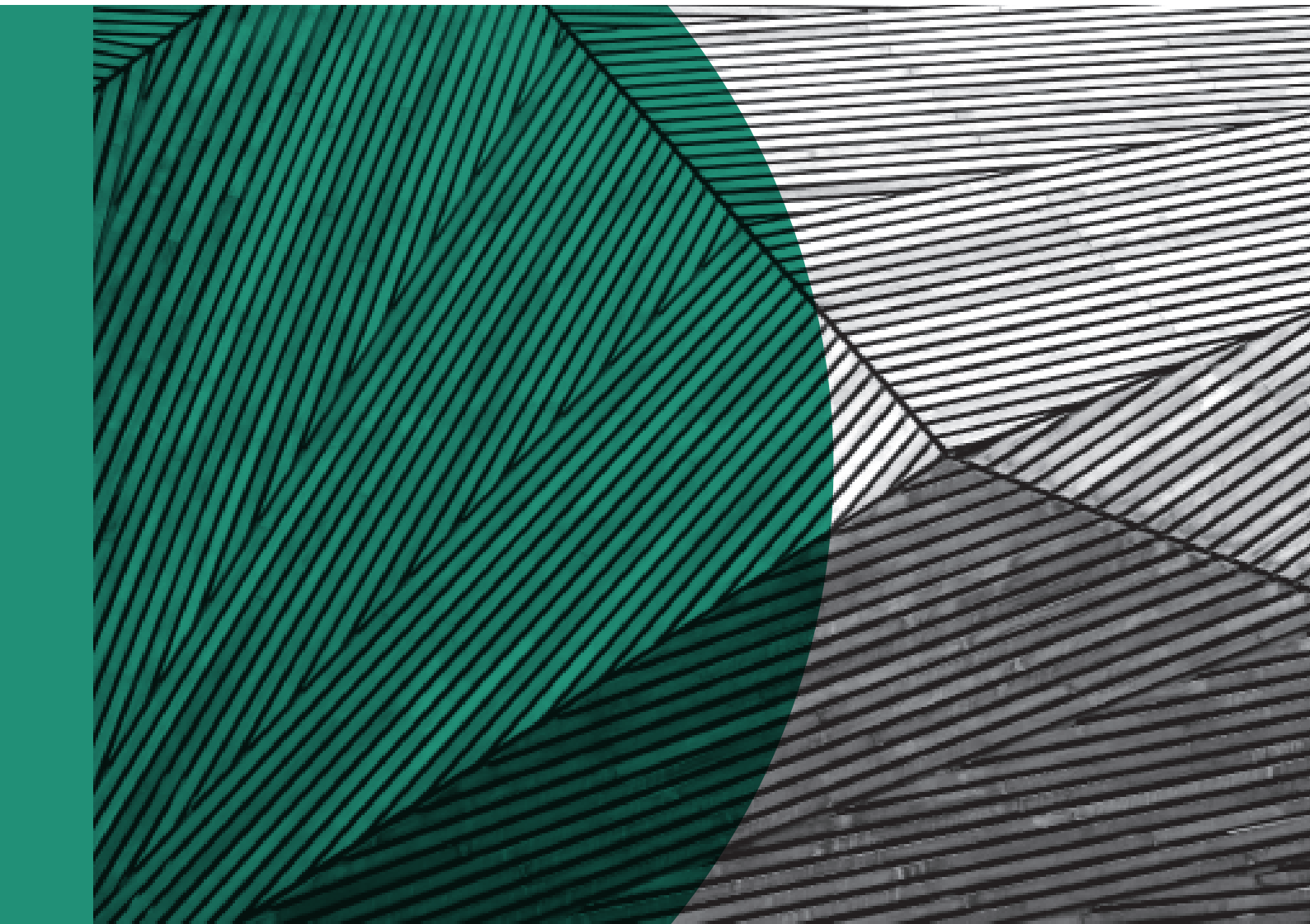


# INFRA-ESTRUTURAS E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS

---

PEDRO GONÇALVES



## 1.ª Sessão – Infra-estruturas e serviços de comunicações electrónicas

### 1 – Considerações iniciais sobre a regulação das comunicações electrónicas

#### i) Europeização

É conhecido o traço de *americanização* que caracteriza o processo de edificação do regime regulatório europeu das comunicações electrónicas. A forte inspiração no modelo americano de *administrative law* e de *regulation* apresenta-se bem perceptível, pelo menos, em três dimensões: *institucional* (modelo da *administração independente*, com a criação de *autoridades reguladoras desgovernamentalizadas*), *funcional* (adjudicação de poderes regulamentares e de resolução de litígios aos reguladores) e *teleológica* (num *approach* típico de *Estado Regulador*, com uma *intervenção de carácter exclusivamente regulatório*, de disciplina e de supervisão dos mercados, visando garantir a *ordem pública económica*, a defesa dos interesses dos consumidores e outros interesses públicos).

Num outro plano, e sem significar qualquer contradição, a *americanização* a que acaba de se aludir acentua a tendência, mais ou menos inevitável, para a  *europeização da regulação das comunicações electrónicas*.

Neste âmbito, falamos de  *europeização* para identificar um processo que consiste em atribuir às instâncias da União Europeia a missão geral de regulação dos mercados das comunicações electrónicas.

Desde logo, é assim num plano *político-legislativo*. Na verdade, desde o início do caminho para a liberalização, o legislador comunitário assumiu, claramente, a condução do processo: a configuração do regime regulatório (condições de entrada no mercado, obrigações susceptíveis de imposição às empresas, acesso a redes, serviço universal e direitos dos consumidores, etc.), na versão inicial ou nas versões sucessivas, é, toda ela, obra da legislação comunitária (directivas da primeira e da segunda geração).

Já no plano da *regulação administrativa* do mercado, o *quadro regulamentar de 2002* acentuou uma tendência de europeização que se encontrava latente desde o início. Por isso, actualmente, no domínio da regulação enquanto direcção *político-administrativa* do mercado das comunicações electrónicas, a *Comissão Europeia* é a instância competente para adoptar dois documentos essenciais: a *recomendação sobre os mercados relevantes de produtos e serviços* e as *linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo*. Em ambos os casos, trata-se de “documentos” que as autoridades nacionais se encontram obrigadas a tomar “na máxima conta”, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, da *directiva-quadro*. Apesar de uma tal qualificação não aparecer assumida na legislação comunitária, os dois documentos referidos contêm *normas vinculativas*, o que nos conduz a considerá-los uma categoria particular de *regulamentos administrativos (comunitários)*.

Ainda no âmbito da *regulação administrativa*, e, agora, num terreno de *gestão administrativa*, a legislação comunitária confia à *Comissão Europeia* poderes regulatórios sobre medidas adoptadas pelas autoridades nacionais: apreciação e apresentação de observações (que deverão ser tidas em

conta) sobre a imposição, alteração ou supressão de obrigações *ex ante* pelas autoridades nacionais (v. artigos 7.º, n.º 3, da *directiva-quadro* e 8.º, n.º 4, da *directiva acesso*); apreciação e eventual imposição da retirada de medidas adoptadas pelas autoridades nacionais (*poder de veto*, nos termos do artigo 7.º, n.º 4, da *directiva-quadro*); autorização para a imposição aos operadores declarados com poder de mercado significativo de obrigações não previstas na legislação comunitária (cf. artigo 8.º, n.º 3, da *directiva acesso*). Do mesmo modo relevante, quanto aos poderes da *Comissão*, é o que se estabelece no artigo 19.º da *directiva-quadro*, atribuindo àquele órgão competência para formular recomendações aos Estados-Membros sobre a aplicação das directivas; aí se impõe também que os Estados-Membros assegurem que as autoridades reguladoras nacionais tenham na máxima conta essas recomendações. Assinale-se, por fim, a existência de numerosos casos de imposição aos reguladores nacionais do dever de comunicar à *Comissão* medidas e decisões que adoptam (v.g., artigo 9.º, n.º 2, do *REGICOM*).

A apreciação conjunta das observações anteriores conduz à conclusão de que, nos vários Estados-Membros da UE, a regulação das comunicações electrónicas se tende a apresentar, em todos os níveis (político, legislativo e administrativo), como uma regulação de matriz europeia. É verdade que a própria legislação comunitária entrega às autoridades reguladoras nacionais relevantes funções de regulação. Mas, bem vistas as coisas, essas autoridades reguladoras nacionais estão-se convertendo em *agências de execução geograficamente desconcentrada de uma regulamentação comunitária*. Ou seja, embora “nacionais” em termos geográficos e humanos, as autoridades reguladoras vão-se transformando, em larga medida, em instâncias integradas na administração comunitária.

## ii) Desgovernamentalização

Nos termos do artigo 4.º, n.º 2, al. a), do *REGICOM*, os estatutos da autoridade reguladora nacional – a *ANACOM* – garantem a sua “*independência como entidade orgânica, financeira e funcionalmente separada do Governo, dotada dos meios necessários ao desempenho das suas funções*”.

Em conformidade com essa indicação, os estatutos da *ANACOM* (embora anteriores ao *REGICOM*) estabelecem que a autoridade “é independente no exercício das suas funções” (artigo 4.º).

Mas analisemos de forma mais desenvolvida a configuração institucional da *ANACOM*: trata-se de uma *autoridade administrativa, independente e responsável*.

Interessa sobretudo destacar a nota da *independência*: a *ANACOM* preenche os requisitos habitualmente exigidos para se qualificar uma instância como autoridade administrativa *independente*. Recorde-se o artigo 4.º dos seus Estatutos, estabelecendo que ela “*é independente no exercício das suas funções (...)*”.

Vejamos o que significa essa independência, devendo dizer-se desde já que se trata de uma *independência limitada*.

A independência da *ANACOM* traduz-se, em primeiro lugar, na chamada *independência funcional*: trata-se de uma independência “no” ou “para o” exercício das suas funções (de regulação).

Essa independência subsiste apenas no “*quadro da lei*”; não é evidentemente uma *independência da lei* (cf., contudo, *infra*, sobre os regulamentos independentes). Também não se trata,

claro, de uma *independência dos tribunais*, posto que, obviamente, a ANACOM está obrigada a responder judicialmente pelos seus actos e decisões.

A marca particular da administração independente reside, como se sabe, na sua *independência em relação ao Governo*, em especial, em face dos *poderes governamentais de ingerência administrativa* (superintendência e tutela) sobre a Administração Pública.

Observe-se, todavia, que nem mesmo em relação ao Governo poderá falar-se de uma independência total da ANACOM – além do mais, o Governo exerce sobre a autoridade uma *tutela financeira e patrimonial* (carecem de aprovação ministerial, entre outros actos, o plano de actividades e o orçamento e o relatório de actividades e as contas). Por outro lado, *em termos nacionais*, cabe ao Governo o papel de definir os *princípios orientadores de política de comunicações* (a margem de manobra governamental nesta matéria é, contudo, muito estreita, por força da *europaização* da regulação). Deve recordar-se ainda que o Governo tem competências legislativas normais, não podendo invocar-se a independência da ANACOM em face da legislação governamental.

Além da *independência funcional*, os Estatutos asseguram também a designada *independência orgânica*. Prescrevem que os membros do conselho de administração – de nomeação governamental, para um mandato de cinco anos – *são independentes no exercício das suas funções, não estando sujeitos a instruções ou orientações específicas*.

Como forma de garantir essa independência, a lei proíbe a renovação do mandato, e exclui a possibilidade de demissão por conveniência (não exclui, todavia, o poder governamental de demissão dos membros do conselho de administração da ANACOM, por falta grave, comprovadamente cometida no desempenho das suas funções ou no cumprimento de qualquer obrigação inerente ao cargo).

Uma outra dimensão da independência orgânica, mas em relação aos *regulados e ao mercado* (e já não ao Governo), encontra-se assegurada pelo *regime de impedimentos* que os Estatutos também acolheram.

Por fim, e não pouco importante, a ANACOM dispõe da *independência financeira* que resulta das taxas que está autorizada a cobrar aos regulados.

## **2 – Redes de comunicações electrónicas**

*Direitos de acesso* às infra-estruturas de terceiros, quer no quadro da designada “partilha de locais e recursos” (artigo 25.º do REGICOM), quer no âmbito do acesso às condutas da designada concessionária do serviço público de telecomunicações (*idem*, artigo 26.º) quer, por fim, no contexto do direito de acesso e interligação às infra-estruturas das empresas com PMS (*idem*, artigo 62.º e segs.).

*Direitos de passagem*. A esta figura se reconduzem: *i)* o direito de requerer, nos termos da lei geral, a expropriação e a constituição de servidões administrativas indispensáveis à instalação, protecção e conservação dos respectivos sistemas, equipamentos e demais recursos; *b)* o direito de utilização do domínio público, em condições de igualdade, para a implantação, a passagem ou o atravessamento necessários à instalação de sistemas, equipamentos e demais recursos (cf. artigo 24.º do REGICOM, com a definição dos termos do exercício destes direitos).

Acrescenta-se, a este respeito, que, na linha da jurisprudência comunitária, se deve entender que a circunstância de uma empresa, para a constituição de redes, poder recorrer a processos de expropriação ou de sujeição a servidões, ou utilizar o solo, o subsolo e o espaço sobre a via pública para instalar os equipamentos de redes não constitui, em si, um direito *exclusivo* ou *especial*. Estão em causa direitos que, numa óptica de regulação da concorrência não se revelam *especiais*, mas *normais* para uma empresa que se dedica à instalação de redes.

### **3 – A Taxa Municipal de Direitos de Passagem**

Cf. artigo 106.º do *REGICOM* e Regulamento da *ANACOM* n.º 38/2004, de 29/9.

## **2.ª Sessão – Operadores de comunicações electrónicas**

### **1 – Regulador e regulados**

A “força” do regulador. A regulação como relação de longa duração, que lembra uma “relação contratual”: a maior debilidade do regulador (“agente”) no contexto dessa relação; esta debilidade é ainda maior pelo facto de o regulador se encontrar investido de largos poderes administrativos num contexto de alguma atenuação do princípio da legalidade.

### **2 – Regulação económica**

A regulação das comunicações electrónicas surge, antes de tudo, como uma *regulação económica*. Trata-se, de facto, de um tipo de intervenção pública (União Europeia e Estados-Membros) destinada a assegurar o *funcionamento equilibrado* do mercado, corrigindo as suas distorções naturais e criando condições jurídicas para que exista uma *concorrência efectiva*. Neste sentido, prescreve o artigo 5.º, n.º 1, al. a), do *REGICOM* como objectivo da regulação a *promoção da concorrência* na oferta de redes de serviços de comunicações electrónicas.

O sector comunicações electrónicas não se encontra apenas submetido à regulação transversal *antitrust* (no caso português, da responsabilidade da *Autoridade da Concorrência*), mas *também* a uma regulação específica ou sectorial – em termos normativos, a regulação específica encontra-se acolhida nas directivas comunitárias acima referidas, noutros actos comunitários de carácter regulamentar, no *REGICOM* e nos regulamentos da *ANACOM*.

O facto de um mercado se encontrar submetido a uma regulação sectorial, que acresce à regulação *antitrust*, resulta, em princípio, de os poderes públicos entenderem que se trata de um sector da economia que reclama cuidados especiais, quer porque a concorrência é frágil, quer porque ainda não se encontra sequer estabelecida em termos efectivos (caso em que se torna necessário uma intervenção orientada para a criação do mercado), quer porque há empresas em situação de monopólio ou que beneficiam de direitos exclusivos. Em qualquer dos cenários, o sentido da *ingerência pública* em

que se traduz a regulação sectorial não consiste tanto numa lógica de *protecção da concorrência* (e de repressão dos abusos) mas, mais exactamente, num empenho *pró-activo*, de *promoção da concorrência*.

#### **a) Entrada no mercado**

Um dos objectivos centrais da actual regulação consiste em promover a simplificação do regime jurídico de entrada no mercado. Compreende-se o cuidado, dado que a regulamentação do acesso ao mercado constitui um instrumento essencial para medir o grau de liberalização pretendido pelos poderes públicos.

Neste domínio, e em conformidade com o estabelecido na *directiva autorização*, o *REGICOM* distingue dois regimes.

*i) Regime de autorização geral.* – Ao contrário do que o *nomen* sugere, a *autorização geral* não constitui um acto administrativo. Trata-se, diferentemente, de uma espécie de *autorização legislativa ou regulamentar*, quer dizer, de uma autorização ou uma permissão que *resulta directamente da lei* para quaisquer empresas que pretendem oferecer redes e serviços de comunicações electrónicas. Por conseguinte, as empresas que pretendam aceder ao mercado português das comunicações electrónicas, para prestar serviços ou oferecer redes, não têm de “pedir autorização” a nenhuma instância administrativa. Nos termos do *REGICOM*, encontram-se, porém, obrigadas a efectuar uma *comunicação* à *ANACOM*, com a descrição sucinta da rede ou serviço cuja oferta pretendem iniciar e da data prevista para o início da actividade. Após a *comunicação*, as empresas podem iniciar de imediato a actividade. No prazo de cinco dias, a contar da recepção da comunicação, a *ANACOM* emite declaração que confirma a recepção e que descreve os direitos da empresa.

*ii) Regime de atribuição de direitos de utilização.* – Sempre que esteja em causa uma pretensão empresarial de explorar redes ou serviços de comunicações que pressuponha a utilização de *frequências radioeléctricas* ou *números*, a autorização geral não é suficiente. Torna-se então necessário obter *direitos de utilização*. A regulamentação identifica o *acto administrativo* (atribuição de direitos) com referência directa ao efeito jurídico que lhe pretende associar: na nomenclatura tradicional, trata-se, portanto, de uma *licença*. Os direitos podem obter-se no desfecho de *procedimentos administrativos particulares*, que se iniciam com um pedido apresentado pelo interessado à *ANACOM*. No caso dos direitos de utilização de frequências, quando se tenha verificado a *limitação do número de direitos a atribuir*, o procedimento de atribuição será em princípio de iniciativa oficiosa e deverá permitir uma selecção concorrencial ou por comparação. Nas áreas abrangidas pelo regime de atribuição de direitos de utilização, o acesso ao mercado conhece mais obstáculos e, em qualquer caso, depende de intervenção administrativa; nos cenários, mais raros, de limitação de número de direitos a atribuir, poderá até considerar-se que o acesso ao mercado se encontra *em princípio* vedado, posto que a própria abertura do mercado depende de decisão administrativa pública.

#### **b) Regimes de regulação económica**

A entrada de uma empresa no mercado das comunicações electrónicas expõe-a imediatamente à regulação do sector. Já acima aludimos à existência de uma *regulação uniforme*, que se aplica *indistintamente* a todas as empresas que desenvolvem actividades comerciais consistentes em oferecer redes ou em fornecer serviços de comunicações electrónicas. Assim, por exemplo, todas as empresas: *i)* se encontram sob os poderes de supervisão da ANACOM; *ii)* beneficiam de determinados direitos (v.g., de passagem ou de acesso a certos locais e condutas); *iii)* estão oneradas com certas obrigações (v.g., de publicação de listas e de informações sobre facturação, de contratar com os seus clientes dentro de certas condições, etc.).

Mas além dessa *regulação uniforme*, com um *carácter genérico* (dentro do sector) e que resulta directamente do REGICOM, há, depois, uma *regulação especial*, já não incidente *automaticamente* sobre *todo o sector* e *todas as empresas* que nele actuam, mas apenas, após uma *análise de mercado*, em *certos segmentos do sector* e só sobre *certas empresas*.

Em primeiro lugar, a regulação especial não decorre automaticamente da lei; é a lei que define os termos da sua implementação, mas esta fica dependente do resultado de um procedimento de análise de mercado que a autoridade reguladora efectua.

Em segundo lugar, trata-se de uma regulação que atinge exclusivamente certos segmentos do sector das comunicações electrónicas: a esses segmentos do sector a lei chama *mercados relevantes*.

Por fim, em terceiro lugar, a regulação atinge, nos *mercados relevantes*, apenas certas empresas, as que detenham um *poder de mercado significativo*. É esta circunstância que traduz o carácter *assimétrico* da regulação especial, posto que ela não atinge todos, mas apenas um ou alguns dos operadores que actuam no mercado relevante.

Em síntese, as empresas do sector das comunicações electrónicas encontram-se *ou* sob a incidência de uma regulação (fraca) de carácter uniforme, conjugada com a regulação transversal da concorrência, *ou* de uma regulação (forte) de carácter assimétrico, articulada, também esta, com a regulação da concorrência.

Tendo em consideração, por um lado, a *fraqueza* da regulação uniforme sectorial e, por outro, a primazia da regulação assimétrica (quando exista) sobre a regulação da concorrência, podemos equacionar uma dicotomia entre os seguintes termos: *regulação sectorial ex ante* vs. *regulação da concorrência*.

### **c) Regulação sectorial *ex ante***

#### **i) Subsidiariedade da regulação sectorial *ex ante***

No quadro da dicotomia *regulação sectorial ex ante* vs. *regulação da concorrência*, é indiscutível a *preferência normativa* pelo regime de regulação da concorrência. A lógica subjacente ao *quadro regulamentar 2002* residiu na abolição da aplicação mecanicista de um regime regulatório assimétrico, que, *a priori*, pressuponha distorções no mercado. Em ruptura com o regime anterior, propôs-se uma *atenuação regulatória*, consistente em convocar a regulação sectorial *ex ante* apenas nos casos em que tal se justificasse, após uma análise da situação concreta dos mercados.

Apesar das proclamações sistemáticas em sentido diferente, a afirmação de uma regra de subsidiariedade da regulação sectorial (diante da *primauté* da regulação da concorrência) não conduziu a um estreitamento do território regulado, pois que, embora num contexto mais exigente (desde logo, não automático), a regulação sectorial continua activa em múltiplos segmentos do sector.

### **ii) Implementação da regulação sectorial *ex ante***

Interessa conhecer agora as condições de implementação da regulação *ex ante*. Estando em causa o objectivo da imposição de *obrigações regulamentares ex ante* a certas empresas, pode dizer-se que o processo que conduz a esse resultado conhece três fases fundamentais: *a)* definição de mercados relevantes; *b)* análise dos mercados relevantes; *c)* declaração de empresas com poder de mercado significativo (*PMS*) e imposição de obrigações regulamentares *ex ante*.

#### *– Definição de mercados relevantes*

Nos termos da *directiva-quadro*, a *Comissão Europeia* dá uma *primeira indicação* dos mercados de produtos e serviços cujas características podem justificar a imposição das obrigações, quer dizer, dos *mercados relevantes*. Aquela instância comunitária adopta, para o efeito, a chamada *recomendação sobre os mercados relevantes* (cf. *Recomendação da Comissão de 17 de Dezembro de 2007, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no sector das comunicações electrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante em conformidade com a Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas* (JO L 344/65, de 28.12.2007)

#### *– Análise dos mercados relevantes*

Definidos os mercados relevantes, e tendo agora “na máxima conta” as *linhas de orientação* estabelecidas pela *Comissão*, a *ANACOM* deverá proceder à análise de cada um desses mercados, a fim de verificar se existe *concorrência efectiva* – neste contexto, a noção de concorrência efectiva significa que nenhuma empresa tem um *PMS*. A análise do mercado é, assim, um processo que acaba por se confundir ou traduzir com a avaliação do *poder de mercado* das empresas.

Neste domínio, de avaliação do poder de mercado das empresas, o quadro regulamentar de 2002 alinhou o limiar do *PMS* com o conceito de *posição dominante* do direito da concorrência. Nestes termos, considera-se que uma empresa detém um *PMS 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 dos consumidores* (cf. artigo 60.º, n.º 1, do *REGICOM*).

#### *– Declaração de empresas com PMS e imposição de obrigações regulamentares ex ante*



Caso a ANACOM determine que um mercado relevante não é efectivamente concorrencial, compete-lhe determinar quais as empresas com PMS e impor-lhes as obrigações regulamentares específicas adequadas (cf. artigo 59.º, n.º 4, do REGICOM).

A declaração de empresas com PMS não constitui um simples *acto declarativo*, praticado no quadro de uma mera *regulação através de declaração*. De facto, como se esclarece nas *linhas de orientação da Comissão*, “a mera designação de uma empresa como detendo um PMS num determinado mercado, sem imposição de quaisquer obrigações regulamentares, é inconsistente com as disposições do novo quadro regulamentar” (ponto 114). A declaração de uma empresa com PMS apresenta-se, por conseguinte, como *primeira etapa* de um processo de imposição de obrigações regulamentares, no quadro de um regime regulatório de estrutura *assimétrica*, que, exactamente, reclama a imposição de obrigações *apenas* para as empresas com uma posição dominante.

Tendo em consideração critérios jurídicos de *adequação* (ao fim a que as medidas se destinam e aos objectivos a alcançar), de *proporcionalidade* e de *transparência*, a ANACOM está autorizada a impor, em matéria de *acesso e interligação*, uma ou várias das seguintes obrigações *ex ante* às empresas com PMS: *i)* obrigação de transparência na publicação de informações; *ii)* obrigação de não discriminação na oferta de acesso e interligação e na respectiva prestação de informações; *iii)* obrigação de separação de contas quanto a actividades específicas relacionadas com o acesso e ou a interligação; *iv)* obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso; *v)* obrigação de controlo de preços e de contabilização de custos” (cf. artigos 66.º do REGICOM e 8.º e segs. da *directiva acesso*).

Além das obrigações *ex ante* em matéria de acesso de terceiros às redes e de interligação, a ANACOM é ainda competente para impor obrigações regulamentares a empresas com PMS que desenvolvem as suas actividades na prestação de serviços a retalho: oferta de ligação a rede telefónica pública num local fixo, fornecimento de circuitos alugados (cf. artigos 82.º e segs., do REGICOM e 16.º e segs. da *directiva serviço universal*).

#### **d) Regulação da concorrência**

Não se reunindo as condições jurídicas ou de facto para a implementação da regulação sectorial *ex ante*, as empresas do sector das comunicações ficam expostas à incidência da regulação uniforme de carácter genérico (ainda uma regulação sectorial), bem como à *regulação da concorrência*. Como se sabe, esta última actua sobretudo com um carácter *ex post*, por uma via repressiva, de punição de desvios e inobservância de comandos e proibições dispostas com carácter geral, para todos os agentes económicos (*práticas proibidas, abuso de posição dominante e abuso de dependência económica*).

A regulação da concorrência, além de incidir sobre as empresas não abrangidas pela regulação sectorial *ex ante*, atinge ainda as empresas abrangidas por esta regulação sectorial. Quer dizer, uma empresa de comunicações declarada pela ANACOM com PMS num dado mercado relevante e, claro, submetida a obrigações regulamentares *ex ante*, permanece, *como qualquer outra empresa*, abrangida pelos comandos e proibições gerais que resultam da *Lei da Concorrência* e, nesse âmbito, encontra-se submetida à “jurisdição” da *Autoridade da Concorrência*.

Sem negligenciar a importância de outras regras do direito da concorrência, justifica um destaque especial no âmbito de uma *indústria de rede* a indirecta imposição a *determinadas* empresas do acesso de terceiros às redes de comunicações electrónicas (*third party access*).

Com efeito, no contexto do *abuso de posição dominante* (numa lógica repressiva e, portanto, *ex post*), estabelece o artigo 6.º, n.º 3, alínea *b*), da *Lei da Concorrência* que pode considerar-se *abusivo* o comportamento de uma empresa que consista na “recusa de facultar, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa o acesso a uma rede ou outras infra-estrutura essenciais que a primeira controla, desde que, sem esse acesso, esta última empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos, operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade”.

A disposição legal transcrita acolhe expressamente a conhecida *teoria das infra-estruturas (recursos ou instalações) essenciais*, permitindo a punição da *recusa ilegítima de acesso a redes*.

Como seria de esperar, a lei apresenta-se exigente, reclamando a conjugação dos pressupostos seguintes:

*a) Controlo de infra-estrutura essencial por uma empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante*

Trata-se de um pressuposto que compreende duas exigências: *i)* o controlo de uma rede ou infra-estrutura essencial; *ii)* por uma empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante.

*i) O controlo de uma rede ou infra-estrutura essencial.* – Apesar de a formulação não se apresentar inequívoca nesse sentido, é todavia indiscutível a exigência de que a disposição legal só se aplica se a rede cujo acesso é requerido for *essencial*. A rede assume-se como essencial se: *1)* quem tem o controlo dela pode, por esse facto, assumir uma posição dominante num mercado a montante ou a jusante; *2)* sem o acesso a essa rede, não há condições para a efectivação da concorrência no mercado relevante.

O pressuposto relativo à essencialidade da rede não é, todavia, *autónomo*. A sua verificação decorre automaticamente da verificação de outros pressupostos (designadamente, o que referiremos, a seguir, na al. *c*)).

*ii) Por uma empresa dominante no mercado a montante ou a jusante.* – Trata-se agora de um aspecto essencial do pressuposto em análise. A empresa que controla a rede tem de ser identificada como empresa com posição dominante num *mercado diferente do da oferta da rede*.

*b) A recusa de acesso deve ter por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência*

Como outras obrigações *ex post*, impostas no quadro do direito da concorrência, a imposição da obrigação de acesso só é possível quando se demonstre que a recusa de acesso consubstancia uma prática restritiva da concorrência, adoptada com o objectivo de impedir, falsear ou restringir a concorrência ou que tenha algum desses efeitos. Embora se trate de um pressuposto óbvio e

claramente referido na *Lei* (artigo 6.º/1), convém chamar a atenção para ele, designadamente para tornar claro que o sentido da obrigação não é o de proteger os concorrentes (prejudicados pela recusa), mas apenas o de proteger a concorrência. Ou seja, na avaliação sobre a existência ou não de um abuso de posição dominante no contexto do artigo 6.º/3,b), a *Autoridade da Concorrência* não tem de ponderar a situação económica ou o interesse da empresa que requer o acesso em face do interesse, contrário, da empresa que recusa esse acesso. O que está em jogo é apenas a ponderação entre o interesse público do fomento da concorrência no mercado relevante e o interesse da empresa que controla a rede.

*c) Sem o acesso recusado, a empresa concorrente não consegue, por razões factuais ou legais, concorrer com a primeira*

Por outro lado, estabelece a *Lei* que só pode ser considerada abusiva a recusa de acesso se, sem o acesso à rede, a empresa interessada não conseguir, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa que controla a rede.

Ora, quanto a este pressuposto, importa sublinhar que a *Lei* não adopta a fórmula original da doutrina das infra-estruturas essenciais, que exige que a empresa requerente do acesso se encontre numa situação de impossibilidade (jurídica) ou impraticabilidade (técnica ou económica) de duplicar a rede a que quer aceder. Na *Lei da Concorrência*, a verificação do pressuposto não está satisfeita com a mera demonstração de que é impossível ou impraticável instalar uma rede alternativa. O pressuposto parece só estar verificado quando se demonstre que, *seja por que meio for*, a empresa interessada não pode concorrer com a empresa que controla a rede no mercado relevante.

*d) Recusa não justificada (por razões operacionais ou outras) com fundamento na impossibilidade do acesso em condições de razoabilidade*

Mesmo quando todos os pressupostos estão preenchidos, pode haver razões ponderosas para não impor a obrigação de acesso no quadro de abuso de posição dominante. A imposição do acesso pressupõe um pedido e uma obrigação de contratar (*obligation to deal*) o acesso por parte da empresa que controla a rede. Há, contudo, situações que podem *justificar* a recusa e, por isso, a exclusão da obrigação (*objective justification*). Assim, por exemplo, o acesso pode não se apresentar viável por razões de natureza técnica ou operacional. Além disso, o acesso não pode ser imposto se, além da agressão que já representa a imposição da obrigação, a empresa onerada não ficar em condições de servir os seus clientes de forma adequada. Há, portanto, um requisito lógico de *praticabilidade do acesso*. Na apreciação do pressuposto, a *Lei* permite que a empresa a quem o acesso é requerido demonstre que este não se revela possível “em condições de razoabilidade” – o conceito de *razoabilidade* introduz aqui um elemento elástico (diferente do de *praticabilidade*), que pode e deve ser visto com o sentido de obrigação razoável, que *faça sentido*, que seja *adequada e proporcional*.

Como se pode concluir, a qualificação da recusa de acesso como revelador de um *abuso de posição dominante* exige a verificação cuidada e fundamentada de várias condições. Uma matéria sensível como esta reclama, na verdade, a maior ponderação da instância competente, a *Autoridade da Concorrência*. Recorde-se, a propósito, o “caso exemplar” (em Agosto de 2007) de aplicação, por aquela

*Autoridade*, de uma coima no valor de 38 milhões de euros à *PT Comunicações*, por *recusa de acesso* à sua rede de condutas no subsolo aos concorrentes *Tvtel* e *Cabovisão*.