

DECISÃO

Transmissão do direito de utilização de frequências BWA atribuído à F300 - Fiber Communications, S. A. para a ONITELECOM - Infocomunicações, S. A.

1. Pedido

Por comunicação recebida em 3 de dezembro de 2013 o Grupo ONI informou o ICP-ANACOM que pretendia proceder à fusão por incorporação da HUBGRADE, S. A. ("HUBGRADE") na KNEWON, S. A. ("KNEWON") e da F300 - Fiber Communications, S. A. ("F300") na ONITELECOM - Infocomunicações, S. A. ("ONITELECOM"), procedendo em ambos os casos à transferência total do património da sociedade incorporada para a sociedade incorporante. Por força destas fusões, as sociedades incorporadas serão extintas.

Para tanto o Grupo ONI alega que *«face ao atual quadro de instabilidade económica que Portugal tem atravessado nos últimos anos, marcado pelo agravamento da tendência recessiva, decidiu agora o Grupo Oni proceder à fusão de algumas das suas empresas, de forma a focalizar recursos nos seus principais eixos de atuação»*.

Assim, quanto à fusão da HUBGRADE na KNEWON, o Grupo ONI informa o seguinte:

- A KNEWON é uma empresa detida a 100% pela ONI SGPS, S. A. e que se encontra registada junto do ICP-ANACOM como prestador de serviços de comunicações eletrónicas, tendo-lhe sido emitida a Declaração ICP-ANACOM n.º 05/2011 para a prestação de serviço de acesso à Internet e serviços de *Data Centre*.
- A HUBGRADE é uma empresa detida a 100% pela ONI SGPS, S.A. que não oferece redes ou serviços de comunicações eletrónicas, procedendo antes à integração e implementação de soluções prestadas por outras empresas do Grupo Oni ou seus parceiros, pelo que não se encontra registada junto do ICP-ANACOM.

- Este processo de fusão por incorporação não implica nenhuma alteração do âmbito de atividade da KNEWON do ponto de vista da prestação de serviços de comunicações eletrónicas, não afetando assim o registo junto do ICP-ANACOM nem a Declaração já emitida, pelo que a fusão é comunicada a título informativo.

Relativamente à fusão da F300 na ONITELECOM, o Grupo refere que:

- A ONITELECOM, empresa detida a 100% pela ONI SGPS, S. A., é titular da licença de Operador de Redes Públicas n.º ICP-05/99-RPT, bem como de outras licenças e autorizações emitidas pelo ICP-ANACOM. A empresa tem por objeto o estabelecimento, a gestão e a exploração de infraestruturas e sistemas de telecomunicações, a prestação de serviços de telecomunicações, bem como o exercício de quaisquer atividades que sejam complementares, subsidiárias ou acessórias daquelas, diretamente ou através de constituição ou participações em sociedades.
- A F300, igualmente detida a 100% pela ONI SGPS, S. A., celebrou em 2009 com a ONITELECOM contratos de cessão do direito de utilização de infraestruturas de fibra ótica e em 2011 registou-se junto do ICP-ANACOM como prestador de redes e serviços de comunicações eletrónicas, tendo-lhe sido emitida a Declaração ICP-ANACOM n.º 06/2011 para a oferta de uma rede pública de comunicações eletrónicas e de serviços de transmissão de dados acessíveis ao público.
- Posteriormente, o direito de utilização de frequências (DUF) para sistemas BWA, adquirido em 2010 pela ONITELECOM no Leilão BWA, foi transferido para a F300 (Averbamento n.º 1 ao DUF ICP-ANACOM n.º 05/2010).
- A fusão por incorporação da F300 na ONITELECOM não irá alterar o âmbito de atuação desta última em termos da oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas disponíveis ao público, dado que a ONITELECOM também está autorizada a oferecer redes públicas de comunicações eletrónicas e serviços de transmissão de dados acessíveis ao público.

Pretendendo concluir os referidos processos de fusão antes do final de dezembro de 2013, o Grupo ONI vem então requerer, previamente à conclusão do processo de fusão e nos termos do artigo 37.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, e do n.º 5 do artigo 33.º do Regulamento n.º 427/2009, de 29 de outubro, a transferência,

num prazo compatível, do DUF ICP-ANACOM n.º 05/2010, bem como da licença radioelétrica n.º 514540 (rede pública para acesso de banda larga via rádio - BWA), para a ONITELECOM.

2. Enquadramento

2.1. Lei das Comunicações Eletrónicas (LCE)

A LCE (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro¹) estabelece no seu artigo 34.º que é admissível a transmissão dos direitos de utilização de frequências entre empresas, de acordo com as condições associadas a esses direitos de utilização e com os procedimentos estabelecidos no citado artigo, sempre que a transmissão desses direitos não seja expressamente interdita pela Autoridade Reguladora Nacional (ARN – o ICP-ANACOM) e publicitada no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF).

Neste domínio, incumbe ao ICP-ANACOM garantir que:

- a) a intenção de transmitir direitos de utilização, bem como a concretização da transmissão são tornadas públicas;
- b) a transmissão não provoca distorções de concorrência, designadamente pela acumulação de direitos de utilização;
- c) as frequências sejam utilizadas de forma efetiva e eficiente;
- d) a utilização a que estão destinadas as frequências é respeitada sempre que a mesma tenha sido harmonizada mediante a aplicação da Decisão n.º 676/2002/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março (decisão espectro de radiofrequências), ou outras medidas comunitárias;
- e) as restrições previstas na lei em matéria de televisão e rádio sejam salvaguardadas.

Para tanto e de acordo com o disposto no n.º 6 do citado preceito, compete ao ICP-ANACOM pronunciar-se, no prazo máximo de 45 dias, sobre a intenção e condições da transmissão que lhe devem ser previamente comunicadas, podendo opor-se à transmissão de direitos de utilização projetada, bem como impor condições necessárias ao cumprimento dos requisitos elencados no parágrafo anterior.

¹ Alterada e republicada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, e posteriormente alterada pelas Leis n.º 10/2013, de 28 de janeiro, e n.º 42/2013, de 3 de julho.

O silêncio do ICP-ANACOM, após o decurso do referido prazo de 45 dias, vale como não oposição à transmissão dos direitos de utilização, mas não dispensa a obrigação de comunicação da transmissão concretizada.

Neste âmbito, o ICP-ANACOM deve solicitar parecer prévio à Autoridade da Concorrência (AdC), o qual deve ser emitido no prazo de 10 dias contado da respetiva solicitação, podendo ser prorrogado em casos cuja complexidade o justifique.

Releve-se ainda que a transmissão dos direitos de utilização de frequências não suspende, nem interrompe o prazo pelo qual estes foram atribuídos, mantendo-se aplicáveis, após a transmissão, as condições que lhes estão associadas, salvo decisão em contrário da ARN (n.ºs 9 e 10 do artigo 34.º).

2.2. Regulamento do Leilão para a atribuição de Direitos de Utilização de Frequências para o BWA

O Regulamento n.º 427/2009, de 29 de outubro, retificado pela Declaração n.º 2930/2009, de 27 de novembro (Regulamento Leilão BWA)², estabelece no n.º 5 do artigo 33.º que «*Os direitos de utilização de frequências atribuídos só podem ser transmitidos pelos respectivos titulares, atento o disposto no artigo 37.º³ da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, e decorrido um prazo de 2 anos contado a partir da data de início da exploração comercial dos serviços mediante a efectiva utilização das frequências que lhe foram consignadas, salvo motivo devidamente fundamentado e como tal reconhecido pelo ICP-ANACOM*».

2.3. Regime aplicável ao licenciamento de redes e estações de radiocomunicações

De acordo com o artigo 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 264/2009, de 28 de setembro (regime aplicável ao licenciamento de redes e estações radiocomunicações e à fiscalização da instalação das referidas estações e da utilização do espectro radielétrico) as licenças de rede ou de estação são transmissíveis.

² Disponível em <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=988225>

³ Artigo 34.º na atual redação da LCE.

A entidade à qual for transmitida a licença assume todos os direitos e obrigações a esta inerentes, sendo que a transmissão de uma licença de rede implica a transmissão das licenças das estações que a integrem, quando existentes.

Também aqui cabe ao ICP-ANACOM pronunciar-se, no prazo máximo de 45 dias, sobre o conteúdo da comunicação, podendo opor-se à transmissão das licenças ou impor as condições necessárias à gestão ótima do espectro, designadamente a utilização efetiva e eficiente das frequências e a inexistência de distorções de concorrência.

A transmissão de licenças de rede e de estação não suspende nem interrompe o prazo pelo qual foram atribuídas as licenças.

3. Antecedentes

Por deliberação de 28 de abril de 2010, o ICP-ANACOM decidiu, nos termos legais e regulamentares aplicáveis, homologar a proposta submetida pela Comissão nomeada para a realização do Leilão BWA de atribuir à ONITELECOM - Infocomunicações, S. A. (e também à BRAVESENSOR - Unipessoal, Lda.) os direitos de utilização de frequências para o BWA - <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1024285>.

Por deliberação de 16 de setembro de 2010, o ICP-ANACOM decidiu emitir o título que consubstancia os direitos de utilização de frequências atribuídos à ONITELECOM para a exploração de sistemas de BWA - direito de utilização de frequências (DUF) n.º 05/2010 (<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1051033>).

Em 26 de maio de 2011, o ICP-ANACOM autorizou a ONITELECOM a transmitir para a titularidade da F300 o DUF n.º 05/2010 que lhe foi atribuído para a exploração de sistemas de BWA – <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1087088> – ficando a F300 obrigada a garantir que as frequências consignadas para o BWA seriam utilizadas o mais tardar até 16 de setembro de 2012.

Nesta decisão entendeu-se que, «*não tendo ainda começado a correr o prazo de 2 anos a partir do qual vigora a regra da livre transmissão*», a autorização para transmissão do DUF só podia ser deferida caso o ICP-ANACOM reconhecesse como válida e procedente a motivação subjacente ao pedido. Assim, considerando que a transmissão a) apresentava um impacto exclusivamente interno ao nível da Oni, SGPS, b) não era suscetível de distorcer a concorrência no mercado (tal como assinalou também a AdC), c)

não punha em causa a afetação das frequências a serviços acessíveis ao público que, no retalho, seriam prestados pela ONITELECOM e d) não prejudicava o lançamento de serviços suportados no BWA, nem comprometia a efetiva e eficiente utilização das frequências consignadas, o ICP-ANACOM considerou que não existiam, de facto e de direito, razões que obstaculizassem ou desaconselhassem a que a mesma não fosse autorizada.

Em 26 de julho de 2012 e relativamente a um anterior pedido (de 26 de abril de 2012) de alargamento do prazo para lançamento de oferta comercial suportada em rede BWA (que não chegou a concretizar-se), a F300 veio informar que *«foi adjudicado, por um cliente, um contrato de 3 anos para a prestação de serviços suportados nas frequências constituintes do DUF. A entrada da operação dos serviços contratados está prevista para data anterior à data limite de 16 de setembro de 2012»*.

4. Diligências promovidas

Considerando que a operação de fusão da F300 na ONITELECOM seria concretizada através da transferência global do património de uma empresa para a outra (mediante uma fusão por incorporação), verificou-se que a mesma envolveria, como tal, a transmissão para a ONITELECOM do DUF de que a F300 é titular; transmissão essa que o Grupo ONI solicitou, previamente à conclusão do processo de fusão e devidamente enquadrada nos termos da LCE e do Regulamento do Leilão BWA.

Neste contexto, em cumprimento do disposto na alínea a) do n.º 5 do artigo 34.º da LCE, o ICP-ANACOM publicitou no respetivo *site* a intenção da F300 de transmitir para a ONITELECOM o direito de utilização de frequências para a exploração de sistemas de Acesso de Banda Larga Via Rádio (BWA) de que a mesma é titular (<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1187167>).

E, nos termos previstos no artigo 34.º, n.º 7 da LCE, solicitou a pronúncia à AdC, a qual concluiu, de acordo com a sua comunicação recebida em 16 de janeiro de 2014, que a projetada transmissão ocorre no âmbito de um processo de reestruturação interna do Grupo Oni, desenvolvido com base em duas fusões por incorporação que envolvem quatro empresas do grupo (...) as quatro sociedades acima identificadas constituem uma única empresa na aceção do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (...), pelo que não se afigura que a pretensão do Grupo Oni transmitida a esta Autoridade seja

suscetível de provocar distorções da concorrência, em particular no que concerne à criação de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

5. Análise

Tendo presente o que se estabelece n.º 5 do artigo 33.º do Regulamento Leilão BWA (de acordo com o qual o DUF em apreço só *pode ser transmitido decorrido um prazo de 2 anos contado a partir da data de início da exploração comercial dos serviços mediante a efectiva utilização das frequências que lhe foram consignadas, salvo motivo devidamente fundamentado e como tal reconhecido pelo ICP-ANACOM*), bem como os dados disponíveis no ICP-ANACOM, decorrentes das respostas das empresas ao Questionário Anual de Comunicações Eletrónicas de 2013 e do licenciamento radioelétrico da rede BWA requerido pela F300, conclui-se que não se verifica a condição temporal estabelecida como regra para a transmissão do DUF.

Assim sendo, resta então apurar se, à semelhança do anterior processo de transmissão deste mesmo DUF, se verifica a exceção nos termos previstos na parte final do n.º 5 do artigo 33.º do Regulamento Leilão BWA, de acordo com a qual a transmissão pode ocorrer em prazo inferior desde que sustentada em *motivo devidamente fundamentado e como tal reconhecido pelo ICP-ANACOM*.

Constatando-se que a operação de fusão por incorporação da F300 na ONITELECOM envolve a transmissão de um direito de utilização de frequências entre empresas de um mesmo grupo económico, considera-se que a mesma, tendo um impacto exclusivamente interno ao Grupo ONI, (i) não é suscetível de provocar distorções de concorrência no mercado, designadamente pela acumulação de direitos de utilização, (ii) não compromete a efetiva e eficiente utilização das frequências, (iii) não contende com a afetação das frequências a serviços acessíveis ao público, (iv) nem prejudica a manutenção da oferta de serviços suportados no BWA.

Adicionalmente, realça-se que a AdC se pronunciou no sentido de que *não se afigura que a pretensão do Grupo Oni transmitida a esta Autoridade seja suscetível de provocar distorções da concorrência, em particular no que concerne à criação de entraves significativos à concorrência efetiva no mercado nacional ou numa parte substancial deste*

Neste contexto, o ICP-ANACOM não se opõe à transmissão do DUF ICP-ANACOM n.º 5/2010, nem verifica a necessidade de impor quaisquer condições para assegurar o cumprimento do disposto no n.º 5 do artigo 34.º da LCE.

Por identidade de razões, nada obsta também à transmissão da licença radioelétrica n.º 514540 (rede pública para acesso de banda larga via rádio – BWA).

A concretização da operação de fusão por incorporação e os efeitos que da mesma decorrem implicam ainda a correspondente regularização do registo das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas que ao ICP-ANACOM compete disponibilizar e manter atualizado, nos termos dos artigos 21.º, 21.º - A e 120.º da LCE.

Por fim, considerando que os elementos constantes do procedimento conduzem a uma decisão que é favorável às interessadas e que vai no sentido do que foi requerido, igualmente se entende que pode ser dispensada a audiência prévia da F300 e da ONITELECOM, nos termos previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo.

7. Decisão

Assim, no âmbito das atribuições previstas nas alíneas c) e f) do artigo 6.º dos seus Estatutos, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de dezembro, e ao abrigo do n.º 5 do artigo 33.º do Regulamento Leilão BWA, do artigo 21.º-A e do artigo 34.º, n.º 6 da Lei das Comunicações Eletrónicas, do artigo 14.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 151-A/2000, de 20 de julho, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 264/2009, de 28 de setembro, e da alínea l) do artigo 26.º dos seus Estatutos, o **Conselho de Administração do ICP-ANACOM entende deliberar** o seguinte:

1. Não se opor, nem impor quaisquer condições à transmissão, para a titularidade da ONITELECOM - Infocomunicações, S. A. do direito de utilização de frequências BWA da F300 - Fiber Communications, S. A.
2. Não se opor, nem impor condições à transmissão, para a titularidade da ONITELECOM - Infocomunicações, S. A. da licença radioelétrica n.º 514540, atribuída à F300 - Fiber Communications, S. A.

3. Determinar à F300 - Fiber Communications, S. A. e à ONITELECOM - Infocomunicações, S. A. que, em cumprimento do n.º 8 do artigo 34.º da LCE, comuniquem ao ICP-ANACOM a concretização da transmissão em apreço para que esta Autoridade possa promover as seguintes diligências:

- a) O averbamento da correspondente alteração da titularidade no direito de utilização de frequências n.º 05/2010 e na licença radioelétrica n.º 514540;
- b) Cancelamento da inscrição da F300 no registo das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas;
- c) Alteração do teor da inscrição da ONITELECOM no registo das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas, de forma a abranger os serviços que passará a oferecer na decorrência do processo de fusão por incorporação da F300.

4. Dispensar a audiência prévia das interessadas, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo.

Lisboa, 6 de fevereiro de 2014.