



Oferta de Acesso às Condutas da Concessionária PT Comunicações, S.A.

Sentido Provável de Deliberação

Consulta Pública da ANACOM

Pronúncia da PT Comunicações

PRONÚNCIA RELATIVA AO PROJECTO DE DECISÃO SOBRE OFERTA DE ACESSO ÀS CONDUTAS DA CONCESSIONÁRIA PT COMUNICAÇÕES

O ENQUADRAMENTO HARMONIZADO DA QUESTÃO DO ACESSO ÀS CONDUTAS DA PT COMUNICAÇÕES SA

Nos termos do artigo 100º do Código do Procedimento Administrativo, são os seguintes os comentários da PT Comunicações ao projecto de Decisão sobre a oferta de acesso às condutas da PT Comunicações, aprovado por deliberação da Anacom, de 29 de Abril de 2004 (doravante “Projecto”):

1. A Directiva 2002/21/CE (Directiva Quadro) prossegue o objectivo de convergência dos sectores das telecomunicações, meios de comunicação social e tecnologias da informação, e implica, conseqüentemente, que todas as redes e serviços de transmissão sejam abrangidos por um mesmo e único quadro regulamentar harmonizado¹. A subsistência de legislações ou de práticas administrativas dissonantes representa portanto uma violação do direito comunitário.
2. As autoridades reguladoras nacionais, devem procurar assegurar uma concorrência efectiva mediante a adopção de medidas proporcionais a esse objectivo, promovendo a concorrência na oferta de redes e de serviços, assegurando que a concorrência não seja distorcida nem entravada, encorajando investimentos eficientes em infra-estruturas e garantindo que, em circunstâncias análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes e/ou serviços de comunicações electrónicas².
3. A questão da instalação e exploração de condutas, enquanto recursos ou infra-estruturas indispensáveis à prestação de serviços de comunicações electrónicas em condições de “concorrência leal e efectiva”, mereceu na Directiva Quadro um tratamento especial. A este nível o novo quadro regulamentar comunitário desejou assegurar dois objectivos: a não discriminação entre operadores nas condições de acesso e instalação de recursos; e a partilha e o acesso a esses recursos em determinadas circunstâncias³.

¹ Cf. considerando nº5.

² Cf. artigo 8º da Directiva Quadro.

³ Cf. considerandos nos. 22 e 23 e artigos 11º e 12º da Directiva Quadro.

4. Quanto ao primeiro objectivo, o artigo 11º da Directiva Quadro estabelece que os Estados-membros devem garantir que os pedidos de autorização para instalação de recursos por parte de qualquer empresa autorizada a oferecer redes de comunicações sejam apreciados “com base em procedimentos transparentes e acessíveis ao público, aplicados sem discriminação e sem demora”. Os ditos procedimentos só podem diferir consoante se trate ou não de um requerente que ofereça redes públicas de comunicações.
5. Quanto ao segundo propósito, o da partilha de recursos, o artigo 12º da Directiva Quadro, estabelece que as autoridades reguladoras nacionais devem encorajar a partilha das ditas infra-estruturas com base em acordos voluntários. Só no caso de as empresas prestadoras de serviços de comunicações não terem acesso a alternativas viáveis “devido à necessidade de proteger o ambiente, a saúde ou a segurança públicas, ou de realizar objectivos urbanísticos ou de ordenamento do território” pode ser imposta a obrigatoriedade de acesso.
6. O artigo 12º tem pois, no sistema da Directiva, uma natureza excepcional. Os Estados-membros não podem usar essa disposição, nem o procedimento simplificado que lhe está associado, para impor a partilha de recursos em todas as circunstâncias em que uma infra-estrutura revista natureza essencial⁴, mas apenas quando essa qualificação derive de um limitado número de obstáculos, fundamentalmente não económicos, à viabilidade da duplicação das infra-estruturas. O custo ou a ineficiência económica da réplica só é relevante quando derivado directamente desse tipo de dificuldades.
7. Nas demais situações, ou seja, em todos os casos em que a dificuldade da duplicação não tenha origem no limitado elenco de razões não económicas⁵ – protecção do ambiente, da saúde, da segurança pública, dos objectivos urbanísticos ou do ordenamento do território – a questão da obrigatoriedade da oferta de infra-estruturas essenciais deve ser analisada de acordo com os princípios do direito da concorrência, em conformidade e para os efeitos do regime dos artigos 14º e seguintes da Directiva Quadro e dos artigos 8º e 12º da Directiva 2002/19/CE (Directiva Acesso).
8. Por outras palavras, regra geral e com excepção das ditas circunstâncias especiais, a obrigação de proporcionar o acesso às condutas, incluindo a de as partilhar, bem como qualquer das outras obrigações taxativamente elencadas nos artigos 9º a 13º da Directiva Acesso, só pode ser imposta de acordo com os princípios do direito da concorrência em matéria de acesso a infra-estruturas essenciais⁶, aos operadores que tenham previamente

⁴ O artigo 6º, nº3, alínea b) da Lei nº18/2003 (Lei da Concorrência) qualifica como infra-estrutura essencial (*essential facility*) toda a rede ou infra-estruturas controlada por uma empresa e sem o acesso à qual outra empresa não consiga, por razões factuais ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que a empresa dominante demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade.”

⁵ Que, diga-se de passagem, por ser excepcional não comporta interpretação extensiva.

⁶ Note-se aliás a tendência crescente para avaliar cuidadosamente a necessidade de imposição de obrigações de acesso por razões de ineficiência económica na duplicação de infra-estruturas, bem patente na reflexão do Advogado-Geral Jacobs a propósito das conclusões que emitiu no Processo C-7/97 “Bronner” junto do Tribunal de Justiça das

sido designados, de acordo com o procedimento da Directiva Quadro, como detendo um poder de mercado significativo na sequência de uma análise do mercado do produto/serviço e geográfico relevantes.

O REGIME DO ACESSO ÀS CONDUTAS NA LEI DAS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS

9. Tal como previsto no artigo 11º da Directiva Quadro o artigo 24º da Lei nº5/2004 de 10 de Fevereiro (Regicom) garante a todas as empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas o direito de instalar infra-estruturas em condições de igualdade. Por outro lado, o artigo 25º do Regicom, em linha com o artigo 12º da citada Directiva, incentiva as empresas a promover entre si a celebração de acordos com vista à partilha dos locais e dos recursos instalados ou a instalar, designadamente, de condutas ou outro tipo de infra-estruturas.
10. É ainda o artigo 25º do Regicom que, por razões relacionadas com a protecção do ambiente, da saúde ou da segurança públicas, do património cultural, do ordenamento do território e da paisagem urbana e rural, admite que a ANACOM possa, após consulta e caso não existam alternativas viáveis numa situação concreta à instalação de novas infra-estruturas, determinar a partilha de recursos, incluindo condutas, independentemente de os seus titulares serem empresas que oferecem redes ou serviços de comunicações electrónicas.
11. O Regicom infringe porém o regime instituído pela Directiva Quadro e pela Directiva Acesso, quando obriga a PT Comunicações (e apenas esta) - independentemente do seu poder de mercado, do carácter essencial das infra-estruturas, ou de quaisquer outras circunstâncias não económicas atendíveis - a disponibilizar uma oferta de acesso a condutas, postes, outras instalações e locais de que seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, em condições que podem ser determinadas pela ANACOM e que devem ser orientadas para os custos.

Comunidades Europeias: “I do not rule out the possibility that the cost of duplicating a facility might alone constitute an insuperable barrier to entry. That might be so particularly in cases in which the creation of the facility took place under non-competitive conditions, for example, partly through public funding. However, the test in my view must be an objective one: in other words, in order for refusal of access to amount to an abuse, it must be extremely difficult not merely for the undertaking demanding access but for any other undertaking to compete. Thus, if the cost of duplicating the facility alone is the barrier to entry, it must be such as to deter any prudent undertaking from entering the market. In that regard it seems to me that it will be necessary to consider all the circumstances, including the extent to which the dominant undertaking, having regard to the degree of amortisation of its investment and the cost of upkeep, must pass on investment or maintenance costs in the prices charged on the related market (bearing in mind that the competitor, who having duplicated the facility must compete on the related market, will have high initial amortisation costs but possibly low maintenance costs)” (cf. considerando nº66).

12. Note-se aliás a este respeito que não há qualquer outro Estado-membro da União Europeia em que haja sido ou esteja em vias de ser imposta, a qualquer operador, uma obrigação generalizada de oferta de acesso a condutas, como a proposta no Projecto. Tanto quanto é do nosso conhecimento, das diversas medidas regulamentares *ex-ante* notificadas à Comissão ao abrigo do artigo 7º pelas Autoridades Reguladoras de outros países europeus, nenhuma invoca explicitamente a imposição de uma oferta de acesso a condutas.
13. O artigo 26º do Regicom representa nesta perspectiva uma violação dos artigos 8º a 13º da Directiva Acesso e, além disso, dos princípios de regulação plasmados no artigo 8º da Directiva Quadro, em especial, do dever de as autoridades nacionais promoverem a concorrência não apenas de serviços mas também de redes, de se absterem de toda a discriminação entre empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas e de assegurarem que a concorrência não só não é entravada mas também não é distorcida.

APRECIÇÃO JURÍDICA DO SENTIDO PROVÁVEL DA DECISÃO

14. Como anteriormente se observou o Projecto de Decisão baseia-se no artigo 26º do Regicom, disposição que a PT Comunicações considera discriminatória e incompatível com o regime instituído pela Directiva Quadro e pela Directiva Acesso. Sucede que, embora invocando aquela norma, o projecto de Decisão acaba por regular o acesso às condutas apenas da concessionária (e não das demais concessionárias/*utilities*) a pretexto de que tal é necessário para salvaguardar os valores que permitem que se estabeleça uma obrigação de partilha de condutas de qualquer operador por razões não económicas nos termos do artigo 25º do Regicom.
15. O preâmbulo do Projecto ilustra bem a perigosa confusão de propósitos:
- a) começa por afirmar que em muitos casos os operadores deparam-se com dificuldades em replicar o investimento em condutas, em determinadas zonas geográficas⁷, de modo economicamente eficiente (razões económicas),
 - b) seguidamente exemplifica dizendo que podem “inclusivamente, existir limitações físicas quanto à própria viabilidade em replicar as condutas, encontrando-se esta condicionada, em determinadas situações, por restrições de ocupação do subsolo que decorrem do estado de saturação do mesmo, ou ainda por restrições municipais” (razões não económicas);

⁷ Curiosamente, não obstante a evidente e lógica referência no preâmbulo, não mais se vislumbra qualquer alusão à problemática do mercado relevante geográfico de infra-estruturas com as características das condutas. Tudo se passa como todas as infra-estruturas desta natureza fossem sempre material e economicamente de duplicação inviável.

- c) e termina afirmando que em tal contexto “o investimento em condutas deverá ser compatível com critérios de eficiência económica, evitando quer a duplicação ineficiente de infra-estruturas” (razões económicas),
- d) “quer os inconvenientes para os cidadãos e actividades económicas devidos à realização frequente e extensa de obras no solo e subsolo, com consequentes perturbações ao nível do tráfego e do planeamento do território, além das repercussões de ordem ambiental daí decorrentes” (razões não económicas).
16. O Projecto revela pois a manifesta intenção de reservar à ANACOM o direito, não apenas de definir uma política de acesso às infra-estruturas da PT Comunicações, e só destas, mas também de decidir em que termos devem ser no futuro planeados e realizados os investimentos da concessionária, de modo a evitar uma duplicação de infra-estruturas supostamente ineficiente do ponto de vista económico e inviável do ponto de vista não económico e a reduzir assim o investimento que os operadores concorrentes da PT Comunicações necessitam de realizar para exercerem a sua actividade.
17. É esta a leitura que a ANACOM faz das obrigações que lhe cabem num quadro comunitário harmonizado que prossegue objectivos de promoção da concorrência efectiva ao nível das redes, que garante o tratamento não discriminatório entre operadores, que visa aproximar a regulação dos princípios da liberdade de empresa e do direito da concorrência, e que encara a intervenção das autoridades reguladoras nacionais como excepcional, subsidiária e sujeita ao princípio da proporcionalidade.
18. As disposições do Projecto de Decisão mais não fazem do que reforçar a lógica do preâmbulo. A título de exemplo:
- a) só a PT Comunicações está obrigada a disponibilizar, independentemente das localização e da viabilidade de duplicação, o acesso e utilização das condutas respeitando os princípios da transparência, não discriminação e orientação para os custos;
- b) só a PT Comunicações está obrigada a negociar o acesso às suas infra-estruturas, sempre que seja técnica e fisicamente possível, sem que haja necessidade de saber se é ou não viável para os beneficiários replicarem essas infra-estruturas;
- c) só a PT Comunicações está obrigada a disponibilizar o acesso às suas infra-estruturas ainda que legitimamente considere que poderá vir a necessitar da capacidade oferecida para desenvolvimento da sua actividade;

- d) só a PT Comunicações está sujeita a investir no desenvolvimento das suas infra-estruturas de acordo com as necessidades dos seus concorrentes e nas condições definidas pela ANACOM
19. Em conclusão, o Projecto de Decisão baseia-se numa disposição ilegal na perspectiva do direito comunitário (o artigo 26º do Regicom), para tratar de modo discriminatório a PT Comunicações. E, recorrendo a uma disposição genérica, em si mesmo compatível com o direito comunitário – o artigo 25º do Regicom –, densifica uma regulamentação que extravasa manifestamente o âmbito dos poderes conferidos à autoridade reguladora nacional pelo dito artigo 25º e pelo artigo 12º da Directiva Quadro.
20. Na verdade, nos termos do artigo 12º da Directiva Quadro (disposição que deu origem ao artigo 25º do Regicom), só em situações em que a dificuldade de duplicação de condutas tenha origem num limitado elenco de razões económicas – protecção do ambiente, da saúde, da segurança pública, dos objectivos urbanísticos ou do ordenamento do território – pode ser imposta a obrigatoriedade de acesso a condutas fora de um quadro de análise de mercado em conformidade com as regras do direito da concorrência.
21. Em todas as outras situações em que as ditas circunstâncias especiais não se verifiquem, a obrigação de proporcionar o acesso às condutas (bem como qualquer outra das obrigações regulamentares *ex-ante* taxativamente enumeradas nos artigos 9º a 13º da Directiva Acesso), só pode ser imposta aos operadores que tenham sido designados como detentores de poder de mercado significativo (PMS), na sequência de uma análise do mercado geográfico relevante.
22. Ora também por este motivo, o Projecto consubstancia uma clara violação do disposto na Directiva Quadro e na Directiva Acesso, na medida em que impõe à PT Comunicações uma obrigação regulamentar *ex-ante* – a obrigação de proporcionar a partilha de condutas, prevista no artigo 12º nº 1, f) da Directiva Acesso e no artigo 72º, nº 2, d) do Regicom – fora de um contexto de análise de mercado e determinação de PMS.
23. Adicionalmente, o Projecto infringe claramente os princípios fundamentais do Novo Quadro Regulamentar, que impõem um teste de necessidade, adequabilidade e proporcionalidade antes da imposição de qualquer medida regulamentar *ex-ante* pelo Regulador. Princípios estes que se encontram de resto plasmados de forma indiscutível em diversas disposições do Regicom, como no nº 5 do artigo 5º, no artigo 55º e no artigo 66º.

Vale a pena a este propósito citar, pela sua importância, o artigo 55º do Regicom o qual dispõe, com elementar clareza, que na fundamentação das decisões de aplicação de obrigações regulamentares específicas (como é o caso da imposição de oferta de acesso e partilha de condutas, prevista na alínea d) do nº 2 do artigo 72º) deve a ARN demonstrar, nomeadamente, que a obrigação imposta é adequada ao problema identificado, proporcional

e justificada. Ora, não tendo o Projecto de Decisão sido precedido de qualquer análise de mercado que permitisse identificar quais os problemas susceptíveis de serem resolvidos através da imposição de medidas regulamentares *ex-ante*, é evidente que a ANACOM não se encontra em condições sequer de demonstrar que as medidas contidas naquele Projecto são necessárias. E muito menos, que as mesmas são adequadas, proporcionais, justificadas, não discriminatórias e transparentes, como lhe é exigido pelo n.º 3 do artigo 55.º, disposição que é assim frontalmente violada pelo Projecto.

Por outro lado, trata-se claramente de uma situação em que a relação custo/benefício da regulação não foi minimamente avaliada, sendo embora manifesto, na perspectiva da PT Comunicações, que os custos resultantes da imposição das obrigações regulatórias contidas no Projecto são absolutamente excessivos face aos benefícios que das mesmas possam resultar, como melhor explicitado infra no parágrafo [28.]

24. De referir ainda que o Projecto, ao impor à PT Comunicações uma das medidas regulamentares *ex-ante* previstas no artigo 12.º da Directiva Acesso fora de um contexto de análise de mercado, desrespeita também o procedimento de notificação à Comissão e às demais ARNs consubstanciado no artigo 7.º da Directiva Quadro e no artigo 57.º do Regicom.

APRECIÇÃO DAS CONDIÇÕES DE ACESSO ÀS CONDUTAS CONSTANTES DO SENTIDO PROVÁVEL

25. Antes de entrar na apreciação detalhada das condições específicas em que o Projecto pretende impor acesso às condutas da PT Comunicações, revela-se essencial suscitar algumas questões prévias que, pela sua importância, condicionam toda a análise subsequente.
26. A primeira dessas questões prende-se com o carácter impreciso com que determinados temas de fundamental importância são abordados no Projecto.

Merece especial referência a este propósito a imposição, no parágrafo 2. do Projecto, da obrigação de a PT Comunicações disponibilizar acesso a condutas e caixas de visita “cuja gestão lhe incumba”, sem que em momento algum se explicita o que se entende por “gestão”, num contexto de acesso a condutas.

Igualmente relevante é o facto de também não ser explicitado o que se entende por “infra-estrutura associada à conduta”, expressão que é usada em inúmeros parágrafos do Projecto, nomeadamente no parágrafo⁸ que estabelece a obrigação de a concessionária submeter à

⁸ Os parágrafos do Projecto encontram-se incorrectamente numerados, porquanto os parágrafos 2. e 3. estão repetidos. O parágrafo a que ora se alude é o “segundo” parágrafo 3.

ANACOM uma oferta de referência para “acesso e utilização às condutas e infra-estrutura associada”. De notar adicionalmente a este respeito que o artigo 26º do Regicom não faz qualquer referência a tais “infra-estruturas associadas”, não permitindo assim que seja imposto acesso (e menos ainda a utilização) dessas infra-estruturas, o que quer que elas sejam.

27. A segunda questão prévia tem a ver com o facto de a ANACOM não ter procurado conhecer as condições em que a PT Comunicações opera as condutas, tendo assim contemplado no Projecto a imposição de obrigações que ou são manifestamente inviáveis, ou são passíveis de serem cumpridas apenas a custos que, por serem manifestamente excessivos, se revelam totalmente desproporcionados aos fins em causa.
28. É de destacar a este respeito a imposição à PT Comunicações da construção de um sistema informático que disponibilize informação descritiva pormenorizada das condutas, traçados e infra-estrutura associada, angariada com base no cadastro de infra-estruturas da concessionária. A PT Comunicações não pode deixar de salientar que não dispõe de tal sistema.

Note-se que estaria em causa um processo extremamente moroso e complexo (ainda que se revelasse possível à empresa afectar-lhe os meios técnicos e humanos necessários) dado que a preparação do referido cadastro implicaria um levantamento cadastral em todo o país e abrangendo áreas de muito difícil intervenção, como é o caso das zonas históricas das principais cidades.

Ou seja, os custos em causa (humanos, técnicos, financeiros e de tempo) são manifestamente desproporcionados face aos benefícios que se pretendem obter – na verdade, não é expectável face a critérios de razoabilidade que, subitamente, comecem a proliferar operadores de rede, nem que todos eles necessitem de acesso às condutas da PT Comunicações em todos os pontos geográficos do país.

Nestes termos, ao impor à PT Comunicações obrigações e ónus como os acima referidos – que são, seja à luz de que critério for, excessivos e injustificados face aos objectivos em causa – o Projecto viola frontalmente princípios de direito administrativo fortemente enraizados no nosso ordenamento jurídico, como seja o princípio da proporcionalidade.

29. Igualmente descuidados parecem ter sido os problemas de segurança que resultariam não apenas da disponibilização indiscriminada e generalizada do tipo de informação a que alude o ponto I. do Anexo ao Projecto, como também do cumprimento de muitas das determinações nele contidas, problemas esses susceptíveis de pôr de igual forma em causa quer a integridade da rede, quer a confidencialidade das comunicações.

A PT Comunicações considera na verdade que o conhecimento generalizado por terceiros da topologia da rede básica, da sua estrutura de rede de cabos e das tecnologias utilizadas constituem factores que põem em causa a segurança da rede. Nas circunstâncias actuais, é entendimento da PT Comunicações que o tipo de acesso indiscriminado que é proposto no Projecto quer às condutas da empresa quer à informação supra referida, assume grande relevância ao nível da segurança nacional, o que por si só deveria merecer uma análise cuidada por parte dos organismos nacionais de segurança.

A PT Comunicações gostaria em qualquer caso de reiterar que a integridade e segurança das redes e a confidencialidade das comunicações deixam de poder ser asseguradas caso o acesso à informação sobre condutas e às próprias condutas seja concedido nos termos e condições constantes no Projecto de Decisão, não podendo ser naturalmente imputada à empresa qualquer responsabilidade pelas violações de segurança e/ ou confidencialidade que venham a ter lugar.

30. A PT Comunicações considera ainda que o Projecto condiciona significativamente a obrigação e a capacidade de desenvolvimento e de manutenção da rede básica, com impacto na prestação dos serviços concessionados e do Serviço Universal.

31. Entrando agora na apreciação detalhada das condições específicas em que o Projecto pretende impor acesso às suas condutas, a PT Comunicações gostaria de salientar os seguintes aspectos:

(a) Mesmo num contexto de análise de mercado e determinação de PMS (que, como vimos, não corresponde sequer ao contexto em que o Projecto de Decisão foi adoptado) a obrigação de orientação dos preços para os custos é uma das mais gravosas medidas regulamentares *ex-ante* admitidas pela lei, pelo que a sua imposição apenas deverá ocorrer em circunstâncias em que os demais “remédios” disponíveis não se mostrem susceptíveis de resolver os problemas de mercado detectados. Trata-se, na verdade, de coarctar um dos mais importantes elementos de qualquer actividade comercial num mercado liberalizado - a liberdade tarifária.

Nestes termos, a PT Comunicações considera que a imposição de preços orientados para os custos relativamente ao acesso e utilização das suas condutas constitui uma medida excessiva e injustificada, a qual em muito contribui para agravar a forma como o Projecto viola o princípio da proporcionalidade que vincula a actividade das autoridades públicas.

(b) Igualmente inaceitável se afigura a proibição (contida no parágrafo 3.1.4 do Projecto), de a PT Comunicações instalar, nas suas próprias condutas, cabos que, no entender da ANACOM, não correspondam a “necessidades actuais ou previsíveis” da empresa. Tal proibição configura, no entender da PT Comunicações, uma limitação do seu direito de

propriedade e da sua autonomia empresarial em termos que não são compatíveis com o ordenamento jurídico vigente.

Note-se que não se trata sequer de uma proibição limitada a situações excepcionais, ou a casos de ocupação de espaço com comprovada má-fé ou a outro tipo de situações extremas que justifiquem a adopção de uma medida administrativa claramente limitadora de direitos com consagração constitucional. Trata-se, isso sim, de atribuir à ANACOM a faculdade de decidir, unilateralmente, o que sejam as necessidades “actuais ou previsíveis” de um operador de rede num mercado liberalizado.

- (c) O mesmo raciocínio se pode aplicar, *mutatis mutandis*, às limitações impostas ao direito de propriedade da PT Comunicações no parágrafo 3.1.3 do Projecto, no que se refere às condições de reserva de espaço pela empresa, nas suas próprias condutas – apenas pelo prazo máximo de um ano e dependente de uma garantia de desenvolvimento futuro dos serviços concessionados.

A PT Comunicações não pode deixar de notar a este respeito que não se compreende sequer que tipo de “garantia” poderá estar em causa. E não pode de forma alguma aceitar que apenas possa reservar espaço, nas suas próprias condutas, para o desenvolvimento de serviços concessionados e não relativamente a quaisquer outros serviços por si prestados.

- (d) A PT Comunicações não pode também deixar de manifestar a perplexidade que lhe causam as medidas propostas nos parágrafos 3. e 4. do Projecto, as quais impõem a preparação de uma oferta de referência para “acesso e utilização às condutas e infra-estrutura associada” de que a PT Comunicações seja proprietária ou cuja gestão lhe incumba, e definem o respectivo conteúdo mínimo. Considera-se que as obrigações relativas à oferta de referência propostas no Projecto (impostas em termos idênticos aos previstos no artigo 68º do Regicom) excedem indiscutivelmente aquilo que é permitido pelo artigo 26º do Regicom, correspondendo à imposição, de forma ilegal, de uma medida regulamentar *ex-ante*.
- (e) O parágrafo 5.2. do Projecto constitui mais um exemplo do carácter excessivo das medidas que a ANACOM se propõe impor à PT Comunicações, sendo flagrante a discriminação com que a empresa é tratada face aos seus concorrentes. Afigura-se na verdade incompreensível que a PT Comunicações tenha de dimensionar o investimento em novas condutas (e, presumivelmente, incorrer nos respectivos custos) com base em meras “manifestações de interesse” das potenciais entidades beneficiárias, sem que a estas seja atribuída qualquer obrigação de honrarem as referidas manifestações de interesse ou de indemnizarem a PT Comunicações em caso de incumprimento de tais obrigações.

Esta situação é tão mais grave quanto é certo que o Projecto não prevê qualquer regra que imponha às entidades que beneficiem de acesso às condutas da PT Comunicações, o dever

de partilharem o custo de novas condutas nos casos em que a necessidade de construção das mesmas decorra do facto de o espaço em condutas existentes se encontrar ocupado por recursos das ditas entidades.

A PT Comunicações não pode deixar de manifestar a este respeito o seu repúdio pelo carácter manifestamente discriminatório do Projecto: note-se que, enquanto a PT Comunicações é suposta dimensionar as novas condutas por forma a acomodar as necessidades de outras entidades, com base em meras “manifestações de interesse”, já se a PT Comunicações pretender reservar espaço nas suas próprias condutas, terá de fundamentar devidamente tal pedido com base na garantia de um apropriado desenvolvimento futuro dos serviços concessionados.

- (f) As medidas contidas no Projecto colocam ainda, no entender da PT Comunicações, uma série de questões adicionais que se considera não terem sido devidamente ponderadas pela ANACOM e que, nessa medida, se julgam merecedoras de diversas críticas. Remete-se a este propósito para o que se expõe no Anexo ao presente documento.
32. Por tudo o que ficou exposto, a PT Comunicações não pode deixar de manifestar a sua firme oposição à adopção do Projecto de decisão sobre acesso às condutas da empresa, o qual considera discriminatório, atentatório dos seus legítimos direitos, ilegal em diversos aspectos e violador quer das Directivas que integram o Novo Quadro Regulamentar, quer dos princípios de direito administrativo que enformam o ordenamento jurídico português.
33. Não obstante, e sem prejuízo de não se poder inferir de tal facto qualquer tipo de aceitação pela empresa de uma eventual adopção do Projecto, juntam-se em anexo, e sem conceder, os comentários de detalhe da PT Comunicações a determinados aspectos do Projecto, nomeadamente no que se refere às matérias contidas no seu Anexo.

ANEXO

(por facilidade de leitura, procurou-se seguir a numeração atribuída pela Anacom)

Ponto 1 – Definições

Relativamente às definições apresentadas, são os seguintes os comentários da PT Comunicações:

“Acesso”- A definição apresentada não permite uma operacionalização eficiente. Se todos os beneficiários acederem às condutas e caixas de visita: **(i)** ou o acesso só é permitido com a presença de elementos nomeados pela entidade responsável pela gestão das condutas, com todos os custos daí decorrentes ou, **(ii)** a entidade detentora da gestão não pode ser responsabilizada por eventuais danos nas redes de terceiros e ficará sem saber a quem imputar responsabilidades nos casos em que as suas infra-estruturas sejam danificadas (a situação assume maior complexidade no caso do pagamento de indemnizações por, por exemplo, interrupção na prestação de serviços).

“Caixas de visitas” - Da definição apresentada infere-se que todos os beneficiários têm acesso aos cabos instalados. Esta definição não permite o estabelecimento de condições de responsabilização.

“Condutas”- Considera-se mais adequada a seguinte definição: “Tubo ou conjunto de tubos, subterrâneos, solidarizados entre si que suportam, acondicionam, protegem e reservam espaço para os cabos de telecomunicações interligando duas câmaras de visita”.

“Infra-estruturas de subsolo”: Considera-se necessária a introdução desta definição, com o seguinte conteúdo: “Condutas e Câmaras de Visita”.

Ponto 2

As questões que se colocam relativamente a este ponto são idênticas às referidas no Ponto 1 supra, especialmente no que se refere ao conceito de “Acesso”.

Reiteram-se, além disso, todas as questões relacionadas com a segurança da rede e com a confidencialidade das comunicações que foram colocadas no documento de pronúncia do qual este documento constitui um anexo (“Documento de Pronúncia”), bem como todas as questões relacionadas com os conceitos de gestão de infra-estruturas.

Ponto 3 – Condições de acesso

1.1

Como já referido no Documento de Pronúncia, não se compreende, sendo necessário que a ANACOM esclareça, o que se deve entender, num contexto de acesso a condutas, por:

- (i) “sempre que seja tecnicamente e fisicamente possível”;
- (ii) “infra-estrutura associada”;
- (iii) “cuja gestão lhe incumba”

A PT Comunicações entende adicionalmente que nas condutas apenas podem ser instalados cabos destinados às comunicações electrónicas, incluindo acessórios de ligação e fixação.

A PT Comunicações considera também ser tecnicamente incorrecto e de consequências imprevisíveis, que se autorize a instalação, em condutas, de qualquer tipo de sistemas (cujo âmbito de aplicação se desconhece) ou equipamentos.

1.2

A PT Comunicações não tem, nesta fase, comentários a apresentar.

1.3

Reserva de espaço destinado a manutenção ou reparação, de condutas e cabos

A PT Comunicações considera (tal como a generalidade dos operadores nacionais e internacionais), ser indispensável, por se tratar de boa prática de engenharia, a existência, sempre e em qualquer caso e em todas as condutas, de um espaço destinado à manutenção e reparação das infra-estruturas em análise.

Não respeitar este princípio equivale a admitir que não se garanta a continuidade da prestação dos serviços, aquando das operações de manutenção da rede e que não se preserve a sua qualidade.

A PT Comunicações defende que a reserva de espaço para a manutenção, reparação e instalação dos cabos e equipamentos deverá existir como regra comum a todas as condutas e câmaras de visita e deverá reflectir as boas práticas internacionais de partilha de infra-estruturas, permitindo a manutenção, reparação e instalação dos cabos de todos os operadores, sem colocar em risco a integridade das redes.

O espaço para manutenção deverá permitir o restabelecimento rápido de um serviço afectado por avaria, nomeadamente a duplicação provisória dos cabos afectados. Neste sentido o espaço

reservado para manutenção deverá ser de um furo em todos os troços de conduta. Exceptuam-se os troços onde, por só existir um furo, o espaço reservado deverá permitir manobras de instalação e retirada de cabos, sem pôr em causa a integridade dos restantes.

Assim, a PT Comunicações considera inaceitável o disposto neste ponto do projecto da ANACOM.

Reserva de espaço para utilização própria futura nas condutas e “infra-estrutura associada”.

Pelos motivos já expostos no Documento de Pronúncia, a PT Comunicações considera esta disposição inaceitável, por constituir uma limitação abusiva do direito que lhe assiste de gerir, da forma que considerar mais adequada, os bens que são da sua propriedade, nomeadamente as condutas e a rede básica. A PT Comunicações julga assim ser gravemente desproporcionada, desadequada e iníqua, face às suas obrigações, a imposição da solicitação de prévia autorização da ANACOM para reserva de espaço nas suas próprias condutas, para efeitos de expansão da sua rede, aspecto que é agravado por, nos termos propostos no Projecto, a reserva apenas ter a validade de um ano.

Faz-se notar além disso que a regra em causa, além de merecedora das críticas supra referidas, é de aplicação impossível - a PT Comunicações não terá, na maior parte dos casos, forma de solicitar à ANACOM a reserva de espaço para expansão pela simples razão de que não dispõe informação descritiva das condutas.

Salienta-se adicionalmente que a expansão da rede depende de um alargado conjunto de factores que a PT Comunicações não controla nem pode condicionar.

A PT Comunicações considera assim indispensável poder reservar, sem qualquer limitação temporal, espaço em todas as condutas para efeitos de expansão da sua rede.

Por outro lado, a necessidade de espaço para expansão deverá estar associada às previsões de desenvolvimento urbanístico e previsões de implementação (planos) de todos os serviços de telecomunicações que exijam construção de rede, incluindo os serviços não concessionados.

1.4

Com referido anteriormente, a PT Comunicações considera que, nas condutas, apenas podem ser instalados cabos destinados às comunicações electrónicas.

A PT Comunicações reitera assim a necessidade de se clarificar o que se deve entender por “infra-estrutura associada”, “sistemas” e “equipamentos”, num contexto de acesso e utilização de condutas.

2. Beneficiários

A PT Comunicações discorda frontalmente da possibilidade de entidades que unicamente prestem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, sem terem qualquer infra-estrutura susceptível de poder ser instalado em condutas, acederem às condutas.

Considera-se além disso que esta possibilidade constitui um factor adicional de risco para a segurança e integridade das redes e para a confidencialidade das comunicações.

3. Oferta de Referência

Como já referido no Documento de Pronúncia, à luz do novo quadro regulamentar, a imposição de obrigações regulamentares *ex-ante* tem, obrigatoriamente, que ser precedida de uma definição do mercado relevante, de uma análise desse mercado de acordo com as regras do direito da concorrência e da designação da entidade detentora de PMS.

À luz do novo quadro regulamentar, as medidas correctivas, ditas “remédios”, ao dispor das Autoridades reguladoras são as que constam das Directivas Acesso e Interligação e Serviço Universal, transpostas para o direito nacional através do Regicom.

A Recomendação da Comissão relativa aos Mercados Relevantes não refere o “mercado de condutas” e a ANACOM não desenvolveu as acções previstas na lei para a criação desse mercado.

Assim, a PT Comunicações considera que a imposição da obrigação de elaborar e uma oferta de referência para acesso e utilização às conduta e infra-estrutura associada, não encontra suporte no novo quadro regulamentar, não respeita as disposições aplicáveis do Regicom, é desproporcionada e desajustada tendo em conta os fins em vista.

4. Elementos mínimos

Mantendo o exposto no ponto anterior e sem conceder, a PT Comunicações não pode deixar de comentar alguns aspectos do parágrafo 3.4. do Projecto.

A ANACOM ao referir, primeiro, que a oferta tem uma periodicidade anual para, de imediato, admitir outra periodicidade não especificada, gera objectivamente uma situação de incerteza regulatória prejudicial ao mercado e com custos para a PT Comunicações de difícil quantificação, mas certamente elevados.

Recorde-se que o acesso às condutas é um assunto de elevada complexidade técnica e logística, com reflexo na segurança e na integridade da rede, que não pode estar sujeito a constantes mutações, exigindo, pelo contrário, estabilidade no processo de evolução.

A PT Comunicações, por desconhecer a topologia das redes dos operadores, assim como as infra-estruturas próprias destes, dificilmente poderá sugerir, de um modo sistemático e estruturado, trajectos alternativos, como é sugerido no sub-parágrafo a) iii).

Não é possível, nesta fase, definir indicadores como os referidos nas diversas alíneas do sub-parágrafo c), uma vez que não se encontram sequer definidos os níveis de responsabilidade e a descrição das acções que incumbirão às partes envolvidas;

O sub-parágrafo e) parece partir do pressuposto, errado, de que a PT Comunicações dispõe de um cadastro de condutas, sendo assim de cumprimento impossível.

No que se refere ao sub-parágrafo f), a PT Comunicações não pode deixar de salientar que, para além de não ser possível identificar, conduta a conduta, o previsível desenvolvimento da rede, trata-se de informação de natureza estratégica que não deve de forma alguma ser disponibilizada aos concorrentes da empresa.

5. Projecto e construção de novas condutas e caixas de visita

Na linha do que foi anteriormente referido no Documento de Pronúncia, a PT Comunicações considera que este tipo de medidas é excessivo, discriminatório e condiciona fortemente o desenvolvimento da rede básica.

Como é do conhecimento da Anacom, os prazos apresentados colidem além disso com as condições estabelecidas no protocolo celebrado entre a PT Comunicações e a ANMP, no que se refere à troca de informação entre aqueles e a PT Comunicações, tendo em vista a estabilização dos planos de ocupação das condutas existentes, bem como a previsão de construção de novas condutas e caixas de visita.

Do mesmo modo, a acomodação de todas as manifestações de interesse dos beneficiários, para além de não ter realidade prática, nem permitir uma gestão eficiente das condutas, não permite uma ocupação adequada do domínio público, já que conduz a decisões de dimensionamento das novas condutas com base em meras "manifestações de interesse", que poderão não vir a ter concretização.

Trata-se de um procedimento de característica imprecisas, impossível de ser respeitado pela PT Comunicações e que, além do mais, ultrapassa a competência desta empresa, já que contém aspectos que afectarão a gestão do domínio público do Estado e Municipal.

Este aspecto atravessa, aliás, todo o Projecto, que se desenvolve em torno da PT Comunicações e dos chamados beneficiários, parecendo ignorar que as condutas estão, essencialmente, instaladas no domínio público, cujas condições de ocupação não são definidas pela PT Comunicações.

Anexo ao Projecto de Decisão

I – Descrição das infra-estruturas disponibilizadas pela concessionária (Cadastro)

Reitera-se e reafirma-se o que já ficou dito sobre a matéria:

- A PT Comunicações considera desproporcionadas, excessivas e injustificadas as condições que a ANACOM se propõe impor em matéria de descrição das infra-estruturas da empresa (cadastro).
- A PT Comunicações esclarece que não dispõe de um sistema informativo organizado sobre condutas e que a elaboração do mesmo exigiria o recurso a equipas técnicas envolvendo um elevado número de técnicos especializados, o que necessariamente afectará negativamente o desenvolvimento das actividades normais da empresa. De referir adicionalmente que a elaboração de um cadastro como o sugerido pela ANACOM teria de decorrer num período de tempo considerável, de difícil avaliação, e em paralelo com a natural evolução da rede – ou seja, a elaboração do cadastro, ocorreria em conjunto com a sua própria actualização, tarefa que é objectivamente impossível de realizar.
- Um sistema de informação cadastral com o detalhe exigido pela ANACOM, teria custos elevadíssimos e constantes, dado que teria de ser mantido permanentemente actualizado ao longo do tempo. Estes custos teriam necessariamente de ser suportados pelos beneficiários.
- Relativamente à alternativa indicada no Anexo ao Projecto, de a PT Comunicações recorrer aos documentos que serviram de suporte ao relacionamento com as entidades camarárias, esclarece-se que a documentação disponível é limitada, dado que a PT Comunicações sempre esteve isenta de licenciamento camarário.
- A PT Comunicações alerta para o facto de que, a serem cumpridas as condições propostas pela ANACOM, verificar-se-ão riscos sérios em termos de segurança e integridade da rede e de confidencialidade das comunicações.

- A PT Comunicações considera que a imposição em causa, a ter lugar, seria fortemente lesiva dos seus interesses estratégicos e comerciais.
- A PT Comunicações não pode finalmente deixar de salientar que, as medidas propostas pela ANACOM não encontram paralelo em qualquer outro país da União Europeia.

II – Formação de preços

A ANACOM identifica um conjunto de elementos de custos passíveis de serem incluídos na formação dos preços, tendo em conta a sua natureza mensal ou aperiódica. Embora a PT Comunicações considere que os custos associados à prestação deste serviço possuem efectivamente naturezas distintas, importa salientar os seguintes aspectos relativamente a cada um dos pontos considerados pela ANACOM:

Pagamentos mensais:

Nos pontos i), ii) e iii) dos pagamentos mensais, a ANACOM refere sempre que a entidade beneficiária deverá suportar o custo identificado considerando a fracção proporcional ao espaço ocupado, o que, no entender da PT Comunicações, se traduz na consideração de uma ocupação de 100% das infra-estruturas.

A consideração de uma taxa de ocupação de 100% na formação dos preços, quando a ocupação efectiva é substancialmente inferior, conduziria a que o custo da entidade beneficiária (resultante do preço praticado pela PT Comunicações) fosse inferior ao custo da PT Comunicações para a mesma infra-estrutura.

Acresce que, tendo em conta o referido anteriormente sobre a reserva de espaço, a ocupação das infra-estruturas a considerar, para efeitos da definição dos preços aplicáveis, não pode ser de 100%.

Por último, convém referir que poderá ser necessário definir preços distintos por zonas geográficas, tendo em conta não só diferentes níveis de ocupação, mas também custos de construção e manutenção distintos.

- remuneração de uma fracção, proporcional ao espaço ocupado pela entidade beneficiária, do valor associado à infra-estrutura;*

Sendo certo que, no entender da PT Comunicações, é sempre preferível a cedência de uma subconduta dedicada para a entidade beneficiária passar o(s) seu(s) cabo(s), desde que técnica e fisicamente possível, esta empresa considera que, devem existir preços distintos em termos de "Cedência de Espaço em Conduta" e "Cedência de Subconduta".

Esta distinção deve-se ao facto de por vezes não ser possível disponibilizar uma subconduta dedicada à entidade beneficiária (ou porque não existem subcondutas e não é possível instalá-las, ou porque, existindo, não se encontram vagas ou os cabos a instalar têm dimensões superiores às das subcondutas, não cabendo nas mesmas), pelo que, a única possibilidade de acesso às infra-estruturas de subsolo poderá residir na ocupação de espaço em conduta.

ii) Fracção, proporcional ao espaço ocupado pela beneficiária, de eventuais taxas municipais pelos direitos de passagem devidos pela infra-estrutura em causa;

Estando em curso o projecto de regulamento "Procedimentos de cobrança e entrega aos Municípios da TMDP", este aspecto deve merecer melhor clarificação por parte da ANACOM.

- Pagamentos aperiódicos:

i) Localização e instalação de novas infra-estruturas nas condutas e caixas de visita exploradas pela concessionária;

A passagem de cabo nas condutas/subcondutas cedidas à entidade beneficiária deverá ser da responsabilidade desta, devendo esta tarefa ser devidamente acompanhada por técnicos da PT Comunicações.

Poderão existir situações em que a entidade beneficiária tenha interesse em que seja a PT Comunicações a proceder à instalação dos seus cabos nas condutas/subcondutas da PT Comunicações. Tais situações, a verificarem-se, deverão ser objecto de tratamento casuístico por parte da empresa.

ii) Modificação ou remoção de infra-estruturas instaladas nas condutas e caixas de visita da concessionária;

A PT Comunicações considera que a entidade beneficiária deve suportar os custos incorridos com a modificação/remoção de infra-estruturas instaladas nas condutas e caixas de visita, em função dos factores que sirvam de base a essas alterações.

A título de exemplo, poderá ser necessário efectuar trabalhos de acondicionamento e de preparação dos cabos existentes, bem como remover qualquer tipo de infra-estrutura existente nas condutas e nas CVP, por parte da PT Comunicações, por forma a possibilitar a cedência de espaço nas condutas/subcondutas às entidades beneficiárias.

iii) Operações de manutenção e reparação extraordinária, promovidas pela entidade beneficiária.

Sempre que a entidade beneficiária necessite efectuar intervenções de manutenção e reparação nos seus cabos instalados nas infra-estruturas de subsolo da PT Comunicações, tais intervenções deverão ser acompanhadas e fiscalizadas por parte de técnicos da PT Comunicações, devendo todos os custos incorridos ser suportados pela entidade beneficiária.

Outros custos relevantes a ter em conta

Acresce que, para além dos itens de custos identificados pela ANACOM no Projecto, a PT Comunicações considera deverem ser incorporados, adicionalmente, nos pagamentos mensais e/ou aperiódicos, os seguintes:

- *Análise de viabilidade (pagamento aperiódico)*

No entender da PT Comunicações, a entidade beneficiária deverá suportar os custos associados à análise de viabilidade para a disponibilização de espaço, tendo em conta os traçados solicitados.

- *Ocupação de espaço na CVP da PT Comunicações (pagamento mensal)*

Para que a entidade beneficiária tenha acesso às infra-estruturas de subsolo da PT Comunicações, é necessário ligar a rede dessa entidade (conduta) a uma câmara de visita permanente (CVP) da PT Comunicações, mediante a execução de um furo no espelho de uma das faces da CVP.

Acontece que este furo no espelho da CVP inibe a PT Comunicações de poder utilizar esse espaço para proceder a outras ligações próprias, o que se torna mais gravoso em CVP de reduzidas dimensões, nas quais a PT Comunicações poderá necessitar de espaço para expansão da rede.

Neste sentido, a PT Comunicações considera que deve ser remunerada, mensalmente, pelo espaço ocupado pela entidade beneficiária nos espelhos das CVP onde se dá a interligação entre a conduta dessa entidade e a da PT Comunicações.

Acresce que, a execução dos furos nos espelhos das CVP por parte da entidade beneficiária, deverá ser sempre acompanhada por técnicos da PT Comunicações, por forma a assegurar-se a integridade das infra-estruturas existentes, quer da PT Comunicações quer de outros operadores.

- *Criação e utilização dos sistemas de cadastro das infra-estruturas (pagamento aperiódico e mensal)*

Desde logo, a PT Comunicações mantém as considerações feitas anteriormente, sobre o desenvolvimento de um sistema informático cadastral, em particular no que diz respeito à morosidade em termos técnicos e humanos, bem como aos elevadíssimos custos associados.

Um tal sistema exigirá, pelo menos, o desenvolvimento pela PT Comunicações, de sistemas de informação/bases de dados que suportem toda a informação associada com as infra-estruturas de subsolo ocupadas por outros operadores, designadamente, registo dos pedidos efectuados pelos operadores (troços solicitados, ...), registo das infra-estruturas ocupadas, registo de novas ocupações a efectuar e outras informações relevantes. Adicionalmente, a PT Comunicações terá de garantir a manutenção e a actualização permanente dessas bases de dados.

Sendo assim, a PT Comunicações entende que as entidades beneficiárias devem suportar os custos associados aos desenvolvimentos dos referidos sistemas de informação

- *Acompanhamento e fiscalização (pagamento aperiódico)*

Sempre que seja necessário o acompanhamento e fiscalização por parte de técnicos da PT Comunicações, os respectivos custos de mão de obra e de deslocação deverão ser suportados pela entidade beneficiária.

- *Alterações a projectos de instalação de novas infra-estruturas (pagamento aperiódico)*

Sempre que a PT Comunicações necessite proceder a alterações em projectos de instalação de novas infra-estruturas, em resultado de eventuais necessidades manifestadas por outros operadores, esta empresa considera dever ser ressarcida dos custos adicionais associados a essas alterações.

Por outro lado, caso a PT Comunicações venha a incorrer, na construção de novas infra-estruturas de subsolo, em custos superiores aos expectáveis em virtude da alteração do projecto resultante do exposto no parágrafo anterior, os mesmos deverão ser suportados pelas futuras entidades beneficiárias.



Considerações finais

Importa salientar que, qualquer custo adicional, não identificado anteriormente, em que a PT Comunicações incorra pelo facto de ceder infra-estruturas de subsolo, deverá ser suportado pelas entidades beneficiárias.

Por último, chamamos a atenção para o facto de o projecto de decisão referir por diversas vezes que a PT Comunicações deverá ter em conta as “manifestações de interesse dos beneficiários”. Pela complexidade deste tipo de oferta, bem como os recursos envolvidos, não é suficiente uma simples manifestação de interesse. Os beneficiários devem assumir compromissos firmes e ressarcir totalmente a PT Comunicações pelos custos incorridos. A PT Comunicações considera que devem ser exigidas aos beneficiários garantias financeiras que suportem as “manifestações de interesse” em acederem às condutas.