**RELATÓRIO DA AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS**

**Projecto de decisão da ANACOM sobre o pedido de intervenção apresentado pela Radiomóvel para obtenção de acesso ou interligação da sua rede afecta à prestação do SMRP com as redes da PTC, Sonaecom, TMN e Vodafone**

## I. AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS

A Radiomóvel - Telecomunicações, S.A. (Radiomóvel), na qualidade de operadora do serviço móvel de recursos partilhados (SMRP), requereu a intervenção do ICP-ANACOM (ANACOM) com o objectivo de «*usufruir do seu direito de "negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação de outras empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público*…"», direito este que lhe vem sendo recusado pela PT Comunicações, S.A. (PTC), pela Sonaecom – Serviços de Comunicações S.A. (Sonaecom), pela TMN – Telecomunicações Móveis Nacionais, S.A. (TMN) e pela Vodafone Portugal, Comunicações Pessoais, S.A. (Vodafone).

Analisados o pedido e o que sobre o mesmo manifestaram as empresas requeridas, o Conselho de Administração (CA) da ANACOM proferiu, em 16.05.2010, a seguinte decisão (DE1482010CA):

«…***I.*** *Ao abrigo do actual enquadramento regulamentar e atendendo em particular ao disposto no artigo 22.º da LCE, a Radiomóvel, enquanto operador do SMRP que presta um serviço de comunicações electrónicas disponível ao público em geral, tem direito de negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação de outras empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público;*

***II.*** *Em cumprimento das obrigações que legal e regulamentarmente lhes são impostas, nos termos dos artigos 64.º n.º 2 e 66.º da LCE, a PTC, a TMN, a Sonaecom e a Vodafone estão obrigadas a satisfazer os pedidos razoáveis de interligação da rede móvel da Radiomóvel com as redes*

*fixas, móveis e nómadas que lhes pertencem, observando, na íntegra, as obrigações que lhes foram impostas no âmbito dos procedimentos de análise de mercado e, em particular, as obrigações de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e de não discriminação.*

***III.*** *As empresas identificadas em II. devem, no prazo máximo de 90 dias contado a partir da data da decisão final proferida no âmbito do presente processo, comunicar à ANACOM a celebração dos acordos de interligação necessários a assegurar o direito da Radiomóvel de obter o acesso ou a interligação;*

**IV.** *Nos termos e para os efeitos do disposto do artigo 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo, a Radiomóvel, a PTC, a TMN, a Sonaecom e a Vodafone devem ser notificadas para, no prazo de 10 dias, se pronunciarem, querendo, sobre a decisão constante dos números anteriores.*»

Esta deliberação foi notificada à requerente e às requeridas através do ofício circular ANACOM-S39614/2010, de 18.05.2010, recepcionado por todas as destinatárias em 20.05.2010.

Considerando a complexidade da matéria em causa e a demora verificada na disponibilização, para consulta, do processo administrativo que sustenta a deliberação proferida – a consulta só foi possível em 28.05.2010 -, o CA da ANACOM, por deliberação de 02.06.2010 (DE1752010CA), prorrogou por 10 dias a contar de 02.06.2010, o prazo conferido para que os interessados se pronunciassem sobre o sentido provável da decisão (SPD) proferido. O prazo fixado terminou no dia 18.06.2010.

A requerente e as requeridas pronunciaram-se no prazo estabelecido para o efeito nos termos que se passam, de forma sintetizada, a indicar.

## 1. SONAECOM/OPTIMUS

Por carta recebida na ANACOM em 07.06.2010, a Sonaecom/Optimus veio manifestar que:

**i.** O pedido de interligação com a rede SMRP da Radiomóvel é extemporâneo, tal como seria uma decisão da Sonaecom/Optimus relativa a esse pedido previamente à decisão do processo judicial que decorre os seus termos no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, sob o n.º 1032/05.8BEPRT.

**ii.** A Sonaecom reitera as suas dúvidas quanto aos direitos de interligação da rede de SMRP da Radiomóvel, conforme explanou no processo referido no ponto anterior, cuja petição dá por reproduzida, referindo, à semelhança do que já antes havia feito (vd. fls. 269 a 273 do processo), que a conclusão deste processo judicial tem influência directa e decisiva sobre a existência do direito da Radiomóvel à interligação, bem como da conformação dos seus limites concretos. No entanto, esta empresa reconhece que aquele processo não tem efeitos suspensivos sobre a deliberação que procedeu à renovação do direito de utilização das frequências.

Mais uma vez refere que impugnou a deliberação da ANACOM que em 16.04.2008 adapta a licença emitida à Radiomóvel, impugnação que se funda no entendimento de que tal deliberação é inexistente porque está incompleta em aspectos essenciais.

A Sonaecom considera que a definição dos termos do limite estabelecido no direito de utilização de frequências (DUF) conferido à Radiomóvel de «*15% do número total de comunicações efectuadas no mesmo grupo, em cada trimestre*» e a informação sobre se o mesmo está ou não a ser respeitado é essencial pois entende que só estará obrigada a dar interligação dentro daquele limite.

Esta empresa afirma que, na sua óptica, o SPD notificado afasta a validade dos argumentos por si aduzidos considerando que «…*a ANACOM refere que na deliberação que adapta o direito de utilização de frequências conferido à Radiomóvel e na que, posteriormente, renova este direito de utilização não há nenhum aspecto que careça de ser completado*».

Acrescenta ainda que, no SPD, a ANACOM «…*afirma categoricamente que a Optimus não pode recusar interligação quando esta não tenha por objecto*

*a prestação de serviços de comunicações electrónicas por uma empresa habilitada para os prestar*».

A Sonaecom mantém o entendimento já manifestado quanto à inexistência da deliberação que adapta o direito de utilização de frequências, com fundamentos que, na sua perspectiva, afectam também o SPD notificado. Neste sentido refere que: (i) permanece por desenhar o concreto alcance da obrigação de interligação e (ii) o SPD não explicita como, estando o direito de interligação limitado («…a *15% do número total de comunicações efectuadas no mesmo grupo em cada trimestre*»), a correspectiva obrigação existe mesmo que esse limite seja violado, o que até pode ser interpretado como estando a criar um direito ilimitado à interligação, idêntico ao que seria titulado por um novo prestador do SMT.

**iii.** A Sonaecom refere que a supervisão e fiscalização dos limites fixados nas condições associadas ao DUF conferido à Radiomóvel não são exequíveis, mas, sem conceder relativamente às dúvidas manifestadas sobre o direito à interligação da Radiomóvel e a inexistência da deliberação, entende que a concessão de interligação depende necessariamente da definição e disponibilização aos interessados da metodologia e critérios que a ANACOM irá utilizar para a verificação do cumprimento dos mesmos. De outra forma, sustenta, não pode haver qualquer imposição para a celebração de acordos de interligação e qualquer decisão que neste sentido seja proferida é extemporânea, inadequada e ilegal, por violar o princípio da transparência da actividade regulatória e o direito da Optimus recusar a interligação, o qual está delimitada pelo âmbito do direito atribuído à Radiomóvel.

**iv.** Admitindo que o Regulador exerça tempestivamente os seus poderes de fiscalização, a Sonaecom refere que só *a posteriori* é que se poderá saber se o direito foi exercido no seu exacto conteúdo e acrescenta que considera que a posição da ANACOM desresponsabiliza as entidades que negoceiam e concedem interligação e, como tal, a ANACOM nunca instaurará qualquer processo de contra-ordenação ou de outra natureza contra a Sonaecom pelo facto de esta conceder interligação à Radiomóvel, sem quaisquer

limitações, para suportar serviços, seja de que natureza forem, independentemente daquela empresa estar habilitada para os prestar.

**v.** A Sonaecom espera que a decisão seja corrigida e subsidiariamente explicitados os critérios que permitem aferir o cumprimento do limite de 15% do número total de comunicações efectuadas no mesmo grupo em cada trimestre e que seja elaborada a metodologia e critérios de fiscalização e supervisão relativa ao cumprimento dos limites do SMRP, os quais devem ser disponibilizados para consulta de todos os interessados, incluindo os consumidores e os operadores do SMT, designadamente a Optimus.

## 2. RADIOMÓVEL

Por carta datada de 07.06.2010, recebida na ANACOM em 09.06.2010, a Radiomóvel vem manifestar a sua integral concordância com o teor do SPD notificado. Não obstante, considerando a urgência que para si reveste a obtenção de interligação com as redes das demais empresas notificadas, vem solicitar que se clarifique no n.º III da parte dispositiva da decisão (final) que o prazo fixado é de «*90 dias de calendário*» e não apenas de 90 dias, pois, na sua óptica, a falta de tal concretização pode permitir o entendimento de que tal prazo se deve contar em dias úteis.

## 3. PTC e TMN

A PTC e a TMN apresentaram conjuntamente a sua pronúncia sobre o SPD notificado em documento entregue nos serviços de atendimento ao público da ANACOM em 18.06.2010.

Reiterando o teor das pronúncias apresentadas em 17.06.2009, alegam agora:

**i. A decisão da ANACOM é extemporânea**

Assinalando o facto de que o pedido de intervenção foi apresentado pela Radiomóvel em 30.03.2009, a PTC e a TMN entendem que a deliberação que vier a ser adoptada no termo deste processo pela ANACOM é extemporânea uma vez que, enquadrada a apreciação e decisão do

presente litígio no procedimento previsto e regulado nos artigos 10.º e 11.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (LCE), a decisão da Autoridade Reguladora Nacional (ARN) deveria ser proferida num prazo não superior a quatro meses.

Com este fundamento, a PTC e a TMN sustentam que a ANACOM se deve abster de adoptar qualquer decisão sobre a matéria.

**ii. O pedido de intervenção da Radiomóvel é extemporâneo**

A PTC e a TMN afirmam que o pedido de intervenção apresentado pela Radiomóvel é extemporâneo, discordando em absoluto com o entendimento manifestado em sentido oposto no SPD pela ANACOM.

Referem aquelas empresas que há vários anos (pelo menos desde 2002) que a Radiomóvel vem apresentando os pedidos de interligação, invocando, sempre, um direito de acesso e interligação. Desde 2004 a Radiomóvel tem fundamentado o pedido de interligação na LCE, em particular no seu artigo 22.º, o qual é invocado no pedido que dá origem ao presente processo.

A PTC e a TMN acrescentam que não é pelo facto de a licença ter sido adaptada com base na LCE que o âmbito do específico direito de interligação inicialmente conferido se altera, visto que tal direito se encontra limitado pelas especificidades da natureza do SMRP.

Assim, concluem que não houve, relativamente ao que no passado foi solicitado, qualquer alteração do pedido ou da causa de pedir. Apenas se poderia entender que os vários pedidos antes deduzidos eram autónomos e susceptíveis de dar origem a diversos litígios entre si, caso os mesmos tivessem por base alterações concretas à natureza e características do serviço prestado por aquela empresa, ou se tivesse havido uma alteração material da identidade das partes, do pedido ou da causa de pedir o que, referem, não ocorreu.

Acrescentam ainda que não pode admitir-se que a Radiomóvel fundamente o seu pedido na "*redacção da respectiva licença levada a cabo em 2008*"

sob risco de, com tal interpretação, ser reconhecido à Radiomóvel um direito de interligação que não lhe assiste, nem nunca existiu.

Consideram aquelas empresas que os pedidos dirigidos pela Radiomóvel às requeridas em 2008 não devem ser considerados como novos pedidos de interligação cuja recusa seja passível de configurar um novo litígio e, portanto, concluem que o pedido de intervenção agora apresentado pela Radiomóvel é extemporâneo.

**iii. O SMRP não pode ser considerado um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público**

Discordando com a argumentação sustentada no SPD, a PTC e a TMN reiteram o entendimento de que o SMRP é, por natureza, primordialmente destinado a grupos fechados de utilizadores, não lhe sendo aplicável o disposto nos artigos 22.º, alínea a) e artigo 64.º, n.º 2 da LCE.

O SMRP tem uma natureza diversa do serviço móvel e, como tal, é forçoso concluir que não assiste à Radiomóvel qualquer direito de se interligar com as redes dos restantes operadores nos mesmos termos em que o fazem estes últimos entre si. Assim, do título que actualmente aquela empresa dispõe não emergem novos direitos de utilização das frequências.

Pretender garantir à Radiomóvel um direito de interligar indiscriminadamente a sua rede SMRP com as redes de outros operadores e determinar que as requeridas concedam interligação das suas redes àquele operador, implicará atribuir à Radiomóvel um direito que desvirtua a natureza inicial e actual dos serviços para os quais se encontra habilitada, permitindo que aquela empresa preste, ao público em geral, serviços de comunicações electrónicas com características semelhantes aos serviços móveis prestados pela TMN e demais operadores móveis.

Acrescentam ainda aquelas empresas que a fixação em termos teóricos de uma restrição de difícil implementação e monitorização equivale, na prática, à inexistência de qualquer limite e à concessão de um direito ilimitado à interligação.

iv. **O limite de 15% não assegura o carácter acessório do direito de interligação conferido à Radiomóvel e não garante que a natureza específica do SMRP não seja desvirtuada**

A PTC e a TMN referem que o carácter acessório do direito à interligação concedido à Radiomóvel foi desde sempre delimitado no respectivo título habilitante de modo a garantir que através do mesmo não se desvirtuasse a natureza do SMRP.

Acrescentam aquelas empresas que o limite máximo de 15% fixado para as chamadas originadas num grupo e destinadas a outras redes parece definido de forma totalmente arbitrária, pois nunca se demonstrou que por essa via ficasse assegurada uma interligação às redes de carácter acessório.

Afirmam ainda que tal limitação é de impossível implementação - e consequente monitorização por parte da ANACOM - e que a própria Radiomóvel o terá reconhecido quando em 2008, em sede de audiência prévia, se pronunciou sobre o SPD relativo à adaptação da sua licença.

Adicionalmente, assinalam que muito embora a ANACOM tenha afirmado que é ao Regulador que cumpre supervisionar o cumprimento da lei e dos direitos de utilização atribuídos, em nenhum momento foi indicado quais os meios, mecanismos e formas de fiscalização que poderão de forma adequada e satisfatória identificar uma situação de incumprimento dos limites impostos.

Assim, PTC e TMN sustentam que, para além do cumprimento dos limites fixados ser de impossível fiscalização e monitorização, o incumprimento daquele limite apresenta-se como inevitável na medida em que a Radiomóvel tem todo o incentivo para fazer uma utilização imprópria do DUF para, por essa via, poder prestar serviços móveis em concorrência com os demais operadores móveis.

v. **A permissão concedida à Radiomóvel para a prestação de serviços móveis em concorrência com a TMN (e demais operadores móveis)**

**consubstancia uma clara violação do princípio da não discriminação e da promoção da concorrência aos quais a ANACOM se encontra adstrita nos termos do artigo 5.º, nº 2, al. b) e nº 3, al. c) da LCE**

Aquando da atribuição de frequências aos operadores móveis para a prestação de serviços de acordo com a tecnologia UMTS foram impostas, àqueles operadores, obrigações que não foram exigidas à Radiomóvel no momento da atribuição de frequências para a prestação de serviços de acordo com a tecnologia CDMA, nem sequer considerados quando da adaptação da licença levada a cabo em Abril de 2008.

A adopção de uma decisão com o sentido do SPD notificado terá por efeito encapotar a atribuição de um novo direito de utilização de frequências à Radiomóvel sem que tais frequências tenham sido submetidas a concurso público e sem observar o necessário procedimento de consulta previsto nos artigos 8.º e 20.º da LCE, o que a PTC e a TMN consideram ser fundamento bastante para que se considere válida e legítima a recusa do pedido de interligação formulado por aquela empresa.

Com os argumentos expostos, a PTC e a TMN concluem que a ANACOM se deve abster de proferir qualquer decisão devendo o pedido ser arquivado ou, a ser proferida decisão, deve esta ser no sentido de que a Radiomóvel não é titular do direito de interligação.

## 4. VODAFONE

Através de comunicação recebida por telecópia, em 17.06.2010, a Vodafone vem manifestar a sua oposição ao SPD notificado com os seguintes fundamentos:

### i. A extemporaneidade do pedido

A Vodafone contesta o SPD na parte em que a ANACOM reconhece a tempestividade do pedido de intervenção apresentado pela Radiomóvel.

De acordo com o que refere, a ANACOM admite a tempestividade do pedido com fundamento no facto de terem ocorrido «…*algumas alterações (i) nas*

*condições associadas ao direito de utilização de frequências (…) da Radiomóvel, (ii) legislativas e (iii) no mercado que determinaram a alteração do pedido e da causa de pedir dos anteriores pedidos de intervenção da Radiomóvel ocorridos no passado*», argumentos que na óptica da Vodafone encerram uma contradição insanável relativamente a afirmações feitas no próprio SPD e em diversas posições e actuações assumidas pela ANACOM a nível judicial e extra-judicial.

(i) Sobre a "*adaptação da licença*", refere a Vodafone que o SPD se contradiz quando refere que a deliberação que em 16.04.2008 "alterou" os direitos de utilização de frequências da Radiomóvel, "não alterou" materialmente os direitos anteriormente concedidos, acrescentado que a adaptação da licença não pode ser invocada para sustentar que a Radiomóvel apresente novo pedido de resolução administrativa de litígio. A "*mera adaptação da licença*" não pode conduzir à alteração dos direitos anteriormente conferidos à Radiomóvel e, como tal, não existe qualquer elemento que justifique um novo e diferente pedido de interligação que, dessa forma não será diferente dos que já anteriormente foram deduzidos. A ter havido alteração material dos direitos de utilização conferidos à Radiomóvel que, na óptica da Vodafone, legitimaria um novo e diferente pedido de interligação, esta seria forçosamente o resultado de um acto ilegal por violação do n.º 2 do artigo 20.º da LCE.

Conclui a Vodafone que perante uma "adaptação da licença" e a inexistência de fundamento para um novo e diferente pedido de interligação, deve concluir-se que o pedido agora formulado não pode deixar de ser extemporâneo e, consequentemente, não atendido.

Sem prejuízo das posições acima descritas, a Vodafone refere que nenhuma das posições relativamente à alteração da licença da Radiomóvel e dos seus direitos é legalmente adequada ao resultado proposto pela ANACOM.

(ii) Sobre as alterações legislativas que nos termos do SPD determinaram a actualização dos limites e condições associadas ao DUF, assinala a

Vodafone que tais alterações apenas poderão corresponder à entrada em vigor da LCE, reportando-se, assim, a Fevereiro de 2004.

Assinala a Vodafone que em Novembro de 2006, já na vigência da LCE, quando a ANACOM se pronunciou sobre um pedido de intervenção apresentado pela Radiomóvel para ultrapassar uma recusa de interligação, considerou que o mesmo era extemporâneo. Ainda que se pudesse admitir que uma alteração legislativa de 2004 pudesse determinar uma alteração dos direitos de um operador em 2008, a verdade é que a ANACOM, em 2006, já se havia pronunciado não reconhecendo nessa altura qualquer alteração legislativa que modificasse o seu entendimento sobre a extemporaneidade do pedido da Radiomóvel.

Ainda que assim não se entendesse, refere a Vodafone que a ANACOM já se havia pronunciado sobre as possibilidades que o quadro legal em vigor conferia aos operadores SMRP para se interligarem sem restrições com os operadores do SMT.

Para justificar esta observação aquela empresa transcreve parte da deliberação de 23.02.2006 sobre a análise das respostas e propostas de actuação relativamente à adaptação da licença emitida à Radiomóvel para a prestação do SMRP na qual refere que em resposta à questão suscitada pela Radiomóvel

> «…*de que, em seu entender, à luz do actual quadro legal, a utilização de frequências não pode ser restringido à sua afectação exclusiva para a prestação de um único tipo de serviço*…»,

a ANACOM manifestou que é

> «…*claro que a utilização de frequências, quando dependa da atribuição de direitos de utilização, pode estar consignada a um ou mais serviços designados.*
>
> *No caso da RADIOMÓVEL, tal utilização de frequências – de todas quantas lhe foram atribuídas – foi reservada à prestação do serviço móvel com recursos partilhados e não de quaisquer serviços de*

*comunicações electrónicas de índole móvel*», concluindo que «*…parecem liminarmente de afastar quaisquer alterações aos fins a que está consignada a utilização de frequências e de números, devendo manter-se a exclusividade do uso de tais recursos para o SMRP*».

Acrescenta a Vodafone que também em 2005 (na notificação da deliberação do CA de 28.12.2005) a ANACOM se pronunciou «*directamente sobre a (ausência de) necessidade de adaptação da licença da Radiomóvel por via das "alterações legislativas"*».

Considerando estas afirmações, requer agora a Vodafone que a ANACOM clarifique a sua posição quanto à fundamentação legal que determina a alteração dos direitos da Radiomóvel, que não sendo suficiente para ditar a necessidade de uma consulta nos termos do n.º 2 do artigo 20.º da LCE, é bastante para que os direitos daquela empresa não se mantenham como anteriormente previstos.

Conclui a Vodafone que a vingar o entendimento expresso nas deliberações acima citadas, não poderá a ANACOM deixar de concluir que inexistem quaisquer alterações legislativas que ditem um novo direito à Radiomóvel, diferente do já decidido, permanecendo assim por justificar o que veio agora motivar a alteração da licença.

Acrescenta a Vodafone que, caso a ANACOM mantenha o entendimento expresso no SPD, então deverá explicar (i) por que motivo o mesmo não foi considerado em 2006, aquando da formulação de pedido idêntico ao presente pela Radiomóvel, (ii) o que foi que fez a ANACOM mudar a sua posição e, principalmente, (iii) a que alterações legislativas se refere esta Autoridade.

(iii) Sobre a alteração da realidade do mercado, a Vodafone assinala que apenas factos que tenham ocorrido desde a deliberação de 16 de Novembro de 2006 (na qual a ANACOM recusou a apreciação de um pedido de resolução de litígios apresentado pela Radiomóvel para que lhe fosse

facultada interligação coma rede da Vodafone) podem ser relevantes para fundamentar a alteração de decisão por parte do Regulador. Na óptica da Vodafone tais factos não foram indicados nem ocorreram e, ainda que se tivessem verificado, aquela empresa contesta que tais circunstâncias pudessem causar uma «*nova extensão sobre os direitos dos prestadores do SMRP, sem que essa alteração fosse sequer sujeita ao procedimento de consulta pública exigido pelo artigo 20.º da LCE*», reiterando que a verificar-se alteração da licença da Radiomóvel essa alteração é ilegal (conforme defendido em processo judicial) e não podem daquele acto decorrer as consequências pretendidas no SPD.

Com os fundamentos acima expostos, a Vodafone sustenta que não há, desde Novembro de 2006, qualquer alteração legislativa ou de mercado de que possa resultar uma alteração os direitos da Radiomóvel e justificar um novo pedido de interligação que confira tempestividade à intervenção agora requerida.

**ii.** Pronuncia-se ainda a Vodafone sobre a **ilegalidade da alteração da licença da Radiomóvel** (processos judiciais em curso).

Nesta sede a Vodafone alega que no SPD notificado a ANACOM declara que a sua deliberação de 17.01.2008, relativa à limitação do número de direitos de utilização de frequências na faixa dos 450-470 MHz, não vem, por si só, reconhecer aos operadores SMRP o direito de prestar serviços móveis sem para o efeito se submeter a qualquer tipo de concurso.

Acrescenta aquela empresa que no parágrafo imediatamente a seguir a ANACOM declara que o que aquela deliberação decidiu foi «*Permitir aos prestadores de Serviço Móvel com Recursos Partilhados (SMRP), mediante a alteração dos respectivos títulos habilitantes e a seu pedido, a oferta do SMT acessível ao público na faixa dos 450-470 MHz no termo do concurso a que alude o número anterior, sem prejuízo do cumprimento pelos operadores de*

*SMRP de determinações e emitir pelo ICP-ANACOM no âmbito de procedimentos em curso»*[1].

Refere a Vodafone que o concurso público previsto naquela decisão não foi aberto aos prestadores de SMRP que, à semelhança dos prestadores do SMT, foram excluídos do mesmo e acrescenta que de tal concurso não resultou a entrada no mercado de mais um prestador do SMT, concluindo que o concurso público que permitiu a alteração da licença da Radiomóvel não existiu nem nunca esteve previsto.

Acrescenta ainda que a ANACOM vem declarar, no SPD notificado, que a alteração da licença da Radiomóvel não decorreu desta deliberação mas sim de outra que no mesmo dia (17.01.2008) foi proposta à Radiomóvel sem nunca ser submetida a consulta pública. Em seguida, adita que a ANACOM, também no SPD, vem declarar que afinal a deliberação de 17.01.2008 aprovou a alteração da licença da Radiomóvel no sentido de prestar o SMT, embora aquela empresa nunca o tenha requerido.

Quanto a esta afirmação refere a Vodafone que: (i) a ANACOM tem perfeito conhecimento de que a possibilidade de alterar a licença SMRP, constante da deliberação de 17.01.2008, estava inicialmente prevista através da participação em concurso e adicionalmente através de requerimento; (ii) é falacioso considerar que a adaptação dos direitos de utilização de frequências de um operador cumpre os requisitos formais porque efectuado "no seguimento de um concurso público" quando o regime legal prescreve que é a própria afectação de frequências que deve ser efectuada por concurso público; e (iii) o facto de na mesma data a ANACOM ter aprovado uma deliberação que permitiria à Radiomóvel prestar SMT, sem concurso público e mediante requerimento, mas tal não ter sucedido, não reduz ou minimiza a ilicitude da alteração dos direitos materiais da Radiomóvel no âmbito dos seus direitos de utilização de frequências sem sujeição à consulta pública legalmente exigida.

[1] Neste parágrafo é citada a alínea b) do n.º 3 da parte dispositiva da deliberação acima mencionada.

Neste contexto evidencia que a ANACOM sempre declarou em juízo que o acto que alterou a licença Radiomóvel não precisou de ser submetido a consulta pública porquanto não alterou os direitos do operador em questão.

Considerando o que expõe a Vodafone entende que está demonstrado que a actuação da ANACOM diverge materialmente da anterior quando agora declara que existem efectivamente novos direitos na esfera jurídica da Radiomóvel os quais, anteriormente, a ANACOM havia declarado não existir.

**iii. Ilegalidade da alteração do objecto da licença da Radiomóvel**

Afirma a Vodafone que a ANACOM, no passado, declarou que a interpretação do conceito de SMRP se deveria efectuar por referência ao tempo em que foi concedida a licença[2].

Entende que idêntica metodologia deve ser seguida com o conceito de "Grupos Fechados", contestando assim que a ANACOM declare no SPD que o SMRP é e sempre foi um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público.

Para fundamentar que no passado o entendimento da ANACOM foi outro, a Vodafone invoca o entendimento veiculado na notificação da deliberação do CA da ANACOM de 21.04.2006 na qual, refere, poder-se ler: «…*o SMRP nunca foi um sistema de comunicações aberto, ao contrário dos serviços telefónicos. Nem integrava a categoria hoje definida com serviço telefónico acessível ao público (alínea ee) do art. 3.º da LCE), pois se tratava de um serviço de comunicações (de voz) entre membros de grupos fechados e não um serviço de comunicações de extremo a extremo*…», notificação em que se refere que o facto de o Regulamento do SMRP ter sido revogado não implica que o conceito desse serviço tenha deixado de existir, concluindo que «…*o sentido a atribuir à expressão SMRP devia ser, antes da publicação da Lei n.º 5/2004, de 10.02. o que a Portaria 797/92 definia no*

[2] A Vodafone transcreve parte da notificação de uma deliberação do Conselho de Administração da ANACOM de 20.10.2005 na qual se refere que mesmo que se verifique a ausência de uma definição legal do conceito de SMRP, que continua a existir na licença da Radiomóvel, este deve ser integrado de acordo com a noção vigente ao tempo em que foi concedida a licença.

*momento da primeira atribuição da licença…*». Acrescenta ainda que, na mesma notificação, a ANACOM sustentou que as frequências conferidas à Radiomóvel, incluindo as frequências que possibilitam a prestação do SMRP com a tecnologia TETRA e CDMA, só podem ser utilizadas para o serviço para que foram conferidas – o SMRP[3].

Contestando o SPD na parte em que este refere que «*admitir esta* [interligação com o SFT] *como a única possibilidade de interligação seria aceitar uma restrição inadmissível aos direitos reconhecidos às empresas neste domínio ostensivamente contrário aos objectivos de regulação que, nos termos da Lei à ANACOM cabe prosseguir*», a Vodafone refere que o SPD está a seguir um entendimento totalmente oposto ao que foi seguido pelo Regulador no âmbito das respostas à consulta SMRP-CDMA que em 23.10.2003 referia o SMRP como «…*serviço apto ao estabelecimento de comunicações endereçadas, ou não, bidireccionais, entre utilizadores de grupos fechados, através de equipamentos terminais de índole não fixa, permitindo o estabelecimento de comunicações com utilizadores de outros serviços e telecomunicações de uso público mediante interligação com o SFT*».

A Vodafone contesta ainda que os princípios de regulação subjacentes a esta afirmação se tenham alterado, assinalando que sobre os mesmos o Regulador se pronunciou no âmbito da análise das respostas à consulta pública acima mencionada quando, perante o interesse manifestado de que o SMRP dispusesse de interligação com outros serviços de telecomunicações de uso público, a ANACOM salientou que o caderno de encargos do concurso público para a prestação do SMRP foi explícito ao referir que seriam permitidas interligações ao serviço fixo de telefone e que o modo de interligação assente numa solução PPCA é considerado adequado face às características e natureza do serviço prestado pela Radiomóvel.

[3] Nesta deliberação a ANACOM conclui que fiscalizações realizadas atestam que o serviço de acesso à internet já está a ser oferecido ao público em geral e não a grupos fechados de utilizadores, o que foi qualificado como um uso abusivo das frequências consignadas á prestação do SMRP.

Realça que então a ANACOM afirmou que não se pretendia que o SMRP fosse descaracterizado por se considerar «…*indispensável que o mercado dispusesse de diferentes serviços com características diferenciadas e prestados por diferentes operadores*».

Assim, para que seja seguida uma linha condutora coerente com as anteriores deliberações proferidas, a Vodafone defende que o SPD agora notificado deve ser alterado no sentido do que foi defendido em anteriores decisões da ANACOM sob pena de violação dos princípios da igualdade material, auto-vinculação e da confiança.

**iv. Entende a Vodafone que o SPD notificado viola os princípios da confiança, da igualdade e da estabilidade regulatória**

Acrescenta a Vodafone que a actuação prosseguida no SPD viola os princípios da segurança jurídica, da boa fé e da protecção da confiança legítima dos administrados o qual visa salvaguardar os sujeitos jurídicos contra actuações injustificadamente imprevisíveis daqueles com quem se relacionem.

Assim, considerando a quantidade de afirmações agora constantes do SPD que vão em sentido diametralmente oposto do anteriormente defendido pelo Regulador, «…*não pode deixar de se afirmar que a ANACOM viola a boa fé quanto à falta de confiança que despertou nos Particulares envolvidos no presente litígio, ao actuar em desconformidade com aquilo que o seu comportamento anterior fazia antever*».

Refere a Vodafone que a confiança depositada na ANACOM se consubstancia nos diversos actos praticados, nos quais, nomeadamente, não se reconhece à Radiomóvel qualquer direito a interligar-se com a Vodafone ou a desencadear o mecanismo de intervenção no âmbito do qual foi produzido o SPD notificado, assim se encontrando reunidos todos os pressupostos de que depende a tutela da confiança legítima dos administrados.

Alega também a Vodafone que a conduta agora visada pela ANACOM viola igualmente o princípio da fundamentação, por utilizar meros indícios sem sustentabilidade factual que justifiquem a alteração da sua posição e que, analisados com mais detalhe, não são adequados a produzir a alteração das circunstâncias alegada para modificação da posição anterior.

Acrescenta ainda a Vodafone que o SPD viola o princípio da igualdade, entendendo este como gerador do dever da administração de auto-vinculação a decisões anteriormente tomadas com identidade subjectiva, objectiva e normativa, e o princípio da estabilidade regulatória, quando toma, com base nos mesmos factos, decisões absolutamente opostas.

Por último conclui que a manutenção do sentido do SPD na decisão final poderá ser geradora de responsabilidade civil extra-contratual por parte da ANACOM na medida em que se verifiquem danos decorrentes da violação do princípio da confiança.

**v. Os termos em que se processará o controlo do cumprimento da licença por parte da Radiomóvel não são suficientes para assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do direito de utilização de frequências que lhe foi conferido, consagrando uma porta aberta à concorrência desleal**

Na óptica da Vodafone a ANACOM não é capaz de assegurar se (i) o cumprimento do limite dos 15% é estrutural e tecnicamente susceptível de controlo, ou se, pelo contrário (ii) a hipotética imposição de interligação não se materializará numa decisão violadora do princípio da previsibilidade da regulação e criadora de instabilidade regulatória.

A Vodafone afirma não ter conhecimento que seja exequível a implementação, pela Radiomóvel, de um controlo sobre o tráfego destinado a outras redes que lhe permita cumprir o limite que foi fixado para as comunicações destinadas a outras redes, assinalando que mesmo que a Radiomóvel conseguisse implementar tal restrição esta seria contrária aos seus interesses comerciais pelo que não se antevê que seja utilizada.

A violação do limite imposto viabilizará que a Radiomóvel preste um serviço telefónico móvel em tudo semelhante ao que assegura a Vodafone, prejudicando os demais prestadores que para este serviço se encontram habilitados, por violação das condições de concorrência e de igualdade.

Com este enquadramento manifesta que a preocupação dos demais operadores sobre a forma como é assegurada a supervisão do cumprimento de tais limitações é justificado, até porque, refere, o comportamento da Radiomóvel nos últimos anos é claramente revelador da intenção deste operador prestar o SMT.

Assinala ainda a Vodafone que qualquer eventual fiscalização das restrições impostas no DUF conferido à Radiomóvel ocorrerá *a posteriori* e com duvidosa possibilidade de corrigir o impacto negativo de tal violação. Com este fundamento conclui que o SPD consagra uma porta aberta à concorrência desleal.

Assim, considera irrazoável o argumento de que a interligação não pode ser limitada e de que esta fiscalização está a cargo da ANACOM, pois muito antes de ter ocorrido a alteração da licença da Radiomóvel a ANACOM já havia concluído que aquela empresa estava a fazer um uso indevido das frequências que lhe foram consignadas.

Perante estes argumentos, Vodafone entende que é forçoso contestar o SPD notificado na medida em que este a impede de salvaguardar os seus direitos no quadro do seu relacionamento com os restantes operadores, principalmente quando reconhece que a obrigação de interligação cessa quando a interligação não tenha por objecto a prestação de serviços de comunicações electrónicas por uma empresa habilitada para os prestar.

Caso venha a decidir pela manutenção da imposição aos operadores de SMT negociarem interligação, considera a Vodafone que a ANACOM não os pode impedir que no âmbito dos contratos que venham a celebrar se estabeleçam mecanismos adequados a proteger os seus direitos, nomeadamente aqueles que prevejam que a obrigação de interligação

cessa quando a interligação não tenha por objecto a prestação de serviços de comunicações electrónicas por uma empresa habilitada para os prestar.

## II. ANÁLISE DAS POSIÇÕES MANIFESTADAS

Com excepção da Radiomóvel, que apenas solicita a concretização, no n.º III da decisão, que o prazo de 90 dias aí fixado é em "*dias de calendário*", proposta que se considera de acolher, muito embora a forma como é contado este prazo esteja clara na fundamentação da decisão, todos os demais interessados reiteram a sua oposição e reservas relativamente ao SPD, mantendo em traços gerais, a argumentação antes expendida e já analisada.

Sem prejuízo da apreciação e conclusões que já constam do SPD notificado e que aqui se reiteram, analisam-se de seguida os argumentos e as razões agora apresentados pelas requeridas para fundamentar a sua discordância relativamente ao sentido daquela decisão.

**1.** As requeridas reiteram que **o pedido de intervenção apresentado pela Radiomóvel é extemporâneo,** devendo a ANACOM abster-se da sua análise.

Ao contrário do que sustentam as requeridas o pedido de resolução administrativa de litígios agora apresentado pela Radiomóvel foi apresentado antes de decorrido um ano sobre o início do diferendo que se pretende seja decidido.

Os pedidos de interligação que antes foram apresentados pela Radiomóvel fundamentam-se num título – licença – emitido na sequência do concurso público realizado em 1993 e, muito embora durante o período em que aquele título vigorou tenham ocorrido alterações legislativas, a actividade desenvolvida pela Radiomóvel continuou a estar sujeita às regras – direitos e obrigações - que o mesmo previa, as quais deviam ser objecto de uma leitura actualizada à luz da legislação que em cada momento esteve em vigor.

Quando em 2006 a ANACOM recusou pronunciar-se no processo iniciado pela Radiomóvel na sequência da recusa de interligação por parte da Vodafone, por entender que o pedido de intervenção apresentado era extemporâneo, entendeu

o Regulador que os pedidos recusados tinham, sempre, presentes o mesmo título habilitante – licença – a qual devia ser interpretada de acordo com o enquadramento conferido pela LCE cuja vigência se iniciou em 2004.

Como então a Radiomóvel admitiu, a primeira recusa relevante a considerar ocorreu 20 de Julho de 2004 e o pedido de intervenção apenas foi apresentado em Julho de 2006. O pedido de intervenção foi então considerado extemporâneo e, por isso, a ANACOM nem sequer procedeu à sua apreciação.

No processo agora em análise, pese embora haja o mesmo pedido, é evidente que a causa de pedir se alterou.

Com efeito, desde sempre licença da Radiomóvel admitiu a interligação. Numa primeira fase esta interligação apenas podia ser realizada através do serviço fixo de telefone, mas posteriormente, em resultado das alterações legislativas decorrentes da liberalização do sector, aquele limite tornou-se anacrónico e foi derrogado.

Com a entrada em vigor da LCE a ARN ficou incumbida de proceder às alterações necessárias aos registos e licenças antes emitidos de modo a adequá-los às disposições legais em vigor, mantendo as empresas os direitos de utilização de recursos de numeração e frequências até ao termo do prazo fixado no respectivo título de atribuição e permanecendo aplicáveis, todas as obrigações assumidas pelas entidades licenciadas em concursos realizados antes da entrada em vigor desta lei (vd. nºs 1, 4 e 5 do artigo 121.º da LCE).

O enquadramento legal da oferta de redes e prestação de serviços de comunicações electrónicas foi objecto de várias alterações[4] desde que foi outorgada a primeira licença à Radiomóvel para a prestação do serviço de telecomunicações complementar móvel - serviço móvel com recursos partilhados.

Com a LCE deixa de se justificar a existência de licenças para o exercício de actividades. No contexto de liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas que aos agentes de mercado é admitido prestar

[4] V.g. Lei n.º 91/97, de 1 de Agosto e Decreto-Lei n.º 381-A/97. De 30 de Dezembro.

independentemente de decisão ou acto prévio do Regulador, a LCE vem ressalvar que a utilização de frequências e números possa estar dependente da atribuição de direitos individuais de utilização (nºs 1 a 3 do artigo 19.º da LCE). Tais direitos de utilização podem estar sujeitos a condições especificadas pela ARN e é neste contexto que o artigo 121.º da LCE exige a adaptação dos registos e licenças que antes do início de vigência desta Lei foram atribuídos.

A adaptação dos direitos de utilização conferidos à Radiomóvel foi operada por acto da ANACOM de Abril de 2008. Nesta adaptação a ANACOM teve em conta o enquadramento legal das comunicações em Portugal e na União Europeia e as características do mercado que entretanto evoluiu e passou a exigir, da parte do Regulador, um tipo de intervenção que, naturalmente, se distancia do que era exigido em 1993. Consequentemente não é adequado considerar, como sustenta a Vodafone, que houve violação da estabilidade regulatória. O que se verificou foi antes uma evolução do sentido da regulação, tendo presente o enquadramento legal em vigor e a realidade do mercado.

A afectação das frequências não se alterou - a Radiomóvel continuou habilitada a usar as frequências apenas para a exploração do SMRP.

Com a adaptação do referido direito foram concretizados os limites do Direito de Utilização de Frequências para a prestação do SMRP não deixando a Radiomóvel de estar vinculada aos limites estabelecidos para as comunicações efectuadas para fora dos GFU's[5], limites estes que evidenciam a natureza acessória dessas comunicações.

Não houve qualquer alteração material dos direitos conferidos à Radiomóvel que, como refere a Vodafone, exija o cumprimento do disposto no artigo 20.º da LCE. As frequências consignadas à Radiomóvel não deixaram de estar afectas exclusivamente à prestação do SMRP. Qualquer outro uso que seja dado àquelas frequências consubstanciará uma utilização indevida e legitimará adequada intervenção correctiva e sancionatória por parte da ANACOM.

[5] Grupos Fechados de Utilizadores.

Não há, portanto, qualquer contradição entre as várias afirmações proferidas no SPD notificado ou entre este e a actuação e posições que no passado foram defendidas pela ANACOM ao nível judicial e extra-judicial.

A adaptação da licença e a posterior renovação do direito de utilização de frequências justifica, por parte dos demais operadores e prestadores de serviços de comunicações electrónicas, uma reanálise dos pedidos de interligação apresentados pela Radiomóvel.

Considerando as datas em que ocorreram as recusas aos pedidos de interligação apresentados pela Radiomóvel na sequência da adaptação da licença e renovação do seu direito de utilização de frequências – entre 16 e 28 de Janeiro de 2009 - e a data em que foi requerida a intervenção da ANACOM - 30 de Março de 2009 -, não pode considerar-se que foi ultrapassado o prazo exigido no n.º 2 do artigo 10.º da LCE para que fosse requerida a intervenção do ICP-ANACOM.

Ainda que assim não fosse entendido, sempre poderia a ANACOM intervir no diferendo em apreço fazendo uso das suas competências conforme previsto no artigo 63.º da LCE, para garantir o acesso e interligação adequados em conformidade com os objectivos de regulação previstos no artigo 5.º da mesma Lei, fundamento que, de resto, é invocado no SPD notificado.

## 2. Quanto à extemporaneidade da decisão da ANACOM

É indiscutível que, como alegam a PTC e a TMN, quando for adoptada a decisão final no presente processo já terão decorrido mais de quatro meses sobre a data do início do presente processo. Porém deste atraso não podem resultar as consequências preconizadas por aquelas empresas, isto é, do não cumprimento daquele prazo não resulta a preclusão da possibilidade de a ANACOM decidir sobre o litígio que lhe foi submetido.

Com efeito, nem a solução preconizada pela PTC e TMN resulta da lei, nem o prazo de 4 meses é peremptório, antes se tratando de um prazo ordenador. Aliás a Lei admite (n.º 3 do artigo 10.º) que em circunstâncias excepcionais, tal prazo seja ultrapassado e, de facto, foi o que sucedeu. A particular complexidade da

matéria em análise e o número de intervenientes, determinaram que a aprovação do SPD sofresse um considerável atraso.

Porém, deste facto não pode resultar a lesão ou a recusa da tutela dos direitos do requerente. A demora ocorrida na apreciação do litígio não é imputável à Radiomóvel e como tal não pode ter como consequência a lesão do direito daquela empresa a obter da Administração uma decisão sobre o pedido apresentado que, em conformidade com o que exige o artigo 9.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) não pode deixar de se pronunciar sobre os assuntos da sua competência que lhe sejam apresentados pelos particulares. A solução preconizada pela PTC e TMN é absolutamente inaceitável e implicaria a lesão de direitos constitucionalmente reconhecidos (artigo 52.º CRP). O atraso na decisão da ANACOM não determina a sua extemporaneidade e, muito menos, que esta Autoridade se abstenha de proferir a decisão que lhe foi submetida. De resto, como requerente e requerida bem sabem, a intervenção da ANACOM não deixa de estar justificada, também, nas competências que lhe são conferidas pelo artigo 63.º da LCE que a habilita a intervir, por iniciativa própria ou quando lhe for solicitado, para incentivar e quando oportuno garantir o acesso e a interligação.

**3. Supervisão dos limites impostos ao direito de utilização da Radiomóvel**

A PTC, a Sonaecom, a TMN e a Vodafone consideram que a supervisão e fiscalização dos limites impostos ao direito de utilização de frequências não são exequíveis e que o incumprimento dos limites impostos é inevitável.

Tal como já se esclareceu no SPD notificado, a ANACOM possui meios que lhe permitem fiscalizar o cumprimento das condições associadas ao direito de utilização conferidos à Radiomóvel e, em particular, se o tráfego entre membros de diferentes grupos fechados de utilizadores e entre os membros de cada grupo e utilizadores de outros serviços não excede os limites máximos fixados.

A verificação do cumprimento dos limites fixados nas condições associadas ao direito de utilização das frequências não é de impossível fiscalização e monitorização.

A ANACOM não deixará de estar atenta e de garantir a supervisão dos limites impostos à utilização de frequências afectas ao SMRP e no DUF atribuído à Radiomóvel em particular.

É à ANACOM que compete a verificação do cumprimento das condições associadas ao DUF conferido à Radiomóvel, competindo-lhe actuar, se necessário, nos termos do artigo 110.º da LCE, determinando a suspensão da actividade da empresa ou a revogação total ou parcial dos direitos de utilização.

Não é o risco de incumprimento das condições estabelecidas por parte da Radiomóvel que legitima que os demais agentes de mercado violem as obrigações decorrentes da lei e das medidas de carácter regulatório.

A ANACOM considera compreensível o interesse manifestado sobre a forma como será assegurado o controlo do cumprimento das condições associadas aos direitos de utilização conferidos à Radiomóvel. Porém, não pode deixar de relevar que a informação antecipada da forma como será assegurada a supervisão do cumprimento das condições associadas à utilização das frequências afectas à prestação do SMRP poderá pôr em causa a eficácia desta supervisão. Em todo o caso, a ANACOM não deixará de garantir o direito dos interessados à informação e assegurará a divulgação dos casos de incumprimento que no futuro venha a apurar, salvaguardando, sempre, a informação que em cada momento deva ter um carácter reservado ou confidencial.

É evidentemente inquestionável que só depois do incumprimento, é que se poderá saber se a Radiomóvel violou as condições associadas ao direito de utilização que lhe foi conferido. Como qualquer outra situação de incumprimento, só depois de ter ocorrido é que é passível de ser conhecida e, de facto, nem sempre será possível corrigir o impacto ou as suas consequências negativas. No entanto, não pode deixar de ser feita uma ponderação dos interesses em presença que facilmente permite concluir que os danos causados pela recusa de satisfazer um legítimo direito da Radiomóvel – danos que necessariamente ocorrerão - serão seguramente superiores aos que resultarão de um eventual incidente de incumprimento das condições associadas ao direito de utilização daquela empresa que determinará uma intervenção correctiva e sancionatória.

A conclusão de que a alegada impossibilidade de controlo dos limites fixados nas condições associadas ao direito de utilização conferido à Radiomóvel constituam uma porta aberta à concorrência desleal apenas seria verdadeira se a supervisão não fosse possível, ou se a ANACOM não actuasse perante uma situação de incumprimento, viabilizando que a Radiomóvel prestasse serviços telefónicos móveis em tudo idênticos aos que a TMN, a Sonaecom e a Vodafone prestam.

Porém, a supervisão é possível e a ANACOM não deixará de actuar caso seja confrontada com a violação das condições associadas ao direito de utilização – conforme lhe exigem os artigos 48.º e 54.º do Regime Geral das Contra--Ordenações e Coimas.

O que importa destacar, e que é bastante para concluir pela improcedência das críticas que neste domínio foram feitas, é que a supervisão será assegurada e o (eventual) incumprimento sancionado e que como afirmado no SPD «…*a ANACOM possui meios (…)que lhe permitem fiscalizar o cumprimento das condições associadas ao direito de utilização conferidos à Radiomóvel*», sendo absurdo pretender que o desconhecimento das soluções que serão utilizadas pela ANACOM para assegurar a supervisão e fiscalização dos limites impostos àquela empresa constitui fundamento bastante para legitimar a recusa de satisfazer os pedidos razoáveis de interligação.

Por outro lado, não pode ignorar-se que as consequências de um incumprimento das obrigações associadas ao direito de utilização de frequências atribuído à Radiomóvel constituem fortes factores de dissuasão ao incumprimento. Assim, não se pode admitir que a interligação constitua um incentivo ao incumprimento no qual, no limite, pode determinar a revogação total do direito de utilização conferido àquela empresa – vd. artigo 110.º LCE,

Sem prejuízo do que acima se conclui, importa assinalar que a ANACOM não obstaculizará que no âmbito dos contratos a celebrar sejam incluídos mecanismos que prevejam que a obrigação de interligação cessa quando esta não tenha por objecto a prestação de serviços de comunicações electrónicas por empresa habilitada para os prestar. No caso do SMRP, esta salvaguarda não pode legitimar a suspensão ou a interrupção da interligação sem que em

processo próprio, promovido pela ANACOM, esteja previamente demonstrado, que, violando as condições associadas à utilização de frequências afectas ao SMRP a Radiomóvel está a assegurar a prestação de outros serviços.

**4. Quanto aos argumentos especificamente invocados pela Sonaecom**

A Sonaecom não se afasta muito do que já havia manifestado à ANACOM em Junho de 2009 (vd. fls. 270 e ss do processo) não acrescentando elementos que justifiquem a alteração das conclusões do SPD notificado.

Com efeito, esta empresa vem reiterar o que já antes alegou sobre a inexistência da deliberação que adapta a licença emitida à Radiomóvel, argumentando que (i) permanece por desenhar a obrigação de interligação e (ii) por explicitar como, estando o direito à interligação limitado a «*15% do número total de comunicações efectuadas no mesmo grupo em cada trimestre*», a correspectiva obrigação existe sem que esse mesmo limite seja violado.

Ora tais dúvidas não têm razão de ser.

Na verdade, o que foi adaptado foi o DUF conferido à Radiomóvel e não as obrigações que impendem sobre as demais empresas a quem aquela solicita interligação. Não há naquela deliberação qualquer exigência de que as empresas com quem a Radiomóvel celebre acordos de interligação assegurem nesse âmbito qualquer tipo de limitação.

Tal como refere a alínea d) do anexo 1 ao direito de utilização n.º 05/2008, o direito à interligação reconhecido àquela empresa obedece apenas e só aos termos e condições estabelecidos na LCE. O DUF não concretiza, nem o podia licitamente fazer, quaisquer restrições ao direito de negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação.

Sobre a Sonaecom e as demais demandadas no presente processo recai uma obrigação de, quando solicitada por outros, negociar interligação, de forma a garantir a oferta e interoperabilidade de serviços (vd. n.º 2 do artigo 64.º da LCE) e de facultar acesso observando as obrigações impostas no âmbito dos

procedimentos de análise de mercado, e, em particular, as obrigações de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e de não discriminação.

As condições e obrigações associadas ao direito de utilização conferido à Radiomóvel vinculam apenas aquela empresa e não qualquer outra com quem aquela negoceie interligação. Trata-se de condições que limitam os termos em que a Radiomóvel pode fazer uso das frequências e não uma condicionante da obrigação de facultar acesso ou assegurar interligação.

O DUF conferido à Radiomóvel é plenamente válido e eficaz, os seus limites estão claramente fixados, competindo exclusivamente à ANACOM, no exercício das suas competências, proceder à supervisão do seu cumprimento.

Não procede assim, como sustenta a Sonaecom, que exista um «*direito a não dar interligação quando e sempre que, em cada trimestre, aquele limite* [de 15%] *seja excedido*», sem prejuízo de, como já acima foi referido, no âmbito dos contratos a celebrar, serem incluídos mecanismos que prevejam que a obrigação de interligação cessa quando esta não tenha por objecto a prestação de serviços de comunicações electrónicas por empresa habilitada para os prestar. Reiterando-se que, no caso do SMRP, esta salvaguarda não pode legitimar a suspensão ou a interrupção da interligação sem que em processo próprio fique demonstrada a violação das condições associadas à utilização de frequências.

**5. Quantos aos argumentos especificamente invocados pela PTC e pela TMN**

**i**. A PTC e a TMN reafirmam que o SMRP não pode ser considerado um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público, mas sim a grupos fechados de utilizadores, para concluir que não pode ser reconhecido à Radiomóvel qualquer direito a negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação de outras empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público.

Na contestação do SPD a PTC e a TMN limitam-se a referir que o SMRP tem uma natureza diversa da do serviço telefónico móvel não podendo reconhecer-se ao seu prestador um direito de interligação nos mesmos termos em que o fazem os prestadores dos serviços móveis entre si.

O que é alegado pela PTC e pela TMN não é adequado nem suficiente para afastar o que se concluiu no SPD notificado.

Como já antes se esclareceu, o SMRP é, e sempre foi, um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público, como resultava do enquadramento que lhe foi dado pelo Regulamento de Exploração do Serviço de Telecomunicações Complementar Móvel - Serviço Móvel com Recursos Partilhados anexo à Portaria n.º 797/92, de 17 de Agosto.

De acordo com o n.º 1 do artigo 2.º daquele Regulamento de Exploração (hoje revogado) o «*SMRP é um serviço de telecomunicações complementar móvel, conforme definido na alínea e) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 346/90*…». Nos termos da Lei de Bases do Estabelecimento, Gestão e Exploração das Infra--estruturas e Serviços de Telecomunicações então em vigor - Lei n.º 88/89, de 11 de Setembro (já revogada), o SMRP integrava o elenco das telecomunicações públicas, de uso público – vd. n.º 1 a 4 do artigo 2.º da Lei, cuja utilização estava (e está) aberta a todos – artigo 15.º da Lei n.º 88/89.

A natureza de serviço de telecomunicações de uso público do SMRP não se alterou. Este serviço faz hoje parte do elenco dos serviços de comunicações electrónicas tal como definido na alínea cc) do artigo 3.º da LCE, um serviço que é oferecido em geral.

É certo que o SMRP tem características próprias, mas como resulta da Lei deve estar disponível a todas as entidades que dele pretendam fazer uso com essas mesmas especificidades.

De resto a PTC não pode ignorar este entendimento, na medida em que quando em 2003 questionou a ANACOM sobre os fundamentos de um pedido de interligação que lhe foi endereçado pela Radiomóvel lhe foi transmitido, através do ofício ANACOM-S02541/2003, de 10.02.2003, que o Regulamento de Exploração *anexo à Portaria nº 797/92, de 17 de Agosto já reconhecia aos prestadores do SMRP um direito de interligação com o serviço fixo de telefone e que com a alteração do regime jurídico aplicável às telecomunicações, decorrente da Lei de Bases das Telecomunicações – Lei nº 91/97, de 1 de Agosto – e*

*demais diplomas aprovados em seu desenvolvimento, tal direito veio a ser reforçado. Aquela Lei de Bases estabelecia como princípio genérico a garantia de interligação através da rede básica, bem como através das redes de operadores com poder de mercado significativo.* E concluía a ANACOM referindo que *a Radiomóvel tem direito a interligar-se com outras redes e serviços de telecomunicações de uso público, devendo essa interligação ser assegurada, primacialmente, através da rede básica de telecomunicações. Acrescentava ainda que não subsistem as restrições à interligação fixadas na vigência do quadro legal anterior à Lei nº 91/97, de 1 de Agosto e que ao pedido de interligação formulado pela RADIOMÓVEL à PTC era aplicável o regime jurídico decorrente do Decreto-Lei n.º 415/98, de 31 de Dezembro*.

A interligação reconhecida no âmbito do DUF concedido à Radiomóvel não desvirtua a natureza inicial e actual do serviço. Essa natureza é-lhe conferida pelas condições em que a empresa prestadora pode fazer uso das frequências e não pelos termos em que lhe é oferecida interligação. Assim, uma utilização abusiva dos direitos de interligação conferidos à Radiomóvel enquanto prestadora do SMRP consubstanciará, em princípio, uma violação das condições associadas à utilização das frequências que, como refere os nºs 1 e 2 do Direito de utilização n.º 5/2008 se destinam a ser exclusivamente utilizadas para a prestação do SMRP.

Ao determinar que as requeridas concedam interligação das suas redes àquele operador a ANACOM não confere à Radiomóvel quaisquer direitos de utilizar as frequências que lhe foram consignadas para outro fim que não o previsto.

**ii.** Sobre o alegado carácter arbitrário e aleatório do limite fixado para as comunicações para fora de cada grupo, não cabe nesta sede responder às observações deduzidas pela PTC e pela TMN. Esta definição foi feita em processo próprio e é no quadro desse processo que deverá, se for caso disso, ser questionado.

**iii.** É totalmente infundado e improcedente que o SPD constitua ou envolva uma permissão para que a Radiomóvel preste serviços móveis em concorrência com a TMN em clara violação do princípio da não discriminação e da promoção da

concorrência aos quais a ANACOM se encontra adstrita nos termos do artigo 5.º, nº 2, alínea b) e nº 3, al. c) da LCE.

Ao contrário do que a PTC e a TMN pretendem fazer valer, o SPD notificado não habilita a Radiomóvel à prestação do Serviço Telefónico Móvel. O SPD limita-se a afirmar um direito reconhecido àquela empresa pela Lei – artigo 22.º, alínea a) da LCE e artigo 64.º, nº 2 da LCE – e pelo direito de utilização de frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008. A Radiomóvel não está nem fica habilitada a utilizar as frequências para fim diverso do que estabelece o direito de utilização de que é titular o qual em nada foi alterado.

Disponibilizar a interligação em termos anacrónicos e mais onerosos (apenas através do serviço fixo de telefone) a um operador e disponibiliza-la nos termos habituais aos restantes é que atenta contra o princípio da não discriminação e, em última análise, prejudica os utilizadores do SMRP a quem é reconhecida a possibilidade de comunicar, embora a título acessório, com os utilizadores de outras redes.

Considerando o exposto, conclui-se que o que é sustentado pela PTC e pela TMN não põem em causa as conclusões do SPD notificado nem determinam a alteração do sentido do que no mesmo se determina.

**6. Quantos aos argumentos especificamente invocados pela Vodafone**

**i**. Ao contrário do que a Vodafone vem afirmar, não existe qualquer contradição ou divergência material entre o SPD notificado e a deliberação da ANACOM de 17.01.2008, relativa à limitação do número de direitos de utilização de frequências a atribuir para a prestação do serviço móvel terrestre na faixa dos 450-470 MHz e definição do respectivo procedimento de atribuição e possibilidade de prestação do SMT na mesma faixa pelos operadores de SMRP.

O SPD agora notificado não reconhece à Radiomóvel qualquer novo direito, limita-se a reafirmar e determinar que seja assegurado um direito já reconhecido àquela empresa. Com efeito, o SPD não reconhece à Radiomóvel um novo direito à interligação. Tal direito já existia no passado e não podia, nem pode, deixar de ser do conhecimento das interessadas no presente processo - a sua existência

decorre da LCE e por isso foi expressamente afirmada na licença n.º ICP-ANACOM-012/SMRP, conforme consta da adaptação realizada em 16 de Abril de 2008 e, posteriormente, no DUF n.º 05/2008, aprovado pelo CA da ANACOM em 25 de Setembro de 2008.

Como foi sucessivamente afirmado, a adaptação do DUF não legitima que a Radiomóvel preste o Serviço Móvel Terrestre. As frequências conferidas àquela empresa estão afectas à prestação do SMRP e até que ocorra uma nova e diferente decisão do Regulador, está vedada a sua utilização para outro efeito. Ao reafirmar e determinar que seja assegurado o direito daquela empresa à interligação a ANACOM não está a permitir a utilização das frequências para um fim diverso do que foi contemplado no direito de utilização.

A deliberação da ANACOM de 17.01.2008 contempla, de facto, a possibilidade de a Radiomóvel requerer a alteração do direito de utilização de frequências. Porém, importa desfazer um equívoco subjacente ao que é alegado nas páginas 12 e 13 da pronúncia da Vodafone, esclarecendo que tanto a alteração do título ocorrida em 16.4.2008, como a renovação do DUF da Radiomóvel (cujo título foi emitido em 25.09.2008), nunca estiveram dependentes da realização de qualquer concurso público.

O título actualmente em vigor não permite à Radiomóvel prestar outro serviço que não seja o SMRP. A possibilidade de a Radiomóvel poder vir a prestar o SMT depende de pedido da empresa, o qual, até à data não foi apresentado. Tal pedido só poderia ser apresentado após o concurso a que refere a deliberação e, a ser deferido, determinaria uma alteração aos direitos de utilização de frequências da Radiomóvel para viabilizar a prestação do serviço telefónico móvel, essa, sim, sujeita ao procedimento geral de consulta previsto no artigo 20.º, n.º 2 da LCE.

Antecipando o sentido daquelas determinações, o relatório final do procedimento geral de consulta a que foi submetida, ainda sob a forma de projecto, a decisão acima identificada referia que «*…as condições associadas à alteração dos direitos de utilização do espectro que podem ser atribuídos aos actuais prestadores do SMRP só poderão ser conhecidas no termo do concurso público,*

*consagrando o que vier a constar da emissão do título do respectivo vencedor, nos termos da sua proposta, ou consagrando os valores mínimos como tal determinados no Caderno de Encargos, caso não haja qualquer candidatura*» e que o *«…ICP-ANACOM não deixará de acautelar que as condições a impor aos actuais prestadores do SMRP que, no termo do concurso, pretendam vir a prestar o SMT assegurem uma plena igualdade de condições de concorrência com os actuais operadores deste serviço, fixando um conjunto de direitos e obrigações que, com a devida ponderação e de acordo com o princípio da proporcionalidade, se lhes justifique impor».*

Acresce que não existe qualquer nexo de causalidade entre a adaptação da licença e a deliberação de 17.01.2008 que veio admitir a possibilidade de os prestadores do SMRP poderem vir a prestar o SMT.

Em momento algum o ICP-ANACOM afirmou no SPD em apreço que a adaptação da licença da Radiomóvel, concretizada em 16.04.2008, permitiu à empresa prestar o SMT. Não só não o afirma, como nunca o poderia sustentar uma vez que o referido concurso público só foi aberto em 23.08.2008 (cfr. Regulamento n.º 474/2008, de 22 de Agosto) e, registe-se, o referido concurso apenas foi concluído em 07.01.2009 com a decisão de atribuição do direito de utilização de frequências à RNT - Rede Nacional de Telecomunicações, S.A.

Não pode, pois, deixar de ser considerada infundada a "interpretação" que a Vodafone faz do SPD neste concreto domínio e não se perspectiva assim em que termos há divergência material entre tais decisões ou se reconhecem agora novos direitos na esfera jurídica da Radiomóvel. As afirmações que nesse sentido foram feitas pela Vodafone são, portanto, absolutamente improcedentes.

**ii.** Acrescenta a Vodafone que o SPD notificado não é coerente com a linha de actuação que anteriormente foi adoptada pelo Regulador.

Assim, suportando-se na deliberação que em 2005 sustenta que a interpretação do conceito de SMRP se deve efectuar por referência ao tempo em que foi concedida a licença, vem alegar que aquele nunca foi um sistema de comunicações aberto ao contrário dos serviços telefónicos.

Sobre esta observação e a transcrição do conceito de SMRP que a Vodafone faz do Regulamento de Exploração deste serviço anexo à Portaria n.º 797/92, de 17 de Agosto, regista-se que aquela empresa não assinala que aquele Regulamento já admitia o estabelecimento de comunicações com outros serviços de telecomunicações de uso público unicamente mediante uma interligação com o serviço fixo de telefone.

Desenvolvendo esta abordagem e transcrevendo passagens de deliberações da ANACOM em que foi referido que os direitos de utilização de que a Radiomóvel era titular não se alteraram com a entrada em vigor da LCE, que as comunicações oferecidas por esta empresa que não sejam dentro do grupo devem ter carácter acessório e que o SMRP não se deve confundir com o SMT, a Vodafone vem sustentar que, quando afirma que deve ser admitida a interligação da rede SMRP com as redes das empresas requeridas, o SPD agora notificado vai num sentido totalmente oposto ao das anteriores decisões do Regulador, na medida em que no passado a ANACOM considerou suficiente a interligação através do SFT.

Relativamente a este aspecto importa desde já evidenciar que o facto de o ICP-ANACOM ter considerado na deliberação de 28/12/2005 que as condições susceptíveis de serem aplicadas ao exercício da actividade e aos direitos de utilização de frequências e de números atribuídos à Radiomóvel nos termos da LCE eram compatíveis e adequadas à luz do novo quadro regulamentar, mantendo-se como tal aplicáveis, não significa que o título emitido à empresa para a prestação do SMRP não pudesse ser adequado e actualizado face à LCE. Daí se ter referido expressamente que se tratava de uma adaptação formal em linha com o preceituado no artigo 121.º, n.º 1 da LCE. E, reitera-se, da alteração efectuada não resultou para a Radiomóvel qualquer novo direito.

Importa ainda salientar que não é o SPD que afirma a necessidade de ser assegurada a interligação com as redes das requeridas. Esta exigência decorre da LCE e foi declarado no direito de utilização de frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008 que, relativamente a este aspecto, não se afasta do que já resultava da licença n.º 012/SMRP, na versão que resultou da adaptação promovida em

16 de Abril de 2008, cuja vigência é em ambos os casos posterior ao relatório com análise das respostas à consulta Pública SMRP-CDMA aprovado pela ANACOM em de 23.10.2003.

É inquestionável que neste domínio não estamos perante uma incoerência do Regulador, mas antes de uma evolução da linha condutora da regulação, determinada, como já se esclareceu, pelas alterações legislativas e de mercado.

O SPD agora notificado não encerra, assim, qualquer violação dos princípios da igualdade material da auto-vinculação ou da confiança.

**iii.** O SPD não cria qualquer novo direito à interligação nem consubstancia qualquer violação dos princípios da segurança jurídica, da boa fé e da protecção da confiança legítima dos administrados. Tais violações ocorreriam se o SPD fosse no sentido de não reconhecer o direito da Radiomóvel à interligação. Com efeito, considerando que tal direito é reconhecido pela Lei e, como já afirmado, pelo direito de utilização conferido à Radiomóvel, os quais, porque são públicos, não podem deixar de ser do inteiro conhecimento das requeridas, o SPD notificado não constitui uma novidade imprevisível nem injustificada que defraude a boa fé ou a confiança legítima dos administrados.

Também não é correcto afirmar que o SPD envolva uma violação do princípio da fundamentação. O SPD funda-se na lei e no direito de utilização de frequências atribuído, não constituindo nem a primeira nem o segundo meros indícios que justifiquem a posição da ANACOM que, para além do mais, não encerra alterações como pretende fazer valer aquela empresa.

Como resulta do acima exposto, os argumentos expendidos pela Vodafone não justificam a alteração do sentido do SPD notificado que assim deverá ser mantido.

## 7. Conclusão

A Radiomóvel requereu tempestivamente a intervenção da ANACOM para a resolução do diferendo que a opõe à PTC, à Sonaecom, à TMN e à Vodafone e a impede de «*usufruir do seu direito de "negociar a interligação e obter o acesso ou a*

*interligação de outras empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público*…”»;

A Radiomóvel é titular do Direito de Utilização de Frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008, que a habilita a utilizar as frequências aí identificadas para a prestação do SMRP;

Enquanto entidade habilitada a utilizar aquelas frequências para a prestação de serviços de comunicações electrónicas, é reconhecido à Radiomóvel o direito de negociar a interligação e obter o acesso ou a interligação de outras empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, nas condições e nos termos previstos na Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, sem prejuízo das competências da Autoridade Reguladora Nacional previstas na lei, nomeadamente no âmbito da análise de mercados;

No termo das análises de mercado realizadas, a PTC, a Sonaecom, a TMN e a Vodafone foram declaradas com poder de mercado significativo (PMS). A Sonaecom, a TMN e a Vodafone no mercado grossista de terminação de chamadas vocais em redes móveis individuais e o Grupo PT, bem como as três empresas já acima referidas, no mercado grossista de terminação de chamadas em redes telefónicas públicas num local fixo;

Da declaração de PMS decorre para as referidas empresas, nos termos do que foi fixado pelo ICP-ANACOM, a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso que lhe sejam deduzidos para a terminação de chamadas originadas na rede móvel da Radiomóvel.

Fica assim claro que a Radiomóvel tem o direito de obter o acesso à rede da PTC, da Sonaecom, da TMN e da Vodafone e estas empresas a obrigação de facultar aquele acesso nos termos em que a interligação é disponibilizada a outras entidades e no respeito das obrigações impostas no âmbito dos procedimentos de análise de mercado, observando, em particular, as obrigações de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e de não discriminação.

Pelo facto de obter interligação não fica a Radiomóvel habilitada a utilizar as frequências que lhe foram atribuídas para fim diverso do que estabelece o

respectivo direito de utilização, competindo-lhe assegurar o escrupuloso cumprimento das condições e obrigações que no mesmo são definidas.

As condições estabelecidas no Direito de Utilização de Frequências ICP-ANACOM n.º 05/2008 vinculam e limitam a utilização que a Radiomóvel faz das frequências que lhe estão consignadas sem obrigar as requeridas à limitação da interligação concedida.

As requeridas não estão impedidas de, se assim o entenderem, convencionar nos acordos de interligação condições que salvaguardem um uso da interligação nos limites dos direitos de utilização de que a Radiomóvel dispõe.

A supervisão do cumprimento das obrigações que no exercício da actividade de comunicações electrónicas recaem sobre a Radiomóvel ou qualquer outra empresa do sector, compete à ANACOM e não às empresas que exercem a sua actividade neste sector.

Considerando o acima exposto e dado que como resulta do presente relatório, a PTC, a Sonaecom, a TMN e a Vodafone não apresentam argumentos e fundamentos que sejam passíveis de conduzir a uma decisão de sentido inverso ao que foi manifestado no SPD notificado, devendo ser mantido o sentido da decisão aprovado por deliberação do CA de 14.05.2010 (DE1482010CA).