se-ia considerar se a ou as empresas em causa, ao oferecer(em) o produto nas condições em que o faz(em), estará (estarão) a **abusar** dessa posição dominante.

61. Para lá de outros problemas que uma análise económica e jurídica poderia revelar¹⁵, afigura-se ainda adequado recordar que, como entendem em uníssono a lei, a doutrina e a jurisprudência constante dos tribunais comunitários e nacionais, as condições de comercialização de um produto por parte de uma empresa em posição dominante podem configurar, com toda a probabilidade, abusos de uma posição dominante no mercado, mesmo se, quando praticadas por empresas sem posição dominante, sejam totalmente legítimas.

Tal é ainda agravado quando, como parece ser o caso, as mesmas práticas têm o **objectivo ou efeito de eliminar ou de**

¹⁵ Com vista à celebração de um tal acordo, poderia ainda ser exigida a publicitação das condições financeiras sobre que assenta a cooperação entre a Novis e a Optimus, pois qualquer forma de subsídio cruzado constituirá igualmente violação das regras da contabilidade analítica.

afectar a posição concorrencial de terceiros nesse mercado¹⁶ ou num mercado conexo.

62. Ora, à luz da Lei da Concorrência (artigo 6.º) e do artigo 82.º CE, os abusos de posição dominante são peremptoriamente proibidos e não podem, em caso algum, ser justificados ou autorizados, por qualquer autoridade pública, e isto mesmo que pudessem ser objecto de um qualquer "balanço económico" favorável.

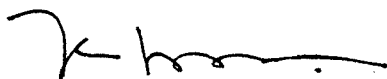
PARTE IV - CONCLUSÕES

- A. O serviço Optimus Home não pode ser prestado nos moldes notificados porque, na medida em que não configura um SFT, constitui uma fraude à lei.
- B. O Optimus Home viola frontalmente os direitos dos consumidores, nomeadamente, existe uma clara insuficiência na informação que deve ser comunicada aos utilizadores.
- C. Adicionalmente, a publicidade do produto Optimus Home é ilegal por enganosa e por não respeitar as regras aplicáveis à publicidade comparativa.
- D. Se, por absurdo, fosse possível reconhecer a legalidade do produto Optimus Home, à luz do quadro regulamentar das telecomunicações e do quadro normativo constitucional e legal de protecção dos consumidores, as características do produto e do

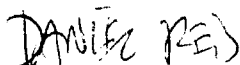
¹⁶ Entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça de 6.3.1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Comissão, Proc. 6/73 e 7/73, Colect., EE portuguesa, 1974, pp. 119.

mercado imporiam a sua análise à luz do direito da concorrência e, de modo especial, ao abrigo da proibição de abusos de posição dominante (artigo 6.º da Lei da Concorrência).

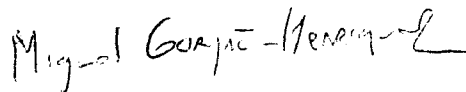
Lisboa, 20 de Dezembro de 2004



José Luís da Cruz Vilaça*



Daniel Reis



Miguel Gorjão-Henriques

* Com a colaboração de Teresa Pessoa Brandão.