

Esta informação encontra-se publicada no sítio da Anacom na Internet em:

<http://www.anacom.pt/template31.jsp?categoryId=207202>

Deliberação de 25.2.2005

- RELATÓRIO -

A. ENQUADRAMENTO, CONTRIBUTOS RECEBIDOS E RESPECTIVA SÚMULA

1. ENQUADRAMENTO

Em 7.12.2004, a NOVIS TELECOM, S.A. (NOVIS) submeteu à ANACOM uma comunicação relativa ao início da oferta de um novo *serviço de acesso à rede telefónica pública em local fixo e de serviço telefónico em local fixo*.

Em 10.12.2004, o Conselho de Administração da ANACOM deliberou adoptar a seguinte decisão:

1. **Permitir a utilização das frequências GSM da rede móvel terrestre da OPTIMUS na rede de acesso local para a prestação de serviços de voz em local fixo pela NOVIS, com as características típicas do serviço apresentado à ANACOM em 7.12.2004;**
2. **Reconhecer o direito à utilização da gama de numeração “2” do PNN no âmbito do mesmo serviço, desde que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo;**
3. **Determinar à NOVIS que apresente informação clara e transparente aos utilizadores finais sobre o referido serviço, esclarecendo, nomeadamente, o seguinte:**
 - a) **Zona de cobertura do serviço, incluindo eventuais limitações de acessibilidade *indoor*;**

- b) **Impacto ao nível da localização do chamador nas chamadas realizadas para o número único de emergência europeu (112).**
4. **Submeter o deliberado nos números anteriores à audiência prévia da NOVIS e da OPTIMUS, nos termos dos artigos 100º e segs. do Código do Procedimento Administrativo, fixando um prazo de 10 dias para que estas empresas se pronunciem por escrito, bem como ao procedimento geral de consulta, nos termos do nº 2 do artigo 20º da Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro, fixando um prazo de 10 dias úteis para que os interessados se pronunciem;**
 5. **Subordinar a efectiva prestação do serviço pela NOVIS à decisão que vier a ser tomada no termo dos procedimentos a que alude o número anterior.**

Conforme resulta do nº 4º da referida decisão, procedeu-se à audiência prévia da NOVIS e da OPTIMUS e ao procedimento geral de consulta.

O prazo fixado terminou em 28.12.2004, mediante prorrogação concedida pela ANACOM em 21.12.2004.

De conformidade com o fixado no artigo 105º do Código do Procedimento Administrativo, deve o órgão instrutor elaborar um relatório da audiência prévia realizada.

Por outro lado, nos termos dos procedimentos de consulta adoptados pela ANACOM em 12.2.2004, esta Autoridade deve analisar todas as respostas e disponibilizar um documento final contendo uma referência a todas as respostas recebidas e uma apreciação global que reflecta o seu entendimento sobre as mesmas (alínea d) do ponto 3.).

O presente documento tem, pois, este duplo objecto.

Foram ainda desenvolvidos contactos entre a ANACOM e a Autoridade da Concorrência, que, na sequência de pedido de parecer da ANACOM de 28.01.2005, se pronunciou em 10.02.2005.

2. CONTRIBUTOS RECEBIDOS

A NOVIS e a OPTIMUS, através da SONAECOM, apresentaram conjuntamente no termo do referido prazo os seus comentários ao projecto de deliberação da ANACOM relativo à oferta de serviço de comunicações electrónicas submetida pela NOVIS em 7 de Dezembro de 2004.

Pronunciaram-se no âmbito do procedimento geral de consulta dentro do prazo as seguintes entidades:

- ONITELECOM – Infocomunicações, S.A. (ONITELECOM);
- TELEMILÉNIO – Telecomunicações, Sociedade Unipessoal, Lda (TELE 2);
- Portugal Telecom, SGPS, S.A., PT Comunicações, S.A., TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. E PT PRIME – Soluções de Telecomunicações Empresariais, S.A. (doravante "Grupo PT");
- JAZZTEL PORTUGAL – Serviços de Telecomunicações, S.A.(JAZZTEL);
- G9, S.A.

A resposta da VODAFONE PORTUGAL – Comunicações Pessoais, S.A. foi entregue fora de prazo. Como tal, é referida no presente relatório mas não foi objecto de análise.

Conforme referido, a ANACOM solicitou parecer à Autoridade da Concorrência a qual se pronunciou nos seguintes termos:

“Tal como apresentado, o serviço Optimus Home é uma tentativa de fazer o alavancamento de uma rede móvel através de uma reduzida plataforma fixa. Como tal, representa um serviço inovador, de um pequeno operador global das telecomunicações. Desde já interessa sublinhar que embora este

serviço, só por si, possa apresentar problemas de inclusão nos mercados de telecomunicações definidos pela Comissão, este não deve ser um óbice à sua aprovação. De facto, a regulação nunca deve obstaculizar o progresso tecnológico.

Um serviço oferecido com base na concorrência pela inovação e pelos preços, o qual deve ser considerado uma alternativa ao tradicional serviço de telefonia fixa do ponto de vista do consumidor, contribuirá para o benefício deste.

A informação relativa ao serviço Optimus Home na posse da Autoridade da Concorrência não permite *a priori* inferir sobre a existência de práticas restritivas da concorrência decorrentes da prestação deste serviço, no contexto da Lei nº 18/2003, ou do Regulamento comunitário respectivo, 1/2003.

É evidente que estes regimes de concorrência estabelecem regras bem diferentes sobre práticas restritivas para pequenos operadores ou operadores dominantes.

A Autoridade da Concorrência considera que a cedência de acesso às redes telefónicas públicas móveis contribuiria significativamente para a promoção da concorrência nos mercados dos serviços de voz, para colmatar o problema dos pequenos operadores que não dispõem dessas redes.

Finalmente, a Autoridade da Concorrência considera necessário existir um acompanhamento da evolução do mercado, salvaguardando a respectiva competência para actuar *a posteriori*, nos termos legais, caso tenha conhecimento de indícios de qualquer prática anti-concorrencial relacionada com a prestação do serviço Optimus Home.”

Note-se que o presente relatório não reproduz integral e pormenorizadamente os contributos recebidos pelo que não dispensa a sua consulta nos serviços de atendimento da ANACOM.

3. SÚMULA DAS RESPOSTAS RECEBIDAS

As respostas recebidas reconduzem-se essencialmente aos seguintes aspectos:

- 1) O serviço: suas características;
- 2) A utilização das frequências;
- 3) Numeração;
- 4) Questões de concorrência associadas;
- 5) Protecção dos utilizadores;
- 6) Questões processuais

1. O serviço: suas características

O Grupo PT sustenta o seguinte:

«Para determinar a natureza – fixa ou móvel – do serviço Optimus Home é essencial verificar o que distingue o serviço telefónico fixo do serviço telefónico móvel, ou seja, quais são os elementos ou características essenciais (técnicas ou de outra natureza) que conduzem a que um determinado serviço telefónico seja qualificado, face à lei, como fixo ou como móvel.

Ora, como resulta dos diversos documentos legais que regulam a matéria, aquilo que permite qualificar um serviço telefónico como fixo é o facto de o equipamento terminal do utilizador se encontrar ligado a um ponto terminal de rede num local fixo. Ou seja, enquanto o serviço telefónico fixo é prestado num ponto terminal de rede fisicamente determinado, o serviço telefónico móvel é prestado num local fisicamente dependente (a cada momento) da localização do utilizador.

Para qualificar um serviço telefónico como fixo, tudo se reconduz (...) a saber se o acesso ao serviço telefónico em causa é feito num local fixo (sendo que este tipo de acesso é actualmente fornecido através de diferentes tecnologias - cabo, satélite, FWA (acesso fixo via rádio), etc e não apenas através das redes telefónicas tradicionais que utilizam pares de fios de cobre entrelaçados, também designados por lacete local).

Ora, é indiscutível que no serviço Optimus Home não existe qualquer ligação a um ponto terminal de rede num local fixo, sendo, pelo contrário, o acesso feito à rede móvel num local que depende da localização do utilizador.

O serviço Optimus Home tal como notificado ao Regulador no dia 7 de Dezembro tem as mesmas características técnicas e comerciais do "anterior", com duas únicas excepções, ambas puramente "cosméticas" (...): (i) restringe alegadamente a cobertura do serviço a uma circunferência com um raio de cerca de 2.000 m e (ii) altera os termos da relação entre a Optimus e a Novis, a qual passa alegadamente a assentar num "acordo de acesso".

No serviço Optimus Home o equipamento terminal do utilizador não se encontra de forma alguma ligado a um ponto terminal de rede num local fixo, sendo, pelo contrário, o acesso feito à rede móvel, num local que depende da localização do utilizador. (...) o serviço Optimus Home é um serviço de comunicações móvel (...) com as características essenciais do serviço móvel, já que assenta na mutilação da mobilidade total, característica fundamental da norma GSM» .

2. A utilização das frequências

2.1 O Grupo PT evidencia o seguinte:

«O ICP-ANACOM reconhece no Projecto de Decisão, com toda a clareza, que viabilizar a comercialização do serviço Optimus Home como um serviço fixo, implica admitir que as frequências GSM da Optimus sejam utilizadas para a prestação de um serviço de comunicações fixo. Sucede porém que (...) nos termos da regulamentação vigente não podem ser prestados serviços fixos sobre as redes de comunicações móveis celulares de tecnologia GSM. Com efeito, nos termos do artigo 1º da Directiva 87/372/CEE de 25 de Junho de 1987 (Directiva GSM), a tecnologia GSM destina-se exclusivamente à prestação de serviços de comunicações móveis digitais celulares, não podendo assim estar associada à prestação de serviços telefónicos num local fixo. No mesmo sentido, a Decisão do Parlamento sobre o Espectro (Decisão 676/2002/CE) impõe que os Estados membros implementem condições harmonizadas para a disponibilidade e utilização eficiente do espectro das radiofrequências necessárias à criação e ao funcionamento do mercado interno. Por outro lado, nos termos do artigo 10º do Decreto-Lei nº 151-A/2000 de 20 de Julho, constitui obrigação dos utilizadores de redes e estações de radiocomunicações utilizar essas redes e estações para o fim a que se destinam. O GSM não pode ser utilizado para a prestação do serviço fixo (...). E destinando-se esta tecnologia, nos termos do artigo 1º da Directiva GSM, exclusivamente à prestação de serviços de comunicações móveis digitais celulares, não pode a mesma servir de suporte à prestação de serviços de comunicações fixas, qualificação dada pelo ICP-ANACOM ao Optimus Home. (...) as faixas atribuídas e consignadas ao GSM são faixas harmonizadas a nível europeu. Não pode, pois, um Estado Membro, através do seu Regulador, permitir, e muito menos autorizar, a sua utilização para soluções que não as de comunicações móveis digitais. (...) esta competência está balizada por disposições nacionais, comunitárias e internacionais (neste último caso, por exemplo pela UIT) que obrigam os Estados Membros e as Administrações».

2.2 A **G9, S.A.** evidencia «(...) que as frequências GSM da Optimus foram-lhe atribuídas para a prestação do serviço móvel terrestre em todo o território

nacional sendo agora utilizadas para prestar serviços numa localização geográfica concreta pela Novis. Não compete à ANACOM bloquear o desenvolvimento tecnológico, até porque de acordo com o artigo 5.º n.º 8 do Regicom ela deve adoptar uma atitude de neutralidade tecnológica na regulação, mas sim defender a correcta e legal implementação destes novos serviços. A deliberação da ANACOM de 10 de Dezembro de 2004 referia que a utilização da rede GSM no acesso local constituía apenas uma alternativa para a disponibilização de serviços de voz, mas como é natural e lógico pensar-se não levará muito tempo até que sejam disponibilizados pela rede de acesso fixa, através da rede móvel GSM, outro tipo de serviços como o MMS, ou até mesmo serviços de vídeo. É por isso fundamental implementar todo um quadro de medidas que assegurem uma prestação correcta e lícita destes serviços e ainda a protecção dos consumidores.

2.3 A NOVIS e a OPTIMUS evidenciam que «(...) a prestação do serviço Optimus Home não acarreta qualquer alteração do objecto da licença GSM da OPTIMUS, seja do ponto de vista tecnológico, seja do ponto de vista dos direitos de exploração económica atribuídos à OPTIMUS», porquanto:

- i) «O objecto da licença GSM atribuída à OPTIMUS:
 - *está apenas confinado ao fornecimento de sistemas de acesso de assinante de índole não fixa, não exigindo que toda a comunicação seja estabelecida ponto a ponto através de sistemas de índole não fixa;*
 - *caracteriza-se pela natureza não fixa do sistema de acesso de assinante, independentemente do raio de mobilidade desse sistema de acesso de assinante;*
 - *não está confinado à utilização de números não geográficos;*
- ii) *Nessa medida, o objecto da licença compreende, respectivamente:*
 - *o fornecimento de acesso de assinante de índole não fixa conjugado com infra-estruturas de rede de índole fixa,*

- *o fornecimento de sistemas de acesso de assinante de índole não fixa com um raio de mobilidade diferente e menor que o território nacional ou até para fora do território nacional (roaming);*
- *a utilização de números geográficos para o fornecimento de acesso de assinante de índole não fixa».*

Acrescentam as empresas que «a utilização que a OPTIMUS faz da sua rede e das frequências GSM não é diferente daquela que é feita num número de situações que nunca suscitaram qualquer questão desta natureza», como é o caso do tráfego de chamadas de entrada fixo-móvel.

Além deste caso, «(...) existem outras situações que compreendem também chamadas de saída com recurso ao acesso de assinante GSM contra a remuneração grossista da OPTIMUS e retalhista de uma entidade terceira: em nenhum destes casos alguma vez se entendeu ser necessário proceder à alteração das licenças dos operadores móveis». É o caso do serviço de cartões virtuais de chamadas, de Números Verdes (800), Números Azuis (808), e similares (809, 707, 708 e 760), bem como de Números curtos (16 XYZ, 18 XYZ).

Em sustentação da tese da desnecessidade de alteração da licença da OPTIMUS, invocam ainda aquelas empresas que, «(...) com a entrada em vigor da REGICOM, o direito de negociar e facultar o acesso às (...) redes passou a constituir uma faculdade integrante das licenças que os operadores e servidores de telecomunicações de uso público obtiveram na vigência do regime anterior (o que, aliás, corresponde a uma aplicação do disposto no art. 121.º, n.º 1, desse diploma legal).

A concessão de acesso a uma rede móvel para a prestação de serviços por terceiros não pressupõe, por conseguinte, uma alteração da licença do respectivo operador, antes constitui um aproveitamento de direitos ou faculdades que lhe são inerentes, na configuração que hoje em dia se deve atribuir-lhe. (...) caso o direito de obter o acesso a uma rede móvel dependesse de uma alteração da licença do operador dessa rede

tendente justamente a possibilitar tal acesso, a lei não poderia ter deixado de prever um procedimento próprio para a pronúncia de decisão por parte da ANACOM e, sobretudo, de elencar as razões em que a ANACOM poderia fundar uma eventual oposição (à semelhança do que se passa para a hipótese de transmissão dos direitos de utilização das frequências).

(...) o reconhecimento do direito por parte da OPTIMUS de facultar o acesso à sua rede à NOVIS para efeitos da prestação do serviço OPTIMUS Home se imporia ainda em atenção ao princípio da utilização efectiva e eficiente das frequências, consagrado no art. 15.º, n.º 2, al. c), da REGICOM, na esteira do art. 9.2 da Directiva 2002/21/CE e da Decisão espectro de radiofrequências (Decisão n.º 676/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002)».

2.4 A NOVIS e a OPTIMUS sustentam que *«(...) na hipótese de se entender indispensável uma alteração da licença da OPTIMUS, é evidente que a competência para o efeito pertence à ANACOM. (...) o acto administrativo para tanto exigível é manifestamente da competência da ANACOM, em aplicação dos arts. 4.º, n.º 1 e 5.º, n.º 6 da REGICOM».*

E acrescentam: *«a ser efectivamente necessária uma alteração da licença da OPTIMUS» é inaplicável o disposto no artigo 35º, nº 4 da Lei n.º 5/2004¹, porquanto esta disposição «(...) vê a sua aplicação limitada pela necessária cumulação dos seguintes pressupostos:*

- que esteja em causa a atribuição de direitos de utilização de frequências;*
- que essa atribuição envolva procedimentos de selecção concorrenciais ou por comparação;*
- que se trate de frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços».*

¹ Artigo 35º, nº 4 do REGICOM: *Compete ao Governo aprovar os regulamentos de utilização de frequências sempre que envolvam procedimentos de selecção concorrenciais ou por comparação, e se refiram a frequências acessíveis, pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços.*

Não se verificando, no entender das empresas, qualquer daqueles pressupostos, a NOVIS e a OPTIMUS concluem:

«Se

- *O Governo só intervém (para aprovar regulamentos) nos processos de atribuição de direitos de utilização de frequências por concurso público;*
- *Só existem processos de concurso público para a atribuição de direitos exclusivos;*
- *Só são atribuídos direitos exclusivos quando tal é necessário para assegurar a utilização eficiente do espectro;*
- *A coexistência de duas entidades a operar na mesma frequência compromete a viabilidade dos serviços por ambas prestados;*
- *A viabilidade de serviços fica comprometida mesmo que se tratem de serviços diferentes»*

ENTÃO, só pode haver segundas atribuições de direitos de utilização de frequências quando os direitos primeiramente atribuídos sobre essas mesmas frequências se tenham extinto».

O **Grupo PT** releva que «Nos termos da Licença GSM da Optimus, do Plano de Frequências publicado pela ANACOM e do Aviso de 21 de Abril de 1998 (publicado a 11 de Maio) a rede móvel desta empresa destina-se, apenas, à prestação de serviços de comunicações móveis. (...) No plano nacional, destaque-se o disposto no artigo 35, n.º 4 do Regicom. Nos termos desta disposição "compete ao Governo aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências sempre que envolvam procedimentos de selecção concorrenciais ou por comparação, e se refiram a frequências acessíveis pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizadas para novos serviços." Esta disposição do Regicom conduz-nos a uma conclusão inegável, ainda que, ao arrepio da legislação nacional,

comunitária e internacional o ICP-ANACOM pretendesse "permitir" a utilização das frequências GSM para o (pseudo) serviço fixo, não o poderia fazer por ser manifestamente incompetente!

3. Numeração

3.1 A **NOVIS e a OPTIMUS** consideram que o serviço fixo, há muito que apresenta características de mobilidade que nunca impediram que fosse tratado no PNN como tal, sendo possível ter o serviço telefónico fixo registado numa morada e utilizá-lo fora dela (tendo sido desta forma que por exemplo, o serviço suportado na tecnologia FWA foi sempre considerado serviço fixo de telefone). Outro exemplo de interpretação flexível do PNN foi o serviço de SMS na rede fixa, onde foi atribuído à PTC um *Mobile Network Code* (MNC).

Por outro lado, segundo aquelas empresas, não se justifica a restrição de mobilidade referida no projecto de decisão, atendendo a que quer a tecnologia usada na prestação dos serviços quer o tipo de serviço prestado, são irrelevantes no que se refere ao carácter geográfico ou não geográfico da numeração que lhe corresponde. Contudo, reconhece que, com a restrição de mobilidade, a atribuição de números geográficos do nível "2" torna-se completamente incontroversa.

A **NOVIS e OPTIMUS** invocam o serviço PT Mobilé, lançado pela PT em 1999, como um exemplo significativo de que a mobilidade consentida nesse serviço, ser mais do que a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo. Com efeito, o serviço PT Mobilé combinava a rede fixa da PT e a rede móvel da TMN num só equipamento terminal, operando na rede fixa através do DECT e na rede móvel com um cartão GSM. As chamadas eram encaminhadas automaticamente através da rede fixa quando o cliente estivesse na área das estações DECT seleccionadas (o cliente poderia escolher até 4 estações) e nos restantes casos seria através da rede GSM.

Finalmente, os referidos operadores consideram que o PNN deve ser encarado como instrumento de viabilização do desenvolvimento da actividade económica no sector das comunicações electrónicas, pelo que, relativamente ao serviço apresentado em 07/12/04, devem corresponder números geográficos, donde o alojamento na gama “2” do PNN é o mais adequado ao serviço.

- 3.2 O Grupo PT** considera que a condição de viabilização do serviço desde que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo, constante no ponto III.2 do sentido provável é de cumprimento impossível (conforme referido anteriormente), pelo que o serviço não poderá utilizar a gama de numeração “2” do PNN, sob pena desta ser desvirtuada.

O Grupo PT sustenta que a limitação das áreas de cobertura do serviço não pode ser garantida tecnicamente, já que as ondas electromagnéticas se propagam livremente, pelo que a base geográfica do serviço, tal como apresentada pela NOVIS (correspondendo a uma cobertura num raio de 2000 metros), consubstanciaria uma impossibilidade.

- 3.3 A G9, S.A.** destacou que *«(...) a prestação de serviços telefónicos fixos, com base numa rede móvel GSM, ao abrigo da gama 2 do PNN pode, se não for devidamente acautelada, violar alguns dos seus princípios orientadores, designadamente o princípio da transparência. A deliberação da ANACOM de 10 de Dezembro de 2004, teve o cuidado de analisar esta questão, sublinhando que o alojamento deste serviço na gama de numeração 2 do PNN, é possível apenas desde que a mobilidade associada ao terminal seja equiparável à de outros serviços fixos. Ora (...), o local fixo a partir do qual se deve medir a mobilidade do terminal, dificilmente será, como na generalidade dos serviços fixos, a morada da instalação do assinante, mas antes o local das estações de base da rede GSM (BTS). Desta forma, torna-se indispensável esclarecer exactamente a limitação da mobilidade dos terminais deste serviço».*

3.4 A **ONITELECOM** considera que o aspecto relativo à cobertura do serviço deverá ser reformulado, por forma a ser especificado um critério claro, simples e objectivo, baseado na permissão de ligação do terminal a uma (e só uma) estação-base, sem quaisquer outras considerações ou critérios e independentemente das tecnologias de radiocomunicações envolvidas.

4. Questões de concorrência associadas

4.1 A **JAZZTEL** evidenciou preocupações “face à sustentabilidade tarifária” e/ou racionalidade económica da oferta da NOVIS e, efectuando uma análise comparativa, conclui que o produto apresenta “margens de contribuição” negativas face aos custos de interligação praticados no mercado.

Salienta que esta questão deverá ser profundamente analisada pela ANACOM, sobre risco de se colocar em causa o princípio da igualdade e transparência de condições de acesso no mercado.

Por outro lado, refere a questão da equidade no tratamento dos operadores e das tecnologias de acesso, indicando que a entrada em funcionamento de um produto como este vem demonstrar que os custos de interligação fixo-móvel estão muito elevados.

4.2 A **Tele2**, a **ONITELECOM**, a **G9** e a **JAZZTEL** colocam a questão da não discriminação no acesso de outros operadores à rede de acesso móvel da OPTIMUS.

Concretamente a **Tele2**, neste âmbito, «(...) solicita, sob o princípio da não discriminação, que a ANACOM condicione a deliberação (...) à disponibilização pela Optimus de frequências GSM da sua rede móvel terrestre para uso da Tele2 na prestação de serviços numa localização geográfica definida». Refere ainda que a ANACOM deverá definir um calendário concreto e tão curto quanto possível para que sejam tomadas

as medidas necessárias, nomeadamente a definição de condições, que permitam à Tele2 dispor de uma oferta similar.

A **G9** em particular identifica o risco de alavancagem da posição que os operadores GSM/UMTS detêm no mercado móvel por controlarem as redes de acesso móveis (considerando a rede GSM como mais uma alternativa para a oferta de serviços fixos), beneficiando as operações de rede fixa dos respectivos grupos económicos, gerando vantagens concorrenciais, em detrimento de terceiros. A empresa concorda com a autorização do serviço, desde que seja acautelado um conjunto de medidas, considerando que a ANACOM deverá condicionar a autorização do serviço à abertura da rede GSM/UMTS da OPTIMUS com vista à utilização por terceiros (operadores fixos sem rede móvel fora do grupo SONAE), para a prestação de serviços semelhantes – desagregação da rede de acesso móvel (à semelhança do OLL na rede fixa).

A **G9** entende ainda que com a abertura da rede GSM/UMTS, deverá ser considerado o surgimento de operações com as características do tipo MVNO.

Da mesma forma a **JAZZTEL** evidencia que *«(...) a aprovação de um produto como o Optimus Home só será compreensível se implicar a definição do enquadramento de operador móvel virtual. Assim, o ICP-ANACOM deverá antes de autorizar este produto da Novis, não só assegurar que qualquer operador fixo tem acesso às mesmas condições propostas pela Optimus à Novis, como definir e assegurar as condições de acesso dos operadores fixos a operações móveis virtuais»*.

A **ONITELECOM** entende que a deliberação deverá assumir um carácter geral e abstracto (não se restringindo assim a um caso específico de empresas do mesmo grupo) de modo a abranger:

- Ofertas futuras similares;
- Associação de redes fixas e redes móveis (sejam de SMT ou SMRP), garantindo que operadores móveis que ofereçam o acesso às

respectivas redes sejam obrigados a disponibilizá-la a todos os prestadores que o solicitarem em condições de total transparência e de igualdade e não discriminação.

Caso contrário, a **ONITELECOM** entende que esta deliberação apenas irá beneficiar o grupo em causa, permitindo à OPTIMUS e à NOVIS reforçar as suas posições no mercado das redes fixas.

4.3 O Grupo PT alega que a aprovação deste serviço põe em causa a lógica de análise e regulação dos mercados relevantes que se basearia numa clara distinção entre serviços telefónicos fixos e móveis e implicaria uma reanálise dos mercados fixos retalhistas de baixo débito, e uma nova notificação à Comissão Europeia (atendendo a que o “Optimus Home” alteraria o pressuposto de falta de concorrência, com base no qual teriam sido impostas diversas obrigações às empresas do Grupo PT nesses mercados).

O **Grupo PT** entende ainda que a comercialização do produto “Optimus Home” poderá configurar um abuso de posição dominante, com o objectivo ou efeito de eliminar ou de afectar a posição de terceiros no mercado em causa ou num mercado conexo.

A **NOVIS e a OPTIMUS** consideram que apesar do serviço em questão poder ser tido em conta para efeitos de avaliação de dominância de determinados operadores, tal não implica qualquer redefinição do mercado.

5. Protecção dos utilizadores

O **Grupo PT** considera «(...) *numa perspectiva de defesa dos direitos do consumidor (...) que as medidas consagradas no parágrafo 111.3 do Projecto de Decisão são manifestamente insuficientes para (i) assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores no seu relacionamento com as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações*

electrónicas e (ii) promover a prestação de informações claras aos consumidores relativamente às condições de utilização dos serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público (...), porquanto:

- *O consumidor não beneficiará dos mesmos níveis de qualidade associado ao serviço fixo de telefone,*
- *O consumidor não terá acesso às funcionalidades associadas ao serviço fixo telefónico, como sejam a selecção de operador chamada a chamada, serviços de fax e de Internet de banda larga, entre outros;*
- *O Optimus Home não é um telefone always on, ficando pelo contrário o acesso ao serviço telefónico sujeito a vicissitudes várias (falha de bateria, falha de energia, congestionamento de tráfego, etc);*
- *O Optimus Home não permite a localização em caso de emergência (...)*»

6. Questões processuais

O **Grupo PT** evidenciou o seguinte:

- a) *«Considera não se verificarem os pressupostos legais de que depende a fixação de um período de consulta pública inferior a 20 dias úteis. Tal como o artigo 20º da Lei nº 5/2004 de 10 de Fevereiro (...) estipula com elementar clareza, que, só em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, pode o Regulador estabelecer um período de consulta inferior a 20 dias úteis. Ou seja, constitui requisito prévio essencial da redução do prazo mínimo de 20 dias úteis a verificação de circunstâncias excepcionais. E, por estarem em causa "alterações às condições, direitos e procedimentos aplicáveis ao exercício da actividade", a lei exige que o carácter excepcional de tais circunstâncias seja devidamente justificado pelo Regulador. Ora, não se vislumbram no caso em análise – nem o Regulador cuida sequer de indicar – quaisquer circunstâncias que mereçam a qualificação de "excepcionais". Pelo que falece legitimidade ao ICP-ANACOM para reduzir o prazo mínimo da consulta»;*

- b) *«O Projecto de Decisão (...) incide sobre o mesmo serviço, nos seus aspectos essenciais, que foi objecto da Deliberação de 26 de Novembro, prevendo-se agora uma decisão oposta à que, naquela altura, foi tomada. Nesta medida (...) o Projecto de Decisão apresenta carácter revogatório da Deliberação supra referida. Ora, se se tiver presente que, na mencionada Deliberação, o ICP – ANACOM considerou que o serviço em causa violava as regras legais aplicáveis, designadamente no que respeita ao PNN, e que o enquadramento fáctico e jurídico de fundo da questão em apreço se manteve inalterado, caso venha a ser emitida uma Deliberação com o conteúdo do Projecto de Decisão, se estará perante um acto revogatório ilegal, por violação do disposto na alínea a) do número 1 do artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo, pois que se estará a revogar um acto — a Deliberação de 26 de Novembro - de conteúdo vinculativo. Por outro lado, a revogação "tácita" da Deliberação de 26 de Novembro, atento o carácter de acto constitutivo de direitos ou interesses legalmente protegidos desta última, será igualmente ilegal, por violação do disposto na alínea b) do número 1 do mesmo artigo 140.º do Código do Procedimento Administrativo».*

B. ANÁLISE E ENTENDIMENTO DA ANACOM

A ANACOM considera que a utilização de alternativas no acesso local, para a prestação de serviços de voz, aumentando as ofertas disponíveis no mercado, contribui para maior escolha do consumidor, para o desenvolvimento da concorrência na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas e, conseqüentemente, para a satisfação das específicas necessidades dos cidadãos.

De facto, os princípios da liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, da neutralidade tecnológica da regulação e da defesa dos interesses dos consumidores, determinam que a abordagem ao serviço em questão se centre em averiguar se o mesmo pode ou não ser prestado e em que condições, atendendo a que a sua disponibilização envolve o uso de frequências e de recursos de numeração, cuja utilização está sujeita a determinadas regras e princípios.

É por isso que na presente análise se atenderá aos seguintes aspectos:

- I. O serviço: suas características
- II. Utilização das frequências
- III. Numeração
- IV. Questões de concorrência associadas
- V. Protecção dos utilizadores
- VI. Questões processuais

I. O serviço: suas características

1. Planos de análise de um serviço

Podem ser considerados dois planos distintos para caracterizar um serviço de comunicações electrónicas:

- a. Num plano tecnológico, são importantes os meios ou modos de implementação do serviço;
- b. Num plano de mercado, assume relevo a forma como o serviço se apresenta a esse mercado.

Esta realidade resulta da natural evolução tecnológica e tem vindo a permitir a construção de diversas ofertas com benefícios evidentes para o mercado, por constituírem, em geral, soluções com valor acrescentado ou com custos de produção mais baixos, e logo, com mais valias para consumidores e operadores.

Em resumo, e sem prejuízo de ser fundamental ao regulador o conhecimento da envolvente técnica subjacente à oferta de um serviço de comunicações electrónicas, é igualmente importante a forma como ele é percebido pelo utilizador em geral.

De facto, um dos princípios fundamentais do actual quadro regulamentar é o da neutralidade tecnológica (art. 5º, nº 8 do REGICOM) devendo a ANACOM “procurar garantir a neutralidade tecnológica da regulação”. Esta disposição significa, por outras palavras, que para efeitos de regulação poderá ser valorizado o plano de mercado mais do que o tecnológico.

2. Serviço fixo *versus* serviço móvel: interesse da distinção

2.1. Importa desde logo clarificar um ponto que *vicia* toda a argumentação apresentada pelo Grupo PT.

Trata-se da alegada contradição entre as deliberações de 26 de Novembro e de 10 de Dezembro.

É que, ao contrário do que o Grupo PT pretende fazer crer, a ANACOM, na deliberação de 10.12.2004, não afirmou que o serviço que lhe foi apresentado pela NOVIS (em 7.12.2004) constituía um serviço telefónico prestado em local fixo.

Afirmou a ANACOM que o serviço apresentado pela NOVIS “tem alguma mobilidade – embora reduzida – resultante do facto de a ligação ao utilizador final não se basear num ponto de acesso (físico) da rede telefónica pública comutada.”

Foi, aliás, o reconhecimento de que a mobilidade era excessiva que determinou que a ANACOM apusesse, como condição essencial para a viabilização da prestação do serviço na gama “2”, que aquela se reconduzisse às “mobilidades típicas proporcionadas pelas tecnologias disponíveis nos sistemas de rede fixa”. E que a mobilidade fosse “apenas a inevitável para garantir o acesso num local fixo”.

É essencial que este ponto fique bem claro: a ANACOM não qualificou o serviço apresentado como serviço telefónico em local fixo; muito menos usou a expressão tradicional de *serviço fixo de telefone*. Do mesmo modo, também não considerou que se tratava de uma solução do tipo *cordless*.

A questão é, por isso, mais complexa.

- 2.2.** Como é bom de ver, se o serviço constituísse por exemplo uma solução típica de FWA, a utilização da gama “2” do PNN não mereceria qualquer dúvida.

Do mesmo modo, se a oferta configurasse um serviço móvel idêntico ao que é percecionado em termos comuns, isto é, o *serviço móvel terrestre*, também a utilização da gama “9” seria naturalmente a indicada.

O serviço apresentado confronta a regulação com soluções novas para

os utilizadores e com a necessidade de adoptar uma solução, em termos regulatórios, que favoreça a concorrência e defenda os interesses dos utilizadores. O serviço, a salvaguarda dos interesses dos consumidores, a contribuição para o aumento da concorrência sustentada e o enquadramento regulamentar reclamam uma resposta adequada.

- 2.3.** Neste aspecto há que ter em conta que os *velhos* conceitos, como os de serviço fixo e móvel, terão tendência a ser densificados de novas maneiras (sem prejuízo, naturalmente, das noções legais existentes).

É, aliás, extremamente significativo que o Grupo PT, nos seus comentários, não tenha conseguido citar uma única norma legal com a definição de serviço fixo, embora faça afirmações do género “*é essencial verificar o que distingue o serviço telefónico fixo do serviço telefónico móvel, ou seja, quais são os elementos ou características essenciais (técnicas ou de outra natureza) que conduzem a que um determinado serviço telefónico seja qualificado, face à lei, como fixo ou como móvel.*”

Interessante é verificar que a única noção usada em apoio de uma pretensa definição legal de serviço fixo é conseguida com o recurso a uma passagem de um projecto de regulamento da qualidade de serviço da ANACOM que esteve em consulta pública.

- 2.4.** Mas também no que toca ao serviço móvel são perigosos os raciocínios redutores como aquele que sustenta que o serviço apresentado pela NOVIS é móvel porque a ANACOM afirmou a aplicabilidade da taxa nº 22107 da Portaria nº 1047/2004, de 16 de Agosto².

De facto, à taxa com esse código corresponde a que é devida *por cada estação móvel*, no âmbito do *serviço móvel terrestre*. De facto, a ANACOM reconhece que essa taxa é aplicável no caso presente porque se utilizam terminais GSM no serviço projectado pela NOVIS – a ANACOM não pretende diluir essa realidade. E porque efectivamente há

² Pág 7 do Parecer do Prof. José Luís da Cruz Vilaça

utilização de espectro, nos termos da lei (Decreto-Lei nº 151-A/2000, de 20 de Julho) é determinado o pagamento daquelas taxas.

Curioso é, contudo, verificar como a própria portaria desmente o argumento invocado, ou seja, o de que o serviço é móvel porque a ANACOM determinou a sujeição a essa taxa: é que a referida taxa, exactamente a do código nº 22107, é também aplicável “*a sistemas celulares destinados a aplicações fixas no âmbito da rede local*”.

Ou seja, é aplicável ao caso em que a própria PTC, na zona algarvia, utiliza uma tecnologia característica de sistemas móveis celulares para a prestação de serviço telefónico em local fixo no âmbito do serviço universal.

De facto, neste caso as utilizações da PTC no âmbito do FWA baseiam-se precisamente em tecnologia celular *Nordic Mobile Telephony* – NMT na faixa dos 450 MHz, permitindo que cerca de 1000 clientes acedam ao serviço universal.

Se dúvidas existissem, fica agora bem claro que o recurso a frequências no âmbito de sistemas móveis celulares para proporcionar a disponibilização de serviços telefónicos em local fixo é possível e nem sequer é inédito. É, por isso, surpreendente o que sobre a utilização de frequências e sistemas GSM alega o Grupo PT, como adiante melhor se detalhará.

Esta situação não é, de resto, exclusiva de serviços prestados em Portugal. Outros países da União Europeia recorrem a idênticos meios para assegurar o acesso a serviços telefónicos aos seus clientes. Veja-se, a título de exemplo, o que sucede em Espanha com os serviços TRAC (*Telefonía Rural de Acceso Celular*) ou com o Serviço Genion prestado pela O2 na Alemanha.

O recurso a diferentes tecnologias, especialmente *wireless*, implica que o

serviço fixo de telefone se *despegue* do tradicional ponto de terminação da rede telefónica pública comutada, enquanto realidade física de (mais) imediata percepção. Esta evolução é facilmente percebida pelos utilizadores: do velho serviço fixo de telefone que era acedido através de um equipamento terminal com fios, ligado a uma tomada, naturalmente fixa, tem-se passado para soluções do tipo sem fios que cada vez são mais sofisticadas.

- 2.5. Não se aceitam também afirmações como a efectuada pelo Grupo PT segundo a qual “*é absurda a comparação entre um acesso (móvel) GSM e um acesso fixo via rádio (FWA) efectuada pelo Regulador no Projecto de Decisão*”.

De facto, a dita *comparação* foi feita exactamente para distinguir o serviço em causa dos serviços tradicionais, ao nível da percepção que deles têm os utilizadores. E tanto assim foi que se afirmou na deliberação de 10 de Dezembro o seguinte:

Importa salvaguardar que seja claro para os utilizadores que o serviço em causa não é idêntico aos serviços de voz tradicionalmente prestados através de meios físicos em local fixo, como sejam a rede telefónica pública comutada e a rede de distribuição por cabo, ou inclusivamente por outros meios radioeléctricos, como é o caso do FWA.

Ainda no que respeita ao FWA e dado que o Grupo PT se interroga, no seu contributo enviado à ANACOM em 28 de Dezembro, se as conclusões relativas ao “Novo Modelo para o FWA” e a Portaria nº 1062/2004, de 25 de Agosto *são para esquecer*, a ANACOM recorda que a PTC foi notificada em 21.12.2004 para responder, querendo, à consulta que tinha sido anunciada no Verão relativa à utilização de frequências FWA, o que veio a fazer.

Regista também a ANACOM o interesse, implícito nesta interrogação do Grupo PT, em que o novo modelo do FWA defendido pelo regulador e

consagrado em nova portaria, na altura tão duramente criticado pelo Grupo, nomeadamente ao nível da sua legalidade, não seja afinal para esquecer e venha efectivamente a ser aplicado.

- 2.6.** Retomando a questão, com o serviço apresentado pela NOVIS não estamos perante um simples telefone sem fios – nem tal foi afirmado pela ANACOM.

Como é sabido, a tecnologia aplicada nas redes fixas passa pela importação de elementos que adicionam características de mobilidade (ou de nomadismo) que tenderão a ser cada vez mais sofisticadas, sem que se identifiquem com a mobilidade típica e global dos serviços móveis.

Conforme se desenvolverá adiante, esta mesma tendência foi, aliás, reconhecida na deliberação de 10 de Dezembro quando se determinou que a mobilidade associada ao terminal fosse apenas a inevitável, atenta a tecnologia utilizada, para garantir o acesso num local fixo.

Com efeito, há que reconhecer que a mobilidade típica de um DECT é mais reduzida que a mobilidade típica de um serviço cujo acesso local é fornecido pela rede GSM.

II. A utilização das frequências

1. A alegada violação da Directiva GSM

O Grupo PT argumenta que *“como o ICP-ANACOM bem sabe, nos termos da regulamentação vigente não podem ser prestados serviços fixos sobre as redes de comunicações móveis celulares de tecnologia GSM. Com efeito, nos termos do art. 1º da Directiva 87/372/CEE de 25 de Junho de 1987 (Directiva GSM), a tecnologia GSM destina-se exclusivamente à prestação de serviços de comunicações móveis digitais celulares, não*

podendo assim estar associada à prestação de serviços telefónicos num local fixo”.

Ora, em rigor, não é isto que dispõe o art. 1º da citada Directiva. Mas vamos por partes.

- 1.1** A Directiva 87/372/CEE, de 25 de Junho, do Conselho, sobre as bandas de frequência a atribuir para a introdução coordenada de comunicações móveis terrestres digitais celulares públicas pan-europeias na Comunidade, tinha subjacente o objectivo de criação de um verdadeiro serviço pan-europeu de comunicações móveis terrestres digitais celulares públicas entendido como *um serviço público de comunicações móveis celulares assegurado em cada um dos Estados-membros segundo uma especificação comum que preveja, nomeadamente, que todos os sinais vocais sejam codificados sobre a forma de dígitos binários antes da radiotransmissão e que permita aos utilizadores que beneficiam de um serviço num Estado-membro ter igualmente acesso ao serviço existente num outro Estado-membro.*

Ou seja, num contexto em que se reconhecia que na Comunidade Europeia as frequências e os sistemas de comunicações móveis terrestres utilizados variavam substancialmente e, como tal, não permitiam que todos os utilizadores que se deslocavam nesse espaço beneficiassem das vantagens de serviços e mercados de âmbito europeu, considerou-se que a transferência para o sistema de comunicações móveis digitais celulares de segunda geração iria fornecer uma oportunidade única para o estabelecimento de um serviço de comunicações móveis verdadeiramente pan-europeu.

Condição prévia necessária e imprescindível para atingir esse objectivo seria a disponibilidade de recursos de frequências adequados.

Foi nessa perspectiva que o Conselho determinou que, até 1 de Janeiro de 1991, os Estados-membros deviam garantir a *disponibilidade exclusiva*

de determinadas faixas de frequência (as frequências de GSM) para um serviço público pan-europeu de comunicações móveis digitais celulares. É este o conteúdo do art. 1º, nº 1 da Directiva.

Como é sabido, o cumprimento desta disposição foi garantido, e é garantido pelo Estado Português, na medida em que as frequências em causa são exclusivamente utilizadas em sistemas GSM dos três operadores móveis que actuam no mercado.

A utilização que a OPTIMUS pretende agora dar às referidas frequências não fere, também, esta imposição.

- 1.2. Para a perfeita compreensão desta questão importa não confundir os dois planos de licenciamento existentes, isto é, o plano do licenciamento do acesso e exercício da actividade e o plano do licenciamento radioeléctrico.

Com efeito, sempre coexistiram estes dois planos no ordenamento jurídico nacional, o que está expressamente assumido, no que ora importa, nos títulos de licenciamento do Serviço Móvel Terrestre (SMT).

Veja-se o que dispõe o art. 14º da Licença nº ICP-014/TCM da OPTIMUS:

Fica desde já a OPTIMUS – Telecomunicações, S.A., autorizada a instalar a rede de radiocomunicações referida no artigo 6º, para a prestação do SMT, devendo requerer, ao ICP, o licenciamento dos respectivos equipamentos emissores ou simultaneamente emissores e receptores nos termos do Decreto-Lei nº 147/87, de 24 de Março, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei nº 149/91, de 12 de Abril.

Ou seja, nos termos das licenças os operadores ficaram imediatamente habilitados a instalar a rede de radiocomunicações com um determinado tipo de infra-estruturas, sem necessidade de nenhum acto adicional da ANACOM.

Este ponto é importante: a licença autorizava-os desde logo a procederem à *implantação física* das suas redes, mas não autorizava, de imediato, a *utilização* de redes e estações de radiocomunicações – esta utilização estava dependente de licenciamento radioelétrico nos termos do, então, Decreto-Lei nº147/87. O licenciamento radioelétrico constitui, assim, um *procedimento de 2º grau*.

O licenciamento radioelétrico tem pois um conteúdo diverso do das licenças obtidas nos termos do, então, Decreto-Lei nº 346/90, de 3 de Novembro; e não há sobreposição de objecto entre os dois tipos de licença. De facto, o licenciamento radioelétrico visa tutelar interesses diversos dos prosseguidos pelo licenciamento para a actividade.

O acto de atribuição, consubstanciado na licença, significa que se inscreveu na esfera jurídica dos operadores um direito; trata-se do direito à utilização daquelas frequências para o desenvolvimento da actividade que se compreende nas respectivas licenças de SMT.

No entanto, não se trata de um direito automático. Isto é, não se exerce nem se realiza plenamente sem a necessária intermediação de outros actos, a praticar pela ANACOM.

Intervém aqui um segundo plano da gestão do espectro, também da competência da ANACOM.

Tanto assim é que a obtenção de uma licença radioelétrica pressupõe sempre que a entidade *pertence ao universo das comunicações electrónicas*, sejam acessíveis, ou não, ao público. Ou seja, uma entidade que pretende obter uma licença radioelétrica deve sempre demonstrar uma habilitação que logicamente é prévia.

As alterações legislativas subsequentes ao enquadramento vigente à data da atribuição da licença à OPTIMUS mantiveram estes dois planos de licenciamento. No que diz respeito ao licenciamento da actividade vigorou

o Decreto-Lei nº 381-A/97, de 30 Dezembro, e vigora, actualmente, em matéria de autorização geral e direitos de utilização a Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro (REGICOM). Quanto ao licenciamento radioeléctrico o Decreto-Lei nº 147/87 deu lugar ao Decreto-Lei nº 151-A/2000, de 20 de Julho.

- 1.3.** É neste enquadramento que se afirma, no projecto de decisão, que *no plano das radiocomunicações as frequências continuam a ser exclusivamente utilizadas para sistemas GSM*, respeitando a harmonização efectuada a nível europeu.

Com efeito, nesta nova oferta a OPTIMUS continua a usar a tecnologia GSM. Fá-lo, porém, com o fim de assegurar o acesso (com mobilidade restrita) dos equipamentos terminais utilizados no serviço oferecido pela NOVIS.

No projecto de deliberação, assegurou-se também o que era óbvio, ou seja, que a OPTIMUS continua plenamente vinculada às obrigações que lhe são aplicáveis enquanto prestador de SMT.

Insiste-se: a OPTIMUS tanto utiliza as frequências para GSM quando presta o SMT aos utilizadores finais, como quando fornece a sua capacidade de rede à NOVIS.

- 1.4.** Alega o Grupo PT que o *“Optimus Home é um serviço associado a uma versão mutilada da norma GSM”* a qual deve *“garantir mobilidade total ao utilizador”*, escapando, nesta medida, às condições específicas obrigatórias de qualidade, constantes das licenças de SMT, no caso, da licença SMT da OPTIMUS.

A utilização que a OPTIMUS pretende agora dar às frequências GSM atribuídas – fornecimento de capacidade de rede a terceiros – não põe em causa as suas obrigações de qualidade de serviço no âmbito da prestação do SMT para o qual está licenciada – serviço prestado ao utilizador final.

- 1.5. Ainda com base na aplicação da Directiva GSM o Grupo PT alega que “o que está em causa não é saber como são utilizadas as frequências mas antes que serviços são prestados sobre a tecnologia GSM” e que “comunicações móveis celulares não podem servir de suporte à prestação de serviços de comunicações fixas”.

Estranha-se estes comentários na medida em que, conforme referido, utilizações da PT (no âmbito do FWA - Sistema Ponto-Multiponto) actualmente em exploração na zona algarvia se baseiam precisamente em tecnologia celular *Nordic Mobile Telephony* – NMT na faixa dos 450 MHz.

Note-se ainda a este respeito que, no âmbito da UIT, se considera que em determinados casos poderá ser apropriada a utilização de tecnologias associadas a sistemas móveis para a exploração de sistemas FWA. Um dos casos referenciados é precisamente a aplicação da tecnologia GSM (UIT Rec. F.757-3).

Releve-se ainda que em termos de plataformas de acesso, está a ser desenvolvido, no seio dos grupos de trabalho da União Europeia, um estudo que visa identificar as implicações, em termos de gestão do espectro, decorrentes da convergência dos vários tipos de plataformas de acesso, como por exemplo GSM, UMTS, WLAN, FWA, PAMR, DVB, etc.

2. **Alteração do direito de utilização de frequências GSM da OPTIMUS**

Neste ponto aborda-se a questão suscitada pela SONAECOM relativamente à desnecessidade de alteração do conteúdo do direito de utilização de frequências de que a OPTIMUS é titular.

- 2.1. Aquando da atribuição da licença, em 1997, ao terceiro operador móvel – OPTIMUS – o serviço móvel terrestre (SMT) integrava o conceito de serviços de telecomunicações complementares móveis, previsto na al. e)

do art. 2º do Decreto-Lei nº 346/90, de 3 de Novembro, complementado pelo disposto no art. 2º do Regulamento de Exploração do Serviço de Telecomunicações Complementares – Serviço Móvel Terrestre, anexo à Portaria nº 240/91, de 23 de Março.

O SMT era, assim, definido como um *serviço de telecomunicações complementares ao qual o acesso do assinante é efectuado através de um sistema de acesso de assinante de índole não fixa, utilizando a propagação radioelétrica no espaço e caracterizado por permitir o estabelecimento de comunicações endereçadas e bidireccionais entre equipamentos terminais de índole não fixa e essencialmente destinados a utilização terrestre ou entre estes e terminais dos serviços fixos.*

Acrescem à caracterização do SMT prestado pela OPTIMUS todas as obrigações assumidas por esta empresa em sede de concurso. Note-se que nos termos do nº 5 do art. 121º do REGICOM se mantêm em vigor, na parte relevante, os instrumentos do concurso, o que abrange o respectivo Regulamento do Concurso, Caderno de Encargos e proposta da OPTIMUS.

Mais tarde, a aprovação do Regulamento de Exploração dos Serviços de Telecomunicações de Uso Público, anexo ao Decreto-Lei nº 290-B/99, de 30 de Julho, não introduziu alterações substanciais ao conceito, definindo os *serviços de telecomunicações móveis* como aqueles nos quais o acesso do assinante é efectuado através de um sistema de índole não fixa, utilizando a propagação radioelétrica no espaço.

Este serviço, prestado de acordo com as normas GSM e DCS, constitui, assim, o objecto da licença atribuída à OPTIMUS.

- 2.2** Com efeito, o objecto da licença encontra-se fixado nos seguintes termos: *prestação do serviço de telecomunicações complementar móvel Serviço Móvel Terrestre, com acesso automático de e para a rede telefónica*

pública comutada, de acordo com as normas do Global System for Mobile Communications/Digital Communications System (GSM/DCS), do ETSI.

Para a sua prestação foi, no mesmo título, atribuído à OPTIMUS um conjunto definido de canais nas faixas de GSM 900 e de DCS 1800.

Neste contexto, a utilização que a OPTIMUS pretende agora dar às frequências que lhe estão atribuídas extrapola, de facto, o objecto da licença.

Porquanto, o serviço que a OPTIMUS está habilitada a prestar, nos termos da sua licença, desenvolve-se no âmbito de uma actividade retalhista – serviço prestado ao utilizador final –, enquanto que na oferta comunicada a OPTIMUS se apresenta com uma oferta grossista – fornecimento de capacidade de rede a terceiros, permitindo que a sua rede de acesso GSM sirva para a prestação de um serviço numa localização geográfica bem definida.

Assim, o que está em causa é a afectação das frequências GSM, atribuídas à OPTIMUS, a um fim (legítimo) não compreendido no respectivo título atributivo, ou seja, para a oferta, por terceira entidade, de um distinto serviço de comunicações electrónicas.

- 2.3.** E não colhe a posição defendida pela SONAECOM de que *“a utilização que a OPTIMUS faz da sua rede e das frequências GSM não é diferente daquela que é feita num número de situações que nunca suscitaram qualquer questão desta natureza”* listando, para o efeito, diversos casos que considera comparáveis e que não deram azo a alteração da licença por parte da ANACOM.

Estes exemplos vão desde o serviço de Cartão Virtual de Chamadas (CVC) a serviços em Números de tradução IN (“800”, “808”, ...), os quais são suportados em serviços telefónicos de acesso em local fixo ou móveis, independentes do tipo de acesso e susceptíveis de serem

prestados por empresas que no antigo quadro regulamentar careciam de mero registo para acesso à actividade. Ou seja, a prestação destes serviços é alheia às condições exigíveis à utilização de frequências. Aliás, se assim não fosse, não estariam esses serviços acomodados em gamas de numeração diversas da gama “9”.

De facto, o que está em causa na oferta de serviços CVC ou de tradução IN pelo próprio operador GSM é o *core* da rede e não o acesso; e o que está em causa quando o serviço é prestado por terceiras entidades, que utilizam a rede de um operador GSM para viabilizar essa oferta, é apenas o uso de direitos e obrigações de interligação visando a interoperabilidade de serviços ponta a ponta.

São ainda referidos os serviços de apoio a clientes e informativos – listas telefónicas -, números curtos (“16xy” e “18xy”). Aplica-se a estes serviços o que acima foi referido com a excepção de que eles estão associados à prestação dos serviços telefónicos (de acesso em local fixo ou móvel) constituindo presentemente um direito exclusivo dos respectivos prestadores e uma mais valia na oferta do seu serviço aos clientes finais.

Na utilização concreta de todos os casos que a SONAECOM refere (cartão virtual, números de tradução IN, números curtos), existe sempre um utilizador final do SMT envolvido (que liga para o serviço a cliente, ou para o número de tradução IN, ou através de um cartão virtual, etc) que está a usar os recursos da rede. No caso do novo produto da NOVIS não existe qualquer utilizador final do SMT envolvido; existe sim um utilizador deste novo serviço. As diferenças são pois bastante evidentes.

- 2.4.** Retomando a questão, é na medida em que a afectação das frequências GSM da OPTIMUS a uma nova finalidade extrapola o objecto da licença que detém, que a ANACOM considerou adequada e necessária a adopção de um acto de consentimento, o que no momento actual deve ser enquadrado no REGICOM.

De facto, a publicação do REGICOM implica a reconfiguração do título da OPTIMUS. Isto significa sujeitar a actividade desenvolvida por esta empresa ao regime da autorização geral e reconhecer a existência do seu direito individual de utilização sobre as frequências já atribuídas.

É, aliás, neste pressuposto que o novo Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF) foi elaborado.

O projecto de QNAF que esteve recentemente em consulta pública desde o passado dia 22 de Dezembro, identifica, em cumprimento do art. 16º do REGICOM, os casos em que vão ser exigíveis direitos de utilização e reconhece os direitos de utilização já existentes.

É o que acontece no caso das frequências GSM, em que o QNAF elenca expressamente a existência dos direitos de utilização dos três operadores de SMT.

É, pois, em sede de alteração do direito de utilização de frequências da OPTIMUS – e não na mera sujeição ao regime de autorização geral – que a ANACOM deve avaliar e decidir a pretensão apresentada, uma vez que é a entidade competente para tal.

Com efeito, enquanto entidade gestora do espectro (art. 15º, n.º 1), compete à ANACOM a planificação das frequências (art. 15º, n.º 2), a identificação dos casos em que são exigíveis direitos de utilização (art. 16º, n.º 1), a atribuição dos referidos direitos (art. 19º, n.º 3) bem como a especificação das condições aplicáveis (art. 32º, n.º 2) e, por maioria de razão, em determinados casos, a alteração dos direitos de utilização atribuídos (art. 20º).

Admitir que a nova afectação das frequências pretendida pela OPTIMUS fosse apresentada apenas como um corolário da liberdade de oferta subjacente ao regime da autorização geral, como pretende defender a SONAECOM, poderia constituir uma subversão do regime de atribuição

de direitos de utilização, cuja existência excepcional se justifica pela necessidade de salvaguarda e controlo do recurso escasso envolvido.

Acresce que, estando em causa um bem do domínio público do Estado (art. 14º do REGICOM), cuja utilização foi permitida para um fim específico, a sua alteração apenas se pode efectuar mediante o correspondente acto de permissão.

Não está pois na livre disponibilidade da OPTIMUS alterar o uso das frequências que lhe estão atribuídas. Qualquer modificação desta natureza – consubstanciando uma alteração do direito de utilização – carece de autorização da ANACOM.

E ainda que no caso concreto se possa entender que a decisão da ANACOM estaria inevitavelmente vinculada, tal como alega a SONAECOM, não pode – nem deve – esta Autoridade deixar de exercer as suas competências neste domínio.

Não se misturem os planos, como a SONAECOM pretende fazer.

A intervenção da ANACOM é de exercício obrigatório, considerando que está em causa uma nova afectação de um recurso atribuído. Esta competência não é afastada, nem é incompatível com a liberdade, legalmente reconhecida, que as partes detêm de negociar e acordar modalidades técnicas e comerciais de acesso.

Na ponderação que a ANACOM faz desta matéria estão ainda necessariamente presentes as novas questões de política do espectro suscitadas pela possibilidade consagrada no novo quadro regulamentar de transmissibilidade dos direitos de utilização de frequências, prevista no artigo 37º do REGICOM, a qual está sujeita a um procedimento específico.

- 2.4.** O Grupo PT alega a incompetência da ANACOM para permitir uma diferente afectação das frequências GSM atribuídas à OPTIMUS face ao disposto no art. 35º, nº 4 do REGICOM.

É patente a inaplicabilidade desta disposição da Lei.

Com efeito, não está em causa nem a atribuição *ex novo* de um direito de utilização de frequências (estas mantêm-se na titularidade da OPTIMUS), sujeito a qualquer procedimento concorrencial, nem seria cabível que as mesmas frequências fossem atribuídas a duas diferentes entidades, ainda que para a oferta de serviços distintos, sem que se extinguisse previamente um dos direitos de utilização.

Como referido, é inequívoca a competência conferida à ANACOM para permitir à OPTIMUS, nos termos admitidos no artigo 20º da Lei nº 5/2004, nomeadamente mediante acto administrativo, a utilização das frequências GSM da rede móvel terrestre da OPTIMUS na rede de acesso local para a prestação de serviços de voz em local fixo pela NOVIS.

III. Numeração

1. Voltando às características do serviço e conforme referido em I., se o serviço notificado pela NOVIS em 7.12.2004 fosse evidentemente móvel, seria naturalmente interdita a utilização de números geográficos (no caso, da gama “2”).

Porém, como os potenciais utilizadores do serviço a ele apenas podem aceder numa base geográfica definida e restrita, não seria de afastar, à partida, a associação do serviço a números geográficos.

E que números geográficos?

A NOVIS pretende a utilização da gama “2”, mas poderia ter solicitado a

abertura de uma nova gama do PNN. Não o fez por motivos evidentes que a própria SONAECOM refere no contributo que apresentou: o serviço situa-se na *zona de preço* do SFT, destina-se a concorrer com o SFT pelo que há interesse em que os utilizadores como tal o percepcionem.

Mas a ANACOM também não considerou, sem mais, que a utilização dessa gama era possível.

Tudo claro, portanto: possibilidade de utilização da gama “2” se o serviço for configurado à semelhança das soluções usuais de rede fixa e, como tal, percepcionado pelos utilizadores finais.

2. Esclarecido este ponto, importa responder à questão que o Grupo PT formula no seguintes termos:

O que mudou de tão essencial que permita que um serviço telefónico que o Regulador não teve dúvidas em qualificar como móvel passe a ser considerado fixo?

Parafraseando a mesma posição, *a resposta é tão singela quanto eloquente: muito mudou. E algo vai ter que mudar mais.*

Recorde-se a diferença essencial entre o serviço *Optimus Home*, objecto da deliberação de 26 de Novembro, e o serviço notificado à ANACOM a 7 de Dezembro: enquanto o primeiro garantia mobilidade numa área geográfica do PNN a que correspondia o respectivo indicativo de acesso (e.g. prefixo 21 tinha mobilidade na área geográfica de Lisboa), o segundo garante cobertura numa circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros.

Conforme é bom de ver, na configuração do segundo serviço, a base geográfica é *consideravelmente mais restrita*, existe *alguma mobilidade*, *embora reduzida* e a área geográfica é *bem delimitada*.

Não são comparáveis o primeiro e o segundo serviços notificados pela NOVIS à ANACOM, respectivamente a 12.11.04 e 7.12.04, por os mesmos apresentarem “dimensões” de mobilidade completamente distintas. E é por demais conhecido como uma variação quantitativa pode desencadear uma alteração qualitativa.

De acordo com o REGICOM, número geográfico significa “número do plano nacional de numeração que contém alguns dígitos com significado geográfico, cuja função é encaminhar as chamadas para um local físico do ponto de terminação de rede (PTR)”.

A um serviço que, segundo a NOVIS, se apresenta com a vocação de dar acesso ao utilizador final num local fixo, embora com a mobilidade inevitável à tecnologia utilizada, não poderiam deixar de ser atribuídos números que contivessem em si um significado geográfico.

Assim, associar a um serviço com estas características uma gama de numeração não geográfica seria manifestamente contrário aos conceitos legais de número geográfico e de número não geográfico.

Não se subscreve assim a afirmação do Grupo PT segundo a qual “os fundamentos que tiveram na base da Deliberação do dia 26 de Novembro continuam a justificar-se em relação ao serviço Optimus Home notificado pela Novis no dia 7 de Dezembro”.

3. Acresce que no entendimento da ANACOM algo vai ter que mudar mais.

Ou seja, para a ANACOM considerar possível a utilização da gama “2” do PNN deveria, nos termos do projecto de decisão de 10 de Dezembro, ser satisfeita pela NOVIS uma condição essencial, a saber, *que a mobilidade associada ao terminal seja apenas a inevitável para garantir o acesso num local fixo*. Ou, de outro modo, *que em termos de mobilidade o serviço apresentado pela NOVIS deve ser configurado, onde possível, à semelhança das mobilidades típicas proporcionadas pelas tecnologias*

disponíveis nos sistemas de rede fixa.

Não é demais dizer, porque parece não ter sido entendido, que se essa condição for satisfeita, isto é, se a mobilidade for a inevitável, o serviço não transmuda para o tradicional “*serviço fixo de telefone*”.

Simplesmente não é essa a questão.

Se a condição for satisfeita, o que a ANACOM reconhece à NOVIS é o direito a utilizar a gama de numeração “2”, conforme claramente resulta de toda a deliberação e em particular da sua parte dispositiva (ponto 2).

E pode a ANACOM fazê-lo?

Importa considerar aqui quer o uso que tem sido dado à gama de numeração “2”, quer as competências da ANACOM em matéria de numeração.

No caso da numeração na gama “2”, que tem vindo a ser usada no âmbito do PNN para a prestação do serviço fixo de telefone, os dígitos com significado geográfico (apenas os primeiros dígitos do número) traduzem de facto um “local físico”, como mencionado na alínea p) do artº 3º do REGICOM, mas que tradicionalmente corresponde não ao “local exacto” da morada/localização do equipamento terminal do cliente, mas sim à “zona geográfica” em que a mesma morada se insere (zona de um determinado indicativo telefónico geográfico).

Quanto às competências da ANACOM em matéria de numeração, nos termos da lei, compete ao regulador *definir as linhas orientadoras e os princípios gerais do PNN*, bem como *gerir* aquela plano *segundo os princípios da transparência, eficácia, igualdade e não discriminação*. Na gestão do PNN inclui-se expressamente a definição das condições de atribuição e de utilização dos recursos nacionais de numeração – artigo 17º, nº 2, alíneas a) e b), da Lei nº 5/2004.

Foi no exercício destas competências que a ANACOM deliberou reconhecer o direito à utilização da gama “2” do PNN se a mobilidade fosse a inevitável para garantir o acesso num local fixo – recorde-se que na deliberação de 10 de Dezembro são precisamente invocadas as competências das alíneas a) e b) do nº 2 do art. 17º do REGICOM (aliás a par do art. 20º).

Em conclusão quanto a este ponto, o sentido da deliberação da ANACOM foi o de reconhecer à NOVIS, satisfeita a condição da restrição da mobilidade, o direito à utilização da gama “2” – e, como tal, o direito à portabilidade pelos utilizadores de um serviço com essa gama de numeração.

4. A restrição da mobilidade constitui, portanto, um aspecto determinante da possibilidade de utilização da gama “2”.

Tal como anteriormente referido, a ONITELECOM e a G9 defendem que, para efeitos da restrição de mobilidade, o terminal só deverá operar quando ligado a uma única estação de base que melhor serve a morada de residência do utilizador.

A SONAECOM prevê garantir, no prazo de 6 meses, a adopção de medidas que permitam limitar a cobertura do serviço “*à célula ou células dominantes na morada do cliente, fazendo, sempre que possível, coincidir essa cobertura com o limite dos 2000m.*” (Cfr. Fax da SONAECOM de 9.12.2004).

E para tanto a NOVIS propôs-se:

- I. Garantir “aos consumidores cobertura numa circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros”. Assim, esta indicação correspondia a um compromisso de ordem contratual/comercial com o cliente, visando caracterizar o serviço que a NOVIS se propunha oferecer. Resulta assim que, de facto, o valor de 2000 metros surgia como informação que a ser

fornecida ao cliente indicando que fora da área circunscrita por uma circunferência com um raio de aproximadamente 2000 metros em torno da sua morada, não seriam dadas garantias de efectuar, receber ou manter as chamadas.

- II. Impor tecnicamente uma limitação por forma a que se pudessem efectuar e manter as chamadas unicamente quando os terminais se encontrassem dentro da área correspondente ao código postal (de 4 dígitos) onde estivesse registado o terminal. De notar ainda que sempre que a área correspondente excedesse o equivalente de um círculo com raio de 15 km, a mobilidade do terminal ser restringida, subdividindo a respectiva área (postal).

Quanto a I importa referir que, em concordância com os termos do projecto de decisão da ANACOM a mobilidade associada ao terminal devia ser apenas a inevitável, atenta a tecnologia a utilizada, para garantir o acesso num local fixo – e não num “raio de aproximadamente 2000 metros” circundantes.

Relativamente a II, embora se admita, na linha do referido pela ONITELECOM e pela G9, que a limitação de mobilidade teoricamente mais exigente fosse restringir o acesso ao serviço através de um terminal associado unicamente a uma Estação de Base (BTS), outros factores devem ser equacionados, como por exemplo:

- Considerar que em determinados locais (sobretudo zonas de sobreposição de cobertura, de transição de cobertura e em zonas de maior densidade de BTS):
 - Exista um factor de incerteza quando se pretende determinar uma única BTS que sirva esse local;
 - Possam existir duas ou três BTS que, como “melhores servidores”, sirvam uma determinada morada o que determina que em situações excepcionais poderá ser necessária a ligação do terminal a um máximo de três BTS.
- A determinação de uma única BTS poderá em situações específicas ter impacto na qualidade de serviço prestado. Por exemplo, no que

respeita à disponibilidade de sinal e ao grau de serviço (acessibilidade) poderão ser melhor assegurados quando são consideradas duas, no máximo três BTS.

É ainda de ter em conta que se colocam problemas de ordem prática para que na oferta do produto ao cliente o respectivo serviço seja imediatamente após a sua activação limitado na sua mobilidade em torno de uma (no máximo três) BTS; estas questões têm maior acuidade em zonas onde exista um maior número de estações de macro/micro/pico células, p. ex. em *hotspots* em zonas urbanas.

Em conclusão, existem questões operacionais que tornam dificilmente exequível a limitação da mobilidade do terminal em torno de uma (no máximo três) BTS no momento em que o serviço é activado.

Nesse sentido é razoável admitir que a NOVIS disponha de um intervalo de tempo, após a activação do serviço, por forma a restringir a área de mobilidade ao mínimo exequível. Considera-se que esse intervalo de tempo deve ser de 10 dias.

Tendo em vista o controlo deste tipo de situações os operadores, NOVIS e OPTIMUS, deverão manter um registo contendo todos os terminais e as BTS associadas para que, sempre que solicitados, prestem informação à ANACOM sobre o mesmo. O registo deverá conter, no mínimo, a seguinte informação:

- i. a morada declarada para acesso ao serviço pelo utilizador final;
- ii. o número de telefone do utilizador final;
- iii. a data da activação do serviço;
- iv. a identificação, incluindo as coordenadas geográficas³, da BTS ou excepcionalmente das BTS associadas ao terminal, após o seu processo de selecção.

³ Coordenadas geográficas em latitude, longitude (grau [°], minuto ['] e segundo ["]) e o sistema de georeferenciação.

A ANACOM, sempre que necessário, poderá requerer justificação técnica, sobre a necessidade de ligação a mais do que uma BTS, a qual deverá fundamentar-se nos parâmetros que serviram de base à identificação desta BTS.

5. Retomando as questões de numeração importa clarificar o entendimento da ANACOM sobre determinados aspectos focados na consulta.

Sendo certo que a ANACOM deseja um PNN flexível no sentido de acomodar novos serviços ou aplicações que requeiram numeração, já não entende como desejável uma atribuição “flexível” de recursos, pois que essa atribuição deve pautar-se sempre pelas mesmas regras, de preferência claras e bem definidas, e logo, em oposição a um conceito de flexibilidade. Que fique claro: flexibilidade é um requisito para a construção do PNN, não para a atribuição de recursos do PNN aos operadores/prestadores.

Assim, carece de oportunidade o exemplo apresentado pela SONAECOM com o PT Mobilé, porquanto o serviço se concretiza na existência num único equipamento das funcionalidades de dois terminais de rede (acesso fixo e móvel), cada qual com o seu ponto de terminação, e, conseqüentemente, no caso, com a sua identificação através de um número do PNN.

Ora, como já referido, a classificação de um serviço convirá ser feita em função das semelhanças que apresenta a serviços conhecidos, incluindo o tarifário de retalho que lhe é aplicado, e não pelo equipamento terminal utilizado no acesso a esse serviço.

Não deixa, contudo, de ser curioso que o Grupo PT argumente também na base do equipamento terminal, o qual sendo móvel no serviço notificado pela NOVIS a 7.12.04, evidenciaria que o serviço não poderia ser considerado de acesso em local fixo.

6. A SONAECOM apresenta, com o caso da E.212 para o serviço SMS da PTC, outro exemplo do que chama atribuição “flexível”.

De facto, a ANACOM efectuou uma reserva de um MNC – *Mobile Network Code* – para a PTC no sentido de viabilizar a interoperabilidade de serviços de mensagens curtas (SMS) com outros operadores. Contudo, essa reserva esteve condicionada a uma alteração da recomendação E.212 da UIT-T que não excluísse as redes fixas do seu âmbito de aplicação.

Neste contexto, merece referência a definição de MNC, a qual alterou de “...is second field of the IMSI and is two to three digits in length. The MNC, in combination with the MCC, uniquely identifies the home network of the mobile terminal or mobile user” para “...is second field of the IMSI and is two to three digits in length. The MNC, in combination with the MCC, uniquely identifies the home network of the mobile terminal or mobile user. The MNC may also uniquely identify a fixed or wireline network or a group of fixed or wireline networks that offer mobility services or for the purpose of achieving compatability with networks that have mobility services”.

Nestas condições, não houve a atribuição de um recurso exclusivo das redes móveis, mas antes a legítima aplicação de uma norma internacional, que não ancorou o critério de atribuição à semântica da expressão M(obile)NC – grafia da SONAECOM.

De realçar ainda duas diferenças de substância entre este caso e o serviço da NOVIS:

- i) No caso SMS a numeração era necessária para garantir a interoperabilidade de serviços, pedra de toque do REGICOM – artigo 63º, através de interligação entre redes;
- ii) O que distingue uma rede fixa de uma rede móvel é a natureza do acesso (fixo ou móvel) e não as características do core da rede o aspecto em causa no caso SMS.

IV. Questões de concorrência associadas

1. No que diz respeito à questão da não discriminação no acesso de outros operadores à rede de acesso móvel da OPTIMUS, questão colocada pela TELE 2, pela ONITELECOM, pela G9 e pela JAZZTEL, releva-se que no actual quadro regulamentar, as obrigações de não discriminação ou de negociação do acesso à rede só podem ser impostas, em princípio, aos operadores que tenham sido notificados com poder de mercado significativo (PMS) no mercado relevante. A OPTIMUS não tem, neste momento, PMS em nenhum mercado relevante, e como tal não é possível à ANACOM impor-lhe as referidas obrigações.

Nesse contexto, a OPTIMUS tem direito à liberdade de negociação das modalidades técnicas e comerciais de acesso e interligação, à semelhança dos outros operadores sem poder de mercado significativo, pelo que não lhe pode a ANACOM determinar que assegure a todas as empresas interessadas as mesmas condições de acesso.

Em termos de mercados retalhistas, o serviço apresentado pela Novis em 7.12.2004 afigura-se como susceptível de ser enquadrado nos mercados de acesso à rede telefónica pública num local fixo e de serviços telefónicos locais e/ou nacionais e internacionais publicamente disponíveis num local fixo, para clientes residenciais (isto é, os mercados 1, 3 e 4 da Recomendação da Comissão Europeia de 11 de Fevereiro de 2003). Nestes mercados, a NOVIS não tem poder de mercado significativo.

No tocante aos mercados grossistas, o serviço em causa não parece enquadrar-se *a priori* em qualquer dos 18 mercados relevantes definidos pela Comissão Europeia na Recomendação supra-mencionada.

A ANACOM, atendendo à fase “embrionária” em que se encontra este novo serviço, não dispõe de elementos que lhe permitam avaliar o

respectivo impacto nos mercados relevantes grossistas. Este serviço será, naturalmente, objecto de apreciação no decurso do processo de análise dos mercados relevantes, quando estiverem reunidas as condições que permitam à ANACOM dispor das informações necessárias à sua análise, nomeadamente relativas ao seu impacto junto dos consumidores finais e dos concorrentes.

Compete à ANACOM, como entidade reguladora nacional do sector das comunicações electrónicas, definir e analisar os mercados relevantes, declarar as empresas com poder de mercado significativo e determinar as medidas adequadas às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas (art.º 18.º da Lei n.º 5/2004).

2. No processo de análise dos mercados relevantes, a ANACOM tem considerado os produtos e/ou serviços aí disponibilizados igualmente em termos prospectivos.

Neste contexto, foram já analisados e notificados diversos mercados retalhistas e grossistas, no âmbito dos quais as possibilidades de substituição dos produtos fixos e móveis foram avaliadas.

No âmbito dos mercados retalhistas concluiu-se que os produtos fixos e móveis não têm um grau de substituição suficientemente elevado que justifique a integração dos produtos nos mesmos mercados. O aparecimento de um produto como o que está em análise não deverá, em princípio, alterar essa conclusão, uma vez que se trata de um serviço mais próximo, conforme referido, dos prestados através dos meios tradicionais em local fixo.

Quanto às alterações que decorrem da introdução da oferta de acesso grossista da OPTIMUS, estas poderão não ter qualquer efeito prático, pelo menos até que seja avaliado o impacto dos serviços retalhistas que a oferta em causa poderá sustentar, por forma a se poderem avaliar as

possibilidades de substituição entre o acesso móvel GSM e os meios de acesso fixos.

As análises dos mercados relevantes já efectuadas e presentemente em curso, serão naturalmente revistas quando a *Recomendação sobre Mercados Relevantes de Produtos e Serviços de Comunicações Electrónicas*⁴, da Comissão Europeia, for alterada, ou no prazo de 18 meses, ou ainda quando ocorrer um facto que altere significativamente as condições de concorrência.

No que se refere a esta última condição, é de referir que, atendendo a que o serviço proposto pela NOVIS não se encontra ainda a ser comercializado, a ANACOM não dispõe de elementos que lhe permitam avaliar correctamente o respectivo impacto nos mercados relevantes. Este serviço, tal como todos os serviços prestados no mesmo âmbito, serão naturalmente objecto de apreciação no decurso do processo de análise dos mercados relevantes, quando estiverem reunidas as condições que permitam à ANACOM dispor das informações necessárias à sua análise, nomeadamente relativas ao seu impacto junto dos utilizadores finais.

Finalmente, destaca-se que a conclusão do processo de análise dos mercados relevantes não deve impedir o desenvolvimento dos mercados e, conseqüentemente, o surgimento de novas ofertas/produtos. Pelo contrário, é obrigação da ANACOM contribuir para eliminar os obstáculos existentes à oferta de redes de comunicações electrónicas, de recursos e serviços conexos e de serviços de comunicações electrónicas.

3. Relativamente ao acesso grossista a redes móveis para a prestação de serviços móveis retalhistas – situação normalmente conhecida por MVNO e referida pela G9 e pela JAZZTEL –, a ANACOM encontra-se neste momento a elaborar a definição do mercado e análise de PMS correspondentes ao mercado relevante do “acesso e originação de chamadas nas redes telefónicas públicas móveis”.

⁴ Disponível em <http://www.anacom.pt/template20.jsp?categoryId=55017&contentId=87570>.

O calendário para a publicação das consultas e decisão final respectivas é conhecido publicamente e está disponível no *site* da ANACOM. Os efeitos resultantes desta nova oferta, se forem considerados relevantes para a análise desse mercado, não deixarão obviamente de ser tidos em consideração.

V. Protecção dos utilizadores

Ao contrário do que a PTC alega, as medidas preconizadas no ponto III.3 do projecto de decisão não são insuficientes para assegurar a prossecução dos objectivos que são conferidos à ANACOM pelas alíneas b) [e não a alínea a)⁵ como refere a PTC] e d) do nº 4 do artigo 5º da Lei nº 5/2004. Não se compreendem também as preocupações manifestadas no ponto 9. do documento de resposta da PTC.

1. Determina o projecto de decisão que a NOVIS apresente aos utilizadores finais informação clara e transparente sobre o serviço que se propõe disponibilizar. Não consta do projecto de decisão, nem em rigor deveria constar, cada uma das informações que, no caso, à NOVIS compete disponibilizar. Por isso apenas foi reiterada a necessidade de a NOVIS dar cumprimento a uma obrigação que já decorre da lei, indicando, exemplificativamente, dois dos aspectos que a ANACOM considerou adequado referenciar.

Com efeito, como resulta da expressão “nomeadamente” que antecede as alíneas a) e b) do nº 3 do ponto III do projecto de decisão, a indicação da zona de cobertura do serviço e o impacto ao nível de localização do chamador nas chamadas para o número 112 constitui, apenas, parte das informações que, dadas as características do serviço, se considerou necessário especificar.

⁵ A alínea a) confere à ARN a obrigação de assegurar que todos os cidadãos tenham acesso ao serviço universal

Em nenhum momento do projecto de decisão resulta que a NOVIS esteja isenta de assegurar o cumprimento de todas as regras fixadas na Lei n.º 5/2004, das obrigações de informação especificamente estabelecidas no Capítulo IV do Título III da Lei das Comunicações Electrónicas ou das disposições legais de âmbito geral aplicáveis à defesa dos direitos dos consumidores.

Como qualquer outra empresa habilitada a prestar serviços de comunicações electrónicas, a NOVIS está obrigada a assegurar a disponibilização de informação escrita sobre as condições de acesso e utilização do serviço⁶, a publicar e disponibilizar informações sobre a qualidade de serviço praticada⁷ ou dado que no caso é de um serviço telefónico que se trata, a publicar e disponibilizar o elenco das informações previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 47º do REGICOM.

É desnecessário e até contraproducente que, sempre que confrontada com uma nova oferta, a ARN indique, uma a uma, todas as informações que nos termos da Lei nº 5/2004 a empresa prestadora do serviço se encontra obrigada a disponibilizar. O cumprimento de todas as obrigações de informação que o legislador considerou necessário consagrar na lei é suficiente e adequado para que os utilizadores possam, de forma esclarecida e consciente, escolher os serviços de comunicações electrónicas que melhor servem para a satisfação das suas necessidades.

2. Porque a lei garante a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, a ANACOM não pode obstar à comercialização de uma oferta simplesmente porque a informação que sobre a mesma se disponibiliza é insuficiente, porque o serviço é diferente dos que anteriormente foram disponibilizados ou porque não se informa que o serviço não confere o acesso às funcionalidades que antes eram associadas ao serviço fixo de telefone, ou porque não publicita que, à semelhança do que sucede com qualquer telefone sem fios, o equipamento está sujeito a falhas de bateria ou de energia.

⁶ artigo 39º do REGICOM

⁷ Artigo 40º do REGICOM

Com efeito, não pode na decisão a proferir a ANACOM consagrar uma solução discriminatória pois nem os prestadores dos serviços telefónicos móveis estão adstritos a uma obrigação de informação idêntica à acima referida, nem os prestadores dos serviços telefónicos fixos estão vinculados a anunciar que os serviços que disponibilizam estão sujeitos a interrupções, que as redes podem estar congestionadas ou que a utilização de telefones sem fios está condicionada pela sua alimentação energética.

Não pode o regulador com tais fundamentos coarctar o desenvolvimento do mercado. Ao regulador cabe, como lhe impõe a Lei e os Estatutos, assegurar o correcto desenvolvimento do mercado. Por isso, para os casos em que se torna necessário, a Lei nº 5/2004 estabelece mecanismos que permitem a intervenção do regulador para assegurar uma adequada informação sobre a oferta dos serviços, quer através do exercício dos poderes que lhe são conferidos no âmbito do processo de aprovação de contratos de adesão (artigo 39º, nº 4 do REGICOM) quer pelo exercício dos poderes de supervisão que lhe são atribuídos pela Lei (cfr. artigos 110º, 111º e 112º).

Sempre se dirá também que a intervenção da ANACOM não impede nem obsta que, no uso dos poderes que lhe são conferidos, as entidades responsáveis pela defesa e protecção dos consumidores intervenham, sempre que se justifique para determinar a adopção de medidas necessárias à correcta e efectiva informação dos utilizadores dos serviços de comunicações electrónicas.

O projecto de decisão não é por isso insuficiente para assegurar o nível de protecção dos consumidores ou promover a prestação de informações claras aos consumidores sobre as condições de utilização dos serviços.

Em todo o caso, os direitos reconhecidos pela lei aos utilizadores justificam que a NOVIS assegure previamente à celebração de qualquer

contrato que estes tenham informação escrita sobre as condições de acesso e de utilização do serviço e naturalmente, sobre as limitações que lhe são inerentes.

3. Também não procede o argumento de que, ao admitir a oferta notificada em Dezembro de 2004, a ANACOM está a pôr em causa o princípio da igualdade ou a ameaçar a segurança jurídica fundamental para a protecção do consumidor e que impõe ao regulador uma auto-vinculação às condutas que anteriormente tenha adoptado.

Sob a perspectiva da protecção dos consumidores a deliberação de 26.11.2004 e o projecto de decisão adoptado em 10.12.2004 são absolutamente distintos.

Com efeito, foi para assegurar a defesa dos interesses dos cidadãos que procuram um serviço com as específicas características anunciadas pela NOVIS em 07.12.2004, que a ANACOM, como lhe impõe o objectivo de regulação fixado na alínea c) do nº 1 do artigo 5º da REGICOM admitiu não obstar ao lançamento deste serviço. No entanto, não deixou de acautelar a necessidade de assegurar uma eficaz protecção dos consumidores. Por isso entendeu viabilizar a oferta notificada em 07.12.2004, garantida que fosse a adequada informação dos utilizadores. Visou o regulador prevenir um dos comportamentos que em 26.11.2004 determinaram a interdição da comercialização do serviço.

4. Sobre as dúvidas suscitadas relativamente à aferição da qualidade do serviço a disponibilizar pela NOVIS no quadro do Projecto de Regulamento de Qualidade de Serviço, importa evidenciar que o processo de elaboração daquele Regulamento não se encontra ainda encerrado e, como tal, caso se justifique, a ANACOM poderá introduzir as alterações que considerar adequadas.

Ainda que assim não fosse, o próprio Regulamento prevê a possibilidade de os parâmetros que estabelece poderem ser alterados, aditados ou

complementados sempre que as necessidades do mercado, os desenvolvimentos a nível da harmonização e os objectivos de regulação a prosseguir pela Autoridade o justifiquem.

A ANACOM não exclui, portanto, a possibilidade de vir a adaptar a definição de “acesso” consagrada no projecto de Regulamento caso assim o justifiquem as específicas características da oferta que aqui está em causa. Esta solução é aliás consentânea com o que admite a “*Nota Explicativa da Recomendação da Comissão relativa aos Mercados Relevantes de Produtos e Serviços de Comunicações Electrónicas*”, na qual “*O mercado retalhista pode ser descrito, em termos gerais, como a oferta de ligação ou acesso (num local ou endereço fixo) à rede telefónica pública para a realização e/ou recepção de chamadas telefónicas e serviços conexos. Este acesso e estes serviços podem ser fornecidos por vários meios em função da empresa que fornece o serviço e da tecnologia utilizada. A tecnologia actualmente empregue são as redes telefónicas tradicionais que utilizam pares de fios metálicos entrelaçados. Os meios alternativos actuais são as redes de televisão por cabo que oferecem serviços telefónicos, as redes celulares móveis que foram adaptadas para a oferta de serviços em locais fixos e outras redes sem fios..” (o sublinhado não consta do documento original).*

Assim, salvaguardadas as possíveis alterações ao Regulamento de Qualidade de Serviço caso estas sejam consideradas justificadas, não se encontram impedimentos a que o referido Regulamento se aplique a esta oferta.

VI. Questões processuais

1. No que se refere à questão suscitada pelo Grupo PT – ausência dos pressupostos legais de que depende a fixação de um período de consulta pública inferior a 20 dias úteis -, o projecto de decisão da ANACOM evidencia claramente no seu nº 11 (“questões processuais”) as razões

que, de facto e de direito, presidiram à fixação, em 10 dias, do termo do prazo de resposta a oferecer no âmbito do procedimento de consulta prévia.

2. No que toca ao pretense carácter revogatório da deliberação de 26.11.2004 pela tomada em 10.12.2004, é de relevar que a primeira das deliberações não foi revogada tacitamente pela segunda.

Tratam-se de deliberações distintas, em razão de comunicações da NOVIS apresentadas em momento diferente e também distintas no seu objecto, conteúdo e factos – o que não deixa de ser patente e notório.

Com efeito, não obstante o alegado pelo Grupo PT, a comunicação apresentada pela NOVIS em 7.12.2004 reporta-se a um serviço que, pelas suas características, é distinto do comunicado pela empresa em 12.11.2004 (serviço então designado “Optimus Home”).

A deliberação da ANACOM de 26.11.2004 produziu os seus efeitos na data da sua regular notificação à NOVIS. E tanto assim é que a ANACOM deliberou em 21.12.2004 aplicar sanções pecuniárias compulsórias à NOVIS e OPTIMUS caso não cessassem a comercialização e publicitação do serviço designado ‘Optimus Home’, tal como determinado na deliberação de 26.11.2004 .

Com excepção do constante do seu nº 5, a deliberação da ANACOM de 10.12.2004 não é um acto definitivo – por se tratar de um acto preparatório de uma decisão final.

Em todo o caso, frize-se, esta última deliberação incide sobre um novo produto, ou seja, o serviço comunicado pela NOVIS em 7.12.2004.

Falece, pois, de razão o invocado pelo Grupo PT quanto a este aspecto.