

DECISÃO
DE ARQUIVAMENTO DE PROCESSO POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA

Artigo 24º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio

INFORMAÇÕES GERAIS

Ref.ª interna: PRC/2013/04
Decisão a adotar: Decisão de arquivamento do processo
Origem: Denúncia da Optimus – Comunicações, S.A. [atualmente NOS Comunicações, S.A.]
Data de abertura de inquérito: 30.05.2013
Empresas investigadas: TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. [atualmente MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A.]; Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A.; Optimus – Comunicações, S.A. [atualmente NOS, Comunicações, S.A.]
Normas consideradas: Artigo 11.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio; artigo 102.º do TFUE
Natureza da Infração: Eventual abuso de posição dominante
Regulador Setorial: ICP – Autoridade Nacional de Comunicações

DO PROCESSO

I. ORIGEM

1. Em 20.11.2012, a Optimus – Comunicações, S.A. (Optimus), atualmente NOS Comunicações, S.A. (NOS)¹ e doravante assim designada no presente documento, apresentou na Autoridade da Concorrência (AdC) denúncia contra a TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN), atualmente MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, S.A. (MEO)² e doravante assim designada no presente documento, e a Vodafone Portugal – Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone).
2. Para a NOS, está em causa a alegada adoção, por parte da MEO e da Vodafone, de “*práticas de pricing*” traduzidas na “*diferenciação tarifária entre os preços [de retalho] das chamadas de voz e SMS³ on-net (entre clientes da mesma rede) e os preços [de retalho] das chamadas de voz e SMS off-net (entre clientes de diferentes operadores e, portanto, originados e terminados em redes distintas)*”.
3. Acresce a denúncia, pela denunciante, da alegada prática de “*preços excessivos*”, por parte daqueles operadores de comunicações eletrónicas, nos mercados grossistas de terminação de mensagens curtas (SMS).
4. Para a denunciante, tais condutas constituem:
 - i) Eventuais abusos de posição dominante individual da MEO e da Vodafone ou um eventual abuso de posição dominante coletiva dessas empresas no(s) mercado(s) retalhista(s) dos serviços de comunicações móveis, traduzido(s) na discriminação tarifária entre os preços das chamadas de voz e de SMS *on-net* e os preços das chamadas de voz e de SMS *off-net*, “*quer por via da prática de preços on-net inferiores ao custo correspondente de*

¹ Em 16.05.2014 formalizou-se a operação de fusão da ZON TV Cabo Portugal, S.A. (ZON TV Cabo) na Optimus. A partir dessa data a Optimus alterou a sua designação social para NOS.

² A TMN realizou uma alteração da sua denominação social para MEO em 27.01.2014.

³ SMS: *Short Message Service*.

terminação grossista [“e, em muitos casos, gratuitos”], quer por via de preços off-net muitíssimo exagerados e sem qualquer relação com o custo subjacente”, em violação do artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas a) e c) da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (LdC), e do artigo 102.º, alíneas a) e c) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); e

- ii) Eventuais abusos de posição dominante individual da MEO e da Vodafone nos respetivos mercados grossistas de terminação de SMS, traduzidos na prática de preços excessivos, por serem *“iguais ou superiores às tarifas de terminação de chamadas de voz móveis ditadas pelo ICP-ANACOM”*, em violação do artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea a) da LdC e do artigo 102.º, alínea a) do TFUE.
5. Merece, no entanto, particular realce a este propósito a circunstância de, em relação a quaisquer dos comportamentos descritos, a NOS (denunciante no processo) ter adotado condutas equivalentes às que veio denunciar, podendo, também ela, ser considerada como detentora de posição dominante em termos equivalentes àqueles que imputa à MEO e à Vodafone. Tais fatores tornam as suas condutas potencialmente subsumíveis, nos mesmos termos que as da MEO e da Vodafone, na qualificação que avança para as mesmas.

II. ABERTURA DE INQUÉRITO

6. Para investigação dos comportamentos denunciados, o Conselho da AdC, em 30.05.2013, determinou, nos termos do disposto nos artigos 7.º, 8.º e 17.º da LdC, a abertura de inquérito em processo contraordenacional⁴ em relação à:
- i) Eventual diferenciação indevida pela MEO, pela Vodafone e pela NOAS entre os preços aplicáveis às comunicações intrarrede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das ofertas do serviço retalhista móvel terrestre (SMT) disponibilizadas pelas mesmas; e
 - ii) Eventual definição de preços excessivos pela MEO, pela Vodafone e pela NOS associada à oferta grossista de terminação de SMS nas respetivas redes móveis disponibilizadas por essas entidades.

III. COMUNICAÇÃO AO REGULADOR SETORIAL E REGISTO NA REDE EUROPEIA DE AUTORIDADES DE CONCORRÊNCIA (ECN)

7. Em 14.06.2013⁵, nos termos e em cumprimento do disposto no artigo 35.º, n.º 1 da LdC, a AdC deu conhecimento ao ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM), enquanto autoridade reguladora do setor das comunicações eletrónicas, dos factos a que se reportam as práticas denunciadas pela NOS e solicitou a essa entidade que se pronunciasse sobre os mesmos, o que o ICP-ANACOM fez em 31.07.2013⁶.
8. Em 07.06.2013, em virtude da circunstância de o PRC/2013/04 se poder referir a eventuais violações do artigo 102.º do TFUE, na medida em que respeita a condutas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros da União Europeia (UE), o processo foi registado na Rede Europeia de Autoridades de Concorrência [*European Competition Network (ECN)*].

⁴ Ao processo foi atribuída a referência PRC/2013/04.

⁵ Cf. ofício AdC com registo n.º S-DPR/2013/610, de 07.06.2013.

⁶ Cf. ofício do ICP-ANACOM com registo de entrada na AdC n.º E-DPR/2013/688, de 31.07.2013.

IV. DILIGÊNCIAS DE INVESTIGAÇÃO

9. No decurso da fase de inquérito, foram desenvolvidas pela AdC diligências de investigação de índole diversa. De entre estas, destaca-se, em 08.07.2013, o confronto das visadas com o teor da denúncia, com vista à obtenção junto das mesmas, se assim entendessem, de esclarecimentos relativamente à factualidade exposta pela NOS⁷.
10. A Vodafone e a MEO responderam à AdC em 13.09.2013⁸.

V. COMUNICAÇÃO DO SENTIDO PROVÁVEL DE ARQUIVAMENTO À DENUNCIANTE

11. Em 17.06.2014, a AdC, nos termos e para os efeitos do artigo 24.º, n.º 4 da LdC, comunicou à NOS que, entendendo-se inexistir a possibilidade razoável de vir a ser proferida decisão condenatória no PRC/2013/04, se perspectivava o arquivamento do mesmo, uma vez que: (i) se entendeu que os factos referentes aos comportamentos objeto do inquérito e investigados no PRC/2013/04, sustentados nos elementos probatórios identificados, não constituíam indícios suficientes de práticas proibidas, em especial, pelo artigo 11.º da LdC; e (ii) se considerou não estarem reunidas as condições de proibição estatuídas pelo artigo 102.º do TFUE.
12. Nesses termos, a AdC notificou a NOS para, querendo, apresentar, no prazo de 10 dias úteis, as observações que reputasse adequadas face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04, o que a NOS efetuou em 18.07.2014⁹.

DOS FACTOS

VI. VISADAS

13. São visadas no PRC/2013/04 as empresas MEO, Vodafone e NOS.
14. A MEO, a Vodafone e a NOS têm como atividades principais:
 - (i) O estabelecimento, a gestão e a exploração de redes e infraestruturas de comunicações eletrónicas, destacando-se, no âmbito do PRC/2013/04, a implementação, a operação, a exploração e a oferta de redes móveis de comunicações eletrónicas; e
 - (ii) A prestação de serviços de comunicações eletrónicas, destacando-se, no âmbito do PRC/2013/04, a prestação de serviços retalhistas de comunicações móveis.

VII. MERCADOS

A. SERVIÇOS

15. Os serviços de comunicações eletrónicas a tomar em consideração no PRC/2013/04 são, resumidamente:

⁷ Cf. ofícios AdC com registos n.º S-DPR/2013/801 e n.º S-DPR/2013/802, ambos de 08.07.2013, dirigidos, respetivamente, à MEO e à Vodafone e n.º S-DPR/2013/799, também de 08.07.2013, dirigido à NOS (neste caso, dando-lhe conta da respetiva consideração como visada no processo).

⁸ Cf. comunicações da Vodafone e da MEO com registos de entrada na AdC n.º E-DPR/2013/789 e n.º E-DPR/2013/790, ambos de 13.09.2013.

⁹ Cf. comunicação da NOS com registo de entrada na AdC n.º E-AdC/2014/3802, de 21.07.2014.

- (i) Os serviços retalhistas de comunicações móveis, que incluem, nomeadamente, as chamadas telefónicas originadas em redes móveis e as mensagens de texto ou multimédia, bem como os serviços de itinerância; e
- (ii) Os serviços grossistas de terminação de chamadas telefónicas e de mensagens de texto ou multimédia em redes móveis, que correspondem aos serviços pelos quais um operador termina uma chamada ou uma mensagem de texto ou multimédia destinada a um ponto terminal da sua rede.

B. OFERTA E PROCURA

16. No período entre 2002 e 2012, o número de prestadores de serviços retalhistas de comunicações móveis em Portugal aumentou de 2 para 6, verificando-se, à data de denúncia, no final de 2012, que a MEO, a Vodafone e a NOS detinham, respetivamente, 43,5%, 41,6% e 13,4% das estações móveis ativas desses serviços (excluindo as placas para acesso à *Internet* e as estações móveis afetas ao serviço *machine-to-machine*). Já no segundo trimestre de 2014, esses valores foram, respetivamente, 45,7%, 37,8% e 14,2%.
17. Para além dos 3 operadores de rede identificados, no momento presente, oferecem serviços na modalidade de operador móvel virtual (*Mobile Virtual Network Operator – MVNO*) 3 prestadores de serviços (CTT – Correios de Portugal, S.A., Lycamobile Portugal, Lda. e Mundio Mobile (Portugal) Limited), sobretudo focados em segmentos de mercado específicos e cuja entrada no mercado não introduziu alterações significativas da dinâmica concorrencial.
18. A procura de serviços de comunicações móveis no mercado retalhista é constituída por clientes residenciais e não residenciais, correspondendo, em 30.06.2014, a taxa de penetração do serviço móvel (considerando, apenas, as estações móveis com utilização efetiva e excluindo as placas de acesso à *Internet* e as estações móveis afetas ao serviço *machine-to-machine*) a 111,2 por 100 habitantes.
19. No segundo trimestre de 2014, o número de minutos de conversação originados nas redes móveis:
 - i) Cresceu 3,1% face ao respetivo valor no primeiro trimestre de 2014, o que pode explicar-se, em particular, pelo aumento do tráfego *off-net* em 21,7%, tendo o tráfego *on-net* diminuído, no mesmo período de tempo, 1,4% (representando, pela primeira vez desde o segundo trimestre de 2008, menos de 70% do tráfego), em virtude da eliminação pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas da diferenciação tarifária dos tráfegos *on-net* e *off-net*, nomeadamente nas ofertas conjuntas de diversos desses serviços retalhistas que integram os serviços de comunicações móveis; e
 - ii) Aumentou 7,8% face ao respetivo valor no segundo trimestre de 2013, devido, essencialmente, ao aumento de 70,5% do tráfego *off-net* e de 23,3% do tráfego terminado nas redes fixas, na sequência do início da disponibilização de ofertas retalhistas com chamadas ilimitadas para todas as redes móveis pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas¹⁰.
20. Por outro lado, no segundo trimestre de 2014, o número de SMS enviados, nomeadamente devido ao aparecimento de formas de comunicação alternativas, diminuiu 0,6% face ao respetivo valor no primeiro trimestre de 2014 e 11,9% face ao respetivo valor no segundo trimestre de

¹⁰ Vulgarmente designadas por ofertas *flat rate* ou *all-net*.

2013, sem prejuízo de o número de SMS *off-net* enviados ter aumentado 22,3% face ao respetivo valor no primeiro trimestre de 2014 e 61,9% face ao respetivo valor no segundo trimestre de 2013, circunstância associada à disseminação de ofertas retalhistas que permitem enviar SMS gratuitamente para todas as redes móveis.

21. Ao nível grossista, tendo em consideração que a MEO, a Vodafone e a NOS são, atualmente (e eram à data a que se reportam os factos objeto do PRC/2013/04), os únicos prestadores dos serviços retalhistas em causa que detinham redes de comunicações móveis próprias em Portugal, a oferta dos serviços grossistas de terminação nas redes móveis é constituída por essas empresas.
22. Já a procura de serviços grossistas é constituída por operadores e prestadores de serviços que atuam nos vários mercados de comunicações eletrónicas e que necessitam de se interligar às redes móveis para efeitos, em particular, de terminação de tráfego.

VIII. INDÍCIOS DAS ALEGADAS PRÁTICAS RESTRITIVAS

A. DENÚNCIA

23. Conforme referido, segundo a denunciante estão em causa na factualidade reportada eventuais abusos de posição dominante individual da MEO e da Vodafone ou um eventual abuso de posição dominante coletiva dessas empresas no(s) mercado(s) retalhista(s) dos serviços de comunicações móveis, traduzido(s) na diferenciação tarifária entre os preços das chamadas de voz e de SMS *on-net* e os preços das chamadas de voz e de SMS *off-net*, em violação do artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas *a)* e *c)* da LdC e do artigo 102.º, alíneas *a)* e *c)* do TFUE.
24. Adicionalmente, para a NOS, estão em causa eventuais abusos de posição dominante individual da MEO e da Vodafone nos respetivos mercados grossistas de terminação de SMS, traduzidos na prática de preços excessivos, em violação do artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *a)* da LdC e do artigo 102.º, alínea *a)* do TFUE.
25. Atentando nos comportamentos descritos pela NOS, não pode deixar de realçar-se a circunstância de a mesma ter adotado condutas equivalentes às que veio denunciar, podendo, também ela, ser considerada como detentora de posição dominante no respetivo mercado grossista de terminação de SMS em termos equivalentes àqueles que imputa à MEO e à Vodafone. Esses fatores tornam as suas condutas potencialmente subsumíveis, nos mesmos termos que as da MEO e da Vodafone, na intervenção sancionatória da AdC.

B. PRONÚNCIA DA MEO

26. Pronunciando-se acerca daquilo de que é acusada pela NOS na denúncia, a MEO, em 13.09.2013, referiu, designada e resumidamente, o seguinte:
 - i) Quanto à determinação da eventual existência de posição dominante nos mercados relevantes em causa, esclareceu que não pode ser, conjuntamente com a Vodafone, considerada como detendo posição dominante coletiva no mercado de retalho das comunicações móveis, ressaltando, também, nesse contexto, a aparente contradição existente entre o raciocínio da NOS constante da denúncia e o que a mesma empresa

sustentou no âmbito da operação de concentração de empresas que correu termos na AdC sob o n.º 8/2006 Sonaecom/PT¹¹, decidida pela Autoridade¹²; e

- ii) Quanto ao eventual carácter abusivo das práticas:
- a. Explicou que a diferenciação tarifária entre os preços retalhistas das chamadas de voz e dos SMS *on-net* e os preços retalhistas das chamadas de voz e dos SMS *off-net* implementada pela MEO:
 - Teve o objetivo, não de excluir a NOS do mercado, mas sim de, legitimamente, proteger os interesses comerciais da MEO da (prévia) adoção da conduta em causa pelos respetivos concorrentes;
 - Era objetivamente justificável, em virtude da existência de economias de escala associadas à disponibilização dos serviços de comunicações eletrónicas, da elevada taxa de penetração do SMT e do facto de os custos associados a uma chamada de voz *on-net* e os custos associados a uma chamada de voz *off-net* não serem idênticos; e
 - Não comportava necessariamente um risco de distorção sensível da concorrência;
 - b. Avançou que, expectavelmente, as ofertas retalhistas *all-net*, disponibilizadas desde 2013, se afirmarão, no médio prazo, como o novo paradigma tarifário no âmbito do SMT, contribuindo para a redução gradual da importância, em particular, dos tarifários retalhistas de subgrupo *on-net*;
 - c. Clarificou que os tarifários retalhistas de subgrupo *on-net* disponibilizados pela MEO não tiveram subjacente a gratuitidade de qualquer comunicação, uma vez que implicaram, sempre, o pagamento de uma mensalidade ou a realização de carregamentos;
 - d. Referiu que os consumidores do SMT adquirem, sempre, conjuntamente chamadas *off-net* e chamadas *on-net* e, como tal, não é adequado abordar o preço retalhista associado a cada um desses serviços sem tomar em consideração o preço retalhista associado ao outro dos serviços em causa;
 - e. Reiterou que a MEO esteve sempre disponível para reduzir o preço aplicável à terminação de SMS na sua rede móvel e, nesse contexto, teve a iniciativa de, a partir de 30.09.2012, igualar esse preço ao preço aplicável à terminação de chamadas de voz na mesma rede; e
 - f. Argumentou que o eventual problema concorrencial suscitado pelo efeito de rede potenciado pelos preços praticados foi gradualmente ultrapassado, com a diminuição dos preços aplicáveis à terminação de chamadas de voz, que, no momento presente, corresponde ao respetivo *Long Run Incremental Cost* (LRIC)

¹¹ Doravante designada operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT.

¹² Em concreto, a MEO referiu que o que a Optimus (anteriormente Sonaecom) sustentou – e a AdC concluiu – no contexto da operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT relativamente a um mercado com apenas dois, e não três, operadores de redes móveis (designadamente, que não existiriam efeitos coordenados entre os operadores no mercado resultante da concretização da operação de concentração em causa) permite afastar a existência de posição dominante coletiva nos termos denunciados no PRC/2013/04.

puro, e com a disponibilização crescente e generalizada de tarifários retalhistas indiferenciados pelos prestadores de SMT.

C. PRONÚNCIA DA VODAFONE

27. Por sua vez, a Vodafone, em 13.09.2013, referiu, nomeada e abreviadamente, o seguinte em relação às alegações constantes da denúncia da NOS:

- i) Quanto à determinação da eventual existência de posição dominante em cada um dos mercados relevantes em causa:
 - a. Alegou que não tem uma posição dominante individual nos mercados grossistas de terminação de serviços de comunicações móveis, uma vez que os operadores de redes móveis são interdependentes;
 - b. Defendeu que não tem uma posição dominante coletiva (em conjunto com a MEO) no mercado retalhista das comunicações móveis, já que, por um lado, não existe transparência no mercado e, por outro lado, uma eventual coordenação tácita não seria sustentável ao longo do tempo e as reações previsíveis dos concorrentes e consumidores colocariam em causa os resultados expectáveis de uma eventual política de atuação comum¹³;
 - c. Sustentou que não tem uma posição dominante individual no mercado retalhista das comunicações móveis, uma vez que a MEO é a empresa líder desse mercado; e
 - d. Salientou que existe uma aparente contradição entre a posição da NOS constante da denúncia sobre a eventual existência de posição dominante coletiva (da MEO e da Vodafone) no mercado retalhista das comunicações móveis e as respetivas afirmações da mesma empresa no âmbito da operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT, apreciada pela AdC¹⁴; e
- ii) Quanto ao eventual carácter abusivo das práticas:
 - a. Começou por referir que a elevada competitividade que caracteriza o setor das comunicações móveis português beneficia os consumidores, ao disponibilizar-lhes um leque alargado de ofertas retalhistas;
 - b. Esclareceu que a diferenciação tarifária entre os preços retalhistas das chamadas de voz e de SMS *on-net* e os preços retalhistas das chamadas de voz e de SMS *off-net*

¹³ Segundo a Vodafone, a NOS baseou a sua alegação de que a Vodafone e a MEO detêm posição dominante coletiva principal, se não unicamente, no caso Airtours e nas três condições cumulativas aí definidas pelo Tribunal Geral da União Europeia (TGUE) como necessárias para concluir pela existência de posição dominante coletiva na forma de acordo tácito. Ora, para a Vodafone, a abordagem e o raciocínio seguidos pela NOS apresentam falhas em vários aspetos, já que, salienta aquela empresa, em todos os precedentes dos tribunais da UE se estabelece a exigência de relações claras entre as empresas em causa, resultantes do facto de as mesmas se apresentarem como entidades coletivas, o que, para a Vodafone, não é claramente o caso em apreço. Pelo contrário, a Vodafone considerou que a concorrência entre a Vodafone e a MEO é forte e verifica-se uma mudança dos clientes entre uma e outra.

¹⁴ Referiu, designadamente, a Vodafone que, em finais de 2006, a NOS identificou características específicas no mercado retalhista de prestação de serviços de comunicações móveis que reduziam os incentivos dos operadores no sentido de virem a ter um comportamento coordenado, em detrimento de um comportamento concorrencial e, por isso, concluiu que não poderia verificar-se posição dominante coletiva no setor das comunicações. Depois, em finais de 2012, sem qualquer fundamento jurídico ou económico atendível, a NOS veio sustentar o inverso.

praticada pela Vodafone resulta, única e exclusivamente, da estrutura concorrencial do mercado, e não de quaisquer práticas anticoncorrenciais de encerramento de mercado por parte da Vodafone;

- c. Argumentou que a NOS é uma empresa sólida, estável e rentável, nunca tendo estado perto de abandonar o mercado;
- d. Explicou que os prestadores de serviços de comunicações móveis apenas disponibilizam ofertas retalhistas conjuntas (e nunca individuais) de diversos desses serviços, incluindo de chamadas de voz *on-net*, de chamadas de voz *off-net*, de SMS *on-net* e de SMS *off-net*, e, como tal, a análise deveria tomar em consideração os preços aplicáveis a essas ofertas conjuntas e os custos inerentes às mesmas, e não aos diversos serviços que as constituem;
- e. Defendeu que deveriam ser tomados em consideração na análise os preços efetivos aplicáveis às ofertas retalhistas disponibilizadas pelos prestadores de serviços de comunicações móveis, que seriam dependentes, em particular, dos padrões de tráfego dos consumidores;
- f. Avançou que diversas análises económicas demonstram que a diferenciação tarifária entre os preços retalhistas das chamadas de voz e de SMS *on-net* e os preços retalhistas das chamadas de voz e de SMS *off-net* é benéfica para a concorrência e para os consumidores;
- g. Concluiu que não praticou preços predatórios ou esmagamento de margens entre 2005 e 2012;
- h. Referiu que a evolução do(s) mercado(s) dos serviços de comunicações móveis demonstra que os prestadores desses serviços concorreram de forma vigorosa e, conseqüentemente, não é consistente com o encerramento anticoncorrencial desse(s) mercado(s);
- i. Esclareceu que as tarifas de terminação de SMS que pratica não são excessivas, uma vez que existe concorrência na fixação das mesmas, tendo tais tarifas, inclusivamente, vindo a diminuir ao longo do tempo, sendo que as que são praticadas em Portugal são inferiores à média das que são praticadas na UE, que constituem um *benchmark* adequado das primeiras, porque os serviços em causa são similares; e
- j. Afirmou que nunca recusou negociar os preços de terminação de SMS.

D. PRONÚNCIA DO ICP-ANACOM

- 28. Também o ICP-ANACOM, em 31.07.2013, se pronunciou a propósito da factualidade subjacente à denúncia da NOS.
- 29. No que respeita, em particular, ao diferencial de preços de comunicações *on-net/off-net*, o ICP-ANACOM salientou, em linha com o exposto pela NOS na denúncia, que os preços por minuto das comunicações de voz *on-net* no mercado móvel português são substancialmente inferiores aos preços das comunicações *off-net* e que o preço por minuto das comunicações de voz *off-net* são tendencialmente superiores na MEO e na Vodafone, sendo globalmente inferiores na NOS.

30. Referiu o ICP-ANACOM, não obstante, que essa diferença tem vindo a reduzir-se, com particular ênfase no fim de 2012 e início de 2013, salientando que, quer os preços por minuto *on-net*, quer *off-net* têm vindo a reduzir-se sistematicamente para todos os operadores, se bem que, conforme admitiu, os preços *off-net* não têm vindo a reduzir-se a uma proporção superior aos preços *on-net* quer na MEO, quer na Vodafone, tendo, em consequência, o nível de discriminação de preços – que o regulador reconhece ser elevado – mantido ou mesmo aumentado nestes operadores. No caso da NOS, os preços *on-net* e *off-net* têm vindo a reduzir-se em proporções relativamente aproximadas.
31. Esclareceu, ainda assim, o ICP-ANACOM que a discriminação *on-net/off-net* não é necessariamente um problema em si mesmo, constituindo uma distorção da concorrência apenas quando conjugada com preços de terminação excessivamente elevados, tendo avançado que entende que o remédio mais adequado para endereçar efetivamente a existência de um efeito de rede é a acentuada redução do preço grossista de terminação cobrado pelos operadores entre si, posição que defende estar em linha com o enquadramento regulatório europeu.
32. A esse propósito, o ICP-ANACOM salientou que, em resultado da (sua) intervenção regulatória, no momento atual, e desde 31.12.2012, o preço grossista de terminação de uma chamada de voz está ao nível do custo incremental de longo prazo baseado no modelo LRIC puro.
33. Nesse contexto, o preço que os operadores de menor dimensão (no caso, a NOS) pagam pelo serviço de terminação aproxima-se, em termos teóricos, do custo real que os operadores de maior dimensão (no caso, a MEO e a Vodafone) enfrentam pela terminação de uma chamada na sua própria rede. O regulador entende que tal circunstância favorece que, a partir desse momento, os operadores de menor dimensão repliquem os tarifários dos operadores de maior dimensão, criando tarifários cujo preço *off-net* se aproxime do preço *on-net* dos operadores de maior dimensão.
34. Mais referiu o ICP-ANACOM que é verdade, por um lado, que os operadores de maior dimensão podem continuar a praticar um preço retalhista por minuto nulo para as chamadas *on-net*, e, por outro lado, que este preço será inferior ao preço grossista de terminação de chamadas de voz. Contudo, tal não significa que o operador de menor dimensão não possa necessariamente oferecer um tarifário que compita com a oferta dos seus concorrentes, atendendo, nomeadamente, a que os consumidores avaliam a totalidade dos preços inerentes a cada tarifário, e não apenas uma das suas componentes.
35. Em particular, sustentou o ICP-ANACOM, a oferta de tarifários indiferenciados competitivos poderá ser uma aposta importante neste sentido.
36. Se parece evidente que, em muitos casos, haverá preços de retalho inferiores aos respetivos custos (relevando-se, em particular, as comunicações com preço marginal nulo), será necessário ter em conta que os tarifários móveis comercializam a componente de comunicações (como o tráfego de voz, SMS, MMS e *Internet* no telemóvel) em conjunto com o acesso ao serviço móvel, não estando restritos a uma componente específica de comunicações (como as comunicações de voz *off-net*, por exemplo), esclareceu o regulador.
37. Por último, não deixou o ICP-ANACOM de contextualizar as condutas denunciadas no quadro da evolução dos mercados em causa, referindo que existem alguns elementos empíricos, ainda recentes, que deverão ser tidos em conta numa avaliação da dinâmica de concorrência entre operadores, destacando a recente entrada no mercado de dois novos operadores virtuais, o lançamento de novos tarifários do tipo *flat-rate* e a descontinuação pela Vodafone e pela MEO de alguns tarifários com diferenciação de preços entre comunicações *on-net/off-net*.

38. Em acréscimo, ainda que reconhecendo a relativa simetria nas quotas de mercado dos dois operadores de maior dimensão, o ICP-ANACOM releva o crescimento recente da quota de mercado da Vodafone, algo que pode indiciar uma dinâmica importante no mercado de retalho.
39. Tais factos sucedem a exemplos passados dessa mesma dinâmica, também referidos pelo ICP-ANACOM, como as reações dos operadores de maior dimensão, desde 2008, no caso dos chamados tarifários tribais, que sugerem a necessidade destes de reduzir preços ou reestruturar a oferta para impedir que os clientes mudem para os seus concorrentes.
40. Assim, não resultando invalidada a existência de elevados custos de mudança no mercado de comunicações móveis, concluiu o regulador que parece existir atualmente – e mesmo desde o passado (o exemplo citado é de 2008) – margem para a oferta de tarifários com preços *off-net* reduzidos, que poderão contrariar o efeito de rede identificado nesses mercados.
41. Por essas razões, o ICP-ANACOM não considera que, no momento atual, a NOS esteja inteiramente impedida de procurar neutralizar as alegadas práticas de “discriminação de preços” levadas a cabo pelos operadores de maior dimensão.
42. Já no que respeita aos preços do serviço grossista de terminação de SMS, o regulador esclareceu que, tanto quanto é do seu conhecimento, terá existido um processo negocial entre a MEO, a Vodafone e a NOS que viria a culminar com um acordo, com base no qual os operadores aceitaram praticar entre si, desde 01.07.2013, um determinado preço grossista.
43. Tal facto reporta-se, portanto, a momento anterior à denúncia apresentada pela NOS à AdC e resolveu, a partir de 01.07.2013, um dos problemas identificados por esta empresa.

E. OBSERVAÇÕES DA NOS SOBRE O SENTIDO PROVÁVEL DE ARQUIVAMENTO

44. Em 18.07.2014, a NOS apresentou à AdC um conjunto de observações face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 e, nesse contexto, opôs-se ao arquivamento do mesmo, tendo apresentado, nomeada e sinteticamente, os seguintes argumentos para tal:
 - (i) Os problemas resultantes do efeito de rede associado à dimensão da base clientes da MEO e da Vodafone, potenciado pelas práticas dessas entidades de diferenciação entre os preços aplicáveis às comunicações intrarede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das ofertas do SMT disponibilizadas pelas mesmas, permaneceriam inalterados;
 - (ii) A descida dos preços de terminação de chamadas de voz imposta pelo ICP-ANACOM não teria solucionado e não poderia vir a solucionar o problema em análise¹⁵, uma vez que a diferenciação entre os preços aplicáveis às comunicações intrarede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das ofertas do SMT disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone constituiria, por si só, uma forte distorção da concorrência (porque agravaria o efeito de rede associado à decisão coletiva da rede de contactos dos consumidores dessas entidades) e, assim, o volume do tráfego intrarede das mesmas continuaria a ser muito elevado;

¹⁵ Tal seria perceptível através da análise da evolução das quotas de mercado da MEO e da Vodafone, que, mais de um ano após a definição de preços de terminação de chamadas de voz com base em um “modelo *bottom-up* LRIC” imposta pelo ICP-ANACOM e do início da disponibilização de ofertas agregadas dos serviços retalhistas de televisão por subscrição, acesso à *Internet* em banda larga, telefónico em um local fixo e móvel terrestre, são, em conjunto, cerca de 85%.

- (iii) A conclusão da AdC segundo a qual não estaria suficientemente sustentada a existência de uma posição dominante coletiva por parte da MEO e da Vodafone no mercado retalhista de prestação do SMT seria inadequada, em particular porque a análise da AdC sobre essa matéria afigurava-se superficial, incompleta e incorreta¹⁶;
- (iv) A análise da AdC no âmbito do PRC/2013/04 não teria tomado em consideração, nomeadamente, as conclusões constantes do estudo de mercado realizado pela NetSonda em outubro de 2012¹⁷;
- (v) O ICP-ANACOM, na sua pronúncia no âmbito do PRC/2013/04, teria reconhecido a possibilidade de existência de problemas decorrentes da “externalidade de chamada” e dos preços aplicáveis às comunicações inter-redes excessivamente elevados praticados pela MEO e pela Vodafone, tendo a NOS entendido que esses problemas não seriam endereçáveis pela regulação grossista e poderiam constituir uma alavancagem da posição significativa da MEO e da Vodafone no mercado grossista;
- (vi) A equiparação entre a NOS e a MEO e a Vodafone no âmbito das condutas denunciadas ou da posição dominante dessas entidades seria meramente formal e não teria qualquer relevância, uma vez que a política tarifária implementada pela NOS não seria suscetível de ter impactos comparáveis às políticas tarifárias implementadas pela MEO e pela Vodafone, dadas as diferenças na magnitude das bases de consumidores de cada uma dessas entidades e a importância da “rede de contactos” na escolha de prestador do SMT pelos consumidores;
- (vii) A existência de economias de escala não seria o principal fator determinante na definição dos tarifários e, em particular, não justificaria a diferenciação entre os preços aplicáveis às comunicações intrarrede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das ofertas do SMT, já que os principais motivos de escolha de um tarifário por um determinado consumidor dependeriam, sobretudo, da rede de contactos do mesmo e do preço do serviço em causa, que, por sua vez, deveria ser considerado na ótica da despesa do consumidor e, como tal, estaria intrinsecamente associado à rede de contactos do mesmo e, conseqüentemente, aos preços aplicáveis às comunicações inter-redes;
- (viii) Seria, no mínimo, extemporâneo considerar que as “ofertas retalhistas *all-net*”¹⁸ serão, a médio prazo, o novo paradigma tarifário do SMT, uma vez que os “tarifários tribais” continuariam a constituir, com uma larga distância, a maior fatia do mercado e o impacto

¹⁶ A título exemplificativo, a NOS considerou que não existe qualquer contradição entre o raciocínio da NOS constante da denúncia e o raciocínio da mesma empresa no âmbito da operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT, uma vez que, designadamente: (i) as estruturas de mercado subjacentes às análises em causa são significativamente diferentes entre si (a denúncia da NOS previa que os dois maiores prestadores de SMT eram muito simétricos entre si, mas eram significativamente assimétricos em relação ao terceiro maior prestador de SMT, enquanto a análise da NOS no âmbito da operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT previa que, em caso de concretização dessa operação, os dois maiores prestadores de SMT seriam bastante assimétricos entre si e o maior deles ficaria sujeito a diversos compromissos comportamentais); e (ii) a eventual existência de uma posição dominante coletiva em um determinado mercado depende mais da estrutura desse mercado e da posição de cada agente no mesmo do que do número de agentes presentes no mercado em causa.

¹⁷ Em particular, as seguintes conclusões desse estudo: (i) cerca de 67% dos consumidores inquiridos referiram que não mudariam para a NOS ainda que o valor do carregamento mensal fosse 0 €; e (ii) cerca de 67% dos consumidores inquiridos referiram que não mudariam para a NOS ainda que o valor dos preços aplicáveis às comunicações inter-redes fosse 0 €.

¹⁸ Ofertas retalhistas que, em particular, não diferenciam os preços aplicáveis às comunicações intrarrede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes.

das ofertas agregadas dos serviços retalhistas de televisão por subscrição, acesso à *Internet* em banda larga, telefónico em um local fixo e móvel terrestre, que seriam “ofertas retalhistas *all-net*”, seria limitado e insuficiente para conduzir a uma inversão significativa da situação de abuso de exploração do efeito de rede¹⁹, dado que:

- a. Essas ofertas seriam destinadas, primordialmente, a consumidores residenciais que consideram o SMT um complemento dos outros três serviços incluídos nas ofertas em causa e esses consumidores constituiriam um segmento de mercado limitado;
 - b. Os principais “tarifários tribais” apresentariam mensalidades pelo menos 25% inferiores ao incremento de custo verificado com a passagem de uma oferta agregada dos serviços retalhistas de televisão por subscrição, acesso à *Internet* em banda larga e telefónico em um local fixo para uma oferta com características semelhantes a essa e que incluía, também, o SMT; e
 - c. Os consumidores teriam mais propensão a contratar uma dessas ofertas disponibilizadas pela MEO ou pela Vodafone do que a contratar uma dessas ofertas disponibilizadas pela NOS, em virtude do efeito de rede e da diferenciação entre os preços aplicáveis às comunicações intrarrede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das restantes ofertas do SMT disponibilizadas pelas mesmas entidades;
- (ix) As tarifas de terminação de SMS nas redes da MEO, da Vodafone e da NOS atualmente em vigor, sem prejuízo de terem resultado de uma solução de compromisso, continuariam a não ser adequadas, uma vez que seriam significativamente superiores aos custos do serviço em causa e, conseqüentemente, não permitiriam à NOS disponibilizar replicar as ofertas retalhistas que, em particular, incluem uma quantidade ilimitada de SMS intrarrede disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone, dados os preços aplicáveis às mesmas; e
- (x) Continuar a ser inviável financeiramente para a NOS replicar as “ofertas retalhistas *all-net*” disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone, dadas as tarifas de terminação atualmente em vigor.

DO DIREITO

IX. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

45. A factualidade associada às práticas denunciadas pela NOS, conforme descrita nos §1 a §4 e §23 e ss. do presente documento²⁰, é qualificada pela mesma como suscetível de consubstanciar um abuso de posição dominante, previsto e punido nos termos do artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas a) e c) da LdC e do artigo 102.º, alíneas a) e c) do TFUE, que se traduziria, em particular, na “*diferenciação tarifária entre os preços [de retalho] das chamadas de voz e SMS on-net e os preços [de retalho] das chamadas de voz e SMS off-net*” e na prática de “*preços excessivos*” nos mercados grossistas de terminação de SMS.
46. Atendendo à circunstância de a NOS (denunciante no processo) ter adotado condutas equivalentes às que veio denunciar por parte da MEO e da Vodafone, podendo, também ela, ser considerada como detentora de posição dominante no respetivo mercado grossista de

¹⁹ Cf. nota de rodapé 15 do presente documento.

²⁰ E posteriormente retomada no §44.

terminação de SMS em termos equivalentes àqueles que imputa a estas empresas, foi a mesma considerada visada no PRC/2013/04, a par com estas últimas.

47. Assim, com vista à formulação de um juízo crítico que permitisse confirmar ou infirmar as alegações da NOS, foi desenvolvido, nos termos sintetizados de seguida, um exercício de subsunção dos factos no tipo de ilícito necessário para que possa qualificar-se uma prática como restritiva da concorrência.
48. Nesse ensejo, importa, desde logo, esclarecer que o preenchimento do ilícito qualificado na legislação de concorrência como abuso de posição dominante implica a prévia definição do(s) mercado(s) relevante(s), com referência ao(s) qual(is) se determina a existência ou inexistência de posição dominante, analisando-se, depois, em caso de existência dessa posição, o eventual carácter abusivo das práticas em causa.
49. Sempre que seja demonstrada a falta de qualquer um dos elementos do tipo de ilícito qualificado como abuso de posição dominante, torna-se desnecessário o desenvolvimento da análise destinada à determinação do preenchimento dos demais elementos.

A. QUESTÃO PRÉVIA

50. Em 18.07.2014, na pronúncia que apresentou face ao sentido provável de arquivamento que lhe foi notificado, a NOS veio sustentar que discorda da sua consideração como visada, entendendo que essa posição se limita a ficcionar uma equivalência de comportamentos entre operadores que é meramente teórica, tendo em conta as diferenças de dimensão entre a NOS e os dois outros operadores, conforme resumido na alínea (vi) do §44.
51. A este respeito, cumpre esclarecer, em primeiro lugar, que a análise da AdC dos comportamentos potencialmente integradores do ilícito qualificado como abuso de posição dominante (coletiva) se foca, precisamente, nos comportamentos, independentemente da dimensão individual dos operadores que os adotem – circunstância que é analisada em momento e em circunstâncias próprios.
52. Nesse sentido, a equivalência de comportamentos entre a NOS e os demais operadores é real e não “*ficcionada*”, como sustenta a NOS, e exige análise equivalente.
53. Por outro lado, na medida em que cada um dos operadores possa ser considerado como individualmente dominante nos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais e de SMS em redes móveis individuais, em termos que serão melhor apurados *infra*, a análise dos comportamentos de cada um terá de considerar os da NOS como equivalentes aos dos demais operadores.
54. A circunstância de esses comportamentos terem, potencialmente, impactos diferentes no mercado não significa que os que tenham menor impacto fiquem automaticamente isentos da aplicação das regras de concorrência.

B. MERCADOS RELEVANTES E DETERMINAÇÃO DE POSIÇÃO DOMINANTE

55. No que respeita à definição do(s) mercado(s) relevante(s), nas dimensões de mercado do produto e de mercado geográfico, pôde constatar-se, com base nos serviços identificados na denúncia (cf. §15, *supra*), na oferta e na procura determinadas para os mesmos (cf. §16 e ss., *supra*) e nas análises desenvolvidas pelo regulador setorial no quadro da avaliação da existência de poder de

mercado significativo²¹, que os mercados eventualmente abrangidos pelas condutas objeto do PRC/2013/04 são:

- i) O mercado retalhista de prestação de serviços de comunicações móveis para consumidores finais, em Portugal;
 - ii) Os mercados grossistas de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais, em Portugal; e
 - iii) Os mercados grossistas de terminação de SMS em redes móveis individuais, em Portugal.
56. No que respeita à determinação da existência de posição(ões) dominante(s) nesses mercados, a análise foi desenvolvida separadamente, quer em relação a cada um dos mercados referidos, quer, posteriormente e atento o teor da denúncia da NOS, quanto ao carácter individual ou coletivo da(s) eventual(is) posição(ões) dominante(s) identificada(s) nos mesmos.
57. Assim, começando pelos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais, que foram objeto de intervenção própria no âmbito da regulação setorial, cumpre relevar que, não havendo substitutos para a terminação de chamadas em cada rede²², se considera existir – no âmbito e para efeitos do presente processo de contraordenação e em linha com a análise do ICP-ANACOM – posição dominante individual de cada um dos operadores de rede nacionais – MEO, Vodafone e NOS – nas respetivas redes.
58. Esses argumentos valem, *mutatis mutandis* e apesar de não existir análise do regulador setorial específica sobre a matéria, para os mercados grossistas de terminação de SMS em redes móveis individuais, em Portugal.
59. Já no que respeita ao mercado retalhista de prestação de serviços de comunicações móveis, os factos sinteticamente descritos nos §16 a §22 e §37 e ss. não permitem sustentar razoavelmente a existência de posição dominante individual de qualquer dos operadores de rede, não resultando das características das empresas, das características do mercado e do modo de funcionamento deste – nos termos e limites que decorrem da prova produzida no PRC/2013/04 – a verosimilhança da possibilidade de qualquer dos operadores em causa se comportar, designadamente, de forma independente dos seus concorrentes e dos seus clientes, estando habilitado a tomar decisões de política comercial sem necessidade de se preocupar com as reações dos agentes económicos com os quais interage.
60. Também a existência de posição dominante coletiva (da MEO e da Vodafone), alegada pela denunciante, não parece suficientemente sustentada (em qualquer dos mercados em causa) pela factualidade apurada pela AdC.
61. Por um lado, não obstante a observação da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04, resumida na alínea (iii) do §44 do presente documento²³, não se pode excluir, como referem as demais visadas, que a empresa aparenta defender atualmente e no quadro do

²¹ Cf. Deliberações do ICP-ANACOM relativas às redes e serviços de comunicações móveis em www.anacom.pt.

²² Uma vez que o operador a transmitir a chamada realizada pode apenas chegar ao destinatário através do operador da rede à qual o destinatário está conectado.

²³ Cf. nota de rodapé 16 do presente documento.

presente processo de contraordenação posição em certa medida diversa daquela que sustentou no âmbito da operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT²⁴.

62. Por outro lado, a análise realizada pela AdC no âmbito do PRC/2013/04 não permite demonstrar a verificação concreta das (três) condições que, segundo a denunciante e com base na jurisprudência do TGUE²⁵, são exigidas para a identificação de uma posição dominante coletiva: (i) a transparência do mercado; (ii) a sustentabilidade da conduta ao longo do tempo; e (iii) a irrelevância da reação previsível dos atuais e futuros concorrentes, bem como dos consumidores.
63. Assim, se é líquido que se exige que exista transparência no mercado, de um modo que permita a cada membro do oligopólio (alegadoamente) dominante ter a capacidade de saber como é que os restantes membros se comportam, de forma a monitorizar se estes estão a seguir a linha comum de atuação e, eventualmente, retaliar, e se a existência de transparência não pode excluir-se do mercado retalhista português de prestação de serviços de comunicações móveis, tal não basta para que se alcance a conclusão de existência de interdependência entre os operadores no mercado em causa em termos que sustentem uma (eventual) posição dominante coletiva dos mesmos.
64. De facto, as situações de paralelismo em mercados com as condições do mercado retalhista português de prestação de serviços de comunicações móveis, por si só, não permitem concluir que exista posição dominante coletiva por parte de dois ou mais operadores neste último.
65. Desde logo porque, quanto ao grau de transparência no mercado e conforme referido, o mesmo teria de ser suficiente para permitir a cada operador não apenas conhecer de modo preciso e imediato a evolução do comportamento dos outros, mas também detetar os eventuais desvios em relação à linha de ação comum e interpretar as reações de retaliação enquanto tais, o que, no caso concreto, não resulta demonstrado²⁶.
66. Cumulativamente, de acordo com a própria jurisprudência citada pela denunciante, exige-se como segundo critério que a situação de paralelismo (qualificável como coordenação tácita) seja

²⁴ A esse propósito, é de notar que uma análise prognóstica quanto aos potenciais efeitos coordenados resultantes da operação em causa (que implicaria uma redução do número de agentes presentes no(s) mercado(s) em causa de 3 para 2) tem diversos pontos de contacto com uma análise quanto à eventual existência de uma posição dominante coletiva de 2 dos 3 participantes no mercado oligopolista em análise no âmbito da denúncia da NOS.

Adicionalmente, nesse contexto, afigura-se ser questionável que a diferença de dimensão entre os dois maiores prestadores de SMT subjacente à denúncia da NOS e a diferença de dimensão entre os dois maiores prestadores de SMT subjacente à concretização da operação de concentração n.º 8/2006 Sonaecom/PT assumam valores de tal forma díspares entre si que justifiquem uma mudança no sentido da conclusão da empresa sobre a eventual existência de uma posição dominante coletiva nos mercados em causa.

Do mesmo modo, não é suficientemente explicado pela NOS como é que a assimetria entre os dois operadores resultantes da operação de concentração (caso a mesma tivesse sido implementada) potenciava a concorrência e, pelo contrário, a simetria que a NOS agora refere caracterizar os dois maiores operadores acrescida à assimetria destes face ao terceiro operador não faz o mesmo.

²⁵ Cf., em particular, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (TPI), agora TGUE, de 06.06.2002, referente ao caso *Airtours vs. Comissão* (Proc. T-342/99).

²⁶ Na verdade, a denunciante enumera um conjunto de fatores que habilitam a existência de transparência no mercado em causa (desde a exigência legal de aviso prévio aos clientes com a antecedência de 30 dias nos casos de alterações de preços, à consulta recíproca de indicadores constantes dos Relatórios e Contas divulgados pelos operadores, passando ainda pela consulta regular das páginas de *Internet* de cada um daqueles, entre outros). No entanto, não resulta dos elementos disponíveis no PRC/2013/04 que o grau de transparência potenciado por tais fatores permita aos operadores conhecer com um grau de certeza suficiente, no momento de tomar as suas decisões essenciais, as decisões dos seus concorrentes.

sustentável ao longo do tempo, o que implica que existam incentivos suficientes para que nenhum membro do oligopólio (no caso concreto, nenhum operador de comunicações móveis) se afaste da linha de atuação comum e que haja capacidade e mecanismos de retaliação no caso desse afastamento se verificar.

67. Ora, não avançou a denunciante, nem encontrou a AdC na investigação desenvolvida no âmbito do PRC/2013/04, quaisquer indicações que tais incentivos e mecanismos estejam presentes no caso concreto.
68. Pelo contrário, e como destacou a Vodafone, a afirmação que a NOS mobilizou em apoio da sua alegação – uma *“afirmação do CEO da Portugal Telecom (sociedade detentora da TMN) através da qual este expressa a sua intenção de responder imediatamente às estratégias de redução de preço que possam ser implementadas por outros operadores”* – pode corresponder, simplesmente – e salvo prova em contrário – *“a práticas negociais legítimas de adaptação das políticas comerciais próprias [de cada operador] de forma a conseguir manter os clientes”*.
69. A linha de argumentação da denunciante a propósito deste segundo critério, baseada na constatação das vantagens para a MEO e para a Vodafone na manutenção da situação existente, bem como na suposição da possibilidade de retaliação recíproca entre estes operadores, pode encontrar assim explicação alternativa (lícita) em comportamentos motivados não pelo interesse comum na manutenção da linha de ação, mas pelo interesse individual próprio de cada operador na resposta concorrencial aos demais.
70. Por último, a factualidade apurada também não permite constatar o que a NOS alega quanto ao *“terceiro critério”* necessário para determinar a existência de posição dominante coletiva.
71. Em particular, entende-se não resultar suficientemente demonstrada a irrelevância da reação previsível dos atuais e futuros concorrentes, bem como dos consumidores.
72. Pelo contrário, a factualidade apurada parece sustentar o entendimento de que as reações quer dos clientes, quer dos concorrentes são suscetíveis de colocar em causa os resultados esperados de uma eventual política de atuação comum. Nesse sentido, basta recordar o exemplo dos tarifários tribais, referido pelo ICP-ANACOM na sua pronúncia²⁷, bem como a evolução dos mercados em causa já sinteticamente descrita²⁸.
73. Conclui-se, pois, que os dados constantes do PRC/2013/04 não permitem demonstrar a existência de posição dominante, individual ou coletiva, das visadas no mercado retalhista de prestação de serviços de comunicações móveis para consumidores finais, em Portugal.
74. Entende a NOS, conforme referido na observação que apresentou face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 resumida na alínea (iii) do §44 do presente documento, que a conclusão da AdC de inexistência de suficiente demonstração da posição dominante coletiva omite a referência a um conjunto de circunstâncias essenciais²⁹.
75. A NOS refere, igualmente, que o sentido provável de arquivamento evidencia uma análise superficial, incompleta e incorreta do tema, tendo a AdC ignorado *“factos”* que *“tipicamente*

²⁷ Cf. §39 e ss., *supra*.

²⁸ Cf. §16 e ss. e §37 e ss., *supra*.

²⁹ Nesse contexto, refere que AdC não se pronunciou sobre a simetria de quotas de mercado, de estruturas de custos e da estratégia comercial, sobre as barreiras à entrada e ao crescimento e sobre o desbalanceamento de tráfego e os saldos financeiros de interligação.

contribuem para a coordenação de comportamentos (colusão tácita) entre empresas conjuntamente dominantes”.

76. Cabe salientar a este propósito que o raciocínio da NOS nesta matéria surge invertido, parecendo a empresa partir da conclusão (de que as empresas – MEO e Vodafone – são conjuntamente dominantes) para depois justificar o preenchimento das condições para estabelecimento dessa conclusão.
77. Ora, por um lado, na análise da AdC, o preenchimento das condições necessárias ao estabelecimento da existência de posição dominante coletiva não pode surgir subordinado ao pré-juízo de que essa posição existe.
78. Por outro lado, não é certo que a AdC não se tenha pronunciado quanto aos factos que subjazem à determinação de posição dominante coletiva. Não só se pronunciou, como o fez sustentadamente, conforme se constata pela análise *supra*, apenas não tendo atribuído aos factos em causa a interpretação que a NOS atribuiu. Pelo contrário, a AdC admitiu que os mesmos poderiam ser explicados por circunstâncias normais no mercado e não se reconduziriam necessariamente à dominância coletiva.
79. Não se pronunciou a Autoridade, com efeito, quanto a alguns dos elementos referidos agora pela NOS, mas apenas porque os mesmos (pelo menos em parte) não resultam senão em simples constatações (por exemplo, a simetria de quotas e a simetria de estratégia comercial – potencialmente explicáveis, também, no contexto de mercados transparentes e concorrenciais), que depois foram interpretadas pela NOS num determinado sentido, sem a apresentação de qualquer prova que fundamente tal interpretação.
80. A demonstração da presença de elementos que indiciem práticas restritivas é um poder-dever da AdC, mas um que implica que sejam afastados do crivo dessa demonstração, desde logo, todos os elementos que encontrem no mercado explicação mais adequada.
81. Concluindo, quanto à definição dos mercados relevantes e determinação da existência de posição dominante, releva, assim, no PRC/2013/04, para efeitos de prossecução da análise, apenas a existência de posição dominante individual de cada um dos operadores de rede nacionais – MEO, Vodafone e NOS – na respetiva rede nos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais e de terminação de SMS em redes móveis individuais, em Portugal³⁰.

C. COMPORTAMENTOS - APRECIÇÃO DO ALEGADO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

82. Perante a conclusão de existência de posição dominante nos termos expressos no capítulo VII B do presente documento, torna-se necessária a aferição dos concretos comportamentos

³⁰ Sem prejuízo, a determinação da existência ou inexistência de uma posição dominante (designadamente, coletiva) no mercado dos serviços retalhistas de comunicações móveis não se revela determinante para o desfecho do PRC/2013/04, em virtude da conclusão decorrente da aferição dos concretos comportamentos denunciados, nos termos da análise constante do capítulo IX.C do presente documento, no que respeita ao carácter abusivo das condutas enquanto elemento do tipo de ilícito qualificado na legislação de concorrência como abuso de posição dominante.

denunciados³¹, com vista à verificação do preenchimento dos restantes elementos do tipo de abuso de posição dominante³².

a. OFERTA CONJUNTA DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES MÓVEIS

83. No que respeita ao primeiro comportamento, cabe começar por referir que, não obstante a referência, pela denunciante, à prática como “*discriminação*”, não parece estar em causa uma situação subsumível nos artigos 11.º, n.º 1 e n.º 2, alínea c) da LdC e 102.º, alínea c) do TFUE, já que tais normas reclamam a aplicação de “*condições desiguais [a] prestações equivalentes*” e não resulta demonstrado pela factualidade constante do PRC/2013/04 que as chamadas de voz e SMS terminadas *on-net* possam ser consideradas como prestações equivalentes às chamadas de voz e SMS terminadas *off-net*.
84. Abstraindo, todavia, de tal qualificação, resta verificar se “[o]s preços praticados pela TMN[, pela] Vodafone [e pela NOS eram] *abusivos*”, designadamente por “[o]s preços das chamadas e SMS on-net [serem] *inferiores ao seu custo*” e/ou “[o]s preços das chamadas e SMS off-net [serem] *excessivos relativamente ao seu custo*”.
85. Tal exige um tipo de análise que pressupõe, no entanto, que tais produtos sejam adquiridos individualmente e de forma autónoma, e não em tarifários que, necessariamente, combinam os diversos tipos de tráfego, bem como o acesso à rede, o que, na realidade, não acontece.
86. Com efeito, como refere o ICP-ANACOM, em termos já mencionados, sendo verdade, por um lado, que os operadores de maior dimensão podem continuar a praticar um preço retalhista por minuto nulo para as chamadas *on-net* e, por outro lado, que este preço será necessariamente inferior ao preço grossista de terminação de chamadas de voz, tal não significa que o operador de menor dimensão não possa oferecer um tarifário que compita com a oferta dos seus concorrentes, atendendo, nomeadamente, a que os consumidores avaliam a totalidade dos preços inerentes a cada tarifário, e não apenas uma das suas componentes.
87. Tem, pois, de se considerar na análise que os prestadores de SMT comercializam, de forma conjunta, a componente de comunicações (como o tráfego de voz, SMS, MMS e *Internet* móvel) e o acesso ao serviço³³, não estando restritos a uma componente específica de comunicações (como as comunicações de voz *off-net*, por exemplo).
88. Ora, as alegações constantes da denúncia da NOS e as observações da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 apenas contêm um argumento claramente construído nesse sentido, resumido na alínea (x) do §44 do presente documento, nos termos do qual, de um modo geral, a replicação pela NOS das “ofertas retalhistas *all-net*” disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone teria sido e continuaria a ser financeiramente inviável, o que permite, de certo

³¹ A saber: (i) eventual diferenciação indevida pela MEO, pela Vodafone e pela NOS entre os preços aplicáveis às comunicações intrarrede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das ofertas do SMT disponibilizadas pelas mesmas; e (ii) eventual definição de preços excessivos pela MEO, pela Vodafone e pela NOS associada à oferta grossista de terminação de SMS nas respetivas redes móveis disponibilizadas por essas entidades.

³² O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), agora Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) esclareceu que o conceito de empresa em posição dominante se encontra relacionado com os comportamentos da mesma no mercado relevante em questão (cf. Acórdão do TJCE, de 13.02.1979, referente ao Caso *Hoffmann-La Roche vs. Comissão*, §91).

³³ Tal é referido, aliás, pela MEO e pela Vodafone, as quais terão definido as suas ofertas retalhistas na perspetiva do tarifário e, assim, das diversas componentes que constituem o mesmo.

modo, intuir qual a (efetiva) perspetiva da empresa acerca de como as ofertas devem ser consideradas na análise.

89. Para além disso, a consideração da NOS de que um dos principais fatores determinantes na escolha de um tarifário por um determinado consumidor seria o preço do serviço em causa e que o mesmo deveria ser considerado na ótica da despesa do consumidor, referida na alínea (vii) do §44 do presente documento, também aponta no sentido suprarreferido.
90. De facto, a despesa do consumidor depende, em larga medida, dos preços aplicáveis a todos os produtos que constituem o tarifário em análise pelo mesmo (bem como dos padrões de consumo desse indivíduo relativamente a cada tipo de comunicações), ao contrário do que a NOS parece ter concluído com base na consideração em causa: que o preço do respetivo serviço estaria intrinsecamente associado aos preços aplicáveis às comunicações inter-redes, não tendo efetuado qualquer referência aos preços dos restantes produtos.
91. A esse propósito, bem como em relação à observação da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 resumida na alínea (x) do §44 do presente documento, é de notar que, em 01.2013, a NOS iniciou a disponibilização de “ofertas retalhistas *all-net*”³⁴ e o Diretor de Marketing de particulares da NOS referiu que tal permitia prosseguir o objetivo da NOS de “[q]uere[r] que os [seus] clientes tenham a sua própria rede de contactos e não a que é imposta pelos operadores” e considerou as ofertas em causa ““t[ê]m o potencial de ter no mercado” o mesmo impacto que outras ofertas da operadora da Sonaecom[, u]ma referência ao efeito do Tag nos tarifários tribais disponíveis no mercado por outros operadores”³⁵.
92. Adicionalmente, o Diretor de Marketing de particulares da NOS “*neg[ou] que [a atuação em causa tenha sido] uma resposta [d]a operadora a ofertas de concorrentes [e considerou que a mesma] não é mais um passo na irracionalidade de preços praticada no sector[, uma vez que] “[n]ão [h]e parece que da forma como está desenhada esta oferta se enquadre nessa categoria”*”³⁶.
93. Diversas comparações entre essas ofertas da NOS e as “ofertas retalhistas *all-net*” disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone no mesmo momento concluíram que “*a nova oferta da Optimus não inova no conceito, mas é inovadora nos preços a partir dos quais permite quebrar as barreiras na comunicação para outras redes*”³⁷. De facto, em 01.2013, a mensalidade mais baixa aplicável às ofertas retalhistas disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone que incluíam comunicações intrarrede e inter-redes gratuitas era de 103,10 € e a mensalidade mais baixa aplicável à oferta retalhista disponibilizada pela NOS equivalente era de 39,90 €³⁸, o que corresponde a um desconto superior a 60%.
94. Nesse contexto, é, ainda, de notar que a AdC não tem de, nem deve, tomar em consideração as puras questões de estratégia empresarial, que constituem fatores intrínsecos às empresas e, como tal, apenas às mesmas dizem respeito.
95. De facto, compete à AdC proteger a concorrência (o processo concorrencial), e não os concorrentes (e as respetivas idiossincrasias). Assim, a AdC somente deve garantir que as condições de concorrência no mercado sejam equitativas e que, dessa forma, o desenvolvimento

³⁴ Cujas designação comercial era e continua a ser “Smart”.

³⁵ Cf. http://www.dinheirovivo.pt/empresas/interior.aspx?content_id=3890981.

³⁶ Cf. http://www.dinheirovivo.pt/empresas/interior.aspx?content_id=3890981.

³⁷ Cf., a título exemplificativo,

http://tek.sapo.pt/extras/montra/montra_tek_o_que_pode_ganhar_com_as_novas_ofe_1293593.html.

³⁸ Atualmente, a mensalidade mais baixa aplicável à oferta retalhista em causa é de 34,99 €.

do mercado não seja influenciado por distorções criadas, mantidas e/ou utilizadas por agentes presentes no mesmo.

96. Nestas circunstâncias, é razoável concluir que a NOS conseguia replicar as “ofertas retalhistas *all-net*” disponibilizadas pela MEO e pela Vodafone e que, mais do que isso, conseguia oferecer os mesmos serviços com condições mais favoráveis para os consumidores.
97. No mesmo sentido, avança o ICP-ANACOM que, em particular, a oferta de tarifários indiferenciados competitivos poderá ser uma aposta importante no sentido de proporcionar aos operadores de menor dimensão uma oportunidade de competir efetivamente com as ofertas dos seus concorrentes de maiores dimensões.
98. Ora, essa realidade aparenta estar a verificar-se, conforme resulta dos dados avançados nos §16 e §37 e ss., *supra*.
99. Não colhe, pois o argumento da NOS no que respeita, em particular, às ofertas *4 play* (4P) – ofertas convergentes (com tarifários *all net* ou *flat rate* para as comunicações móveis) – de que as mesmas ainda são pouco representativas, considerando ser extemporâneo sugerir que tais ofertas venham a ser o paradigma a médio prazo, resumido na alínea (viii) do §44 do presente documento.
100. A este respeito, deve esclarecer-se que a AdC partilha do entendimento do ICP-ANACOM de que os tarifários indiferenciados (em particular os que integram ofertas convergentes 4P) constituem uma alternativa a considerar na análise. A própria constituição da NOS (resultante da operação de concentração Optimus/ZON Multimédia) acabou por representar um estímulo relevante no crescimento da importância desse tipo de ofertas.

b. PREÇOS DE TERMINAÇÃO DE CHAMADAS E EFEITO DE REDE

101. Ainda no que concerne à diferenciação de preços *on-net/off-net*, é de salientar que ainda que pudesse ter sido identificado um eventual problema concorrencial (o que não resultou demonstrado), não pode a AdC ignorar que o regulador setorial entende ter o mesmo – caso tenha existido – já sido resolvido, em resultado da sua intervenção.
102. Esclareceu o ICP-ANACOM a este propósito que a diferenciação de preços *on-net/off-net* não é necessariamente um problema em si mesmo, constituindo uma distorção da concorrência apenas quando conjugada com preços de terminação excessivamente elevados, sendo que entende que o remédio mais adequado para endereçar efetivamente a existência de um efeito de rede é a acentuada redução do preço grossista de terminação cobrado pelos operadores entre si, posição que defende estar em linha com o enquadramento regulatório europeu.
103. Essas razões levaram o ICP-ANACOM a fixar, desde 31.12.2012, o preço grossista de terminação de uma chamada de voz ao nível do custo incremental de longo prazo baseado no modelo LRIC puro.
104. Entende o regulador que, nesse contexto, o preço que os operadores de menor dimensão pagam pelo serviço de terminação, em termos teóricos, aproxima-se do custo real que os operadores de maior dimensão enfrentam pela terminação de uma chamada na sua rede. Tal facto favorece, a partir desse momento, que os operadores de menor dimensão repliquem os tarifários retalhistas dos operadores de maior dimensão, criando tarifários cujo preço *off-net* se aproxime do preço *on-net* dos mesmos.

105. Aliás, tal entendimento do ICP-ANACOM afigura-se compatível com as alegações constantes da denúncia da NOS e as observações da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 que fazem referência ao entendimento dessas entidades segundo o qual a MEO e a Vodafone alavancariam as suas posições dominantes nos respetivos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais nas suas redes móveis individuais aquando da definição dos preços retalhistas aplicáveis a essas chamadas³⁹.
106. De facto, a NOS, ao considerar possível a alavancagem em causa, admite que a eventual renda de um determinado operador decorrente dos preços grossistas de terminação de chamadas de voz cobrados pelo mesmo seria utilizada por esse operador para disponibilizar ofertas retalhistas mais atrativas em termos de preços para os consumidores.
107. Em tal cenário, a intervenção do ICP-ANACOM mencionada no §103 do presente documento eliminaria essa renda e, conseqüentemente, tornaria necessário o aumento dos preços retalhistas em causa, por inviabilizar a manutenção dos mesmos em níveis tão baixos como os níveis praticados antes da suprarreferida intervenção regulatória, ao contrário do entendimento decorrente de outras alegações constantes da denúncia da NOS e observações da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04, segundo as quais não haveria uma relação causal entre os preços grossistas e os preços retalhistas em causa⁴⁰.
108. Ainda quanto a esta linha argumentativa do ICP-ANACOM, que a AdC acompanha, a NOS, conforme resumido na alínea (ii) do §44 do presente documento, veio sustentar ser falso que a descida dos preços grossistas de terminação (imposta pelo ICP-ANACOM) tenha solucionado ou venha a solucionar o problema.
109. A esse propósito, a NOS discorda do modo como o ICP-ANACOM analisou a estrutura e a dinâmica dos mercados grossistas e retalhistas em causa e, também, da conclusão do regulador de que haveria margem para o operador de menor dimensão lançar ofertas competitivas.
110. Adicionalmente, sustenta a NOS que a AdC ignorou o que referiu o ICP-ANACOM acerca da *“externalidade de chamada e de preços off-net excessivamente elevados, não justificados pelos custos subjacentes”* – fator que não é endereçável pela regulação grossista.
111. Conforme referido acima e nos termos notificados à NOS no sentido provável de arquivamento, a eventual discriminação dos preços das chamadas *on-net / off-net* apenas é suscetível de causar problemas concorrenciais se combinada com preços de terminação excessivamente elevados e estes, desde 31.12.2012, foram fixados (em resultado da intervenção do ICP-ANACOM) ao nível dos LRIC, circunstância que, segundo o regulador, permite aos operadores de menor dimensão replicar os tarifários dos operadores de maior dimensão.
112. A própria NOS, na sua pronúncia, admite em teoria esta replicabilidade, embora refira que tal em nada condiciona os operadores de maior dimensão no que respeita à fixação das tarifas *off-net*.
113. Assim, em primeiro lugar, entende-se que a AdC, no processo, não dispõe de elementos (nem os mesmos foram remetidos pela NOS) que lhe permita afastar fundamentamente a possibilidade, mencionada pelo ICP-ANACOM, de os operadores de menor dimensão replicarem os tarifários dos operadores de maior dimensão.

³⁹ Cf., a título exemplificativo, alínea (v) do §44 do presente documento.

⁴⁰ Cf., a título exemplificativo, alínea (i) do §44 do presente documento.

114. Aliás, o descrito *supra* nos §91 a §100 permite constatar não apenas a replicabilidade abstrata de tais tarifários, como a sua efetiva replicação.
115. Por outro lado, com os preços de terminação ao nível fixado pelo ICP-ANACOM, a circunstância de isso não condicionar os operadores de maior dimensão na determinação das suas tarifas *off-net* em nada impede os de menor dimensão de apresentarem tarifários alternativos competitivos (com preços *off-net* próximos dos preços *on-net* dos operadores de maior dimensão).
116. O facto de um operador de menor dimensão não controlar o preço das chamadas *incoming* decorre da natureza e do funcionamento normal do mercado (estranho seria se ele pudesse controlar os preços dos concorrentes). O que as regras da concorrência devem garantir é que ele funcione num mercado sem distorções e possa reagir (como entender) aos comportamentos dos demais operadores. No caso concreto, tais circunstâncias aparentam estar presentes.
117. A NOS argumenta ainda que, assim, a atratividade das ofertas comerciais dos operadores de menor dimensão fica mais dependente da estratégia dos operadores de maior dimensão do que da sua própria política de preços.
118. Ora, como se sustentou, entende a AdC que a concorrência implica isso mesmo – que uma empresa se preocupe com a estratégia das demais, no sentido de lhes reagir de uma forma que potencie ganhos de bem-estar. Se não precisasse de o fazer seria porque, em princípio, o mercado que integra não estaria a funcionar de forma concorrencial.
119. Ora, o direito da concorrência não proíbe a detenção por uma empresa de uma posição dominante no mercado, sendo, até, desejável que as empresas presentes em um determinado mercado compitam entre si pelas respetivas posições no mesmo. De facto, o que é proibido pelo direito da concorrência é que uma empresa dominante explore de forma abusiva a sua posição, utilizando meios diversos da concorrência pelo mérito para manter ou aumentar a mesma.
120. Assim, o suprarreferido efeito de rede não é, em si mesmo, anticoncorrencial, só o sendo se for criado, mantido e/ou aumentado através de comportamentos que traduzam práticas restritivas da concorrência, que, no caso em análise, de acordo com a NOS, seriam as alegadas práticas da MEO e da Vodafone de diferenciação entre os preços aplicáveis às comunicações intrarrede e os preços aplicáveis às comunicações inter-redes no âmbito das ofertas do SMT disponibilizadas pelas mesmas (analisadas ao longo do presente documento).
121. Caso fosse verificado que esse efeito de rede era sustentado por práticas restritivas da concorrência (o que, adiantando as conclusões constantes dos §d a §136 do presente documento, não se verifica no caso em análise⁴¹), a AdC poderia intervir, mas a sua intervenção nunca seria sobre o efeito de rede, mas sempre e apenas sobre os potenciais comportamentos restritivos que o estivessem a perpetuar.

⁴¹ Consequentemente, a análise exaustiva do efeito de rede identificado no âmbito dos serviços de comunicações móveis e das implicações do mesmo no desenvolvimento do mercado em causa não é determinante para o desfecho do PRC/2013/04, motivo pelo qual a AdC não elaborou uma avaliação crítica profunda do estudo de mercado realizado pela NetSonda em Outubro de 2012, cujo objeto são essas matérias.

Sem prejuízo, em virtude da observação da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 resumida na alínea (iv) do §44 do presente documento, destaca-se que esse estudo e, de igual modo, as observações da MEO e da Vodafone sobre o mesmo mereceram a ponderação por parte da AdC que lhes era devida e que era possível, dada, em particular, a informação disponível sobre os critérios e metodologias e, como tal, o grau de fiabilidade subjacentes ao estudo em causa.

122. A esse propósito, não pode deixar de se recordar a NOS de que a AdC não tem competências para impor a orientação dos preços para os custos. Essa é uma matéria típica e exclusiva de regulação setorial. A intervenção da AdC apenas acontece quando os preços possam ser considerados restritivos da concorrência, por, por exemplo, serem considerados excessivos. Contudo, preços excessivos não se confundem com preços não orientados para os custos. Ambos são conceitos distintos, que espelham realidades diversas (embora, por vezes mas não forçosamente, parcialmente coincidentes), circunstância que a NOS parece olvidar.
123. Por último, e em particular no âmbito da observação da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 resumida na alínea (i) do §44 do presente documento, é de notar que, como a NOS salienta, o efeito de rede identificado no âmbito dos serviços de comunicações móveis é determinado, em particular, pela dimensão da base de clientes de um determinado prestador desses serviços, que também é um fator determinante da posição do prestador em causa no mercado.

c. PREÇOS DE TERMINAÇÃO DE SMS

124. Poderia, sem prejuízo do referido no §107 do presente documento, argumentar-se que a intervenção regulatória referida no §103 do presente documento excluía os preços de terminação de SMS, em relação aos quais o (eventual) problema persistiria.
125. No entanto, quanto a esses preços, conforme já referido⁴², o regulador mencionou – e as empresas visadas confirmaram – a existência de um processo negocial entre a MEO, a Vodafone e a NOS que veio a culminar com um acordo, com base no qual esses operadores aceitaram praticar entre si, desde 01.07.2013, um determinado preço grossista.
126. No que se refere às tarifas de terminação de SMS, a NOS, na sua pronúncia de 18.07.2014, reconhece ter acordado o preço em causa com os dois outros operadores (designando esse acordo por "*solução de compromisso*"), mas sustenta, ainda assim, que as tarifas continuam distantes daquelas que considera adequadas, conforme observação da NOS face ao sentido provável de arquivamento do PRC/2013/04 resumida na alínea (ix) do §44 do presente documento.
127. Como fundamentação do seu argumento, a NOS remete para a comparação com alguns países da UE. Reconhece que as tarifas de terminação de SMS em Portugal se encontram abaixo da média europeia⁴³, mas reforça que alguns reguladores (refere da França, da Dinamarca e da Polónia) já intervieram sobre o mercado em causa e nesses países o preço é mais baixo. Refere, também, que o *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC) entende que custo de terminação de SMS corresponde a 1/7 do custo de terminação de chamadas, o que torna os atuais preços de terminação de SMS em Portugal excessivos⁴⁴.
128. Deve começar por ser salientado que a NOS aceitou expressamente os preços negociados com os demais operadores. Mais do que isso, a NOS entendeu designar o acordo em causa por "*solução de compromisso*", o que, até pela nomenclatura, parece reclamar ou indiciar cedências recíprocas no quadro desse acordo. Nesse contexto, mesmo que a NOS pretendesse preços mais "*adequados*" à sua própria realidade, isso não significa que aqueles que foram acordados impliquem, necessariamente, a existência de práticas restritivas da concorrência (preços

⁴² Cf. §42 e ss., *supra*.

⁴³ Como, aliás, havia sustentado a Vodafone (cf. §27 i) e ii)).

⁴⁴ Argumento ao qual não pode deixar de reconhecer-se alguma inconsistência perante o referido reconhecimento pela NOS de que tais preços se encontram abaixo da média europeia.

excessivos). Recorde-se que o direito da concorrência existe para proteger a concorrência, o processo concorrencial, e não os concorrentes com os seus interesses e idiosincrasias próprios.

129. Por outro lado, os únicos exemplos europeus que a NOS avança⁴⁵ são todos de intervenção regulatória, e não de intervenção jusconcorrencial, o que reforça o enquadramento (preferencial) da matéria na esfera da regulação setorial.
130. No que respeita ao argumento subjacente à citação do BEREC, cumpre recordar que, conforme suprarreferido, a AdC não é a entidade competente para impor medidas de orientação dos preços para os custos. Como se sustentou, essa é uma matéria típica de intervenção da regulação setorial. A intervenção da AdC, em contrapartida, apenas acontece quando os preços possam ser considerados restritivos da concorrência, por, por exemplo, serem considerados excessivos. Contudo, preços excessivos e preços não orientados para os custos não se confundem necessariamente, conforme já teve oportunidade de se esclarecer.
131. Entende, pois, a AdC que os factos acima expostos – a fixação pelo regulador do preço grossista de terminação de uma chamada de voz ao nível do custo incremental de longo prazo baseado no modelo LRIC puro a partir de 31.12.2012 e a existência de acordo entre os operadores no preço a cobrar, desde 01.07.2013, pelas respetivas e recíprocas terminações de SMS – reportados a momentos anteriores à denúncia apresentada pela NOS à AdC, aparentam resolver os (eventuais) problemas subjacentes à factualidade denunciada pela NOS.
132. Assim, tanto quanto é possível apurar com base nos dados disponíveis atualmente no PRC/2013/04, tais (eventuais) distorções não resultam demonstradas nos termos alegados pela denunciante e, a terem existido, parecem atualmente já ter sido resolvidas (uma delas, inclusivamente, com o acordo expresso da denunciante).
133. Tal entendimento afigura-se, ainda, compatível com a análise das ofertas agregadas de diversos serviços retalhistas de comunicações eletrónicas constante dos §85 a §94 do presente documento, que incluem, em particular, chamadas e SMS intrarrede e inter-redes gratuitos.

d. CONCLUSÃO

134. Em conclusão, os factos referentes às práticas que constituem o objeto do PRC/2013/04, sustentados nos elementos probatórios constantes dos respetivos Autos, não constituem indícios suficientes de práticas de abuso de posição dominante, previsto e punido no artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2, alíneas a) e c) da LdC, que, segundo a denunciante, a existir, se traduziriam, em particular, na *“diferenciação tarifária entre os preços [de retalho] das chamadas de voz e SMS on-net e os preços [de retalho] das chamadas de voz e SMS off-net”* e na prática de *“preços excessivos”* nos mercados grossistas de terminação de SMS.
135. Do mesmo modo, a AdC concluiu, também, que não estão reunidas as condições de proibição estatuídas pelo artigo 102.º, alíneas a) e c) do TFUE e, assim, não está justificada a intervenção da AdC ao abrigo dessa disposição legal.
136. A pronúncia da NOS de 18.07.2014 não permitiu, também, infletir estas conclusões da Autoridade, que lhe foram oportunamente notificadas.

⁴⁵ França, Dinamarca e Polónia.

CONCLUSÃO

137. Tomando em consideração o *supra* exposto, considera-se que os factos referentes aos comportamentos objeto do inquérito e investigados no PRC/2013/04, sustentados nos elementos constantes dos Autos identificados, não constituem indícios suficientes de práticas proibidas, em especial, pelo artigo 11.º da LdC, não existindo fundamento, nem se encontrando reunidas as condições para, ao abrigo do disposto no artigo 24.º, n.º 3, alínea *a*) da LdC, se proceder à abertura de instrução.
138. Também se considera não estarem reunidas as condições de proibição estabelecidas pelo artigo 102.º do TFUE, não estando justificada a intervenção da Autoridade ao abrigo desta disposição legal.
139. Caso surjam novos factos ou elementos que coloquem em causa os pressupostos do arquivamento, a AdC procederá a nova análise da matéria, podendo mesmo reabrir o inquérito.

DECISÃO

140. Tudo visto e ponderado, o Conselho da AdC decide:

Primeiro

Arquivar o PRC/2013/04, nos termos e para os efeitos da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Segundo

Não intervir ao abrigo do artigo 102.º do TFUE, nos termos e para os efeitos do último parágrafo do artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002.

Terceiro

Da decisão de arquivamento cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nos termos e ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

Lisboa, 21 de novembro de 2014,

O Conselho da Autoridade da Concorrência,

X 

António Ferreira Gomes
Presidente

Assinado por: ANTÓNIO JÚLIO LEITÃO FERREIRA GOMES

X 

Nuno Rocha de Carvalho

Vogal

Assinado por: NUNO MARIA ROCHA DE CARVALHO

X 

Maria João Melícias

Vogal

Assinado por: MARIA JOÃO LAUREANO MELÍCIAS DUARTE