



CENTRO REGIONAL DO PORTO – POLO DA FOZ
ESCOLA DE DIREITO

A aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial ao setor das telecomunicações

Dissertação de mestrado em Direito elaborada sob a orientação da
Professora Doutora Sofia de Oliveira Pais

Pedro Moreira Duarte Carvalho Batista

N.º 340107096

Maio de 2014

Índice

| | |
|---|----|
| 1. Introdução | 2 |
| 2. A teoria da infraestrutura essencial | 3 |
| 3. O direito ao acesso no setor das telecomunicações | 8 |
| 3.1. Breve enquadramento | 8 |
| 3.2. A garantia geral do direito ao acesso | 9 |
| 3.2. Garantias de Acesso e Posição de Mercado Significativa | 12 |
| 3.3. O espectro radioelétrico como infraestrutura essencial | 19 |
| 4. Aplicação da teoria da infraestrutura essencial nas telecomunicações | 24 |
| 4.1. Indispensabilidade de regulação setorial | 24 |
| 4.2. O interesse da teoria da infraestrutura essencial nas revisões dos mercados relevantes | 29 |
| 5. Conclusões | 33 |
| Bibliografia | 36 |

1. Introdução

O desenvolvimento de um mercado concorrencial depende da existência de um direito ao acesso por parte de operadores económicos e da inexistência de barreiras à entrada. Em termos gerais, podemos destacar a teoria da infraestrutura essencial, desenvolvida pelo direito da concorrência, que estabelece que os operadores detentores de uma posição dominante num determinado mercado relevante devem, em circunstâncias específicas, garantir o acesso às suas infraestruturas a outros operadores para que estes se possam estabelecer no mercado.

No setor das comunicações eletrónicas as políticas regulatórias europeias, desde o primeiro pacote regulamentar, dedicado à liberalização desse mercado, caracterizam-se por consagrarem medidas setoriais específicas que têm como objetivo garantir o acesso de todos os operadores a estes mercados. No entanto, a Comissão Europeia teve sempre como objetivo que, com o desenvolvimento de um mercado concorrencial, a necessidade de regulação *ex-ante* deixasse de se fazer sentir e que estes mercados pudessem ser alvo apenas de regulação *ex-post*.

Com a presente dissertação, pretende-se analisar se será possível aplicar a teoria infraestrutura essencial ao setor das comunicações eletrónicas. Essa análise será feita sobre dois pontos de vista formal e materialmente distintos, na medida em que se pretende analisar se essa doutrina, pelo seu carácter restritivo, poderá ter um âmbito de aplicação satisfatório no direito das comunicações eletrónicas e, por outro lado, se existe, face às normas regulatórias específicas atualmente em vigor, *necessidade* de se aplicar esta específica doutrina ao setor das comunicações eletrónicas de uma forma generalizada.

Se, por um lado, é verdade que naqueles mercados sujeitos a regulação *ex-ante* dificilmente se poderá aplicar esta teoria, por outro lado poderemos afirmar que as alterações na legislação europeia têm consagrado uma diminuição continuada no número de mercados sujeitos a regulação *ex-ante*. Nessa medida, poder-se-á falar num renascimento do interesse da aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial ao setor das comunicações eletrónicas. Ainda assim, a evolução constante da tecnologia e o surgimento de novos mercados não se compadecem com a inexistência de políticas setoriais específicas, pelo que, em certa medida, não é certo que esta teoria se possa aplicar de uma forma generalizada a todo o setor das comunicações eletrónicas.

2. A teoria da infraestrutura essencial;

Nos termos do artigo 102.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, “é incompatível com o mercado interno e proibido... uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.” Salienta-se que aquilo que é proibido não é a existência de uma posição dominante, mas sim um abuso dessa posição dominante.¹ Tal como refere Christopher Stothers², “as autoridades Europeias têm adotado uma abordagem em duas fases para determinar se se encontra verificada uma situação de posição dominante. Primeiro, será necessário determinar o “mercado relevante”, relativamente ao produto e à área geográfica. Seguidamente, deverá ser determinado se o operador é dominante nesse mercado relevante”.³

O Tribunal de Justiça considerou, no caso *Continental-Can*⁴, que na apreciação de uma posição dominante a delimitação de um mercado relevante é essencial.⁵ Equivale isto a dizer que só se poderá analisar e determinar se um determinado comportamento deverá ser considerado anti concorrencial se o mercado relevante for previamente definido.⁶ A definição de mercado relevante como sendo aquele onde os produtos, ou serviços, permutáveis, numa determinada área geográfica, atendendo às suas características e preços são considerados capazes de satisfazer os interesses dos consumidores, foi dada pelo Tribunal de Justiça nos casos *Michelin I*⁷ e *United Brands*⁸. Existindo uma consciência de que devem ser considerados factores o mais objectivos possíveis, de forma a tornar a definição de

¹ Neste sentido, Alison Jones e Brenda Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 4.ª Edição, p. 357

² Christopher Stothers, *Refusal to supply as abuse of dominant position: essential facilities in the European Union*, E.C.L.R., 2001, 22(7), 256.

³ Assim foi também afirmado pela Comissão Europeia na Comunicação da Comissão, *Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos abusivos por parte de empresas em posição dominante*, (2009/C45/02) JO. C45 de 5 de dezembro de 2008, Bruxelas 2008, ponto 4. O artigo 82.º do CE corresponde hoje em dia ao artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁴ Caso 6/72 *Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v. European Commission* [1973], parágrafo 32.

⁵ Neste sentido, também, José Mariano Pego, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Coimbra, 2001, Almedina, p. 40.

⁶ Neste sentido, Joseph Silhán, *The concept of relevant market: some critical remarks*, E.C.L.R., 2012, 33(12), 589.

⁷ Caso *Michelin I*, processo 322/81, de 9 e novembro de 1983, Nv Nederlandse - barden Industrie Michelin c. Comissão.

⁸ Caso *United Brands*, processo 27/76, de 14 de fevereiro de 1978, *United Brands Company e United Brands Continental/ Comissão*. No parágrafo 11 do Acórdão *United Brands* o Tribunal de Justiça considerou ainda ser necessário que as condições de mercado sejam “suficientemente homogêneas para poder ser apreciado o efeito económico do mercado”.

mercado relevante o menos arbitrária possível⁹, a Comissão Europeia emitiu, em 1997, uma Comunicação¹⁰ onde foram introduzidos os três critérios a utilizar para definição do mercado relevante: a) a substituíbilidade do lado da procura; b) a substituíbilidade do lado da oferta; e c) a concorrência potencial.¹¹

Definido que esteja o mercado relevante, será necessário determinar se um operador detém um poder de mercado que lhe permita estar numa situação de posição dominante.¹² Refere Caramelo Gomes¹³ que o poder de mercado é o “conceito nuclear do direito da defesa da Concorrência”, tendo esse poder de mercado vindo a ser entendido como a capacidade de um operador aumentar os seus preços acima de um preço concorrencial de forma benéfica para este.¹⁴

Na referida Comunicação da Comissão sobre o artigo 102.º, esta estabelece os três factores que podem ser determinantes para se averiguar se estamos perante uma situação de posição dominante, sendo estes fatores a quota de mercado, a inexistência de barreiras à entrada¹⁵ e o poder de negociação com os clientes.¹⁶ A especificidade da quota de mercado, entendida como a percentagem de negócios que um operador detém num determinado mercado relevante, prende-se com a questão de determinar a partir de que percentagem é que se poderá considerar que uma determinada empresa poderá estar em posição dominante. O Tribunal de Justiça considerou que quotas de mercado a rondar 40%¹⁷ e 50%¹⁸, mas nunca inferiores, serão suficientes para se

9 Neste sentido, Alison Jones e Brenda Sufrin, *Cit.* p. 65

10 *Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência*, (97/C372/03), J.O. C372, de nove de dezembro de 1997.

11 *Idem*, pontos 13 a 15. A Comissão Europeia tem adotado o chamado teste SSNIP (Small but Significant Non-Transitory Increase in Price) para determinação do mercado relevante. Segundo este teste, ficciona-se um aumento do preço, entre 5 a 10%, e analisa-se se esse aumento de preço é ou não rentável para quem o pratica. Caso não seja rentável, os produtos que os consumidores adquiram em substituição daqueles alvo de aumento de preço, deverão ser considerados como fazendo parte do mercado relevante.

12 No Acórdão *United Brands, Cit.*, parágrafo 65, o Tribunal de Justiça definiu posição dominante como “o poder económico detido por um operador que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e que lhe permite comportar-se, em certa medida, de forma independente dos seus concorrentes, clientes e dos seus consumidores”.

13 José Luis Caramelo Gomes, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, 2010, p.194.

14 Neste sentido, Massimo Mota, *Competition Policy – Theory and Practice*, University Press, Cambridge, 2009, p. 101.

15 Poder-se-ão definir barreiras à entrada como fatores que impossibilitem as empresas de entrar no mercado. Neste sentido, Julia Heit, *The justifiability of the ECJ's wide approach to the concept of “barriers to entry”*, E.C.L.R., 2006, 27(3) 117.

16 Cfr. ponto 12 da referida Comunicação.

17 Caso *British Airways*, processo T-219/99, de 12 de dezembro de 2003, British Airways Plc. contra Comissão das Comunidades Europeias.

18 Acórdão *AKZO*, processo C-62/86 de 3 de julho de 1991, AKZO/Comissão.

considerar que um determinado operador tem uma posição dominante num determinado mercado relevante.

Importa, ainda, determinar o que se entende por abuso de posição dominante. O conceito de abuso foi clarificado no Caso *Continental Can*¹⁹, tendo sido determinado que são abusivas as práticas que sejam suscetíveis de causar prejuízos imediatos aos consumidores, bem como as práticas que atentem contra uma estrutura de concorrência efetiva. No Caso *Hoffman-La Roche*²⁰, o Tribunal de Justiça determinou ainda que deverão ser proibidos os comportamentos que “têm por efeito impedir, através do recurso a meios diferentes dos que regulam a concorrência normal de produtos ou de serviços com base nas prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência”.

Feitas as notas introdutórias sobre a definição de posição dominante, mercado relevante, poder de mercado e abuso de posição dominante, salientamos que, de entre as modalidades de abuso de posição dominante, mais concretamente do abuso de posição dominante por *exclusão*, surge a teoria da infraestrutura essencial. Em termos genéricos, poder-se-á desde já referir que a teoria da infraestrutura essencial aplicar-se-á quando um operador controlar uma infraestrutura cujo acesso se mostre essencial para o aumento da concorrência nesse mercado.²¹

Refere Frank Fide²² que “quando o acesso a uma infraestrutura é essencial para uma pessoa operar num determinado mercado, o proprietário dessa infraestrutura deve, em certas circunstâncias, ser obrigado a garantir acesso a essa pessoa”. A definição das condições em que um operador pode recusar o direito ao acesso tem sido considerada como um dos pontos mais críticos e complicados do direito europeu da concorrência²³, dependendo a existência do direito ao acesso de uma ponderação

19 Ponto 12 do sumário do Acórdão *Continental Can*, *Cit.*.

20 Caso *Hoffman-La Roche*, *Hoffman-La Roche & Co./Comissão*, de 13 de fevereiro de 1989, Processo 85/76, parágrafo 91.

21 Nesse sentido, Stewart White, *Is there a role for an “essential facilities” doctrine in Europe?*, C.T.L.R., 1995, 1(4), 110, 111.

22 Frank Fide, *NDS/IMS: a logical application of essential facilities doctrine*, E. C. L. R., 2002, 23(9), 457.

23 Neste sentido, Hans Henrik Lidgard, *Refusal to Supply or to Licence*, p.1, disponível em: http://www.kkv.se/upload/Filer/Forskare-studenter/projekt/2008/proj100_2008_1.pdf consultado a 24 de abril de 2014.

de todos os interesses em jogo, sob pena de se imporem restrições aos titulares/proprietários das infraestruturas essenciais.²⁴

A teoria da infraestrutura essencial surgiu, ainda que esta denominação não tenha sido utilizada, pela primeira vez nos Estados Unidos da América²⁵, no caso *Terminal Railroad Association*.²⁶ Na União Europeia, foi julgado, em 1974, o caso *Commercial Solvents*²⁷, naquele que foi o primeiro caso em que uma recusa de fornecimento foi apreciada.

No entanto, a primeira vez em que a Comissão Europeia ensaiou uma definição de infraestrutura essencial deu-se no caso *Sealink*²⁸, definindo aí infraestrutura essencial como “a instalação ou a infraestrutura sem cujo acesso os concorrentes não poderão prestar serviços aos seus clientes”.²⁹

A jurisprudência europeia começou a aflorar a teoria da infraestrutura essencial, tendo sido esta especificada e definida no caso *Bronner*³⁰, definição essa que se mantém atualmente em vigor. No parágrafo 41 do Acórdão *Bronner*, o Tribunal de Justiça estabeleceu quais os três requisitos de cuja verificação depende a aplicação da doutrina da infraestrutura essencial: a) uma recusa com o objetivo de eliminar toda e qualquer concorrência no mercado; b) recusa essa que não possa ser objetivamente justificada; e c) e que essa infraestrutura seja indispensável para o exercício da atividade, no sentido de não existir qualquer outro substituto, real ou potencial.

O critério estabelecido, de que a conduta seja hábil a eliminar toda a concorrência do mercado, deve ser entendido no sentido de que a negação do acesso

24 Neste sentido, ver Maria Manuel Leitão Marques e Jorge Almeida, *Entre propriedade e o acesso: a questão das infraestruturas essenciais*, Concorrência: Estudos, Coordenação de António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques, Coimbra, 2007, Almedina, p. 53.

25 Neste sentido, António Capobianco, *The Essential Facility Doctrine: similarities and differences between the American and the European approach*, E.C.L.R., 2001, 26(6), 548.

26 *United States vs. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1921).

27 Acórdão do Tribunal das Comunidades de 6 de março de 1974, *Commercial Solvents v. Comissão*, Processo 7/73.

28 Decisão da Comissão EC/94/19, *Sea Containers/Stena Sealink*, OJ 1994 L15/8.

29 *Ibidem*, parágrafo 68. A Comissão considerou, no parágrafo 67, que esta teoria se deveria aplicar sempre que o “concorrente que pretende acesso à infraestrutura essencial seja um operador recente no mercado relevante”. Alguma doutrina sustenta que esta decisão seria demasiado penosa para os concorrentes, na medida em que estes operadores poderiam ser obrigados a conceder acesso aos seus concorrentes independentemente da existência de contraprestações equivalentes. Neste sentido Sofia Oliveira Pais, *Entre Inovação e Concorrência, Em Defesa de um Modelo Europeu*, Lisboa, Outubro 2011, Universidade Católica Editora, p. 551.

30. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 1998, *Oscar Bronner/Media-print*, Processo C-7/97.

torna impossível a entrada no mercado, não no sentido de que essa negação torne difícil a entrada no mercado.³¹

Relativamente à questão de saber o que se deve entender por infraestrutura essencial, o Tribunal de Justiça considerou que o carácter essencial da infraestrutura estará dependente da verificação de que “existam obstáculos técnicos, regulamentares ou mesmo económicos que sejam de natureza a tornar impossível, ou mesmo desrazoavelmente difícil” a duplicação dessa infraestrutura³² e que essa duplicação não seja “economicamente rentável”.³³

O certo é que esta nova definição de infraestrutura essencial alterou o critério anteriormente em vigor, da *necessidade* de acesso, para um critério de *indispensabilidade*, sendo essencial a infraestrutura que seja indispensável para que um determinado concorrente possa entrar no mercado.³⁴ Para se avaliar se a duplicação de uma infraestrutura é economicamente rentável, deve ser feita uma análise casuística à possibilidade de uma determinada empresa poder atingir uma determinada quota de mercado, ou um volume de negócios, que lhe permita recuperar o investimento feito.³⁵ Um outro critério estabelecido pelo Tribunal é o de que a recusa não possa ser objectivamente justificada. Poderá pensar-se naqueles casos em que a própria infraestrutura tem inerentes limitações de capacidade, ou até mesmo nos casos em que fosse necessário realizar um desproporcional investimento para aumentar a capacidade da infraestrutura de forma a ser possível garantir acesso ao novo operador.³⁶

A teoria da infraestrutura essencial tem, assim, um escopo de aplicação relativamente reduzido, na medida em que esta teoria deve apenas ser aplicada naqueles casos em que a negação de um direito ao acesso possa distorcer a concorrência e já não naqueles casos em que seja apenas economicamente mais

31 Assim, Alison Jones e Brenda Sufrin, *Cit.*, p.494.

32 *Ibidem*, parágrafo 44.

33 *Ibidem*, parágrafo 46. Neste sentido, as *Conclusões do Advogado Geral F. G. Jacobs*, apresentadas em 28 de maio de 1998, parágrafo 68, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CC0007&from=PT>, consultadas a 26 de abril de 2014.

34 Neste sentido, Sebastien J. Edgar, *Essential facilities in the EU: Bronner and beyond*, Columbia Journal of European Law, 10, p. 29.

35 Neste sentido, Mats A. Bergman, *The Bronner case– a turning point for the essential facilities doctrine?*, E. C. L. R., 2000, 21(2), 63. Salienta ainda este autor que a aplicação da teoria da infraestrutura essencial não poderá ter como consequência a criação de desincentivos à inovação.

36 Neste sentido, ver Christopher Stothers, *Cit.*, p. 260.

vantajoso para os concorrentes que esse acesso à infraestrutura seja garantido.³⁷ Esta natureza restritiva da teoria da infraestrutura essencial justifica-se pelo facto de não existir, nos termos gerais de direito, uma obrigação de negociar com concorrentes, sendo esta uma limitação ao princípio da liberdade comercial dos operadores de mercado.³⁸ Conforme afirmou o Advogado Geral Jacobs no referido caso *Bronner*, o objetivo do artigo 102º não é o de proteger os interesses de determinados consumidores, mas sim o de precaver as distorções de concorrência que possam afetar os consumidores.³⁹

O certo é que a teoria da infraestrutura essencial, principalmente nas indústrias tecnológicas em que o sucesso no mercado depende do aparecimento de novos produtos, deverá também estar dependente de uma análise económica das vantagens de uma garantia do direito ao acesso, podendo até sustentar-se que a duplicação de infraestruturas poderá provocar incentivos à inovação, melhores preços para os consumidores e o aparecimento de novos produtos.⁴⁰

3. O direito ao acesso no setor nas telecomunicações;

3.1. Breve enquadramento;

Na União Europeia, os serviços de comunicações eletrónicas eram, historicamente, prestados pelos Estados-Membros, quer diretamente, ou indiretamente através de pessoas coletivas maioritariamente controladas por aqueles. Existindo inicialmente um monopólio na prestação de serviços de comunicações eletrónicas, as primeiras políticas europeias, entre 1990 e 1997, destinaram-se à abertura dos mercados das comunicações eletrónicas à concorrência, bem como à liberalização destes mercados.⁴¹ Posteriormente, em 2002, quando os níveis de concorrência nestes mercados eram já mais satisfatórios, surgiu um novo quadro regulamentar composto por cinco Diretivas. Este quadro regulamentar caracterizou-se pela abolição definitiva de todos os direitos especiais ou exclusivos e pela preferência conferida à regulação

37 Assim, António Capobianco, *Cit.*, p. 563.

38 Assim, Sebastien J. Edgar, *Cit.*, p. 59.

39 *Conclusões do Advogado Geral... Cit.*, parágrafo 57.

40 Neste sentido, Ulf Mullher e Anselm Rodenhansen, *The rise and fall of the essential facility doctrine*, E.C.L.R., 2008, 29(5), 310, 313.

41 Assim, Lora Borissova, *Promoting competition, liberalisation and regulation of the telecommunications sector in the Central and Eastern European countries*, C. T. L. R., 2001, 22(2), 59.

ex post em prejuízo da regulação *ex ante*, que caracterizava os primeiros quadros regulamentares.⁴²

A verdade é que ainda que se justifique a passagem de um modelo de regulação *ex ante* para um modelo de regulação *ex post*, que se poderá comprovar pela diminuição dos mercados relevantes de comunicações eletrónicas que estão sujeitos àquela regulação⁴³, as políticas de regulação *ex ante* não poderão desaparecer totalmente. Continuam a verificar-se algumas falhas nos mercados das comunicações eletrónicas, decorrentes das vantagens detidas pelos anteriores monopolistas em comparação com os novos operadores do mercado, cuja correcção está dependente da existência de regulação específica e efectiva que atue de uma forma preventiva, e que possa corrigir e precaver eventuais situações de abuso por parte desses operadores anteriormente monopolistas.⁴⁴

3.2. A garantia geral do direito ao acesso;

O direito ao acesso, no setor das comunicações eletrónicas encontra-se especificamente previsto na Diretiva Acesso⁴⁵, conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE.⁴⁶ Esta Diretiva, no seu artigo 2.º n.º1, define acesso como “a disponibilização de recursos e/ou serviços a outra empresa, segundo condições definidas, em regime de exclusividade ou não exclusividade, para efeitos de prestação de serviços de comunicações eletrónicas”, estabelecendo-se ainda que esse direito ao acesso deve incluir, entre outros, o acesso a elementos de uma rede de comunicações

42 Neste sentido, Pedro Gonçalves, *Regulação das Comunicações Eletrónicas em Portugal*, em *Regulação, Electricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação* p. 120. O autor salienta que a existência de uma forte regulação *ex ante* se justificava pela existência de uma situação de partida que se caracterizava pelo desequilíbrio existente entre “o poder de mercado dos incumbentes tradicionais, herdeiros dos “ex-monopolistas”, e o dos *new comers*, os operadores emergentes”.

43 Assim, Sérgio Gonçalves do Cabo, *Regulação e Concorrência no Setor das Comunicações Eletrónicas*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, 2009, Almedina, p. 269.

44 Neste sentido, Nikos Th Nikolidakos, Spyros Polykalos e Dina Th Kouvelou, *Bitstream access policy in the EU electronic communications sector - application of ex ante regulation and competition law*, C.T. L. R., 2004, 23(2).

45 Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos (directiva acesso).

46 Directiva 2009/140/CE, de 25 de Novembro de 2009 que altera a Directiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas, e que altera a Directiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos e a Directiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas.

eletrónicas e às suas infraestruturas. Define-se, também, interligação como sendo “a ligação física e lógica de redes de comunicações públicas utilizadas por uma empresa ou por empresas diferentes, de modo a permitir a utilizadores de uma empresa comunicarem com utilizadores desta ou de outras empresas, ou acederem a serviços oferecidos por outra empresa.”

Poderá afirmar-se que o setor das comunicações eletrónicas se caracteriza pela existência de múltiplos serviços de diferente natureza que são prestados através de diferentes tipos de redes e infraestruturas.⁴⁷ Face a estas especificidades do regime das comunicações eletrónicas, torna-se necessário que as políticas regulatórias do direito das comunicações eletrónicas consagrem obrigações de garantia de acesso, interconexão e interoperabilidade entre as diferentes redes e infraestruturas.

Um dos pontos essenciais do regime do direito ao acesso no direito das comunicações eletrónicas reside no facto de existir uma obrigação geral de os operadores negociarem o acesso às suas infraestruturas, bem como de garantir a interoperabilidade e a interconexão entre os diferentes serviços de comunicações eletrónicas. Aliás, qualquer operador que pretenda fornecer serviços de comunicações eletrónicas aos seus consumidores, só estará disposto a oferecer esses serviços se tiver a oportunidade de interligar os seus serviços com os serviços de outros operadores, na medida em que só assim conseguirá atingir uma posição sustentável no mercado.

Nesta medida, nos termos do artigo 4.º da Diretiva Acesso, todos os operadores detentores de redes de comunicações eletrónicas públicas, quando tal lhes seja solicitado por outros operadores, têm a obrigação de negociar e oferecer o acesso às suas redes infraestruturas e a interligação entre as suas redes-infraestruturas e as dos seus concorrentes. Esta obrigação existe independentemente de o operador, a cuja rede um outro operador se pretende interligar, ser ou não um operador detentor de uma posição dominante no mercado relevante.⁴⁸

⁴⁷ Neste sentido, Naqeeb Ahmed Kazia, *Telecommunication interconnection regulatory techniques*, C. T. L. R., (2013) 19 (4) 23.

⁴⁸ Neste sentido, Ian Walen, edição de Ian Walden, *Access and Interconnection*, Telecommunications Law... Cit., p. 418. O autor destaca ainda a obrigação imposta aos operadores que tenham iniciado negociações de, nos termos do número 3 do artigo 4.º da Diretiva Acesso, não utilizarem qualquer informação técnica que tenham recebido de outro operador para seu próprio benefício.

O escopo da obrigação de negociar acesso e interligação já foi analisado pelo Tribunal Europeu de Justiça no caso *TeliaSonera*⁴⁹. Neste caso, o Tribunal considerou que a Autoridade Reguladora Nacional (ARN) da Finlândia tinha os poderes necessários para decidir que um determinado operador não tinha negociado de “boa-fé”, e assim obrigar que as partes reiniciassem negociações, nos casos em que esse operador tenha proposto a interligação em condições unilaterais que não permitissem que os clientes do operador requerente utilizassem o serviço.

Importante será, também, o artigo 5.º da Diretiva Acesso, que estabelece os poderes e responsabilidades das ARNs relativamente ao acesso e à interligação. Nos termos deste artigo⁵⁰, são atribuídas às ARNs as obrigações de incentivar e garantir a interligação, acesso e a interoperabilidade dos serviços, e os poderes necessários para, garantir a ligação de extremo-a-extremo, impor a obrigação às empresas que controlem o acesso a utilizadores finais de interligarem os seus serviços.⁵¹

Importa, contudo, entender de que forma é que a obrigação de negociar a interligação e acesso é imposta aos operadores, bem como qual deverá ser a atuação das ARNs. Ora, refere-se, no considerando 5 da Diretiva Acesso, que os operadores que recebam pedidos de acesso ou de interligação devem celebrar esses acordos numa base comercial e negociar de boa-fé. No entanto, naqueles mercados em que se verifiquem ainda grandes diferenças de poder negocial, as ARNs devem ter os poderes necessários para, em caso de falha das negociações comerciais e no benefício dos consumidores finais, garantir um acesso e interligação adequados.⁵²

Sublinhamos que, relativamente aos operadores que não sejam detentores de posição de mercado significativa, as garantias de acesso e interligação devem ser vistas como uma obrigação de negociar. Esta obrigação de negociar que, tal como

49 Caso C-192/08, *TeliaSonera Finland oyj vs iMEZ Ab*. O Tribunal salientou ainda que, ainda que o artigo 4.º da diretiva acesso apenas se refira aos operadores de redes públicas de comunicações, esta obrigação de negociar existe sempre nos termos do artigo 5.º da diretiva acesso.

50 As autoridades devem agir de acordo com o artigo 8.º da Diretiva 2002/21/CE, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva Quadro). As ARNs, nos termos deste artigo, estão obrigadas a promover a concorrência na oferta de redes de comunicações eletrónicas, devendo assegurar que a concorrência no setor das comunicações eletrónicas não é distorcida e devendo encorajar investimentos eficientes em infraestruturas a fim de promover a inovação.

51 Estes poderes e obrigações são atribuídos, em Portugal, à ANACOM, nos termos dos artigos 62.º e 63.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua actual redacção dada pela Lei n.º 51/2011, de 13 de Setembro.

52 Neste sentido, considerando 5 da Diretiva Acesso.

referido *supra*, não existe em termos gerais, existe no setor das telecomunicações e justifica-se pela indispensabilidade da interligação e do acesso para garantir um eficaz serviço de comunicações. Em caso de falha dessas negociações, as ARNs terão os poderes necessários para impor aos operadores a obrigação de garantir o acesso e a interligação. Conforme refere Serge J.H. Gijrath⁵³, nos termos da Diretiva Acesso “a negociação comercial assumiu prioridade sobre a intervenção regulatória”.

3.2. Garantias de Acesso e Posição de Mercado Significativa;

Nos termos do artigo 8.º da Diretiva Acesso, as ARNs terão os poderes necessários para, verificando que um determinado operador detém uma posição de mercado significativa no mercado relevante, impor-lhe condições de transparência⁵⁴, de não discriminação⁵⁵, de separação de contas⁵⁶, de acesso, de preço ou de separação funcional.

Importa analisar o que se entende por posição de mercado significativa, no contexto das comunicações eletrónicas. Considera-se que um operador tem poder de mercado significativo “se, individualmente ou um conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores”⁵⁷. Deste modo, verifica-se que a regulação setorial deste setor consagra uma definição de poder de mercado significativo similar à definição de posição dominante nos termos gerais das leis da concorrência. Esta *aproximação* de conceitos, que quanto a nós faz todo sentido, justifica-se por assim se adequar o conceito de posição de mercado significativa à

53 Serge J. H. Gijrah, *Interoperability revisited: how far does the duty to negotiate access and interconnection extend*, C. T. L. R., 2006, 12(1), 14, 17.

54 Nos termos do Artigo 9.º da Diretiva Acesso, poderão ser impostas aos operadores obrigações de transparência relativamente à interligação e ao acesso, nomeadamente exigindo aos operadores que tornem públicas determinadas informações, tais como especificações técnicas ou características da rede.

55 Cfr. artigo 10.º da Diretiva Acesso, nos termos do qual poderão ser impostas obrigações de não discriminação relativamente ao acesso e à interligação.

56 Nos termos do artigo 11.º da Diretiva Acesso, os operadores verticalmente integrados poderão ser obrigados a separar contabilisticamente as suas actividades no mercado retalhista e no mercado grossista, de forma a que exista um maior controlo relativamente à obrigação de não discriminação.

57 Cfr. artigo 14.º da Diretiva Quadro.

realidade económica, e bem assim por o conceito de posição dominante conferir mais segurança jurídica na medida em que está estabelecido há já várias décadas.⁵⁸

Relativamente aos critérios de determinação da existência de posição de mercado significativa, os mesmos encontram-se previstos nas Orientações da Comissão⁵⁹ relativas à avaliação do poder de mercado significativo. A Comissão, começando por estabelecer que o Poder de Mercado Significativo deverá ser avaliado através de metodologias idênticas às do direito da concorrência⁶⁰, aponta ainda alguns critérios para aferir o poder de mercado significativo de um operador: por exemplo, a) dimensão global do operador; b) controlo de uma infraestrutura difícil de duplicar; c) vantagens ou superioridade tecnológica; c) baixo nível ou falta de contrapoder dos compradores; ou d) rede de vendas e distribuição altamente desenvolvida.⁶¹

No entanto, tal como referem Eduard Pitt e Vincent Smith⁶², “uma Autoridade Reguladora Nacional poderá determinar que um único operador é detentor de Posição de Mercado Significativa quando o seu poder de mercado for apenas de 25%”. Verifica-se, assim, uma substancial diferença na medida em que, nos termos gerais do direito da concorrência, dificilmente uma empresa será considerada como dominante se tiver uma quota de mercado inferior a 40%.⁶³ Esta possibilidade terá, quanto a nós, o mérito de tornar menos onerosa a aplicabilidade de medidas de garantia de acesso a este setor, na medida em que os serviços de telecomunicações são geralmente prestados por três ou quatro operadores com quotas de mercado de “apenas” 25% ou 30%.

Relativamente à definição dos mercados relevantes sujeitos a regulação *ex ante*⁶⁴, nos termos do artigo 15.º da Diretiva Quadro a Comissão adotará uma

58 Neste sentido, Alexandre de Stree, *The new concept of “significant market power” in electronic communications: the hybridisation of the sectorial regulation by competition law*, C. T. L. R., 2003, 24(10), 535, 536.

59 *Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações eletrónicas* (2002/C 165/03).

60 Cfr. considerando 24 das Orientações da Comissão. A Comissão Europeia, no considerando 25, reconhece a importância de as metodologias a aplicar serem as mesmas, na medida em que “o mercado relevante definido para fins da regulamentação setorial específica corresponderá, na maioria dos casos, às definições de mercado que seriam aplicáveis ao abrigo do direito da concorrência.

61 Cfr. Considerando 78 das Orientações da Comissão.

62 Eduard Pitt e Vicent Smith, Cit. p. 511.

63 Ver, ainda, considerando 75 das Orientações da Comissão.

64 Ainda que os demais critérios de determinação de mercados relevantes sejam equivalentes aos aplicáveis no direito da concorrência, a Comissão aplica três critérios para determinar se um mercado

recomendação sobre os mercados relevantes dos produtos e dos serviços, que deverá ser periodicamente revista. As ARNs deverão, após a recomendação ser divulgada, proceder a uma análise dos mercados relevantes no território nacional e, caso verifiquem que algum operador detém Posição de Mercado Significativa nesse mercado, deverão impor-lhe as obrigações regulamentares específicas referidas acima.⁶⁵ A Comissão adotou a última Recomendação relativa aos mercados relevantes em 2007⁶⁶, tendo reduzido o número de mercados relevantes sujeitos a regulação *ex ante*, essencialmente no que aos mercados retalhistas diz respeito, o que demonstra a tendência de regular estes mercados apenas e só por mecanismos de regulação *ex post*.⁶⁷

Posto isto, e de entre as obrigações que poderão ser impostas aos operadores que sejam considerados como detentores de uma posição de mercado significativa, destacamos os artigos 12.º e 13.ºA da Diretiva Acesso. O primeiro pelo seu carácter similar à teoria da infraestrutura essencial e o segundo pelo seu carácter inovador e por contrariar a tendência de desregulação dos mercados das comunicações eletrónicas.

Nos termos do artigo 12.º da Diretiva Acesso, as ARNs podem impor aos operadores a obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e utilização de elementos de rede específicos e recursos conexos, nomeadamente naqueles casos em que a recusa de acesso seja considerada como prejudicial para o desenvolvimento de um mercado concorrencial ou para os consumidores. Nos termos deste artigo, poderá ser exigido aos operadores que concedam a terceiros o acesso a elementos ou recursos da rede específicos, incluindo o acesso ao lacete local, às interfaces técnicas, a pontos de interligação, a sistemas de apoio operacional ou a sistemas de software simples.

deverá estar sujeito a regulação *ex ante*: a) Barreiras fortes e não transitórias à entrada; b) um estrutura de mercado que não tenha uma concorrência efectiva; e c) a insuficiência do direito da concorrência para corrigir adequadamente essas deficiências. Cfr. Considerando 9 da Recomendação da Comissão, de 11 de Fevereiro de 2003, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante*, (2003/311/CE) (Recomendação de 2003).

65 Cfr. artigo 16.º da Diretiva Quadro. Caso as ARNs concluam, por outro lado, que os mercados relevantes são efectivamente concorrenciais, não deverão manter nem aplicar quaisquer obrigações aos operadores.

66 Recomendação da Comissão, de 17 de Dezembro de 2007, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas susceptíveis de regulamentação *ex ante*, (2007/879/CE) (Recomendação de 2007).

67 Neste sentido, Sérgio Gonçalves do Cabo, *Cit.* p. 268.

Uma das mais importantes condições que podem ser impostas a operadores com poder de mercado significativo é a relativa à garantia de acesso ao lacete local⁶⁸. A desagregação do lacete local consiste no acesso, por parte dos novos operadores, ao circuito físico que liga o ponto terminal da rede nas instalações do consumidor final, permitindo assim que os novos operadores possam prestar serviços de comunicações eletrónicas sem que tenham que investir em infraestruturas de difícil duplicação e por natureza caras.⁶⁹

A obrigação de garantia ao lacete local foi uma das primeiras medidas adotadas com vista a potenciar a concorrência no mercado das comunicações eletrónicas,⁷⁰ sendo vista como um fator essencial para o desenvolvimento da concorrência no acesso local, permitindo que novos operadores pudessem prestar serviços aos seus consumidores, que existissem maiores incentivos à inovação e que os preços comessem a diminuir.⁷²

No entanto, a desagregação do lacete local não está isenta de críticas. A maior crítica apontada prende-se com o facto de este direito poder criar um desincentivo ao investimento por parte daqueles operadores que garantem o acesso desagregado ao lacete local, potencializando assim efeitos adversos a longo-termo.⁷³ Se é certo que esta é, também, uma das maiores críticas feitas à teoria da infraestrutura essencial, consideramos que estas críticas serão mais “graves” no âmbito da regulação setorial específica. É que, enquanto a teoria da infraestrutura essencial tem um escopo de aplicação mais restritivo e é uma medida reativa, a obrigação de desagregação de lacete local aplicar-se-á proactivamente e em relação a um maior número de operadores do mercado. Mais ainda, não nos podemos esquecer que, aquando da

68 Nos termos do artigo 2.º da Diretiva Acesso, o lacete local é o circuito físico que liga o ponto terminal da rede nas instalações do assinante ao repartidor principal ou ao recurso equivalente na rede telefónica pública fixa.

69 Neste sentido, Nikos Th. Nikolinakos, *Promoting Competition in the local access network: local loop unbundling*, E.C.L.R. (2001), 22(7), 266.

70 Foi, aliás, discutida se a potencialização da concorrência no setor das telecomunicações, através do direito ao acesso, deveria ser atingida através da regulação da baseada na infraestrutura ou de regulação baseada nos serviços. Neste sentido, Kostis Christodoulou e Kiriakos Vlahos, *Implications of Regulation for entry and investment in the local loop*, T. Policy 25 (2001), 743, 745.

71 Tal como referem Gary Madden, Erik Bohlin, Hasnat Ahmad e Thien Tran, *OECD unbundled local loop pricing*, T. Policy (2013) 37, 1033, 1034, na União Europeia a regulação da desagregação do lacete local estabelece que a determinação dos preços a pagar pelo acesso ao local deve ser feita tendo em consideração os custos de garantir o acesso.

72 Neste sentido, Nikos Th. Nikolinakos, *Cit.* p. 266.

73 Neste sentido, G. O. Robinson e D. L. Weisman, *Designing competition Policy for telecommunications*, Review of Network Economics, 7(4), 509, 515.

liberalização e desmonopolização dos mercados das telecomunicações, os operadores monopolistas, herdeiros das redes públicas, tinham uma vantagem competitiva relacionada com o facto de não terem que investir em redes e infraestruturas. Nessa medida, a garantia de acesso, por parte de novos operadores, ao lacete local era indispensável para o desenvolvimento de um serviço de comunicações eletrónicas suficientemente competitivo e com benefício para os consumidores. Nessa medida, julgamos que esta medida só poderá ser justificada em momentos de abertura do mercado à concorrência, devendo ser abandonada logo que os mercados atinjam níveis de concorrência adequados.⁷⁴

É ainda de salientar que, nos termos do número 2 do artigo 12.º da Diretiva Acesso, as ARNs devem atender a determinados fatores para decidir se devem ou não impor tais condições. Salientamos que os fatores atendíveis serão similares aos requisitos de aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial⁷⁵, e incluem: a viabilidade técnica e económica da utilização ou instalação de recursos concorrentes; a viabilidade de oferta do acesso proposto, face à capacidade disponível; o investimento inicial do proprietário dos recursos; a necessidade de salvaguardar a concorrência a longo prazo. Estes fatores, apesar de não serem verdadeiras condições de aplicação, mostram-nos que, pelo menos, os critérios de aplicação do direito ao acesso no setor das telecomunicações são baseados nos critérios da teoria da infraestrutura essencial. Verificamos, assim, que existe uma proximidade substancial entre os mecanismos de regulação *ex ante* no setor das telecomunicações relativos ao direito ao acesso e a teoria da infraestrutura essencial, prendendo-se as diferenças de regime, essencialmente, com a especificidade destes mercados. Conforme salienta Andrea Renda⁷⁶, a teoria da infraestrutura essencial tem estado sempre na base das políticas regulatórias dos mercados das comunicações eletrónicas, tanto na União Europeia como nos Estados Unidos da América.

74 Salientamos, ainda, o artigo 12.º da Diretiva Quadro, na redacção que lhe foi dada pela Diretiva 2009, e nos termos do qual caso um operador de redes de comunicações eletrónicas tenha o direito a instalar recursos em, sobre ou sob propriedade pública ou privada, as ARNs deverão impor que tais recursos sejam partilhados com outros operadores. Na redacção original da Diretiva Quadro as ARNs deverão encorajar a partilha, verificando-se agora que existe um verdadeiro dever de garantir essa partilha.

75 Cfr. ponto 1.2 *supra*.

76 Andrea Renda, *Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine*, T. Policy, (2010), 34, 23.

Esta similaridade entre a imposição de condições relativas ao acesso aos operadores detentores de poder de mercado significativo e a garantia de direito ao acesso nos termos da legislação da concorrência poderá, aliás, ser considerado um argumento de peso no que, em muitos casos, à aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial ao setor das comunicações eletrónicas diz respeito. Como salienta Sofia Oliveira Pais,⁷⁷ as normas específicas do direito da concorrência só deverão ser aplicadas no caso de não existir regulação específica setorial ou, existindo essa regulação, a mesma não ser aplicada de forma eficaz na proteção da livre concorrência do mercado. Concordando com a autora, salientamos ainda mais a importância da regulação específica setorial na medida em que o seu campo de aplicação será necessariamente mais amplo, em virtude da existência de obrigações de acesso relativamente a operadores sem Posição de Mercado Significativa.

No entanto, a verdade é que as políticas da União relativas à liberalização dos mercados das comunicações eletrónicas se tenham baseado, primeiramente, no objectivo de garantir aos operadores o acesso aos mercados, tornando-os assim mais concorrenciais, não tendo, por outro lado, o objetivo de quebrar com os monopólios existentes.⁷⁸ Nessa medida, continuaram a verificar-se falhas de mercado que não poderiam ser corrigidas sem a adoção de novas medidas que fossem eficazes para corrigir essas falhas de mercado.⁷⁹

Assim, em 2009, e parecendo contrariar a ideia de que o mercado das telecomunicações estaria já em fase de desregulação⁸⁰, a Comissão Europeia consagrou a possibilidade de aos prestadores de serviços de telecomunicações poder ser imposta a obrigação de separação funcional. Nos termos do artigo 13.ºA, caso uma autoridade reguladora nacional conclua que nenhuma outra obrigação imposta é adequada a garantir uma concorrência eficaz e que ainda se verificam falhas nos mercados grossistas, poderá ser imposta, aos operadores verticalmente integrados, a obrigação de afetarem as suas atividades relacionadas com o fornecimento grossista a

77 Sofia Oliveira Pais, *Cit.*, p. 583

78 Neste sentido, ver Alexandre de Streeck, *Current and future European regulation for Electronic Communications: A critical assessment*, T. Policy (2008), 32, 722, 727.

79 Assim, Anne Flannagan, *Cit.* p. 313.

80 Poderia assumir-se esta posição caso se entendesse que a diminuição do número de mercados sujeitos a regulação *ex ante* teria implícita esta tendência. Neste sentido, Fernando Herrera-González e Luis Castejón-Mártin, *The endless need for regulation in telecommunication: An explanation*, T. Policy (2009), 33, 664, 675.

uma entidade operacionalmente independente. As ARNs sempre que pretendam impor esta obrigação a algum operador, deverão enviar uma proposta à Comissão na qual indiquem as provas que justifiquem as conclusões da autoridade reguladora nacional, a demonstração de que existem poucas ou nenhuma perspectivas de concorrência a nível das infraestruturas num prazo razoável, a análise das razões que justificam esta obrigação e uma análise do impacto previsto na autoridade reguladora e no operador.

Esta medida, de carácter excepcional, e que apenas deverá ser utilizada quando todas as outras condições impostas se mostrem insuficientes, e que já anteriormente era aplicada no Reino Unido⁸¹, tem como objetivo corrigir as situações em que operadores já existentes no mercado usam do seu poder no mercado para prejudicar e afastar dos mercados de comunicações eletrónicas novos operadores que necessitam de utilizar as suas redes e infraestruturas para poder prestar serviços de comunicações aos seus consumidores.⁸² Assim, através da medida de separação funcional, as entidades reguladoras impõem aos operadores verticalmente integrados a sua separação em entidades distintas, de forma a que exista um maior controlo à equivalência e não discriminação, relativamente às garantias e condições de acesso às redes e infraestruturas e à interoperabilidade.⁸³ A separação funcional não terá como objetivo a simples discriminação relativa a preços, como por exemplo através da chamada compressão de margens, na medida em que essa discriminação poderia ser corrigida por uma separação meramente contabilística. O que aqui está aqui em causa é separar operacionalmente duas entidades, de forma a atingir uma equivalência total no acesso às redes, quer pelos operadores verticalmente integrados quer pelos operadores “independentes”.⁸⁴

A separação funcional permite aumentar a concorrência nos mercados relevantes, reduzindo de forma significativa os incentivos à discriminação e tornando mais fácil o controlo do cumprimento das obrigações de não discriminação. Esta medida deverá ter carácter excepcional, na medida em que só poderá ser aplicada se se

81 Neste sentido, Paul Brisby, *Functional Separation in the UK telecoms market: time to reconsider?*, Computer and Telecommunications Law Review, 2011, 17(1), 1, 3.

82 Assim, Tatiana Tropina, Jason Whalley e Peter Curwen, *Functional Separation within the European Union*

83 Neste sentido, Richard Cadman, *Means not ends: Deterring discrimination through equivalence and functional separation*, T. Policy, (2010), 34, 366, 367.

84 Defendendo esta posição, Martin Cave, *Six Degrees of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation*, Communications and Strategies, no. 64, 4th quarter 2006, p. 93.

verificar uma impossibilidade continuada de assegurar a não discriminação nos mercados relevantes e não existam razoáveis perspectivas de concorrência a nível das infraestruturas, dentro de um prazo razoável após a aplicação de uma ou mais medidas das anteriormente referidas.⁸⁵ Esta medida deverá, no entanto, ser aplicada de uma forma ponderada, para que se evitem criar desincentivos aos operadores dos mercados das comunicações eletrónicas.⁸⁶

Poder-se-á argumentar que ainda que a Comissão Europeia tenha estabelecido a regulação do mercado das comunicações eletrónicas deveria abandonar políticas regulatórias *ex ante* assim que os mercados se tornassem suficientemente desenvolvidos, o que por um lado até poderá considerar-se ter sido atingido na medida em que número de mercados sujeitos a regulação setorial específica diminuiu, a verdade é que se continuam a verificar falhas de mercado que exigem que novas medidas sejam adotadas.

3.3. O espetro radioelétrico como infraestrutura essencial;

O espetro radioelétrico é o meio através do qual os serviços de comunicações eletrónicas móveis, tais como serviços de comunicações móveis ou internet móvel, podem ser prestados, funcionando como propagação de energia, em forma de ondas, através do espaço.⁸⁷

A gestão desta infraestrutura tem colocado os reguladores dos mercados de comunicações eletrónicas perante desafios de difícil solução, na medida em que encontrar um balanço entre o uso eficiente do espetro radioelétrico e um mercado suficientemente concorrencial nem sempre se afigura fácil.⁸⁸ Isto decorre do facto de o espetro radioelétrico ser, por definição, uma infraestrutura limitada e finita.⁸⁹ A natureza finita e limitada do espetro prende-se essencialmente com duas razões: a) em primeiro lugar, o crescente desenvolvimento de tecnologias de comunicações móveis, aliado ao facto de existir uma impossibilidade natural de se duplicar o espetro

85 Ver, considerando 61 da Diretiva 2009.

86 Neste sentido, Richard Cadman, *Cit.*, p. 371.

87 Cfr. ICT, 'Regulation Tool Kit', secção 5.1, disponível em <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.2658.html> consultado a 15 de abril de 2014.

88 Neste sentido, Purvi Parekh, *The spectrum challenge*, C. T. L. R., (2006) 12(2), 2006.

89 Ver FCC Staff Technical Paper, "Mobile Broadband: the benefits of Additional Spectrum" (Outubro, 2010), disponível em: <http://download.broadband.gov.plan/fcc-staff-technical-paper-mobile-broadband-benefits-of-aditional-spectrum.pdf>, consultado a 2 de abril de 2014.

radioelétrico, implica que muitas vezes se tenha que limitar o número de concorrentes no mercado; b) em segundo lugar, pelo facto de o espectro radioelétrico ser constituído por bandas com diferentes características de propagação e cujas propriedades influenciam o tipo de tecnologia que pode ser transmitida através delas, existe um sério risco de existência de interferência entre as diferentes tecnologias a ser transmitidas através das mesmas bandas de espectro ou através das chamadas “bandas vizinhas”.⁹⁰

Face a estas especificidades do espectro radioelétrico e à constante evolução tecnológica – pense-se, por exemplo, no advento das tecnologias 4G e na cada vez mais generalizada utilização de smartphones – a eficiente e eficaz regulação desta infraestrutura não se pode basear exclusivamente em mecanismos de controlo *ex post*. Como referido *supra*, a regulação europeia tem vindo a procurar liberalizar o mercado das comunicações eletrónicas e diminuir cada vez mais a necessidade de regulação *ex-ante*. Ainda assim, nos termos do artigo 5.º da Diretiva Quadro, poderão ser atribuídos direitos individuais de utilização de frequências, sendo esta uma exceção ao regime da autorização geral, nos casos em que os mesmos sejam necessários para garantir a utilização eficiente e efetiva dessas frequências ou para alcançar outros objetivos de interesse público – onde se poderá incluir necessidades de efetiva concorrência no mercado.

Deve salientar-se que além das condições específicas que os operadores podem ver serem-lhes anexadas às suas licenças de utilização de espectro, a própria definição e as regras do procedimento⁹¹ pelo qual essas licenças são atribuídas, terá que necessariamente ter um objetivo garantístico que lhe permita desenvolver a concorrência no mercado⁹². Aquando da definição das regras dos procedimentos de atribuição de licenças, os reguladores devem ter em atenção as naturais diferenças entre os operadores já existentes no mercado e aqueles que tenham a pretensão de se tornar operadores. Nesta medida, os reguladores têm sentido a necessidade de definir

90 Cfr. Martin Cave, Chris Doyle, e William Web, *Essentials of Modern Spectrum Management*, Cambridge, 2007, p. 3.

91 A preferência na escolha do procedimento para atribuição de direitos de frequência tem recaído nos procedimentos de Leilão, em que o critério determinante para atribuição desses direitos é o preço que os operadores estão dispostos a pagar. Neste sentido, Gary W. Oznanich, Chung-Wen Hsu e Han Woo Park, *3-G wireless auctions as an economic barrier to entry: the western European Experience*, (2004) 21 *Telematics and Informatics* 174, 177.

92 Conforme decorre do artigo 7.º n.º 1 da Diretiva Serviços, ainda que exista uma limitação do número ao número de operadores que serão autorizados a entrar no mercado, as ARNs deverão ter sempre o objetivo de promover a concorrência em benefício dos consumidores.

as regras jurídicas dos leilões de espectro de uma forma a potencializar a concorrência no mercado das comunicações eletrônicas.⁹³ Poder-se-á aqui referir, a título de exemplo, os chamados: a) spectrum caps e b) set-asides. Resumidamente:

a) Os spectrum caps são limitações à quantidade⁹⁴ de espectro radioelétrico que um operador poderá obter numa determinada área geográfica, possibilitando às ARNs determinar que cada um dos operadores só poderá “concorrer” a um ou dois dos blocos de espectro disponíveis, tendo assim a vantagem de impossibilitar aos operadores a aquisição de mais direitos de utilização de frequências do que aqueles que estes efectivamente necessitam⁹⁵ e evitando que novos operadores entrem no mercado e diminuindo a concorrência no mercado.⁹⁶

b) Os set-asides, por outro lado, são utilizados como um mecanismo de protecção especial a novos operadores que tenham intenção de entrar no mercado. Geralmente, os ARNs dividem o espectro a ser licenciado por blocos, limitando, posteriormente, um ou mais blocos exclusivamente a novos operadores. Os custos associados à entrada no mercado são geralmente elevados, pelo que estes operadores ficam frequentemente impossibilitados de pagar o mesmo preço pelas licenças de utilização de frequências que os operadores existentes estão dispostos a pagar. É assim indispensável que se estabeleça que determinados direitos de utilização de frequências ficarão reservados a novos operadores, como forma de aumentar a concorrência no mercado.⁹⁷

93 Neste sentido, Peter Cramton, Evin Kwerel, Gregory Rosson e Andrzej Skrzypacz, “Using Spectrum auctions to enhance competition in Wireless Services”, (2011) 54 *Journal of Law and Economics* 167, 172. Como referem estes autores, em causa, nestas regras “procedimentais” está a garantia do direito ao acesso ao mercado das telecomunicações. No entanto, no caso especial dos leilões de espectro, poderá dar-se o caso em que os operadores que participem num determinado leilão decidam fazer as suas apostas de forma concertada de forma a afastar outros operadores do mercado. Nessa medida, poderá existir a necessidade de se aplicarem as regras *ex post* do direito da concorrência, concretamente o artigo 101.º do TFUE.

94 As licenças de utilização de espectro são geralmente divididas em termos quantitativos e qualitativos. Assim, uma licença de utilização permitirá a um determinado operador utilizar a 10 MHz numa determinada banda, numa determinada área geográfica.

95 Neste sentido, Peter Cramton, Evin Kwerel, Gregory Rosson e Andrzej Skrzypacz, “Using Spectrum auctions...”, *Ob. Cit.* 175.

96 Assim, Tommaso M. Valletti, *Spectrum Trading*, T. Policy, 2001, 25, 655, 622. Afirma este autor que o prejuízo de aquisição de mais direitos de utilização de frequências do que aqueles que seriam necessários, teria ainda como inconveniente o prejuízo que causaria aos consumidores. A possibilidade de afastar outros concorrentes do mercado reduziria a necessidade de inovar, assim como tornaria possível um aumento de preços que causasse sérios prejuízos aos consumidores.

97 Neste sentido, Robert W. Crandall e Allan T. Ingraham, “The Adverse Economic Effects of Spectrum Set-Asides”, (2007), 6 *Canadian Journal of Law and Technology* 131, 135. Os autores alertam, todavia, que nem sempre uma maior concorrência no mercado trará benefícios aos

Existem condições específicas que poderão ser anexadas às licenças de utilização de direitos de frequência. De entre essas condições, destacamos as relativas a MVNOs⁹⁸ e as chamadas “access and interconnection related conditions”, por terem como fim último a garantia do direito ao acesso.

As primeiras permitem que um determinado “operador MVNO” tenha a possibilidade de utilização de frequências sem que lhe estejam associados quaisquer custos de construção de infraestruturas e sem que seja necessário fazer investimentos em leilões para atribuição de direitos de utilização de frequências. Os operadores titulares de direitos de utilização de frequências estão assim obrigados a garantir que outros operadores, mediante o pagamento de uma determinada contrapartida, tenham acesso às suas redes de comunicações, incluindo aos pontos de interligação, e que possam prestar serviços aos seus clientes.⁹⁹ A Autoridade Reguladora Irlandesa, por exemplo, aquando da realização do leilão de espetro para utilização de tecnologias 3G, impôs esta obrigação aos titulares de direitos de utilização de frequências e a essa Autoridade foram conferidos os poderes necessários para intervir, se no prazo de três meses não fossem celebrados esses acordos.¹⁰⁰

As segundas são geralmente relativas à obrigação de garantir o acesso a pontos de interligação, a garantir a interoperabilidade dos serviços ou de garantir o acesso a roaming em condições comerciais razoáveis, a outros operadores, de forma a que seja permitido a estes operadores prestar serviços completos e satisfatórios aos seus clientes. A natureza absolutamente essencial deste tipo de obrigações, para o livre desenvolvimento do mercado das comunicações eletrónicas, poderá ser exemplificado com a recente recusa da ZON em participar no referido leilão multifaixa regulado e

consumidores, salientando que, no caso específico da regulação do espetro radioelétrico, poderá ser permitida a entrada de operadores ineficientes no mercado.

98 Um MVNO, que significa Mobile Virtual Network Operator, é um operador de comunicações móveis que não detém qualquer direito de utilização de frequências e que celebra com um operador detento de um direito de utilização de frequências um contrato pelo qual este autoriza aquele a utilizar a sua infraestrutura. Sobre a definição de MVNO ver Ofcom, “International Communications Market Report”, (dezembro de 2010), disponível em http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/cmr/753567/icmr/ICMR_2010.pdf – consultado a 19 de abril de 2014.

99 Consultando o Regulamento do Leilão 4G da Anacom, “Regulamento do Leilão para atribuição de direitos de utilização de frequências nas faixas dos 450 MHz, 800 Mhz, 900 Mhz, 1800 Mhz, 2.1 GHz e 2.6 GHz”, verificamos que foi imposta, aos titulares de direitos de utilização de frequências, a obrigação de negociar acesso às suas redes de telecomunicações, nos termos do artigo 35.º.

100 Neste sentido, ver o Relatório do Grupo LYA, “A Discussion of Spectrum licence conditions and Impact on new entrants”, p. 6 (2006), disponível em [http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf/\\$FILE/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf/$FILE/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf) – consultando em 19 de abril de 2014.

desenvolvido pela ANACOM, justificada pela não consagração de uma obrigação de negociação de interoperabilidade e acesso a roaming nas existentes redes 3G. Na ótica da ZON, a consagração de uma obrigação desta natureza era absolutamente indispensável ao desenvolvimento sustentável de um quarto operador de comunicações eletrónicas em Portugal.¹⁰¹

Salientamos, também, que este tipo de condições é anexado às licenças de utilização de espetro independentemente da posição de mercado detida pelos titulares dos direitos de utilização de frequências. Como acima foi referido, a aplicação da teoria da infraestrutura essencial, configurada como uma modalidade de abuso de posição dominante, está dependente da existência de uma posição dominante – que implica, as mais das vezes, a verificação de uma posição de mercado superior a 40% – , sendo que no caso do setor das comunicações eletrónicas, especialmente no mercado das comunicações eletrónicas móveis, existem geralmente três ou quatro operadores com poder de mercado inferior a 40%. Nesta medida, a existência destas condições, ainda que baseadas na teoria da infraestrutura essencial, permitem às ARNs um maior controlo sobre os mercados, assim como uma maior garantia do comportamento eficiente desses mercados.

Do *supra* exposto resulta, quanto a nós, que a regulação do espetro radioelétrico encontra-se ainda numa fase de mutação, com novas medidas a serem adotadas pela Comissão Europeia¹⁰² e com alguma indefinição face às constantes evoluções tecnológicas. Nesta medida, assume-se ainda hoje absolutamente essencial a consagração de medidas regulatórias de natureza *ex-ante*, uma vez que a aplicação das regras gerais do direito da concorrência, e em especial o artigo 102.º do TFUE, poderá ter o inconveniente de serem aplicáveis tardiamente com a consequência de ser razoavelmente difícil corrigir as falhas de mercado.

101 Cfr. Comunicado ZON Multimédia (Novembro 2011), disponível em: http://www.zona.pt/institucional/Documents/Noticias%20e%20Comunicados/201111126_ZONTEPT.pdf - consultado a 10 de abril de 2014.

102 Poder-se-ão salientar as políticas da União Europeia relativas à liberalização dos chamados mercados secundários de direitos de utilização de frequências. A Comissão Europeia, pretendendo contrariar a tendência da atribuição de licenças com prazo de validade de 20 anos e intransmissíveis, tem vindo a considerar indispensável que esses mercados secundários sejam liberalizados de forma que operadores a quem não tenham sido atribuídos direitos de utilização de frequências possam, assim, entrar no mercado. Neste sentido, Tommaso M. Valetti, *Cit.* p. 663.

4. Aplicação da teoria da infraestrutura essencial nas telecomunicações;

Feito o enquadramento da regulação do direito ao acesso, tanto no âmbito geral do direito da concorrência como no âmbito especial da regulação setorial dos mercados das comunicações eletrónicas, importa agora analisar se, e em que medida, poderá o direito ao acesso no setor das comunicações eletrónicas ser garantido de forma suficiente apenas e só pela aplicação das normas do direito da concorrência. Já acima foi referido que as normas gerais do direito da concorrência, com base no princípio de que lei especial derroga lei geral¹⁰³, não se deverão aplicar quando existam normas setoriais específicas que sejam aplicáveis à mesma situação. Como acima referido, um operador pode ser considerado como detentor de posição de mercado significativa se tiver um poder de mercado acima de 25%, enquanto que nos termos do direito da concorrência exigem-se poderes de mercado acima de 40%. Poder-se-á ainda salientar desde já, tal como referem Edward Pitt e Vincent Smith¹⁰⁴, que o Tribunal Europeu nem sempre tem conseguido aplicar, pelo menos de forma satisfatória, o conceito de abuso coletivo de posição dominante, enquanto que no setor das telecomunicações o próprio artigo 14.º da Diretiva Quadro prevê expressamente essa possibilidade. Exemplificando, a autoridade reguladora espanhola, ao verificar que três operadores detinham conjuntamente uma posição de mercado significativa, impôs aos três operadores a obrigação de garantir o acesso a operadores MVNOs.¹⁰⁵

4.1. Indispensabilidade de regulação setorial;

A política regulatória da União Europeia tem, como *supra* referido, como principal objetivo que os mercados das comunicações eletrónicas assumam um estado

¹⁰³ Assim, João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Edições Almedina, 16.ª reimpressão, 2007, p. 95. Segundo o Autor “as normas especiais não consagram uma disciplina directamente oposta à do direito comum; consagram todavia uma disciplina nova ou diferente para círculos mais restritos de pessoas, coisas ou relações”.

¹⁰⁴ Edward Pitt e Vincent Smith, *Cit.*, p. 511.

¹⁰⁵ Poderá ainda ser aqui referido, tal como salienta Marinela Filippelli, *Collective Dominance in the Italian Mobile telecommunications market*, E.C.L.R., 2010, 31(2), 81, 81 e ss., no caso *Italian Association of Internet Providers v Tele2/TIM* Unreported October 22, 2008 (TAR (Lazio)) a Autoridade da Concorrência Italiana, após uma investigação ao facto de os operadores TIM, Vodafone e Wind estarem ou não a garantir o acesso a operadores MVNOs, considerou não estarem preenchidos os requisitos de abuso de posição dominante. Esta Autoridade justificou a sua decisão pelo facto de não se verificarem três requisitos cumulativos: a capacidade dos operadores em atingir coordenação, a presença de um efeito mecanismo de retaliação e a não verificação de reacções por parte dos consumidores e dos concorrentes. Assim, importa sublinhar que, tal como referido *supra*, as obrigações de garantia de acesso a MVNOs podem, em sede de regulação setorial, ser impostas aos operadores sem que seja necessário que se verifique um comportamento abusivo por qualquer um desses operadores.

concorrencial que permita que a regulação desse setor possa ser efetuada simplesmente através de mecanismos de regulação *ex post*. A aplicação generalizada das regras da concorrência ao setor das telecomunicações poderia então abrir espaço à aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial que, pelo facto de o atual quadro regulatório das comunicações eletrónicas conter um conjunto alargado de normas relativas à garantia de um direito ao acesso, vê ainda ser mais limitado o já limitado escopo de aplicabilidade dessa teoria. No entanto, qualquer análise a esta questão tem que partir da análise a uma questão ainda mais básica e, quanto a nós, essencial: será que as especificidades do setor das comunicações eletrónicas se coadunam com a ausência de regulação *ex ante*?

Como ponto de partida, para se entender os motivos pelos quais se aplicam regras de regulação *ex ante*, é indispensável salientar que o direito da concorrência e o direito das comunicações eletrónicas promovem objetivos algo distintos. Enquanto o primeiro tem como escopo evitar que se verifiquem distorções de concorrência, o segundo tem como objetivo aplicar medidas que promovam a concorrência.¹⁰⁶

Importa, também, reconhecer que a regulação setorial engloba necessariamente um maior conhecimento do mercado e, por isso, uma maior certeza e clareza de critérios. Esta afirmação assume contornos ainda mais importantes se se considerar o facto de o mercado das comunicações eletrónicas poder ainda não ter atingido um suficiente estado de maturação e que, portanto, a definição de regras específicas ser absolutamente indispensável para que se possa conferir aos operadores alguma segurança.¹⁰⁷

Mais ainda, comparando as obrigações que poderão ser impostas a operadores que sejam considerados como detentores de posição de mercado significativa e as obrigações impostas a operadores que detenham uma posição dominante, verificamos que a regulação setorial específica impõe mais obrigações aos operadores e que essas

106 Neste sentido, G. Monti, Tridimas and Nebbia Eds., *New Directions in EC Competition Law*, em European Union Law for the Twenty-First Century, Hart Publishing, 2004, p. 191 e ss.

107 Neste sentido, Nikos Nikolidakos, *The new legal framework for digital gateways - the complementary nature of competition law and sector-specific regulation*, European Competition Law Review, 2001, 21(9), 408, 411. Reconhece o autor que a incerteza na regulação do mercado das comunicações eletrónicas poderia levar muitos operadores a desistir de entrar no mercado, por não sentirem existir garantias suficientes de acesso a outras redes e infraestruturas que fossem indispensáveis para que estes operadores atingissem uma posição sustentável no mercado. O autor reconhece, todavia, o problema que poderá levantar-se pelo facto de os processos legislativos levarem, a grande maioria das vezes, muito tempo.

obrigações se adequam especificamente ao setor em causa, nomeadamente, e como já referido acima, a basilar garantia geral de direito ao acesso.¹⁰⁸

Por outro lado, sendo a teoria da infraestrutura essencial uma modalidade de abuso de posição dominante, a sua aplicação estará dependente da verificação de um comportamento abusivo e que tenha como objetivo afastar um concorrente do mercado, seria necessário que a garantia de acesso fosse de mais fácil aplicação para que se pudesse desenvolver um mercado suficientemente concorrencial.¹⁰⁹ Alguma doutrina tem ainda sustentado que uma das características essenciais dos mercados das comunicações eletrónicas é a decorrente da verificação de economias de escala. Assim, uma garantia de acesso mais “fácil” justificar-se-ia pelo benefício de que quantos mais serviços, a diferentes consumidores, fossem prestados através daquela infraestrutura, mais reduzido seria o custo de construção desta.¹¹⁰

Um outro argumento que poderá ser utilizado a favor de que a regulação do mercado das comunicações eletrónicas seja alvo de políticas *ex ante* é o de que uma investigação de abuso de posição dominante, nos termos gerais, demora algum tempo a ser analisada e até que qualquer decisão seja tomada. Nesse interregno, os efeitos para os consumidores seriam prejudiciais e poderia até criar-se alguma incerteza.¹¹¹

O certo é que a teoria da infraestrutura essencial foi aplicada, um pouco por toda a União Europeia, ao setor das telecomunicações, mesmo existindo um conjunto alargado de normas setoriais específicas, facto que poderá ser explicado pelo caráter geral do direito da concorrência que lhe permite preencher “espaços vazios” na regulação setorial específica.¹¹²

108 Assim, Barry Doherty, *Competition law and sector-specific regulation*, C. T. L. R., 2001 7(8), 225, 228. O Autor salienta a existência, no setor das comunicações eletrónicas, contrariamente ao direito da concorrência, de obrigações de publicar informação, obrigações de qualidade dos serviços, e a imposição de obrigações que imponham comportamentos *ab initio*.

109 Assim, Edward Pitt e Vincent Smith, *Cit.*, p. 505.

110 Neste sentido, George Psarakis, *Setor-specific regulation and competition law in the electronic communications sector against the backdrop of the internal market*, E.C.L.R., 2007, 28(8), 456, 457.

111 Neste sentido, OFCOM, ‘Statement on a proposal to make 900 MHz, 1800 MHz and 2100 MHz public licence networks tradable’ (20 June 2011), p 5.

<[http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/trading-900-1800-2100-statement.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/trading-900-1800-2100/statement/900-1800-2100-statement.pdf)> consultado a 16 de maio de 2014.

112 Assim, Michel Kerf, Isabel Neto e Damien Gérardin, *Antitrust vs. Sector-specific Regulation in Telecom: What Works Best?*, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=886292>, consultado a 10 de maio de 2014.

Naquele que é talvez o caso mais importante de abuso de posição dominante no setor das comunicações eletrónicas, o caso *Deutsche Telekom*¹¹³ relativo à compressão de margens¹¹⁴, foi considerada abusiva a conduta de cobrar tarifas não equitativas a operadores concorrentes por parte de uma entidade verticalmente integrada. Este caso, que pode demonstrar a complementaridade entre as normas do direito da concorrência e as normas setoriais específicas, serviu de base a análises profundas relativamente aos casos de compressão de margens no setor das comunicações eletrónicas. Se é verdade que no setor das comunicações eletrónicas também se verifica a existência de regulação orientada aos custos destinada a precaver situações de compressão de margens, não tanto para evitar distorções de concorrência mas sim para potenciar o desenvolvimento de um mercado concorrencial¹¹⁵, também é verdade que esta regulação específica não tem sido suficiente para evitar comportamentos abusivos na medida em que as normas do direito da concorrência se continuam a aplicar.¹¹⁶

Esta aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial nos casos relativos à compressão de margens poderá justificar-se pelo facto de não se poderem especificar corretamente preços em mercados novos e emergentes¹¹⁷ e pelo facto de o preço determinado pelas ARNs ser muitas vezes baseado num preço médio e não no verdadeiro preço de custo.¹¹⁸ O maior risco da aplicabilidade simultânea de normas setoriais específicas e de normas gerais da concorrência aos casos de compressão de

¹¹³ Caso *Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities* (T-271/03).

¹¹⁴ Pietro Crocioni define compressão de margens como uma prática de operadores dominantes, que estejam integralmente integrados, de diminuir as margens dos preços fixados. Pietro Crocioni, *Price Squeeze and imputation. Test – recente developments*, E.C.L.R., 2005 26(10), 558, 558.

¹¹⁵ Neste sentido, Claudia Saveedra e Germain Gaudin, *Ex ante margin squeeze tests in the telecommunications industry: What is a reasonably efficient operator?*, T. Policy, (2014), 38, 157, 160. Como referem os autores, as ARNs poderão utilizar um de dois critérios para determinar o preço de acesso às redes de nova geração, o do operador igualmente eficiente e o do operador razoavelmente eficiente. Nos termos do direito da concorrência, é geralmente utilizado o teste do operador igualmente eficiente. Assim, Geoff Edwards, *Margin Squeeze and the inefficient "equally efficient" operator*, E.C.L.R., 2011, 32(8), 402, 402.

¹¹⁶ Assim, um caso de compressão de margens foi analisado pela Comissão Europeia no caso Telefonica. Decisão da Comissão, de 4 de julho de 2007, Caso COMP/38.784 – Wanadoo España vs. Telefonica.

¹¹⁷ Neste sentido, Damien Geradin e Robert O'Donoghue, *The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, Journal of Competition Law and Economics, 1(2), 355, 425.

¹¹⁸ Neste sentido, Wolfgang Bridlauer, Georg Gotz e Anton Schwarz, *Can a margin squeeze indicate the need for deregulation? The case of fixed network voice telephony markets*, T. Policy, 2010, 34, 551, 558.

margens verifica-se pelo facto de, como acima referido, o direito da concorrência e o direito das comunicações eletrónicas prosseguirem objetivos distintos.¹¹⁹

Um outro exemplo em que se poderá verificar a complementaridade entre estes dois tipos de regulação, verificou-se em Espanha. Num caso que opôs a operadora Telefonica à Conduite Europe SA¹²⁰, o Tribunal Comercial Espanhol considerou que a Telefonica tinha abusado da sua posição dominante no mercado relevante por ter recusado o acesso por parte da Conduite Europe, um operador estabelecido noutro estado membro, a informações válidas e completas sobre o número de telefone dos seus subscritores. O tribunal considerou que esta era uma infraestrutura essencial para que um operador se pudesse estabelecer no mercado, que a Telefonica detinha uma posição dominante no mercado de fornecimento de serviços de telefone fixo e que a negação do acesso não foi justificada.¹²¹ Quanto a nós, a existência deste caso não deve, no entanto, ser utilizado como um argumento a favor da regulação *ex-ante*. Este tipo de regulação não pode ter como objetivo corrigir todas e quaisquer falhas de mercado, mas apenas aquelas falhas de mercado que, quer pela sua gravidade quer pela sua repetição, tornem absolutamente indispensável a existência de regulação *ex ante*. Esta aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial também é, aliás, decorrente de nem todos os mercados de comunicações eletrónicas estarem, como referido acima, sujeitos a regulação *ex-ante*.

Tem ainda sido sustentado que se poderia garantir o acesso nos mercados das comunicações eletrónicas, por exemplo o acesso ao lacete local, através das normas gerais do direito da concorrência, na medida em os princípios subjacentes seriam os mesmos, sendo esta uma das principais críticas à regulação setorial específica.¹²² No entanto, entendemos a posição da Comissão Europeia em ter estabelecido políticas de regulação *ex ante*. Não nos poderemos esquecer que o objetivo de abertura dos mercados das comunicações eletrónicas à concorrência não poderia ser atingido

¹¹⁹ Assim, Damien Geradin e Robert O'Donoghue, *The concurrent application...* *Cit.*, p. 425. Este autor salienta que existe um risco de as ARNs aplicarem normas de concorrência ao mesmo tempo que pretendem regular o mercado, mas que também existe o problema de, por vezes, as autoridades da concorrência se esquecerem que o seu objetivo é o de proteger a concorrência e não os concorrentes.

¹²⁰ Telefonica v Conduit Europe SA, n.º 73/2006, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/court_2006_11_es.pdf, consultado a 12 de maio de 2014.

¹²¹ Neste sentido, Alfonso Gutierrez, *Spain: Abuse of dominant position – telephone information – Case Comment*, E.C.L.R., 2006, 27(3), N39-40.

¹²² Neste sentido, George Psakaris, *Cit.*, p. 458.

através duma lógica reativa mas sim de uma lógica proactiva. Os novos operadores apenas estariam interessados em entrar no mercado se lhes fossem conferidas rápidas e eficazes que lhes garantissem o acesso a estes mercados. Com o passar do tempo e com o atingir de um mercado suficientemente concorrencial, é previsível que se deixe de sentir a necessidade de se regular *ex ante*, na medida em que os operadores existentes passarão a conhecer quais são os limites razoáveis da sua atuação.

4.2. O interesse da teoria da infraestrutura essencial nas revisões dos mercados relevantes;

As políticas da Comissão Europeia relativas aos mercados das comunicações eletrónicas encontram-se, neste momento, a ser alvo de reformulações. Com o advento das novas tecnologias, pretende a União Europeia proceder a uma alteração das políticas regulatórias de forma a atingir os objetivos da Agenda Digital para 2020¹²³. Além disso, a Comissão Europeia pretende agora, nos termos do artigo 15.º da Diretiva Quadro, proceder a uma alteração da sua Recomendação relativa aos mercados relevantes, o que poderá levar a um aumento do interesse da infraestrutura essencial naqueles casos em que determinados mercados relevantes deixem de estar sujeitos a regulação setorial específica.

Ainda que se verifique uma preocupação de regular o acesso aos mercados de novas gerações, o certo é que foi amplamente discutido o mérito e a necessidade de proceder a esta regulação. Considerava-se, por exemplo, que as consequências da regulação relativa ao lacete local, *supra* referida, não tinham sido as mais benéficas, na medida em que não tinham tido como consequência o desenvolvimento de infraestruturas, com a inerente incapacidade de penetração, que não seria necessário regular o acesso às redes de fibra porque os mercados hoje em dia estariam muito mais desenvolvidos e porque a complexidade das redes de fibra não se coadunava com o hiato temporal decorrente do processo legislativo, bem como com as consequências de eventuais erros legislativos.¹²⁴ Por outro lado, o conceito de

¹²³ Ver Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Comité Europeu Económico e Social e ao Comité das regiões sobre uma Agenda Digital para a Europa (19 de maio de 2010). A Agenda Digital tem como objetivo principal encontrar políticas regulatórias eficazes ao acesso às redes de nova geração, nomeadamente garantir o desenvolvimento de redes de fibra ótica que permitam aumentar a velocidade e a qualidade dos serviços de comunicações eletrónicas, e garantir o acesso generalizado de toda a população a estes serviços.

¹²⁴ Neste sentido, Robert W. Crandall, Jeffrey A. Eisenach e Allan T. Ingraham, *The long effects of copper-looper unbundling and the implications for fiber*, T. Policy, (2013), 37, 262, 279.

infraestrutura essencial ser, por natureza, dinâmico, no sentido em que nos mercados das comunicações eletrónicas facilmente se encontram infraestruturas alternativas e novos produtos substitutos, aliado ao facto de as políticas regulatórias da União Europeia hoje em dia não se focarem na liberalização mas sim na maturação dos mercados, tornava desnecessária a garantia de um acesso às novas infraestruturas na atual conjuntura.¹²⁵ Aliás, o próprio operador Telecom Italia, aquando de uma consulta pública da Comissão Europeia, sustentou que as redes de nova geração não deveriam ser consideradas, por definição, uma infraestrutura essencial mas sim uma oportunidade para o investimento.¹²⁶ Nesta medida, o direito ao acesso no mercado das comunicações eletrónicas, na ausência de regulação setorial específica, deveria ser regulado pelas normas do direito da concorrência.

No entanto, sustenta-se que este acesso às redes de nova geração não poderá, pelo menos num primeiro momento, ser regulado apenas pelas normas do direito da concorrência. A verdade é que a passagem para uma utilização generalizada de redes de fibra óptica, especialmente tendo em conta que a União Europeia pretende que essa passagem seja feita num curto espaço de tempo, deverá ser alvo de políticas eficazes e que consigam garantir o acesso de todos os operadores em condições justas e equitativas.¹²⁷ A inexistência de políticas regulatórias suficientemente protecionistas, poderia fazer com que alguns operadores, que não estariam dispostos a efetuar investimentos em infraestruturas, não pudessem cumprir com os objetivos da União Europeia. E não deixa de ser verdade também que os anteriores proprietários de infraestruturas teriam uma inegável vantagem no facto de apenas ser necessário proceder a uma evolução das suas infraestruturas e de, por isso, não ser necessária a construção de novas infraestruturas.¹²⁸¹²⁹

¹²⁵ Neste sentido, Andrea Renda, *Cit.*, p. 32.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Neste sentido, Giovanna De Minico, *New European regulation on universal service and next generation networks or just a lifting of the old one?*, C. T. L. R., 2011, 17(5), 135, 138. Este autor sustenta que a verificação de um “regulation holiday” iria apenas beneficiar o detentor das redes de fibra óptica que, durante um determinado período de tempo, iria ver ser-lhe permitido afastar outros concorrentes do mercado. Ainda que fossem aplicadas medidas *ex post*, seria já tarde para corrigir as falhas de mercado.

¹²⁸ Assim, Wolfgang Briglauer e Klaus Gugler, *The deployment and penetration of high-speed fiber networks and services: Why are EU members states lagging behind?*, T. Policy 37, (2013), 819, 823. O autor salienta que, por exemplo, no continente Asiático os reguladores têm optado por uma “state-aid-driven approach” enquanto nos Estados Unidos os reguladores têm preferido uma “market-based approach”.

Consideramos, também, que ainda que seja necessária a existência de investimentos para o desenvolvimento económico, a passagem para as novas tecnologias e o acesso às redes de nova geração não se podem basear numa regulação meramente reactiva, quanto mais não seja pela insegurança que isso poderia trazer aos novos operadores. É necessário que as políticas regulatórias da Comissão Europeia continuem a ter um objetivo garantístico, em especial em momentos cruciais para o desenvolvimento tecnológico.

A Comissão Europeia na sua Recomendação relativa ao acesso nas redes de nova geração¹³⁰, reconheceu a importância de se continuarem a aplicar obrigações de garantia de acesso nas redes de nova geração. Salientou que aqueles operadores que fossem considerados como detentores de posição de mercado significativa, deveriam continuar a garantir o acesso às suas infraestruturas de engenharia civil¹³¹, o acesso desagregado ao lacete de fibra ótica ou o acesso aos pontos terminais das suas redes FTTH.¹³² É de salientar que também aqui são aplicados os critérios da lei da concorrência, considerando-se que o acesso deve ser garantido na medida em que se verifique que a infraestrutura tem capacidade suficiente para que seja conferido o acesso.¹³³ O acesso deverá ser garantido após ter sido concluída uma consulta pública, e na medida em que, tal como nos termos gerais da concorrência, a duplicação dessa infraestrutura seja economicamente ineficiente ou fisicamente impossível.¹³⁴ Mais

¹²⁹ Uma outra alternativa que tem vindo a ser sugerida na doutrina é a relativa à possibilidade de partilha de investimento, ou seja a de existirem políticas regulatórias que incentivem os operadores a investir conjuntamente em infraestruturas como forma de reduzir os seus custos. Assim Marc Bourreau, Carlo Cambini e Steffen Hoernig, *Ex ante regulation and co-investment in the transition to next generation access*, T. Policy, (2012), 36, 399, 403.

¹³⁰ Recomendação da Comissão relativa ao acesso regulado às Redes de Nova Geração, OJ L251/35--48 (Recomendação NGA). Interessante verificar que a Comissão Europeia, no ponto 5 desta recomendação, salienta que caso se verifiquem falhas na regulação destes mercados, poderão ser adotadas novas medidas no futuro.

¹³¹ Cfr. Ponto 12 da Recomendação NGA.

¹³² Cfr. Ponto 18 da Recomendação NGA.

¹³³ Um ponto que nos parece interessante, pela sua diferença, é o constante do Ponto 16 da Recomendação NGA, nos termos do qual as ARNs devem encorajar, ou caso tal seja permitido pela legislação nacional, obrigar os operadores a construir as suas infraestruturas de forma a instalar capacidade suficiente para permitir que os outros operadores possam fazer uso dessas infraestruturas. Mais ainda, nos termos do Ponto 17 desta recomendação, os operadores deverão fornecer dados relativos à sua infraestrutura, de forma a que possa ser criada uma base de dados que contenha informação relativa à capacidade, localização geográfica e outras características físicas dessas infraestruturas que possam ser usadas no desenvolvimento de redes de fibra ópticas.

¹³⁴ Neste sentido, Pablo Asbo Baistrocchi, *Competition and regulatory principles for next generation access (NGA) networks in the European Union*, C. T. L. R., 2011, 17(6), 166, 171.

ainda, este acesso deve ser assegurado de acordo com o princípio da equivalência e com os preços orientados para os custos.¹³⁵

A recentíssima Diretiva 2014/61/UE¹³⁶ vem estabelecer medidas destinadas à partilha de infraestruturas com vista à instalação de redes de telecomunicações de elevada velocidade. Consagra, no artigo 3.º, que os operadores deverão satisfazer todos os pedidos de acesso em condições justas e razoáveis, só podendo o acesso ser recusado com base em critérios transparentes, objetivos e proporcionais, como por exemplo: a disponibilidade de espaço na infraestrutura, a adequação técnica da mesma, a disponibilidade de meios alternativos viáveis de acesso a infraestruturas físicas ou o risco de interferência com outros serviços. Esta Diretiva consagra ainda uma inovação de natureza especial, na medida em que não estão apenas obrigados a garantir acesso os operadores dos mercados das telecomunicações, mas também os operadores dos mercados de gás, eletricidade ou água que sejam proprietários de infraestruturas em que os operadores dos mercados das telecomunicações possam implementar elementos de rede de elevada velocidade. Enquanto a teoria da infraestrutura essencial se aplica a operadores concorrentes, é agora consagrada uma medida de impossibilidade de negação de acesso injustificada a operadores de mercados distintos e, nessa medida, não concorrentes. Isto demonstra, quanto a nós, a preocupação e a necessidade sentida pela Comissão Europeia de, nestes mercados, reforçar as medidas de regulação *ex ante*.

Mas isto não significa que a Comissão Europeia considere que todos os mercados devam continuar sujeitos a regulação *ex ante*. Encontrando-se a Comissão Europeia em processo de revisão da Recomendação relativa aos mercados relevantes sujeitos a regulação *ex ante*¹³⁷, destacamos que, após consulta pública, na qual

¹³⁵ Assim, ver Relatório da Anacom, *A Evolução das NGA*, de 1 de fevereiro de 2011, p. 177. Disponível em: http://www.anacom.pt/streaming/Estudo_+NGN_2versao.pdf?contentId=1071045&field=ATTACHED_FILE, consultado a 12 de maio de 2014.

¹³⁶ Diretiva 2014/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa a medidas destinadas a reduzir o custo da implantação de redes de comunicações eletrónicas de elevado débito, OJ L-155/1.

¹³⁷ A versão draft desta Recomendação já foi publicada, já em 2014, e pode ser consultada através do website: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/draft-revised-recommendation-relevant-markets> - consultado a 12 de maio de 2014.

destacamos o estudo levado a cabo pelo Grupo Ecorys¹³⁸, a Comissão Europeia considerou que serão apenas quatro os mercados que estarão sujeitos a regulação *ex ante*. Destes mercados, assumem especial relevância os mercados grossistas 3 e 4, relativos, respetivamente, a) ao acesso local num ponto fixo e ao acesso local num ponto fixo para produtos dos mercados de massa e b) acesso de alta qualidade num ponto fixo.¹³⁹ A Comissão Europeia considera que continua a verificar-se a necessidade de garantir acesso ao lacete local e que existe a necessidade de garantir acesso regulado aos pontos de acesso das redes de fibra¹⁴⁰ por forma a potenciar o desenvolvimento da concorrência nos mercados de acesso às redes de nova geração.

Verifica-se, quando comparada esta versão draft com a Recomendação de 2007¹⁴¹ que a Comissão deixa de considerar o mercado retalhista de acesso à infraestrutura de telefone público num ponto fixo para clientes residentes e não residentes como suscetível de regulação *ex ante*, bem como que existem menos dois mercados grossistas sujeitos a regulação *ex ante*. Esta diminuição do número de mercados sujeitos a regulação setorial específica terá, quanto a nós, como consequência o ressurgimento do interesse da teoria da infraestrutura essencial neste setor. Atingindo que esteja um nível concorrencial satisfatório em determinados mercados, não fará qualquer sentido que nesses mercados se continuem a aplicar medidas setoriais específicas, sendo apenas necessário que as ARNs, em cooperação com as Autoridades da Concorrência, continuem a investigar os mercados para que sejam aplicadas as normas gerais do direito da concorrência, no caso de se verificarem falhas nesses mercados.

5. Conclusões

Aqui chegados cumpre reconhecer que o setor das comunicações eletrónicas contém um conjunto de especificidades, regulatórias e inerentes ao próprio mercado, que reduzem ainda mais o escopo, de si já limitativo, de aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial. Em especial, importa sublinhar aqui que enquanto a

¹³⁸ Estudo do Grupo Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation*, 18 de setembro de 2013, disponível em: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/future-electronic-communications-markets-subject-ex-ante-regulation> - consultado em 8 de abril de 2014.

¹³⁹ Cfr. Anexo à versão draft da Recomendação dos Mercados Relevantes.

¹⁴⁰ Cfr. Nota explicativa da versão draft da Recomendação relativa aos mercados relevantes, p. 44 e 45. disponível em: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/draft-revised-recommendation-relevant-markets> - consultado a 12 de maio de 2014.

¹⁴¹ Cfr. Anexo da Recomendação de 2007.

obrigação de negociar com os concorrentes é vista, em termos gerais, como uma exceção, o setor das comunicações eletrónicas é a exceção que confirma a regra, consagrando uma obrigação geral de todos os operadores negociarem e garantirem o acesso de outros operadores às suas próprias redes e infraestruturas. Esta regra poder-se-á justificar pela necessidade de, por definição, as redes e infraestruturas das comunicações eletrónicas terem que estar interligadas para que se possam prestar serviços, muitas vezes de diferente natureza, a todos os operadores. A interessante verdade é que as regras do direito ao acesso no setor das comunicações eletrónicas são baseadas na teoria da infraestrutura essencial, o que demonstra, de forma cabal, que a importância desta teoria neste setor tem sido elevada, ainda que de forma indirecta.

Além disso, o setor das comunicações eletrónicas caracteriza-se por uma constante mutação, diretamente ligada ao surgimento de novas tecnologias, e pela necessidade de fazer chegar os melhores serviços de comunicações à generalidade dos cidadãos. Nessa medida, e ainda que frequentemente criticada, a União Europeia continua a sentir a necessidade proceder a revisões legislativas eficazes e capazes de garantir o desenvolvimento de um mercado ainda mais concorrencial, que possa beneficiar a inovação e a tecnologia. O acesso às redes de nova geração e a intenção de garantir que as novas tecnologias beneficiem a generalidade dos cidadãos europeus implicou que a União Europeia não abdicasse da regulação *ex ante*.

As condições impostas àqueles operadores que sejam considerados como detentores de posição de mercado significativa podem considerar-se como mais adequadas para que se atinjam os objetivos da Comissão Europeia, continuando as ARNs a considerar que estes mercados ainda não se encontram numa situação de maturação concorrencial suficiente para que se possam apenas ser regulados pelas normas do direito da concorrência. Prova disto, é a recente consagração legislativa da obrigação de separação funcional aos operadores verticalmente integrados, que demonstra que a Comissão Europeia não só continua a aplicar medidas de regulação *ex ante*, como tem tornado adotado novas medidas que possam definitivamente acabar com as falhas de mercado que constantemente se continuavam a verificar.

No entanto, isso não significa que a aplicação da regulação *ex post*, e em especial da teoria da infraestrutura essencial, tenha perdido o interesse no setor das comunicações eletrónicas. Como se referiu, esta teoria tem vindo a aplicar-se a este

setor, em especial nos casos em que se verifica uma compressão de margens, em que as normas setoriais específicas não se mostram adequadas para evitar todas as falhas de mercado. Uma questão que poderá levantar-se no futuro é a de saber se com a adoção da medida de separação funcional, não se poderá vir, por outro lado, a reduzir o escopo da teoria infraestrutura essencial nos casos de compressão de margens, na medida em que esta medida visa eliminar definitivamente os casos de discriminação.

Além disso, a Comissão Europeia, aquando da publicação da versão draft da nova Recomendação relativa aos mercados relevantes, mostrou a sua intenção de diminuir o número de mercados sujeitos a regulação *ex ante*, facto este que poderá levar a que a aplicação da teoria da infraestrutura essencial venha a ser necessária no futuro para corrigir as pontuais falhas de mercado. Importa também sublinhar que a vantagem do direito da concorrência é a sua generalidade e elasticidade, características que permitem que o direito da concorrência se aplique naqueles espaços deixados vazios pelas normas de regulação setorial específica.

É natural, todavia, que os mercados das comunicações eletrónicas, hoje muito mais concorrenciais do que no passado, continuem a evoluir em termos de níveis de concorrência. Este desenvolvimento dos mercados das comunicações eletrónicas, permitirá que a área de abrangência da teoria da infraestrutura essencial se torne cada vez mais importante e indispensável.

Bibliografia

Monografias e artigos de revistas:

Baistrocchi, Pablo Asbo, *Competition and regulatory principles for next generation access (NGA) networks in the European Union*, Computer and Telecommunications Law Review, 2011, 17(6), 166.

Bergamn, Mats A., *The Bronner case– a turning point for the essential facilities doctrine?*, European Competition Law Review, 2000, 21(2), 63.

Borisova, Lora, *Promoting competition, liberalisation and regulation of the telecommunications setor in the Central and Eastern European countries*, Computer and Telecommunications Law Review, 2001, 22(2), 59.

Borreau, Marc; Cambini, Carlo e Hoernig, Steffen, *Ex ante regulation and co-investment in the transition to next generation access*, Telecommunications Policy, (2012), 36, 399.

Brisby, Paul, *Functional Separation in the UK telecoms market: time to reconsider?*, Computer and Telecommunications Law Review, 2011, 17(1).

Briglauer, Wolfgang e Gugler, Klaus, *The deployment and penetration of high-speed fiber networks and services: Why are EU members states lagging behind?*, Telecommunications Policy (2013), 37, 819.

Bridlauer, Wolfgang, Georg Gotz e Anton Schwarz, *Can a margin squeeze indicate the need for deregulation? The case of fixed network voice telephony markets*, Telecommunications Policy, (2010), 34, 551.

Cabo, Sérgio Gonçalves, *Regulação e Concorrência no Setor das Comunicações Eletrónicas*, in *Regulação em Portugal: Novos Tempos, Novo Modelo?*, 2009, Almedina.

Capobianco, António, *The Essential Facility Doctrine: similarities and differences between the American and the European approach*, European Competition Law Review, 2001, 26(6), 548.

Cardman, Richard, *Means not ends: Deterring discrimination through equivalence and functional separation*, Telecommunications Policy (2010), 34, 366.

Cave, Martin, *Six Degrees of Separation: Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation*, Communications and Strategies, no. 64, 4th quarter 2006.

Cave, Martin; Doyle, Chris e Webb, William, *Essentials of Modern Spectrum Management*, Cambridge, 2007.

Cramton, Peter; Kwerel, Evin; Rosson, Gregory e Skrzypacz, Andrzej, "Using Spectrum auctions to enhance competition in Wireless Services", (2011) 54 Journal of Law and Economics 167.

Crandall, Robert W. e Ingraham, Allan T., *The Adverse Economic Effects of Spectrum Set-Asides*, (2007), 6 Canadian Journal of Law and Technology 131.

Crandall, Robert W., Eisenach, Jeffrey A. e Ingraham, Allan T., *The long effects of copper-looper unbundling and the implications for fiber*, Telecommunications Policy, 2013, 37, 262.

Crocioni, Pietro, *Price Squeeze and imputation. Test – recente developments*", European Competition Law Review, 2005 26(10), 558.

Christodoulou, Kostis e Vlahos, Kiriakos, *Implications of Regulation for entry and investment in the local loop*, Telecommunications Policy (2001) 25, 743.

Doherty, Barry, *Competition law and sector-specific regulation*, Computer and Telecommunications Law Review, 2001 7(8), 225.

Edwards, Geof, *Margin Squeeze and the inefficient "equally efficient" operator*, European Competition Law Review, 2011, 32(8), 402.

Fide, Frank, *NDS/IMS: a logical application of essential facilities doctrine*, European Competition Law Review, 2002, 23(9), 457.

Fillipelli, Marinela, *Collective Dominance in the Italian Mobile telecommunications market*, European Competition Law review, 2010, 31(2), 81.

Flannagan, Anne, edição de Ian Walden, *Authorization and Licencing*, em *Telecommunications Law and Regulation*, 4.ª Edição, 2012, Oxford University Press.

Gerádin, Damien e O'Donoghue, Robert, *The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector*, *Journal of Competition Law and Economics*, 1(2), 355.

Gijrah, Serge J. H., *Interoperability revisited: how far does the duty to negotiate access and interconnection extend*, *Computer and Telecommunications law Review*, 2006, 12(1), 14.

Gomes, José Luis Caramelo, *Lições de Direito da Concorrência*, Almedina, 2010.

Gonçalves, Pedro, *Regulação das Comunicações Eletrónicas em Portugal*, em *Regulação, Electricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008.

Gutierrez, Alfonso, *Spain: Abuse of dominant position – telephone information*, *European Competition Law Review*, 2006, 27(3), N39-40.

Heit, Julia, *The justifiability of the ECJ's wide approach to the concept of "barriers to entry"*, *European Competition Law Review*, 2006, 27(3) 117.

Herrera-González, Fernando e Luis Castejón-Mártn, *The endless need for regulation in telecommunication: An explanation*, *Telecommunications Policy* (2009), 33, 664, 675.

Jones, Alison, Alison Jones e Sufrin, Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 2012, 4.ª Edição.

Kazia, Naqeeb Ahmed, *Telecommunication interconnection regulatory techniques*, *Computer and Telecommunications Law Review*, (2013) 19 (4) 23.

Kerf, Michel; Neto, Isabel e Gérardin, Damien, *Antitrust vs. Setor-specific Regulation in Telecom: What Works Best?*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=886292>, consultado a 10 de maio de 2014.

Ligdard, Hans Henrik, *Refusal to Supply or to Licence*, , disponível em: http://www.kkv.se/upload/Filer/Forskare-studenter/projekt/2008/proj100_2008_1.pdf consultado a 24 de abril de 2014.

Machado, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Edições Almedina, 16.^a reimpressão, 2007.

Madden, Gary, Bohlin, Erik, Ahmad, Hasnat e Tan, Thien, *OECD unbundled local loop pricing*, *Telecommunications Policy*, (2013) 37, 1033.

Marques, Maria Manuel Leitão e Almeida, Jorge, *Entre propriedade e o acesso: a questão das infraestruturas essenciais*, *Concorrência: Estudos*, Coordenação de António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques, Coimbra, 2007, Almedina.

Minico, Giovanna, *New European regulation on universal service and next generation networks or just a lifting of the old one?*, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2011, 17(5), 135.

Monti, G., Edição de Tridimas e Nebbia, *New Directions in EC Competition Law*”, em *European Union Law for the Twenty-First Century*, Hart Publishing, 2004.

Mota, Massimo, *Competition Policy – Theory and Practice*, University Press, Cambridge, 2009.

Muller, Ulf, e Rodenhause, Anselm, *The rise and fall of the essential facility doctrine*, *European Competition Law Review*, 2008, 29(5), 310.

Nikolinakos, Nikos Th, Polykalos, Spyros e Kouvelou, Dina Th, *Bitstream access policy in the EU electronic communications setor - application of ex ante regulation and competition law*, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2004, 23(2).

Nikolinakos , Nikos Th., *Promoting Competition in the local access network: local loop unbundling*, *European Competition Law Review*, 2001, 22(7), 266.

Nikolinakos, Nikos, *The new legal framework for digital gateways - the complementary nature of competition law and setor-specific regulation*, *European Competition Law Review*, 2001, 21(9), 408.

Oznanich, Gary W.; Hsu, Chiung-Wen e Park, Han Woo, *3-G wireless auctions as an economic barrier to entry: the western European Experience*, (2004) 21 *Telematics and Informatics* 174.

Pais, Sofia Oliveira, *Entre Inovação e Concorrência, Em Defesa de um Modelo Europeu*, Lisboa, Outubro 2011, Universidade Católica Editora.

Parekh, Purvi, *The spectrum challenge*, *Computer and Telecommunications Law Review*, (2006) 12(2), 2006.

Pego, José Mariano, *A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência*, Coimbra, 2001, Almedina.

Psarakis, George, *Setor-specific regulation and competition law in the electronic communications setor against the backdrop of the internal market*, *European Competition law Review*, 2007, 28(8), 456.

Renda, Andrea, *Competition-regulation interface in telecommunications: What's left of the essential facility doctrine*, *Telecommunications Policy*, 34 (2010), 23.

Robinson, G. O. e Weisman, D. L., *Designing competition Policy for telecommunications*, *Review of Network Economics*, 7(4), 509.

Saveedra, Claudia e Gaudin, Germain, *Ex ante margin squeeze tests in the telecommunications industry: What is a reasonably efficient operator?*, *Telecommunications Policy*, (2014), 38, 157.

Silhán, Joseph, *The concept of relevant market: some critical remarks*, *European Competition Law Review*, 2012, 33(12), 589.

Streel, Alexandre de, *The new concept of "significant market power" in electronic communications: the hybridisation of the setorial regulation by competition law*, *Computer and Telecommunications Law Review* 2003, 24(10), 535.

Streel, Alexandre de, *Current and future European regulation for Electronic Communications: A critical assessment*, *Telecommunications Policy* (2008), 32, 722.

A aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial no setor das telecomunicações

Stothers, Christopher, *Refusal to supply as abuse of dominant position: essential facilities in the European Union*, *European Competition Law Review*, 2001, 22(7), 256.

Tatiana Tropina, Jason Whalley e Peter Curwen, *Functional Separation within the European Union*, *Telematics and Informatics*, 27(3), 2010.

Valletti, Tommaso M., *Spectrum Trading*, *Telecommunications Policy*, (2001), 25, 655.

White, Stewart, *Is there a role for an “essential facilities” doctrine in Europe?*, *European Computer and Telecommunications Law Review*, 1995, 1(4), 110.

Jurisprudência e Comunicações da Comissão:

Caso *AKZO*, *AKZO/Comissão*, processo C-62/86, de 3 de julho de 1991

Caso *British Airways*, *British Airways Plc. contra Comissão das Comunidades Europeias*, processo T-219/99, de 12 de dezembro de 2003.

Caso *Commercial Solvents v. Comissão*, Processo C-7/73, de 6 de março de 1974.

Caso *Deutsche Telekom AG v Commission of the European Communities* (T-271/03).

Caso *6/72 Europemballage Corp. and Continental Can Co. Inc. v. European Commission* [1973].

Caso *Hoffman-La Roche*, *Hoffman-La Roche & Co./Comissão*, de 13 de fevereiro de 1989, Processo 85/76.

Caso *Michelin I*, *Nv Nederlandse - barden Industrie Michelin c. Comissão*, processo 322/81, de 9 e novembro de 1983.

Caso *Oscar Bronner/Media-print*, Processo C-7/97 de 26 de novembro de 1998.

Caso *Telefonica v Conduit Europe SA*, n.º 73/2006, disponível em:

A aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial no setor das telecomunicações

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/court_2006_11_es.pdf, consultado a 12 de maio de 2014.

Caso C-192/08, *TeliaSonera Finland oyj vs iMEZ Ab*.

Caso *United Brands*, *United Brands Company* e *United Brands Continental/Comissão*, processo 27/76, de 14 de fevereiro de 1978,

Caso *United States vs. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1921).

Decisão da Comissão EC/94/19, *Sea Containers/Stena Sealink*, OJ 1994 L15/8.

Decisão da Comissão, de 4 de julho de 2007, Caso COMP/38.784 – *Wanadoo España vs. Telefonica*.

Comunicação da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, (97/C372/03), J.O. C372, de nove de dezembro de 1997.

Comunicação da Comissão, Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos abusivos por parte de empresas em posição dominante, (2009/C45/02) JO. C45 de 5 de dezembro de 2008, Bruxelas 2008.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Comité Europeu Económico e Social e ao Comité das regiões sobre uma Agenda Digital para a Europa (19 de maio de 2010).

Nota explicativa da versão draft da Recomendação relativa aos mercados relevantes, disponível em: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/draft-revised-recommendation-relevant-markets> - consultado a 12 de maio de 2014.

Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (2002/C 165/03).

Recomendação da Comissão, de 17 de Dezembro de 2007, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas susceptíveis de regulamentação ex ante, (2007/879/CE) (Recomendação de 2007).

A aplicabilidade da teoria da infraestrutura essencial no setor das telecomunicações

Recomendação da Comissão relativa ao acesso regulado às Redes de Nova Geração, OJ L251/35--48 (Recomendação NGA).

Versão draft da Recomendação relativa aos Mercados Relevantes, disponível em: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/draft-revised-recommendation-relevant-markets> - consultado a 12 de maio de 2014.

Relatórios:

Ecorys, *Future electronic communications markets subject to ex-ante regulation*, 18 de setembro de 2013, disponível em: <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/future-electronic-communications-markets-subject-ex-ante-regulation> - consultado em 8 de abril de 2014.

FCC Staff Technical Paper, “Mobile Broadband: the benefits of Additional Spectrum” (Outubro, 2010), disponível em: <http://download.broadband.gov.plan/fcc-staff-technical-paper-mobile-broadband-benefits-of-additional-spectrum.pdf>, consultado a 2 de abril de 2014.

ICT, ‘Regulation Tool Kit’, seção 5.1, disponível em <http://www.ictregulationtoolkit.org/en/Section.2658.html> consultado a 15 de abril de 2014.

LYA, “A Discussion of Spectrum licence conditions and Impact on new entrants”, p. 6 (2006), disponível em ‘[http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf/\\$FILE/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf/$FILE/DGTP-002-07-quebecor-Study.pdf)’ – consultado em 19 de abril de 2014.

Ofcom, “International Communications Market Report”, (dezembro de 2010), disponível em

‘http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/cmr/753567/icmr/ICMR_2010.pdf’ – consultado a 19 de abril de 2014.

OFCOM, ‘Statement on a proposal to make 900 MHz, 1800 MHz and 2100 MHz public licence networks tradable’ (Junho de 2011).

<<http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/trading-900-1800-2100/statement/900-1800-2100-statement.pdf>> consultado a 16 de maio de 2014.