

Regulação e Concorrência no Sector das Comunicações Electrónicas ^(*)

Sérgio Gonçalves do Cabo
Mestre em Direito das Comunidades Europeias
Advogado

^(*) Versão revista do texto publicado na obra colectiva *Regulação em Portugal: novos tempos, novo modelo?*, Almedina, 2009, pp. 207-277.

Sumário:

I – INTRODUÇÃO

- A) Evolução no plano normativo
- B) Evolução no plano empresarial
- C) O ICP-ANACOM

II – DA CONCORRÊNCIA À REGULAÇÃO

- A) A directiva-quadro
- B) A directiva acesso
- C) A directiva serviço universal
- D) A directiva autorização
- E) A directiva privacidade
- F) A Lei das Comunicações Electrónicas

III – DA REGULAÇÃO À CONCORRÊNCIA

- A) A “Revisão de 2007”
- B) Disparidade regulamentar
- C) Desregulamentação ex ante
- D) Política de gestão do espectro radioelétrico
- E) Direitos dos utilizadores, protecção dos consumidores, reforço da privacidade e segurança
- F) A redefinição dos mercados relevantes

IV – CONCLUSÃO

I – INTRODUÇÃO

A) *Evolução no plano normativo*

I.1. – Em Portugal, até à revisão de 1997 da chamada “Lei de Delimitação de Sectores”, era vedado a empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza o acesso à actividade de telecomunicações, com excepção dos serviços complementares da rede básica e dos serviços de valor acrescentado. No entanto, as actividades de telecomunicações vedadas à iniciativa privada podiam ser exercidas por sociedades de economia mista, com maioria de capitais públicos, permitindo-se, por essa via, a alienação de participações públicas *minoritárias* no sector das telecomunicações.¹

Nos termos da *Lei de Bases das Telecomunicações de 1989* «o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas de telecomunicações competiam, em exclusivo, aos operadores do serviço público de telecomunicações»² ou seja, ao Estado e a outras pessoas colectivas de direito público ou pessoas colectivas de direito privado, com maioria de capitais públicos, mediante contrato de concessão de serviço público.³ Por outras palavras, o acesso à actividade de telecomunicações, com excepção dos serviços complementares da rede básica e dos serviços de valor acrescentado,⁴ encontrava-se sujeito ao regime de *vedação relativa* ou *reserva de controlo*, de acordo com o qual o acesso da iniciativa privada é condicionado à detenção, pelo sector público, da maioria do capital social do operador de telecomunicações.⁵

Esta situação correspondia – com ou sem proibições explícitas de acesso à actividade – à que se verificava na generalidade dos Estados membros da Comunidade Europeia nos anos 80,⁶ em virtude de se associar a prestação de serviços de

¹ Cf. artigo 4.º, n.º 1, alínea d) e n.º 2 da Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de Dezembro.

² Artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 88/89 de 11 de Setembro.

³ Cf. artigo 8.º, n.º 2 da Lei n.º 88/89.

⁴ Em 1990 seria aprovado o regime de acesso e de exercício da actividade da prestação de serviços de telecomunicações de valor acrescentado (Decreto-Lei n.º 329/90, de 23 de Outubro) e o regime do estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas e da prestação de serviços de telecomunicações complementares (Decreto-Lei n.º 346/90, de 3 de Novembro) que constituíam os únicos segmentos da actividade de telecomunicações abertos à iniciativa privada.

⁵ Cf. Sérgio Gonçalves do Cabo, *A Delimitação de Sectores na Jurisprudência da Comissão e do Tribunal Constitucional*, RFDUL, Vol. XXXIV, 1993, pp. 275-286.

⁶ Com excepção do Reino Unido, onde, a partir de 1981, passaram a operar duas empresas em regime de duopólio: a *British Telecommunications* e a *Mercury Communications Ltd*. Cf. Colin Long and Natasha Hobday (Eds.), *Global Telecommunications Law and Practice*, Sweet & Maxwell, 2007, UK §§ 104-108.

telecomunicações ao desenvolvimento e exploração das infra-estruturas de telecomunicações, cuja implantação, segundo a óptica predominante nos diversos Estados membros, deveria estar a cargo do sector público, que asseguraria igualmente a respectiva gestão e exploração.⁷

Pode, pois, dizer-se, que, até 1997, o acesso e o exercício da actividade de telecomunicações se recortava em torno dos seguintes conceitos básicos, subjacentes à Lei de Delimitação de Sectores e à Lei de Bases das Telecomunicações de 1989:

| Rede Básica de Telecomunicações | Infra-estruturas de Telecomunicações Complementares | Serviços de valor acrescentado | Regulamentação, superintendência e fiscalização |
|--|---|---|---|
| Exclusivo dos operadores de telecomunicações de serviço público (artigo 9.º, n.º 3 da Lei n.º 88/89 de 11 de Setembro) | Acesso em regime de concorrência a operadores de serviço público e a empresas de telecomunicações complementares, devidamente licenciadas para o efeito (artigos 10 e 11.º da Lei n.º 88/89 de 11 de Setembro) | Acesso em regime de concorrência a operadores de serviço público, a empresas de telecomunicações complementares ou a qualquer pessoa singular ou colectiva devidamente autorizada. | Competência do Estado , com o apoio do Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), em matéria de concessão e autorização do estabelecimento e exploração de redes e serviços de telecomunicações e em sede de fiscalização do cumprimento, por parte das empresas operadoras, das disposições legais e regulamentares aplicáveis (artigo 4.º da Lei n.º 88/89, de 11 de Setembro e artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto). |
| Consagração do princípio da rede aberta , servindo de suporte à transmissão da generalidade dos serviços, independentemente de o respectivo prestador ser ou não titular da própria rede (artigos 9.º, n.º 3 e 14.º da Lei n.º 88/89 de 11 de Setembro) | | | Competência do ICP quanto ao licenciamento de operadores de comunicações de uso público e de prestadores de serviços de valor acrescentado (artigo 4.º, alínea f) do Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto) |

I.2. – A partir de 1997, o acesso à actividade de telecomunicações foi liberalizado,⁸ ficando sujeito a licença ou a registo.⁹ Deste modo, os agentes

⁷ Cf. Piet Jan Slot and Andrew Skudder, *Common Features of Community Law Regulation in the Network-Bound Sectors*, CMLR 38 (2001), p. 87; Rafil Khatib, *Telecommunications Technology*, in Colin Long and Natasha Hobday (Eds.), *Global Telecommunications Law and Practice*, cit., §§ 01-80; Michael Klein, *Network Industries*, in Dieter Helm and Tim Jenkinson (Ed.), *Competition in Regulated Industries*, Oxford, 1998, pp. 43 e segs.; e E. J. Dommering, *Article 90 of the EEC Treaty and the Telecommunications, Broadcasting and Postal Services Sectors*, in J. H. V. Stuyck e A. J. Vossestein (Org.), *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Community Law*, Kluwer, 1993, pp. 54-58.

⁸ Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho.

económicos privados passaram a ter a possibilidade de estabelecer, gerir e explorar redes públicas de telecomunicações, bem como a possibilidade de prestar serviços de telecomunicações através da utilização da rede básica, que se mantinha no domínio público, mas numa lógica de rede aberta (*open network provision*) sendo assegurada a sua utilização por todos os operadores, em igualdade de condições.

Em virtude da abertura do sector à iniciativa privada (cf. Lei n.º 88-A/97, de 25 de Julho), seria aprovada uma *nova lei de bases* relativa ao estabelecimento, gestão e exploração de redes de telecomunicações e à prestação de serviços de telecomunicações (Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto), cuja concretização teria lugar através dos seguintes diplomas legais:¹⁰

- Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 92/99, de 23 de Março, que regula o regime de acesso à actividade dos operadores de redes públicas de telecomunicações e dos serviços de telecomunicações de uso público e transpõe para o direito interno as Directivas 96/2/CE e 96/19/CE da Comissão e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho;
- Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de Dezembro, que estabelece o regime da interligação entre redes públicas de telecomunicações e define os princípios gerais a que deve obedecer o Plano Nacional de Numeração;
- Decreto-Lei n.º 290-A/99, de 30 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 249/2001, de 21 de Setembro, que estabelece as condições gerais a que obedece a exploração de redes públicas de telecomunicações no território nacional tendo em vista a oferta de rede aberta, incluindo a oferta de circuitos alugados;
- Decreto-Lei n.º 290-B/99, de 30 de Julho, que aprova o Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público;
- Decreto-Lei n.º 290-C/99, de 30 de Julho, que define o regime de estabelecimento e de utilização de redes privadas de telecomunicações;
- Decreto-Lei n.º 458/99 de 5 de Novembro, que define o âmbito do serviço universal de telecomunicações e estabelece os respectivos regimes de fixação de preços e de financiamento;

⁹ Decreto-Lei n.º 381-A/97, de 30 de Dezembro, que transpõe para o direito interno as Directivas 96/2/CE e 96/19/CE, ambas da Comissão e 97/13/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹⁰ Observe-se que a opção de sujeitar a disciplina normativa do sector à aprovação de uma lei de bases não corresponde a qualquer exigência constitucional, uma vez que a matéria não é objecto de reserva de competência legislativa da Assembleia da República. Tal não obsta, no entanto, à atribuição de valor paramétrico à Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto, para efeitos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 112.º da Constituição, o que significa que os diplomas normativos aprovados pelo Governo no desenvolvimento daquela lei de bases lhe devem obediência material e hierárquica, muito embora uma eventual desconformidade não gere inconstitucionalidade orgânica, mas apenas ilegalidade por violação de uma lei de valor reforçado. Sobre isto cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, 1993, pp. 506-507 e pp. 777-778.

- Decreto-Lei n.º 474/99 de 8 de Novembro, alterado pela Lei n.º 95/2001, de 20 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 133/2002, de 14 de Maio, que aprova o Regulamento de Exploração do Serviço Fixo de Telefone.

Os conceitos básicos, subjacentes à Lei n.º 91/97 e que seriam objecto de desenvolvimento nos diplomas citados podem resumir-se da seguinte forma:

| Redes de Telecomunicações | Serviços de Telecomunicações | Interligação | Supervisão e fiscalização |
|--|--|---|---|
| Consagração do princípio da liberdade de estabelecimento, gestão, exploração e utilização de redes públicas de telecomunicações , tendo como único condicionante as limitações do espectro radioeléctrico, a disponibilização de números suficientes ou razões de segurança e ordem pública (artigo 11.º da Lei n.º 91/97). | Consagração do princípio da liberalização das telecomunicações , com uma única limitação no que tange ao serviço fixo de telefone cuja liberalização foi deferida para Janeiro de 2000 (artigos 7.º e 20 da Lei n.º 91/97). | Garantia da interligação através da rede básica de e através de redes de operadores com posição significativa nos mercados (artigo 15.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 91/97). | Instituição do ICP como entidade reguladora do sector em detrimento da posição auxiliar que lhe era reservada no âmbito da Lei n.º 88/89 (artigo 5.º, n.º 2 da Lei 91/97) |
| Confirmação do princípio da rede aberta no que diz respeito à rede básica de telecomunicações (<i>open network provision</i>) permitindo a sua utilização «por todos os operadores de telecomunicações em igualdade de condições de concorrência» – que já constava do n.º 3 do artigo 9.º e do artigo 14.º da Lei n.º 88/89 (artigo 12.º, n.º 4 da Lei n.º 91/97). | Garantia da prestação do serviço universal pelo Estado, por pessoa colectiva de direito público ou por pessoa colectiva de direito privado, mediante contrato, o qual só revestirá a forma de concessão quando inclua o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas que constituam a rede básica de telecomunicações (artigo 8.º da Lei 91/97). | Garantia da autonomia contratual nos acordos de interligação entre operadores de redes públicas de telecomunicações e ou prestadores de serviços de telecomunicações de uso público endereçadas (artigo 15.º, n.º 3 da Lei n.º 91/97). | Atribuição ao ICP, entre outras, de competências de gestão do espectro radioeléctrico e das posições orbitais, de tarefas de fiscalização e sanção em caso de incumprimento das normas que disciplinam a actividade, e de poderes para definir as condições de interligação de redes e serviços de telecomunicações de uso público explorados por operadores com posição significativa nos mercados (artigo 5.º, n.º 2 da Lei 91/97). |
| Eliminação do exclusivo dos operadores de telecomunicações de serviço público quanto ao estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas de telecomunicações, incluindo a rede básica de telecomunicações , que constava do n.º 2 do artigo 7.º e do n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 88/89 (artigos 11.º, n.º 1 e 12.º, n.º 5 da Lei 91/97). | | | |
| Confirmação da natureza dominial da rede básica de telecomunicações , substituindo a regra da afectação necessária e exclusiva a operadores de serviço público, pela mera possibilidade de afectação ao operador de serviço universal (artigo 12.º, n.º 5 da Lei n.º 91/97). | | | |

I.3. – O reconhecimento legal da liberdade de exercício da actividade de operador de rede pública de telecomunicações e de prestador de serviços de telecomunicações de uso público não significou, no entanto, a plena liberalização do sector, uma vez que, como já se disse, a Lei de Bases das Telecomunicações de 1997

manteve no domínio público do Estado a chamada rede básica de telecomunicações, cometendo ao Estado a tarefa de «assegurar a existência, disponibilidade e qualidade de uma rede pública de telecomunicações endereçadas» – denominada «rede básica» – «que cubra as necessidades de comunicação dos cidadãos e das actividades económicas e sociais no conjunto do território nacional e assegure as ligações internacionais, tendo em conta as exigências de um desenvolvimento económico e social harmónico e equilibrado».¹¹

Por conseguinte, o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas que constituem a rede básica de telecomunicações foi entregue ao operador encarregue de assegurar o serviço universal, mediante *contrato de concessão*, celebrado em 1995,¹² cuja vigência foi salvaguardada pela Lei de Bases das Telecomunicações de 1997.¹³

Além disso, foi conferida ao concessionário da rede básica de telecomunicações a isenção do pagamento de taxas e de quaisquer outros encargos, pela implantação das infra-estruturas de telecomunicações ou pela passagem das diferentes partes da instalação ou equipamento necessário à exploração da respectiva rede,¹⁴ o que viria a ser revisto em 2004,¹⁵ tendo motivado protestos generalizados e justificados dos demais operadores de redes públicas de telecomunicações, uma vez que tal representava uma *discriminação fiscal* a favor da rede básica de telecomunicações, onerando o estabelecimento de infra-estruturas alternativas.¹⁶

B) Evolução no plano empresarial

I.4. – Esta evolução no plano normativo – de que se deixaram apenas elencados alguns aspectos essenciais – teve lugar em paralelo com a *reestruturação empresarial do sector das comunicações*, desencadeada com a transformação da empresa pública Telefones de Lisboa e Porto (TLP),¹⁷ em sociedade anónima de capitais

¹¹ Artigo 12.º, n.º 1 da Lei n.º 91/97 de 1 de Agosto.

¹² Decreto-Lei n.º 40/95 de 15 de Fevereiro.

¹³ Artigo 21.º, n.º 2 da Lei n.º 91/97 de 1 de Agosto.

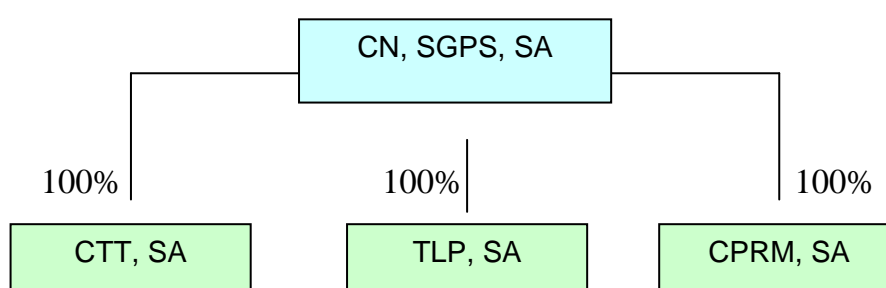
¹⁴ Artigo 13.º da Lei n.º 91/97 de 1 de Agosto.

¹⁵ Artigo 106.º da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro).

¹⁶ Como, de resto, foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em acção por incumprimento proposta pela Comissão contra o Estado Português (proc.º n.º C-334/03). Em sentido diametralmente oposto pronunciou-se o Tribunal Constitucional em acórdão de 27 de Abril de 2004 (acórdão n.º 288/2004) associando aquela isenção ao serviço público de telecomunicações. Contudo, como nota PEDRO GONÇALVES (*Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Almedina, 2008, pp. 186-189, em nota de rodapé) “o Tribunal Constitucional perdeu uma excelente oportunidade para enquadrar a questão que estava a apreciar (...) sob o único tópico pensável: as comunicações como uma *actividade económica privada publicamente regulada e qualificável com um serviço de interesse económico geral*”.

¹⁷ Os TLP foram criados em 1967 para explorar o serviço público de telefones nas cidades de Lisboa e Porto e seus arredores, em virtude de ter chegado ao seu termo o contrato de concessão

maioritariamente públicos, com o propósito assumido de «proceder a uma gradual privatização do sector» (cf. preâmbulo e artigo 2.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 147/89, de 6 de Maio); com a transformação dos Correios e Telecomunicações de Portugal (CTT), E. P., em sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, de forma a preparar «a separação, em duas empresas distintas, dos serviços que presta nas áreas fundamentais dos correios e das telecomunicações» (cf. Decreto-Lei n.º 87/92, de 14 de Maio); e com a criação da CN – Comunicações Nacionais, SGPS, S. A., sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos, que aglutinaria as participações detidas pelo Estado nas três operadoras de comunicações – CTT, TLP e Companhia Portuguesa Radio Marconi, S. A. [CPRM] (cf. Decreto-Lei n.º 88/92, de 14 de Maio).



A Telecom Portugal, S. A. – que corresponde hoje à PT Comunicações – nasceu por cisão simples dos CTT, tendo por objecto «o estabelecimento, a gestão e a exploração, das infra-estruturas e do serviço público de telecomunicações, bem como, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades, o exercício de quaisquer actividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas» (cf. artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 277/92, de 15 de Dezembro).

Em 1994 teve lugar a fusão da Telecom Portugal, S. A., com os TLP e com a Teledifusora de Portugal, S. A. (TDP),¹⁸ dando origem à Portugal Telecom, S. A. (cf. Decreto-Lei n.º 122/94, de 14 de Maio), que passaria a ter como objecto social «o estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas de telecomunicações, prestação do serviço público de telecomunicações, os serviços de transporte e difusão de sinal das telecomunicações de difusão, bem como o exercício de quaisquer actividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades» (cf. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 122/94, de 14 de Maio).

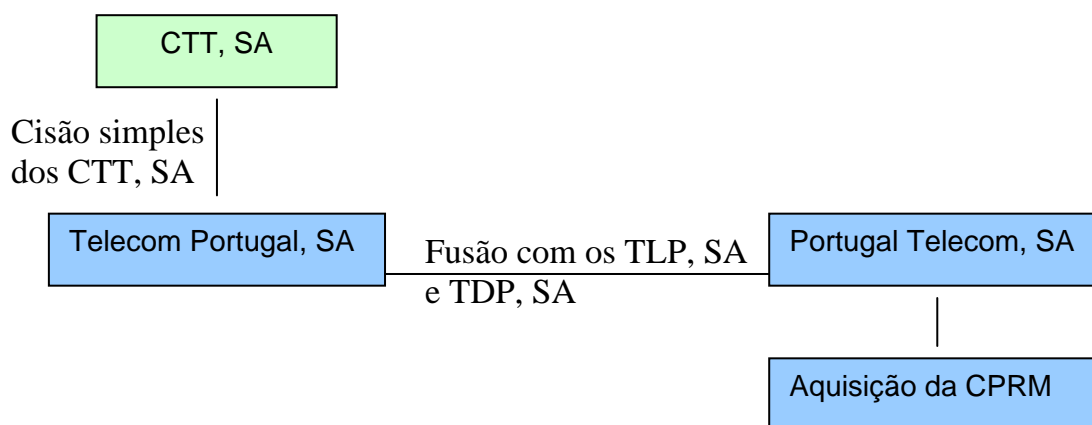
Ficava assim constituída uma única sociedade para a prestação de todo o serviço público de telecomunicações, com excepção do serviço intercontinental, o qual

celebrado em 1882, e sucessivamente revisto, entre o Estado Português e a Anglo-Portuguese Telephone Company, Ltd..

¹⁸ Criada pelo Decreto-Lei n.º 138/91, de 8 de Abril, como empresa pública, e *motu continuo*, pelo mesmo diploma transformada em sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos, com a denominação de Teledifusora de Portugal, S. A.

se encontrava abrangido pela concessão atribuída pelo Estado Português, em 8 de Novembro de 1922, à então Marconi's Wireless Telegraph Company, Ltd., posteriormente Companhia Portuguesa Rádio Marconi, S. A. (CPRM), mas cuja integração no âmbito de actuação da Telecom Portugal, S. A., seria expressamente assumida no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro, que aprovou as bases da concessão do serviço público de telecomunicações, onde se afirma que «a PT foi criada com o desígnio de passar a prestar todo o serviço público de telecomunicações, incluindo as ligações internacionais».

A integração das ligações internacionais no âmbito de actuação da Portugal Telecom, S. A., teria lugar por aquisição da totalidade do capital social da CPRM¹⁹ e por revogação do contrato de concessão, por acordo entre a CPRM e o Estado (cf. Decreto-Lei n.º 265-A/95, de 17 de Outubro), com reversão do estabelecimento a favor deste (cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 265-A/95) e sua subsequente integração na concessão atribuída à PT, passando esta empresa a prestar todo o serviço público de telecomunicações (cf. artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro).



I.5. – Foi neste contexto – e após a referida reestruturação empresarial – que se desenrolou o processo de *privatização do sector das telecomunicações em Portugal*.

A *primeira fase* de privatização do operador público de telecomunicações teve lugar em 1995²⁰ e foi associada à concessão a esta entidade do serviço público de telecomunicações, tendo conduzido à alienação de 27,26% do capital social. A *segunda fase* de privatização do operador público de telecomunicações teve lugar em 1996, com a alienação de 21,74% do capital social,²¹ o que, somado aos 27,26%

¹⁹ Por transferência para a PT da titularidade das acções da CPRM detidas pela CN, mediante a possibilidade de troca de acções CPRM por acções da PT no âmbito da operação de privatização e por oferta de aquisição nos termos do artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais.

²⁰ Decreto-Lei n.º 44/95, de 22 de Fevereiro e Resolução do Conselho de Ministros n.º 43-A/95, de 27 de Abril, publicada no Diário da República, 1.ª Série-B, de 4 de Maio de 1995.

²¹ Decreto-Lei n.º 34-A/96 de 24 de Abril e Resolução do Conselho de Ministros n.º 67-A/96, de 2 de Maio de 1996, publicada no Diário da República, 1.ª Série-B, de 10 de Maio de 1996.

alienados na primeira fase, levou à privatização de 49% do capital social do operador público de telecomunicações.

A terceira, quarta e quinta fase de privatização, ocorreriam em 1997 (26% do capital social), 1999 (13,5% do capital social) e 2000 (11% do capital social).²²

A participação pública no capital social da Portugal Telecom, S.A., agora Portugal Telecom, SGPS, S.A., reduz-se actualmente à titularidade de 500 acções da categoria “A” prevista no respectivo pacto social, as quais conferem ao seu titular direitos especiais (*golden shares*),²³ encontrando-se pendente no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, acção por incumprimento intentada pela Comissão contra Portugal, por entender que aqueles direitos especiais afectam a liberdade de circulação de capitais e o direito de estabelecimento consagrados no Tratado que Instituiu a Comunidade Europeia.²⁴

I.6. – A reformulação da estrutura empresarial e de grupo da Portugal Telecom, S. A., quer em virtude da sua privatização maioritária, quer por força da respectiva estratégia empresarial, determinaria a constituição de uma nova sociedade, a PT Comunicações, S. A., para a qual seria transmitida, mediante aceitação do concedente (cf. Decreto-Lei n.º 219/2000, de 9 de Setembro), a posição contratual da Portugal Telecom, S. A., na qualidade de concessionária do serviço público de telecomunicações e para a qual seriam igualmente transferidos, por destaque da anterior concessionária e com efeitos contabilísticos reportados a 1 de Janeiro de 2000, os activos e passivos afectos às actividades operacionais que tenham por objecto «o estabelecimento, a gestão e a exploração das infra-estruturas de telecomunicações, a prestação do serviço público de telecomunicações e de outros serviços de telecomunicações, bem como o exercício de quaisquer actividades complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas» (cf. artigo 1.º, alínea a), artigo 2.º, n.ºs 2, 3, 5 e 6, e artigo 4.º n.ºs 2 e 3, todos do Decreto-Lei n.º 219/2000, de 9 de Setembro).

²² Decreto-Lei n.º 226-A/97, de 29 de Agosto, Decreto-Lei n.º 119-A/99 de 14 de Abril, e Decreto-Lei n.º 227-A/2000, de 9 de Setembro, respectivamente, e Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 149-A/97, de 4 de Setembro, 56/99, de 2 de Junho e 148/2000, de 20 de Outubro, publicadas na 1.ª Série-B do Diário da República de 11 de Setembro de 1997, de 17 de Junho de 1999 e de 3 de Novembro de 2000, respectivamente.

²³ Direito de veto relativamente às deliberações de (i) eleição da mesa da Assembleia Geral, (ii) de eleição de um terço do número total de administradores, aí se incluindo o presidente do Conselho de Administração, (iii) e de eleição do Presidente da Comissão de Auditoria e do Revisor Oficial de Contas; de aplicação dos resultados de exercício; de alteração dos estatutos; de aumento do capital; de limitação e supressão dos direitos de preferência; de emissão de obrigações e de outros valores imobiliários; de fixação dos objectivos gerais e princípios fundamentais das políticas da sociedade; de definição dos princípios gerais de política de participação em sociedades; de autorização para a alteração da sede e de autorização de aquisição de acções representativas de mais de 10 % do capital social por parte de accionistas que exerçam, directa ou indirectamente, actividade concorrente com a PT e sociedades em relação de domínio.

²⁴ Processo n.º C-171/08.

A nova concessionária – PT Comunicações – tem como objecto social «o estabelecimento, gestão e a exploração das infra-estruturas de telecomunicações, a prestação de serviços de telecomunicações, dos serviços de transporte e difusão de sinal das telecomunicações de difusão, bem como o exercício de quaisquer actividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades» (cf. n.º 1 do artigo 3.º dos respectivos estatutos).

Apesar da similitude com o objecto social da Telecom Portugal, S. A. (cf. artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 277/92, de 15 de Dezembro) e com o objecto social da Portugal Telecom, S. A. (cf. artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 122/94, de 14 de Maio), o objecto social da PT Comunicações, refere-se apenas à «prestação de serviços de telecomunicações» e não à «prestação do serviço público de telecomunicações», conforme resultava dos diplomas de 1992 e 1994 referentes àquelas duas empresas públicas. Esta alteração do objecto social prende-se com as profundas modificações que se verificaram no direito de acesso e exercício da actividade de telecomunicações a partir de 1997, quer por força da eliminação da vedação do sector à iniciativa privada, quer em virtude da transposição para o ordenamento jurídico nacional das directivas comunitárias que procederam à liberalização do sector à escala europeia.

Entretanto, em 6 de Dezembro de 2002, foi publicada a Lei n.º 29/2002, que determinou a desafecção da “rede básica de telecomunicações” do domínio público do Estado e a possibilidade de se proceder à sua alienação, por ajuste directo, ao prestador do serviço universal, o que veio a suceder nos termos da Resolução do Conselho de Ministros n.º 147/2002, de 11 de Dezembro,²⁵ que aprovou as minutas do contrato de compra e venda da rede básica de telecomunicações e do acordo modificativo do contrato de concessão do serviço público de telecomunicações, a celebrar entre o Estado Português e a PT Comunicações.

Em 27 de Dezembro de 2002, a PT Comunicações celebrou com o Estado Português o *contrato de compra e venda da rede básica de telecomunicações e da rede de telex*. Nos termos desse contrato, a PT Comunicações obriga-se (i) a garantir o funcionamento da rede básica de telecomunicações como uma rede aberta, servindo de suporte à transmissão da generalidade dos serviços e passível de utilização por todos os operadores e prestadores de serviços de telecomunicações, em condições de igualdade; e (ii) durante a vigência da concessão, a afectar a esta as infra-estruturas adquiridas na medida do necessário à prestação dos serviços concessionados, sem prejuízo da sua possibilidade de alienação, substituição e/ou oneração, desde que não afecte a prestação desses serviços (cf. artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro).²⁶

²⁵ Publicada no Diário da República, I Série-B, de 26 de Dezembro de 2002.

²⁶ Concomitantemente foi aprovada a Lei n.º 6/2003, de 6 de Março, que autorizou o Governo a legislar sobre o regime de expropriação da rede básica de telecomunicações e o Decreto-Lei n.º 95/2003, de 3 de Maio, que permite a expropriação da rede básica de telecomunicações, ou de qualquer dos bens que a integram, por razões de interesse público, devidamente justificadas.

Em 17 de Fevereiro de 2003 foi publicado o Decreto-Lei n.º 31/2003 que alterou as bases da concessão do serviço público de telecomunicações, publicadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 40/95, de 15 de Fevereiro. Essas alterações consistiram, fundamentalmente, na adaptação do contrato de concessão «ao novo regime de propriedade da rede» sem, contudo, «ferir o núcleo essencial dos direitos e obrigações atribuídos à concessionária no âmbito da prossecução das actividades concessionadas nem afectar a equação financeira na qual o contrato de concessão assentou desde a origem» (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31/2003).

O contrato de concessão termina em 20 de Março de 2025 (cf. artigo 4.º, n.º 1 das bases da concessão) e não impede a concessionária prestar quaisquer serviços de telecomunicações, bem como exercer quaisquer actividades complementares ou acessórias das que integram o objecto da concessão, directamente ou através da constituição ou participação em sociedades, desde que tal não afecte o cumprimento das obrigações consagradas no contrato de concessão (cf. artigo 3.º das bases da concessão).

Ou seja, para além de proprietária da rede básica de telecomunicações, a PT Comunicações é ainda concessionária do serviço universal de telecomunicações, da prestação do serviço fixo de telex, do serviço fixo comutado de transmissão de dados, do serviço de difusão e de distribuição de sinal de telecomunicações de difusão e do serviço telegráfico.

Nos termos das bases da concessão anexas ao Decreto-Lei n.º 31/2003 a concessão tem por objecto a prestação do serviço universal de telecomunicações e a prestação do serviço fixo de telex, do serviço fixo comutado de transmissão de dados, do serviço de difusão e de distribuição de sinal de telecomunicações de difusão e do serviço telegráfico, podendo o concedente, quando o interesse público assim o justificar, cometer à concessionária o encargo da exploração de outros serviços de telecomunicações de uso público, mediante condições a acordar entre ambas as partes, que ficarão integradas em aditamento ao contrato de concessão (cf. artigo 2.º, n.ºs 1 e 5 das bases da concessão).

Integram ainda o objecto da concessão «o desenvolvimento e exploração das infra-estruturas de telecomunicações que integram a rede básica de telecomunicações» e o «estabelecimento, gestão e exploração das infra-estruturas de transporte e difusão de sinal de telecomunicações de difusão» (cf. artigo 2.º, n.º 2 das bases da concessão).

Significa isto que a actividade da PT Comunicações se encontra condicionada pelas *obrigações genéricas e específicas constantes do contrato de concessão*, quer quando abrange a (i) prestação de serviços de *retalho* (serviço fixo de telefone, na modalidade do serviço universal, serviço telegráfico, serviço fixo de telex, serviço fixo comutado de transmissão de dados, circuitos e listas) os quais são oferecidos a descoberto de qualquer exclusivo, uma vez que se encontram plenamente liberalizados, quer quando engloba (ii) o *fornecimento de serviços a operadores* (tráfego de interligação, circuitos e teledifusão),²⁷ quer ainda quando importa (iii) a

²⁷ As receitas provenientes da exploração das infra-estruturas na modalidade da oferta grossista a operadores não podem deixar de corresponder ao modo de remuneração da concessionária pelos investimentos realizados dentro do equilíbrio económico do contrato e dos «compromissos

realização de *investimentos* no desenvolvimento das infra-estruturas que integram a rede básica de telecomunicações e a rede de transporte e difusão de sinal de telecomunicações de difusão.

Assim, do conjunto de actividades que integram o objecto social da PT Comunicações, correspondem ao cumprimento do contrato de concessão todas as que se referem ao desenvolvimento e exploração das infra-estruturas de telecomunicações, e todas as que se referem à prestação do serviço fixo de telefone, na modalidade do serviço universal, à prestação do serviço telegráfico, do serviço fixo de telex, do serviço fixo comutado de transmissão de dados, da oferta de circuitos alugados e da edição e publicação periódica de listas de assinantes.²⁸

Alguns destes serviços são objecto de prestação gratuita (é o caso dos serviços de reparação de avarias e de reclamações e da edição e distribuição periódica de listas de assinantes dos serviços fixos de telefone e de telex) e outros estão sujeitos a regimes de preços condicionados, independentemente de considerações ligadas à análise dos mercados e à posição que neles ocupe a concessionária.²⁹

assumidos pelo Estado perante os accionistas da Portugal Telecom e o mercado em geral aquando da privatização da mesma e os interesses dos demais operadores do mercado e dos consumidores» (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 31/2003).

²⁸ Apesar de se concordar com PEDRO GONÇALVES quando observa que deixou de fazer sentido falar em “serviço público de telecomunicações”, uma vez que a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas é uma actividade livremente exercida pela iniciativa privada (cf. *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, cit., pp. 184-189), cumpre notar que a Lei das Comunicações Electrónicas – aprovada em 2004 – continua a fazer referência à “concessionária do serviço público de telecomunicações” (cf. artigo 26.º) mantendo em vigor todas as obrigações constantes das bases da concessão do serviço público de telecomunicações aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003, de 17 de Fevereiro, “salvo quando da aplicação da presente lei resulte um regime mais exigente, caso em que será este a vigorar” (cf. artigo 121.º, n.º 3 da Lei das Comunicações Electrónicas). Esta referência permite que se entenda – ao menos em tese – que, em lugar de um contrato de concessão, o que estaria em causa seria uma espécie de *regulação contratual da situação específica da PT Comunicações*, a qual cederia sempre perante um regime mais exigente resultante da Lei das Comunicações Electrónicas. Naturalmente que a questão que se coloca consiste em saber se há espaço para esse tipo de *regulação por contrato* e se a mesma pode ter alguma aplicação, sobretudo num contexto em que se prepara o lançamento de concurso para a designação da empresa ou empresas responsáveis pela prestação do serviço universal (artigo 99.º da Lei das Comunicações Electrónicas) na sequência da fase pré-contenciosa de acção por incumprimento desencadeada pela Comissão Europeia (cf. em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=654938> Procedimento para designação de prestador(es) do Serviço Universal - consulta lançada em 19.2.2008) que entretanto se converteu em acção por incumprimento (cf. http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/implementation_enforcement/infringement/s/ip09_164.pdf)

A nosso ver, é muito duvidoso que se justifique a manutenção de uma situação deste tipo, uma vez que o esquema contratual subjacente às bases da concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 31/2003 é claramente desajustado face ao enquadramento regulamentar do sector (v. *infra* II), o que legitimaria a extinção da concessão por acordo entre o concedente e a concessionária.

²⁹ O regime de preços do serviço universal rege-se pelo disposto no artigo 93.º da LCE, tendo vigorado até 31 de Dezembro de 2003 a convenção de preços celebrada em 31 de Dezembro de 2002 entre a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência, o ICP-ANACOM e a PT Comunicações – cf.

I.7. – Em 30 de Maio de 2003, antes da aprovação e entrada em vigor da Lei das Comunicações Electrónicas (LCE)³⁰ e tendo em conta a revisão do enquadramento regulamentar promovida à escala comunitária (“revisão de 1999” – cf. *infra* II), o ICP-ANACOM iniciou uma profunda reforma das condições de *exercício da actividade* no sector das comunicações electrónicas em Portugal, lançando um processo de *consulta pública preliminar* tendo em vista a *definição dos mercados relevantes*, a *avaliação de empresas com poder de mercado significativo* (PMS) e a *imposição de obrigações específicas aplicáveis às empresas fornecedoras de redes ou serviços de comunicações electrónicas*.

A *consulta pública preliminar* lançada em 30 de Maio de 2003 limitou-se ao agrupamento de serviços fixos comutados de baixo débito (1.^a fase) mas, em 23 de Setembro de 2003, seria lançada a *consulta pública preliminar* relativa aos agrupamentos de serviços de circuitos alugados, desagregação do lacete local e serviços de banda larga (2.^a fase), e em 6 de Abril de 2004, a *consulta pública preliminar* relativa ao agrupamento de serviços móveis (3.^a fase).³¹

No entanto, só após a entrada em vigor da LCE (que teve lugar em 11 de Fevereiro de 2004 – cf. artigo 128.º, n.º 1 da LCE) seriam formalmente iniciados os procedimentos de consulta quanto à definição dos mercados relevantes, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares específicas, conforme previsto no artigo 8.º da LCE, os quais ficariam concluídos durante o ano de 2005, com a análise dos mercados retalhistas e grossistas de linhas alugadas (circuitos alugados - mercados 7, 13 e 14 da Recomendação da Comissão) e a análise dos mercados grossistas de banda estreita.

Finalmente, já em 2007, foi desencadeado o procedimento de consulta quanto à definição de mercados relevantes, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares específicas, nos *serviços de radiodifusão para a entrega de conteúdos difundidos a utilizadores finais*, tendo sido identificado como relevante, para efeitos de regulação *ex-ante*, o mercado de fornecimento grossista de serviços de difusão televisiva através de redes analógicas terrestres.

Em 2008 teve início um novo processo de definição e análise dos mercados relevantes, quer devido à revisão da Recomendação da Comissão relativa aos

artigo 124.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2004. A deliberação do ICP-ANACOM de 14 de Dezembro de 2004, que define as obrigações aplicáveis às empresas com poder de mercado significativo nos mercados retalhistas de banda estreita, estabelece agora as regras em matéria de preços do serviço universal.

Os preços dos serviços de telex, telegráfico e móvel marítimo obedecem aos princípios da transparência, não discriminação e orientação para os custos, garantindo a acessibilidade para os utilizadores. O regime de preços de acesso à rede de transporte e difusão do sinal de televisão deve respeitar os princípios da transparência, não discriminação e orientação para os custos (cf. artigos 15.º e 16.º das bases do contrato de concessão).

³⁰ Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio e pela Lei n.º 35/2008, de 28 de Julho.

³¹ Cf. em <http://www.anacom.pt>.

mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante*,³² quer devido a um conjunto de alterações às condições de funcionamento do mercado português,³³ as quais surgem devidamente identificadas na consulta pública lançada pelo ICP-ANACOM em Junho de 2008, quanto à definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliação de PMS e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares em relação ao *mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infra-estrutura de rede num local fixo e ao mercado de fornecimento grossista de acesso em banda larga* (mercados 4 e 5 da Recomendação da Comissão 2007/879/CE, de 17 de Dezembro de 2007, que correspondem aos mercados 11 e 12 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro de 2003).³⁴

Prevê-se que, durante o ano de 2009, se proceda à análise dos restantes mercados grossistas identificados na Recomendação da Comissão 2007/879/CE (mercados 2, 3, 6 e 7, que correspondem aos mercados 8, 9, 13 e 16 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE) e do mercado retalhista de acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais e não residenciais (mercado 1 da Recomendação da Comissão 2007/879/CE, que corresponde aos mercados 1 e 2 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE), muito embora tal não prejudique as definições de mercados, os resultados das análises de mercado e as obrigações regulamentares adoptadas pelas autoridades reguladoras nacionais antes da data de adopção da Recomendação 2007/879/CE, desde que se verifique (i) a presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada nesses mercados, (ii) uma estrutura de mercado que não tenda para uma concorrência efectiva no horizonte temporal pertinente e (iii) a insuficiência do direito da concorrência para, por si só, corrigir adequadamente as deficiências detectadas no mercado em causa (cf. considerando 17 e n.ºs 2 e 3 da Recomendação 2007/879/CE).

I.8. – Estando já concluído o novo quadro regulamentar do sector – baseado em análises de mercado segundo critérios de direito da concorrência que dariam origem à

³² Recomendação da Comissão de 17 de Dezembro de 2007 (2007/879/CE), JO L 344, de 28/12/2007, pp. 65-69.

³³ De entre essas alterações avulta a separação (*spin-off*) da PT Multimédia (agora ZON Multimédia) da Portugal Telecom, ocorrida a 7 de Novembro de 2007, e que foi considerada pelo ICP-ANACOM como correspondendo a uma verdadeira situação de concorrência entre ambas as empresas, de tal forma que a ZON não se poderia considerar integrada no grupo PT, mesmo existindo um núcleo accionista comum (cf. deliberação do ICP-ANACOM de 3 de Abril de 2008, clarificando o seu entendimento sobre o *spin-off* da ZON Multimédia e o seu impacto sobre a definição e análise de mercados); a expansão da oferta do lacete local (OLL); a expansão da banda larga móvel; um maior número de ofertas “*triple-play*”; a introdução da oferta “*Naked DSL*”, que permite a contratação do serviço de acesso à internet sem contratação do serviço telefónico fixo; e o aumento de débito das ofertas de banda larga, com manutenção ou redução dos preços.

³⁴ Cf. em <http://www.anacom.pt/content.jsp?contentId=599027>. Esta consulta pública seria, entretanto, concluída, tendo o ICP-ANACOM deliberado, em 4 de Dezembro de 2008, manter as obrigações existentes no mercado 4 e rever as obrigações no mercado 5.

imposição de obrigações regulamentares específicas em relação às empresa com PMS (cf. *infra*, II) – em 6 de Fevereiro de 2006, a Sonaecom, lançou uma oferta pública de aquisição sobre a totalidade do capital social da Portugal Telecom, a qual seria objecto de decisão de *não oposição* por parte da Autoridade da Concorrência (AdC), mediante a imposição de condições e obrigações, de entre as quais se destaca, no que diz respeito às redes fixas, a obrigação de *separação horizontal das redes fixas* (que consiste na autonomização das redes fixas de cobre e de cabo, de modo a que ambas suportem ofertas concorrentes de “triple play” [voz, dados e televisão], com alienação, à escolha da Sonaecom, da rede fixa de cobre ou da rede fixa de cabo) e a obrigação de *separação funcional da rede básica* (que consiste na autonomização da oferta grossista face à oferta retalhista do operador verticalmente integrado, de modo a evitar que esse operador possa favorecer as empresas do grupo face a empresas concorrentes).^{35 36}

Nessa decisão de não oposição, a AdC, apesar de não pôr em causa a definição de mercados relevantes e a avaliação de PMS desenvolvida pelo ICP-ANACOM no quadro da imposição de obrigações regulamentares *ex ante* (cf. *infra*, II) identificou,

³⁵ Esta obrigação de separação funcional da rede básica ficaria dependente da alienação da rede fixa de cabo; o que parece fazer pouco sentido, uma vez que os problemas que se visam resolver com a separação funcional (e que são, fundamentalmente problemas de discriminação de concorrentes) nada têm que ver com a existência, ou não, na esfera de controlo do operador verticalmente integrado, de outras infra-estruturas de comunicações.

Aliás, o quadro regulamentar das telecomunicações não foi estruturado a partir de um princípio de proibição de empresas verticalmente integradas, nem tão pouco assentou na separação orgânica, jurídica ou da titularidade das redes e serviços de telecomunicações, tendo-se limitado a exigir a *separação de contas* e, a partir de 1999, a *separação jurídica*, quando o mesmo operador fornece infra-estruturas de redes de telecomunicações e infra-estruturas de redes de televisão por cabo. No entanto a separação jurídica da exploração da rede pública comutada de telecomunicações e da exploração da rede de televisão por cabo não só não afectou a propriedade conjunta, como corresponde à *separação horizontal* da gestão de duas infra-estruturas convergentes.

Ou seja e por outras palavras, não nos parece que a questão da separação funcional da rede básica pudesse ser vista como uma condição de não oposição à operação de concentração, uma vez que a regulação sectorial não exigia essa separação e é no plano da regulação sectorial que essa questão deve ser resolvida e não no quadro do controlo prévio de uma operação de concentração.

³⁶ Processo AC – I – 08/2008 – Soneacom / PT.

Cf. em <http://www.concorrenca.pt/Conteudo.asp?Processo=190&ProTree=2&ID=678>.

A própria oferta foi sujeita pela Sonaecom a um conjunto de condições, onde avulta a alteração dos estatutos da PT de modo a que não subsista qualquer limite à contagem de votos quando emitidos por um só accionista, em nome próprio ou também como representante de outro (desblindagem dos Estatutos); a eliminação dos privilégios inerentes às acções da categoria “A”, as quais correspondem à participação pública no capital social da PT, ou à sua alteração ou restrição de modo a que não fossem invocáveis contra a realização dos actos e operações de execução do plano de reestruturação da PT constante do prospecto da oferta, ou à renúncia por parte dos titulares dessas acções ao exercício de tais prerrogativas, ou ainda à aprovação daqueles actos e operações ou aceitação da oferta por parte dos titulares das acções da categoria “A”. Estas condições não seriam reunidas aquando da assembleia-geral da PT, realizada em 2 de Março de 2007, o que implicou o cancelamento da oferta.

para efeitos de controlo da operação de concentração, um conjunto de mercados de produto e geográficos relevantes, que ultrapassa em muito aquela definição.³⁷

Pode dizer-se que, no plano da articulação entre a regulação sectorial e uma apreciação estritamente baseada em critérios de direito da concorrência, existirá alguma fluidez de análise, muito embora a definição de mercados relevantes para efeitos de regulação *ex ante* se baseie no direito da concorrência. Daí não decorre, no entanto, que os poderes de apreciação da AdC ou da Comissão Europeia em matéria de controlo prévio das operações de concentração de empresas no sector das comunicações electrónicas ou em matéria de controlo *ex post* de comportamentos anticoncorrenciais, não devam ter em conta as condições de funcionamento do mercado resultantes da intervenção do regulador sectorial. Neste sentido, o direito da concorrência funciona em paralelo ou mesmo concomitantemente com a regulação sectorial, a qual não isenta as empresas do cumprimento das normas gerais de direito da concorrência, mas obriga a AdC ou a Comissão Europeia, aquando da aplicação dessas normas, a ter em conta o quadro de obrigações regulamentares específicas impostas às empresas pelas ARN's.

Esta solução não se afasta daquela que é seguida nos Estados Unidos, uma vez que o regulador sectorial – a Federal Communications Commission (FCC)³⁸ – não tendo poderes para aplicar o direito da concorrência ao sector das comunicações electrónicas, procura orientar as suas decisões em matéria de regulação de modo a promover a concorrência. Não existe um processo de análise de mercados baseado em critérios de direito da concorrência, nem tão pouco a figura da imposição de obrigações regulamentares *ex ante*, mas, quer a propósito da disciplina da interligação, ou da disciplina da oferta grossista de serviços, quer ainda no quadro do controlo das operações de concentração de empresas do sector das comunicações electrónicas, a FCC procura combinar preocupações de disciplina do sector, com objectivos de promoção da concorrência.³⁹

C) O ICP-ANACOM

I.9. – A evolução normativa e a reestruturação empresarial do sector das comunicações em Portugal – incluindo a privatização do operador público de telecomunicações – foram acompanhadas pela criação de um organismo público de supervisão e regulação do sector – o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP) –

³⁷ Estão em causa os mercados de Internet (mercados 20 a 24) o mercado de acesso a condutas (mercado 43), os mercados de média e conteúdos (mercados 25 a 39), o mercado de gestão de fundos de pensões (mercado 40), o mercado das bases de dados de assinantes do serviço telefónico fixo (mercado 41) e o mercado de prestação de serviços na área das tecnologias de informação (mercado 42). Cf. Processo AC – I – 08/2008 – Soneacom / PT.

³⁸ Cf. em <http://www.fcc.gov/aboutus.html>.

³⁹ Cf. American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, Vol. II, 5th ed., 2002, pp. 1254-1275.

que, no entanto, além das telecomunicações, exerce ainda a supervisão e a regulação da actividade dos correios e serviços postais.

O ICP foi criado pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 188/81, de 2 de Julho, mas o seu estatuto só foi aprovado dois anos mais tarde, pelo Decreto Regulamentar n.º 70/83, de 20 de Julho, que, contudo, nunca foi aplicado. Cinco anos mais tarde, o Decreto Regulamentar n.º 25/88, de 17 de Junho, criou a Comissão Instaladora do ICP e, em 23 de Agosto de 1989, seriam aprovados novos estatutos (Decreto-Lei n.º 283/89, de 23 de Agosto), os quais foram substituídos, após múltiplas alterações, pelo Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, que alterou a sua designação para ICP – Autoridade Nacional de Comunicações, abreviadamente ICP-ANACOM.⁴⁰

Os seus estatutos asseguram a sua independência como entidade orgânica, financeira e funcionalmente separada do Governo e das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas.

O conselho de administração do ICP-ANACOM é constituído por um presidente e entre dois a quatro vogais nomeados por um período de cinco anos, não renovável, mediante resolução do Conselho de Ministros, de entre pessoas com reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional. Não pode ser nomeado quem seja ou tenha sido membro dos corpos gerentes das empresas dos sectores das comunicações nos últimos dois anos, ou seja ou tenha sido trabalhador ou colaborador permanente das mesmas, com funções de direcção ou chefia no mesmo período de tempo, e os membros do conselho de administração não podem ter interesses de natureza financeira ou participações nas empresas reguladas dos sectores das comunicações.

I.10. – De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/2001 a delimitação de funções do ICP-ANACOM e o seu enquadramento institucional «foram, directa ou indirectamente, influenciadas pelas transformações económicas e legislativas do sector das comunicações, impulsionadas pelo efeito do direito comunitário no sentido da liberalização e da intervenção da concorrência no sector, sem prejuízo da permanência de serviços universais sujeitos a obrigações de serviço público».

Neste sentido, não se estranhará que entre o universo de atribuições do ICP-ANACOM figurem com especial relevância as relativas à regulação e supervisão do sector das comunicações (artigos 1.º, n.º 2 e 6.º, n.º 1, alínea b), dos Estatutos do ICP-ANACOM). Embora os conceitos de regulação e supervisão andem frequentemente confundidos no sector das comunicações electrónicas, a verdade é que, de um ponto de vista jurídico, torna-se possível proceder à sua distinção, situando a “regulação” no plano do exercício do poder regulamentar a que se referem os artigos 9.º, alínea a) e 11.º dos Estatutos do ICP-ANACOM⁴¹ e a “supervisão” no plano do acompanhamento

⁴⁰ Cf. em <http://www.icp.pt/index.jsp?categoryId=2>.

⁴¹ No exercício das suas competências regulamentares, o ICP-ANACOM observa os princípios da legalidade, da necessidade, da clareza, da participação e da publicidade, permitindo aos interessados a apresentação de observações e comentários, devendo o relatório preambular dos

do mercado e da fiscalização do cumprimento e punição das infracções às normas legais e regulamentos e às obrigações impostas às empresas com posição de mercado significativa (artigos 9.º, alíneas b), c), f), e), g) e 10.º e 12.º dos Estatutos do ICP-ANACOM).⁴²

Com efeito, um dos poderes mais importantes atribuídos ao ICP-ANACOM pela LCE consiste na possibilidade de impor às empresas *obrigações regulamentares específicas*, sempre que tal se mostre necessário para assegurar a concorrência, o desenvolvimento do mercado e os interesses dos cidadãos (cf. artigos 5.º, 55.º e 56 da LCE).

Tais poderes, se bem que se possam considerar compreendidos nas atribuições do ICP-ANACOM (artigo 6.º, n.º 1, alíneas e), f) e h) dos Estatutos do ICP-ANACOM) foram totalmente reformulados pela LCE, na medida em que o seu exercício fica condicionado a um complexo processo de definição e análise dos mercados relevantes de produtos e serviços, de modo a apurar «se um mercado relevante é ou não efectivamente concorrencial», a «declarar as empresas com poder de mercado significativo nos mercados relevantes» e a «impor, manter, alterar ou suprimir obrigações às empresas com ou sem poder de mercado significativo, incluindo a imposição de condições técnicas ou operacionais aplicáveis ao fornecedor e ou beneficiário do acesso» (artigo 56.º da LCE).

Este modelo de regulação do sector, que pressupõe a análise das condições de concorrência nos mercados considerados relevantes como condição para a imposição de obrigações regulamentares específicas, as quais têm que ser devidamente fundamentadas de modo a demonstrar a sua adequação, proporcionalidade e justificação à luz dos objectivos de regulação (artigo 55.º da LCE), resulta da transposição das directivas 2002/19/CE (directiva acesso), 2002/20/CE (directiva autorização), 2002/21/CE (directiva-quadro), e 2002/22/CE (directiva serviço universal), todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março, e da Directiva 2002/77/CE, da Comissão, de 16 de Setembro (directiva concorrência).

II – DA CONCORRÊNCIA À REGULAÇÃO

II.1. – Na verdade, nesta como em muitas outras matérias de *direito económico*, a evolução do nosso direito de acesso e de exercício das actividades de telecomunicações, quer no que tange ao estabelecimento, gestão e exploração das

regulamentos fundamentar as decisões tomadas, com necessária referência às críticas ou sugestões que tenham sido feitas ao projecto (artigo 11.º dos Estatutos do ICP-ANCOM).

⁴² Seria ainda admissível que se procurasse distinguir regulação, supervisão, fiscalização e sancionamento. No entanto, a nosso ver, não existe uma verdadeira diferença entre supervisão e fiscalização e os procedimentos sancionatórios são uma consequência do exercício da supervisão, pelo que nos parece preferível manter a distinção fundamental traçada no texto entre regulação e supervisão, situando-se a primeira no plano normativo e a segunda no plano da aplicação das normas ao caso concreto.

infra-estruturas, quer no que concerne à prestação de serviços – bem como os desenvolvimentos registados no plano empresarial e de supervisão – tiveram como causa próxima a profunda reestruturação do sector à escala europeia, desencadeada pelo *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do Mercado Comum dos Serviços e Equipamentos de Telecomunicações* (COM/87/290), o qual surgiu em continuidade com o programa de liberalização e harmonização dos mercados europeus de telecomunicações apresentado pela Comissão ao Conselho em 1984 (COM/84/277)⁴³ e na sequência do Acórdão *British Telecommunications*⁴⁴, nos termos do qual se considerou *aplicável o direito comunitário da concorrência ao sector das telecomunicações*, mesmo quando este se encontra organizado em regime de monopólio público ou sob a forma de atribuição de direitos especiais ou exclusivos, designadamente através da concessão do serviço público de telecomunicações.⁴⁵

Esta jurisprudência seria mantida nos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 19 de Março de 1991, relativo à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações,⁴⁶ de 13 de Dezembro de 1991, relativo à definição de especificações técnicas dos aparelhos telefónicos e aos requisitos

⁴³ Cf. Recomendação do Conselho de 12 de Novembro de 1984, relativa à realização da harmonização no domínio das telecomunicações, JO L 298 de 16/11/1984, pp. 49-50.

⁴⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 20 de Março de 1985, *República Italiana c. Comissão*, processo n.º 41/83, Rec. 1985, p. 873.

⁴⁵ No caso *British Telecommunications (BT)*, o Tribunal de Justiça não só considerou que a actividade normativo-regulamentar da BT não se distinguia da sua actividade empresarial, como entendeu que a mesma era susceptível de controlo à luz do artigo 82.º (ex-artigo 86.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (cf. considerando 20 do acórdão *British Telecommunications*, processo n.º 41/83, Rec. 1985 p. 873, onde se afirma que *«the schemes referred to by the contested decision must be regarded as an integral part of BT's business activity. The submission to the effect that it was not in law open to the Commission to appraise them for their compatibility with article 86 of the Treaty must therefore be rejected»*). O Tribunal rejeitaria ainda o argumento tirado a partir do artigo 295.º (ex-artigo 222.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na medida em que o segmento de actividade em causa nos autos (a retransmissão de mensagens de telefone e telex no tráfego internacional), por se tratar de um serviço complementar, não estaria abrangido pelo monopólio atribuído por lei à BT. Finalmente, o Tribunal despistaria ainda o argumento baseado no artigo 86.º, n.º 2 do Tratado (ex-artigo 90.º), por não ter sido demonstrado um nexo de causalidade relevante entre a aplicação das regras de concorrência e o exercício das missões de serviço público a cargo da BT (cf. considerando 33, onde se afirma que *«the presence in the United Kingdom of private forwarding agencies attracts to the British public network, ... , a certain volume of international messages and the revenue which goes with it. The Italian Republic has totally failed to demonstrate that the results of the activities of those agencies in the United Kingdom were, taken as a whole, unfavourable to BT, or that the Commission's censure of the schemes at issue put the performance of the particular tasks entrusted to BT in jeopardy from the economic point of view»*).

⁴⁶ Cf. Acórdão de 19 de Março de 1991, *República Francesa c. Comissão*, processo n.º C-202/88, Col. 1991, p. I-1223.

necessários para a sua comercialização,⁴⁷ e de 17 de Novembro de 1992, relativo à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações.⁴⁸

Estavam em causa no primeiro e terceiro daqueles acórdãos, duas directivas da Comissão, tendo em vista a eliminação dos exclusivos de (i) importação, comercialização, ligação, entrada em funcionamento e ou de manutenção de aparelhos terminais de telecomunicações (Directiva Terminais)⁴⁹ e de (ii) fornecimento de serviços de telecomunicações, diversos dos serviços de telefonia vocal, tendo em vista garantir o direito de qualquer operador económico fornecer os referidos serviços (Directiva Serviços),⁵⁰ ao passo que no segundo estavam em causa os poderes do operador público de telecomunicações belga, a *Régie des Télégraphes et Téléphones*, em matéria de aprovação de equipamentos telefónicos fornecidos por outras entidades.

Apesar de ter anulado certas normas das referidas directivas,⁵¹ o Tribunal de Justiça considerou, em todos os casos, que a manutenção pelos Estados membros de exclusivos de importação, comercialização, aprovação, ligação, funcionamento ou manutenção de terminais de telecomunicações, tal como a manutenção de exclusivos para o fornecimento de serviços de telecomunicações, na medida em que ponham em causa o comércio intra-comunitário ou a liberdade de prestação de serviços e, em consequência, impeçam a concorrência no mercado comum, são medidas estatais incompatíveis com o artigo 86.º (ex-artigo 90.º) do Tratado.⁵²

Esta jurisprudência viria a ser confirmada no acórdão *Corbeau*,⁵³ embora em jurisprudência posterior⁵⁴ o Tribunal tenha exigido que, além da existência de um direito exclusivo potenciador de uma situação concorrencial débil, ocorram actos

⁴⁷ Cf. Acórdão de 13 Dezembro de 1991, *RTT c. GB-Inno-BM*, processo n.º C-18/88, Col. 1991, p. I-5941.

⁴⁸ Cf. Acórdão de 17 de Novembro de 1992, *Reino de Espanha, Reino da Bélgica e República Italiana c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Col. 1992, p. I-5833.

⁴⁹ Directiva da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações (88/301/CEE), JO L 131 de 27/05/1988, pp. 73-77.

⁵⁰ Directiva da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (90/388/CEE), JO L 192 de 24/07/1990, pp. 10-16.

⁵¹ Para uma análise desta jurisprudência cf. Pierre Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, 2000, pp. 48-53, com vastas indicações bibliográficas.

⁵² Nos termos do artigo 86.º, os Estados-Membros não podem tomar ou manter em vigor medidas contrárias ao Tratado, especialmente em matéria de concorrência, podendo a Comissão dirigir aos Estados, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.

⁵³ Acórdão de 19 de Maio de 1993, *Corbeau*, processo n.º C-320/91, Col. 1993, p. I-2533, onde o Tribunal reafirma que apesar de «*o mero facto de um Estado-membro criar uma posição dominante através da concessão de direitos exclusivos não ser como tal incompatível com o artigo 86.º, o Tratado obriga, todavia, os Estados-membros a não adoptarem e a não manterem em vigor medidas susceptíveis de retirar efeito útil a esta disposição*» (considerando n.º 11).

⁵⁴ Cf. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2nd Edition, Oxford, 2007, pp. 612-615.

abusivos cujo nexó de causalidade se situe na atribuição desse direito especial ou exclusivo.⁵⁵

II.2. – A jurisprudência citada teve um papel decisivo na legitimação jurídica do processo de abertura do mercado de telecomunicações por iniciativa da Comissão, num movimento que ultrapassou em muito o papel tradicional da Comissão enquanto órgão responsável pela aplicação do direito da concorrência,⁵⁶ constituindo alicerce para um conjunto de Directivas, adoptadas com base no n.º 3 do artigo 86.º (ex-artigo 90.º) do Tratado,⁵⁷ que se assinalam:

- Directiva da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações (88/301/CEE)⁵⁸;
- Directiva da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (90/388/CEE);⁵⁹
- Directiva 94/46/CEE da Comissão, de 13 de Outubro de 1994, que altera as Directivas 88/301/CEE e 90/388/CEE, em especial no que diz respeito às comunicações por satélite;⁶⁰

⁵⁵ Cf. Acórdão de 5 de Outubro de 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative de la Mayenne*, processo n.º C-323/93, Col. 1994, p. I-5077, onde se afirma que «o simples facto de criar semelhante posição dominante através da concessão de um direito exclusivo na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado não é, enquanto tal, incompatível com o artigo 86.º do Tratado. Um Estado-membro apenas viola as proibições contidas nessas duas disposições quando a empresa em causa seja levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo». De igual modo, também se afirma no acórdão de 14 de Dezembro de 1995, *Banchero*, processo C-387/93, Col. 1995, p. I-4663, que «o simples facto de um Estado-Membro criar uma posição dominante através da concessão de um direito exclusivo na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, não é, enquanto tal, incompatível com o artigo 86.º. As proibições contidas nestas duas disposições apenas são violadas se a empresa em causa for levada, pelo simples exercício do direito exclusivo que lhe foi atribuído, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo». Cf. Igualmente o Acórdão do Tribunal de 23 de Maio de 2000, *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) c. Københavns Kommune*, processo C-209/98 Col. 2000, p. I-3743 bem como as conclusões do Advogado-Geral Philippe Léger nesse processo, apresentadas em 21 de Outubro de 1999, onde se faz uma apresentação completa do sistema comunitário dos abusos de posição dominante fundados em actos do poder público.

⁵⁶ Salientando, justamente, este aspecto, cf. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 5th edition, Edited by P. M. Roth QC, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 1023-1024. O tópico não é retomado na 6.ª edição, de 2008.

⁵⁷ O n.º 3 do artigo 86.º (ex-artigo 90.º) do Tratado permite à Comissão adoptar directivas ou decisões dirigidas aos Estados-Membros, tendo em vista assegurar o respeito pelo princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e o respeito pelas regras de concorrência, por parte de empresas públicas e ou de empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos. Sobre os problemas suscitados por este tipo de legislação cf. José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, 1999, pp. 402-430.

⁵⁸ JO L 131 de 27/05/1988, pp. 73-77.

⁵⁹ JO L 192 de 24/07/1990, pp. 10-16.

- Directiva 95/51/CEE da Comissão, de 18 de Outubro de 1995, que altera a Directiva 90/388/CEE, relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados;⁶¹
- Directiva 96/2/CEE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE, no que diz respeito às comunicações móveis pessoais;⁶²
- Directiva 96/19/CEE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE, no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações;⁶³
- Directiva 1999/64/CE da Comissão, de 23 de Junho de 1999, que altera a Directiva 90/388/CEE, no sentido de assegurar que as redes de telecomunicações e as redes de televisão por cabo propriedade de um único operador constituem entidades juridicamente distintas.⁶⁴

Atendendo às insuficiências de um processo de liberalização do sector das telecomunicações assente em directivas da Comissão, adoptadas com base em normas de direito da concorrência dirigidas aos Estados, às empresas públicas ou às empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos, o Conselho e o Parlamento Europeu, foram, de algum modo, forçados a “tomar as rédeas” do processo ao abrigo das normas relativas à harmonização de legislações (cf. artigo 95.º do Tratado), sob pena de se renunciar a uma regulação específica do sector, que promovesse a integração positiva dos mercados.⁶⁵ Ou seja, era necessário fazer acompanhar o processo de desmantelamento dos monopólios nacionais no sector das telecomunicações (integração negativa) de um conjunto de regras de acesso e de exercício da actividade, que permitissem a emergência de novos operadores, o desenvolvimento tecnológico, a integração dos mercados e a tutela dos interesses dos utilizadores (integração positiva). Essas regras foram, numa primeira fase, objecto das seguintes directivas do Conselho e do Parlamento Europeu e do Conselho:

- Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações;⁶⁶

⁶⁰ JO L 268 de 19/10/1994, pp. 15-21.

⁶¹ JO L 256 de 26/10/1995, pp. 49-54.

⁶² JO L 20 de 26/01/1996, pp. 59-66.

⁶³ JO L 74 de 22/03/1996, pp. 13-24.

⁶⁴ JO L 175 de 10/07/1999, pp. 39-42.

⁶⁵ Salientando os limites do direito da concorrência e a necessidade de se promover a regulação positiva do sector, cf. Pierre Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Hart cit., pp. 321-428. No mesmo sentido, assinalando as diferentes finalidades das políticas de regulação e das políticas de defesa da concorrência, cf. António F. Bavasso, *Communications in EU Antitrust Law: Market Power and Public Interest*, Kluwer, 2003, pp. 11-21.

⁶⁶ JO L 192 de 24/7/1990, pp. 1-9.

- Directiva 92/44/CEE do Conselho, de 5 de Junho de 1992, relativa à aplicação da oferta de uma rede aberta às linhas alugadas;⁶⁷
- Directiva 95/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1995, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal;⁶⁸
- Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações;⁶⁹
- Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA)⁷⁰ alterada, no que respeita à portabilidade dos números entre operadores e à pré-selecção do operador de longa distância, pela Directiva 98/61/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Setembro de 1998;⁷¹
- Directiva 97/51/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997, que altera as Directivas 90/387/CEE e 92/44/CEE para efeitos de adaptação a um ambiente concorrencial no sector das telecomunicações;⁷²
- Directiva 98/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 1998, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial.⁷³

Este conjunto de directivas foi complementado pelo Regulamento (CE) n.º 2887/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000,⁷⁴ relativo à oferta desagregada de acesso ao lacete local, através do qual se procurou garantir, à escala comunitária, a imposição aos operadores designados pelas autoridades reguladoras nacionais como tendo um poder de mercado significativo no mercado de oferta de redes telefónicas públicas fixas, a obrigação de permitir o acesso dos novos operadores ao circuito físico que liga o ponto terminal da rede nas instalações do assinante ao repartidor principal ou instalação equivalente na rede do operador, uma vez que não seria economicamente viável para os novos operadores duplicar toda a infra-estrutura de acesso local em fio metálico do operador histórico num prazo razoável (cf. considerandos 3, 5, 6, 7 e 8 do Regulamento (CE) n.º 2887/2000).

⁶⁷ JO L 165 de 19/6/1992, pp. 27-36.

⁶⁸ JO L 321 de 30/12/1995, p. 6-24.

⁶⁹ JO L 117 de 7/5/1997, pp. 15-27.

⁷⁰ JO L 199, de 26/7/1997, pp. 32-52.

⁷¹ JO L 268, de 3/10/1998, pp. 37-38.

⁷² JO L 295, de 29/10/1997, pp. 23-34.

⁷³ JO L 101, de 1/4/1998, pp. 24-47.

⁷⁴ JO L 336, de 30/12/2000, pp. 4-8.

II.3. – O quadro regulamentar baseado no artigo 95.º do Tratado (harmonização de legislações) foi objecto de revisão a partir de 1999, tendo como pano de fundo o fenómeno da convergência entre os sectores das tecnologias de informação, dos meios de comunicação social e das telecomunicações, operando-se a substituição dos conceitos de «serviços de telecomunicações» e de «redes de telecomunicações» pelos conceitos de «serviços de comunicações electrónicas» e de «redes de comunicações electrónicas», de modo a abarcar numa única definição todos os serviços ou redes de comunicações electrónicas envolvidos na transmissão de sinais electromagnéticos.

Assim, o novo quadro legislativo adoptado em 2002 ao abrigo do artigo 95.º do Tratado⁷⁵ é composto por uma directiva-quadro (Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas) e por quatro directivas específicas:

- Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização);
- Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso);
- Directiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva serviço universal);
- Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas).

As alterações assim introduzidas no quadro regulamentar comunitário deram origem a uma revisão da Directiva da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações, que foi substituída pela Directiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de Setembro, que passou a abranger redes e serviços de comunicações electrónicas, tornando claro que as obrigações que resultam para os Estados-Membros do artigo 86.º do Tratado não se limitam à supressão de direitos especiais e exclusivos no que diz respeito à prestação de serviços de comunicações electrónicas, mas também no que diz respeito à supressão direitos especiais e exclusivos quanto à oferta de todas as redes de comunicações electrónicas (cf. considerando 8 da Directiva 2002/77/CE).

A) *A directiva-quadro*

⁷⁵ Cf. JO L 108 de 24/4/2002, pp. 1-77.

II.4. – A directiva-quadro sujeita ao mesmo regime todas as redes e serviços de comunicações electrónicas e revoga, com efeitos a partir de 25 de Julho de 2003, a Directiva 90/387/CEE (Directiva ORA), a Decisão 91/396/CEE do Conselho, de 29 de Julho de 1991, relativa à criação de um número de telefone de emergência único europeu,⁷⁶ a Directiva 92/44/CEE do Conselho (aplicação da ORA às linhas alugadas), a Decisão 92/264/CEE do Conselho, de 11 de Maio de 1992, relativa à harmonização do indicativo telefónico de acesso internacional na Comunidade,⁷⁷ a Directiva 95/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à utilização de normas para a transmissão de sinais de televisão,⁷⁸ a Directiva 97/13/CE (quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais), a Directiva 97/33/CE (interligação) e a Directiva 98/10/CE (aplicação da ORA à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações).

Conforme resulta do seu artigo 1.º, n.º 1, a directiva-quadro define as funções das autoridades reguladoras nacionais e fixa um conjunto de procedimentos para assegurar a aplicação harmonizada do quadro regulamentar em toda a Comunidade.

De entre esses procedimentos avulta a *definição dos mercados relevantes* e a sua *análise* tendo em vista determinar o *grau de concorrência efectiva* nesses mercados e a eventual necessidade de impor às empresas com poder de mercado significativo as obrigações regulamentares previstas nas directivas específicas. Por isso, não é de estranhar que logo no anexo I à directiva-quadro tenham sido identificados diversos mercados de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas, cujas características poderiam justificar a imposição de obrigações específicas.^{79 80}

⁷⁶ JO L 217 de 6/8/1991, p. 31.

⁷⁷ JO L 137 de 20/5/1992, p. 21.

⁷⁸ JO L 281, de 23/11/1995, p. 51.

⁷⁹ São os seguintes os mercados elencados no anexo I da directiva-quadro:

1. Mercados referidos na Directiva 2001/22/CE (directiva serviço universal)

Artigo 16.º - Mercados definidos pelo quadro regulamentar anterior, em que as obrigações devem ser revistas:

A oferta de ligação à rede telefónica pública e a utilização dessa rede em locais fixos

A oferta de linhas alugadas a utilizadores finais

2. Mercados referidos na Directiva 2001/19/CE (directiva acesso)

Artigo 7.º - Mercados definidos pela regulamentação anterior, em que as obrigações devem ser revistas:

Interligação (Directiva 97/33/CE)

originação de chamadas na rede telefónica pública fixa

terminação de chamadas na rede telefónica pública fixa

serviços de trânsito na rede telefónica pública fixa

originação de chamadas nas redes telefónicas públicas móveis

terminação de chamadas nas redes telefónicas públicas móveis

interligação de linhas alugadas (interligação de circuitos parciais)

Acesso à rede e acesso especial à rede (Directiva 97/33/CE, Directiva 98/10/CE)

Apesar de os procedimentos de definição e análise dos mercados relevantes se encontrarem a cargo das Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN's), estas devem ter na máxima conta a Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante*,⁸¹ e as 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.⁸²

A definição dos mercados relevantes e a sua análise são efectuadas de acordo com os *princípios do direito da concorrência* (cf. artigo 15.º da directiva-quadro).

É certo que se parte do pressuposto de que o quadro regulamentar em vigor até 2002 «permitiu criar com êxito as condições para uma concorrência efectiva no sector das telecomunicações durante a transição de uma situação de monopólio para uma situação de plena concorrência» (cf. considerando 1 da directiva-quadro) e que, após o procedimento de definição e análise dos mercados, até se pode concluir que um mercado relevante é efectivamente concorrencial e que, em consequência, não se mostra necessário impor ou manter as obrigações regulamentares específicas, podendo até dar-se o caso de ser necessário suprimir essas obrigações (cf. artigo 16.º, n.º 3, da directiva-quadro). Contudo, verificando-se que um mercado relevante não é efectivamente concorrencial, torna-se necessário identificar as empresas com poder de mercado significativo nesse mercado e impor-lhes as obrigações regulamentares específicas adequadas ou manter ou modificar essas obrigações, caso já existam (cf. artigo 16.º, n.º 3, da directiva-quadro).

Significa isto que o ponto de partida para a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* consiste na análise «prospectiva e estrutural do mercado relevante, com base nas condições de mercado existentes» (cf. n.º 20 das Orientações da Comissão) presumindo-se que *não existe uma concorrência efectiva num mercado*

acesso à rede telefónica pública fixa, incluindo o acesso desagregado ao lacete local

acesso às redes telefónicas públicas móveis, incluindo a selecção de operador

Oferta grossista de capacidade de linhas alugadas (Directiva 92/44/CEE)

oferta grossista de capacidade de linhas alugadas a outros fornecedores de redes ou serviços de comunicações electrónicas

3. Mercados referidos no Regulamento (CE) n.º 2887/2000

Serviços fornecidos através de lacetes (pares de condutores metálicos entrançados) separados.

4. Mercados adicionais

Mercados nacionais de serviços internacionais de itinerância (*roaming*) no âmbito da rede pública de telefone móvel.

⁸⁰ Tal anexo tinha como função desencadear um processo de revisão das obrigações regulamentares em vigor, impostas no âmbito do quadro regulamentar de 1998, as quais foram estabelecidas numa óptica de liberalização, sem ter em conta uma análise dos mercados relevantes numa perspectiva de direito da concorrência.

⁸¹ JO L 114, de 8/5/2003, p. 45.

⁸² JO C 165, de 11/7/2002, p. 6.

relevante quando um operador detenha, individual ou conjuntamente, uma posição dominante nesse mercado.

Ou seja, «para fins de aplicação do novo quadro regulamentar entende-se por concorrência efectiva que no mercado relevante não existe nenhuma empresa que detenha, sozinha ou em conjunto com outras empresas, uma posição dominante individual ou conjunta» (cf. n.º 19 das Orientações da Comissão) e considera-se que «uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores» (cf. artigo 14.º, n.º 2 e anexo II da directiva-quadro) ou, no caso de *empresas horizontal ou verticalmente integradas*, considera-se que «caso uma empresa tenha um poder de mercado significativo num mercado específico, pode igualmente considerar-se que tem um poder de mercado significativo num mercado estreitamente associado se as ligações entre os dois mercados forem de molde a permitir utilizar num mercado, por efeito de alavanca, o poder detido no outro, reforçando assim o poder de mercado da empresa» (cf. artigo 14.º, n.º 3 da directiva-quadro).

Consequentemente, a detenção, por uma ou mais empresas, no mesmo mercado ou em mercados “estritamente associados”, de um poder de mercado significativo, tem sempre como consequência a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* nos **mercados grossistas**, que podem consistir na obrigação de transparência, na obrigação de não discriminação, na obrigação de separação de contas, na obrigação de acesso e utilização de recursos de rede específicos e na obrigação de controlo dos preços e de contabilização dos custos (cf. artigos 6.º a 13.º da directiva acesso).

De igual modo a detenção, por uma ou mais empresas, no mesmo mercado ou em mercados “estritamente associados”, de um poder de mercado significativo nos **mercados retalhistas**, pode ter como consequência a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* (dependendo da suficiência das obrigações impostas com base na directiva acesso para assegurar os objectivos de regulação sectorial), que podem ir desde a exigência de que as empresas em causa não imponham preços excessivamente altos nem inibam a entrada no mercado ou restrinjam a concorrência através de preços predatórios, não mostrem preferência indevida por utilizadores finais específicos, nem agreguem excessivamente os serviços (*bundling* e *tying*), até à imposição de preços máximos de retalho, controlo individual das tarifas ou medidas destinadas a orientar as tarifas para os custos ou preços de mercado comparáveis, de modo a proteger os interesses dos utilizadores finais, promovendo ao mesmo tempo uma concorrência efectiva (cf. artigo 16.º e 17.º da directiva serviço universal).

Além disso, no caso específico do mercado retalhista de linhas alugadas,⁸³ a detenção de um poder de mercado significativo permite às ARN's a impor às empresas em causa a obrigação de procederem à *oferta harmonizada* do conjunto mínimo de

⁸³ Corresponde à oferta de linhas alugadas a utilizadores finais. Cf. Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 (2003/311/CE).

linhas alugadas,⁸⁴ de acordo com os princípios básicos da não discriminação, da determinação das tarifas com base nos custos e da transparência (cf. artigo 18.º e anexo VII da directiva serviço universal).

Finalmente, nos mercados retalhistas de oferta de ligação à rede telefónica pública e utilização dessa rede num local fixo⁸⁵ as ARN's podem impor às empresas com poder de mercado significativo a obrigação de oferecer aos seus assinantes o acesso aos serviços de qualquer prestador de serviços telefónicos acessíveis ao público com elas interligado em regime chamada a chamada, mediante a marcação de um indicativo de selecção do operador e através de uma pré-selecção, com a possibilidade de anular, chamada a chamada, a pré-selecção mediante a marcação de um indicativo de selecção do operador (selecção e pré-selecção do operador).⁸⁶

Observe-se que a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* depende sempre da «natureza do problema identificado» e implica a formulação de juízos de proporcionalidade e justificação «à luz dos objectivos estabelecidos no artigo 8.º da Directiva 2002/21/CE (directiva-quadro)» (cf. artigo 8.º, n.º 4 da directiva acesso e artigo 17.º, n.º 2 da directiva serviço universal).

Com efeito, nos termos do artigo 8.º da directiva-quadro as ARN's devem tomar «todas as medidas razoáveis» para, de forma *proporcional*, atingir os seguintes objectivos:

- a) *Promoção da concorrência* na oferta de redes de comunicações electrónicas, de serviços de comunicações electrónicas e de recursos e serviços conexos, tendo em conta o princípio da *neutralidade tecnológica*, de modo a garantir aos utilizadores, incluindo os utilizadores deficientes, o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade, assegurando que a concorrência no sector das comunicações electrónicas não é distorcida nem entravada, encorajando investimentos eficientes em infra-estruturas e inovação, e incentivando uma utilização eficiente e uma gestão eficaz das radiofrequências e dos recursos de numeração;
- b) *Desenvolvimento do mercado interno*, através da eliminação dos obstáculos ainda existentes à oferta de redes de comunicações electrónicas, de recursos e serviços conexos e de serviços de comunicações electrónicas a nível europeu, encorajando a criação e o desenvolvimento de redes transeuropeias, da interoperabilidade dos serviços pan-europeus e a conectividade de extremo a extremo, assegurando a não discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas e garantindo uma aplicação coerente do quadro regulamentar;

⁸⁴ Cf. Decisão da Comissão, de 24 de Julho de 2003, relativa ao conjunto mínimo de linhas alugadas com características harmonizadas e respectivas normas referido no artigo 18.º da Directiva Serviço Universal (JO L 186, de 25/7/2003, p. 43).

⁸⁵ Correspondem aos mercados identificados com os n.ºs 1 a 6 na Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 (2003/311/CE).

⁸⁶ Cf. artigo 19.º da directiva serviço universal.

- c) *Defesa dos interesses dos cidadãos da União Europeia*, assegurando o serviço universal, um elevado nível de protecção dos consumidores, a protecção dos dados pessoais e da privacidade, a transparência nas tarifas e nas condições de utilização dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público e a integridade e segurança das redes de comunicações públicas.

Neste sentido, dir-se-á que *a imposição de obrigações regulamentares ex ante não resulta de opções livres e discricionárias das ARN's, antes depende de processos complexos de análise dos diversos mercados considerados relevantes – de acordo com os princípios do direito da concorrência – os quais deverão permitir a formulação de juízos de eficiência económica ou de maximização do excedente do consumidor, ou mesmo de juízos ligados ao desenvolvimento da investigação ou da tecnologia ou ao bem-estar económico geral, os quais são tidos em conta na escolha do tipo de obrigações a impor à empresa dominante, dentro de critérios de proporcionalidade em sentido amplo (adequação) e em sentido restrito (necessidade), face aos objectivos que se pretende atingir* (cf. artigos 8.º da directiva-quadro e artigo 5.º da Lei das Comunicações Electrónicas).

Por conseguinte, *os objectivos da regulação sectorial constituem o critério e o limite de actuação da ARN's*, o que permite afirmar que a fundamentação e o tipo de medidas de intervenção regulamentar *ex ante* – apesar de diversos – apresentam múltiplos pontos de contacto com os pressupostos de aplicação do direito da concorrência, mormente no que diz respeito às metodologias de análise de mercado e aos objectivos de promoção da concorrência e da eficiência na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas.

Essa relativa comunhão de objectivos, não permite, de qualquer modo, concluir pela impossibilidade de aplicação prévia, concomitante ou sucessiva do direito da concorrência em sectores objecto de regulação sectorial. Como se escreve nas “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”, «não é de excluir a possibilidade de surgirem procedimentos paralelos no âmbito da regulamentação *ex ante* e do direito da concorrência no que diz respeito a diferentes tipos de problemas em mercados relevantes (...)».

Para a Comissão «as autoridades da concorrência podem, por conseguinte, efectuar as suas próprias análises de mercado e impor soluções adequadas em matéria de direito da concorrência, em paralelo com quaisquer medidas sectoriais específicas aplicadas pelas ARN. No entanto, é de salientar que essa aplicação simultânea de soluções por diferentes autoridades reguladoras incidiria em problemas diferentes nesses mercados. As obrigações *ex ante* impostas pelas ARN a empresas com PMS destinam-se a satisfazer os objectivos específicos estabelecidos nas directivas relevantes, enquanto as soluções ao abrigo do direito da concorrência se destinam a impor sanções a acordos ou comportamentos abusivos que restringem ou distorcem a concorrência no mercado relevante» (cf. n.º 31 das Orientações da Comissão).

Nesta conformidade, a imposição de obrigações regulamentares *ex ante*, embora se baseie em análises de mercado assentes em critérios oriundos do direito da concorrência e possa ser vista como uma espécie de direito da concorrência preventivo (*pre-emptive competition law*), não substitui nem impede, numa perspectiva geral, a aplicação do direito da concorrência propriamente dito.

Do mesmo modo, tal não obsta a que estas soluções de regulação devam assumir precedência em domínios específicos, em função do tipo de problemas de funcionamento dos mercados de comunicações electrónicas que se encontrem em causa (e, designadamente, quando esses problemas assumem uma índole especificamente estrutural, a qual justifica, na sua origem, a própria lógica jurídica de intervenção reguladora, *ex ante*, especialmente concebida para resolver problemas, com uma decisiva componente estrutural, de acesso e funcionamento aberto e concorrencial de mercados).

B) A directiva acesso

II.5. – A directiva acesso procura harmonizar o modo como os Estados-Membros regulamentam o acesso e a interligação das redes de comunicações electrónicas e recursos conexos, disciplinando as relações entre os fornecedores de redes e serviços, com o objectivo de salvaguardar a concorrência e a interoperabilidade dos serviços de comunicações electrónicas (cf. artigo 1.º da directiva acesso).

Para tanto, os Estados-Membros são obrigados a eliminar todas as restrições que impeçam as empresas – no mesmo Estado-Membro ou em Estados-Membros diferentes – de negociar entre si acordos sobre modalidades técnicas e comerciais de acesso e/ou interligação e os operadores têm o direito e, quando solicitados por outras empresas autorizadas para o efeito, a obrigação, de negociar a interligação com vista à prestação dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, de modo a garantir a oferta e interoperabilidade de serviços em toda a Comunidade (cf. artigos 3.º e 4.º da directiva acesso).

Cabe às ARN's incentivar e garantir o acesso e a interligação bem como a interoperabilidade dos serviços, de modo a promover a eficiência e a concorrência proporcionando o máximo benefício aos utilizadores finais. Neste particular e *independentemente dos procedimentos de análise do mercado relevante*, as ARN's podem, na medida do necessário para garantir a ligação de extremo-a-extremo, impor obrigações às empresas que controlam o acesso aos utilizadores finais, incluindo, em casos justificados, a obrigação de interligarem as suas redes quando ainda não estiverem interligadas, desde que o façam de forma objectiva, transparente, proporcionada e não discriminatória (cf. artigo 5.º da directiva acesso e artigo 77.º da Lei das Comunicações Electrónicas).

Na sequência do procedimento de análise dos mercados relevantes, caso um operador seja designado com PMS num mercado específico de acesso ou interligação,

as ARN's estão obrigadas a impor uma ou mais obrigações regulamentares *ex ante*, conforme adequado ao caso concreto, as quais podem assumir a seguinte configuração:

- a) *Obrigações de transparência*, exigindo aos operadores que tornem públicas determinadas informações, como informações contabilísticas, especificações técnicas, características da rede, termos e condições de oferta e utilização e preços e, quando um operador esteja sujeito a obrigações em matéria de não discriminação, a publicação de uma *oferta de referência*, a qual deverá ser suficientemente desagregada, de modo a assegurar que as empresas não são obrigadas a pagar por recursos que não são necessários para o serviço pedido, apresentando uma descrição das ofertas pertinentes repartidas por componentes, de acordo com as necessidades do mercado, bem como os termos e condições associadas, incluindo os preços. Neste caso a ARN tem mesmo a possibilidade de impor alterações à oferta de referência para tornar efectivas as obrigações de acesso e interligação⁸⁷ (cf. artigo 9.º da directiva acesso);
- b) *Obrigações de não discriminação*, de modo a assegurar que o operador, em circunstâncias equivalentes, aplica condições equivalentes a outras empresas que ofereçam serviços equivalentes e presta serviços e informações a terceiros, em condições e com qualidade idênticas às dos serviços e informações oferecidos aos seus próprios serviços ou aos serviços das suas filiais ou empresas associadas (cf. artigo 10.º da directiva acesso);
- c) No caso de empresas verticalmente integradas, *obrigação de separação de contas* por forma a que os preços por grosso e os preços de transferência interna sejam exibidos de forma transparente, garantindo-se assim o cumprimento da obrigação de não discriminação e, se necessário, impedindo-se a prática de subvenções cruzadas (*cross-subsidization*) (cf. artigo 11.º da directiva acesso);⁸⁸
- d) *Obrigações de acesso e utilização de recursos de rede específicos*, fixadas em condições de justiça, razoabilidade e oportunidade, sempre que a recusa de acesso ou a fixação de condições não razoáveis possam prejudicar a

⁸⁷ As ARN's podem mesmo especificar as informações exactas a disponibilizar, o nível de pormenor exigido e o modo de publicação (cf. artigo 9.º, n.º 3 da directiva acesso).

⁸⁸ Note-se que as ARN's podem mesmo especificar o formato e a metodologia contabilística a utilizar, podendo exigir que os registos contabilísticos, incluindo os dados sobre receitas provenientes de terceiros. (cf. artigo 11.º da directiva acesso). Na Recomendação da Comissão, de 19 de Setembro de 2005, relativa a sistemas de separação de contas e de contabilização dos custos ao abrigo do quadro regulamentar das comunicações electrónicas, afirma-se claramente que o «objectivo da imposição de uma obrigação de separação de contas é proporcionar um nível mais elevado de pormenorização da informação do que o resultante das demonstrações financeiras obrigatórias do operador notificado, a fim de reflectir, tanto quanto possível, o desempenho das componentes da actividade comercial do operador notificado como se estas tivessem funcionado na qualidade de actividades comerciais separadas e, no caso de empresas verticalmente integradas, a fim de impedir qualquer discriminação em favor das suas próprias actividades, bem como subvenções cruzadas injustas».

emergência de um mercado concorrencial a nível retalhista, ou não sejam do interesse do utilizador final.⁸⁹ Neste particular, pode ser exigido aos operadores com PMS que, entre outras obrigações específicas, concedam o acesso a elementos e/ou recursos de rede específicos, incluindo o acesso desagregado ao lacete local,⁹⁰ ofereçam serviços especificados com base na venda por atacado para revenda por terceiros, concedam o acesso aberto às interfaces técnicas, protocolos ou outras tecnologias-chave quando indispensáveis para a interoperabilidade dos serviços, proporcionem a partilha de locais ou outras formas de partilha de recursos, incluindo a partilha de condutas, edifícios ou postes, ofereçam acesso a sistemas de apoio operacional ou a sistemas de software similares, interliguem redes ou recursos de rede e ofereçam serviços especificados, a fim de garantir aos utilizadores a interoperabilidade de serviços de extremo-a-extremo, incluindo recursos para serviços de rede inteligentes ou itinerância (*roaming*) em redes móveis (cf. artigo 12.º da directiva acesso);⁹¹

- e) *Obrigações de controlo dos preços e de contabilização dos custos*, incluindo a obrigação de orientação dos preços para os custos e a obrigação de adoptar determinados sistemas de contabilização dos custos, nos casos em que ocorram práticas de preços exploratórios ou de compressão de margens (*margin squeezing*)⁹² (cf. artigo 13.º da directiva acesso).⁹³

⁸⁹ Anote-se que a imposição de obrigações de acesso e utilização de recursos de rede específicos exige uma especial ponderação no plano da *proporcionalidade* da medida face aos objectivos gerais da regulação sectorial (artigo 8.º da directiva-quadro), devendo as ARN's ter em atenção a viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes, em função do ritmo de desenvolvimento do mercado, tendo em conta a natureza e o tipo da interligação e do acesso em causa; a viabilidade de oferta do acesso proposto face à capacidade disponível; o investimento inicial do proprietário dos recursos, tendo em conta os riscos envolvidos na realização do investimento; a necessidade de salvaguardar a concorrência a longo prazo e a oferta de serviços pan-europeus; e a tutela da propriedade industrial (cf. artigo 12.º, n.º 2 da directiva acesso).

⁹⁰ Observe-se que, nos termos do artigo 9.º, n.º 4 da directiva acesso, é obrigatória a publicação de uma oferta de referência relativa ao acesso desagregado ao par de condutores metálicos entrançados do lacete local, a qual deve conter os elementos constantes do anexo II à directiva acesso. Também o Regulamento (CE) 2887/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Dezembro de 2000, regula a oferta de acesso desagregado ao lacete local (JO L 336 de 30/12/2000, pp. 4-8), mas deve considerar-se derrogado pela directiva acesso, conforme resulta dos seus considerandos 12 e 13.

⁹¹ Note-se que, nos termos do artigo 5.º, n.º 2 da directiva acesso, e quando tal se mostre necessário para garantir o funcionamento normal da rede, as ARN's podem fixar as condições técnicas ou operacionais a cumprir pelo fornecedor e/ou pelo beneficiário do acesso.

⁹² O legislador comunitário foi particularmente cuidadoso nesta matéria ao estipular que os mecanismos de amortização de custos e as metodologias obrigatórias em matéria de fixação de preços devem contribuir para a promoção da eficiência e da concorrência, maximizando os benefícios para o consumidor, mas também devem ter em linha de conta o investimento realizado pelo operador, permitindo-lhe uma taxa razoável de rentabilidade sobre o capital investido, tendo em conta os riscos a ele associados. Não obstante, foi determinado que o ónus da prova de que os encargos se baseiam nos custos, incluindo uma taxa razoável de rentabilidade sobre os investimentos realizados, fica a cargo do operador. Contudo, as ARN's podem utilizar métodos contabilísticos diferentes dos

A imposição por uma ARN de *outras obrigações de acesso ou interligação* depende de autorização da Comissão, a qual só poderá ser concedida em circunstâncias excepcionais e sempre de acordo com critérios de proporcionalidade, tendo em conta os objectivos da regulação sectorial (cf. artigo 8.º, n.º 3, 3.º par. e n.º 4 da directiva acesso).

C) A directiva serviço universal

II.6. – Ao contrário da directiva acesso – onde fundamentalmente está em causa a regulação *ex ante* dos mercados grossistas – a directiva serviço universal «diz respeito à oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas aos utilizadores finais». O seu objectivo é «garantir a disponibilidade em toda a Comunidade de serviços acessíveis ao público de boa qualidade, através de uma concorrência e de uma possibilidade de escolha efectivas, e atender às situações em que as necessidades dos utilizadores finais não sejam convenientemente satisfeitas pelo mercado» (cf. artigo 1.º, n.º 1 da directiva serviço universal).

Trata-se, então, de consagrar direitos a favor dos utilizadores finais, e de impor às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, as correspondentes obrigações.

A directiva define um conjunto mínimo de serviços de qualidade especificada a que todos os utilizadores finais devem ter acesso, a um preço acessível à luz das condições específicas nacionais e sem distorção da concorrência, disciplinando também a oferta a retalho de linhas alugadas (cf. artigo 1.º, n.º 2 da directiva serviço universal).⁹⁴

utilizados pela empresa e podem exigir a um operador que justifique plenamente os seus preços e, quando adequado, exigir o ajustamento desses preços (cf. artigo 13.º da directiva acesso).

⁹³ Na Recomendação da Comissão, de 19 de Setembro de 2005, relativa a sistemas de separação de contas e de contabilização dos custos ao abrigo do quadro regulamentar das comunicações electrónicas, afirma-se que o «objectivo da obrigação de implementação de um sistema de contabilização dos custos é garantir que os operadores notificados obedeçam a critérios equitativos, objectivos e transparentes na imputação dos seus custos aos serviços, nas situações em que estão sujeitos a obrigações de controlo de preços ou de preços orientados para os custos».

⁹⁴ Apesar de ser evidente a substituição da telefonia fixa pela telefonia móvel e a massificação do acesso às comunicações móveis, bem como a progressiva introdução da banda larga e de serviços de comunicações baseados do protocolo internet (IP), na sua Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, sobre a “Revisão do âmbito do serviço universal” (COM (2005) 203, de 25 de Maio de 2005) a Comissão conclui que nenhum desses serviços reúne as condições necessárias para ser incluído no âmbito do serviço universal, o qual se deve manter inalterado. Esta posição seria mantida no Relatório sobre o resultado da revisão do âmbito do serviço universal, elaborado nos termos do n.º 2 do artigo 15.º da directiva serviço universal (COM(2005) 163 final, de 7 de Abril de 2006), muito embora a Comissão admita reexaminar a questão no âmbito da revisão do quadro regulamentar das comunicações electrónicas (cf. COM(2006) 334 final, de 29 de Junho de 2006). Em 2008, no segundo relatório sobre

Interessa particularmente a parte da directiva serviço universal relativa aos *controles regulamentares das empresas com PMS nos mercados retalhistas*, uma vez que se trata de matéria com autonomia face às obrigações de serviço universal (capítulo II da directiva serviço universal) e face às disposições relativas à tutela dos direitos e interesses dos consumidores (capítulo IV da directiva serviço universal).

A metodologia de análise dos mercados retalhistas para efeitos de determinação das empresas com PMS é a definida nos artigos 15.º (procedimento de definição do mercado) e 16.º (procedimento de análise de mercado) da directiva-quadro, cabendo às ARN's, nessa sequência, determinar se devem manter, alterar ou suprimir as obrigações relativas aos mercados retalhistas.

O artigo 17.º da directiva serviço universal estipula que sempre que uma ARN conclua, com base na análise do mercado efectuada em conformidade com a directiva-quadro, que (i) um determinado mercado retalhista não é efectivamente concorrencial e que (ii) as obrigações impostas com base na directiva acesso ou com base na selecção e pré-selecção do operador não são suficientes para assegurar os objectivos da regulação sectorial, tal como estão fixados no artigo 8.º da directiva-quadro, então nesse caso, **e só nesse caso**, as ARN estão obrigadas a impor obrigações regulamentares adequadas às empresas identificadas como tendo um poder de mercado significativo num dado mercado retalhista.

Com efeito, a regulação *ex ante* dos mercados retalhistas é concebida de forma *residual ou supletiva*, só devendo recorrer-se a medidas de controlo regulamentar dos serviços a retalho quando «as medidas aplicáveis ao mercado grossista ou as medidas relativas à selecção ou pré-selecção dos transportadores não permitem atingir o objectivo de assegurar uma concorrência efectiva e a defesa do interesse público» (cf. considerando 26.º da directiva serviço universal).⁹⁵

Este aspecto foi, aliás, devidamente salientado na exposição de motivos que esteve na origem da Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante*, quando aí se afirma que «só podem ser impostos controlos regulamentares a serviços retalhistas caso a aplicação de

a revisão do âmbito do serviço universal (COM(2008) 572 final, de 25 de Setembro de 2008) a Comissão assume que, embora as comunicações móveis não reúnam condições para ser incluídas no âmbito do serviço universal, já quanto à banda larga «o seu nível de adesão está a aproximar-se do limiar da utilização por uma maioria de consumidores» o que permitirá considerar a sua inclusão no âmbito do serviço universal. Não obstante, a Comissão é bastante prudente nesta matéria, limitando-se a indicar que «a substituição da telefonia vocal fixa pela telefonia vocal móvel, assim como os níveis crescentes de adesão à banda larga e a sua importância na vida quotidiana, levantam questões acerca da universalidade do acesso aos serviços de comunicações electrónicas no futuro» pelo que pretende «abrir um grande debate a nível europeu, em que todas as partes interessadas possam, ao longo de 2009, exprimir os seus pontos de vista e discutir abordagens alternativas». Será com base nesse debate que a Comissão admite rever, em 2010, a directiva serviço universal.

⁹⁵ No considerando 26.º da directiva serviço universal chega mesmo a referir-se que a regulação sobre as tarifas de retalho a empresas com PMS apenas deve ser imposta «como último recurso e após devida reflexão».

medidas com incidência directa ou indirecta no plano grossista não conduza à realização do objectivo de assegurar uma concorrência efectiva».⁹⁶

Significa isto que *a imposição de controlos tarifários no retalho deverá corresponder a mercados incipientes ou onde existem situações extremas de insuficiência de concorrência, de tal sorte que se torna necessário impor à empresa ou empresas dominantes preços máximos de retalho, medidas de controlo individual das tarifas ou medidas destinadas a orientar as tarifas para os custos ou preços de mercados comparáveis, de modo a proteger os interesses dos utilizadores finais, procurando-se, desse modo, promover a concorrência.*

Além disso, tal situação pode implicar a proibição – dirigida à empresa ou empresas dominantes – de impor preços excessivamente altos, ou de inibir a entrada no mercado ou de restringir a concorrência através de preços predatórios ou, ainda, de mostrar preferência indevida por utilizadores finais específicos ou agregar excessivamente os serviços (*bundling* ou *tying*)⁹⁷ (cf. artigo 17.º, n.º 2 da directiva serviço universal).

No caso específico do mercado de retalho para o fornecimento de uma parte ou de todo o conjunto mínimo de linhas alugadas, a existência de empresas com PMS implica a imposição de obrigações em matéria de oferta do conjunto mínimo de linhas alugadas com características harmonizadas (cf. artigo 18.º da directiva serviço universal).

Em qualquer caso, as empresas com PMS no mercado da oferta de ligação à rede telefónica pública e utilização dessa rede num local fixo são obrigadas a oferecer aos seus assinantes o acesso aos serviços de qualquer prestador de serviços telefónicos acessíveis ao público com elas interligado em regime chamada a chamada, mediante a marcação de um indicativo de selecção do operador e através de uma pré-selecção, com a possibilidade de anular, chamada a chamada, a pré-selecção mediante a marcação de um indicativo de selecção do operador (cf. artigo 19.º da directiva serviço universal).⁹⁸

D) A directiva autorização

⁹⁶ Cf. em http://europa.eu.int/information_society/policy/ecomms/doc/info_centre/recomm_guidelines/relevant_markets/pt1_2003_497.pdf.

⁹⁷ A directiva serviço universal exige igualmente que as empresas sujeitas à regulação das tarifas de retalho ou outro tipo de controlo relevante do retalho apliquem determinados os sistemas de contabilidade dos custos, os quais podem ser especificados pelas ARN's (cf. artigo 17.º, n.º 4).

⁹⁸ Uma análise de toda esta matéria pode ser vista na posição comum do Grupo de Reguladores Europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas sobre as imposições apropriadas no âmbito do novo quadro regulamentar (cf. *ERG Common Position on the approach to Appropriate Remedies in the new regulatory framework*, April 2004, in http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf).

II.7. – A directiva autorização, muito embora não se situe no plano da regulação *ex ante* de comportamentos empresariais nos mercados de acesso ou de prestação de serviços, visa eliminar a discricionariedade dos Estados na atribuição de licenças ou direitos de utilização de redes ou serviços de comunicações electrónicas, instituindo um sistema de autorização geral de todos os serviços e redes, sem necessidade de qualquer decisão expressa ou acto administrativo da autoridade reguladora nacional, limitando eventuais requisitos processuais à mera obrigação de notificação (cf. considerando 8 e artigo 3.º, n.ºs 2 e 3 da directiva autorização).

A principal consequência do sistema de autorização geral consiste em permitir aos interessados a oferta imediata de serviços e redes de comunicações electrónicas. No entanto, daí não decorre que as empresas autorizadas tenham o direito de instalar recursos na via pública ou de promover a expropriação de bens da propriedade privada para esse efeito (*direitos de passagem*). Nesta matéria a directiva-quadro admite que se distinga a situação das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas *acessíveis ao público* face às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas *não acessíveis ao público* (cf. artigo 11.º da directiva-quadro). As primeiras têm direito a requerer a expropriação e a constituição de servidões administrativas indispensáveis à instalação, protecção e conservação dos respectivos sistemas, equipamentos e demais recursos, bem como direito à utilização do domínio público para a implantação, a passagem ou o atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos; ao passo que as segundas apenas têm direito a requerer a utilização do domínio público para instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos (cf. artigo 11.º, 2.º par. da directiva-quadro e artigo 24.º da LCE).

Além disso, as empresas oferecem serviços ou redes de comunicações electrónicas *acessíveis ao público* têm direito a negociar a interligação e a obter o acesso ou a interligação a outros fornecedores de serviços e redes de comunicações publicamente disponíveis abrangidos por uma autorização geral, em qualquer país da Comunidade. Têm igualmente a possibilidade de serem designadas para oferecer diferentes elementos de uma obrigação de serviço universal e/ou de cobrir diferentes partes do território nacional (cf. artigo 4.º, n.º 2 da directiva autorização e artigo 22.º da LCE).

Contudo, a autorização geral não permite a utilização imediata de frequências e números e pode ser sujeita a um conjunto de condições enumeradas na parte A do anexo à directiva autorização, onde avultam a obrigação de contribuir para o financiamento do serviço universal e dos encargos administrativos da ARN, a obrigação de assegurar a interoperabilidade dos serviços e a interligação das redes, a obrigação de transporte ("must carry") e a obrigação de garantir a integridade das redes públicas de comunicação, de modo a impedir a interferência electromagnética entre redes e/ou serviços de comunicações electrónicas (cf. artigo 6.º, n.º 1 da directiva autorização e artigo 27.º da LCE).

Além disso, também a utilização de frequências e números pode ser sujeita às condições enumeradas nas partes B e C do anexo à directiva autorização, sendo certo que é permitida a sua atribuição numa base individual, a qual deverá ocorrer mediante

procedimentos abertos, transparentes e não discriminatórios (artigos 5.º, 6.º e 7.º da directiva autorização e artigos 30.º a 38.º da LCE).

E) A directiva privacidade

II.8. – A directiva relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações (directiva privacidade),⁹⁹ que foi transposta para o nosso direito pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, visa, fundamentalmente, assegurar um nível harmonizado de segurança e confidencialidade das comunicações à escala comunitária.

De facto não se compreenderia que a realização do mercado único no sector das comunicações electrónicas pudesse ser entravada por diferentes disposições legislativas, regulamentares e técnicas, aprovadas pelos Estados-Membros em matéria de protecção dos dados pessoais e da privacidade.

Procurando harmonizar essas questões, de forma a evitar obstáculos ao mercado interno das comunicações electrónicas, o legislador comunitário obriga os prestadores de serviços a tomar todas as medidas necessárias e adequadas para garantir a segurança dos seus serviços, incluindo a obrigação de informar os assinantes sobre quaisquer riscos específicos de violação da segurança da rede.

Os prestadores de serviços estão igualmente obrigados a tomar todas as medidas necessárias e adequadas para assegurar a confidencialidade das comunicações e impedir o acesso não autorizado às redes públicas de comunicações. De entre essas medidas avultam as proibições ou limitações ao armazenamento das comunicações e dos dados relativos aos assinantes, bem como a obrigação de eliminação dos dados de tráfego.

Entre outros aspectos a directiva disciplina ainda questões relativas à facturação detalhada, à identificação da linha chamadora e à localização da posição geográfica do equipamento terminal nas redes móveis.

F) A Lei das Comunicações Electrónicas

II.9. – A Lei das Comunicações Electrónicas (LCE) opera a transposição do conjunto de directivas do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002, relativas às redes e serviços de comunicações electrónicas, bem como da directiva da Comissão, de 16 de Setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas.¹⁰⁰

⁹⁹ Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, JO L 201 de 31/07/2002, pp. 37-47.

¹⁰⁰ A transposição da directiva privacidade foi assegurada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto.

Nesta conformidade, não é de estranhar que o modelo de articulação entre as ARN's e a Comissão definido na directiva-quadro (cf. artigos 7.º, 15.º e 16.º da directiva-quadro) se encontre devidamente reflectido na LCE, quer quando determina as competências do ICP-ANACOM (cf. artigo 3.º, bb) da Lei das Comunicações Electrónicas) em matéria de definição dos mercados relevantes de produtos e serviços, quer quando sujeita o exercício dessas competências à observância da Recomendação da Comissão de 11 de Fevereiro de 2003 – relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante* – e das Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo, quer ainda quando prescreve que a definição, pelo ICP-ANACOM, de outros mercados relevantes, fica sujeita à ausência de oposição da Comissão Europeia (cf. artigos 56.º, alínea a), 57.º n.ºs 4, 5 e 6 e 58.º da LCE).

Desenvolve-se assim, no sector das comunicações electrónicas, um modelo de *regulação em estrela*, situando-se a Comissão Europeia no núcleo de uma rede de ARN's, cujas competências e modos de agir em matéria de regulação e supervisão do sector são harmonizados à escala comunitária. Trata-se de uma solução que, não sendo inovadora no plano comunitário, uma vez que as administrações nacionais constituem órgãos de aplicação do direito comunitário (veja-se o que sucede, por exemplo, no sector aduaneiro), tem a particularidade de transferir para o plano nacional a *definição das funções e procedimentos a seguir pelas ARN's*. Ou seja, a conformação de um sistema comunitário de regulação que atribui à Comissão um papel central de coordenação das actuações das ARN's acaba por resultar de *legislação nacional que transpõe directivas comunitárias*. Trata-se, no fundo, de autolimitar as competências das ARN's em função de regras comunitárias, atribuindo à Comissão, através de actos nacionais de transposição, um papel de coordenação/supervisão do sistema comunitário de regulação no sector das comunicações electrónicas.¹⁰¹

Não se atingiu, no entanto, uma situação que permita a cooperação entre as ARN's em termos semelhantes ao que ocorre no quadro do Sistema Europeu de Bancos Centrais. Daí que a Comissão tenha instituído o Grupo de Reguladores Europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas,¹⁰² o qual tem por

¹⁰¹ Cf. a este propósito o 1.º relatório da Comissão relativo às análises do mercado nos termos do quadro regulamentar comunitário (COM(2006) 28 final, de 6 de Fevereiro de 2006) e o 2.º relatório sobre a mesma matéria (COM(2007) 401 final, de 11 de Julho de 2007) onde se salienta a importância do mecanismo de consulta previsto no artigo 7.º da directiva-quadro para assegurar uma aplicação coerente do quadro regulamentar comunitário em matéria de comunicações electrónicas. Cf. também as observações de PEDRO GONÇALVES que fala de um “*federalismo administrativo*” e qualifica as ARN's como “*agências de execução geograficamente desconcentrada de uma regulamentação comunitária*” (*Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, cit., pp. 193, 200-201).

¹⁰² Decisão da Comissão de 29 de Julho de 2002 (2002/627/CE), JO L 200, de 30.7.2002, pp. 38-40, alterada pela Decisão da Comissão de 14 de Setembro de 2004 (2004/641/CE), JO L 293, de 16.9.2004, pp. 30-31 e pela Decisão de Comissão de 6 de Dezembro de 2007 (2007/804/CE) JO L 323, de 8.12.2007, pp. 43-44.

missão ¹⁰³ «aconselhar e assistir a Comissão na consolidação do mercado interno das redes e serviços das comunicações electrónicas» e funcionar «como interlocutor entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão, de modo a contribuir para o desenvolvimento do mercado interno e a uma aplicação coerente em todos os Estados-Membros do quadro regulamentar para as redes e serviços de comunicações electrónicas» (cf. considerandos 5 e 6 e artigo 3.º da Decisão da Comissão 2002/627/CE).

II.10. – Em virtude da transposição das directivas do Parlamento Europeu e do Conselho relativas às redes e serviços de comunicações electrónicas, a LCE veio permitir ao ICP-ANACOM imposição de obrigações regulamentares *ex ante* em mercados onde exista uma ou mais empresas com *poder de mercado significativo* e onde as soluções baseadas no direito da concorrência não sejam suficientes para assegurar uma concorrência efectiva no mercado dos serviços e redes de comunicações electrónicas (cf. artigos 18.º, 56.º, 58.º 59 e 60.º da Lei das Comunicações Electrónicas).¹⁰⁴

A imposição de obrigações regulamentares específicas pressupõe a verificação das insuficiências de um controlo *ex post* como o postulado pelo direito da concorrência. Contudo, isso não significa que não exista no sector das comunicações electrónicas, tal como em outros sectores objecto de regulação específica, uma interacção entre a regulação *ex ante* baseada no direito da concorrência e o controlo *ex post* mediante aplicação ao caso concreto de normas de direito da concorrência.

Essa interacção supõe, naturalmente a aceitação de que a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* limita o perímetro de intervenção das normas de direito da concorrência, cuja função de controlo *ex post* de comportamentos anticoncorrenciais não pode deixar de tomar como ponto de partida a estrutura do mercado e o quadro de comportamentos admissíveis à luz do direito específico de acesso e de exercício no sector das comunicações electrónicas.¹⁰⁵ Assim, o espaço para uma actuação *ex post* por parte das autoridades competentes em matéria de aplicação do direito da concorrência no sector das comunicações electrónicas supõe sempre situações que não sejam objecto de regulação sectorial específica e, sobretudo, situações em que não esteja em causa a violação de obrigações regulamentares específicas pois, nesse caso, as competências de supervisão pertencem à ARN e não às autoridades competentes em matéria de aplicação do direito da concorrência.

¹⁰³ Cf. em <http://www.erg.eu.int/>.

¹⁰⁴ Independentemente do processo de definição e análise de mercado, mas respeitando o princípio da proporcionalidade nas suas vertentes da necessidade e adequação, o ICP – ANACOM pode impor obrigações de acesso e interligação às empresas que controlam o acesso aos utilizadores finais, «nomeadamente às que exploram redes de distribuição por cabo, incluindo, quando justificado, a obrigação de interligarem as suas redes» (cf. artigo 77.º, n.º 1, alínea a) da LCE).

¹⁰⁵ Assim Martin Cave e Peter Crowther, *Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust*, 2005, in <http://www.autoridadedaconcorrenca.pt/vImages/Cave.pdf>.

II.11. – A LCE delimita de forma taxativa as obrigações em matéria de acesso ou interligação que podem ser impostas às empresas com PMS (artigos 66.º a 76.º da LCE) e a todas as empresas (artigos 77.º a 81.º da LCE) – a enumeração é meramente exemplificativa nos mercados retalhistas, que constituem a *ultima ratio* da intervenção regulamentar *ex ante* (cf. artigo 85.º, n.º 2, da LCE) – prescrevendo ainda que só em circunstâncias excepcionais, é admissível a imposição aos operadores com PMS de outras obrigações de acesso ou interligação diferentes das enumeradas nos artigos 66.º a 76.º, o que só poderá ocorrer com autorização da Comissão Europeia (cf. artigo 66.º, n.º 4 da LCE).

De entre essas obrigações regulamentares *ex ante* avultam, nos **mercados grossistas**, a *obrigação de transparência* na publicação de informações, incluindo propostas de referência (artigos 67.º a 69.º), a *obrigação de não discriminação* na oferta de acesso e interligação e na respectiva prestação de informações (artigo 70.º), a *obrigação de separação de contas* quanto a actividades específicas relacionadas com o acesso e ou a interligação (artigo 71.º), a *obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso* (artigo 72.º) e a *obrigação de controlo de preços e de contabilização de custos* (artigos 74.º a 76.º).

Nos termos do artigo 60.º, n.ºs 1 e 3 da LCE considera-se que uma empresa tem PMS quando «individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e dos consumidores» e quando «duas ou mais empresas gozam de uma posição dominante conjunta quando, mesmo na ausência de relações estruturais ou outras entre elas, operam num mercado cuja estrutura seja considerada como conducente a efeitos coordenados».

Porém, para poder avaliar se uma empresa, individualmente ou em conjunto com outras, ou se duas ou mais empresas, detém uma posição dominante nos mercados de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas, é imprescindível definir quais os mercados de produtos e serviços considerados relevantes para o efeito (cf. artigo 58.º da LCE).

Significa isto que a escolha das obrigações regulamentares *ex ante* a impor às empresas com PMS não se encontra na livre disposição das ARN's, quer porque importa consolidar o mercado interno – o que exige uma aplicação coerente do novo quadro regulamentar¹⁰⁶ – quer porque as directivas específicas apresentam uma *enumeração* das imposições a que podem ser sujeitas as empresas com PMS nos mercados grossistas e retalhistas, embora o façam de forma taxativa na directiva acesso e de forma meramente exemplificativa na directiva serviço universal (cf. artigos 8.º a 13.º a directiva acesso e artigos 16.º a 19.º da directiva serviço universal).¹⁰⁷

¹⁰⁶ Recorde-se, a este propósito, o Grupo de Reguladores Europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas, que visa contribuir para o desenvolvimento do mercado interno e para uma aplicação coerente do quadro regulamentar para as redes e serviços de comunicações electrónicas.

¹⁰⁷ A este respeito é relevantíssima a posição comum do Grupo de Reguladores Europeus para as redes e serviços de comunicações electrónicas sobre as imposições apropriadas no âmbito do novo

II.12. – Em Portugal o processo de definição de mercados relevantes, avaliação de empresas com poder de mercado significativo e imposição de obrigações específicas aplicáveis às empresas fornecedoras de redes ou serviços de comunicações electrónicas, teve início com a *consulta pública preliminar*, lançada pelo ICP-ANACOM em 30 de Maio de 2003, quanto ao agrupamento de serviços fixos comutados de baixo débito (1.^a fase), e com a *consulta pública preliminar* relativa aos agrupamentos de serviços de circuitos alugados, desagregação do lacete local e serviços de banda larga (2.^a fase), lançada pelo ICP-ANACOM em 23 de Setembro de 2003, ou seja, mesmo antes da aprovação e entrada em vigor da LCE.

Em 6 de Abril de 2004 seria lançada a *consulta pública preliminar* relativa ao agrupamento de serviços móveis (3.^a fase).¹⁰⁸

Na consulta pública preliminar lançada em Maio de 2003, o ICP-ANACOM optou por associar serviços e infra-estruturas «de acordo com as características tecnológicas, a utilização esperada e a provável avaliação dos utilizadores», tendo ainda decidido associar os mercados a retalho com os respectivos mercados grossistas, o que conduziu aos seguintes agrupamentos ou “*clusters*” de serviços:

- Serviços fixos comutados de baixo débito – retalho e interligação (este agrupamento de serviços inclui, nomeadamente, os serviços integrados nos mercados 1 a 6 e 8 a 10 da Recomendação);
- Serviços de circuitos alugados – retalho e por grosso (este agrupamento de serviços inclui, nomeadamente, os serviços integrados nos mercados 7, 13 e 14 da Recomendação);
- Desagregação do lacete local e serviços de banda larga (este agrupamento de serviços inclui, nomeadamente, os serviços integrados nos mercados 11 e 12 da Recomendação);
- Serviços móveis (este agrupamento de serviços inclui, nomeadamente, os serviços integrados nos mercados 15 a 17 da Recomendação);
- Radiodifusão (este agrupamento de serviços inclui os serviços integrados no mercado 18 da Recomendação);
- Outros Serviços (este agrupamento de serviços incluirá, eventualmente, outros não integrados nos anteriores agrupamentos de serviços).

quadro regulamentar (cf. *ERG Common Position on the approach to Appropriate Remedies in the new regulatory framework*, April 2004, in http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf).

¹⁰⁸ Cf. em <http://www.anacom.pt>.

No entanto, só após a entrada em vigor da LCE (que teve lugar em 11 de Fevereiro de 2004 – cf. artigo 128.º, n.º 1 da LCE) seriam formalmente iniciados os procedimentos de consulta quanto à definição dos mercados relevantes, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares específicas, conforme previsto no artigo 8.º da LCE. Assim, por deliberação de 12 de Fevereiro de 2004, o ICP-ANCOM publicitou os procedimentos de consulta adoptados, tendo iniciado em 12 de Março de 2004 as consultas relativas à definição dos mercados relevantes e à avaliação de PMS no agrupamento dos serviços fixos comutados de baixo débito – retalho e interligação – onde foram incluídos todos os serviços de voz e dados prestados em locais fixos comutados e de banda estreita, a saber:

- Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais (mercado 1 da Recomendação da Comissão);
- Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes não-residenciais (mercado 2 da Recomendação da Comissão);
- Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes residenciais (mercado 3 da Recomendação da Comissão);
- Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes residenciais (mercado 4 da Recomendação da Comissão);
- Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes não-residenciais (mercado 5 da Recomendação da Comissão);
- Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes não-residenciais (mercado 6 da Recomendação da Comissão);
- Originação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo (mercado 8 da Recomendação da Comissão);
- Terminação de chamadas em redes telefónicas públicas individuais num local fixo (mercado 9 da Recomendação da Comissão);
- Serviços de trânsito na rede telefónica pública fixa (mercado 10 da Recomendação da Comissão).

Ainda durante o ano de 2004 seriam lançados os processos de consulta relativos à definição dos mercados relevantes, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares específicas nos mercados grossistas de banda larga (desagregação do lacete local e serviços de banda larga - mercados 11 e 12 da Recomendação da Comissão) e nos mercados grossistas de serviços móveis (terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais - mercado 16 da Recomendação da Comissão).

Existe, no entanto, uma diferença muito significativa entre os procedimentos de consulta lançados quanto ao agrupamento de serviços fixos comutados de baixo débito (1.ª fase) e os procedimentos de consulta seguidos nas fases subsequentes, uma vez que, no primeiro caso, foram iniciados dois procedimentos de consulta, um quanto à definição dos mercados relevantes e avaliação de PMS e outro quanto à imposição de obrigações regulamentares específicas, ao passo que, no segundo caso, o mesmo

procedimento de consulta, serviu logo para abranger a definição dos mercados, a avaliação de PMS e a imposição de obrigações regulamentares *ex ante*.

Aparentemente, não existe nenhuma razão de fundo que justifique a opção de separar os procedimentos de consulta relativos à definição de mercado e à avaliação do PMS, dos procedimentos de consulta relativos à imposição de obrigações regulamentares específicas, salvo naqueles casos em que imposição de obrigações regulamentares pode ter lugar independentemente da posição de mercado do operador em causa (cf. artigo 77.º da LCE). Contudo, esse não seria seguramente o caso do agrupamento de serviços fixos comutados de baixo débito e os procedimentos de consulta subsequentes trataram de forma unitária a análise de mercado, a avaliação de PMS e a imposição de obrigações regulamentares.

Durante o ano de 2005 foi concluída a análise dos mercados retalhistas e grossistas de linhas alugadas (circuitos alugados - mercados 7, 13 e 14 da Recomendação da Comissão) e a análise dos mercados grossistas de banda estreita, não tendo sido identificadas empresas com PMS no mercado de trânsito na rede telefónica pública num local fixo (mercado 10 da Recomendação da Comissão).

Finalmente, já em 2007, foi desencadeado o procedimento de consulta quanto à definição de mercados relevantes, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares específicas, nos serviços de radiodifusão para a entrega de conteúdos difundidos a utilizadores finais (mercado 18 da Recomendação da Comissão), tendo sido identificados como relevante, para efeitos de regulação *ex-ante*, o mercado de fornecimento grossista de serviços de difusão televisiva através de redes analógicas terrestres.

Os quadros seguintes especificam a definição de mercados relevantes adoptada pelo ICP-ANACOM e a *imposição de obrigações* regulamentares *ex ante* às empresas do Grupo PT, em virtude de disporem de PMS em cada um dos mercados em causa.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Cf. em <http://www.anacom.pt>.

| Mercados Relevantes | Obrigações regulamentares impostas às empresas do Grupo PT e, em particular, à PT |
|---|---|
| Mercados retalhistas de banda estreita | Comunicações enquanto entidade dotada de PMS |
| <p>1. Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais</p> <p>2. Acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes não residenciais</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Assegurar a transparência através da publicação dos tarifários, níveis de qualidade de serviço e demais condições da oferta • Não mostrar preferência indevida por utilizadores finais específicos • Orientar os preços para os custos • Manter sistema de contabilidade analítica • Separar contas • Manter a acessibilidade do preço com <i>price cap</i> na instalação, mensalidade e chamadas locais, regionais e nacionais, conjugando a garantia de acessibilidade com uma flexibilidade tarifária adequada (só para clientes residenciais) • Publicar uma proposta de referência de oferta de re-aluguer da linha de assinante (ORLA) • Implementar a selecção e pré-selecção do operador |
| <p>3. Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes residenciais.</p> <p>4. Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes residenciais.</p> <p>5. Serviços telefónicos locais e/ou nacionais publicamente disponíveis fornecidos num local fixo para clientes não residenciais.</p> <p>6. Serviços telefónicos internacionais publicamente disponíveis num local fixo para clientes não-residenciais.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Assegurar a transparência através da publicação dos tarifários, níveis de qualidade de serviço e demais condições da oferta • Não mostrar preferência indevida por utilizadores finais específicos • Orientar os preços para os custos • Manter sistema de contabilidade analítica • Separar contas • Manter a acessibilidade do preço com <i>price cap</i> nas chamadas intra-rede (só para clientes residenciais), orientação para custos eficientes na retenção fixo-móvel e manutenção regra actual nas chamadas inter-redes fixas |
| <p>19. Mercado de Chamadas telefónicas dos serviços telefónicos locais e nacionais publicamente disponíveis num local fixo destinadas a números não geográficos (fora da listagem da Comissão)</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Assegurar a transparência através da publicação dos tarifários, níveis de qualidade de serviço e demais condições da oferta • Não mostrar preferência indevida por utilizadores finais específicos • Manter sistema de contabilidade analítica • Separar contas • Gestão do Plano de Numeração de acordo com o estabelecido pelo ICP-ANACOM |

| Mercados Relevantes | Obrigações regulamentares impostas às empresas do Grupo PT e, em particular, à PT |
|--|---|
| Mercados grossistas de banda estreita | Comunicações enquanto entidade dotada de PMS |
| <p>8. Originação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo.</p> <p>9. Terminação de chamadas em redes telefónicas públicas individuais num local fixo.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Obrigação de publicar uma Oferta de Referência de Interligação (ORI) • Obrigação de publicar preços, termos e condições • Obrigação de publicar informação técnica • Obrigação de publicar informação de qualidade de serviço • Obrigação de não discriminar indevidamente na prestação do acesso à rede, incluindo oferta de tarifa plana de interligação • Sistema de custeio e separação contabilística • Obrigação de permitir o acesso à rede em condições justas e razoáveis a operadores de redes públicas de comunicações electrónicas – Obrigação de responder a pedidos razoáveis de acesso à rede • Obrigação de fixar preços com base nos custos e controlos de preços |
| 10. Serviços de trânsito na rede telefónica pública fixa. | Não foram identificadas falhas de mercado que justifiquem a sua regulação <i>ex-ante</i> |
| Mercados grossistas de banda larga | |
| 11. Fornecimento grossista de acesso desagregado (incluindo acesso partilhado) a lacetes e sub-lacetes metálicos para oferta de serviços em banda larga e de voz. | <ul style="list-style-type: none"> • Acesso aos lacetes e sub-lacetes locais e a recursos conexos • Negociar de boa fé com as empresas que pedem acesso • Não retirar o acesso já concedido a determinados recursos • Disponibilização dos registos contabilísticos (SCA) incluindo os dados sobre receitas provenientes de terceiros • Não discriminar indevidamente na prestação do acesso aos lacetes e sub-lacetes locais e a recursos conexos • Sistemas de custeio e separação contabilística • Publicação da ORALL • Pré-aviso de 30 dias para alterações na oferta • Fixar preços orientados para os custos • Manutenção da metodologia adoptada para estimativa de custos • Possibilidade para evoluir para modelos de custos prospectivos incrementais de longo prazo |
| 12. Fornecimento grossista de acesso em banda larga. | <ul style="list-style-type: none"> • Acesso à RTPC em diferentes pontos • Negociar de boa fé com as empresas que pedem acesso • Não retirar o acesso já concedido a determinados recursos • Publicação da oferta de referência de acesso em banda larga (“Rede ADSL PT”), com identificação clara de alterações entre versões, devendo integrar SLAs e compensações de incumprimento • Não discriminar indevidamente na prestação do acesso à rede • Pré-aviso de 30 dias para alterar ofertas grossistas – no caso de alterações significativas nas ofertas grossistas, este prazo alarga-se para 2 meses • Lançamento de ofertas retalhistas condicionado à existência de ofertas grossistas equivalentes na “Rede ADSL PT” • Remeter informação referente a prazos máximo, médio e mínimo de entrega e de reparação de avarias e do grau de disponibilidade (desagregados por modalidade de instalação e por operador) • Sistemas de custeio e separação contabilística • Fixar preços orientados para os custos (serviços de acesso em banda larga suportados na rede telefónica pública comutada) • Controlo de preços (“retalho-menos”) • Disponibilização dos registos contabilísticos (SCA) incluindo os dados sobre receitas provenientes de terceiros |

| Mercados Relevantes | Obrigações regulamentares impostas às empresas do Grupo PT e, em particular, à PT Comunicações enquanto entidade dotada de PMS |
|---|--|
| Mercados retalhistas de linhas alugadas | |
| 7. Conjunto mínimo de linhas alugadas | <ul style="list-style-type: none"> • Aplicar condições semelhantes em circunstâncias semelhantes às empresas suas clientes finais • Divulgar as seguintes informações sobre o conjunto mínimo de circuitos alugados: <ul style="list-style-type: none"> a) Características técnicas, incluindo as características físicas e eléctricas, bem como as especificações técnicas e de desempenho detalhadas aplicáveis ao ponto terminal da rede; b) Preços, incluindo os encargos iniciais de ligação, os encargos periódicos de aluguer e outros encargos, devendo, sempre que os preços sejam diferenciados (incluindo descontos), tal ser indicado; c) Condições de fornecimento, incluindo, nomeada e obrigatoriamente, o procedimento de encomenda, o prazo normal de entrega, o período contratual, o tempo típico de reparação e o grau de disponibilidade, e o procedimento de reembolso, quando existente. • Elaborar e pôr em prática um sistema adequado de contabilidade de custos • Fixar preços orientados para os custos. |
| Mercados grossistas de linhas alugadas | |
| <p>13. Mercado grossista dos segmentos terminais de linhas alugadas.</p> <p>14. Mercado grossista dos segmentos de trânsito de linhas alugadas.</p> | <ul style="list-style-type: none"> • Dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso, em condições transparentes, equitativas e não discriminatórias • Prever a possibilidade de co-instalação nas suas instalações • Negociar de boa fé com as empresas que pedem acesso • Não retirar o acesso já concedido a determinados recursos • Prestar, aos operadores alternativos, a informação, os recursos e os serviços em prazos, numa base e com uma qualidade que deverão ser pelo menos tão bons quanto os oferecidos aos departamentos de retalho e empresas do Grupo PT • Os prazos de entrega e de reparação de avarias contratuais aplicados ao fornecimento grossista de circuitos alugados (incluindo os circuitos parciais de linhas alugadas) devem ser inferiores aos prazos de entrega observados nos mercados retalhistas • Não praticar quaisquer descontos de fidelidade e/ou descontos de quantidade e/ou capacidade. Qualquer proposta neste âmbito terá que ser devidamente fundamentada e justificada e remetida previamente ao ICP – ANCOM • Remeter, trimestralmente, informação referente aos prazos de entrega e de reparação de avarias e do grau de disponibilidade, desagregados por capacidade e por operador • Publicar, uma oferta de referência de circuitos alugados analógicos e digitais até 155 Mbps (inclusive), incluindo circuitos parciais de linhas alugadas (e componentes de suporte para interligação), a clientes grossistas, incluindo: <ul style="list-style-type: none"> a) As características técnicas e de desempenho dos vários tipos de segmentos de circuitos alugados; b) Os preços, devidamente desagregados por componente; c) SLAs vinculativos, incluindo as condições de fornecimento e migração, comunicação e reparação de avarias, e as respectivas penalizações em caso de incumprimento; d) As condições específicas associadas às rotas, aos circuitos CAM, ao serviço de circuitos parciais de linhas alugadas (e componentes de suporte para interligação), ao serviço de acesso a cabos submarinos e à oferta de tecnologias xDSL simétricas (se e quando disponibilizadas ao retalho ou a empresas do Grupo PT) • Sistema de custeio e separação contabilística • Fixar preços orientados para os custos; • Controlo de preços – a diferença mínima entre os preços dos circuitos alugados grossistas e os preços dos correspondentes circuitos alugados no retalho, praticados pelas empresas do Grupo PT, deve ser de 26%. • Disponibilizar registos contabilísticos (SCA) incluindo os dados sobre receitas provenientes de terceiros |

| Mercados Relevantes | Obrigações regulamentares impostas às empresas do Grupo PT e, em particular, à PT Comunicações enquanto entidade dotada de PMS |
|---|--|
| Mercados grossistas de serviços móveis | |
| 15. Acesso e originação de chamadas nas redes telefónicas móveis públicas | Não foi lançado o procedimento geral de consulta a que se refere o artigo 8.º da LCE quanto à definição do mercado, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares neste mercado (cf. deliberação do ICP-ANACOM de 9 de Fevereiro de 2007). |
| 16. Terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais. | <ul style="list-style-type: none"> • Dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso • Não discriminação na oferta de acesso e interligação e na respectiva prestação de informações • Transparência na publicação de informações • Controlo de preços (orientação para os custos) e contabilização de custos • Separação de contas |
| 17. Mercado grossista nacional da itinerância internacional em redes públicas móveis. | Não foi iniciado o procedimento de definição do mercado, avaliação de PMS e imposição de obrigações regulamentares. |
| Mercados grossistas de radiodifusão | Obrigações regulamentares impostas às empresas do Grupo PT e, em particular, à PT Comunicações enquanto entidade dotada de PMS |
| 18. Serviços de radiodifusão para a entrega de conteúdos difundidos a utilizadores finais | <ul style="list-style-type: none"> • Acesso ao serviço de difusão televisiva terrestre; • Negociar o acesso a postes, outras instalações e locais para instalação e manutenção de sistemas, equipamentos e demais recursos; • Disponibilizar a todos os interessados toda a informação relevante necessária para o acesso aos serviços grossistas de difusão terrestre; • Não discriminar indevidamente na prestação do acesso a serviços e à rede; • Sistema de custeio e separação contabilística; • Praticar preços orientados para os custos; • Disponibilizar os registos contabilísticos (SCA) incluindo os dados sobre receitas provenientes de terceiros. |

Apenas no mercado grossista de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais (mercado 16), foi considerado que os três operadores de redes móveis têm PMS no fornecimento de serviços de terminação de chamadas vocais nas suas próprias redes.

| Definição de mercados | Avaliação de PMS | Obrigações a impor aos operadores com PMS |
|--|--|---|
| Mercado grossista de terminação de chamadas vocais na rede móvel da TMN | O ICP – ANACOM considera que os três operadores de redes móveis têm PMS no fornecimento de serviços de terminação de chamadas vocais nas respectivas redes: TMN, Vodafone e Optimus. | <ul style="list-style-type: none"> • Dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso (artigo 72.º da LCE) |
| Mercado grossista de terminação de chamadas vocais na rede móvel da Vodafone | | <ul style="list-style-type: none"> • Não discriminação na oferta de acesso e interligação e na respectiva prestação de informações (artigo 70.º da LCE) |
| Mercado grossista de terminação de chamadas vocais na rede móvel da Optimus | | <ul style="list-style-type: none"> • Transparência na publicação de informações (artigos 67.º a 69.º da LCE) • Controlo de preços (orientação para os custos) e contabilização de custos (artigos 74.º, 75.º e 76.º da LCE) • Separação de contas (artigo 71.º da LCE) |

Paralelamente à consulta relativa à definição dos mercados, à avaliação de PMS e à imposição de obrigações regulamentares *ex ante* nos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais, o ICP-ANACOM lançou em 21 de Dezembro de 2004 um outro processo de consulta baseado no artigo 8.º da Lei das Comunicações Electrónicas quanto à imposição da *obrigação de controlo de*

preços no mercado grossista de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais.¹¹⁰

Para o ICP-ANACOM o mais importante problema de concorrência identificado neste mercado «é a fixação de preços excessivos» devido ao poder de mercado detido pelos operadores de rede móvel na terminação das chamadas na sua própria rede.¹¹¹

Embora tenha ponderado outras alternativas (a imposição de obrigações de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso, de transparência e de não discriminação) o ICP-ANACOM concluiu que «só a fixação de preços de terminação orientados para os custos, através duma aproximação gradual dos preços ao nível eficiente, poderá contribuir para a promoção da concorrência e defesa dos interesses dos utilizadores finais das redes públicas móveis», o que o levou a impor aos operadores com PMS nos mercados grossistas de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais, os seguintes preços de terminação, os quais reflectem uma descida gradual de preços (*glide path* trimestral, com fixação de preços máximos no início do trimestre):¹¹²

Preços da terminação fixados pelo ICP – ANACOM (Março 2005 A Dezembro 2006)

| | Terminação Fixo-Móvel | | Terminação Internacional -Móvel (todos os operadores) | Terminação Móvel - Móvel (todos os operadores) |
|-----------------------------|-----------------------|---------|---|--|
| | TMN e Vodafone | Optimus | | |
| Preço Actual | €0,1850 | €0,2779 | €0,1870 | €0,1870 |
| 7 de Março de 2005 | €0,1400 | €0,2050 | €0,1400 | €0,1400 |
| 1 de Julho de 2005 | €0,1350 | €0,1950 | €0,1350 | €0,1350 |
| 1 de Outubro de 2005 | €0,1300 | €0,1820 | €0,1300 | €0,1300 |
| 1 de Janeiro de 2006 | €0,1250 | €0,1700 | €0,1250 | €0,1250 |
| 1 de Abril de 2006 | €0,1200 | €0,1500 | €0,1200 | €0,1200 |
| 1 de Julho de 2006 | €0,1150 | €0,1300 | €0,1150 | €0,1150 |
| 1 de Outubro de 2006 | €0,1100 | €0,1100 | €0,1100 | €0,1100 |

¹¹⁰ Cf. em <http://www.icp.pt/template15.jsp?categoryId=143822>.

¹¹¹ Devido ao princípio do chamador-pagador (*calling party pays principle*) a pessoa que paga as chamadas (o chamador) não tem a possibilidade de escolher a rede de terminação, o que confere ao operador da rede móvel de terminação um poder de mercado significativo para fixar os preços de terminação para qualquer outro operador que pretenda terminar as chamadas de um utilizador final na sua rede.

¹¹² Cf. em <http://www.icp.pt/template15.jsp?categoryId=145247>.

Esta solução manteve-se até Outubro de 2006 e foi recentemente retomada com base em procedimento de consulta iniciado em Outubro de 2007, no qual se nota que os operadores móveis alinharam os respectivos preços de terminação com os preços máximos fixados em cada trimestre e, desde Outubro de 2006, não procederam a qualquer descida adicional, sendo os preços de terminação em redes móveis praticados em Portugal cerca de 17 vezes superiores aos preços médios de terminação praticados pelo operador fixo regulado.¹¹³

Em consequência, por decisão de 2 de Julho de 2008, o ICP-ANACOM veio impor um novo *glide path* com assimetria a favor da OPTIMUS, a qual termina em 1 de Outubro de 2009.¹¹⁴

III – DA REGULAÇÃO À CONCORRÊNCIA

A) A “Revisão de 2007”

III.1. – Apesar de concluir, no último relatório de progresso sobre o mercado único das comunicações electrónicas (13.º relatório), publicado em Março de 2008, que o “modelo regulatório da União Europeia” se mostrou «capaz de garantir a existência de mercados cada vez mais concorrenciais, fornecendo ao mesmo tempo uma protecção sólida aos consumidores e a garantia de um serviço básico», a Comissão afirma que o actual quadro regulamentar permite «uma grande margem de manobra quanto às regras exactas a instaurar e quanto ao modo como são realmente aplicadas», o que gera «abordagens incoerentes que muito dificultam a realização de um verdadeiro mercado único em toda a União», dando como exemplos de “regulação díspar” «as taxas da terminação móvel e os respectivos roteiros, as metodologias de contabilização, o tratamento dos serviços VoIP, a portabilidade dos números móveis e a discriminação não baseada nos preços por parte dos operadores dominantes».¹¹⁵

Além disso, o mesmo relatório enuncia outra linha de preocupações da Comissão, e que consiste na eliminação, a prazo, da regulamentação económica *ex ante*, desde que a concorrência esteja suficientemente desenvolvida.

Estas duas ideias conjugadas com uma terceira, que consiste na simplificação do acesso e utilização do espectro radioeléctrico, com uma quarta, que consiste no reforço dos direitos dos utilizadores e na protecção dos consumidores, e com uma

¹¹³ Cf. em

http://www.icp.pt/streaming/obrigcontroloprecos_merc16.pdf?contentId=530659&field=ATTACHED_FILE.

¹¹⁴ Cf. em

http://www.icp.pt/streaming/decisao02072008.pdf?contentId=600897&field=ATTACHED_FILE.

¹¹⁵ Cf. COM(2008) 153, de 19.03.2008.

quinta, assente no reforço da privacidade e segurança, dão corpo aos principais pilares da revisão do quadro regulamentar comunitário relativo às redes de serviços de comunicações electrónicas, apresentado em Novembro de 2007, e que se traduz em duas propostas de directiva que alteram a directiva acesso, a directiva autorização, a directiva-quadro, a directiva serviço universal e a directiva privacidade, e uma proposta de regulamento que institui uma Autoridade Europeia para os Mercados de Comunicações Electrónicas.¹¹⁶

B) Disparidade regulamentar

III.2. – O primeiro conjunto de preocupações da Comissão e que justifica a proposta de Regulamento que institui uma *Autoridade Europeia para os Mercados de Comunicações Electrónicas* (COM(2007) 699 final, de 13 de Novembro de 2007) prende-se com o facto de, no âmbito da consulta pública lançada em Junho de 2006 (COM(2006) 334 final, de 29 de Junho de 2006) terem sido identificadas situações de *assimetria regulamentar*, as quais resultam de diferenças consideráveis no modo como o quadro regulamentar é aplicado a nível nacional, o que provoca distorções da concorrência, «prejudicando o desenvolvimento de um mercado único europeu no qual as empresas possam funcionar sem descontinuidades através das fronteiras e os consumidores privados e comerciais possam beneficiar de serviços de comunicações comparáveis, independentemente da sua localização geográfica».¹¹⁷

No 13.º relatório de progresso sobre o mercado único das comunicações electrónicas (cit.) é especialmente salientada a «demora entre a conclusão da análise de mercado e a imposição de obrigações definitivas», o nível de detalhe das obrigações definitivas que, em muitos casos, «não é suficiente para garantir uma base sólida para o investimento e a entrada no mercado», as dificuldades em concretizar as ofertas grossistas «que podem atrasar a aplicação dos remédios e comprometer a competitividade das ofertas retalhistas alternativas», a falta de coerência na aplicação dos remédios¹¹⁸ e a falta de poderes coercivos das ARN ou o seu não exercício.

¹¹⁶ Cf. em

<http://www.icp.pt/render.jsp?categoryId=258322&themeMenu=1#horizontalMenuArea> e em http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommm/library/proposals/index_en.htm.

¹¹⁷ Cf. Relatório sobre o resultado da revisão do quadro regulamentar comunitário das redes e serviços de comunicações electrónicas em conformidade com a Directiva 2002/21/CE e Resumo das propostas de reforma de 2007 (COM(2007) 696 final, de 13 de Novembro de 2007).

¹¹⁸ No referido relatório são dados os exemplos da Itália, Polónia, Suécia e Irlanda que, para garantirem a aplicação atempada e efectiva da não discriminação nos diferentes mercados regulados ponderaram a possibilidade de introduzir «a separação funcional dos serviços de acesso pela rede local do operador histórico fixo das suas outras unidades de negócio retalhistas e grossistas para assegurarem a igualdade de acesso às ofertas grossistas de capacidade quer para o segmento retalhista do operador histórico quer para os operadores alternativos. Na Irlanda, o operador histórico propôs, ele próprio, uma forma de separação estrutural».

Além disso, para a Comissão, a fragmentação regulamentar do mercado interno constitui mais um obstáculo para os operadores que pretendem oferecer serviços pan-europeus e impede a realização de um mercado interno nos serviços de comunicações electrónicas. A forma de atribuição dos direitos de utilização de frequências e números é considerada pela Comissão como um exemplo da dificuldade em realizar economias de escala nos serviços transcomunitários.

Estas inconsistências foram particularmente assinaladas no relatório Hogan & Hartson e Analysys encomendado pela Comissão, onde se assume que o mercado interno no sector das comunicações electrónicas está longe de se poder considerar concluído, quer devido à pouca eficácia das ARN e à falta de harmonização da aplicação do quadro regulamentar à escala europeia, quer ainda devido à inexistência de uma verdadeira oferta de serviços pan-europeus e ao desequilíbrio entre regulação *ex ante* e aplicação *ex post* do direito da concorrência, sendo dada preferência a soluções de regulação específica em detrimento da aplicação do direito da concorrência.¹¹⁹ Vai no mesmo sentido o relatório da London Economics em associação com a PricewaterhouseCoopers quando afirma que a incerteza regulamentar dificulta os investimentos, que beneficiariam muito de uma regulação comum e previsível à escala comunitária.¹²⁰

Para ultrapassar estes obstáculos e com o objectivo de assegurar uma aplicação coerente do quadro regulamentar comunitário para o sector das comunicações electrónicas, a Comissão propõe a criação de uma Autoridade Europeia para o Mercado das Comunicações Electrónicas, a qual, apesar de ser apresentada como um organismo sem quaisquer poderes decisórios, limitando-se a cooperar com a Comissão e com as ARN¹²¹ representa, seguramente, um embrião de uma futura autoridade reguladora única europeia, como poderes de decisão à escala comunitária.

Esses poderes manifestam-se, desde logo, em matéria de oferta de serviços transfronteiras, cabendo à Autoridade um papel fundamental no estabelecimento de condições harmonizadas para a autorização desses serviços, quer no que diz respeito às autorizações gerais, quer quanto aos direitos de utilização das radiofrequências, quer ainda no tocante aos direitos de utilização de números, cabendo-lhe avaliar a necessidade de um procedimento de selecção único a nível comunitário para os direitos de utilização sujeitos a condições harmonizadas, aconselhar a Comissão sobre os termos e critérios a aplicar nesse procedimento de selecção e receber e avaliar os

¹¹⁹ Cf. em

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/ext_studies/index_en.htm#2006.

¹²⁰ Cf. em

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/ext_studies/index_en.htm#2006.

¹²¹ Na linguagem dos considerandos da proposta de Regulamento que institui a Autoridade esta deverá, através da congregação de especialistas, «reforçar as capacidades das autoridades reguladoras nacionais sem substituí-las nas suas actuais funções nem duplicar o trabalho já em curso, em benefício da assistência dada à Comissão no exercício das suas responsabilidades», bem como «aconselhar a Comissão e as autoridades reguladoras nacionais em conformidade com o quadro regulamentar comunitário das comunicações electrónicas, prestando-lhe desse modo assistência na sua aplicação efectiva» (considerandos 13 e 18, entre outros).

pedidos de direitos de utilização apresentados pelas empresas. (cf. considerandos 22 e 23 da proposta de Regulamento).

Mas mais: a Autoridade Europeia para o Mercado das Comunicações Electrónicas vai passar a poder intervir nos processos de definição e análise dos mercados nacionais e transnacionais (cf. artigos 5.º, 6.º e 7.º da proposta de Regulamento). Apesar de formalmente se declarar que emite *pareceres* a pedido da Comissão, é evidente que o que está em causa é permitir à Autoridade desempenhar funções que materialmente equivalem ao exercício de poderes de decisão à escala comunitária.

Tanto assim é que já se prevê a cobrança de encargos administrativos a impor às empresas pelos serviços prestados pela Autoridade (artigo 16.º da proposta de Regulamento); a cobrança e redistribuição de taxas de utilização de frequências e números atribuídos segundo um processo de selecção comum (artigo 17.º da proposta de Regulamento); prevendo-se igualmente a figura de um Conselho de Reguladores e de um Director, os quais actuam com *independência*, não solicitando nem recebendo instruções dos Estados-Membros ou de qualquer outra entidade (considerandos 33 e 34 e artigos 27.º e 29.º da proposta de Regulamento); prevendo-se ainda, «para garantir a total autonomia e independência da Autoridade», que esta deva contar com um orçamento autónomo (considerando 40 e artigos 37.º e 38.º da proposta de Regulamento) e que as partes afectadas por «decisões da Autoridade» (já não pareceres) possam recorrer para uma Câmara de Recurso especializada, de cujas decisões, haverá recurso para o Tribunal de Primeira Instância e para o Tribunal de Justiça (considerando 36 e artigos 33.º a 35.º da proposta de Regulamento).

De facto, para uma entidade que elabora pareceres e que coopera com as ARN e com a Comissão (cf. artigo 1.º da proposta de Regulamento), é caso para perguntar porque se chama “Autoridade”, porque se prevê a sua independência funcional e financeira e porque se regula o regime de recurso das suas “decisões”?

Aliás, é bem ilustrativo do que realmente está em causa o facto de no considerando 33 da proposta de Regulamento se falar expressamente nos «poderes necessários para exercer as suas *funções de regulação* de um modo eficiente e, sobretudo, independente» (ênfase aditada).

Na verdade e ao contrário do afirmado pela Comissão, nomeadamente no documento de trabalho que acompanha a proposta de Regulamento, não está em causa a criação de uma autoridade reguladora europeia «sem poderes de decisão discricionários, coadjuvante na aplicação de procedimentos comunitários reforçados», mas sim a criação de uma nova autoridade reguladora independente, à escala europeia, no sector das comunicações electrónicas, cujas funções, aparentemente consultivas, escondem uma entidade que não recebe instruções nem aceita orientações dos Estados-Membros ou de quaisquer outras organizações, toma decisões recorríveis para uma câmara de recurso especializada, pode exigir directamente às empresas que fornecem redes e serviços de comunicações electrónicas a prestação de «todas as informações, nomeadamente informações financeiras» (artigo 41.º da proposta de Regulamento) sob pena de lhes serem aplicadas sanções pela Comissão Europeia (artigo 43.º da proposta de Regulamento), é dotada de personalidade jurídica gozando em todos os Estados-

Membros da máxima capacidade jurídica reconhecida às pessoas colectivas pelo direito nacional podendo, designadamente, adquirir ou alienar bens móveis ou imóveis e ser parte em processos judiciais (artigo 48.º da proposta de Regulamento)

Além disso, não se compreende que uma entidade cujo papel – segundo consta da exposição de motivos, na parte em que se procura justificar o respeito pelo princípio da proporcionalidade – é de «conselheira da Comissão, com o objectivo de ajudar a pôr em prática a política definida para as comunicações electrónicas» responda directamente perante o Parlamento Europeu (artigos 29.º e 38.º da proposta de Regulamento), tenha independência funcional e orçamental e tome decisões recorríveis para uma câmara especializada.

Não há dúvida que para uma entidade com funções meramente consultivas e de cooperação a Comissão apresentou uma proposta manifestamente desadequada e, por isso, incompatível com o princípio da proporcionalidade.

Não admira, pois, que o Parlamento Europeu, tenha alterado substancialmente, em primeira leitura, a proposta da Comissão, de tal forma que não só alterou a designação da Autoridade para Organismo dos Reguladores Europeus de Telecomunicações (ORET), como introduziu um considerando declarando que tal entidade deverá ser instituída «para permitir a coordenação entre as ARN dos Estados-Membros sem harmonizar as actuais abordagens regulamentares a um nível passível de comprometer a concorrência regulamentar». A relatora da Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia chegou mesmo a considerar precipitada a proposta da Comissão, ignorando as qualidades positivas do actual Conselho de Reguladores Europeus das redes e serviços de comunicações electrónicas (ERG) e pondo em causa o princípio da subsidiariedade, retirando poderes aos Estados-Membros e às ARN já existentes.¹²²

Entretanto, em 7 de Novembro de 2008, a Comissão viria a rever as suas propostas indo de encontro à posição do Parlamento Europeu.¹²³

C) Desregulamentação *ex ante*

III.3. – O segundo núcleo de preocupações da Comissão consiste na eliminação, a prazo, da regulamentação económica *ex ante*, abrindo caminho à aplicação preferencial do direito da concorrência enquanto instrumento de realização do mercado interno no sector das comunicações electrónicas.

Também aqui se nota a influência dos estudos encomendados pela Comissão, em particular do relatório Cave, Stumpf e Valletti,¹²⁴ embora estes autores salientem

¹²² Cf. Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 24 de Setembro de 2008 e Relatório da Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia de 17 de Julho de 2008 disponível em http://www.europarl.europa.eu/news/expert/briefing_page/35770-266-09-39-20080901BRI35769-22-09-2008-2008/default_p001c001_pt.htm.

¹²³ Cf. COM (2008) 720 final, de 5.11.2008.

que nem todos os objectivos associados à regulação do sector (cf. artigo 8.º da directiva-quadro, artigo 8.º, n.º 4 da directiva acesso, artigo 17.º, n.º 2 da directiva serviço universal e artigo 5.º da LCE) podem ser atingidos através da aplicação de normas de direito da concorrência. Não obstante, a aplicação dos três critérios de selecção dos mercados susceptíveis de regulação *ex ante* que já constava da Recomendação de 2003,¹²⁵ conduziu aqueles autores à identificação de 10 mercados susceptíveis de regulação *ex ante* no sector das comunicações electrónicas (2 mercados retalhistas e 8 mercados grossistas).

Na sua Recomendação de 17 de Dezembro de 2007, a Comissão viria a identificar um único mercado retalhista, que corresponde aos mercados A e B do relatório Cave, Stumpf e Valletti – o mercado de acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais e não residenciais – e seis mercados grossistas, que correspondem aos mercados C a J do relatório Cave, Stumpf e Valletti:

1. Originação de chamadas na rede telefónica pública num local fixo.
2. Terminação de chamadas em redes telefónicas públicas individuais num local fixo.
3. Fornecimento grossista de acesso (físico) à infra-estrutura de rede (incluindo o acesso partilhado ou totalmente desagregado) num local fixo.
4. Fornecimento grossista de acesso em banda larga.
5. Fornecimento grossista de segmentos terminais de linhas alugadas, seja qual for a tecnologia utilizada para fornecer a capacidade alugada ou dedicada.
6. Terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais.

Comparando a Recomendação de 2007 com a Recomendação de 2003 verifica-se que a redução do número de mercados relevantes para efeitos de regulação *ex ante* deu-se, fundamentalmente, ao nível dos mercados retalhistas, que passaram de sete para um, muito embora o mercado retalhista de acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais e não residenciais corresponda aos mercados 1 e 2 da Recomendação de 2003.

Por outro lado, ao nível dos mercados grossistas e excluindo os mercados 10 (serviços de trânsito na rede telefónica pública fixa) e 15 (acesso e originação de chamadas nas redes telefónicas móveis públicas) onde não foram identificadas situações de PMS, e o mercado 17 (mercado grossista nacional da itinerância [*roaming*] internacional em redes públicas móveis) que foi objecto de limitações

¹²⁴ Review of certain markets included in the Commission's Recommendation on Relevant Markets subject to *ex ante* Regulation, July 2006, disponível em http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/ext_studies/index_en.htm#2006.

¹²⁵ A presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada, uma estrutura de mercado que não tenda para uma concorrência efectiva e a insuficiência do direito da concorrência para, por si só, corrigir adequadamente as deficiências detectadas (cf. considerando 9 da Recomendação de 2003).

tarifárias a nível grossista e retalhista impostas por regulamento comunitário,¹²⁶ a verdade é que, fundamentalmente, o nível de intervenção regulamentar *ex ante* nos mercados grossistas se mantém na revisão da Recomendação relativa aos mercados relevantes operada em 2007. Aliás, a Comissão não deixa de reconhecer esta situação, quer quando afirma no relatório sobre o resultado da revisão do quadro regulamentar (COM(2007) 696 final) que se limitou a retirar da lista a maioria dos mercados retalhistas, quer quando assume na síntese de avaliação de impacto (SEC(2007) 1473) que a opção 2 – “folga regulamentar” – “põe em risco uma concorrência efectiva na grande maioria dos mercados europeus das comunicações electrónicas” os quais se caracterizam por uma ausência de concorrência efectiva entre infra-estruturas.

Esta situação, explica que a principal alteração proposta à directiva acesso consista, justamente, na possibilidade de *separação funcional de empresas verticalmente integradas*, em linha com as soluções adoptadas no Reino Unido, e em estudo na Itália, Suécia e Polónia. A separação funcional visa evitar situações de discriminação entre operadores na utilização da rede do operador verticalmente integrado. No entanto, atendendo ao impacto deste tipo de medidas, o Parlamento Europeu propôs, em primeira leitura, que esta possibilidade seja expressamente qualificada como *excepcional*, sendo particularmente exigente quanto às justificações apresentadas.¹²⁷

Não obstante, o Parlamento Europeu não sugeriu qualquer tipo de alteração quanto à possibilidade de *separação voluntária por uma empresa verticalmente integrada* (artigo 13.º-B da proposta da Comissão¹²⁸) a qual tem a virtualidade de permitir *soluções de mercado* para os problemas de regulação criados pela empresa verticalmente integrada, uma vez que obriga a ARN a avaliar “o efeito da transacção planeada nas obrigações regulamentares existentes”, o que poderá estimular a *separação jurídica* (transferência de activos para uma entidade juridicamente separada e de propriedade distinta) ou mesmo a *separação funcional* (criação de uma divisão ou de uma entidade empresarial distinta para assegurar a oferta grossista de produtos de acesso totalmente equivalentes).

No que diz respeito à directiva-quadro a principal proposta de alteração tem a ver com a revisão do artigo 7.º, relativo aos poderes da Comissão em matéria de consolidação e coerência do mercado interno das comunicações electrónicas (o chamado “*poder de veto*” de medidas nacionais¹²⁹). Também a este propósito, a intervenção do Parlamento Europeu, em coerência com a posição tomada quanto à

¹²⁶ Regulamento (CE) n.º 717/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2007, relativo à itinerância nas redes telefónicas móveis públicas da Comunidade (JO L 171, de 29.6.2007, pp. 32-40).

¹²⁷ Cf. em http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=pt&DosId=196418 Esta proposta de alteração apresentada pela Parlamento Europeu seria aceite na proposta alterada da Comissão. Cf. COM (2008) 724 final de 6.11.2008.

¹²⁸ COM(2007) 697 final de 13.11.2007.

¹²⁹ Cf. Pedro Gonçalves, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, cit., p. 196 e 209.

criação de uma Autoridade Europeia para os Mercados de Comunicações Electrónicas, foi no sentido de criar um procedimento para uma aplicação coerente das medidas correctivas, baseado na interacção entre ARN's e Comissão, no quadro do Organismo dos Reguladores Europeus de Telecomunicações (ORET).¹³⁰

D) Política de gestão do espectro radioeléctrico

III.4. – Outra das linhas fundamentais da revisão de 2007 prende-se com a disponibilidade do espectro radioeléctrico e com a sua utilização mais eficiente, num contexto em que os desenvolvimentos tecnológicos registados no sector apontam cada vez mais para a utilização de tecnologias sem fios e para a procura crescente de banda larga sem fios. Limitações nesta área comprometem o desenvolvimento tecnológico e os interesses dos utilizadores e da economia, considerando a Comissão que «o acesso sem fios é um dos meios mais promissores para colmatar os “desníveis em matéria de banda larga” e superar a “clivagem digital”, especialmente em zonas rurais e remotas» (cf. COM(2007) 696 final).

De modo a assegurar uma gestão mais eficiente do espectro, é revisto o artigo 9.º da directiva-quadro e são propostas diversas modificações à directiva-autorização tendo em vista facilitar o acesso ao espectro, permitir a sua comercialização e acabar com o açambarcamento. Em especial, pretende-se assegurar a liberdade de utilização de qualquer tecnologia numa faixa de radiofrequências e a liberdade de utilização do espectro para qualquer serviço de comunicações electrónicas, permitindo uma maior utilização do espectro não sujeita a licença e a transferência de direitos de utilização exclusiva em faixas acordadas (comércio secundário).

E) Direitos dos utilizadores, protecção dos consumidores, reforço da privacidade e segurança

III.5. – A ligação aos cidadãos corresponde, por último, a uma das principais linhas de força das propostas da Comissão, e traduz-se num conjunto de iniciativas que visam reforçar os direitos dos utilizadores, a protecção dos consumidores e a privacidade e segurança na utilização das tecnologias da informação.

Estão em causa, nesta matéria, um conjunto de alterações à directiva serviço universal tendo em vista melhorar a transparência e a publicação de informações destinadas aos utilizadores finais, facilitar a utilização por pessoas com deficiência, facilitar a mudança de fornecedor (reforço das disposições sobre a portabilidade dos

¹³⁰ Também aqui a Comissão procurou acomodar as posições expressas pelo Parlamento Europeu. Cf. COM (2008) 724 final de 6.11.2008.

números), melhorar as obrigações relacionadas com os serviços de emergência¹³¹ e garantir aos utilizadores finais determinados níveis de qualidade de serviço.

No que diz respeito à directiva privacidade pretende-se introduzir a obrigação de notificação de violações da segurança que provoquem a perda ou comprometam a integridade de dados pessoais dos utilizadores; reforçar as disposições de execução relacionadas com a segurança das redes e da informação; reforçar as medidas de combate às chamadas de comunicações comerciais não solicitadas (*spam*) tendo o Parlamento europeu introduzido uma alteração no sentido de reconhecer aos fornecedores de serviços obrigados a fazer investimentos substanciais para combater o *spam* a possibilidade de intentar acções judiciais contra os infractores.

Observe-se ainda, neste contexto, a introdução na directiva-quadro de uma disposição relativa à melhoria da segurança e da integridade das redes (artigo 13.º-A).

F) A redefinição dos mercados relevantes

III.6. – A revisão da recomendação relativa aos mercados relevantes susceptíveis de regulamentação *ex ante* obriga as ARN's a desencadear novos processos de análise dos mercados (artigo 16.º, n.º 1 da directiva-quadro), muito embora o n.º 3 da recomendação procure preservar “os resultados das análises de mercado e as obrigações regulamentares adoptados pelas autoridades reguladoras nacionais” antes da data de adopção da nova recomendação.

Contudo, as definições de mercados e as obrigações regulamentares adoptadas ao abrigo da anterior recomendação só podem subsistir desde que se verifique, cumulativamente, (i) a presença de obstáculos fortes e não transitórios à entrada nesses mercados, (ii) uma estrutura de mercado que não tenda para uma concorrência efectiva no horizonte temporal pertinente e (iii) a insuficiência do direito da concorrência para, por si só, corrigir adequadamente as deficiências detectadas no mercado em causa (cf. considerando 17 e n.ºs 2 e 3 da Recomendação 2007/879/CE).

Além disso, estando em causa mercados não enumerados na nova recomendação da Comissão, estamos em crer que a sua manutenção pelas ARN's ficará sujeita ao processo de consolidação do mercado interno a que se refere o artigo 7.º da directiva-quadro, o que permitirá à Comissão intervir junto das ARN's sempre que considere que determinada definição de mercado ou certas obrigações regulamentares afectam o comércio entre os Estados-Membros ou são incompatíveis com os objectivos de regulação sectorial.

III.7. – Tendo em conta a revisão da recomendação relativa aos mercados relevantes susceptíveis de regulamentação *ex ante*, bem como diversas alterações às

¹³¹ A este propósito refira-se que o Parlamento Europeu propôs a criação de um número verde para comunicar o desaparecimento de crianças.

condições de funcionamento do mercado português,¹³² o ICP-ANACOM lançou em Junho de 2008 uma consulta pública quanto à definição dos mercados do produto e mercados geográficos, avaliação de PMS e imposição, manutenção, alteração ou supressão de obrigações regulamentares em relação ao *mercado de fornecimento grossista de acesso (físico) à infra-estrutura de rede num local fixo e ao mercado de fornecimento grossista de acesso em banda larga* (mercados 4 e 5 da Recomendação da Comissão 2007/879/CE, de 17 de Dezembro de 2007, que correspondem aos mercados 11 e 12 da Recomendação da Comissão 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro de 2003).

Os termos dessa consulta pública apontam para uma definição do mercado retalhista de acesso em banda larga em torno de dois mercados geográficos relevantes: (i) áreas cobertas pelos pontos de atendimento onde existe pelo menos um operador co-instalado e onde existe pelo menos um operador de redes de distribuição por cabo e onde a percentagem de alojamentos cablados do principal operador no concelho seja superior a 60% – áreas “C” – e (ii) as restantes áreas do território nacional – áreas “NC”.

A análise dos mercados grossistas conexos conduziu à conclusão de que as empresas do Grupo PT que actuam no mercado do fornecimento grossista de acesso (físico) à infra-estrutura de rede num local fixo (mercado 4 da Recomendação 2007/879/CE) detêm PMS nesse mercado e que, no essencial, se justifica a manutenção das obrigações regulamentares *ex ante* impostas às empresas do Grupo PT desde 2005.¹³³

Contudo, no mercado de fornecimento grossista de acesso em banda larga (mercado 5 da Recomendação 2007/879/CE) e atendendo à segmentação entre áreas “C” e “NC” e aos critérios de dominância conjunta e individual, concluiu-se que nenhum operador domina individualmente o mercado de fornecimento grossista de acesso em banda larga nas áreas “C” e que não existe dominância conjunta entre o Grupo PT e a ZON Multimédia (cf. deliberação do ICP-ANACOM de 3 de Abril de 2008, clarificando o seu entendimento sobre o *spin-off* da ZON Multimédia e o seu impacto sobre a definição e análise de mercados). Já no que diz respeito às áreas “NC”, conclui-se que as empresas do Grupo PT que actuam no mercado de fornecimento grossista de acesso em banda larga nas áreas “NC” detêm PMS nesse mercado.

Consequentemente, dir-se-á que a principal novidade do processo de análise dos mercados 4 e 5 desencadeado pelo ICP-ANACOM na sequência da revisão da recomendação da Comissão e do *spin-off* da ZON Multimédia, foi a limitação da imposição de obrigações regulamentares *ex ante* às empresas do Grupo PT ao mercado fornecimento grossista de acesso em banda larga nas áreas “NC” (**mercado 5-NC**) incluindo uma oferta “Naked ADSL”, com supressão de todas as obrigações impostas às empresas do

¹³² De que já se deu conta *supra*, como a separação (*spin-off*) da PT Multimédia (agora ZON Multimédia) da Portugal Telecom, a expansão da oferta do lacete local (OLL), a expansão da banda larga móvel; um maior número de ofertas “*triple-play*”; a introdução da oferta “Naked DSL” e o aumento de débito das ofertas de banda larga, com manutenção ou redução dos preços.

¹³³ Cf. em <http://www.anacom.pt/content.jsp?contentId=599027>.

Grupo PT no mercado do fornecimento grossista de acesso em banda larga nas áreas “C” (mercado 5-C) após um período transitório de um ano, durante o qual o Grupo PT não pode agravar as condições de oferta, podendo apenas retirar o acesso ou agravar as condições de oferta após pré-aviso de 2 meses.

Durante o ano de 2009 deverá ter lugar a análise dos restantes mercados grossistas identificados na recomendação da Comissão (mercados 2, 3, 6 e 7) e do mercado retalhista de acesso à rede telefónica pública num local fixo para clientes residenciais e não residenciais (mercado 1).

Não é possível antecipar os resultados dessa análise, mas não pode deixar de se assinalar um certo *voluntarismo desregulamentar* associado à revisão da recomendação da Comissão sobre mercados relevantes susceptíveis de regulamentação *ex ante*. De facto e considerando apenas o caso português, não fosse o *spin-off* da ZON Multimédia e o entendimento seguido pelo ICP-ANACOM quanto ao seu impacto no funcionamento dos mercados, as condições de concorrência não teriam sofrido alterações significativas que permitissem uma revisão mais profunda do enquadramento regulamentar *ex ante* do sector.

Aliás, não pode deixar de se observar uma certa contradição entre a tentativa de reduzir a regulamentação *ex ante* (que, na realidade, se traduz em concentrar o esforço regulamentador nos mercados grossistas) e a introdução de medidas de separação funcional na directiva acesso. Uma evolução dos mercados no sentido da concorrência deveria permitir uma maior “folga regulamentar” nas questões de acesso aos recursos de rede. Neste aspecto a realidade é mais lenta que os desejos da Comissão que acaba por reconhecer que ainda não é possível introduzir essa “folga regulamentar”, a qual “põe em risco uma concorrência efectiva na grande maioria dos mercados europeus das comunicações electrónicas” dado que “ainda não existe concorrência entre infra-estruturas em cerca de 80% dos lacetes locais na UE, o que significa que a regulamentação *ex ante*, ao estabelecer condições de acesso à infra-estrutura do operador histórico, continua a desempenhar um papel crucial na manutenção da concorrência e na protecção dos consumidores” (cf. síntese da avaliação de impacto - SEC(2007) 1473).

IV – CONCLUSÃO

IV.1. – A evolução que se deixou retratada correspondeu, numa primeira fase, à utilização do artigo 86.º do Tratado para promover a abertura dos mercados em sectores onde os progressos no plano da harmonização de legislações eram lentos e difíceis.¹³⁴

Em 1987 – data da publicação do *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do Mercado Comum dos Serviços e Equipamentos de Telecomunicações* (COM/87/290) –

¹³⁴ Cf. L. Gyselen, *National Monopolies – Na Evolving State Action Doctrine under Article 90 EEC*, in J. H. V. Stuyck e A. J. Vossestein (Org.), *State Entrepreneurship, National Monopolies and European Community Law*, cit., pp. 1-13.

com excepção do Reino Unido, os serviços de telecomunicações continuavam a pertencer a empresas públicas ou a empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos, ou a estar integrados na administração directa do Estado. O grau de integração e de abertura dos mercados neste sector era muito baixo, o que dificultava o ajustamento da Europa ao processo de desenvolvimento tecnológico em curso no final dos anos 80. Em última análise, tal representava um custo social e económico muito elevado.¹³⁵ Por isso, não é de estranhar que *Livro Verde relativo ao desenvolvimento do Mercado Comum dos Serviços e Equipamentos de Telecomunicações* tenha procurado demonstrar a importância do desenvolvimento do “mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações” de modo a garantir aos utilizadores “uma maior variedade de serviços de telecomunicações, de melhor qualidade e a custo inferior, proporcionando à Europa os benefícios internos e externos completos de um forte sector das telecomunicações”

Curiosamente, este objectivo foi atingido através da liberalização dos mercados de equipamentos terminais e dos mercados de serviços de telecomunicações com base na *jurisprudência do Tribunal de Justiça* e em *directivas adoptadas pela Comissão* em 1988 e em 1990 ao abrigo de normas concebidas com o objectivo de assegurar o respeito pelo princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e o respeito pelas regras de concorrência, por parte de empresas públicas e ou de empresas titulares de direitos especiais ou exclusivos, as quais foram complementadas pela directiva do Conselho relativa à oferta de uma rede aberta de telecomunicações (*Open Network Provision*) que, no entanto, apontava para uma liberalização progressiva, em função de um programa de trabalho elaborado pela Comissão, assistida por um comité consultivo composto por representantes dos Estados-Membros (cf. artigos 4.º e 9.º da Directiva 90/387/CE).

Essa liberalização progressiva no domínio do acesso às infra-estruturas de telecomunicações foi impulsionada pela Directiva 94/46/CE da Comissão relativa às comunicações por satélite, pela Directiva 95/51/CE da Comissão relativa à supressão das restrições à utilização de redes de televisão por cabo para o fornecimento de serviços de telecomunicações já liberalizados, pela Directiva 96/2/CE da Comissão, relativa às comunicações móveis e pessoais e, finalmente, pela Directiva 96/19/CE da Comissão relativa à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações. *Todas estas directivas encontraram a sua base legal no artigo 86.º (ex-artigo 90.º) do Tratado.*

Pode, pois, dizer-se que a regulação no sector das telecomunicações foi, em grande parte, consequência da *aplicação pela Comissão ao sector de normas gerais de direito da concorrência*, dirigidas à adaptação de direitos especiais ou exclusivos atribuídos a empresas públicas ou à necessidade de conformar a actuação dos Estados-membros com o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e com o respeito pelas regras de concorrência, com base no artigo 86.º do Tratado.

¹³⁵ Cf. Pierre Larouche, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, cit., pp. 1-19.

As iniciativas legislativas do Conselho e do Parlamento Europeu e do Conselho, traduziram-se na criação de um quadro regulamentar específico para o sector, com base nas disposições do tratado relativas à harmonização de legislações. Foi com base no artigo 95.º do Tratado que o Parlamento Europeu e o Conselho adoptaram a Directiva 95/62/CE relativa à aplicação da oferta de rede aberta à telefonia vocal, a Directiva 97/13/CE relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais, a Directiva 97/33/CE, relativa à interligação, a Directiva 97/51/CE relativa à adaptação a um ambiente concorrencial, e a Directiva 98/10/CE, relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial.

Neste sentido, a regulação do sector baseada em normas de harmonização de legislações visou, de algum modo, atenuar os efeitos de uma liberalização iniciada com base na aplicação de normas dirigidas à defesa da concorrência e, por outro lado, colmatar as insuficiências e as limitações dessa estratégia no plano da integração positiva: *não teria sido possível atingir o grau de aprofundamento e desenvolvimento do mercado que se veio a verificar, se a aplicação das normas de concorrência não tivesse sido acompanhada de normas específicas de regulação sectorial.*

IV.2. – A revisão de 1999 procurou criar condições para a concorrência através da regulamentação *ex ante*. Coloca-se, no entanto, a questão de saber se o conjunto de medidas adoptado é eficaz para atingir os objectivos tidos em vista pelo legislador comunitário:

- a) *Promoção da concorrência* na oferta de redes de comunicações electrónicas, de serviços de comunicações electrónicas e de recursos e serviços conexos, tendo em conta o princípio da *neutralidade tecnológica*, de modo a garantir aos utilizadores, incluindo os utilizadores deficientes, o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade, assegurando que a concorrência no sector das comunicações electrónicas não é distorcida nem entravada, encorajando investimentos eficientes em infra-estruturas e inovação, e incentivando uma utilização eficiente e uma gestão eficaz das radiofrequências e dos recursos de numeração;
- b) *Desenvolvimento do mercado interno*, através da eliminação dos obstáculos ainda existentes à oferta de redes de comunicações electrónicas, de recursos e serviços conexos e de serviços de comunicações electrónicas a nível europeu, encorajando a criação e o desenvolvimento de redes transeuropeias, da interoperabilidade dos serviços pan-europeus e a conectividade de extremo a extremo, assegurando a não discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas e garantindo uma aplicação coerente do quadro regulamentar;
- c) *Defesa dos interesses dos cidadãos da União Europeia*, assegurando o serviço universal, um elevado nível de protecção dos consumidores, a protecção dos dados pessoais e da privacidade, a transparência nas tarifas e

nas condições de utilização dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público e a integridade e segurança das redes de comunicações públicas.

IV.3. – A revisão de 2007 procurou dar resposta à questão da eficácia do quadro regulamentar, identificando algumas insuficiências no plano da concorrência, do desenvolvimento do mercado interno e da defesa dos interesses dos utilizadores. Para promover a concorrência segue-se uma estratégia de *concentração das medidas de regulação ex ante nos mercados grossistas* (revendo a recomendação da Comissão relativa aos mercados relevantes) e prevê-se a *separação forçada de actividades* (separação funcional) sem, no entanto, se ir ao ponto de exigir a alienação de activos. Prevê-se igualmente uma política de libertação de espectro radioelétrico de modo a promover a utilização de tecnologias sem fios.

O desenvolvimento do mercado interno é assegurado através de um reforço do papel da Comissão no quadro de um modelo institucional de regulação onde avultam autoridades reguladoras nacionais independentes, cuja actuação pode ser conformada, no plano comunitário, através de um Organismo dos Reguladores Europeus de Telecomunicações e de procedimentos próprios de coordenação da actuação entre reguladores e entre estes e a Comissão Europeia.

Finalmente, a *ligação aos cidadãos* é assegurada através da introdução de um conjunto de medidas que visam reforçar os direitos dos utilizadores, a protecção dos consumidores e a privacidade e segurança na utilização das tecnologias da informação.

Em nosso entender ainda é cedo para se poder avaliar a eficácia do conjunto de soluções adoptadas no plano nacional e comunitário, sobretudo no plano da regulamentação *ex ante* com base em análises de direito da concorrência, sendo, no entanto, seguro, que a criação do mercado interno neste sector permitiu à Comunidade participar plenamente na revolução tecnológica que teve lugar a partir de meados dos anos 80, dando às empresas, aos cidadãos e à economia em geral, condições de competitividade num mundo globalizado que, de outro modo, não teriam sido atingidas.