CONSULTA PÚBLICA

TRANSPOSIÇÃO DO CÓDIGO EUROPEU DAS COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS

CONTRIBUTOS DA OMTEL – ESTRUTURAS DE COMUNICAÇÕES, S.A.

Lisboa, 13 janeiro de 2020

I. INTRODUÇÃO E ENQUADRAMENTO

1. Em 26.11.2019, a Autoridade Nacional de Comunicações ("**ANACOM**") deu início a uma Consulta Pública sobre a Transposição do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas ("**Consulta Pública**"), que decorre até ao dia 13.01.2020.

2. No âmbito da referida Consulta Pública, a ANACOM pretende recolher os comentários, reflexões e preocupações de todas as partes interessadas neste processo, com vista a elaborar um anteprojeto de transposição da Diretiva (UE) 2018/1972, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas ("**CECE**")[1].

3. Embora ainda não exista um anteprojeto de transposição do CECE[2], a ANACOM solicita o envio de comentários sobre diferentes temáticas, de acordo com o seguinte elenco:

   (i) Quadro institucional, mecanismos de consulta, resolução de litígios, medidas de harmonização e publicação de informações;

   (ii) Autorização geral, direitos e condições;

   (iii) Espectro radioelétrico;

   (iv) Consolidação do mercado interno, obrigações de acesso e interligação, análises de mercado e controlos retalhistas;

   (v) Serviço universal e serviços obrigatórios;

   (vi) Segurança e emergência;

   (vii) Direitos dos utilizadores e resolução extrajudicial de litígios; e

   (viii) Prestação de informações, supervisão, fiscalização e sancionamento.

4. A OMTEL — Estruturas de Comunicações, S.A. ("**OMTEL**") gostaria de começar por congratular a ANACOM por esta iniciativa, que permite uma intervenção alargada, por parte dos vários

[1] De acordo com a informação publicamente disponível, a preparação desse anteprojeto de transposição foi expressamente solicitada pelo Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações.

[2] De acordo com o artigo 124.º do CECE, este diploma deverá ser transposto para a ordem jurídica nacional até 21.12.2020. Até lá, e estando o CECE já em vigor (artigo 126.º), os Estados-Membros devem abster-se de implementar medidas que possam contrariar os seus objetivos.

agentes e intervenientes no ecossistema das comunicações eletrónicas, sobre um tema, a transposição do CECE, que reputa de importância essencial para o futuro deste sector.

5. O CECE corresponde a um esforço significativo das instituições europeias na modernização, refundação e, até, codificação do quadro legislativo da União Europeia. Este diploma constitui um novo paradigma de regulação e, como tal, uma adequada, correta e atempada transposição para o direito nacional é fundamental para endereçar corretamente os desafios do mercado para os próximos anos.

6. A participação alargada, neste momento e em futuras intervenções, dos diferentes agentes e intervenientes, sejam ou não operadores de comunicações eletrónicas, constitui, no entender da OMTEL, um aspeto chave para o sucesso do processo de transposição do CECE. De forma a robustecer o resultado final, os comentários, reflexões e preocupações dos diferentes agentes e intervenientes no ecossistema das comunicações eletrónicas devem ser tidos em consideração neste processo.

7. Neste contexto, a OMTEL vem através deste documento apresentar os seus contributos para o anteprojeto de transposição do CECE.

8. Tal como melhor explicado abaixo, a principal preocupação da OMTEL, neste momento, diz respeito à falta de harmonização entre as regras aprovadas no Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio ("**DL 123/2009**") e o quadro jurídico das comunicações eletrónicas na União Europeia ("**UE**"), nomeadamente no que diz respeito à sujeição de empresas sem Poder de Mercado Significado ("**PMS**") e que apenas têm operações grossistas, como é o caso da OMTEL, a um regime prescritivo de acesso que inclui uma obrigação de controlo de preços.

9. Essa falta de harmonização materializa-se numa inconsistência, grave e profunda, entre o quadro aprovado pelo DL 123/2009 e o quadro constante da Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro ("**Lei das Comunicações Eletrónicas**" ou "**LCE**"), mas fica mais evidente e notória com o CECE, que veio prever que a obrigação de controlo de preços apenas possa ser imposta a empresas com PMS, que estejam verticalmente integradas e que atuem num mercado relevante, prevendo inclusivamente um regime regulatório mais favorável para as chamadas empresas unicamente grossistas.

10. Desta forma, e em linha com o determinado no recente Despacho n.º 303/2020, de 9 de janeiro, do Senhor Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações, a OMTEL considera que a transposição do CECE deve ser aproveitada para promover uma revisão mais global do quadro jurídico das comunicações eletrónicas em Portugal, em particular do DL 123/2009 e, em concreto, para corrigir esta disfunção. A OMTEL está convencida que só desta forma se assegura a necessária harmonização e coerência do sistema jurídico-regulatório vigente em Portugal, em linha com o preceituado na UE.

11. Embora não se pretenda, no presente documento, tecer considerações específicas sobre artigos concretos do CECE ou sobre o modo de transposição dos mesmos para o direito nacional, o contributo da OMTEL prende-se efetivamente com o tema identificado na alínea (iv) do ponto 3 acima, *i.e.*, nas matérias de "*consolidação do mercado interno, obrigações de acesso e interligação, análises de mercado e controlos retalhistas*", referentes ao disposto nos artigos 22.º, 32.º a 34.º, 59.º a 83.º, em especial no que toca ao quadro de imposição de obrigações de acesso e de controlo de preços.

12. Uma última nota para salientar que os contributos incorporados no presente documento estão em linha com e assumem o já veiculado à ANACOM por comunicação de 22.05.2019. São, além disso, de natureza preliminar e não prejudicam futuras intervenções da OMTEL neste processo, nomeadamente aquando da publicação de um anteprojeto ou projeto de transposição do CECE, em relação ao tema aqui especificamente tratado ou em relação a outros aspetos.

II. PONTO PRÉVIO: A ATIVIDADE DA OMTEL

13. A OMTEL é a primeira empresa independente em Portugal proprietária de uma rede de infraestruturas passivas, adequadas à instalação e suporte de equipamentos de comunicações eletrónicas. A OMTEL é proprietária de um portfolio de cerca de 3000 torres e mastros em todo o território nacional. Tais infraestruturas servem de suporte a antenas e outros equipamentos *wireless* de operadores de comunicações eletrónicas (entre outras entidades), permitindo a estas entidades aumentar a cobertura e capacidade da sua rede e responder eficazmente à procura de serviços de comunicações eletrónicas.

14. A missão da OMTEL é contribuir para o desenvolvimento do setor das comunicações em Portugal, tanto nas zonas urbanas densamente povoadas, como nas zonas rurais, através da disponibilização de acesso às suas infraestruturas a todas as empresas de comunicações

eletrónicas que o pretendam, de uma forma transparente e neutra. As infraestruturas da OMTEL proporcionam aos operadores de redes de comunicações eletrónicas condições para o aumento das velocidades e cobertura da sua rede, o que é de importância crucial para o desenvolvimento económico e para a coesão territorial do país, nomeadamente, no contexto atual do pré-lançamento da tecnologia 5G, vital para o futuro do país.

15. A OMTEL é uma entidade totalmente independente e não verticalmente integrada que não detém uma rede nem presta serviços de comunicações eletrónicas. A sua operação é unicamente grossista, não tem qualquer relação com utilizadores finais e centra o seu o modelo de negócio na prestação de serviços de alojamento e na maximização do acesso às suas infraestruturas pelos operadores de comunicações eletrónicas.

16. A OMTEL desenvolve uma atividade que, por natureza, está alinhada e viabiliza os objetivos de política setorial que conduziram, no passado, à imposição de obrigações de acesso e tem todos os incentivos para promover a utilização das suas infraestruturas e para aplicar preços que atraiam o maior número de clientes possível. O sucesso do seu modelo de negócio requer a atração do maior número possível de utilizadores nas suas infraestruturas, numa base igualitária e neutral.

III. CONTRIBUTOS DA OMTEL SOBRE A CONSOLIDAÇÃO DO MERCADO INTERNO, OBRIGAÇÕES DE ACESSO E INTERLIGAÇÃO, ANÁLISES DE MERCADO E CONTROLOS RETALHISTAS

II.1. Reflexões gerais sobre os fundamentos de imposição de mecanismos de regulação

17. O CECE procede a uma profunda revisão do normativo aplicável às comunicações eletrónicas no âmbito da UE. A transposição deste novo diploma implicará alterações substanciais (ou mesmo a revogação) da Lei das Comunicações Eletrónicas, mas não deve deixar também de implicar alterações na demais legislação setorial que, de uma forma ou outra, impacte no contexto da regulação deste setor e que não se mostre conforme com o CECE e demais direito europeu, como é o caso do DL 123/2009.

18. No entender da OMTEL, o processo de transposição do CECE é o momento oportuno e ideal para rever e repensar todo o enquadramento jurídico das comunicações eletrónicas em Portugal. Deverá ter como objetivos centrais: (i) garantir uma correta articulação entre os diversos diplomas relevantes; (ii) assegurar clareza e certeza jurídica para os agentes e intervenientes do

ecossistema das comunicações eletrónicas e (iii) promover uma interação adequada entre as diferentes modalidades e instrumentos de regulação.

19. A OMTEL regista de forma positiva que esta parece ser a intenção do Governo. Através do recente Despacho n.º 303/2020, de 9 de janeiro, do Senhor Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações, foi criado (n.º 1) o "*grupo de trabalho com o objetivo de proceder ao estudo e à análise da nova legislação das comunicações eletrónicas e a elaborar um anteprojeto legislativo que proceda à transposição do Código Europeu das Comunicações Eletrónicas e pondere a inclusão e consolidação da demais legislação setorial*" (destaque nosso).

20. O n.º 5 do referido Despacho determina igualmente que "*o grupo de trabalho deve concluir os seus trabalhos até 30.05.2019, com a entrega ao Governo do anteprojeto legislativo que transponha para o ordenamento jurídico o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas e reveja a demais legislação nacional relevante para a sua consolidação num instrumento legislativo único, bem como dos demais documentos necessários à submissão da proposta de lei*" (destaque nosso).

21. Portanto, é pedido ao grupo de trabalho recentemente criado que, *por um lado*, pondere a inclusão da legislação setorial dispersa num único diploma e, *por outro lado*, que reveja, consolide e, forçosamente, assegure a necessária consistência dos diversos instrumentos legislativos já existentes.

22. Esta reflexão não pode deixar de considerar, no entender da OMTEL, os objetivos de política regulatória que estão subjacentes ao CECE, bem como as diferentes dimensões da regulação e as necessárias diferenças que devem existir entre elas.

23. Quanto ao primeiro tópico (objetivos de política regulatória), é de assinalar que o CECE mantém o trilho de *progressiva redução de imposição de obrigações regulatórias ex ante* e de *focalização dos mecanismos de intervenção em mercados ou serviços cada vez mais específicos* do setor das comunicações eletrónicas.

24. O CECE vem assim continuar e aprofundar o objetivo de "*reduzir progressivamente a regulação ex ante específica do setor para acompanhar a evolução da concorrência nos mercados e, em última análise, para assegurar que as comunicações eletrónicas sejam regidas exclusivamente pela lei da concorrência. Considerando que, nos últimos anos, os mercados das comunicações*

eletrónicas revelaram uma forte dinâmica competitiva, é essencial que apenas sejam impostas obrigações regulatórias ex ante nos casos em que não exista uma concorrência efetiva e sustentável nos mercados em causa"[3].

25. Três pequenos exemplos permitem ilustrar o caminhado traçado pelo CECE para concretização dos referidos objetivos de política regulatória:

    (i) Previsão de novas regras para as designadas "*redes de capacidades muito elevada*", tendo por base um tratamento regulatório mais benéfico para o investimento nesse tipo de ativos (cf. artigo 76.º);

    (ii) Maior flexibilidade dos instrumentos regulatórios a utilizar pelas Autoridades Reguladoras Nacionais ("**ARN**"), nomeadamente pela possibilidade estendida às empresas com PMS de apresentarem compromissos relativos a condições de acesso ou de coinvestimento e assim mitigarem a imposição de obrigações regulamentares *ex ante* (cf. artigo 79.º); e

    (iii) Enquadramento regulatório mais benevolente para empresas exclusivamente grossistas, com restrições ao nível de menu de remédios que as ARN podem aplicar a estas entidades (cf. artigo 80.º).

26. No entender da OMTEL, ao elaborar o anteprojeto de transposição do CECE não se deve desconsiderar ou minimizar estes objetivos de regulação. Pelo contrário, deve assegurar-se que na revisão das modalidades e instrumentos de regulação existe uma adequada conciliação entre os poderes e meios de intervenção concedidos à ANACOM, nos diversos diplomas setoriais, e as reais preocupações de concorrência e de regulação que estão subjacentes ao CECE.

27. A este propósito, a OMTEL considera que deve ser mantido presente que a regulação não existe (ou não pode existir) como um fim em si mesmo. A regulação existe para corrigir falhas de mercado ou para colmatar problemas a que o funcionamento normal do mercado não permite dar resposta. Fora destas situações, a ingerência de mecanismos regulatórios deve ser suprimida ou evitada, dando-se, então, relevo à aplicação dos tradicionais mecanismos jusconcorrenciais (regulação *ex post*).

[3] Considerando 29 do CECE.

28. Serve esta breve nota para referir que a imposição de regulação a empresas como a OMTEL que, por natureza, são indutoras da concorrência e promovem os objetivos de regulação, é naturalmente injustificada e desproporcional. Uma empresa que, como a OMTEL, não está presente no nível retalhista da cadeia de valor, tem todos os incentivos para disponibilizar acesso às suas infraestruturas e para aplicar preços que atraiam o maior número de clientes possível. Não estamos, pois, perante o cenário de ausência de incentivos concorrenciais que tipicamente justifica uma intervenção do legislador (ou do regulador) para, designadamente, evitar o risco de preços excessivos ou de esmagamento dos preços.

29. Ao preparar o anteprojeto de transposição do CECE, a OMTEL considera que não se pode deixar de questionar quais os problemas ou falhas (reais) de mercado que se pretende endereçar ou mitigar, devendo estas ser *condição de existência* e *medida de intensidade* da regulação que venha a ser mantida ou imposta.

30. Quanto ao segundo tópico (diferentes dimensões de regulação), é comum distinguir-se entre *regulação simétrica*, correspondente a um feixe de obrigações e deveres menos intrusivos, genericamente aplicáveis a qualquer entidade com atividade no setor, e *regulação assimétrica*, correspondente a mecanismos de regulação mais intrusivos e exigentes, que são aplicáveis a apenas algumas entidades, atendendo e dependendo necessariamente da detenção de posição dominante no mercado.

31. O fundamento da regulação simétrica é a certeza, previsibilidade e segurança jurídica para todos os intervenientes no mercado, em matérias que assim o justifiquem, enquanto o fundamento da regulação assimétrica é, e tem sido assim no setor das comunicações eletrónicas pelo menos desde 2002, a existência de PMS.

32. Este fator (poder de mercado) é a especial justificação para uma intervenção mais intensa sobre uma determinada entidade (que envolve tipicamente uma compressão dos seus direitos de propriedade e de livre iniciativa privada), o que se percebe, uma vez que a existência de PMS corresponde a uma ameaça ao funcionamento equilibrado do mercado e ao salutar desenvolvimento da concorrência no mesmo, comportando, pelo menos em teoria, riscos que, precisamente, a regulação (económica) pretende prevenir, controlar ou eliminar.

33. Daqui decorre que o enquadramento jurídico das comunicações eletrónicas, considerando os diversos diplomas que contribuem para o mesmo, deve assegurar, em cada momento, a

existência de diferenças materiais e concretas entre estas diferentes dimensões de regulação. É manifestamente contrário aos fundamentos da regulação admitir que a regulação simétrica atinja um resultado ou uma solução regulatória que só seria admissível através da regulação assimétrica[4].

34. De notar que o quadro jurídico das comunicações eletrónicas ao nível da UE propugna (como propugnava já) esta distinção — o CECE reserva as obrigações regulatórias mais intensas para as empresas que atuem num determinado mercado relevante e que tenham sido identificadas como detendo PMS («regulação assimétrica»), enquanto a Diretiva 2014/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, 15 de maio (a chamada *Broadband Cost Reduction Directive* ou "**BCRD**"), que aprova medidas destinadas a reduzir o custo de implantação de redes de comunicações eletrónicas («regulação simétrica»), não prevê, tão pouco sequer permite, obrigações tão intensas como as que podem ser impostas ao abrigo do CECE.

35. Esta distinção perdeu-se no regime nacional atualmente em vigor, uma vez que, como referido, o DL 123/2009, que deveria apenas prever mecanismos de regulação simétrica, acaba por incluir soluções, nomeadamente ao nível de controlo de preços - em particular, uma obrigação de orientação dos preços para os custos - que só deveriam ser admissíveis num quadro de regulação assimétrica.

36. No entender da OMTEL, dever-se-á aproveitar o momento de transposição do CECE para voltar a garantir que existe uma efetiva diferença entre estas duas dimensões de regulação e que se corrigem as disfunções atualmente existentes no quadro jurídico nacional, disfunções que o CECE veio evidenciar mais claramente, conforme veremos melhor de seguida.

II.2. Preocupações específicas da OMTEL sobre as obrigações de acesso e de controlo de preços

37. No contexto explicado anteriormente, a OMTEL tem sérias preocupações relativas ao regime atualmente em vigor no DL 123/2009 e à respetiva interação com a LCE e com o CECE.

[4] Cumpridos que estivessem todos os requisitos de que depende a imposição de obrigações regulatórias neste âmbito, desde logo a integração de uma empresa num mercado relevante e também a existência de PMS.

38. Tais preocupações prendem-se, conforme foi explicado na carta de 22.05.2019, com a aparente sujeição da OMTEL ao regime do DL 123/2009, e, em especial, a aparente sujeição a uma obrigação de controlo de preços.

39. Com efeito, numa interpretação puramente literal das regras constantes do DL 123/2009, nomeadamente do disposto na parte final da alínea d) do artigo 2.º, poder-se-ia concluir que empresas como a OMTEL estão sujeitas ao regime previsto neste diploma (artigos 13.º e segs.) e, em particular, à obrigação de orientação dos preços para os custos prevista no artigo 19.º. No entender da OMTEL, tal conclusão seria, já hoje, incompatível com o normativo atualmente vigente na UE e, seguramente, seria contrária aos objetivos de política regulação subjacentes ao CECE.

40. Embora a OMTEL tenha razões para acreditar que tal interpretação literal deve, já no presente, ser afastada — por motivos que se prendem com a necessária compatibilidade do DL 123/2009 com o Direito da União (sob os auspícios dos princípios do primado e da interpretação conforme), mas também por razões de conformidade com a própria Constituição da República Portuguesa (violação dos direitos fundamentais de propriedade privada e de livre iniciativa privada) — é inegável que a transposição do CECE constitui uma oportunidade única para, na lógica de integração e consolidação da legislação setorial avulsa nacional, introduzir coerência, uniformidade e certeza no novo quadro jurídico do setor pós-transposição e impedir assim, de forma definitiva e inequívoca, qualquer dúvida potencial quanto à sua aplicação.

41. Conforme apontado anteriormente, considera-se que, à luz dos fundamentos típicos de regulação (falhas de mercado), uma empresa como a OMTEL, que não está verticalmente integrada e cuja operação é unicamente grossista, não deveria ser objeto de regulação. A natureza da sua atividade e o seu modelo de negócio, ao colocar ativos estruturantes do setor fora da propriedade de operadores verticalmente integrados (os quais tem tipicamente incentivos conflituantes no que respeita a dar acesso a este tipo de infraestruturas a operadores com uma operação retalhista concorrentes com a(s) operação(ões) retalhista(s) com a(s) qual(is) está(ão) verticalmente integrados), é, por natureza, indutora da concorrência e está alinhada com os objetivos de regulação que devem ser prosseguidos pela ANACOM, pelo que a regulação, neste caso, é completamente dispensável.

42. Esta conclusão fica reforçada se analisarmos as regras constantes da BCRD e do próprio CECE, as quais permitem concluir que empresas como a OMTEL não devem estar sujeitas ao regime previsto no DL 123/2009 e, por maioria de razão, não podem ser sujeitas ao regime de orientação dos preços para os custos previsto neste diploma. De resto, a imposição de uma obrigação de orientação dos preços para os custos está reservada, no contexto europeu, conforme já se disse e se verá melhor abaixo, para entidades que atuem num mercado relevante e que sejam declaradas como detendo PMS.

43. Para melhor compreensão da sua posição, a OMTEL gostaria de tecer algumas considerações adicionais a este propósito.

44. Antes de mais, quanto à submissão de empresas como a OMTEL ao regime previsto no DL 123/2009, não se pode deixar de notar que o conceito de "operador de rede" constante da BCRD apenas se aplica às entidades que fornecem ou que estão autorizadas a fornecer redes de comunicações públicas, bem como às que fornecem infraestruturas físicas destinadas à prestação, produção, transporte ou distribuição de serviços públicos ou serviços de transporte (rodoviárias, ferroviárias, portuárias e aeroportuárias) — cf. artigo 2.º, n.º 1.

45. Não se aplica, portanto, a entidades como a OMTEL que têm como atividade principal a disponibilização de acesso às infraestruturas que detêm de forma aberta e neutra e que, como tal, não precisam de "incentivos" legais ou regulamentarmente impostos para dar acesso aos seus ativos, ao contrário do que sucede com as demais entidades enquadradas no conceito de "operadores de rede", que podem mostrar "resistência" na disponibilização de acesso às suas infraestruturas, desde logo, e no que toca aos operadores de redes de comunicações eletrónicas verticalmente integrados, porque a oferta de acesso às infrastruturas por si detidas é feita a empresas com atividades retalhistas que são as principais concorrentes do operador que fornece acesso, relativamente à(s) sua(s) operação(ões) retalhista(s) a jusante.

46. A mesma situação (ausência de incentivos para dar acesso) pode verificar-se em relação às outras entidades qualificadas como "operadores de rede" pela BCRD (empresas detentoras de infraestruturas de suporte a serviços de interesse público), que poderão estar menos inclinadas a dar acesso aos seus ativos porquanto tal esta oferta não está inserida no seu *core business*. Nada disto se verifica em relação a empresas como a OMTEL. Neste caso, a regulação é, pura e simplesmente, desnecessária e pode mesmo ser contraproducente.

47. Além disto, entidades como a OMTEL não beneficiam do regime constante do DL 123/2009 (porque não são operadores de comunicações eletrónicas), pelo que também por aqui não existe fundamento jurídico, sendo pelo contrário manifestamente inadequado e desproporcional, que justifique a sua submissão ao regime aprovado neste diploma.

48. Acresce que o princípio da orientação dos preços para os custos não é, de todo, imposto pela BCRD, referindo o legislador que as ARN devem: (i) proteger o investimento e (ii) assegurar a viabilidade económica do acesso, como verdadeiros incentivos aos modelos de negócio no setor das comunicações eletrónicas. Mais importante, o artigo 4.º, n.º 5, determina que os "*operadores de rede sejam obrigados a satisfazer em <u>condições justas e razoáveis, incluindo o preço</u>, todos os pedidos escritos razoáveis de acesso à sua infraestrutura física*" (destaque nosso).

49. De registar que a possível imposição de uma obrigação de orientação dos preços para os custos foi ponderada e liminarmente afastada no âmbito da preparação da BCRD, pelo facto de se considerar essa opção, numa análise custo-benefício, como desproporcional e desnecessária[5].

50. Conforme resulta do exposto, a transposição da BCRD para o direito nacional, operada através do Decreto-Lei n.º 92/2017, de 31 de julho, não foi corretamente executada, uma vez que o DL 123/2009, entre outros aspetos, estendeu o âmbito subjetivo de aplicação para além do conceito de operadores de rede constante da BCRD (cf. artigo 2.º do DL 123/2009) e introduziu a obrigação de orientação dos preços para os custos (cf. artigo 19.º do DL 123/2009), ao contrário do propugnado nesta Diretiva e ao contrário dos objetivos pretendidos pelo legislador europeu.

51. Em relação a este último tema, não é apenas porque a BCRD não prevê a obrigação de orientação dos preços para os custos que a OMTEL considera necessária uma revisão do DL 123/2009; é também porque é absolutamente contrário aos fundamentos de regulação permitir

[5] Na exposição de motivos Proposta de Regulamento (COM(2013) 147 final, de 26 de março de 2013), que antecedeu a aprovação da BCRD, a Comissão Europeia previu a hipótese de imposição de condições de acesso às infraestruturas orientadas para os custos. Contudo, a Proposta de Regulamento e o relatório anexo, rejeitaram esta opção, essencialmente porque: (i) implicaria um conjunto de obrigações e restrições desnecessárias ou desproporcionadas para a realização dos objetivos pretendidos, o que afetaria seriamente as opções das empresas e criaria o risco de desincentivar o investimento e (ii) a obrigação de acesso às infraestruturas físicas poderia "*restringir o seu direito de efetuarem negócios, bem como o seu direito de propriedade*". No entender da Comissão, potenciais efeitos negativos já são "*atenuados pela disposição que determina que esse acesso deve ser concedido em modalidades e condições justas, nomeadamente no que respeita ao preço*" (cf. p. 10).

a existência deste instrumento de regulação num diploma de regulação simétrica ou uniforme, como deveria ser o DL 123/2009, em linha com o previsto na BCRD.

52. Tal como acima se referiu, é incontornável que a imposição de obrigações regulatórias mais sensíveis, como a obrigação de controlo de preços, em especial com metodologias de orientação dos preços para os custos, só é admissível perante uma especial justificação de mercado. Essa especial justificação é e tem sido a existência de PMS num dado mercado relevante. Este fator não só justifica mecanismos de regulação mais intrusivos, como também fundamenta o cerceamento de direitos fundamentais, como o direito de propriedade ou de livre iniciativa privada.

53. A versão em vigor da LCE prevê que a imposição de obrigações regulatórias esteja sujeita a um procedimento particularmente garantístico, que passa pela definição prévia do mercado relevante, a análise da existência de poder de mercado individual ou conjunto e só depois a eventual imposição de obrigações regulamentares *ex ante* (cf. artigos 58.º e segs.). A imposição, em concreto, destas obrigações está depois sujeita ao cumprimento de um conjunto pesado de deveres, nomeadamente os referidos no artigo 55.º, n.º 2 e 3, ou seja, a obrigação imposta deve ser adequada, proporcional, justificada, não discriminatória e transparente.

54. O quadro regulatório existente permite concluir que a imposição da obrigação de controlo de preços, em especial a obrigação de orientação dos preços para os custos, pelos impactos que pode ter na atividade de uma determinada empresa, deve ser uma medida excecional e de último recurso, apenas imposta quando as demais medidas regulatórias não sejam suficientes para endereçar um determinado problema concorrencial (cf. artigo 74.º, 3.º parágrafo do CECE).

55. Ora, todas estas exigências e requisitos, que rodeiam a imposição de uma obrigação de controlo de preços, são dispensáveis nos termos do DL 123/2009 — não há qualquer definição de mercado; não há qualquer análise desse mercado (não há, assim, uma declaração de PMS) e não há uma especial fundamentação na imposição da obrigação de orientação dos preços para os custos, bem pelo contrário.

56. O critério de eventual submissão da OMTEL à obrigação de orientação dos preços para os custos, prevista no artigo 19.º do DL 123/2009, assenta, única e exclusivamente, na deteção de um ativo (uma infraestrutura apta) que é utilizada ou potencialmente utilizada por operadores de comunicações eletrónicas. E tal submissão é de aplicação automática, de caráter geral e decorre

diretamente da lei, ao contrário do está previsto na LCE (e agora mais recentemente com o CECE) para aplicação deste tipo de obrigações.

57. O regime atual do DL 123/2009 admite, assim, que o mesmo resultado — a imposição de preços orientados para os custos — seja alcançado sem que se siga o procedimento e se respeite as garantias previstas na LCE. Por outras palavras, por via de um mecanismo de regulação simétrica, por natureza menos intrusivo e mais fraco, chega-se a um resultado que o legislador quis claramente reservar para situações pontuais e excecionais e que não quis que fosse de aplicação automática, mas sim que dependesse de uma avaliação individual e circunstanciado por parte das ARN.

58. Não se pode, assim, deixar de concluir que um tal regime conduz a resultados absurdos e, como tal, deve ser revisto. É não apenas contrário ao quadro jurídico em vigor na UE, como também aos próprios fundamentos de regulação, que postulam a existência de uma diferença clara e significativa, em termos materiais, entre regulação uniforme ou simétrica e regulação especial ou assimétrica. Manifestamente, o regime do DL 123/2009 não assegura esta distinção fundamental que é um dos pilares fundamentais do fenómeno regulatório.

59. A disfunção atualmente vigente no regime nacional não é de facto compatível com os objetivos de regulação e com as regras do CECE que agora se pretende transpor, em diferentes dimensões.

60. A começar, diga-se que o regime do próprio CECE assenta numa dupla regulação: (i) *simétrica*, aplicável independentemente de PMS (por exemplo, artigos 44.º e 61.º) e (ii) *assimétrica*, aplicável apenas a operadores com PMS (artigos 68.º e seguintes). Os fundamentos de intervenção num e noutro caso são claramente distintos.

61. É particularmente claro do CECE que obrigações como as de controlo de preços apenas podem ser impostas a empresas com PMS (cf. artigo 68.º, n.º 3). Tal como decorre do Considerando (163), "*é essencial que só sejam impostas obrigações regulatórias ex ante a nível dos mercados grossistas em que existam uma ou mais empresas com um poder de mercado significativo, de modo a garantir uma concorrência sustentável, e em que as soluções ao abrigo do direito da União e do direito nacional em matéria de concorrência não sejam suficientes para fazer face ao problema*" (sublinhado nosso).

62. É verdade que o artigo 68.º, n.º 3, admite exceções. Todavia, em bom rigor, essas exceções (e em especial o regime jurídico constante do artigo 61.º), não permitem a imposição da obrigação de controlo de preços a entidades sem PMS, mas apenas, em casos deviamente justificados, de obrigações de acesso[6], e mesmo nestes casos apenas e só nos casos em que a entidade em causa detenha o controlo do acesso aos utilizadores finais. O que, manifestamente, não acontece com empresas com empresas como a OMTEL e, em definitivo, não acontece com a OMTEL.

63. De relevar que a possível imposição de uma obrigação de preços orientados para os custos está efetivamente reservada, no CECE, para operadores com PMS. Mas mesmo para entidades com PMS, o artigo 80.º do CECE veio consagrar um regime especial para as chamadas empresas unicamente grossistas. Da análise deste artigo é possível extrair então a conclusão de que, em boa verdade, a obrigação de orientação dos preços para os custos apenas se deve aplicar a empresas com PMS que estão *verticalmente integradas*[7].

64. Nos termos deste artigo, no caso de entidades que não tenham presença em mercados retalhistas e não possuam acordos de exclusividade com empresas que operem na cadeia de valor a jusante, as ARN apenas podem impor as obrigações previstas nos artigos 70.º ("*obrigação de não discriminação*") e 73.º ("*obrigação de acesso e utilização de elementos de rede específicos e recursos conexos*").

65. Não podem, pois, impor qualquer obrigação de controlo de preços (artigo 74.º), mas apenas, caso se justifique, com base numa análise de mercado que inclua uma avaliação prospetiva, obrigações relativas à prática de preços equitativos e razoáveis (artigo 80.º, n.º 2).

66. Portanto, mesmo que uma empresa tenha PMS, a imposição de uma eventual obrigação de orientação dos preços para os custos estaria sempre dependente de esta se qualificar, ou não, como uma empresa verticalmente integrada ou de ter acordos de exclusivo com empresas que operem em mercados retalhistas a jusante.

---

[6] Por exemplo, no artigo 61.º, n.º 3, admite-se a imposição de obrigações de acesso à cablagem e a recursos conexos no interior do edifício, a qualquer entidade, tendo ou não PMS, se tal for justificado por a replicação desses elementos de rede ser economicamente ineficiente ou inexequível. No entanto, esta possibilidade não se estende à possível aplicação de uma obrigação de orientação dos preços para os custos.

[7] Nos termos do artigo 80.º, n.º 1, alínea a), consideram-se empresas unicamente grossistas "*as sociedades ou unidades empresariais que façam parte da empresa, todas as sociedades controladas mas não necessariamente detidas a 100% pelo mesmo proprietário final, e qualquer acionista capaz de exercer controlo sobre a empresa, têm unicamente atividades, atuais ou previstas, em mercados grossistas de serviços de comunicações eletrónicas e, consequentemente, não têm atividade em nenhuma mercado retalhista de serviços de comunicações eletrónicas prestados a utilizadores finais na União*".

67. O regime claramente menos oneroso aplicável a empresas unicamente grossistas é justificado, no Considerando (208) do CECE, com o facto de o modelo empresarial destas entidades gerar efeitos positivos para a concorrência no mercado retalhista a jusante e poder ser atrativo para investidores financeiros em matéria de implantação de redes de capacidade muito elevada[8].

68. Ou seja, o CECE não é indiferente (antes pelo contrário) aos benefícios que resultam para a concorrência de entidades que operam a nível exclusivamente grossista, sem controlo de acesso aos utilizadores finais, mesmo quando operem num mercado relevante e tenham sido declaradas como tendo PMS, o que não é todavia sequer o caso da OMTEL.

69. A OMTEL considera assim que é fundamental retirar ilações do regime atualmente constante do CECE para a correta harmonização e consolidação do futuro quadro jurídico nacional do setor das comunicações eletrónicas, em especial em torno de três vetores:

(i) A excecionalidade da imposição de obrigações regulatórias *ex ante*;

(ii) A limitação da imposição dessas obrigações a empresas com PMS num mercado relevante, em especial no que diz respeito à obrigação de orientação dos preços para os custos, em que o CECE apenas admite a sua imposição a empresas com PMS verticalmente integradas; e

(iii) A imposição de obrigações regulatórias a empresas unicamente grossistas depende da existência de PMS num mercado relevante e, a nível de preços, apenas se poderá justificar, no limite, e sempre tendo por base uma avaliação prospetiva do comportamento provável dessas empresas no mercado, a imposição de uma obrigação mais suave e menos onerosa de preços equitativos e razoáveis.

70. No entender da OMTEL, estes vetores não podem apenas ser refletidos na futura revisão da LCE, mas devem igualmente projetar-se sobre outros diplomas relevantes do setor, como é o caso do DL 123/2009, sem o que se perpetuaria, em prejuízo do mercado, as disfunções atualmente existentes.

[8] Note-se que as empresas unicamente grossistas podem inclusivamente ser isentas da aplicação de obrigações ao abrigo do artigo 61.º, n.º 3, se disponibilizarem a qualquer empresa meios alternativos, viáveis e similares, de acesso aos utilizadores finais, mediante condições justas, não discriminatórias e razoáveis. Veja-se ainda, a este respeito, o Considerando (155).

71. Como já se referiu, não é possível que através do DL 123/2009 e dos mecanismos de regulação simétrica que o mesmo consagra se chegue a um resultado — a imposição de obrigações de acesso e de orientação dos preços para os custos — que a BCRD e agora, ainda de forma mais clara, o CECE claramente reservam para situações excecionais, pontuais e dependentes de uma avaliação de mercado.

72. No caso concreto da OMTEL e de empresas semelhantes, é de salientar que a manutenção do regime atual conduz a consequências completamente inadequadas, senão vejamos.

73. Embora a OMTEL não seja um operador de comunicações eletrónicas, não tenha sido designada com PMS, não atue num qualquer mercado relevante e não seja uma empresa verticalmente integrada, nos termos previstos no artigo 80.º do CECE, pode, através do DL 123/2009, pelo simples facto de deter determinados ativos de infraestruturas aptas ao alojamento de equipamentos de comunicações eletrónicas, ficar sujeita a uma intensidade de regulação que o quadro normativo em vigor pretende reservar para entidades com PMS num mercado relevante.

74. Mas não é só o caso da OMTEL que é paradoxal. Conforme se compreende facilmente, um operador de comunicações eletrónicas, sem PMS, fica sujeito, ao abrigo do regime do DL 123/2009, a uma regulação que desconsidera as regras que compõem o quadro regulamentar das comunicações eletrónicas e que vai em sentido oposto ao promovido pelo CECE, podendo inclusivamente vir a revelar-se muito mais intrusiva do que aquela que é aplicada a operadores com PMS ao abrigo da LCE ou do diploma que venha a transpor o CECE.

75. Urge, por isso, no entender da OMTEL, corrigir esta situação. A transposição do CECE é uma excelente oportunidade para assegurar esta correção e harmonização de regimes, determinando, no mínimo (i) uma revisão do âmbito de aplicação subjetivo do DL 123/2009 e (ii) a eliminação da obrigação de controlo de preços e orientação dos preços para os custos nele prevista e reservando a possibilidade da sua aplicação para as entidades verticalmente integradas e com PMS, nos termos estabelecidos no CECE.

76. Assim, e no caso específico da OMTEL, há pelo menos quatro razões que justificam reponderar a redação atual do DL 123/2009:

(i) O facto de, à época da entrada em vigor da alteração de 2017, inexistirem em Portugal entidades titulares de infraestruturas aptas (e passivas) não integradas em grupos de empresas de comunicações eletrónicas (i.e., sem integração vertical), com operações unicamente grossistas e com todos os incentivos para disponibilizar acesso (e cujo sucesso depende da maximização desse acesso);

(ii) A circunstância de o regime constante do DL 123/2009 ser, em vários aspetos e em particular no que respeita à obrigação de orientação dos preços para os custos, contrário à BCRD, como se viu;

(iii) O CECE apenas admitir a imposição de obrigações de controlo de preços a empresas com PMS num mercado relevante que sejam verticalmente integradas; e

(iv) Não ser sequer a OMTEL um operador de comunicações eletrónicas, o que, só por si, e sem prejuízo dos pontos anteriores, afasta a possibilidade de ser-lhe imposto o mesmo nível de regulação que está prevista para estas entidades.

77. Uma última nota para salientar, novamente, que a hipotética manutenção do regime em vigor, para além de contrário aos instrumentos europeus referidos, seria ainda contrária aos objetivos subjacentes ao fenómeno regulatório, em particular para entidades, como a OMTEL, cujo modelo de negócio e posicionamento no mercado são, por natureza, indutores da concorrência, não tendo quaisquer incentivos, bem pelo contrário, para negar acesso às suas infraestruturas ou para praticar preços fora de condições de mercado.

78. Assim, a manutenção do regime em vigor mostrar-se-ia contrária aos objetivos de promoção da concorrência e de promoção do investimento em infraestruturas, que são fatores particularmente relevantes à luz do CECE (cf. artigos 3.º, n.º 2 e 4 do CECE).

79. A OMTEL considera, em suma, que o momento de transposição do CECE deverá ser aproveitado para corrigir esta disfunção, garantindo-se que o regime do DL 123/2009 — integrado ou não numa futura LCE revista — fica alinhado com o previsto na BCRD e não desvirtua os objetivos de regulação do CECE.

80. Esse desiderato será atingido, no entender da OMTEL, caso o âmbito de aplicação subjetivo do DL 123/2009 respeite o previsto na BCRD e caso se remova do mesmo a possibilidade de impor

obrigações regulatórias que, por natureza e imposição legal, devem estar reservadas para entidades verticalmente integradas e com PMS num mercado relevante.

IV. CONCLUSÕES

a) Existe neste momento uma desarmonização entre as regras aprovadas no DL 123/2009 e o quadro jurídico das comunicações eletrónicas na UE, nomeadamente no que diz respeito à imposição de obrigações de acesso e de controlo de preços a empresas sem PMS num mercado relevante e que apenas têm operações grossistas, como é o caso da OMTEL. Essa desarmonização conduz a uma inconsistência grave com as regras que já constam da LCE, mas fica mais evidente e notória com o CECE.

b) Em linha com o Despacho n.º 303/2020, de 9 de janeiro, do Senhor Secretário de Estado Adjunto e das Comunicações, o processo de transposição do CECE é o momento oportuno para rever e repensar todo o enquadramento jurídico das comunicações eletrónicas em Portugal.

c) O processo de transposição deverá ter como objetivos: (i) garantir uma correta articulação entre os diversos diplomas relevantes do sector; (ii) assegurar clareza e certeza jurídica para os agentes e intervenientes do ecossistema das comunicações eletrónicas, ponderando os fundamentos e objetivos de regulação subjacentes ao CECE e (iii) promover uma interação adequada entre as diferentes modalidades e instrumentos de regulação.

d) A imposição de mecanismos de regulação a empresas como a OMTEL, que não estão verticalmente integradas e se encontram focadas na operação grossista, e que não carecem de incentivos para massificar o acesso às suas infraestruturas, é naturalmente injustificada e desproporcional. A aplicação de obrigações regulatórias deve depender da existência de falhas de mercado, não sendo estes mecanismos sequer necessários quando tais falhas não existam ou possam ser corretamente endereçadas pelo Direito da Concorrência.

e) Esta conclusão fica reforçada se analisarmos as regras constantes da BCRD e do próprio CECE, as quais permitem concluir que empresas como a OMTEL não devem estar sujeitas ao regime previsto no DL 123/2009 e, por maioria de razão, não podem ser sujeitas ao regime de orientação dos preços para os custos previsto neste diploma.

f) A imposição de obrigações regulatórias mais sensíveis, como a obrigação de controlo de preços, em especial com metodologias de orientação dos preços para os custos, só é admissível perante uma especial justificação de mercado, ou seja, perante a existência de PMS num dado mercado relevante.

g) O regime atual do DL 123/2009 admite que o mesmo resultado — a imposição de preços orientados para os custos — seja alcançado sem que se siga o procedimento e se respeite as garantias previstas na LCE e no CECE. Por via de um mecanismo de regulação simétrica, por natureza menos intrusivo e mais fraco, chega-se a um resultado que o legislador quis claramente reservar para situações pontuais e excecionais, em que existe uma posição de poder siognificativo no mercado.

h) Não se pode deixar de concluir que um tal regime conduz a um resultado absurdo que não apenas é contrário ao quadro jurídico em vigor na UE, como também aos próprios fundamentos de regulação.

i) É particularmente claro do CECE que obrigações como as de controlo de preços apenas podem ser impostas a empresas com PMS e, mesmo em relação a estas, as chamadas empresas unicamente grossistas beneficiam de um regime mais favorável, que apenas admite, em circunstâncias específicas, a imposição de uma obrigação de preços equitativos e razoáveis.

j) O CECE não é indiferente (antes pelo contrário) aos benefícios que resultam para a concorrência de entidades que operam a nível exclusivamente grossista, sem controlo de acesso aos utilizadores finais, mesmo quando operem num mercado relevante e tenham sido declaradas como tendo PMS, o que não é todavia sequer o caso da OMTEL.

k) A OMTEL considera assim que é fundamental retirar ilações do regime atualmente constante do CECE para a correta harmonização e consolidação do futuro quadro jurídico nacional do setor das comunicações eletrónicas, determinando, no mínimo, uma revisão do âmbito de aplicação subjetivo do DL 123/2009 e a eliminação da obrigação de controlo de preços e orientação dos preços para os custos nele prevista e reservando a possibilidade da sua aplicação para as entidades verticalmente integradas e com PMS, nos termos estabelecidos no CECE.