

**GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP**

A REGISTERED LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP  
INCLUDING PROFESSIONAL CORPORATIONS

Avenue Louise 480, 1050 Brussels, Belgium  
Telephone: +32 2 554 70 00 Fax: +32 2 554 70 33  
www.gibsondunn.com

Confidencial  
Correspondência Advogado – Cliente

24 de Dezembro de 2004

+32 2 554 7000

+32 2 535 7033

89761

Dra. Daniela Antão  
Directora de Regulação  
Sonaecom SGPS, S.A.  
Rua do Viriato, 13-6  
1069-315 Lisboa  
Portugal

Ref: Parecer relativo à oferta do serviço “Optimus Home”

Cara Daniela,

Consultou-nos pedindo que transmitíssemos à Sonaecom a nossa opinião relativamente à conformidade com o Direito Comunitário de um conjunto de elementos do serviço Optimus Home e de diversas questões pelo mesmo suscitadas. Nesse sentido, considerámos as seguintes questões regulatórias suscitadas pelo lançamento do serviço Optimus Home, com base no nosso entendimento dos seus elementos principais:<sup>1</sup>

- o a função da atribuição e gestão de recursos de numeração como um instrumento regulatório pró-concorrencial;

---

<sup>1</sup> Delineados no seu e-mail de 22 de Dezembro, no contexto das circunstâncias expostas no seu e-mail de 20 de Dezembro.

- o impacto que o lançamento do serviço Optimus Home em Novembro de 2004 poderá ter sobre as definições e análises de mercados relevantes pela ANACOM ao abrigo do novo quadro regulamentar;
- a proibição, pela *Directiva Autorização*, do uso de autorizações para limitar a liberdade de qualquer empresa de fornecer redes e serviços de comunicações electrónicas (“RSCEs”);<sup>2</sup> e
- a obrigação dos Estados-Membros de garantir que não se verificam impedimentos à negociação de acesso.

A nossa análise indica que uma apreciação destas questões face ao Direito Comunitário não impede a ANACOM de autorizar o serviço Optimus Home. Para além disso, a ANACOM dispõe claramente de ampla margem de discricionariedade na determinação de como os números devem ser usados no âmbito da prestação de serviços autorizados em Portugal ao abrigo do Plano Nacional de Numeração. A necessidade de revisão, ou não, de qualquer aspecto do Plano Nacional de Numeração, bem como saber se o processo de gestão de números pela ANACOM é afectado pela prestação de tais serviços são matérias a determinar pelo Direito Português e não pelo Direito Comunitário.

#### **I. A função dos recursos de numeração como instrumento regulatório pró-concorrencial**

A função e as competências da ANACOM enquanto entidade que, em Portugal, administra os recursos de numeração devem ser considerados no contexto do quadro regulamentar mais amplo, e das suas obrigações ao abrigo do mesmo. Em particular, o regime regulamentar RSCE é enquadrado pelos seguintes objectivos de política geral:<sup>3</sup>

- deve ser tomada na máxima conta a conveniência em garantir a neutralidade tecnológica da regulamentação;

---

<sup>2</sup> Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002 relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (a “*Directiva Autorização*”).

<sup>3</sup> Artigo 8º da *Directiva Quadro*.

- as Autoridades Reguladoras Nacionais (“ARNs”) devem promover a concorrência na oferta de RSCEs nomeadamente:
  - assegurando que a concorrência no sector não seja distorcida nem entravada;
  - encorajando investimentos eficientes e promovendo a inovação; e
  - incentivando uma utilização eficiente e assegurando uma gestão eficaz dos recursos de numeração.

Nos termos do disposto no artigo 10º da *Directiva Quadro*, os Estados-Membros devem assegurar que sejam fornecidos números e séries de números adequados para todos os SCEs acessíveis ao público. Acresce que as ARNs estão obrigadas a assegurar que os planos e procedimentos de numeração sejam aplicados de modo a garantir um tratamento igual a todos os prestadores de serviços de comunicações electrónicas. Como é confirmado pelo Considerando 20 da *Directiva Quadro*, o acesso aos recursos de numeração é essencial para que as empresas concorram no sector das comunicações electrónicas.

Como tal, a ANACOM deve garantir que todos os prestadores de SCEs, incluindo a Optimus, têm acesso a números adequados, de modo a assegurar que possam concorrer efectivamente no sector. O referido acesso deve ter lugar de forma objectiva, transparente e de modo não discriminatório. Para lá destas exigências pró-concorrenciais, a ANACOM dispõe de uma ampla margem de discricionariedade quanto ao modo e à forma em que pode autorizar o uso de números específicos para a prestação de serviços específicos. O Direito Comunitário, quanto ao mais, não trata da competência de um Estado-Membro quanto à administração de um Plano Nacional de Numeração.

## **II. O impacto do serviço Optimus Home sobre análises e definições de mercados relevantes**

Julgamos que existe alguma preocupação no sentido de outros operadores de RSCEs poderem sustentar junto da ANACOM que a prestação continuada do serviço Optimus Home poderá comprometer quaisquer conclusões alcançadas pela ANACOM no âmbito de algumas das suas análises e definições de mercados. Aparentemente, poderia ser aventada a sugestão de que as actuais análises e definições de mercados da ANACOM poderiam necessitar de revisão a

fim de considerar o impacto decorrente do lançamento de um serviço que oferece mobilidade limitada. Este argumento, em nossa opinião, dificilmente seria procedente pelos motivos que a seguir se expõem:

Na aplicação do quadro RSCE, a ANACOM deveria ter definido mercados de serviços ou produtos relevantes do seguinte modo:

- Nos termos do nº 3 do artigo 15º da *Directiva Quadro* a ANACOM deve definir mercados relevantes que correspondam às circunstâncias existentes em Portugal, tomando em conta a Recomendação da Comissão sobre os mercados relevantes de produtos e serviços e em conformidade com o direito da concorrência.<sup>4</sup>
- O Ponto 2 das *Orientações* confirma o elenco de critérios derivados de regras de concorrência que deveriam ser aplicados na definição de mercados de produto relevantes, nomeadamente:<sup>5</sup>
  - a existência de pressões da concorrência, quer no lado da procura quer no lado da oferta, sobre o comportamento dos prestadores do serviço relevante em matéria de fixação de preços;
  - ao ter em conta a substituíbilidade do lado da procura, a ANACOM deveria ter considerado em que medida os consumidores estão dispostos a substituir o serviço em questão (por exemplo, a telefonia vocal fixa convencional) por outros serviços (por exemplo, telefonia vocal com um elemento de mobilidade);
  - ao ter em conta a substituíbilidade do lado da oferta, a ANACOM deveria ter considerado em que medida outros fornecedores, para além dos que oferecem o serviço em questão, fariam alterações, imediatamente ou a curto prazo, e sem incorrerem em custos suplementares significativos, para oferecer o serviço relevante; e
  - o mercado de produto ou serviço relevante inclui todos os serviços que são suficientemente permutáveis ou substituíveis em termos das suas características objectivas, incluindo o preço e utilização pretendida, condições da concorrência e

---

<sup>4</sup> Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002 relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (a “*Directiva Quadro*”).

<sup>5</sup> Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações electrónicas (2002/C 165/03) (as “*Orientações*”).

estrutura da oferta e procura.<sup>6</sup> No entanto, serviços que são apenas marginalmente substituíveis entre si não fazem parte do mesmo mercado.<sup>7</sup>

Segundo sabemos, a Portugal Telecom lançou há algum tempo um serviço de telefonia vocal “*home-zone*” que assegurava um elemento de mobilidade limitada. A definição de mercados pela ANACOM já foi, portanto, conduzida num contexto de se considerar a substituíbilidade em termos de preços e em termos funcionais entre um serviço de telefonia de mobilidade limitada e os serviços de telefonia fixa convencionais, e nos termos da estrutura de procura e oferta daí resultante. Em particular, a ANACOM apreciou diversas características funcionais principais no âmbito dos seus processos de definição de mercados de telefonia vocal fixa e móvel, incluindo: mobilidade, funcionalidade, qualidade de serviço, fiabilidade e preço. Ao fazê-lo, considerou expressamente o impacto da convergência fixo-móvel quer sobre a definição de mercados quer sobre a análise de mercados.

Segundo as informações de que dispomos, no âmbito das suas recentes análises, a ANACOM concluiu que a qualidade de serviço, o preço e a mobilidade (ilimitada) significavam que os serviços de telefonia vocal fixa e móvel permaneciam mercados relevantes separados e distintos. O Optimus Home não parece afectar os parâmetros no âmbito dos quais a ANACOM adoptou aquele entendimento.

Para além disso, o processo de análise de mercados requer que a ANACOM considere o efeito do lançamento de serviços com um efeito de alteração [*disruptive*] ou potencial alteração. Onde um novo serviço se enquadre num mercado de produto relevante, a ANACOM está obrigada a apreciar o impacto de tal serviço sobre a concorrência efectiva naquele mercado (i.e. se tal serviço terá um efeito suficientemente alterador para reduzir o poder de mercado de outros prestadores de serviços no mercado relevante).

Segundo julgamos saber, a Optimus não prevê que o serviço Optimus Home seja adquirido por mais do que um número *de minimis* de clientes actuais de telefonia vocal fixa durante o período temporal da actual análise. Acresce que o negócio de telefonia fixa relativamente

---

<sup>6</sup> *Europemballage e Continental Can v Comissão* [1973] ECR 215, parágrafo 32.

<sup>7</sup> *Tetra Pak v Comissão* [1996] ECR I-5951.

pequeno da Optimus sugere que, ainda que o novo serviço viesse a ter sucesso, não seria apto a produzir mais do que um impacto *de minimis* sobre o mercado relevante no período temporal da actual análise de mercados. Como tal, é improvável que o mesmo tenha impacto significativo sobre as quotas de mercado actuais. Para além disso, o serviço não parece conferir qualquer espécie de vantagem ou superioridade tecnológica que não possa ser igualada por prestadores de telefonia vocal fixa existentes com poder de mercado relativamente à prestação de serviços de telefonia vocal fixa.

Por último, registamos que o próprio quadro RSCE assenta no pressuposto de que os serviços terão uma evolução ao longo do tempo, e de que será necessário que a Comissão e as ARNs procedam a uma reapreciação periódica do âmbito dos mercados de produto relevantes e análises de mercado.<sup>8</sup> Como tal, o quadro RSCE contempla expressamente a reapreciação periódica pela ANACOM de desenvolvimentos de serviços, incluindo o lançamento de novos serviços e uma disseminação mais ampla de serviços inicialmente marginais. É, portanto, absolutamente apropriado/correcto/oportuno que a ANACOM tenha entendido que, actualmente, subsistem mercados distintos de telefonia vocal móvel e fixa, procedendo à reapreciação de tal entendimento, à luz do Optimus Home e de outros serviços potencialmente alteradores, no decurso da sua próxima apreciação periódica (marcada para daqui a dois anos).

### **III. O uso de autorizações para limitar a prestação de RSCEs**

O artigo 3º da *Directiva Autorização* impõe aos Estados-Membros uma obrigação positiva de garantir a liberdade de oferecer RSCEs (sob reserva das condições fixadas na *Directiva Autorização*). Em especial, é proibido aos Estados-Membros impedir que uma empresa ofereça RSCEs, excepto quando tal seja necessário pelos motivos constantes do nº 1 do art. 46º do Tratado CE. O Considerando 3 da *Directiva Autorização* reafirma que o objectivo da Directiva é o de criar um quadro jurídico que garanta a liberdade de oferta de RSCEs, sujeita apenas a condições relativas à ordem pública, à segurança pública e à saúde pública.

De forma semelhante, o artigo 5º da *Directiva Autorização* dispõe claramente que o número de direitos de utilização de radiofrequências concedidos apenas poderá ser limitado para garantir

---

<sup>8</sup> Cf., por exemplo, artigo 15º, nº 1 da *Directiva Quadro*.

uma utilização eficiente. Como consta do Considerando 11, tais direitos de utilização apenas poderão ser restringidos quando tal for inevitável face à escassez de frequências e à necessidade de assegurar uma utilização eficaz.

Como tal, a *Directiva Autorização* dispõe claramente que nem os procedimentos iniciais (para concessão de direitos de utilização ou relativos a notificações ao abrigo de uma autorização geral) nem as condições subsequentes podem ser utilizadas como um mecanismo indirecto para restringir o âmbito dos RSCEs oferecidos, excepto para garantir a utilização eficaz de radiofrequências, a ordem pública, a segurança pública e a saúde pública. Na medida em que a análise do serviço Optimus Home por parte da ANACOM não indicia que tais objectivos de política geral possam ser postos em causa, não há qualquer base para defender que, a nível do Direito Comunitário, existe qualquer fundamento que impeça a autorização do referido serviço.

#### **IV. Liberdade quanto à negociação de acesso**

Temos indicações de que o serviço Optimus Home é prestado com recurso a elementos das redes quer da Novis quer da Optimus. Em especial, a Optimus disponibiliza à Novis acesso à sua rede de acesso rádio (para fornecer a funcionalidade de “última milha” necessária).

O artigo 3º da *Directiva Acesso*<sup>9</sup> reitera o princípio há muito subjacente aos regimes comunitários de acesso e interligação – o de que os operadores devem dispor de “liberdade comercial” para negociar o acesso. Como se afirma no Considerando 5 da *Directiva Acesso*:

*“[N]um mercado aberto e concorrencial não deverão existir restrições que impeçam as empresas de negociar acordos de acesso e interligação entre si...”*

Como tal, o acordo de acesso Novis/Optimus é absolutamente conforme ao quadro regulamentar relativo ao acesso. Acresce que, não tendo uma determinada empresa sido

---

<sup>9</sup> Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 7 de Março de 2002 relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos ( a “*Directiva Acesso*”).

Dra. Daniela Antão  
24 de Dezembro de 2004  
Página 8

considerada dominante, os únicos tipos de acordos relativos a acesso que tal empresa está obrigada a disponibilizar referem-se à necessidade de negociar interligação.<sup>10</sup>

Subscreve-se atentamente

[assinatura ilegível]

GIBSON, DUNN & CRUTCHER LLP

MC/mc

OptimusHomeOpinion.doc

---

<sup>10</sup> Artigo 4º, nº 1 da *Directiva Acesso*.