

PERSPETIVAS DE MUDANÇA NA REGULAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES

João Confraria*

ABSTRACT: This paper surveys the main trends of Portuguese regulation since the beginning of liberalization of telecommunications and postal markets and discusses current options concerning the future scope and institutional design of regulatory activity. It is argued that in electronic communications markets major issues will be to define the scope of ex ante regulation to promote competition in an oligopolistic framework, given the development of potentially symmetric oligopolies, as well as to design a global regulatory framework in digital markets, including the relationships between electronic communications network operators and over the top operators. Net neutrality may also be considered in this framework. It is also argued that asymmetric and symmetric regulation of access to ducts should be maintained and adapted to market changes, given its impact on investment costs. Ex ante regulation to solve market failures as asymmetric information, negative externalities and coordination problems will be maintained, as it happens in spectrum management, or reinforced, as in cybersecurity. Recent changes in postal markets regulatory framework are presented and potential changes are discussed. Universal service in electronic communications and postal markets need to be adjusted. It is argued that current concepts are increasingly apart from social needs and future reform should be considered. A different problem will be to select the authorities in charge of implementing the regulatory framework. It is suggested that the role of Anacom will be adapted and different cases for the development of relationships with other regulatory authorities are discussed.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Comunicações eletrónicas: da regulação do monopólio ao problema dos oligopólios. 2.1. Fim do monopólio da telefonia fixa. 2.2. Promoção da concorrência. 2.3. E agora? 3. Os mercados postais. 3.1. Fim do monopólio das correspondências. 3.2. Controlo limitado do poder de mercado. 4. O serviço universal. 5. Regulação de poder de mercado e regulação de mercado. 6. Quem regula? 7. Conclusão.

* Universidade Católica Portuguesa. Autoridade Nacional de Comunicações.

Agradeço comentários a uma versão preliminar deste trabalho do Prof. Hélder Vasconcelos, do Dr. Carlos Costa, da Dra. Carla Sequeira, do Dr. João Peixoto e do Eng.º Luís Manica. As opiniões apresentadas, assim como eventuais erros ou omissões, são da exclusiva responsabilidade do autor.

1. INTRODUÇÃO

Desde o início do processo de liberalização das comunicações na União Europeia, há mais de três décadas, a atividade reguladora sempre se adaptou às profundas transformações entretanto verificadas nos mercados. Neste trabalho essa adaptação é sistematizada em fases, definidas de acordo com o momento da liberalização e com o peso na atividade reguladora dos objetivos de controlo de poder de mercado e de promoção da concorrência. Discutem-se cenários de desenvolvimento do atual quadro legal de regulação e das autoridades reguladoras que o implementam.

Nos mercados de comunicações eletrónicas, discutidos na secção 2, são consideradas três fases. Na primeira, iniciada nos anos 1980 e terminada com a liberalização plena da telefonia fixa, em 2000, os objetivos fundamentais foram regular o monopólio tradicional e iniciar o processo de liberalização, com o licenciamento de operadores móveis, de dados e de televisão por cabo. Deu-se a transferência para a administração pública de funções reguladoras, típicas do Estado e então exercidas por uma empresa pública, então designada Correios e Telecomunicações de Portugal (CTT), como a gestão do espetro radioelétrico. Para o efeito foi criado em finais dos anos 1980 um instituto público com funções de assessoria ao governo e com algumas competências reguladoras, que aumentaram na década seguinte, no sentido de promover na regulação maior independência das empresas públicas e do Governo, o Instituto das Comunicações de Portugal (ICP).

A segunda fase abrange a primeira década e meia do século XXI. Com mercados liberalizados, sem restrições legais à entrada, a não ser as que derivavam de direitos de uso de frequência radioelétricas, esteve centrada na regulação de operadores com poder de mercado significativo, ou posição dominante. O seu marco mais importante é constituído pelas Diretivas publicadas em 2002 e transpostas entre nós em 2004, pela Lei das Comunicações Eletrónicas. Foi reforçada a regulação independente do Governo, em 2001, quando o ICP foi transformado em autoridade reguladora independente, ICP-Anacom. Esta fase pode considerar-se concluída. O início do seu fim talvez se possa situar na decisão tomada em finais de 2007 pela Portugal Telecom (PT) de se separar do seu negócio de televisão por cabo, o que deu origem a uma nova empresa, a Zon, fora do grupo PT, reduzindo as posições de dominância que detinha e criando novas estruturas nos mercados de comunicações eletrónicas. Para o mesmo efeito contribuíram outras operações de concentração e de investimento. As mais importantes são a concentração da Zon e da Optimus, os inves-

timentos feitos em redes de banda larga fixas e móveis e em redes de próxima geração, a entrada em larga escala da Vodafone na banda larga fixa e o acordo livremente firmado entre a PT e a Vodafone para a partilha de acesso a fibra ótica. Em consequência, na maior parte dos mercados prevalecem atualmente oligopólios onde a dominância não é evidente, embora posições dominantes persistam em circunstâncias específicas, que justificam a manutenção da tradicional regulação assimétrica. No entanto, é claro que as posições dominantes individuais se encontram muito reduzidas e o seu controlo deixou de ter na regulação o peso que tinha desde o ano 2000.

Um problema que atualmente se discute, para os próximos anos, é o das vantagens e dos inconvenientes da regulação de oligopólios onde, apesar de não haver posições dominantes individuais, se considere que não se verificam condições de concorrência efetiva, ou que existem limites à concorrência. Além disto, discutem-se novos temas, talvez mais importantes para a regulação das comunicações eletrónicas e que são independentes dos conceitos tradicionais de dominância, como a cibersegurança e a neutralidade de rede, assim como medidas práticas e efetivas de proteção dos utilizadores. Do ponto de vista da autoridade reguladora há várias perspetivas de evolução. É nesta fase que atualmente nos encontramos. O quadro legal é ainda basicamente o da fase anterior mas tende a ser reconhecida a sua falta de ajustamento à realidade atual. Já se verificaram algumas mudanças, como a redução dos mercados relevantes na Recomendação dos Mercados Relevantes de 2013 e há outras que se avizinham, ao nível da neutralidade da rede, na sequência do acordo 30 de junho de 2015 entre o Parlamento Europeu e o Conselho para a sua regulamentação. Um prazo mais longo é necessário para uma revisão global do quadro regulamentar, já iniciada com a Comunicação da Comissão de 2015 sobre uma Estratégia do Mercado Único Digital (MUD) para a Europa.

O setor postal, analisado na secção 3, partiu de uma posição aparentemente semelhante à das telecomunicações. Nos anos 1980 era também um setor monopolizado, com os serviços prestados pela empresa pública CTT, que também aqui tinha funções de assessoria ao Governo e de representação internacional do Estado. Tal como nas telecomunicações, no início da reforma do setor postal estas funções foram transferidas para o ICP. Mas a trajetória de liberalização foi muito diferente. A nível europeu o processo de liberalização veio a ser consagrado só com a Diretiva Postal de 1997 – e foi entendido de uma forma progressiva, mantida pela Diretiva de 2002. Em 2008, com a revisão da Diretiva Postal, foi estabelecido o calendário para a liberalização plena. Entre

nós, esta Diretiva foi transposta pela Lei Postal de 2012, que corresponde ao fim da primeira fase de regulação do setor.

Na atual fase de liberalização plena nos mercados postais, iniciada em 2012, também há uma diferença muito grande em relação ao que sucedeu em fase análoga da liberalização da telefonia fixa. Os poderes de intervenção da autoridade reguladora no sentido de promover a concorrência e de controlar o exercício de poder de mercado ou de dominância são menores. Aplicam-se a um conjunto de serviços mais reduzido e as condições de acesso à rede postal do antigo monopolista estão definidas pela Diretiva e pela Lei Postal em termos mais genéricos. No entanto, em Portugal como noutros países, os antigos monopolistas postais permanecem com quotas de mercado muito elevadas nos seus negócios tradicionais de correspondências. Mais elevadas certamente do que aquelas detidas pelos antigos monopolistas de telefonia fixa, alguns anos depois da liberalização plena. Na avaliação deste facto devem ter-se em conta também as transformações em curso nos mercados postais. O negócio tradicional de correspondências começou cair em volume a partir de 2003-2004, tendência de queda que se mantém, embora com alguns sinais de poder vir a estabilizar. Daqui resultam algumas condições de adaptação diferentes das dos antigos monopolistas de telefonia fixa no momento da liberalização que se podem sintetizar como um mercado menos atraente, pelo menos para candidatos à entrada, e um quadro legal menos exigente – para o antigo monopolista.

Numa área diferente, o serviço universal de comunicações eletrónicas e o serviço postal universal foram um objetivo fundamental da regulação a longo do período aqui considerado. O tema é analisado na secção 4, em que se argumenta que os conceitos atuais de serviço universal estão desajustados e carecem de revisão, mais urgente nas comunicações eletrónicas. É certo que as Diretivas entendem o serviço universal como algo dinâmico, que se deve adaptar às realidades de mercado de cada momento, mas concretizar estes processos de adaptação por via legislativa tem demorado.

Caracterizada a evolução regulativa a partir dos problemas de liberalização, de controlo de posições dominantes, promoção da concorrência e serviço universal, importa ter presente que a regulação de comunicações inclui muitos outros aspetos. Ou dito de outro modo, procura responder a outras falhas de mercado. Historicamente as atividades de regulação associadas à gestão e utilização do espetro radioelétrico sempre constituíram um aspeto fundamental da intervenção reguladora do Estado nas comunicações eletrónicas e absorveram a maior parte dos recursos utilizados. Nada existe atualmente que

faça supor uma alteração deste estado de coisas e a gestão do espectro radioelétrico continuará no núcleo da regulação das comunicações. No entanto, como acima se notou, áreas novas têm surgido, nos últimos anos, e vão certamente contribuir para moldar o desenvolvimento futuro do setor, nomeadamente num quadro de proteção dos utilizadores finais de comunicações eletrónicas. Destas, as mais importantes serão as de cibersegurança, incluindo problemas de proteção de dados e de privacidade, e de neutralidade de rede. Estas novas áreas são discutidas na secção 5.

Discutir regulação não é só definir o que há para regular. É também dizer quem vai regular. O ICP, depois ICP-Anacom e atualmente Anacom, tem sido a autoridade reguladora dos mercados de comunicações, sem prejuízo da intervenção pontual que têm tido outras entidades consoante as respetivas competências legais, e em boa parte dos casos em articulação com a Anacom. Num contexto de mudança no conteúdo da regulação, é analisado na secção 6 o papel futuro da Anacom. Em conclusão, na secção 7, sintetizam-se perspetivas da regulação e do papel da autoridade reguladora.

2. COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS: DA REGULAÇÃO DO MONOPÓLIO AO PROBLEMA DOS OLIGOPÓLIOS

2.1. Fim do monopólio da telefonia fixa

De finais dos anos 1980 à liberalização plena, em 2001, os principais problemas de regulação foram o controlo de poder de mercado na telefonia fixa e a liberalização progressiva através do licenciamento de redes e serviços móveis e de dados, os serviços de redes privativa de voz e as redes e serviços de televisão por cabo.

Importava resolver um problema prévio. Os CTT, que eram operador postal em todo o país e de telecomunicações fora de Lisboa e do Porto¹, desempenhavam funções de assessoria ao governo e de representação internacional do Estado, além de terem competências alargadas na gestão do espectro radioelétrico. Manter esta posição dos CTT não era compatível com o licenciamento de novas redes e serviços, em que certamente os próprios CTT estariam interessados. Foi então criado um instituto público, o ICP, em 1989, herdando as atribuições dos CTT relacionadas com o exercício da autoridade do Estado. Um efeito desta decisão foi abrir o caminho para que em matérias

1 Em que operava uma outra empresa pública, Telefones de Lisboa e Porto (TLP).

como fixação de preços máximos deixasse de haver uma decisão do Governo apoiada somente na posição de uma empresa diretamente interessada como prestadora de serviços. Em 1992 foi estabelecido um modelo de regulação de preços de serviços telefónicos por convénio entre o ICP, a Direção Geral de Concorrência e Preços e as empresas operadoras, com ratificação da decisão final pelo Governo.² O convénio dizia respeito aos principais serviços, como os de telefonia fixa e de circuitos alugados, além de outros como o telex, o telégrafo e o serviço móvel marítimo. Não era um modelo de regulação, em sentido próprio, pois a existência do convénio significava que as medidas em causa tinham que ter o acordo dos regulados. Mas podia ser entendido como uma mudança relativamente a uma situação anterior em que, embora o poder de estabelecimento de preços estivesse atribuído ao Governo, este dependia de assessoria que lhe era prestada por uma empresa interessada, pois no âmbito da administração direta do Estado não havia nenhum organismo que pudesse realizar essa função de assessoria. Ao mesmo tempo, permaneceu um poder direto de intervenção do governo nos serviços, como os de interligação com as redes móveis, não cobertos pelo convénio.

Os poderes do ICP foram reforçados com o contrato de concessão de 1995 e, sobretudo com a transposição das diretivas de Oferta de Rede Aberta (ORA). Em matéria de preços e de qualidade de serviço nos serviços de retalho, nos circuitos alugados e na interligação a transposição das Diretivas ORA, em finais dos anos 1990 assegurou ao ICP competências próprias de decisão. Embora existisse um poder de tutela do Governo, como seria de esperar em relação a um instituto público, a atribuição de competências próprias de decisão ao ICP foi um passo fundamental para a regulação independente no setor, considerando as duas dimensões da independência que então se discutiam: a independência em relação aos operadores e a independência em relação ao Governo. A primeira era então mais urgente e, evidentemente, não estava assegurada pelo regime de convénio.

2.2. Promoção da concorrência

A eliminação de barreiras legais à entrada nas comunicações fixas de voz não significava que passasse a existir imediatamente concorrência efetiva entre vários operadores de redes alternativas. Havia problemas a resolver.

² A PT resultou da fusão, em 1994, dos TLP e da operação de telecomunicações dos CTT e depois, em 1995, da CPRM – Companhia Portuguesa Radio Marconi.

Em primeiro lugar, e em Portugal, considerou-se que importava definir condições equilibradas de acesso de todos os operadores fixos às habitações e às redes telefónicas internas dos edifícios. Naturalmente, até então a PT tinha o monopólio destes acessos. O problema foi resolvido com um novo quadro legal para as instalações de telecomunicações em edifícios, em 2001, e mais tarde alargado às urbanizações, que reforçou o poder do ICP-Anacom e que serviu também de base à elaboração de novos regulamentos técnicos para adaptar as redes internas dos edifícios às novas tecnologias.

A nível europeu e numa perspetiva mais global sobre o mercado, entendeu-se que o anterior monopolista de cada país tinha em muitos mercados uma posição dominante suficientemente forte para limitar ou impedir a concorrência, a menos que fosse imposta regulação adicional adequada. Essa regulação adicional impunha basicamente o direito de acesso dos candidatos à entrada à rede e a elementos da rede do antigo monopolista. Concretizou-se sobretudo através das Diretivas de 2002. Assim, a promoção da concorrência tinha dois pilares: as redes alternativas à do antigo monopolista e a prestação de serviços de telecomunicações concorrentes com os do antigo monopolista com base no acesso à sua própria rede.³

A ideia de que o acesso à rede era importante para a promoção da concorrência já vinha da década anterior. Os operadores móveis e de dados tinham iniciado a prestação de serviços alugando circuitos ao monopolista da rede fixa, mesmo depois de terem sido autorizados a deter infraestruturas próprias. Além disto, o regime de acesso indireto, através do qual cada utilizador final podia escolher o operador que lhe prestaria o serviço de transmissão de chamadas a longa distância, correspondia a um direito de acesso dos operadores alternativos aos utilizadores finais, utilizando as redes locais do antigo monopolista. No quadro legal português, previa-se ainda no contrato de concessão de 1995 o acesso, mediante acordo, dos novos operadores, em particular dos operadores de redes de distribuição de televisão por cabo, às condutas e postes geridos pelo monopolista. No entanto, estando previsto um regime de negociação, inicialmente os seus termos estavam naturalmente desequilibrados a favor da

3 Com base nos direitos de acesso à rede poderia haver empresas a prestar serviços de telecomunicações aos consumidores e utilizadores sem deterem infraestruturas próprias. No entanto, estas duas modalidades de concorrência podem ser entendidas como complementares. Desde logo, porque muitas empresas entraram no mercado com algumas infraestruturas próprias, que complementavam a utilização de infraestruturas do antigo monopolista para aceder ao utilizador final. Numa versão mais elaborada, a complementaridade aceita-se com a “hipótese” da escada de investimento.

empresa monopolista – os outros operadores é que precisavam das condutas e, sem acesso, teriam de as construir, o que representava um investimento substancial e desnecessário, pois regra geral havia capacidade excedentária nas condutas existentes.

Com as Diretivas de 2002, transpostas pela Lei das Comunicações Eletrónicas de 2004, estes princípios, algo incipientes, foram reforçados e enquadrados num modelo de regulação coerente. Por um lado, afirmou-se o primado da regulação grossista sobre a retalhista, tendo em vista criar condições adequadas de concorrência com base no acesso às redes, quando necessário, permitindo que os preços aos consumidores finais fossem desregulados e resultassem da concorrência entre os vários operadores. Além disto, o princípio geral foi o de regulação de operadores com posição dominante nos mercados relevantes, basicamente definidos em Recomendações da Comissão Europeia. Quer os mercados quer as medidas de regulação podiam ser definidos a nível nacional ou a nível local, procurando-se limitar a regulação somente aos mercados geográficos e de produto em que se não verificassem condições de concorrência efetiva.

Com este quadro legal foram mantidas obrigações de acesso com preços orientados para os custos e regulação da qualidade de serviço no acesso indireto, no acesso à rede de circuitos alugados e na desagregação do lacete local e foram impostas obrigações análogas no acesso grossista em banda larga.

No que diz respeito às terminações de chamadas, considerou-se que cada empresa era monopolista nas suas próprias terminações e assim sujeitas a várias obrigações específicas, designadamente a regulação de preços de terminação. Integraram-se assim num modelo de regulação coerente todas as terminações. No quadro legal anterior as terminações no antigo monopolista estavam sujeitas à imposição de obrigações de orientação dos preços para os custos, mas o mesmo não sucedia com os operadores móveis. Esta assimetria tinha sido imposta para promover a atividade dos operadores móveis, quando esta se iniciava, mas não se justificava numa altura em que o volume de tráfego móvel era superior ao volume de tráfego fixo.

Além disto, a nível interno, uma revisão em 2003 do contrato de concessão de 1995, estabeleceu um quadro legal que permitiu uma regulação de acesso à rede de condutas bem mais exigente para o antigo monopolista, em matéria de preços e de qualidade de serviço. Este quadro de regulação assimétrica de condutas, isto é, de imposição ao antigo monopolista de dar acesso às suas condutas, sem que aquele tivesse direito de acesso às condutas de terceiros, foi

complementado, em 2009, por um quadro legal de acesso simétrico a condutas, postes e outras infraestruturas aptas para o alojamento de redes de comunicações eletrónicas. O peso dado à regulação do acesso a condutas foi em Portugal bem maior do que na generalidade dos países e contribuiu muito para descer os custos de investimento em redes de próxima geração.

2.3. E agora?

O progresso tecnológico criou diferentes convergências, a partir da primeira, nos primórdios da liberalização, entre as tecnologias da informação e as das comunicações. As redes de próxima geração, de fibra ótica e de televisão por cabo, levaram à integração no mesmo acesso físico de ofertas de serviços de voz, Internet e centenas de canais de televisão. Por esta via desenvolveu-se uma oferta comercial de cabazes de serviços, combinando voz e internet, ou voz, internet e televisão, com base em redes fixas e móveis, que têm estado na origem do crescimento das vendas de serviços de comunicações eletrónicas, substituindo o serviço fixo telefónico de voz fixa, que acabou por ser um dos componentes do pacote de serviços, porventura o de valor mais reduzido.

Dos dois pilares da liberalização, o acesso à rede do antigo monopolista e as redes alternativas, são atualmente as redes alternativas que prevalecem como a fonte mais importante de concorrência, ainda que dependam do acesso a elementos de rede do antigo monopolista, como as condutas, em geral, e, em casos particulares, os circuitos alugados, o lacete local e os acessos de banda larga.

Para isto terá contribuído também a expressão relativamente fraca da oferta de televisão digital terrestre entre nós, pois fez com que o acesso a uma gama diversificada de conteúdos televisivos, além dos canais tradicionais de radio-difusão, só se pudesse concretizar através de acessos de televisão por cabo, de fibra ótica ou, no início do processo pelo menos, de acessos ADSL. No entanto, é também claro que a oferta de cabazes destes serviços tem sido aproveitada pelos operadores para atrair diferentes grupos de consumidores e alargar a penetração dos serviços. E é neste sentido que se entende a progressiva integração de serviços móveis de voz e de acesso à Internet nos cabazes oferecidos aos consumidores. Para os operadores de redes de cabo e de fibra ótica, a oferta de serviços móveis valoriza as suas ofertas tradicionais com base nas redes fixas. Em resposta, os operadores móveis não podiam deixar de oferecer serviços com base em redes de fibra ótica ou de televisão por cabo para poderem manter os seus clientes e os valores dos seus negócios.

Assim, criaram-se as condições para movimentos de concentração e de investimento que levaram à criação de oligopólios com empresas de dimensão relativamente semelhante e para a redução de estruturas de mercado com posições dominantes individuais. No mercado português estes movimentos tiveram um impacto significativo. São de salientar, na última década, a formação da Zon na sequência da decisão da PT de se separar completamente do seu negócio de televisão por cabo, a fusão entre a Zon e a Optimus, a entrada da Vodafone nas redes fixas de banda larga e o acordo de partilha de rede livremente firmado entre a PT e a Vodafone.

Esta evolução para oligopólios com empresas de dimensão semelhante e para a redução de estruturas de mercado em que se reconhecem posições dominantes não é exclusivamente portuguesa. A sua dimensão europeia é dada pela Recomendação de Mercados Relevantes de 2013, que reduziu o número de “mercados relevantes” de sete para quatro. Além dos casos tradicionais das terminações fixas e móveis em que se considera que cada operador tem poder de monopólio sobre o conjunto das terminações que controla, só se mantém os mercados relevantes de acesso a infraestruturas de banda larga, ativas ou passivas. E ainda assim, é possível, e muitas vezes desejável, uma definição geográfica de mercados de base local ou regional, ou, no quadro de uma definição nacional de mercados, a imposição de remédios numa base geográfica local ou regional. Ou seja, além destes casos específicos, a Comissão Europeia acaba por considerar que na generalidade dos mercados não se verificam posições de dominância – e, em princípio, haverá condições de concorrência efetiva.⁴

Assim, a regulação com origem na falha de mercado “monopólio” ou “posição dominante” abrange um número cada vez menor de mercados. Significa isto a criação de condições para que a regulação setorial do poder de mercado tenda a desaparecer? A resposta a esta pergunta não é ainda evidente.

Pode argumentar-se que em alguns mercados de oligopólio não existem condições estruturais para uma concorrência efetiva e pode haver necessidade de regulação por, pelo menos, dois motivos. O primeiro corresponde aos casos de dominância conjunta e já está coberto pelo atual quadro regulamentar. Mas a prova de dominância conjunta tem sido um problema difícil de ultrapassar para reguladores nacionais. O segundo corresponde a uma abordagem inova-

4 Não se sabe se houve aumento ou diminuição de posições dominantes conjuntas. Nem se sabe bem até que ponto são importantes. As autoridades reguladoras nacionais não têm sido bem sucedidas a demonstrar a existência de dominância conjunta.

dora em termos de regulação *ex ante*. Seria considerar que há oligopólios onde permanecem obstáculos à concorrência efetiva, ainda que se não verifiquem relações de dominância. O problema aqui será identificar adequadamente os obstáculos que podem existir à concorrência efetiva e demonstrar que a remoção desses obstáculos exige regulação setorial *ex ante*, não podendo ser conseguida através da aplicação da legislação de defesa da concorrência. Neste sentido, o Berec considerou recentemente, num relatório preliminar de 2015 sobre a análise de oligopólios e a regulação, que as modificações introduzidas em 2004 nos testes para avaliação de concentrações, no sentido de identificar situações que podem criar obstáculos significativos à concorrência efetiva, constituíam um precedente útil. Se este tipo de testes da existência de obstáculos significativos à concorrência efetiva vier a ser adotado para a identificação de falhas de mercado que justifiquem regulação *ex ante* reforça-se a relação entre os critérios de análise da regulação setorial *ex ante* e os critérios presentes na aplicação da legislação de defesa da concorrência, neste caso do Regulamento de Concentrações. Situação análoga se verificou até agora com a definição de mercados relevantes e a identificação de posições dominantes ou de poder de mercado significativo.

Em sentido contrário pode admitir-se que na ausência de dominância não há falha de mercado que justifique regulação setorial e que a hipótese do Berec é fonte de substanciais riscos e custos regulativos.

Em qualquer caso tudo indica que a intervenção reguladora *ex ante* para promover a concorrência e controlar o poder de mercado terá na regulação setorial futura das comunicações eletrónicas europeias um peso muito inferior ao que tem tido desde o início do processo de liberalização.

Em Portugal teremos também esta tendência, talvez até mais acentuada do que noutros países, mas com uma diferença importante. Como se referiu, através de um quadro regulativo específico, desenvolveu-se a regulação do acesso a condutas e a postes, seja numa base de regulação assimétrica, baseada na existência de dominância, seja numa base de regulação simétrica, através da qual as mesmas obrigações são impostas a todos os que oferecem espaço em condutas para a construção de redes de comunicações eletrónicas. Esta regulação permite grandes reduções de custos na construção de novas redes. Em nossa opinião, deverá ser mantida e adaptada, para que na construção de redes se garanta a todos o acesso a todas as infraestruturas aptas para o efeito, evitando-se a duplicação de investimentos. Isto deve acontecer para qualquer um dos cenários de regulação acima considerados. Trata-se de uma opção

nacional de regulação abrangente pois envolve a regulação assimétrica do acesso a condutas e postes da PT e a regulação simétrica do acesso a condutas, postes e outras infraestruturas aptas ao alojamento de comunicações eletrônicas de outros operadores de telecomunicações, dos municípios e de outras empresas, como as concessionárias de estradas e autoestradas, que detêm redes de condutas muito extensas.

Com as ofertas de conteúdos e aplicações em redes de próxima geração, pode haver novas fontes de dominância. Quando um consumidor contrata o acesso a uma rede de comunicações eletrônicas obtém imediatamente acesso a um grande número de aplicações, de conteúdos e de serviços disponíveis na Internet disponibilizados por um grande número de empresas, algumas delas designadas como *over the top* (OTT), que vão desde empresas como a Google, Facebook ou Amazon, com valores de mercado superiores aos das maiores empresas de comunicações eletrônicas, a outras de dimensão muito reduzida. As relações negociais ao longo da cadeia de valor dão-se assim entre entidades muito desiguais. Neste contexto, podemos perguntar-nos se os operadores de comunicações eletrônicas têm possibilidades de ter uma relação comercial adequada ao investimento em redes de próxima geração ou se, pelo contrário, são vítimas do poder de mercado de alguns dos grandes motores de busca, das principais redes sociais, de grandes empresas de *software*, de empresas populares de comércio eletrónico ou de grandes fornecedores de conteúdos. Aliás, algumas destas entidades fornecem serviços sobre as redes que concorrem com os serviços produzidos pelas empresas de comunicações eletrônicas.⁵ Nestes casos, importa analisar a eventual existência de falhas de mercado, ou pelo menos, garantir que a regulação setorial não desequilibra as relações negociais ao longo da cadeia de valor. Por exemplo, nas análises de mercados de serviços de comunicações eletrônicas deveriam ser incluídos os serviços produzidos por alguns operadores OTT.

Em sentido contrário, pode argumentar-se que sem regulação os operadores de redes de comunicações eletrônicas têm a capacidade de controlar o acesso dos seus clientes à informação, em limite permitindo a cada um acesso de acordo com o seu próprio lucro no fornecimento dessa informação. É natural que na ausência de regulação uma empresa procure condicionar o acesso dos

5 No mesmo sentido, também se fala da queda da capacidade comercial das empresas de comunicações eletrônicas relativamente aos fabricantes de equipamentos terminais. O valor da marca de alguns destes fabricantes pode ser suficientemente forte para conseguirem reter a maior parte ou a totalidade dos excedentes de mercado nas vendas dos equipamentos.

seus clientes à Internet consoante o lucro que esse acesso origina. Por exemplo, pode o acesso ser gratuito, ou ser pago através de uma assinatura mensal de valor relativamente reduzido, sempre que o assinante queira aceder a conteúdos que são propriedade da própria empresa, ou de empresas com ela relacionadas e com quem tenha contratos mais vantajosos. Para acesso a outros tipo de conteúdos, que não sejam sua propriedade ou que sejam objeto de contratos menos vantajosos para si, pode o operador da rede de acesso pretende cobrar mais, reduzindo na prática a quantidade procurada desse tipo de conteúdos. Ou seja, em limite poderá um operador de redes condicionar completamente o acesso a conteúdos na Internet, em função do lucro que tenha com cada um deles. É neste contexto que se coloca um dos grandes temas de regulação na atualidade, o problema da neutralidade de rede. Diz-se que regulação que proíba políticas desse tipo, proibindo a discriminação de preços ou de qualidade de serviço no acesso a vários tipos de conteúdos, obrigando os operadores de rede a tratar do mesmo modo todos os tipos de tráfego, é uma regulação que implementa princípios de neutralidade de rede.

Há políticas de discriminação de qualidade de serviço que são razoáveis e até necessárias, quando definidas em função da natureza do tráfego ou quando há congestionamento de tráfego. Por exemplo, quando a capacidade disponível não permite dar igual prioridade a todos os tipos de tráfego, é razoável que se dê maior prioridade à transmissão de um jogo de futebol em direto do que à transmissão de uma base de dados. Um ligeiro atraso na transmissão dos dados não prejudicará, em princípio, o consumidor, mas o mesmo não sucede com atrasos na transmissão do jogo. Assim, no domínio da neutralidade de rede estão em discussão pelo menos duas questões fundamentais: permitir a discriminação de preços ou de qualidade de serviço em função das oportunidades de lucro, ou, não a permitindo, definir os casos e os modos em que, na presença de congestionamento, um operador de redes pode dar prioridade a alguns tipos de tráfego – prioridade não em função do lucro mas sim da natureza do tráfego, entendida na perspetiva do utilizador final.

O poder de um operador de rede fazer discriminação de preços ou de qualidade de serviço, em detrimento do utilizador final, não é o único poder de discriminação que existe na utilização de redes de comunicações eletrónicas. Existe também o poder de um fornecedor de serviços OTT discriminar o acesso a conteúdos em função do lucro. Por exemplo, um motor de busca pode dar prioridades diferentes a conteúdos diferentes em função dos pagamentos que recebeu dos respetivos fornecedores. Isto é, o acesso a conteúdos

na internet acaba por estar condicionado por políticas comerciais, mesmo num contexto estrito de neutralidade de rede tal como é normalmente considerada.

Um tema em discussão é saber se estas relações desequilibradas na cadeia de valor podem justificar a necessidade de intervenção reguladora *ex ante*. Os conceitos de dominância e os critérios de análise utilizados na regulação da concorrência permanecem como critérios úteis para essa avaliação.

De forma mais geral, importa ainda ter presente que muitos mercados em que operadores de redes de comunicações eletrónicas estão envolvidos na prestação de serviços ao utilizador final têm a natureza de mercados multilaterais – sobre os quais parece haver consenso de que são muitas as falhas de mercado possíveis, mas menores serão as ideias sobre os modos de as corrigir.

3. OS MERCADOS POSTAIS

Na área dos serviços postais podemos distinguir duas fases do ponto de vista da regulação do poder de monopólio e da promoção da liberalização. Os anos de 2012 e 2013 podem ser entendidos como momentos de viragem numa trajetória de evolução que se iniciou em finais dos anos 1980.

3.1. Fim do monopólio das correspondências

Na primeira fase de regulação dos mercados postais permaneceu uma área reservada no negócio principal de correspondências, que, apesar de ser progressivamente reduzida, só foi eliminada em 2012. O motivo para a persistência desta área reservada era assegurar o financiamento do serviço universal. Para os serviços objeto do serviço universal poderia ser imposta uma regulação de preços orientados para os custos.

Durante este período foi reforçada a capacidade de intervenção do ICP. Em 1999 foi publicada a Lei de Bases dos serviços postais e em 2000 celebrado um contrato de concessão entre o Estado e os CTT. Foi estabelecido o papel do ICP como entidade reguladora, definindo-se os seus poderes regulamentares, de fiscalização e sancionatórios, além dos que já lhe eram atribuídos desde a origem, de assessoria ao Governo e de representação do Estado em organismos intergovernamentais.

No entanto este reforço de poderes foi menor e mais lento do que tinha sido nas telecomunicações. Ainda se previa em 1999 uma regulação de preços com base em convénios celebrados entre o ICP, enquanto entidade reguladora segundo a Lei de Bases dos Serviços Postais e enquanto representante do concedente segundo o contrato de concessão, a concessionária e a Direção

Geral do Comércio e Concorrência. Para a qualidade de serviço previa-se um convénio entre a empresa e o ICP. Este regime de convénio não era uma novidade. Desde 1992 os preços dos serviços postais, tal como os de telecomunicações, eram estabelecidos por convenção celebrada entre os operadores, o ICP e a Direção Geral de Concorrência e Preços. No entanto estava prevista com uma intervenção adicional do Governo, através da ratificação da convenção pelos ministros com a tutela das comunicações e da concorrência. Essa intervenção direta do Governo desapareceu, o que vem em linha com um reforço institucional do ICP, sem prejuízo dos poderes de tutela que se mantinham.

3.2. Controlo limitado do poder de mercado

Os critérios de preço e de peso que delimitavam desde 1999 a área reservada foram progressivamente revistos até à liberalização (quase) total que se deu com a Lei Postal de 2012 e com o contrato de concessão de 2013. Deixou de haver limites de preços ou de peso para a prestação dos serviços de correspondência em regime de concorrência e assim acabaram os exclusivos na generalidade das correspondências, consagrando-se a liberdade de acesso à atividade postal. Manteve-se uma área reservada muito reduzida, que inclui o correio registado utilizado em procedimentos judiciais ou administrativos, assim como o serviço de vales postais, a emissão e venda de selos com a menção “Portugal” e a colocação na via pública de marcos e caixas de correio.

A liberalização plena levou a uma mudança profunda no quadro legal. O regime de convénio acabou com a Lei Postal de 2012, que reforçou os poderes do ICP-Anacom, introduzindo nos serviços postais um quadro regulativo propriamente dito, que não exigia o acordo da empresa regulada. No entanto, em sentido contrário, foi significativamente reduzido o âmbito dos serviços aos quais a Anacom pode impor uma regulação de preços orientada para os custos. Num cenário de liberalização plena era necessário ponderar a necessidade de continuar a haver regulação de preços. Havia dois problemas. O primeiro era a necessidade de controlar ou não o poder de mercado da concessionária num mercado liberalizado. Era um problema importante, designadamente pela persistência de quotas de mercado da concessionária muito elevadas (superiores a 90%) em serviços como os prestados às empresas que poderiam ser considerados atraentes para a concorrência. O segundo era em parte o contrário do primeiro. Como prestadora do serviço universal a concessionária prestava alguns serviços com preços retalhistas abaixo do custo médio total, para promover a acessibilidade ao público desses serviços. Aqui

importaria ver se era razoável permitir à concessionária subidas de preços em alguns serviços, que poderiam ser muito elevadas, para eliminar o prejuízo nesses serviços. Da opção final seguida, consagrada em 2013, com o contrato de concessão e uma revisão da Lei Postal de 2012, talvez se possa dizer que nela terá tido mais peso a segunda preocupação do que a primeira. Tal como em alguns países europeus, foram reduzidos os poderes de imposição de preços orientados para os custos, sobretudo nos serviços às empresas, a remetentes de envios em quantidade ou a intermediários responsáveis pelo agrupamento de envios de vários utilizadores, que correspondem a uma parcela muito significativa do tráfego postal. Mantiveram-se esses poderes num conjunto de serviços relativamente reduzido, em que avultavam casos como os do correio normal (que apesar do nome tem um pequeno peso no serviço postal, dizendo respeito sobretudo às correspondências entre indivíduos e a uma parte das correspondências com origem nas empresas, fora do quadro contratual dos envios em quantidade) e os dos jornais e publicações periódicas. Finalmente, foi definido um quadro geral de acesso às redes postais, com efeitos a fazer-se sentir, porventura, a longo prazo.

Esta opção de reduzir os poderes do regulador deve ser ponderada também no quadro da queda do negócio tradicional de correspondências, em volume, que se observa desde 2003-2004. À primeira vista os operadores postais vivem situações parecidas com as já enfrentadas pelos operadores de redes fixas de telecomunicações, que viram cair o seu negócio tradicional de voz e o substituíram por negócios em crescimento, como os pacotes de serviços de banda larga, de que a voz fixa faz parte, embora represente uma parcela pequena do valor criado. Nos mercados postais os negócios em crescimento têm sido sobretudo os de encomendas e do correio expresso. Mas há diferenças. Desde logo porque na área do correio expresso grandes operadores internacionais sempre tiveram uma quota de mercado importante. Além disto, o correio expresso não integra como oferta particular o correio tradicional. É entendido como um serviço de valor acrescentado e pode dizer-se que se dirige a necessidades distintas daquelas satisfeitas pelos serviços tradicionais de correspondências e de encomendas. Daqui resultam algumas condições de adaptação diferentes das dos antigos monopolistas telefónicos. O mercado postal será menos atracente do que era a telefonia fixa no momento da liberalização, o que talvez contribua para que haja menos entradas e se mantenha muito elevada a quota de mercado do antigo monopolista. Ao mesmo tempo há um quadro regula-

mentar menos exigente, designadamente em termos de controlo de poder de mercado através da imposição de preços orientados para os custos e de regras de acesso à rede do antigo monopolista.

Finalmente, de modo autónomo relativamente a opções sobre regulação de preços, clarificou-se um problema que tinha a ver com o encerramento e com os horários dos estabelecimentos postais. Em 1999 tinha sido definido um regime restritivo para a concessionária: a criação e o encerramento de estabelecimentos postais, assim como alterações do seu horário de funcionamento dependiam de acordo do ICP-Anacom. O regime foi atenuado em 2003, reduzindo-se às estações, e, em 2006, o encerramento e as alterações de horário dos estabelecimentos postais deixaram de estar dependentes do acordo do ICP. Para salvaguardar os interesses dos utilizadores mantinha-se uma obrigação geral do Estado de providenciar para que a densidade dos pontos de acesso correspondesse às necessidades existentes. Em 2013, no contrato de concessão clarificou-se esta matéria atribuindo-se aos CTT a responsabilidade de definir objetivos de densidade de rede postal e de ofertas mínimas de serviços e ao ICP-Anacom o poder de se opor, de modo fundamentado, e de impor a obrigação da sua revisão.

O futuro da regulação postal deverá depender da evolução do tráfego, da manutenção, ou erosão, de posições de dominância e, eventualmente, de falhas de mercado que se encontrem nos mercados postais em crescimento e que justifiquem intervenção regulativa. Há alguns indícios sobre este tipo de preocupações na Comunicação da Comissão sobre o mercado Único Digital (MUD), designadamente em relação a uma presumível falta de transparência de preços no correio expresso transfronteiriço que poderá ser suscetível de prejudicar o desenvolvimento do comércio eletrónico. No mesmo sentido se pode referir um inquérito promovido pela Comissão em maio de 2015 sobre a conduta comercial das empresas envolvidas no comércio eletrónico e na entrega de encomendas transfronteiriças.

4. O SERVIÇO UNIVERSAL

O serviço universal corresponde a um objetivo de equidade ou de cidadania, procurando-se garantir que todas as pessoas tenham acesso a determinadas redes ou a determinados serviços. Pode ser fonte de ineficiências, por exemplo, se esse acesso for garantido a preços inferiores ao seu custo marginal e, neste sentido, pode afastar-se do objetivo tradicional da regulação que é promover a eficiência no mercado.

O serviço universal é muito recente, numa perspetiva histórica. A sua consagração legal como direito dos utilizadores data de 1995 no caso das comunicações eletrónicas e de 1999 no caso dos correios. Atualmente o conjunto dos serviços a que se pretende garantir o acesso encontra-se definido na Lei das Comunicações Eletrónicas de 2004, revista em 2009, e na Lei Postal de 2012, refletindo as exigências estabelecidas nas Diretivas da União Europeia. Basicamente trata-se de serviços tradicionais. E isto pode ser um problema, pois num quadro de mudanças tecnológicas aceleradas, serviços tradicionais deixam rapidamente de ser utilizados pelos utilizadores finais que preferem serviços mais modernos. Assim, corre-se o risco de se estar a garantir a todos os utilizadores finais o acesso a serviços que a maioria não usa regularmente, ou usa cada vez menos – ou não quer!

No caso das comunicações eletrónicas o risco é evidente. Atualmente procura-se, em primeiro lugar, garantir o acesso a uma rede de comunicações eletrónicas, para serviços de voz e com um débito mínimo garantido de acesso à Internet, que é o do serviço telefónico tradicional (56 kbs). Esta opção foi tomada talvez com o objetivo de reduzir os custos de prestação do serviço universal e, como a seleção do prestador se fez por concurso público, também para aumentar o número de potenciais concorrentes, pois com uma exigência de débitos mais elevados seria mais reduzido o número de empresas capazes de prestar o serviço pretendido. No entanto, esta garantia de acesso a uma rede, dada pelo Estado através do serviço universal, não será de grande interesse para a generalidade dos utilizadores, que procuram débitos de acesso à internet muito mais elevados.

O serviço universal de comunicações eletrónicas inclui ainda o acesso a um serviço de listas telefónicas e de informação do assinante e o acesso a uma rede de postos públicos em todo o território. A importância dos postos públicos tem vindo a diminuir. Com a generalização dos acessos aos serviços móveis os consumidores necessitam menos de postos públicos. E estes garantem simplesmente o acesso a um serviço de telefonia vocal, e não a serviços mais populares como o acesso à Internet, ou serviços de mensagens, o que sugere também algum desfasamento entre a disponibilidade de serviços garantida pelo Estado e as necessidades dos consumidores. Analogamente, a garantia de disponibilidade de listas telefónicas gratuitas e o acesso a um serviço informativo parece ser cada vez menos interessante para os consumidores, tendo em conta que os números disponíveis nas listas telefónicas são uma pequena parte (menor do que 20%) dos números de telefone ativos, o que sugere que os próprios

assinantes não estão interessados em que o seu número conste das listas. Por outro lado, o aumento das comunicações através do correio eletrónico ou de aplicações na Internet reduz também, em termos relativos, a importância das listas telefónicas para a generalidade dos utilizadores.

Em síntese, o acesso à internet em condições adequadas de preços e qualidade parece ser hoje mais importante para a maior parte dos consumidores e das empresas do que as prestações tradicionais do serviço universal. Deve dizer-se que se tem procurado garantir a disponibilidade de acesso à internet através de algumas medidas fora do quadro tradicional do serviço universal. Entre nós, por exemplo, através da promoção de redes de próxima geração em zonas rurais, ou da introdução de obrigações específicas de cobertura de redes móveis como contrapartida pela atribuição de direitos de uso de frequências radioelétricas.

Mas, de forma geral, importa repensar o serviço universal e as suas prestações, ajustando-os à evolução do mercado e dos padrões de consumo de comunicações eletrónicas. A questão essencial será talvez a de definir o débito mínimo no acesso à internet que, sendo o caso, se procure garantir a todos. O débito mínimo deve ser definido de modo flexível, em função das tecnologias e das necessidades dos utilizadores. Por exemplo, se se pretende que os contribuintes paguem os impostos através da internet, então o débito mínimo de acesso à internet a garantir através de um novo conceito de serviço universal deveria ser o débito mínimo que permitisse a um contribuinte cumprir as suas obrigações fiscais através da internet em condições adequadas.

Dúvidas sobre a adequação do atual serviço universal às necessidades da sociedade também existem no caso dos serviços postais. Neste caso, procura-se atualmente garantir a todos o acesso a um serviço de envio de correspondências até 2 kg de peso, de encomendas postais até 10 kg de peso e de catálogos, livros, jornais e outras publicações até 2 kg de peso, de envios registados e de envios com valores declarados, assim como um serviço de entrega de encomendas com origem noutros países da União Europeia até 20 kg. Assim entendido, o serviço universal deve incluir uma entrega e recolha diária de correspondência e de todos os demais serviços que integram o serviço universal. Tradicionalmente foi prestado com base num preço uniforme em todo o território nacional, independentemente da origem e da distância entre a origem e o destino dos objetos postais. Finalmente, os indicadores de densidade da rede postal devem ser estabelecidos para assegurar o serviço universal num quadro de sustentabilidade económica.

Ora, como já se referiu, verifica-se desde os anos de 2003-2004 uma transformação no nível e na estrutura do tráfego postal que é determinada pelo desenvolvimento das comunicações eletrónicas e do comércio eletrónico. Por um lado, observa-se uma queda contínua do número de correspondências postais, eventualmente agudizada pela crise económica. Essa queda diz respeito à correspondência postal originada nas famílias ou nas empresas, substituída por comunicações eletrónicas, como o correio eletrónico, serviços de mensagens de voz e imagem e as comunicações com base em aplicações disponíveis na internet. Em sentido contrário, tem-se verificado um crescimento acentuado do tráfego de encomendas, incluindo o do correio expresso, impulsionado pelo desenvolvimento do comércio eletrónico.

Esta transformação estrutural do tráfego postal cria pressões sobre o serviço universal na sua forma atual. Por dois motivos. Em primeiro lugar, a queda do volume de tráfego das correspondências, que têm constituído a grande parte do tráfego postal, suscita dúvidas sobre a necessidade de garantir a todos, com um prejuízo económico, um serviço que é menos utilizado do que no passado, isto é, de que a sociedade, no seu conjunto, precisa menos. Isto, tendo sempre presente que, para muitos, o serviço de correspondências continua a ser um serviço essencial. É o que sucede designadamente com populações infoexcluídas, que utilizam pouco a internet, ou com empresas com clientes que, por razões várias incluindo legais e de cibersegurança, preferem a correspondência tradicional ao correio eletrónico.

Em segundo lugar, o desenvolvimento do comércio eletrónico e o crescimento do serviço de encomendas pode ser fonte de novas necessidades em termos de acesso à rede postal, diferentes das tradicionais. É mais importante ter a possibilidade de recolher encomendas em locais e horas convenientes para os consumidores – que, muitas vezes, não são as horas tradicionais de atendimento dos estabelecimentos postais que integram as ofertas mínimas normalmente integradas no serviço universal.

Por estes motivos, pode haver dúvidas sobre a adequação do serviço postal universal às condições atuais nos mercados postais e que sugerem a necessidade de uma reformulação no futuro. Essa reformulação pode até passar pela designação de diferentes prestadores para diferentes partes do serviço universal. Por exemplo, se se pretender garantir a continuidade de um serviço de recolha e envio de correspondências em todo o território e, por outro lado, garantir a existência de pontos de entrega de encomendas em locais e horários acessíveis ao público, pode ser útil fazer concursos diferentes dirigidos, na prática,

a empresas diferentes. Uma empresa postal tradicional seria um candidato natural para prestar um serviço universal de recolha e envio de objetos postais. Mas para garantir um hipotético serviço de pontos de entrega em todo o território em locais e com horários adequados à generalidade das pessoas, pode haver mais empresas interessadas, como supermercados, centros comerciais ou estações de serviço – empresas tradicionalmente afastadas do negócio postal.

5. REGULAÇÃO DE PODER DE MERCADO E REGULAÇÃO DE MERCADO

Nas secções anteriores abordou-se sobretudo o papel da atividade reguladora a corrigir falhas de mercado como o monopólio natural e alguns oligopólios naturais e na garantia de um objetivo que é sobretudo político, o serviço universal.

No entanto, importa ter presente o que muitas vezes é esquecido, ou ignorado: a regulação dos mercados de comunicações eletrónicas sempre envolveu outras áreas, ou de forma mais precisa, sempre procurou identificar e corrigir outras falhas de mercado além das que estão na origem de falta de concorrência.

Nesta perspetiva, o aspeto mais importante e permanente da intervenção do Estado no setor tem sido a gestão de um bem de domínio público, as frequências radioelétricas, afetando-as aos diferentes serviços e atribuindo e garantindo direitos de uso aos prestadores de serviços. O Estado exerce aqui uma função de coordenação de atividades que o mercado dificilmente asseguraria, ao mesmo tempo que garante e fiscaliza o exercício dos direitos atribuídos, um pouco à semelhança da garantia que através das funções de polícia dá aos direitos de propriedade privada. No fundo, fornece um bem público.

Em relação com a gestão do espetro radioelétrico, o Estado tem desempenhado um papel adicional na promoção da normalização de equipamentos, na definição de regras adequadas ao funcionamento dos terminais telefónicos, assim como na garantia da compatibilidade eletromagnética de equipamentos eletrónicos. Aqui o papel da regulação é sobretudo corrigir problemas de assimetria de informação entre os consumidores e os fabricantes e comerciantes de equipamento. Um papel semelhante, de correção de assimetrias de informação, é desempenhado pelo Estado com a definição de regulamentos de instalações de telecomunicações em edifícios residenciais, através dos quais se procura garantir, aos consumidores que compram casas, que estas têm redes internas aptas para a instalação de equipamentos terminais (e.g. telefones, computadores, televisões) e para a sua ligação às redes públicas.

É de prever que estas funções se mantenham no núcleo da regulação nos mercados de comunicações eletrónicas. Porventura, com alguma estabilidade

de objetivos e instrumentos, ainda que com as adaptações necessárias para responder ao progresso tecnológico, à criação do Mercado Único Europeu e a um maior interesse dos estados nacionais em obter receitas adicionais com a atribuição de direitos de uso de frequências radioelétricas.

No entanto, é atualmente evidente a necessidade de desenvolver a atividade reguladora do Estado em outras áreas. A cibersegurança será talvez a mais importante dessas áreas, incluindo questões de privacidade e proteção de dados pessoais e empresariais.

A cibersegurança pode começar por ser entendida como um problema de disponibilidade de um bem público, a segurança pública no ciberespaço. Ou seja, à disponibilidade de garantias relativas aos direitos de propriedade sobre os bens e serviços transacionados através do comércio eletrônico equivalentes às que se verificam no comércio tradicional. Do mesmo modo que podemos circular nas cidades e comprar ou vender bens e serviços, com a ideia de que está razoavelmente garantida pelo Estado a segurança de pessoas e bens, através do bem “segurança pública”, também deveremos poder comprar e vender através da Internet com uma razoável segurança de que não somos roubados. Para o efeito o Estado tem um papel a promover uma “cibersegurança pública”. Por analogia com o bem público “segurança nacional”, pode ainda dizer-se que o Estado tem um papel na prevenção e organização da defesa contra ataques externos que comprometam a “cibersegurança nacional”.

Numa perspetiva mais associada tradicionalmente à regulação económica, os problemas de cibersegurança podem também ser entendidos como fonte de duas falhas de mercado adicionais. Em primeiro lugar, como externalidades negativas. Por exemplo, se uma entidade numa rede de comércio eletrônico descuida a sua segurança, isso prejudica todas as outras. Em segundo lugar, como problemas de assimetria de informação. Quando um consumidor subcreve um serviço de acesso à Internet, ou compra bens e serviços através da internet, tem menos informação sobre as condições de segurança associadas ao acesso ou às transações eletrónicas específicas em que está envolvido, do que o prestador do serviço de acesso à Internet ou do que as empresas que lhe prestam os serviços de comércio eletrónico.

É claro que problemas deste tipo existem desde os anos 1990, quando a internet se começou a generalizar. No entanto hoje são considerados como muito mais importantes do que eram. Ao fim de duas décadas e meia de transformação acelerada dos setores de tecnologias de informação e de comunicações, é claro que sob a designação de comércio eletrónico se encontram formas

de realizar transações que pessoas e empresas utilizam cada vez mais e que são fonte de importantes ganhos de eficiência nas nossas economias. As falhas de mercado existentes prejudicam o desenvolvimento do comércio eletrónico e a eficiência da economia. Assim, não surpreende que esta seja uma das áreas fundamentais de regulação previstas na Comunicação da Comissão sobre o MUD. Falhas na privacidade e na proteção de dados pessoais e empresariais, quebras na segurança de informação têm consequências económicas (e sociais) potencialmente devastadoras.

Como já se disse a propósito da regulação do poder de mercado, as comunicações integram-se atualmente numa cadeia de valor bastante complexa, que tem tido vários nomes ao longo do tempo. Agora é popular a expressão “mercados digitais”. Os mercados de comunicações são um subconjunto dos mercados digitais. Mercados postais podem ser incluídos, por via do comércio eletrónico e da necessidade de haver serviços eficientes de encomendas e de correio expresso, incluindo serviços nacionais e transfronteiriços.

O problema global é promover a eficiência no conjunto dos mercados digitais. Isto envolve temas como os direitos de propriedade intelectual ou a tributação do comércio transfronteiriço, normalmente não associados às comunicações eletrónicas. Ou outros, mais próximos das comunicações eletrónicas, como a eventual proibição de práticas como o *geo blocking*⁶ ou a *promoção da interoperabilidade em áreas como a telemedicina, transportes, ambiente ou energia*. Ou seja, a regulação dos mercados de comunicações tem de passar a ser vista como parte de um quadro de regulação bastante que abrange todos os mercados digitais.

6. QUEM REGULA?

Discutidas as atividades a regular, há que identificar quem vai ter o trabalho de o fazer, isto é, as autoridades reguladoras relevantes. Nas comunicações, como sucede na generalidade dos mercados, o exercício do poder regulador do Estado não tem que residir todo na mesma entidade. Diferentes países têm tido diferentes opções. Por exemplo, a autoridade que assegura a gestão do espetro pode ser diferente da autoridade que assegura o controlo do poder de mercado. Entre nós optou-se pela concentração da maior parte dos poderes de regulação do Estado nos mercados de comunicações na Anacom, sem prejuízo da intervenção pontual que, consoante as respetivas competências legais, e em

⁶ Práticas comerciais de empresas que vendem serviços *online* através da qual negam o acesso a *websites* localizados noutros Estados Membros.

boa parte dos casos em articulação com a Anacom, têm tido outras entidades como a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a Autoridade da Concorrência, a Direção Geral do Consumidor, a Fundação para a Ciência e a Tecnologia ou a Comissão Nacional de Proteção de Dados.

Nos cenários de mudança que se discutiram é de prever a manutenção de alguns poderes de regulação, a criação ou o reforço de outros e ainda, a sua redução ou eliminação em circunstâncias justificadas. O primeiro caso diz respeito a todas as atividades relacionadas com a gestão do espectro radioelétrico. Foi uma área fundamental, talvez a mais importante, na génese do ICP e é de prever que continue a ser uma área nuclear da Anacom. No domínio da gestão do espectro muitas decisões são tomadas a nível internacional, seja pela necessidade de coordenação entre países com fronteiras comuns, seja pelas necessidades próprias dos transportes internacionais ou, de forma mais geral, pelas vantagens que para a indústria de equipamentos e para os utilizadores resultam da harmonização em grandes regiões do uso de faixas de frequências. É possível que a nível europeu se procure densificar a coordenação que atualmente já existe, tendo em vista aprofundar a coordenação de procedimentos nos próprios métodos e calendário de atribuição de frequências a determinados serviços. Esperam-se daqui ganhos de eficiência principalmente na indústria produtora de equipamentos. Se assim for, será de esperar das autoridades reguladoras nacionais da União um maior esforço de coordenação, entre elas e, eventualmente, com os órgãos próprios da União, designadamente a Comissão.

O segundo caso discutido nas secções anteriores tem a ver com novas áreas de regulação como a cibersegurança, onde à Anacom já foram atribuídas algumas competências próprias. Talvez pela própria natureza da cibersegurança, que se relaciona com a segurança pública e com a segurança nacional, parece claro que as necessidades de intervenção do Estado não serão preenchidas somente pela Anacom e, em muitos aspetos, a atividade da Anacom será subsidiária da de outras entidades, designadamente na área da Defesa Nacional. Significa isto a integração da Anacom num sistema mais alargado de regulação e de política de segurança, eventualmente, numa rede de entidades públicas, nacionais e europeias, com poderes em matéria de segurança no ciberespaço.

As medidas previstas na Comunicação sobre o MUD, destinadas a fomentar o comércio eletrónico e a competitividade de serviços digitais prestados em áreas como a medicina, os transportes, a energia ou o meio ambiente, significam

regulação adicional e vão certamente envolver diferentes entidades públicas, mas está por ver qual o papel que nessa regulação adicional pode vir a ser atribuído às autoridades reguladoras de comunicações.

A densificação do conceito de neutralidade de rede é um assunto relativamente recente a nível europeu e pode também vir a estar na origem de poderes adicionais de intervenção dos reguladores nacionais. Aqui tem interesse verificar se essa densificação se faz em torno de conceitos de defesa da concorrência ou se, pelo contrário, se baseia sobretudo em princípios políticos que se pretendam salvaguardar. Neste último caso, os poderes do regulador poderão eventualmente ser definidos numa ótica estrita de regulação setorial, com critérios próprios, independentes da regulação horizontal da concorrência, o que não sucederia, evidentemente, no primeiro caso referido. O acordo de 30 de Junho de 2015 entre o Parlamento e o Conselho parece ir neste sentido.⁷

A relação da regulação setorial com a regulação da concorrência é também evidente quando se discutem as possíveis falhas de concorrência efetiva nas cadeias de valor em que se integram os operadores de comunicações eletrónicas, os fornecedores de aplicações e os de conteúdos, independentemente do poder de mercado dos operadores de redes de comunicações eletrónicas. Na análise de falhas de mercado e na aplicação das medidas regulativas que se justifiquem é de prever que, pelo próprio âmbito geográfico de atuação das empresas, pois é a uma escala potencialmente global que aplicações e conteúdos são disponibilizados, a Comissão Europeia possa vir a ganhar uma capacidade acrescida de intervenção, tendo em vista garantir o mercado único de serviços, evitando diferentes abordagens de diferentes autoridades nacionais. O problema é saber se a legislação de defesa da concorrência é considerada suficiente para resolver quaisquer problemas de falta de concorrência efetiva ou se, pelo contrário, se justifica regulação setorial. Pelos motivos apontados esta terá possivelmente uma dimensão europeia, ficando por ver a contribuição para o assunto dos reguladores setoriais nacionais.

O desenvolvimento das redes de banda larga, e dos serviços e aplicações oferecidos, levou também a uma transformação do mercado de conteúdos e, em particular, dos mercados de comunicação social. Os conteúdos fazem cada vez mais parte cadeia de valor em que se integram as comunicações eletrónicas.

⁷ No entanto, pode ser difícil deixar de equacionar os problemas de neutralidade da rede fora do quadro de uma análise concorrencial. São problemas que dizem respeito ao poder de mercado e às possibilidades de discriminação que existem ao longo de uma determinada sequência vertical de produção – e, neste sentido, são integráveis em problemas tradicionais de regulação da concorrência.

Por outro lado, as redes IP e a internet são uma fonte de rutura na comunicação social tradicional. A imprensa e a radiodifusão sonora e televisiva mudaram com a disponibilidade permanente *online* de informação e filmes, com a diversidade de experiências de consumo de conteúdos ou ainda com as mudanças nos processos de obter informação originadas pelas redes sociais e que questionam os conceitos tradicionais de jornalismo. Estas transformações podem ser utilizadas para defender algum tipo de aproximação entre a regulação das comunicações e a regulação da comunicação social. Essa aproximação já é uma realidade desde há muito dada a necessidade de coordenar decisões regulativas no licenciamento de operadores de radiodifusão sonora e televisiva.

Em síntese, na perspetiva do desenvolvimento futuro de uma autoridade reguladora das comunicações podemos identificar as seguintes tendências:

- i.** Redução da necessidade de intervenção reguladora nas comunicações eletrónicas, em boa medida como resultado do sucesso da liberalização. A atual Recomendação dos Mercados Relevantes, que reduz de 7 para 4 o número de mercados relevantes (sendo dois os das terminações fixas e móveis), é um bom exemplo desta tendência. No mesmo sentido, mas de modo diferente, no setor postal reduziu-se o conjunto dos serviços sujeito a obrigações de orientações para os custos.
- ii.** Maior interligação entre os princípios e critérios de controlo de poder de mercado e de promoção da concorrência utilizados na regulação setorial e os utilizados na regulação da concorrência.
- iii.** Aprofundamento da coordenação de decisões entre as autoridades reguladoras nacionais e a Comissão Europeia, podendo haver um aumento da capacidade de intervenção da Comissão, em áreas como a gestão do espetro radioelétrico ou a cibersegurança.
- iv.** Aumento de situações em que problemas de regulação da comunicação social podem envolver uma avaliação da dominância e das opções tecnológicas nos mercados de comunicações eletrónicas.
- v.** Densificação das relações entre as entidades com poder regulador nos mercados digitais.
- vi.** Manutenção das funções de regulação associadas à gestão do espetro radioelétrico no núcleo da atividade reguladora, assim como as associadas ao serviço universal.
- vii.** Reforço das atribuições em matéria de neutralidade de rede e de cibersegurança.

- viii.** Manutenção e reforço da regulação de acesso a condutas, postes e outras infraestruturas incluindo a gestão de um sistema de informação centralizado que permita o acesso rápido à informação sobre as condutas disponíveis, qualquer que seja a entidade que as gere.

Dadas as quatro primeiras tendências, podemos perguntar-nos se o resultado final não conduz à utilidade ou necessidade de uma fusão de reguladores. O problema é complexo e cada uma das “fusões” que em abstrato poderiam ser consideradas exigiria uma análise casuística, tendo presente a realidade institucional portuguesa. No entanto, de um modo simplificado, podemos tentar sistematizar algumas das principais linhas de avaliação que podem ser tidas em conta.

Uma eventual “fusão” entre a Autoridade de Concorrência (AdC) e a Anacom é muitas vezes referida partindo dos dois primeiros pontos acima referidos. Argumenta-se a seu favor que contribuiria para uma maior coerência na aplicação dos princípios básicos de defesa da concorrência e, além disso, evitaria duplicação de custos.

O primeiro argumento é razoável. Na atividade da Anacom relacionada com a promoção da concorrência os conceitos e métodos de análise são baseados nos conceitos e métodos de análise da regulação da concorrência, com as devidas adaptações. Por exemplo, quando se trata da definição de mercados relevantes e da identificação de posições de dominância. No entanto, estas vantagens devem ser ponderadas com o que se perde com uma eventual “fusão” e que é a especialização em comunicações eletrónicas e coordenação e troca de informação imediata que atualmente se dá entre as unidades orgânicas que lidam com o poder de mercado e a promoção de concorrência e as unidades orgânicas de base tecnológica. O segundo argumento, de poupança de custos, não parece ter grande fundamento. Está-se a falar só de uma parte da atividade da Anacom, a que se relaciona com o controlo do poder de mercado e com a promoção da concorrência. Ficariam fora da “fusão” áreas de atividade como a gestão do espetro, a cibersegurança ou as redes internas dos edifícios. O mesmo sucederia com outras áreas como o serviço universal e a defesa do consumidor, por exemplo, reclamações e resolução alternativa de litígios, onde não está em causa a aplicação de critérios baseados na regulação da concorrência. Ou seja, permaneciam fora da “fusão” a maior parte das atividades que a Anacom atualmente realiza. A “fusão” seria sobretudo uma transferência de recursos de algumas unidades orgânicas da Anacom para a AdC, não sendo as

poupanças evidentes. Em particular não haveria poupança de custos comuns, de estrutura, pois continuaria a ser necessário haver duas organizações.⁸

No entanto, sempre se poderia perguntar se faria sentido manter a Anacom, tal qual existe atualmente, designadamente como autoridade reguladora independente. Ora, não é evidente que uma eventual transferência para a AdC de algumas das funções de regulação que a Anacom realiza pusesse necessariamente em causa os motivos que levaram à sua integração no conjunto das autoridades reguladoras cobertas pela Lei-quadro de 2013. No entanto, e independentemente de análise mais aprofundada, seria sempre fundamental ter presente a origem da Anacom, enquanto instituto público, o ICP, criado em 1989. O ICP integrou desde logo boa parte dos funcionários que nos CTT trabalhavam nas áreas relacionadas com a gestão do espetro radioelétrico, como era natural, pois eram eles que tinham os conhecimentos especializados necessários para o efeito. Este facto está na origem da opção de criação de um instituto público dotado de autonomia financeira e administrativa face à alternativa de criar uma direção geral integrada na administração direta do Estado. Esta última hipótese seria incompatível com a retenção dos funcionários dos CTT, dado que nos CTT as diferenças nos níveis salariais e as perspetivas de carreira eram melhores do que na administração direta do Estado. Também se terá considerado que estando a gestão do espetro tradicionalmente integrada num modelo de gestão baseado numa autonomia significativa em relação ao governo, seria difícil passar a integrá-la na administração direta do Estado.⁹

8 Num cenário mais complexo, como o que foi falado entre nós, há 2 anos, de “fusão” de várias entidades reguladoras com a AdC, havia que duplicar este tipo de exercício, para exercícios semelhantes de avaliação dos custos e benefícios de transferir para a AdC as áreas de regulação de preços de autoridades como a ERSE, a ANAC, a ERSAR ou a AMT.

9 Não existia na administração direta do Estado nenhum órgão com funções de assessoria ao Governo desde finais do século XIX, quando a Direção Geral dos Correios e Telégrafos foi transformada numa Administração Geral, para estar dotada de maior flexibilidade de gestão, necessária para o desempenho das suas funções. Durante a maior parte do século XX, até 1967, a Administração Geral dos Correios e Telégrafos, depois Administração Geral dos Correios Telégrafos e Telefones, acumulou as funções de operador, com as de gestão e fiscalização do espetro radioelétrico e com as de assessoria ao Governo e de representação internacional do Estado. As funções de assessoria ao Governo incluíam as funções reguladoras, pois propunha ao Governo não só as taxas a cobrar pelos seus serviços como as taxas a cobrar pelos serviços prestados pelos dois outros principais monopolistas, a Companhia Anglo Portuguesa de Telefones, concessionária em Lisboa e no Porto, e a Companhia Portuguesa Radio Marconi, concessionária de comunicações telegráficas e de cabos submarinos intercontinentais. Em 1967 a Administração Geral foi transformada numa empresa pública, CTT, que continuou a desempenhar basicamente as mesmas funções. Na transformação em empresa pública um dos fatores considerados foi a necessidade de garantir a competitividade salarial com as outras empresas do setor. Ou seja, no setor de comunicações tem-se optado por organizações mais flexíveis do que as integradas na administração direta do Estado para o exercício de funções de Estado como a gestão do espetro radioelétrico ou a assessoria ao Governo.

A segunda via de transformação institucional seria a de formação de um regulador europeu, na sequência do terceiro grupo de argumentos acima apresentado. O problema deve ser ponderado a partir dos custos envolvidos e dos benefícios previstos. Quanto a estes últimos é de admitir que haja casos em que uma regulação europeia seja necessária para que se obtenham os ganhos de eficiência de mercado tão grandes quanto possível. Por exemplo, no caso da itinerância internacional de chamadas é muito provável que só uma regulação europeia tome as medidas teoricamente mais eficientes, dado que do ponto de vista das autoridades nacionais pode fazer sentido promover preços elevados, pois, se os mercados nacionais forem concorrenciais, os lucros assim obtidos podem ser utilizados para reduzir os preços do tráfego nacional, numa espécie de efeito *waterbed* virtuoso.¹⁰ Assim, demonstrada que fosse a necessidade de regulação europeia para determinadas funções, faria sentido admitir uma estrutura, a que se pode chamar “regulador europeu”, a quem fossem atribuídas essas funções. Ponderando os custos, importaria que essa estrutura fosse, ela também, tão eficiente quanto possível. Neste contexto, tendo em conta a existência de pessoal especializado nas autoridades nacionais, seria sempre de equacionar a realização do trabalho por quadros das autoridades nacionais destacados para o efeito ou pelas próprias autoridades nacionais mediante solicitação do “regulador europeu”. Ou seja, seria de prever um modelo de mobilidade de funcionários entre as autoridades nacionais e o regulador europeu e de delegação de competências do regulador europeu nas autoridades nacionais, para a realização de funções específicas a nível europeu ou nacional. Seria de explorar o potencial deste tipo de regras de funcionamento para reduzir custos e para interessar os reguladores nacionais, e os seus colaboradores, na exploração das vantagens que em alguns casos poderia vir a ter uma regulação a nível europeu.

Finalmente, e na sequência do quarto grupo de argumentos, temos o caso de uma eventual “fusão” entre a Anacom e a ERC, como consequência da proximidade que existe entre os mercados de conteúdos, comunicação social em particular, e os das comunicações eletrónicas. Essa proximidade verifica-se na radiodifusão, devido à utilização de frequências radioelétricas, e na internet, pelas ruturas que pode gerar na imprensa escrita e nos mercados de conteúdos televisivos e radiofónicos. De novo havia que ponderar o efeito desta medida

10 Com isto não se está a dizer que a atual regulação da itinerância internacional de chamadas, definida a nível europeu, garanta a eficiência na utilização de recursos. É até possível que não o faça, tanto mais que é muito influenciada por conflitos distributivos entre os países do Norte, que são fonte da maior parte dos turistas e preferem preços baixos e os países do Sul, que os recebem, e preferem preços altos.

nos custos de regulação e na qualidade da regulação. Neste caso, ao contrário dos anteriores, poderia haver alguma redução de custos fixos na medida em que se constituísse uma única autoridade, integrando as atividades atualmente desempenhadas pela Anacom e pela ERC. No entanto, seria de ponderar também o eventual aumento dos custos de coordenação, pela junção de atividades de regulação que apesar da proximidade são bastante diferentes entre si.

Em termos de qualidade de regulação, parece claro que poderia haver maior celeridade em alguns processos de licenciamento de radiodifusão sonora e televisiva. No entanto, haveria que ver se esses ganhos não poderiam ser obtidos de forma mais simples, mas, sobretudo, haveria que identificar rigorosamente as falhas de mercado existentes cuja resolução seria mais bem feita através de uma entidade reguladora única.

Questão muito importante a analisar relaciona-se com o que podemos considerar a natureza diferente das duas autoridades. A Anacom é uma autoridade reguladora cuja existência se baseia neste momento em disposições de duas das Diretivas de 2002, a Diretiva Quadro e a Diretiva Autorizações, transpostas pela Lei das Comunicações Eletrónicas, assim como na Lei-quadro de 2013. Na sua essência a Anacom é orientada para melhorar o funcionamento do mercado, ou seja para corrigir falhas de mercado, que como se referiu, incluem a dominância, externalidades negativas, assimetrias de informação, falhas de coordenação e bens públicos. Haverá algumas exceções, como o serviço universal, que confirmam a regra.¹¹ Ou seja, a Anacom protege bens económicos e a sua atividade tem um valor económico. Aliás, este valor até é quantificável. Por exemplo, podemos calcular a perda de valor nos mercados de comunicações que ocorreria se não houvesse concorrência, ou se não houvesse coordenação na atribuição de espectro radioelétrico e fiscalização das licenças atribuídas.

A ERC é diferente. Tem a sua razão de ser na Constituição da República e na Diretiva de 2010 sobre Serviços de Comunicação Social Audiovisual. É uma entidade que protege um bem diferente, que pode ser considerado “meta económico”. Compete-lhe assegurar o respeito por direitos como a liberdade de imprensa, o direito à informação, a independência face aos poderes político e económico e o confronto das diversas correntes de opinião. Salvo melhor

11 O serviço universal tem vindo a ser considerado como uma opção política, com base em critérios de cidadania ou de equidade, e não de eficiência. No entanto, não tem que ser sempre assim. O serviço universal pode ser também uma forma de corrigir falhas de mercado. Isto é, obrigar uma empresa, o prestador de serviço universal, a oferecer o serviço a clientes e em áreas que sem obrigações de serviço universal não seriam servidas, pode aumentar a eficiência no mercado.

opinião, estes bens não são simples bens económicos. Para muitos não faria sentido atribuir um valor económico à liberdade de imprensa, pois fazer isso seria dar um valor económico à alternativa, a falta de liberdade, o que ofenderia os valores em que se baseiam as sociedades democráticas modernas.¹²

Isto significa que ERC e Anacom são entidades que têm, pelo menos em parte, objetivos e métodos de análise diferentes. Em limite, saberes e culturas organizacionais bem diferentes, que poderiam ser fonte de substanciais problemas de coordenação que numa eventual fusão não podem deixar de ser ponderados. O que se deveria fazer quando se considerassem as diferenças nas bases legais de cada uma das autoridades. Tendo a ERC independência e atribuições diretamente previstas no art. 39.º da Constituição da República, numa eventual fusão seria certamente por aqui que se teria de começar.

Nestes cenários, mais prováveis e imediatas serão as quatro últimas das tendências acima apresentadas.

Nos mercados digitais será necessária maior coordenação de funções entre diferentes autoridades, no domínio própria das atribuições de cada uma. Haverá porventura um desenvolvimento de situações que hoje já se verificam na proteção dos direitos dos utilizadores de comunicações. É de esperar a manutenção ou o reforço do poder da autoridade reguladora das comunicações em áreas que não estão relacionadas com o controlo do poder de mercado, mas sim com a correção de outras falhas de mercado, tão ou mais importantes, como assimetrias de informação, externalidades ou problemas de coordenação e de bens públicos. Essas áreas são sobretudo a gestão do espetro, a neutralidade de rede e a regulação do acesso a condutas e postes.

7. CONCLUSÃO

Na discussão da atividade reguladora do Estado importa definir o que há a regular e quem vai regular.

Quanto ao primeiro aspeto, nas comunicações eletrónicas parece haver atualmente um desajustamento entre a realidade de mercado e o quadro legal de regulação. Num novo quadro legal espera-se a manutenção da intervenção reguladora na gestão das frequências radioelétricas, e um reforço na promoção da cibersegurança e da neutralidade de rede, num quadro alargado de proteção

12 Em abstrato e numa perspetiva utilitária, pode entender-se a liberdade como um bem económico cuja quantidade poderia variar, através da regulação, em função do seu valor económico. Não se segue aqui essa abordagem, que não parece ser a seguida pelo legislador. Investigação adicional é necessária para uma apreciação mais rigorosa do tema.

dos utilizadores. Já no que diz respeito ao controlo do poder de mercado permanecem duas opções em aberto: uma redução progressiva da intervenção reguladora à medida que se reduzem as posições de dominância individual, em linha com o que se tem observado nos últimos anos, ou a implementação de uma regulação setorial *ex ante* de oligopólios, onde, mediante testes apropriados, se conclua que não existe concorrência efetiva. No caso português, qualquer destas duas vias é compatível com um reforço da regulação simétrica do acesso a condutas e a postes, modo prático de reduzir os custos de investimento em rede. Uma outra área onde importa alterar o quadro legal é a do serviço universal. Sendo uma opção política, pode-se evoluir no sentido de acabar com ele, caso se entenda que o mercado garante o acesso a todos, ou que não é importante garantir o acesso a todos. Em alternativa, pode-se transformar o conceito, implementando um serviço universal de banda larga mais adequado às necessidades e às redes e serviços atualmente disponíveis.

Nos mercados postais a regulação é justificada para garantir o serviço universal. O controlo do poder de mercado verifica-se através de preços orientados para os custos numa parte relativamente pequena do negócio postal. O atual quadro legal não carece de mudança tão urgente como o das comunicações eletrónicas. No futuro a regulação de poder de mercado pode perder relevância a menos que o antigo monopolista permaneça com quotas de mercados muito elevadas, caso em que pode vir a justificar-se uma intervenção reguladora adicional no sentido de promoção da concorrência. De qualquer modo, a atividade reguladora do setor postal estará centrada no serviço universal. Mais ajustado às realidades de mercado do que o serviço universal de telecomunicações, o serviço postal universal pode, no entanto, necessitar de reforma, em função da evolução do comércio eletrónico e dos padrões de utilização das redes e serviços postais.

Quanto ao segundo aspeto, o de se saber quem vai regular, não se vêem razões para que se deixe de concentrar na Anacom a maior parte das funções reguladoras nos mercados de comunicações eletrónicas. Parece haver duas vias de evolução para a Anacom, em função do papel que o controlo do poder de mercado e a promoção da concorrência venham a ter na regulação setorial *ex ante*. Se se mantiverem como objetivo fundamental da regulação, é de esperar que se mantenha a atividade reguladora com uma configuração semelhante à atual, e aprofundando-se o seu relacionamento com a regulação da concorrência. Se os objetivos de controlo de posições dominantes e de promoção da concorrência perderem importância, a Anacom continuará a regular um

número muito limitado de mercados relevantes de comunicações eletrónicas, e tenderá a ter a sua atividade mais centrada na gestão do espetro, na cibersegurança e na neutralidade de rede, num quadro geral de proteção dos utilizadores. Em qualquer caso deve reforçar-se a sua articulação com a Comissão Europeia e com as outras autoridades reguladoras europeias, num quadro de maior harmonização regulativa tendo em vista o mercado único.

Questão diferente é saber se as suas funções reguladoras podem ser exercidas com configuração organizacional diferente, designadamente através de “fusões” entre autoridades reguladoras nacionais ou com a evolução para um regulador europeu. Não há soluções evidentes para isto. Sugeriram-se vias de análise. Um pouco no espírito do objetivo tradicional da regulação, a promoção da eficiência, conviria que qualquer reforma fosse baseada numa análise adequada dos seus benefícios, designadamente em termos da qualidade da regulação, e dos seus custos, em particular no que diz respeito às poupanças que realisticamente se podem esperar.