

Sobre a articulação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência

15 de Setembro de 2003

Pedro Pita Barros

GANEC
Faculdade de Economia
Universidade Nova de Lisboa

Índice

SOBRE A ARTICULAÇÃO ENTRE O ICP – ANACOM E A AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA.....	3
SUMÁRIO.....	3
1 CONTEXTO	5
2 AS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS.....	6
3 PRINCÍPIOS ECONÓMICOS RELEVANTES.....	7
3.1 REGULAÇÃO VS DEFESA DA CONCORRÊNCIA	7
3.2 OBJECTIVOS NÃO ECONÓMICOS	9
3.3. INFORMAÇÃO E DECISÃO	10
3.4 CAPACIDADE DE ACTUAÇÃO.....	10
4 A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL.....	10
5 DEFINIÇÃO DE LIMITES DE ACTUAÇÃO	14
5.1 ASPECTOS ESTRUTURAIS	14
5.2. ASPECTOS COMPORTAMENTAIS	14
5.2.1 Aspectos legais relevantes	14
5.2.2 Informação e decisão.....	16
5.2.3 Objectivos não económicos.....	17
5.2.4 O papel da concorrência efectiva	19
5.2.5 Capacidade de actuação.....	20
5.3 UMA PROPOSTA	23

Sobre a articulação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência

Pedro Pita Barros¹

Sumário

1. Um novo quadro regulador para o sector das telecomunicações, decorrente de um conjunto de Directivas Comunitárias publicadas na primeira metade 2002, uma nova Autoridade da Concorrência e uma nova Lei da Concorrência obrigam a pensar a articulação entre a actuação da entidades reguladoras sectoriais, incluindo o ICP – ANACOM, e a Autoridade da Concorrência.
2. A definição de limites de intervenção de cada entidade deve considerar a natureza do funcionamento de cada autoridade (regras ex-ante vs. avaliação ex-post), a existência de objectivos não económicos e a capacidade de actuação de cada uma das autoridades.
3. O conceito de concorrência efectiva fornece um instrumento adequado para guiar a coordenação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência.
4. A capacidade de actuação de cada uma das autoridades é igualmente um importante critério a ter em consideração.

¹ As opiniões expressas reflectem apenas as ideias do autor, não correspondendo necessariamente a qualquer posição da Faculdade da Economia da Universidade Nova de Lisboa.

5. Tendo em atenção os vários aspectos relevantes, sugere-se que:
- a) o regulador sectorial, ICP-ANACOM, no âmbito do seu modo de actuação, deverá identificar claramente quais os mercados relevantes no sector das telecomunicações que apresentam características de concorrência efectiva e quais os que exigem a utilização de regulação económica;
 - b) para os mercados em que se verifica a existência de concorrência efectiva, a ausência de regulação económica transfere de forma natural a garantia do bom funcionamento do mercado para uma verificação ex-post do comportamento dos agentes económicos. Ora, esta é a esfera de actuação por excelência da Autoridade da Concorrência.
 - c) Nos mercados em que há necessidade de regulação económica e em que esta é criada e aplicada pela entidade de regulação sectorial, o acompanhamento de comportamento dos agentes económicos pertence ao regulador sectorial.

Sobre a articulação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência

1 Contexto

Em meados de 2002 ocorreu a publicação de um conjunto de novas Directivas Comunitárias sobre a regulação sectorial das telecomunicações (Directiva 2002/21/CE, de 7 de Março – directiva-quadro; Directiva 2002/19/CE, de 7 de Março – directiva acesso; Directiva 2002/20/CE, de 7 de Março – directiva autorização; Directiva 2002/22/CE, de 7 de Março – directiva serviço universal; Directiva 2002/58/CE, de 12 de Julho – directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas).

As Directivas em causa terão de ser transpostas a breve prazo para o quadro legal nacional, acompanhadas das correspondentes alterações de prática de regulação no sector das telecomunicações.

Em Janeiro de 2003 foi criada a Autoridade da Concorrência (Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro), substituindo a Direcção-Geral de Comércio e Concorrência e o Conselho da Concorrência enquanto autoridades económicas com a competência e dever de aplicação da legislação de defesa da concorrência no território nacional.

Em Junho de 2003 foi publicada a nova Lei da Concorrência (Lei 18/2003, de 11 de Junho).

Sendo que ambas as entidades, ICP-ANACOM e Autoridade da Concorrência, possuem potencialmente domínios de actuação sobrepostos, é de todo o interesse clarificar os limites de actuação de cada uma das entidades referidas.

A regulação económica pode abranger tanto aspectos de comportamento das empresas (fixação de preços, por exemplo) como aspectos de estrutura de mercado. Por seu lado, a defesa da concorrência abrange tanto aspectos de práticas abusivas (comportamento) como problemas de definição de estrutura de mercado (operações de concentração). A questão de definição dos limites de actuação de cada uma das autoridades coloca-se essencialmente nos aspectos comportamentais.

O presente documento tem como objectivo sugerir, com base na economia do sector das telecomunicações, e à luz das peças legais relevantes, que papel deve estar reservado a cada uma das entidades.

2 As Directivas Comunitárias

As novas Directivas Comunitárias apresentam um quadro regulador do sector das telecomunicações em clara aproximação aos princípios e métodos que têm regido a aplicação, a nível da Comissão Europeia, da legislação de defesa da concorrência.

Em particular, o novo quadro regulador do sector das telecomunicações exige um teste de concorrência efectiva para determinação da necessidade de regulação específica.

O princípio a seguir é o da não aplicação de regulação económica aos mercados que sejam declarados como sendo caracterizados por concorrência efectiva.

A aplicação do teste de concorrência efectiva para efeitos de determinação da necessidade de regulação específica obriga, como primeiro passo, à identificação dos mercados relevantes aos quais este teste deve ser aplicado.

A identificação de mercados relevantes cabe, de acordo com as actuais Directivas Comunitárias, ao regulador sectorial, sem prejuízo de poderem

existir consultas à Autoridade da Concorrência. Subentende-se que o regulador sectorial, ICP-ANACOM no caso português, devido ao conhecimento acumulado sobre o funcionamento do sector e sobre os agentes económicos que nele actuam, reúne as condições para realizar a identificação de mercados relevantes num horizonte temporal compatível com a entrada em vigor do novo quadro regulador das telecomunicações. Acresce que a própria Comissão Europeia emite linhas de orientação bastante precisas e dirigidas aos reguladores sectoriais (Recomendação 2003/311/CE, de 11 de Fevereiro).

Por fim, a definição de mercados relevantes para efeitos de determinação de concorrência efectiva futura poderá diferir de uma definição de mercado relevante retrospectiva, com o objectivo de apreciação de comportamentos anti-concorrenciais específicos. Há, por esse motivo, que ter cautela com a eventual transposição da experiência da Autoridade da Concorrência para efeitos de definição de mercados relevantes no contexto do novo quadro regulador das telecomunicações.

3 Princípios económicos relevantes

3.1 Regulação vs Defesa da Concorrência

O funcionamento das sociedades da Europa Ocidental e de grande parte de outros países assenta no princípio de livre funcionamento do mercado como mecanismo de afectação de recursos numa economia.

O elemento fundamental do mecanismo de mercado é a liberdade dos agentes económicos realizarem transacções mutuamente vantajosas.

É também amplamente reconhecido que o livre funcionamento do mercado poderá, em determinadas circunstâncias, não originar uma correcta afectação de recursos num dado sector de actividade económica.

A liberdade de realização de transacções mutuamente vantajosas é garantida pela existência de alternativas de relação económica, para cada agente. A existência dessas transacções alternativas, essencial para que a liberdade de escolha do agente económico possa ser uma realidade, não é mais do que a presença de concorrência.

Quando não se encontram preenchidas as condições de concorrência num determinado sector, o funcionamento desse sector envolverá distorções na aplicação de recursos.

Naturalmente, nem todas as condições em que o mecanismo de mercado não gera uma afectação de recursos dita eficiente corresponde a uma situação de falta de concorrência. Mas existem numerosas circunstâncias em que tal sucede.

Havendo a determinação de as autoridades económicas intervirem no sentido de garantir uma correcta afectação de recursos na economia, essa actuação é susceptível de ocorrer via regulação económica ou via aplicação de regras de defesa da concorrência.

A regulação económica e a defesa da concorrência são instrumentos alternativos para alcançar um mesmo fim: a obtenção de uma afectação de recursos tão eficiente quanto possível.

A utilização de um ou outro destes dois instrumentos depende dos méritos relativos de cada um deles num contexto concreto.

A regulação económica procura, através da criação de regras especificadas *ex-ante*, influenciar o comportamento dos agentes económicos tidos como relevantes, de forma a emular a afectação de recursos considerada eficiente.

A aplicação das regras de defesa da concorrência procura, através da detecção e penalização de determinadas práticas comerciais, influenciar o

comportamento dos agentes económicos por forma a dissuadi-los de utilizarem práticas comerciais restritivas da liberdade de escolha de outros agentes económicos.

Há, assim, do ponto de vista económico uma diferença fundamental, em termos do momento de intervenção da autoridade económica e dos instrumentos que usa, entre a regulação económica e a aplicação da legislação de defesa da concorrência, no condicionamento do comportamento dos agentes económicos.

Como se discutirá infra, esta distinção tem importantes implicações para a argumentação económica de delimitação das jurisdições do regulador sectorial das telecomunicações, ICP-ANACOM, e da Autoridade da Concorrência.

Para ser completo, é necessário reconhecer que a actuação da defesa da concorrência também tem uma importante componente *ex-ante*, de controle de operações de concentração. A este respeito, é clara a responsabilidade de análise da Autoridade da Concorrência sobre qualquer proposta de operação de concentração no sector das telecomunicações. A sobreposição de jurisdições ocorre na avaliação de comportamento das empresas actantes no sector, e não nos aspectos relativos à aprovação, ou não, de operações de concentração.

3.2 Objectivos não económicos

Existem, frequentemente, objectivos sociais que não seriam alcançados pelo simples funcionamento do mercado. Esses objectivos originam, por vezes, intervenções específicas que determinam do ponto de vista económico e também legal, de forma automática, a jurisdição aplicável.

No sector das telecomunicações, o melhor exemplo é o dos objectivos de serviço universal. Havendo a concessão de um monopólio legal em

determinado mercado ou actividade, a intervenção das autoridades económicas é de regulação económica, pois são estabelecidas regras e objectivos *ex-ante*, devendo depois confirmar-se o seu cumprimento.

3.3. Informação e decisão

Princípio económico igualmente importante para o problema de definição de limites de actuação das diferentes autoridades económicas é o de colocar a decisão na entidade com melhor informação para a tomar.

3.4 Capacidade de actuação

Finalmente, é também factor de escolha a capacidade de actuação de cada uma das entidades, aspecto associado com os instrumentos à disposição. Diferenças na capacidade de detecção de comportamento anti-concorrencial, bem como diferenças nos poderes sancionatórios e de investigação de cada uma das autoridades poderão determinar uma maior ou menos eficácia e eficiência relativa da sua intervenção. Em consequência, a determinação dos limites de actuação, do ponto de vista económico, de cada uma das autoridades económicas depende, para além dos outros factores descritos, da sua capacidade de actuação.

4 A experiência internacional

Para além das considerações apresentadas, é útil proceder a uma rápida revisão da experiência de outros países, em particular dos países da União Europeia, uma vez que se encontram sujeitos ao mesmo conjunto de Directivas que Portugal.

Dinamarca – existem entidades separadas para a defesa da concorrência e para a regulação sectorial das telecomunicações. Ambas as entidades actuam no sector das telecomunicações. Foi adoptado o sistema de “one-

stop-shop”, sendo o ponto de contacto a entidade reguladora. Contudo, em matérias que envolvam a aplicação da defesa da concorrência, a autoridade sectorial tem que obter uma opinião vinculativa da autoridade da concorrência.

França – subsistem diversas entidades com competência para intervir no sector das telecomunicações. As autoridades relevantes para a discussão em causa são a ART – “Autorité de Régulation des Télécommunications”, entidade de regulação sectorial e o Conselho da Concorrência. O conflito de jurisdições é resolvido através da consulta regular da ART junto do Conselho da Concorrência (quando se está na presença de um problema práticas anti-concorrenciais). Há também a obrigatoriedade de consulta do Conselho da Concorrência na definição anual dos operadores com poder de mercado significativo. Em contrapartida, o Conselho da Concorrência tem a obrigação de notificar a entidade sectorial e de obter a opinião desta nos casos de telecomunicações que analisar. Não é ainda claro o que se passará sob o novo quadro regulador das telecomunicações.

Alemanha – segundo a legislação alemã, quer a autoridade sectorial quer a autoridade de concorrência podem intervir em casos de defesa da concorrência no sector das telecomunicações. Existe obrigatoriedade de notificação mútua bem como de garantia de aplicação consistente da legislação sectorial e da legislação geral de defesa da concorrência.

Embora não se tenha detectado a existência de qualquer disposição regulamentar ou legal de definição de jurisdições, parece ser prática corrente a autoridade de concorrência dar primazia de actuação à entidade sectorial. Apenas quando esta última não intervém em situações que segundo a autoridade de concorrência considera justificadas se dá a abertura de um caso de defesa da concorrência.

Itália – existe uma autoridade sectorial e uma autoridade de defesa da concorrência. Esta última tem explicitamente a seu cargo o tratamento de questões de defesa da concorrência no sector das telecomunicações,

reservando-se para a entidade sectorial aspectos regulatórios específicos. Nas suas decisões no sector das telecomunicações, a autoridade da concorrência tem que ouvir a entidade sectorial.

Países Baixos – co-existem uma entidade sectorial e uma autoridade de defesa da concorrência. As duas autoridades económicas resolveram o problema de conflito de jurisdição estabelecendo conjuntamente linhas de orientação para a sua actuação. Em particular, a coordenação de decisões sempre que se estiver na presença de um caso em que ambas têm competência.

Espanha – existe uma autoridade de concorrência e uma autoridade sectorial (para além de algumas competências específicas estarem sediadas no Ministério da Ciência y Tecnologia). Ocorre sobreposição de jurisdições entre a entidade sectorial e a autoridade da concorrência, tendo existido conflitos entre as duas entidades quanto ao campo de actuação de cada uma delas. Aparentemente, a confusão é maior do que noutros países devido à capacidade da autoridade sectorial em aplicar a lei de defesa da concorrência.

Suécia – existem autoridade sectorial e autoridade de concorrência. A autoridade de defesa da concorrência tem a seu cargo os casos de defesa da concorrência no sector das telecomunicações. O papel da autoridade sectorial é essencialmente técnico e não económico, apesar de nos seus objectivos incluir a promoção de uma concorrência saudável no sector das telecomunicações.

Reino Unido – existe uma entidade encarregue da regulação sectorial e um entidade com a incumbência de aplicar a legislação de defesa da concorrência. Ambas as autoridades têm competência para aplicar a legislação de defesa da concorrência no sector das telecomunicações. O conflito que possa ocorrer entre a intervenção potencial das duas autoridades é regulado pela OFT Guideline 417. Esta linha de orientação estabelece o

modo como a lei de defesa da concorrência deve ser aplicada no sector das telecomunicações.

É, para a situação portuguesa, especialmente interessante a experiência inglesa, uma vez que existe, por um lado, um documento explícito sobre a aplicação da legislação da defesa da concorrência e a actuação do regulador sectorial,² e, por outro lado, o Reino Unido e Portugal encontram-se sujeitos às mesmas Directivas comunitárias sobre o sector das telecomunicações.

No ponto 2.7 do documento de orientação OFT 417 é estabelecido que acordos e comportamentos ocorridos no sector das telecomunicações serão tratados normalmente pela entidade sectorial, embora haja consulta mútua obrigatória com a entidade de defesa da concorrência.

Embora possa aplicar quer poderes sectoriais quer poderes ao abrigo da legislação de defesa da concorrência, a prática seguida pela OFTEL foi a de utilização dos poderes sectoriais numa primeira fase, e apenas depois recurso à “Competition Act”. Em Julho de 2002 deu-se uma alteração de filosofia, com a aplicação desde início da “Competition Act”.

A OFTEL considera que os seguintes comportamentos comerciais devem ser tratados no âmbito da legislação de defesa da concorrência: estratégias de preços predatórias, discriminação de preços, recusa de venda, e vendas ligadas (“bundling”).

As questões de interligação são deixadas, de modo muito claro, para o exercício dos poderes do regulador sectorial, dada a importância de assegurar que há uma concorrência efectiva, via regulação *ex-ante*.

² OFTEL, “The application of the Competition Act in the Telecommunications Sector,” Janeiro 2000, OFT 417, http://www.oftel.org/publications/ind_guidelines/Cact100.htm. Ver também OFTEL, “OFTEL’s competition act strategy”, Julho 2002, http://www.oftel.org/publications/about_oftel/2002/cact0602.htm#Note1.

5 Definição de limites de actuação

5.1 Aspectos estruturais

Relativamente à intervenção sobre a estrutura de mercado, é natural a divisão de tarefas entre autorização de entrada (sempre que estiver envolvido um recurso escasso ou qualquer outro motivo que justifique licenciamento de operadores), que são da responsabilidade da entidade reguladora sectorial, e avaliação de operações de concentração, tipicamente tratadas pela Autoridade da Concorrência. É também este entendimento do ordenamento jurídico nacional e a prática generalizada nos restantes países em que se observa a co-existência das duas autoridades económicas.

5.2. Aspectos comportamentais

5.2.1 Aspectos legais relevantes

O Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, estabelece os estatutos do ICP – Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM). Nos estatutos do ICP – ANACOM, Artigo 6º - Atribuições, vem explicitamente mencionada a coordenação “com a autoridade competente” para a “aplicação da lei de concorrência no sector das comunicações”.

Porém, nas restantes atribuições figuram igualmente “assegurar o cumprimento das obrigações inerentes ao Serviço Universal de Comunicações”, “garantir o acesso dos operadores de comunicações à rede” e “atribuir os títulos de exercício da actividade postal e de telecomunicações” (entre outros), que podem, em vários aspectos, exigir regulação própria, tornando a análise de concorrência no sector também específica a este.

Nos procedimentos de regulação e supervisão (Artigo 9º) consta “fiscalizar o cumprimento da lei e dos regulamentos aplicáveis ao sector das

comunicações”. Sendo a lei da concorrência aplicável a todos os sectores de actividade, interpretado literalmente, o ICP – ANACOM poderá também possuir a capacidade de a aplicar ao sector das telecomunicações.

A Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, contém a nova legislação base de defesa da concorrência, estabelecendo a sua aplicação a todas as actividades económicas (Artigo 1º, nº1).

Um primeiro ponto de ligação à regulação sectorial encontra-se logo no Artigo 3º - Serviços de interesse económico geral:

“1 – As empresas públicas e as empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pelo disposto na presente lei, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 – As empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto no presente diploma, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.”

A articulação da Autoridade da Concorrência com os reguladores sectoriais é explicitada no Artigo 15º e no Artigo 29º da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho. Este artigo especifica o dever da Autoridade da Concorrência notificar os reguladores sectoriais de suspeitas de práticas restritivas da concorrência. Os reguladores sectoriais têm o dever de se pronunciarem “num prazo razoável”. É de toda a conveniência que este prazo razoável seja definido em protocolo pelas partes envolvidas, como forma de evitar situações de fixação de prazos puramente casuísticas.

Reciprocamente, sempre que por qualquer razão uma entidade reguladora sectorial suspeitar de práticas restritivas da concorrência no seu sector de actuação deverá do mesmo dar conhecimento à Autoridade da Concorrência.

Apesar do sistema de dever de informação mútuo, não há, aparentemente, qualquer elemento vinculativo nas opiniões emitidas pela Autoridade da Concorrência ou pelos reguladores sectoriais.

Por forma a evitar a tomada de decisões potencialmente distintas e eventualmente inconsistentes entre si, do ponto de vista global, é de todo o interesse que as entidades reguladoras sectoriais e a Autoridade da Concorrência definam de forma clara os respectivos campos de actuação, nomeadamente quando há potencialmente sobreposição dos mesmos.

5.2.2 Informação e decisão

A aplicação do princípio de que deve decidir quem tem melhor informação não é imediato no sector das telecomunicações. Por um lado, é natural que a entidade reguladora sectorial tenha um melhor conhecimento do funcionamento do sector e do comportamento dos agentes económicos nele envolvidos. Tem também um conhecimento aprofundado da regulação económica existente e a forma como o enquadramento regulador pode influenciar as decisões empresariais.

Por outro lado, a Autoridade da Concorrência terá um maior conhecimento das práticas anti-concorrenciais, seus efeitos e sintomas, bem como sobre o tipo de investigação a realizar para detectar evidência que possa ser usada como prova de comportamento anti-concorrencial por parte das empresas.

Conjugando este princípio com o primeiro, reforça-se a noção de que comportamentos que contrariem a regulação existente, incluindo o princípio da promoção da concorrência, são da competência da autoridade sectorial, ICP-ANACOM.

Contudo, importa definir claramente qual das duas autoridades tem competência para intervir em mercados regulados no que se refere a comportamentos anti-concorrenciais violadores da lei de defesa da

concorrência mas que não contrariam directamente as disposições regulatórias em vigor.

Havendo que realizar uma escolha, o argumento de conhecimento do sector parece mais forte que o argumento da capacidade de analisar situações de infracção à legislação de defesa da concorrência.

Porém, há que atentar aqui ao que já se encontra expresso nas diferentes peças de legislação relevantes para o assunto.

De acordo com a legislação existente, a análise *ex-post* de situações que contrariam a lei de defesa da concorrência cabe à Autoridade da Concorrência, excepto nas situações em que existe um contrato de concessão relativo a um mercado particular.

5.2.3 Objectivos não económicos

Para definir de modo apropriado, o âmbito da sobreposição de jurisdições da Autoridade da Concorrência e do ICP – ANACOM, é fundamental perceber o que pode ser classificado como prática restritiva da concorrência.

Em primeiro lugar, importa reconhecer que em determinados sectores face às características específicas destes e da regulação a que dão origem, determinadas práticas comerciais objecto de regulação directa podem corresponder a práticas restritivas da concorrência noutros contextos (nomeadamente, em que não exista regulação).

A primeira questão crucial que se coloca é saber se práticas autorizadas e controladas por regulação específica podem ser consideradas como justificadas, de modo automático, e como não abrangidas pela actuação da Autoridade da Concorrência.

Não sendo razoável admitir que uma entidade sectorial estabeleça regras regulatórias contrárias aos seus objectivos, é de toda a relevância confrontar os objectivos declarados do regulador sectorial com as condições necessárias e suficientes para que a Autoridade da Concorrência dê como justificada uma determinada prática concorrencial.

No caso concreto do ICP – ANACOM, a defesa dos interesses dos consumidores, bem como a obrigação de não impor regulação em mercados que apresentem concorrência efectiva (actualmente ou num futuro próximo), devem ser lidos como significando que qualquer medida de regulação que seja emitida pelo ICP – ANACOM preenche os critérios cumulativos de justificação de uma prática restritiva da concorrência, conforme descrito na Lei da Concorrência (Artigo 5º).

Consequentemente, comportamentos das empresas directamente reguladas, em regime de monopólio legal, não são abrangidas pela supervisão geral da Autoridade da Concorrência. Aliás, a não ocorrer esta situação, teria que se prever a forma de dirimir o conflito resultante da Autoridade da Concorrência decidir como sendo uma prática restritiva da concorrência comportamentos das empresas ditados pelas normas regulatórias.

No sector das telecomunicações, a maior parte dos mercados não são monopólios legais, e a tendência do enquadramento regulador é no sentido de uma cada vez maior liberdade de entrada. Contudo, para alguns mercados, há restrições de entrada legais (o melhor exemplo será o mercado das comunicações móveis).

Segundo o princípio que se julga subjacente à não intervenção da autoridade de defesa da concorrência sobre monopólios legais, nos mercados com restrições legais de entrada em que a actuação reguladora afecta de modo significativo o comportamento comercial das empresas, deverá ser esta autoridade sectorial, e não a autoridade de defesa da concorrência a ter a primazia de intervenção.

Também nos mercados em que existam objectivos não económicos e regulação específica para os alcançar, há vantagem em deixar o funcionamento do mercado à análise e intervenção da entidade reguladora sectorial.

A Autoridade da Concorrência, pela natureza das suas funções procura defender o processo concorrencial, e não alcançar um objectivo específico para cada mercado. Assim, se um objectivo não económico não é plenamente alcançado pelo bom funcionamento do mercado, a intervenção da entidade reguladora sectorial apresenta maior capacidade de alcançar esses objectivos do que a actuação da Autoridade da Concorrência.

5.2.4 O papel da concorrência efectiva

Por outro lado, em mercados do sector das telecomunicações declarados como possuindo concorrência efectiva, não há lugar à emissão de regulação pelo que também é claro que, sem prejuízo das consultas que forem tidas como convenientes, o acompanhamento, fiscalização e sancionamento das práticas restritivas da concorrência fica a cargo da Autoridade da Concorrência.

Deve-se ser explícito quanto ao significado de condições para concorrência efectiva. Um mercado reunirá condições para ter concorrência efectiva quando mesmo não existindo actualmente essas condições, o desenvolvimento do mercado conjuntamente com a aplicação das regras de defesa da concorrência são suficientes para que um prazo de tempo ocorra a emergência de concorrência efectiva.

A aplicação do conceito de concorrência efectiva é uma forma expedita e adequada de incorporar na actividade de supervisão de mercados as diferenças base entre regulação económica e defesa da concorrência.

5.2.5 Capacidade de actuação

Para além do conhecimento sobre o sector, há outros factores que devem ser tomados em consideração na definição da jurisdição mais desejável, do ponto de vista dos efeitos económicos associados.

Em particular, os poderes de investigação da Autoridade de Concorrência são bastante mais fortes que os do ICP-ANACOM, com a capacidade de realizar inspecções de surpresa às empresas (Artigo 17º - Poderes de Inquérito e Inspeção, Lei n.º 18/2003): “(...) a Autoridade (...) goza dos mesmos direitos e faculdades e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal.”

A Autoridade da Concorrência tem também uma capacidade de sancionar mais fortemente a falta de informação e omissões deliberadas de informação por parte das empresas investigadas.

Potencialmente relevante é o tempo de aplicação de soluções face ao comportamento anti-concorrencial que seja detectado. A possibilidade de recurso para os tribunais por parte das empresas, das decisões da Autoridade da Concorrência coloca nas mãos de uma terceira instituição, o Tribunal de Comércio de Lisboa (ou o Tribunal da Relação de Lisboa, em caso de recurso da decisão do Tribunal de Comércio de Lisboa) o momento da execução, bem como eventuais ajustamentos ao valor da sanção. Por seu lado, o ICP – ANACOM tem neste aspecto uma maior capacidade de decisão.

A prática anterior do funcionamento dos tribunais, ainda que em moldes distintos dos actuais no que se refere à aplicação da legislação da defesa da concorrência, serviu para diminuir a capacidade dissuasora das sanções aplicadas pela instituição de defesa da concorrência. Embora não seja completamente lícito extrapolar desta experiência passada, na ausência de uma especialização na actuação dos tribunais e da evidência de uma outra prática por parte destes últimos, as vantagens técnicas associadas com a

intervenção da Autoridade da Concorrência são bastante menores do que uma leitura da lei faz pressupor.

Nestas circunstâncias, não é claro que a intervenção da entidade de regulação sectorial não tenha um maior efeito dissuasor de comportamentos anti-concorrenciais que a intervenção da entidade de defesa da concorrência.

Um outro aspecto importante é a capacidade de sancionar de forma mais significativa o comportamento das empresas que seja considerado abusivo e contrário à concorrência no mercado. A capacidade sancionatória da Autoridade da Concorrência é potencialmente mais forte, uma vez que pode impor coimas até 10% do volume de negócios do ano anterior. Este valor contrasta com o máximo que actualmente o ICP-ANACOM pode aplicar. Porém, apenas a prática da Autoridade da Concorrência e o resultado dos eventuais recursos que venham a existir das suas decisões confirmará este poder sancionatório.

A Autoridade da Concorrência possui uma vantagem no tratamento de comportamentos anti-concorrenciais: a capacidade de determinar medidas cautelares. O ICP-ANACOM enquanto regulador sectorial pode tomar medidas de regulação com carácter de urgência, embora com o novo enquadramento fornecido pelas Directivas Comunitárias de 2002 haja uma maior condicionação deste instrumento.

Noutros planos, contudo, a Autoridade da Concorrência apresenta desvantagens face ao regulador sectorial. O primeiro plano é o de prevenção do exercício de poder de mercado.

A possibilidade de criação de regras de funcionamento do mercado – regulação – apresenta, no sector das telecomunicações, clara vantagem sobre o efeito de dissuasão associado com a actuação da Autoridade da Concorrência. A existência de infra-estruturas essenciais controladas por uma única empresa potencia a adopção de comportamentos anti-concorrenciais.

O segundo plano em que o ICP-ANACOM detém vantagem sobre a Autoridade da Concorrência é a capacidade de actuar com rapidez. O acompanhamento permanente do sector, conjugado com a obrigatoriedade, dentro do novo quadro regulamentar, de definição de mercados relevantes levam a que a probabilidade de rápida detecção de comportamentos anti-concorrenciais seja maior no caso de investigação por parte do ICP-ANACOM.

Considerando todos os elementos descritos, incluindo as competências de actuação de cada uma das entidades, é razoável esperar que seja estabelecido um protocolo de colaboração entre a Autoridade da Concorrência e o ICP-ANACOM, em que investigações iniciadas por este último sejam de alguma forma transferidas para a Autoridade da Concorrência quando se presumir estar em causa infracções à Lei da Concorrência. Desta forma, combina-se a capacidade de detecção de eventuais infracções do regulador sectorial com os poderes de inspecção e sancionatórios da Autoridade da Concorrência.³

Finalmente, importa garantir às empresas do sector um enquadramento jurídico estável e segurança jurídica quanto às práticas comerciais admissíveis e não admissíveis. A sobreposição de jurisdições é, a este respeito, fomentadora de confusão se não houver uma articulação efectiva entre as duas entidades que assegure a consistência de decisões.⁴ Importa, por este motivo, que haja uma clarificação dos limites de actuação de cada uma das autoridades.

Tendo a regulação das telecomunicações o objectivo de promoção da concorrência efectiva nos mercados, as normas e regulamentos emitidos

³ Note-se que no Reino Unido esta questão foi resolvida com a possibilidade do regulador sectorial aplicar directamente a legislação de defesa da concorrência.

⁴ Uma prática permitida por uma entidade num mercado não pode ser sancionada pela outra entidade nesse mesmo mercado.

têm, em princípio, que passar o “teste” de fomentar a concorrência no mercado.

Assim, um comportamento anti-concorrencial de empresas de telecomunicações em mercados que tenham sido declarados como não tendo concorrência efectiva poderá, em princípio e admitindo uma boa prática de regulação, ser tratado com instrumentos regulatórios adequados.

5.3 Uma proposta

Resulta do exposto previamente que uma divisão de jurisdições entre a Autoridade da Concorrência e o ICP-ANACOM que respeite os princípios económicos de intervenção numa economia de mercado, e em particular no sector das telecomunicações, deverá consistir em:

- a) o regulador sectorial, ICP-ANACOM, no âmbito do seu modo de actuação, deverá identificar claramente quais os mercados relevantes no sector das telecomunicações que apresentam características de concorrência efectiva e quais os que exigem a utilização de regulação económica;
- b) para os mercados em que se verifica a existência de concorrência efectiva, a ausência de regulação económica transfere de forma natural a garantia do bom funcionamento do mercado para uma verificação ex-post do comportamento dos agentes económicos. Ora, esta é a esfera de actuação por excelência da Autoridade da Concorrência.
- c) Nos mercados em que há necessidade de regulação económica e em que esta é criada e aplicada pela entidade de regulação sectorial, o acompanhamento de comportamento dos agentes económicos pertence ao regulador sectorial. Procurando a regulação económica emular a afectação de recursos eficiente, se os agentes económicos seguirem práticas que seriam, noutros contextos, vistas como infracções à legislação de defesa da concorrência, ou estão dentro do quadro regulador que enquadra

as suas actividades ou estando a violar a regulação económica estabelecida, cabe à autoridade sectorial identificar e sancionar situações indevidas.

O princípio de separação de jurisdições proposto assume que tanto o ICP-ANACOM como a Autoridade da Concorrência cumprem com eficiência e eficácia as suas atribuições. Não é lícita a utilização de argumentos de falhas no funcionamento de uma destas entidades para justificar outra divisão de jurisdições. A existirem essas falhas, as mesmas deverão ser corrigidas.

Note-se também que a separação de jurisdições de acordo com as linhas enunciadas não é estática, podendo sofrer alterações ao longo do tempo, sendo por isso de prever uma revisão da situação sempre que tal se justificar em cada mercado concreto.

Havendo a presunção de que mercados no sector das telecomunicações onde não há, actualmente, condições para uma concorrência efectiva possam vir a desenvolver tais condições, ocorrerá num momento futuro o desmantelar da regulação económica vigente. Nesse momento, ocorre igualmente uma transferência imediata, segundo o critério proposto, desse mercado para dentro dos limites de actuação da Autoridade da Concorrência.

De modo inverso, se por algum desenvolvimento não antecipado, nomeadamente de base tecnológica, um determinado mercado deixar de apresentar condições para concorrência efectiva, levando à necessidade de regulação, ocorre a transferência de jurisdição deste mercado, passando a ser abrangido pela supervisão do regulador sectorial, e não pela Autoridade da Concorrência.

Resta o que se poderia denominar como casos intermédios – situações em que existe alguma regulação mas também ainda latitude suficiente para um elevado número de comportamentos possíveis por parte das empresas. Nestes casos, sendo que a regulação a uma observação permanente da

evolução do mercado, as vantagens de informação pendem para o lado da entidade reguladora sectorial.

De acordo com a proposta realizada para princípios orientadores da delimitação de actuação da entidade reguladora sectorial e da autoridade de defesa da concorrência, há um teste simples para determinar se certo mercado se encontra sobre a alçada de uma ou de outra autoridade:

“Existe concorrência efectiva nesse mercado?”

Em caso de resposta afirmativa, esse mercado deve ser deixado à análise da Autoridade da Concorrência. De outro modo, deverá ser o ICP – ANACOM a fazer a supervisão e regulação do mercado em causa.

Esta proposta é compatível com o novo quadro regulador das telecomunicações que, como anteriormente se referiu, obriga a eliminar a regulação nos mercados com concorrência efectiva, bem como com o entendimento da Autoridade da Concorrência, tal como constante em documento de estratégia publicamente disponível, entendendo o exercício da actividade reguladora como “aspecto técnico do sector”:

“O princípio fundamental da divisão de trabalho nas relações entre as diferentes agências reguladoras é o de que a Autoridade se responsabiliza pela avaliação da concorrência, estrutura e comportamento dos mercados, enquanto a agência sectorial se responsabiliza pelos aspectos técnicos do sector.”
[Autoridade da Concorrência, *Estratégia de Desenvolvimento (2003-2005)*, pp. 16-17]

Como as novas Directivas Comunitárias obrigam a dar resposta a esta questão, estando já em curso a análise do sector das telecomunicações, segundo estas linhas, por parte do ICP – ANACOM, deverá ser relativamente simples o processo de obtenção de um protocolo sobre as regras de coordenação e actuação entre o ICP – ANACOM e a Autoridade da Concorrência.

Lisboa, 15 de Setembro de 2003

Pedro Pita Barros